

SENTENCIA DEFINITIVA N° 76 /11.-

En la ciudad de Río Grande, Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, a los 09 días del mes de septiembre del año dos mil once, 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. 2407/07 provenientes del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 2 del Distrito Judicial Sur, caratulados “VAZQUEZ, RAUL R. C/ GOBIERNO DE LA PROVINCIA S/ COBRO DE PESOS”, en trámite por ante este Tribunal de Alzada bajo el N° 5023/08 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 los Civil y Comercial número 2 del Distrito Judicial Sur resolvió hacer lugar a la demanda promovida por el accionante y, en su mérito, condenó al Estado provincial demandado al pago de la suma dineraria de pesos treinta mil (\$30.000) por el incumplimiento contractual, con más los accesorios establecidos en la pieza sentencial.

Para decidir de ese modo y en lo sustancial, concluyó en la existencia de una contratación entre el particular y el Estado, ello por la existencia de un expediente administrativo, y porque se habían verificado los elementos esenciales en el marco del contrato, esto es, existencia de una oferta; una motivación suficiente que da cuenta de una aceptación de la oferta con un dictamen jurídico previo que emite opinión favorable a la misma; la imputación del gasto; la orden de publicidad N° 2934/05 y el cumplimiento parcial toda vez que se le abonó al accionante el 50% de la oferta total.

Sostuvo en su decisorio que, las prestaciones a que se obligó la actora se han efectuado en su totalidad por lo que hacer pesar sobre la parte cumplidora un supuesto vicio en el procedimiento de contratación no soporta el menor análisis, dado que será la parte cumplidora la única “sancionada”.

Agrega que, corresponde a la Administración el control del procedimiento y las formas, no pudiendo trasladar la responsabilidad a la co-contratante y menos aún desatender una obligación asumida por el Estado, por los funcionarios estatales, siendo responsables en el caso que se haya realizado de manera irregular sino se acredita que la contratante obró de mala fe viciando la voluntad del órgano, por todo lo cual considera inaplicable al caso la teoría de la inexistencia propugnada por la accionada.

Destaca además que, siendo el argumento central de la defensa la aplicación de la Resolución Plenaria del Tribunal de Cuentas de la Provincia N° 12/96, no ha existido en el expediente ninguna intervención concomitante o posterior por parte del Órgano de Contralor citado relacionada con la operación de autos.

Concluye destacando que, el actor tiene fehacientemente acreditado en autos las prestaciones asumidas a su cargo y el pago parcial de la orden de publicidad.

II.- A fojas 186/197 se alza el Estado provincial accionado y deduce recurso de apelación del cual se pueden extraer los siguientes agravios.

II.1.- Se agravia que la juez de grado hiciera caso omiso de la profusa jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y en tal caso, considerara inaplicable la teoría de la inexistencia, apartándose así de las normas aplicables. El criterio utilizado ha soslayado el orden normativo que regula los contratos administrativos y contraría la jurisprudencia obligatoria del Superior Tribunal de Justicia, sentada en el caso “J. Langer y Cía. SRL c/ Municipalidad de Río Grande s/ cobro de pesos” (expte. N° 440/01 STJ-SR sentencia del 28 de septiembre del año 2007).

II.2.- Se afrenta del marco normativo en materia de contratos en conformidad al art. 1197 del CC, traído a colación por la juez a quo, tildándolo de insuficiente para la resolución de la litis, en el entendimiento que la

aplicación del derecho administrativo no puede resultar desplazado por el Código Civil debido a la índole de los intereses públicos en juego y tampoco puede considerarse que el derecho privado alcance a soslayar los principios constitucionales de juridicidad, publicidad de los actos de gobierno y libertad de expresión que tutelan la contratación de la publicidad oficial.

En línea con ello sostiene que, la responsabilidad contractual del Estado se halla regida tanto por normas de Derecho común como por normas y principios específicos de derecho administrativo que informan el régimen, que en algunos casos derogan y en otros amplían los contenidos de las normas civiles.

Concluye sosteniendo que, la aplicación de este sistema complejo de responsabilidad contractual del Estado presupone la existencia de un contrato que sea válido, lo cual a su vez depende de la legitimidad del procedimiento y de los actos administrativos que le dieron origen.

En apoyo de su postura cita jurisprudencia de la CSJN y del Superior Tribunal de Justicia provincial, que declara que la validez o nulidad del contrato invocado por la actora se debe juzgar aplicando las normas que establece para su formación el derecho administrativo local, y no las del derecho civil.

II.3.- Delinea como tercer queja que, el procedimiento fijado por el Tribunal de Cuentas de la Provincia mediante decisión plenaria N° 12/96, de fecha 27/05/96, en el caso de autos ha sido totalmente obviado por las argumentaciones que detalladamente explicita y que doy por reproducidas en honor a la brevedad.

II.4.- Se agravia en último término por que, aun prescindiendo de la doctrina de la inexistencia del contrato, el actor jamás acreditó el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, por lo que falta uno de los presupuestos imprescindibles para perseguir el resarcimiento del supuesto daño contractual. Agrega que la mera presentación de las facturas al cobro no puede constituir de por sí prueba de la emisión de las publicidades.

III.- Corrido el correspondiente traslado de ley, el mismo no es evacuado por la contraria.

IV.- Estimo oportuno puntualizar que, como cuestión previa, la accionada en oportunidad de contestar la acción principal opuso excepción de incompetencia rechazada por la juez de grado la que motivó la interposición del recurso de apelación de la Provincia demandada acollorado a fs. 122/129, libelo impugnativo que, -según sentencia interlocutoria de esta Alzada N° 10/09-, se concedió con efecto diferido.

Así las cosas, y toda vez que la apelante no ha fundado el recurso de apelación primigénicamente opuesto respecto de la competencia del Tribunal, corresponde tenerlo por desistido del mismo a tenor de lo normado por el art. 275.3 del CPCC, toda vez que, no ha sostenido los fundamentos del mismo en oportunidad de apelar la sentencia definitiva como lo manda el digesto ritual en el art. 273.3.

V.- En orden a la cuestión traída a conocimiento soy de opinión que corresponde revocar el decisorio apelado porque no constituye una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causai, por las consideraciones que infra expongo.

Cabe advertir de modo liminar que los jueces no están obligados a pronunciarse respecto de la totalidad de los agravios invocados por las partes, sino sólo aquellos que resulten conducentes a la solución del caso.ii

V.1.- Asiste razón al quejoso en la afrenta delineada en el apartado II.2.- cuando se queja del marco normativo fijado por la a quo en materia de contratos y regido por el art. 1197 del CC; pues a la luz de la consideración que habré de verter seguidamente no cabe hesitar que el marco normativo aplicable para elucidar la cuestión en debate viene dado por el derecho administrativo.

Sobre este tópico resulta ilustrativo destacar primeramente que en doctrina, habiéndose analizado los distintos regímenes provinciales, se ha plasmado la diferenciación entre “Contrato de publicidad” del derecho privado del “Contrato de publicidad oficial” como contrato del derecho público. “Esta diferencia se debe a que el primero nace del Derecho Mercantil, siendo su objetivo informar y persuadir al receptor para

inducir al consumo, el segundo –“contrato de publicidad oficial”- es un instrumento para dar cumplimiento al deber constitucional de información que pesa sobre los gobernantes”. “Es decir, la publicidad oficial debe estar concebida como un instrumento para informar a la población de los actos de gobierno, por lo cual, es elemento básico para el contrato de publicidad oficial el “derecho de acceso a la información” que tenemos todos los habitantes de nuestro país”). Se ha dicho además, que la diferencia entre la publicidad comercial y la publicidad oficial esta dada por que la “... publicidad comercial tiene incidencia directa sobre el mundo comercial, en tanto que la oficial incide sobre la calidad institucional del sistema de gobierno, al permitir el debido control ciudadano. En cuanto a la finalidad perseguida por cada una se adujo que la publicidad comercial resulta un medio o instrumento del cual se vale e empresario para promover la realización de negocios el consumo de sus productos; en tanto que la oficial resulta un medio o instrumento del cual se deben valer los gobernantes para cumplir con su deber funcional de mantener informada la ciudadanía de los “actos de gestión de gobierno”.iii (el subrayado no pertenece al texto).

Por último, agrega el autor en estudio que “Así se aprecia que la forma de contratación de la publicidad oficial y sus controles son una cuestión medular que todavía no ha tenido el debido tratamiento en el ámbito de nuestro ordenamiento jurídico nacional y provincial, debiendo reforzarse el principio de transparencia que debe imperar en toda contratación con la administración pública. Dicha transparencia debe constituir un valor fundamental de nuestros gobernantes, los que deben materializarla en la implementación de procedimientos que garanticen la diafanidad del obrar público respecto del manejo de fondos fiscales, y así evitar el accionar abusivo y, hasta a veces corrupto, de nuestra Administración”. iv

En esta inteligencia, a la luz de las diferencias apuntadas y teniendo presente en materia de caracterización del contrato administrativo la doctrina sentada por la CSJN en “Dulcamara” v y ratificada en “Cinplast”vi, no vacilo en afirmar que el régimen jurídico aplicable al sub exámine es el administrativo toda vez que, la vinculación del particular con la Administración lo ha sido con la finalidad de prestar un servicio de publicidad oficial y no comercial y, una de las partes contratantes ha sido un ente público por lo que el dinero para sufragar dicha publicidad indudablemente pertenece al erario público, de manera tal que, la aplicación de los principios que gobiernan la contratación administrativa para escudriñar la existencia o no de un contrato –o la validez de este- entre el Estado y el particular, se impone cristalinamente.

Ello no importa soslayar o, como bien dice Rosattivii hacer tabla rasa con el Código Civil, pues existen principios civiles en materia de contratos como el de buena fe, predisposición de cumplimiento o equidad que debe ser aplicados en determinadas circunstancias, pero en lo tocante a la existencia o no de un contrato como el que se discute en el sub exámine, indudablemente debemos remitirnos a las normas del derecho administrativo.

Idéntico criterio ha predicado la Corte Suprema de Justicia de la Nación al señalar que: “...En razón del carácter administrativo del contrato que se dice celebrado, el caso debe ser juzgado con arreglo a los principios y reglas propios del derecho público, para lo cual debe acudirse a las normas sobre contrataciones que regían con la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, contenidas en las leyes nacionales de obra pública 13.064, de contabilidad (decreto-ley 23.354/56 y su decreto reglamentario 5720/72), aplicables en razón de lo dispuesto por la ordenanza municipal 31.655”.viii

A raíz de ello, el agravio sobre el punto relativo a la aplicación de la normativa civil por la juez a quo será admitido.

V.2.- Sentado que se trata de una contratación administrativa, corresponde examinar si se ha cumplimentado el procedimiento de formación de la voluntad estatal para la conformación del contrato en crisis.

En esta tarea vale remarcar que las normas que rigen la materia son el decreto provincial N° 325/00 y la resolución 12/96 del Tribunal de Cuentas de la Provincia, por expresa remisión dispuesta en el artículo 5° del decreto precitado.

Así, el artículo 1° del decreto provincial 325 fija el marco competencial en cabeza de la Subsecretaría de

Relaciones Institucionales, estableciendo que toda la publicidad oficial que deba realizar el Estado provincial, reparticiones y organismos centralizados, descentralizados y autárquicos, empresas del Estado y empresas del Estado con participación estatal mayoritaria, debe ser solicitada a aquella Subsecretaría –con función técnica y de coordinación–, siendo la responsable de emitir las ordenes de publicidad. Ahora bien, el Anexo I de la resolución TCP N° 12/96 que consagra las pautas mínimas para la contratación de la publicidad, define lo que incluye en concepto de publicidad, excluyendo expresamente la llamada “publicidad Institucional” que consiste en el nombre de la institución o repartición pública sin ningún mensaje o contenido. Seguidamente prescribe que debe efectuarse un relevamiento de todos los medios de comunicación a materializarse mediante un procedimiento de selección del co-contratante, por oposición y fundando la elección en diversos aspectos como por ejemplo, penetración en la sociedad, tirada, periodicidad en la edición, etc.; procedimiento este que esgrimen necesario para cumplimentar lo dispuesto en la Ley de Contabilidad N° 6, art. 26 y su decreto reglamentario art. 26, sosteniendo que la ponderación debe ser fundada y en forma previa a la contratación.

Hasta aquí, vislumbro en el expediente N° 21463 – SG s/ Contratación de publicidad destinada al Ministerio de Economía, Hacienda y Finanzas, que fuera reservado en sobre de prueba y que en original tengo a la vista, que el procedimiento antes delineado no se ha cumplimentado en absoluto.

En efecto, el Estado provincial no ha hecho relevamiento alguno de los medios de comunicación ni procedimiento de selección del contratante de ninguna especie. La publicidad no ha sido solicitada a la Subsecretaría de Recursos Institucionales como lo exige el decreto provincial 325, sino al Secretario de Medios sin que conste en las actuaciones referenciadas delegación administrativa alguna, idéntica tesitura cabe predicar respecto de la orden de publicidad que es suscripta –en principio y según cotejo de firmas– por el Secretario de medios e información pública y no por el funcionario al que el decreto 325 le asigna competencia.

Además, de la sola lectura de la orden de publicidad N° 2934/05 acollorada en las actuaciones administrativas enunciadas precedentemente, se aprecia nítido el incumplimiento de lo dispuesto por el art. 2 del decreto 325 y su concordante, el inciso 3, apartado B de la resolución TCP 12/96 pues no se agrega un detallado informe de los datos a publicitar en las piezas publicitarias, ni siquiera figura el texto a publicitar, la duración de las tandas, ni aporta mayores elementos para el efectivo control de la prestación.

Párrafo aparte merece la conformación del expediente administrativo cuya confección se evidencia desprolija, defectuosamente foliado y se verifica la inexistencia de dictamen jurídico previo.

De las argumentaciones esbozadas emerge prístino que se ha obviado por completo el procedimiento administrativo establecido para la conformación del contrato, todo lo cual torna al mismo inexistente.

Idéntica hermenéutica ha propiciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Ingeniería Omega” al sostener que “8°) Que la prueba de la existencia de un contrato administrativo se halla íntimamente vinculada con la forma en que dicho contrato queda legalmente perfeccionado. Cuando la legislación aplicable exige una forma específica para su conclusión, dicha forma debe ser respetada pues se trata de un requisito esencial de su existencia. Esta condición, que se impone ante las modalidades propias del derecho administrativo, concuerda con el principio general también vigente en el derecho privado en cuanto establece que los contratos que tengan una forma determinada por las leyes no se juzgarán probados si no estuvieren en la forma prescripta (conf. arts. 975 y 1191 del Código Civil y causa M. 265. XXXIII, cit.). 9) Que, en consecuencia, los agravios de la apelante deben ser acogidos pues no es posible admitir la acción basada en obligaciones que derivarían de un supuesto contrato que, de haber sido celebrado, no lo habría sido con las formalidades establecidas por el derecho administrativo local para su formación...”ix (el remarcado ha sido añadido).

A nivel local, y siguiendo la doctrina sentada por la Corte Federal, análoga exegética fijó el Superior Tribunal de Tierra del Fuego en la causa “J. Langer y Cía.”x, a la que cabe adherir por imperio del art. 37 de la Ley provincial 110, por constituir doctrina obligatoria para los tribunales inferiores.

En este orden de ideas, lleva la razón el quejoso en las afrentas identificadas en el acápite II.1. y II 3. , por lo que han de ser admitidas.

V.3.- Por último, cabe admitir la queja esbozada en lo tocante a la inexistencia de acreditación alguna que dé cuenta del cumplimiento por parte del actor de las obligaciones a su cargo.

Repárese que la prueba informativa que el accionante ofrece en su libelo de inicio a ser remitida a la agencia Gama Producciones SRL para que informe i) si el programa Sin Protocolo se emitió en el año 2006 y, ii) si el mismo fue auspiciado por el Ministerio de Economía, Hacienda y Finanzas del Gobierno de la Provincia, y iii) que remita copia de la certificación de salida.

Producida la misma, la agencia oficiada lo único que responde es que el programa se emitió ese año, destacando que no tiene constancia de la publicidad atento el tiempo transcurrido. De ahí a inferir –como lo hace la juez de grado- que la publicidad se realizó por que la oficiada no lo niega, importa una apreciación de la prueba que se aparta de las reglas de la sana crítica cuando se trata de entidades privadas.

Asiste razón al quejoso cuando sostiene que la mera presentación de las facturas al cobro no puede constituir de por sí prueba de emisión de las publicidades, toda vez que ello, a tenor de lo normado por el inciso 4, apartado B de la resolución TCP 12/96, debiera surgir de las actuaciones administrativas ya que para presentar las facturas al cobro se debe acompañar la respectiva orden de publicidad y los elementos que permitan controlar la efectiva prestación del servicio, omisión ésta que resulta fatal a los propios intereses del accionante y comportan un elemento más para el rechazo de la demanda.

VI.- Con arreglo a lo expuesto, corresponde admitir el remedio recursivo impetrado por la Provincia accionada y, en su mérito, revocar la sentencia de grado glosada a fs. 179/183 vta. en todas sus partes; con costas en ambas instancias al accionante vencido (art. 78.1 CPCC).

2º.- La jueza Josefa Haydé MARTIN dijo:

Que adhiere en un todo a lo dicho por el magistrado ponente en primer orden, por razones análogas a las expuestas en su voto, y de conformidad con lo dicho por el Superior Tribunal de Justicia de nuestra provincia en los autos caratulados “Trujillo Nores, Juana s/ Sucesión ab-intestato” en la sentencia de fecha 06/11/02 –apartado VII- registrada en folios 635/641, tomo VIII del libro de resoluciones y sentencias de la Secretaría de Recursos.

3º.- 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).

Cumple traer a la memoria que el Excmo. Superior Tribunal de Justicia interpretando el alcance del art. 152 de la Constitución local, abrigó la conclusión a que arribara el entonces Ministro de esa Corte doctor González Godoy (en autos “Banco Provincia de Tierra del Fuego c/Oliveira, Hugo Ismael y Pavlov, Norberto Luis s/Acción de simulación” expte. N° 393/00 STJ-SR-sentencia del 14.07.00, registrada en el T. VI, F 524/528) al sostener que “[...] los jueces que componen un tribunal colegiado no pueden emitir su pronunciamiento de manera impersonal, debiendo cumplir los pasos necesarios para hacer efectivo el acuerdo. Pero, debe destacarse, distinto es el resultado de haber habido voto individual, bien que expresado mediante simple adhesión, porque esta adhesión no transgrede la disposición constitucional citada [...]” (S.T.J. in re “Trujillo Nores, Juana s/ Sucesión Ab Intestato s/ Recurso de Queja”, Expte. N° 519/02, de 6 de noviembre de 2002 –apartado VII- registrada en folios 635/641, tomo VIII del libro de resoluciones y sentencias de la Secretaría de Recursos.

En virtud del Acuerdo que antecede, el Tribunal

SENTENCIA

I. ADMITIR el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada a fs. 186/197 y, en su mérito, REVOCAR la sentencia de primera instancia obrante a fs.179/183 vta., en todas sus partes.

II. IMPONER las costas en ambas instancias al litigante vencido por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 78.1 CPCC).

III. REGULAR los honorarios de los letrados de la parte demandada en forma conjunta en el 30 % de lo que oportunamente se les regule en la instancia de grado (art. 14, ley 21.839).

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

FDO. DE LA TORRE – MARTIN - LOFFLER

ANTE MI: MARCELA CIANFERONI. SECRETARIA DE CAMARA.

REGISTRO N° 76/11, TOMO III, F° 520/526, AÑO 2011, SENTENCIAS DEFINITIVAS.

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

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

iii Revista de Derecho Público, Ed. Rubinzal Culzoni; “Contratos Administrativos .I”; “Contratación Pública, sistemas de selección. Transparencia. Publicidad Oficial., por Carlos Alberto Andreucci. pag. 173, 180, 181.

iv Ob. Cit. pag. 181, Andreucci.

v Fallos 313:376

vi Fallos 316:212

vii Rosatti, Horacio, en “Código Civil Comentado “, “El código Civil desde el derecho público”, Editorial Rubinzal Culzoni, pag. 359.

viii CSJN, in re “Recurso de hecho deducido por el Gobierno de la ciudad de Buenos Aires en la causa Ingeniería Omega Sociedad Anónima c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”; de fecha 5/12/2000.

ix “Ingeniería Omega”, fallo citado en nota 7 .

x STJTDF “J. Langer y Cía. SRL c/ Municipalidad de Río Grande s/ cobro de pesos (ordinario)”, Expte. N° 440/01 STJ-SR , sentencia de fecha 28/09/2007.