

## SENTENCIA DEFINITIVA N° 41/14.

En la ciudad de Río Grande, Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, a los 14 días del mes de abril del año dos mil catorce, reunidos los señores jueces de la Sala Civil, Comercial y del Trabajo de la Cámara de Apelaciones de la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, y la actuaria para entender en el recurso de apelación interpuesto en los autos Nro. 18.687 provenientes del Juzgado de primera Instancia en lo Civil y Comercial n° 2 del Distrito Judicial Sur, caratulados “CASINO CLUB S.A. c/ I. P. R. A. s/ AMPARO y MEDIDA CAUTELAR”, en trámite por ante este Tribunal de Alzada bajo el N° 6914/14 se certifica que se llegó al acuerdo resultante de la siguiente deliberación y debate (conf. art. 47.2 CPCC):

1°.- El juez Francisco Justo de la TORRE dijo:

I.- La señora juez de primera instancia en lo Civil y Comercial N° 2 admitió la acción de amparo interpuesta por la actora y declaró la nulidad de la resolución IPRA n° 749/2013 y ordenó la suspensión de los efectos del acto hasta que la sentencia definitiva adquiriera firmeza. Impuso las costas por el orden causado.

Para decidir como lo hizo y en lo sustancial, el a quo sostuvo que el amparo era procesalmente admisible con fundamento en que, a raíz de la ejecutoriedad del acto (y que los recursos administrativos no suspenden los plazos para su aplicación, en tanto que, a la celebración de la audiencia -en fecha 11/12/13- han vencido dos nuevos cánones con la modalidad impugnada -noviembre y diciembre cláusula 24.1 PBC-), la concesionaria podrá ser pasible del régimen punitivo previsto en el anexo II PBC de la licitación 02/2004, declarándose la caducidad de la concesión. Agregó como fundamento el perjuicio que acarrea esperar la decisión final para luego iniciar la acción contenciosa administrativa, siendo que en el interregno deben abonar un canon aplicado -según su posición- en forma abusiva y arbitraria y, a la postre, pueden dejar de ser concesionarios.

Destacó la judicante, todos los antecedentes de hecho y de derecho acaecidos entre las partes, desde que la actora resultara adjudicataria de la licitación y la posterior suscripción del contrato respectivo, hasta la renegociación, para concluir que, no puede dudarse que las condiciones que se previeron en el PBC relacionadas con el canon, cantidad de máquinas tragamonedas como máximo, y duración de la explotación han sido sustancialmente modificadas, con la modalidad convencional y no unilateral.

Señaló que la administración no se reservó cláusulas exorbitantes y resaltó como principio fundamental la fuerza obligatoria del contrato (art. 1197 CC) y el principio de buena fe (1198 CC).

Remarcó que el principio de mutabilidad está relacionado con contratos administrativos donde la persona estatal procura la satisfacción de un interés público relevante empero, cuando se ha optado -como en autos- convenir las modificaciones contractuales referidas a elementos esenciales, le está vedado a la administración hacerlo sin la concurrencia de la voluntad del otro contratante, lo que no implica cercenar facultades al Estado sino respetar las reglas que él mismo impuso y a las que decidió someterse.

Enfatizó que, ciertamente la actora no recurrió la resolución IPRA n° 355/23, lo que es entendible toda vez que en el Acta de Renegociación de diciembre del año 2006 se pactó que el valor del canon para el excedente de 500 máquinas era fijado conforme al decreto 1460/2000 y mediante el Acta de marzo del año 2001 se convino que, por las máquinas tragamonedas, por encima del cupo establecido en el apartado 1.1. (500 máquinas) el casino abonará el importe establecido en el decreto 1460/2000 o el que lo sustituya; y éste fue sustituido por la resolución IPRA 355/13. Sostuvo así, que la accionante cumplimentó lo pactado con el Estado.

El desacierto, remarcó, que se desprende de la resolución IPRA n° 749/13 es palmario por el desconocimiento del derecho adquirido que implicó la modificación convencional de la cantidad a partir de la cual se aplicaría el valor del excedente.

Concluyó así que, a pesar del justificativo que se pretende invocar como “impacto negativo en la economía

de IPRA”, en relación al ingreso que por canon percibe, ha quedado en la intención de demostrarlo ya que del expediente administrativo -que así lo refiere- no surgen más que elementos dispersos sin conexión o evaluación tendente a demostrar tal desequilibrio.

A raíz de lo expuesto, destacó que un acto administrativo imperfecto visto desde la infracción que concreta con su dictado, no puede recibir protección, ya que adolece de vicios por carecer de requisitos esenciales previstos en el art. 7 inc. b, e y f y art. 99 inc. b, e, f de la ley 141.

Culminó señalando que, el acto administrativo no se sustentó en los antecedentes que le sirven de causa, ni se expresó con claridad la motivación que los indujo a tomar la decisión de ignorar los acuerdos, el derecho adquirido, y vulnerar el derecho de propiedad de la concesionaria.

Como última cuestión señaló la juez de grado que, el acto administrativo se ha dictado persiguiendo otros fines, ya que de la lectura de la presentación se puede inferir que en mérito de la situación económica por la que atraviesa el instituto que haría hasta peligrar su continuidad, si no se recomponen los valores que percibe en concepto de canon, más ello no justifica valerse de tal instrumento (acto administrativo con presunción de legitimidad) en perjuicio del particular que -si bien puede recibir beneficios importantes- no es quien deba solventar el déficit estatal por encima de la contratación que lo une con la administración.

II.- A fs. 337/351 vta. la demandada interpone recurso de apelación en legal tiempo y debida forma.

Luego de citar los antecedentes incorporados en la causa, se agravia de la admisibilidad del amparo por entender que no reúne los requisitos sustanciales para su procedencia. Sostiene que la posibilidad de declarar la caducidad de la concesión es un fundamentos dogmático y conjetural. Refiere que el amparista no ha demostrado la inexistencia de otras vías y pone de resalto que se encuentra en sustanciación un recurso administrativo. Enfatiza que, si los incumplimientos contractuales pudieran exigirse por esta vía, se habrá logrado la extinción de la vía ordinaria.

Los agravios relativos a la cuestión del debate, se sintetizan de la siguiente manera.

Se afrenta de que la magistrada haya sostenido que la existencia y reconocimiento de prerrogativas públicas derivadas de cláusulas exorbitantes depende de una reserva expresa a cuyo fin sostienen que, la sujeción a un régimen de derecho público, implícitamente lleva a admitir la existencia de cláusulas exorbitantes, entre las que se encuentra la potestad de variación o potestas variandi.

Se queja de que la magistrada sostenga que no se encuentra comprometido el interés público toda vez que, siguiendo a Fiorini “la actividad del juego se eleva a actividad pública porque hay intereses públicos que obligan la intervención del poder administrador. No es el juego en sí lo que se eleva como servicio administrativo, son las limitaciones y regulaciones las que determinan que se eleve esta actividad a cargo de la administración bajo un régimen especial administrativo. En definitiva, en la regulación de los juegos de azar, existe un interés público comprometido. El bien jurídico protegido es el producido por los juegos de azar que habrá de ser aplicado a los fines públicos previstos por el art. 19 de la ley de creación del IPRA.

Hace un análisis del interés público comprometido, el monopolio rentístico del Estado en materia de juegos de azar; el poder de policía y las prerrogativas de la administración.

Sostiene que constituye una prerrogativa de la administración fijar el canon y el ejercicio de dicha prerrogativa es lo que produce modificaciones contractuales. Es clara la potestad constitucional de fijar el canon y el ejercicio de la misma no puede conculcarse mediante convenio de parte.

Se queja así de que la magistrada analizó la validez del acto exclusivamente desde las cláusulas del convenio y con prescindencia del derecho público vigente.

Al concluir, pone el énfasis en la potestad estatal para modificar los contratos administrativos en ejercicio del ius variandi. La totalidad de la doctrina y jurisprudencia admiten, sin fisuras, la mutabilidad del contrato

administrativo. La potestas variandi y la fijación del canon per se, no resultan ni ilegal ni inconstitucional. Sostiene que no es el acto lo que se debe discutir, sino que se debe alegar -y probar- las alteraciones económico financieras del contrato.

Entiende que la inversión realizada por la concesionaria se encuentra ampliamente amortizada con la extensión de quince años de prórroga; más en lo que respecta a la ecuación económico financiera, de aceptar el criterio de la actora, lo que habrá logrado, lisa y llanamente, es un subsidio al juego por parte de aquél que debe controlarlo. La concesionaria intenta que se congele el precio de 320 máquinas tragamonedas, que en una etapa inflacionaria y con un horizonte contractual futuro de más de una década, en vez de abonar un canon, el Estado le transfiera, sin gastos, el monopolio del juego a la empresa.

Se afrenta en último orden por la suspensión del acto administrativo dispuesta cautelarmente por la magistrada de grado, en el entendimiento que no se han acreditado los requisitos para su procedencia.

III.- Corrido el correspondiente traslado, el mismo es evacuado por la contraria en presentación que rola a fs. 354/364, a cuyos términos me remito previa lectura atenta, y no habré de transcribir por razones de celeridad.

IV.1.- En orden a la cuestión traída a conocimiento soy de opinión que corresponde confirmar el decisorio apelado porque constituye una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa<sup>1</sup>, aunque por fundamentos disímiles a los ensayados por la colega de la anterior instancia.

Adelanto que no trataré íntegramente las quejas del recurrente habida cuenta que los jueces no están obligados a pronunciarse respecto de la totalidad de los agravios invocados por las partes, sino sólo respecto de aquellos que resulten conducentes a la solución del caso<sup>2</sup>.

IV.2.- Con relación al agravio por la admisibilidad del amparo con fundamento en que no reúne los requisitos sustanciales para su procedencia, habré de señalar que no le asiste razón al quejoso.

A este respecto, repárese en que la acción de amparo es procedente contra todo acto u omisión de autoridad pública que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere, amenace derechos y garantías explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional. Esta conducta no sólo debe menoscabar derechos y garantías constitucionales, sino que lo debe hacer de modo manifiestamente ilegal o arbitrario.

Sobre tales bases, y con el referido alcance, debe puntualizarse que en conformidad al art. 43 CN y art. 1 de la ley 16986 la acción de amparo procede cuando la autoridad pública en forma actual o inminente lesiona, restringe, altera o amenaza, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta los derechos o garantías reconocidos por la Constitución Nacional. Su razón de ser es no someter a la vigilancia judicial el desempeño de los legisladores funcionarios y organismos administrativos, controlando el acierto u oportunidad de la actividad que despliegan en el cumplimiento de su función, en tanto no medie arbitrariedad manifiesta; sólo procede cuando la lesión al principio, garantía o derecho se presenta de manera clara, incontrastable y fehacientemente, en su primera apariencia y sin necesidad de amplia controversia y debate y es precisamente el supuesto que se presenta en esta oportunidad.

Asimismo, la Corte "...ha resuelto reiteradamente que la acción de amparo es inadmisibile cuando no media arbitrariedad o ilegalidad manifiestas y la determinación de la eventual invalidez del acto requiere una mayor amplitud de debate y prueba (arts. 1° y 2°, inc. d, de la ley 16.986), requisitos cuya demostración es imprescindible para la procedencia de aquélla (Fallos: 275:320; 296:527; 302:1440; 305: 1878; 306:788 y 308:137 entre muchos otros). Este criterio no ha variado con la sanción del nuevo art. 43 de la Constitución Nacional, pues reproduce -en lo que aquí importa- el citado art. 1° de la ley reglamentaria, imponiendo idénticos requisitos para su procedencia (Fallos: 319:2955)".

Los requisitos de procedencia sustanciales de arbitrariedad e ilegalidad manifiesta, emergen prístinamente en el sub júdice, conforme lo explicitaré infra, y sin necesidad de mayor indagación toda vez que se desprenden del propio acto administrativo lesivo y demás constancias documentales anejas a la causa.

Demás está señalar que, la interposición de un recurso administrativo de alzada no puede erigirse en el presupuesto de improcedencia de la vía elegida, contemplado en el art. 2 inc. a) de la ley 16.986, toda vez que, al tratarse de un organismo autárquico, el administrado o concesionario puede optar por la interposición de un recurso administrativo o la acción judicial pertinente. Como bien lo prescribe el art. 138 LPA la elección de la vía judicial hará perder la administrativa, vale decir, no se encontraba obligado a transitar la vía administrativa cuando la ley lo habilita a accionar judicialmente a su elección. La norma expresamente señala en su segundo párrafo que "... la interposición del recurso de alzada no impedirá desistirlo en cualquier estado a fin de promover acción judicial...".

Por lo demás, no pierdo de vista el carácter restrictivo que ha sostenido la CSJN en materia de amparo cuando se trata de derechos patrimoniales, pero no lo es menos que, tal estrictez no puede llevarse al extremo de negar el acceso a la jurisdicción cuando se vislumbra prima facie y sin necesidad de mayor indagación, la nítida ilegitimidad del obrar administrativo, rayano con la arbitrariedad, vulnerando en forma palmaria el derecho constitucional de propiedad. Pretender ello, importa desatender el principio de tutela judicial efectiva reconocido por los pactos internacionales arts. 8.1 y 25.1 PSJCR, de jerarquía constitucional.

Así, la queja con relación a la admisibilidad de la vía elegida, será rechazada.

V.- Sentado lo expuesto, cabe adentrarme en los agravios vinculados con la cuestión central debatida en el sub spes, para lo cual, transcribiré someramente el acto administrativo atacado y detallaré los diferentes acuerdos habidos entre las partes.

V.1.- Antecedentes.-

La resolución IPRA n° 749/13 de fecha 29 de octubre del año 2013 -agregada en copia fiel a fs. 174/176- resolvió en su artículo 1°: "ESTABLECER la aplicación de la resolución IPRA n° 355/13 a todas las máquinas que excedan las cantidades establecidas en las cláusulas 1.1.1. y 1.1.2. de la Licitación Pública N° 02/2004".

Por su parte, la resolución IPRA n° 355/13, de fecha 17 de junio del año 2013 -glosada en copia fiel a fs. 105/106- resuelve fijar el canon a abonarse por la explotación de máquinas electrónicas, estableciéndolo en la suma de \$1863,90. Vale destacar que, con motivo de la derogación, mediante decreto provincial n° 1202/13 (ver fs. 103/104), del decreto Provincial n° 1460/00 -que establecía en su art. 7° el canon mensual que se debía abonar por cada máquina en explotación por los casinos autorizados a tal efecto-, el sr. presidente del Instituto demandado reasumió las facultades previstas en el art. 9 inc. p) de la ley 88 -que otrora y mediante avocación ejercía la sra. gobernadora-.

En tal marco competencial, dicta la resolución 355/13 y subsiguientes.

Por su parte, el Pliego de Bases y Condiciones (ver fs. 111/134, en adelante PBC) establece en el art. 1.1.1. que el concesionario explotará en forma exclusiva 18 mesas de juego en total, lo que comprende Ushuaia y Río Grande.

El art. 1.1.2 del PBC prescribe que el concesionario explotará en forma no exclusiva la totalidad de 180 máquinas tragamonedas (100 Ushuaia y 80 Río Grande).

Asimismo, el punto 14.2 del PBC último párrafo, señala que el concesionario podrá solicitar autorización para la instalación de nuevos juegos, o bien, ampliación de las cantidades establecidas en las cláusulas 1.1.1. y 1.1.2., en cuyo caso el IPRA queda facultado para establecer el canon correspondiente.

La oferta económica prosperó (ver fs. 139) por \$75.000 en concepto de canon por cada sala de Ushuaia y Río Grande, lo que totaliza la suma de \$150.000, ajustable mediante el CER.

Tal ha sido lo acordado al momento de la suscripción del contrato de concesión en fecha 3 de marzo del año

2005 (ver fs. 190/192).

Con posterioridad, por resoluciones 1412/05, 1683/05 se autorizaron la instalación de máquinas adicionales, ver fs. 36/38

En noviembre del año 2005, la concesionaria hace uso del derecho previsto en el art. 32.4.1 del PBC y, aprobada la inversión se le confieren 5 años más de plazo de la concesión -ver fs. 39 y 193-.

En fecha 7 de diciembre del año 2006, el concesionario y el IPRA suscriben un acuerdo de renegociación anejo a fs. 150 que tiene como base una propuesta de inversión del concesionario en el marco de lo dispuesto por ella rt. 22 de la ley provincial n° 702. Casino Club abonó en concepto de derecho de renegociación la suma de un millón de pesos (\$ 1.000.000), se comprometió a la realización de una nueva sala (con una inversión del orden de los nueve millones de dólares) y se acordó, en la cláusula 4 del acuerdo de marras, un nuevo canon (a partir de la puesta en funcionamiento de la nueva sala en Ushuaia) en la suma de pesos doscientos mil (\$200.000) comprensivo de todas las salas que explote el concesionario y 100 máquinas tragamonedas en Río Grande y 400 máquinas tragamonedas en Ushuaia (500 máquinas en total). Se estableció expresamente que, de incrementarse posteriormente el parque de máquinas tragamonedas, el canon por cada una se incrementará de acuerdo a lo establecido por el decreto 1460/00.

Tal acuerdo de renegociación fue aprobado por resolución IPRA 1766/06 en los siguientes términos que habré de transcribir textual por resultar esencial al objeto de la litis: “Artículo 1º: Aprobar “Ad referéndum” del Poder Ejecutivo Provincial el Convenio de Renegociación que obra como Anexo I y que forma parte integrante de la presente”; “Artículo 2º: Establecer que la renegociación se enmarca dentro de las previsiones contenidas en el artículo 22º de la Ley Provincial N° 702, manteniéndose en vigencia las estipulaciones contempladas en la Licitación Pública N° 02/04, Contrato de Concesión registrado bajo el N° 1270/05 y Resolución IPRA N° 1683/05, en todo lo que no resulte modificado por el acuerdo de renegociación plasmado en el Anexo I, parte integrante de la presente” -el remarcado es propio-.

Tal resolución, supo ser ratificada por el Poder Ejecutivo mediante decreto Provincial n° 4696/06 anejo a fs. 45/46.

En marzo del año 2011 -ver fs. 50/51- mediante resolución IPRA 389/11 se da por aprobada la inversión realizada por la concesionaria en el marco del acuerdo de renegociación supra aludido, decidiéndose extender el plazo de la concesión por quince años más.

Importante para la solución de la causa es el Acta Acuerdo suscripta en fecha 11 de marzo/2011 glosada en copia fiel a fs. 160/163, convenio registrado bajo el n° 1718. De los términos de la misma, se desprende que por su intermedio, se ha materializado en forma definitiva el acuerdo de renegociación, acordándose en la cláusula primera que el canon de concesión -a valores vigentes al 01 de enero del año 2011 se fijó en \$ 378.771,50, mensual, y comprensivo de 18 mesas de paño o juegos tradicionales y de hasta 500 máquinas tragamonedas. La cláusula segunda estableció que “por las máquinas tragamonedas que el Casino explota encima del cupo establecido en el apartado 1.1. (500 máquinas) el Casino abonará el importe global al 01 de enero de 2011 en razón del excedente de máquinas instaladas de \$26.700” -el subrayado ha sido añadido-.

El punto 1.4 del acuerdo en estudio dispone que a partir del mes de marzo de 2011, el Casino abonará el importe del canon establecido en el apartado 1.1. con más la suma que corresponda por aplicación de la norma legal citada en el apartado 1.2.

V.2.- De la transcripción reseñada pueden inferirse las siguientes conclusiones.

La sola lectura de los antecedentes citados permite afirmar sin hesitación que, en lo que aquí interesa, el punto 1.1.2. del PBC ha sido modificado por la voluntad concurrente de ambas partes, mediante el acuerdo de renegociación (fs. 150, ratificado por el Poder Ejecutivo) que tuvo comienzo de ejecución en enero del año 2011, materializándose formalmente con la suscripción del Acta Acuerdo de fecha 11 de marzo del año 2011, una vez cumplimentadas las condiciones de inversión a las que se sujetó el concesionario.

Ahora bien. La resolución IPRA n° 355/13 de fecha 17/06/13 establece el valor del canon que deberá abonarse por cada máquina electrónica y que asciende a \$1.863,90, la que deberá aplicarse al excedente de las 500 máquinas, conforme lo prescribe el punto 1.2 del Acta Acuerdo en estudio -ver fs. 160/163-, a raíz de la derogación dispuesta del decreto 1460/00.

En esta plataforma fáctico jurídica claramente delineada por las partes, la administración dicta la resolución IPRA n° 749/13 que dispuso -reitero- la aplicación de la res. IPRA 355/13 a todas las máquinas que excedan las cantidades establecidas en la cláusulas 1.1.1. y 1.1.2 de la licitación pública n° 02/2004, que ascienden a la cantidad de 180 en total por Ushuaia y Río Grande. Vale decir, se aplicó un nuevo canon a una situación de hecho inexistente por voluntad concurrente de ambas partes, toda vez que, a partir de enero del año 2011, el canon comprende 500 máquinas tragamonedas.

No habré de ingresar a transcribir el detalle expuesto en los considerandos de la resolución atacada, simplemente se señala que constituye una prerrogativa del presidente del ente la fijación del canon conforme lo establece el PBC e insiste en que, las máquinas que excedan de las fijadas en el punto 1.1.2 del PBC deberán abonar el canon que se fije.

Así, la nulidad del acto emerge ostensible.

Es que, una cosa es la potestad de fijar el canon -atribución que le confiere la ley 88 al presidente del Ente- y otra diametralmente opuesta es la de modificar unilateralmente las condiciones de la contratación, como ha sucedido con el dictado de la resolución IPRA 749/13 vulnerando el acuerdo de renegociación del año 2006 y el acta acuerdo del año 2011, convenios ratificados y plenamente vigentes.

Obsérvese que el canon por cada máquina tragamoneda fue dispuesto por la resolución IPRA 355/13 en uso de atribuciones propias del organismo demandado, acto administrativo que no mereció reproche.

La resolución administrativa en crisis, dispuso aplicar dicho canon a una situación inexistente, como lo era la cantidad de máquinas previstas originariamente en el punto 1.1.2. PBC (180), que fue claramente modificada por un acuerdo de partes, en el que se convino abonar un canon total por 500 máquinas y con principio de ejecución desde enero del año 2011.

En ningún pasaje de los considerandos del acto administrativo atacado se hace referencia alguna a qué motivó desatender los convenios suscriptos por ambas partes, ni se menciona la modificación de lo acordado primigénicamente, ni se alude a interés público alguno.

Ha sido en la instancia judicial, donde el demandado pretende sostener y “motivar” su actuación administrativa, brindando argumentaciones en sus agravios que pasará a analizar seguidamente y que, aclaro, en ningún pasaje del acto administrativo cuestionado lucen esbozadas.

V.3.- Efectuadas las precisiones anteriores que han servido para situar la cuestión en el quicio adecuado, abordaré los agravios de la demandada.

Sostiene el recurrente que le asisten prerrogativas públicas derivadas de cláusulas exorbitantes que no necesitan de reserva alguna como lo señaló la juez de grado. Agrega que el ejercicio de la prerrogativa de fijar el canon produce modificaciones contractuales.

El escrito recursivo se reduce a una defensa del uso de prerrogativas públicas, mas no se hace cargo del modo en que las mismas han sido ejercidas por la autoridad de aplicación. Francamente no está en discusión que la administración ostenta prerrogativas en tanto procura la satisfacción del bien común -en el caso, no por preservar la actividad lúdica, sino por el producido de ésta que es aplicado a beneficios sociales conforme surge del art. 19, ley 88-. La discusión estriba en determinar si el ejercicio que se ha hecho de tales prerrogativas, ha vulnerado el derecho del concesionario y la respuesta que se impone, es la afirmativa.

Veamos.

Si bien -insisto- no se desconoce la potestad que le asiste al presidente del ente de fijar el canon de explotación, la que viene impuesta por la ley 88, ni tampoco la posibilidad de variar lo establecido en el contrato, tal es lo que configura el llamado principio de mutabilidad en la contratación administrativa, lo cierto es que hay límites que la administración no puede transgredir.

Como bien señala Dromi “En el ejercicio de esa potestad modificatoria, la entidad pública comitente puede incurrir en desviación de poder, viciando los actos que en ese sentido se cumplan y originando responsabilidad para la Administración. La finalidad alegada por el comitente para hacer uso de la facultad de modificar el contrato, debe ser fundada, cierta y real. Sólo el interés público fundamenta válidamente el ejercicio de esta atribución”<sup>3</sup>-el remarcado me pertenece-.

Repárese que, la res. IPRA n° 749/13 ninguna alusión hace a la modificación de las condiciones contractuales que tendrá que asumir la adjudicataria. Vale decir, la alteración que dispuso la administración comitente de los acuerdos suscriptos oportunamente y en ejecución, no se ejerció en forma expresa y fundada, sino solapada, con el único fundamento de la potestad de fijar el canon y nada más.

Tampoco se consignó, en el acto administrativo cuestionado referencia alguna al interés público comprometido que persiga la administración -en el caso concreto- y que habilite la modificación unilateral.

Insisto en que, la prerrogativa del *ius variandi* por parte de la administración, no es ilegal o inconstitucional *per se*, lo que es ilegal es la utilización abusiva que de la misma haga la administración, vale decir, ejerciéndola en forma arbitraria, irrazonable y vulnerando el bloque de legalidad compuesto en el caso por el PBC, el contrato de concesión, el acuerdo de renegociación y el Acta acuerdo.

Como bien señaló la CSJN “La esfera de discrecionalidad de los entes administrativos no importa que tengan un ámbito de actuación desvinculado del orden jurídico o insusceptible de fiscalización en cuanto a la razonabilidad de su ejercicio”<sup>4</sup>.

Repárese que, aun reconociendo la vigencia de potestades exorbitantes en cabeza de la administración, las mismas deben observar ineludiblemente una finalidad de interés público para mutar las condiciones contractuales pactadas y ser ejercidas razonablemente toda vez que, en materia de contratación administrativa también rige el principio del art. 1197 del digesto fonal civil que consagra el estricto cumplimiento de lo pactado.

En esta línea hermenéutica, la jurisprudencia de la Cámara federal en lo contencioso administrativo, ha dado pautas para interpretar un acto jurídico, en el marco de la ejecución de los contratos administrativos, señalando que “Las conductas de los contrayentes subsiguientes al contrato, que guarden relación con aquello que se discute en la causa, son la mejor explicación de la intención de las partes al tiempo de celebrar el contrato. La interpretación de un acto jurídico está condicionada por las circunstancias anteriores, simultáneas y posteriores que lo rodean. Por lo cual, debe considerarse todo el contexto en el que se desarrolló la relación jurídica contractual. Quien acepta voluntariamente determinadas estipulaciones al momento de contratar no puede luego pretender algo distinto, pues nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos, ejerciendo una conducta contraria a una anterior jurídicamente relevante y plenamente eficaz”<sup>5</sup>-el remarcado es propio-.

La relación jurídica entre ambas partes -detallada en el acápite V.1.- de esta ponencia-, desde la suscripción del contrato el 3 de marzo del año 2005 ha transcurrido por carriles normales, destacándose la permanente predisposición de la adjudicataria de realizar planes de inversión en los casinos que explota, lo que motivó el convenio de renegociación y el Acta acuerdo, en los que se acordó -en prieto resumen- una inversión de nueve millones de dólares en la construcción de una nueva sala de juegos y, cumplida tal condición, la adjudicataria se beneficiaría con 15 años más de ejecución contractual y un canon único a abonar por tres salas (dos en Ushuaia y una en Río Grande) y 500 máquinas tragamonedas.

Tal desarrollo de la relación contractual en la que siempre se han convenido en forma bilateral las condiciones y hasta han mediado reconocimientos de la actora de diferencias en concepto de canon (ver Acta Acuerdo de fs. 160/163, puntos 1.3, 2.1 y 2.2) que abonó sin objeción alguna, denota la concurrencia en ambas partes de una ejecución contractual en el marco de la buena fe.

En este marco convencional, se dicta la res. IPRA n° 749/13 en forma unilateral y vulnerando pactos preexistentes plenamente eficaces y en curso de cumplimiento.

Sumado a ello, no pierdo de vista que la modificación unilateral recayó en un elemento esencial del contrato, que es el precio, aspecto éste que relativiza el principio de mutabilidad, requiriéndose la voluntad concurrente de ambas partes. La doctrina es categórica y señala que “Es principio fundamental del precio en los contratos administrativos, el de su intangibilidad, que rige tanto para la Administración, como para el contratista. El precio es el elemento principal en la ecuación económico-financiera del contrato. En consecuencia, no puede ser alterado unilateralmente por la Administración, relativizándose en este aspecto el principio de mutabilidad. De tal modo, una variación del precio sólo será posible por medio de un nuevo acuerdo entre las partes”<sup>6</sup>.

Así, puedo afirmar sin hesitación que, con el dictado de la resolución IPRA n° 749/13, la administración quebrantó la buena fe, vulneró la confianza legítima contradiciendo una conducta anterior jurídicamente relevante y plenamente eficaz, violentando así el bloque de legalidad que se integra con el PBC, el contrato de concesión, los actos unilaterales y bilaterales posteriores a los que ambas partes se ciñeron, y las normas constitucionales en juego al vulnerar un derecho subjetivo adquirido de la contratista.

La Corte Federal ha predicado idéntica exegética al sostener que “El principio es siempre el cumplimiento de lo pactado (pacta sunt servanda). El contrato administrativo es también ley para las partes, la modificación unilateral de lo convenido llevada a cabo por la administración con independencia de la voluntad del contratista, no puede justificarse a la luz de lo expresamente dispuesto en el artículo 1197 del Código Civil. Ello no es otra cosa que la aplicación del principio de legalidad administrativa -derivación de los postulados del Estado de Derecho- que importa la vinculación y sujeción de la Administración Pública al bloque de legalidad, que se integra no sólo con las normas de rango jerárquico superior -a partir de la Constitución, artículo 31- y reglamentos que emite, sino también con los actos unilaterales y bilaterales que, ceñidos a las normas mencionadas, dicta o asume. El principio de intangibilidad de los derechos subjetivos adquiridos por los particulares, hace imposible su desconocimiento unilateral en sede administrativa, y responde al respeto de la propiedad y la seguridad jurídica”<sup>7</sup>.

En definitiva, si la administración comitente entendió que los términos económicos del contrato se tornaron irrepresentativos -aun cuando ello no surge de la motivación del acto, pero es una defensa que agrega tardíamente en la instancia judicial-, debió acreditar los requisitos que habilitarían la excepcional revisión del contrato, no pudiendo limitarse a invocar genéricamente, el uso de potestades exorbitantes viabilizadas por el principio de mutabilidad del contrato administrativo, para vulnerar derechos adquiridos de la contratista, máxime cuando ningún interés público ha sido invocado en la resolución en crisis.

En tal intelección, los agravios serán desestimados.

Por último, se afrenta de la sentencia de grado por estimar que se le permite a la adjudicataria congelar el precio o canon.

Ciertamente ello no es así.

La concesionaria nunca cuestionó el incremento dispuesto por resolución IPRA n° 355 -que claramente elevó el canon que fijaba su antecesor decreto 1460/00-, sino su aplicación a máquinas que, en virtud de acuerdos suscriptos entre ambas partes, pasaron a integrar el canon total. Defender un derecho que ha sido vulnerado, no implica pretender un congelamiento del canon como se sostiene.



Desde otro ángulo, la alegada desfinanciación del Instituto tampoco constituye argumento suficiente para legitimar el accionar del ente demandado. En efecto, en primer lugar porque nada de ello se dice en la motivación del acto administrativo cuestionado y, coincido con la jueza de grado que del expediente administrativo surgen informes inconexos que nada tienen que ver con la aludida crisis económica alegada en esta instancia judicial. En segundo término, la deficiencia y/o falta de previsión en el manejo de los fondos que percibe el IPRA no es causal suficiente para lesionar el derecho del concesionario. No puede sujetarse la salvaguarda de los derechos constitucionales a la eficiencia en el manejo de las arcas públicas del ente.

Con tales precisiones, el agravio será rechazado.

V.5.- Como colofón de lo razonado, no vacilo en afirmar que la resolución IPRA n° 749/13 se encuentra viciada en la causa, el objeto, la motivación y la finalidad, todos elementos esenciales previstos en el art. 99 incs. b, c, e y f de la ley de procedimientos administrativos n° 141.

El vicio en la causa se evidencia porque el acto no se sustenta en los antecedentes de hecho y de derecho pues, de la transcripción que he efectuado en detalle a lo largo de la ponencia, no puede dudarse que las partes han modificado las condiciones pactadas inicialmente, motivado ello por un acuerdo de renegociación suscripto entre ambas, para el cual la adjudicataria abonó un derecho de un millón de pesos y realizó una inversión de nueve millones de dólares. Cumplidas las condiciones, se acordó el establecimiento de un canon único comprensivo de tres salas de juegos y 500 máquinas tragamonedas mediante Acta Acuerdo también suscripta por ambas.

De manera tal que, carece de causa el acto que pretende contradecir una conducta anterior jurídicamente relevante y plenamente eficaz, materializada en instrumentos jurídicos y en curso de ejecución. El acto cuestionado soslaya en forma ostensible lo acordado por ambas partes sin justificativo alguno. Desatiende el derecho aplicable para las partes, bloque de legalidad conformado por el PBC, el contrato de concesión, el acuerdo de renegociación del año 2006 y el Acta Acuerdo de marzo del año 2011.

El objeto tampoco es cierto ni jurídicamente posible -porque toma una premisa fáctica inexistente por acuerdo de partes-, vulnerándose el derecho adquirido por la concesionaria a abonar el canon por tres salas y 500 máquinas.

La motivación es aparente, limitándose a reseñar las normas que confieren facultades a la autoridad de aplicación para establecer el canon, pero sin indicar las razones que conllevan a emitir el acto. No surge de las actuaciones administrativas el desfinanciamiento del Instituto, amén de no consignarse nada a su respecto en el acto administrativo en estudio.

La finalidad, desde el momento que se vulnera frontalmente lo pactado, no se advierte.

De manera tal que, la ilegitimidad del acto aparece manifiesta y coincido con la magistrada de la instancia que antecede en la nulidad absoluta e insanable de la resolución IPRA n° 749/13, por ser la sanción que impone la LPA en su art. 110, correspondiendo su revocación por razones de ilegitimidad.

A la luz de la solución expuesta, no cabe ingresar a tratar la afrenta relacionada con la medida cautelar que esboza el quejoso, por resultar ello estéril.

VI.- En razón de las consideraciones esbozadas, corresponde rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada y confirmar la sentencia de grado. Imponer las costas de la presente instancia a la vencida por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 17 ley 16.986 y art. 78.1 CPCC).

2°.- El juez Ernesto Adrián LÖFFLER dijo:

En este orden, debo manifestar que comparto el criterio sustentado por el magistrado ponente en primer

término, ello por razones análogas a las expuestas en su voto (art. 178 CPCC).

En virtud del Acuerdo que antecede el Tribunal,

## S E N T E N C I A

1°.- RECHAZAR el recurso de apelación introducido a fs. 337/351 vta. y, en su mérito, CONFIRMAR la admisión de la acción instaurada, y DECLARAR la nulidad absoluta e insanable de la resolución IPRA n° 749/13, de conformidad con los lineamientos esbozados a lo largo del considerando.

2°.- IMPONER LAS COSTAS de la presente instancia a la demandada vencida por aplicación del principio objetivo de la derrota (conf. art. 17 ley 16986 y art. 78.1 CPCC).

3°.- DIFERIR la regulación de honorarios hasta el momento en que se cuantifiquen los emolumentos de los profesionales intervinientes en la anterior instancia.

4°.- MANDAR se copie, registre, notifique y oportunamente, remitan las actuaciones al juzgado de origen.

Se deja constancia que la jueza Josefa Haydé MARTIN no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia.

Firman: doctores Francisco Justo de la TORRE y Ernesto Adrián LÖFFLER

Registrado al T° II de Sentencias Definitivas, F° 292/01.

Prosecretaria Interina: María Cecilia Iglesias

1 Fallos 256:101; 258:15; 261:263; entre otros.

2 Fallos 221:37; 222:186; 226:474; 228:279; 233:47; entre otros.

3 Dromi, Roberto, "Licitación Pública", Ed. Ciudad Argentina, pág. 506.

4 CSJN, 1-6-2000, "Lummar Naviera SA c/ YPF Soc. Del Estado"

5 CNFed. Cadm., sala V, 27-4-98, "Compañía Misionera de Construcciones SA c/ Dir. Nac. de Vialidad", publicado en Revista de Derecho Público, 2006-2 "Contratistas del Estado", editorial Rubinzal Culzoni, pag. 438.

6 Dromi, Roberto, ob. Cit. Pág 515.

7 CSJN, 2-12-2004, "Pradera del Sol c/ Municipalidad de General Pueyrredón".