

Warning

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo Federal, sala IV(CNFedContenciosoadministrativo)(SalaIV)
05/11/2002

Warning S.A. c. Instituto Nac. de Cine y Artes Audiovisuales (INCAA)

La actora solicitó la nulidad de la resolución administrativa que revocó el convenio de gestión comercial de publicidad que celebrara con el Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales por el plazo de 24 meses. El juez de primera instancia manifestó que si bien en el caso correspondía aplicar el sistema de libre contratación, la administración celebró el mencionado convenio con total omisión de un pronunciamiento de selección de su cocontratante, por lo que lo consideró viciado en su forma y avaló su revocación. La Cámara confirma la sentencia apelada pero entendiendo que el contrato debió celebrarse bajo el sistema de licitación pública.

Buenos Aires, noviembre 5 de 2002.

¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

El doctor Uslenghi dijo:

I. La jueza de primera instancia (fs. 317/320vta.) rechazó la demanda interpuesta por Warning S.A. contra el Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales. Las costas las impuso a la actora vencida.

Para así decidir la magistrada de grado sostuvo que la actora había solicitado la declaración de nulidad de la resolución administrativa que revocó el convenio firmado con fecha 28 de febrero de 1995. Recordó que en dicho convenio se había conferido autorización a Warning S.A. para obtener auspiciantes y/o anunciantes y/o realizar las gestiones tendientes a la producción y comercialización de la publicidad concerniente a todo evento de orden regional, nacional e internacional durante el plazo de 24 meses.

La a quo consideró que la relación entre las partes litigantes se trataba de una contratación de derecho privado, ya que se refería a una gestión comercial de publicidad; sin embargo entendió que -teniendo en cuenta que la Administración Pública gozaba de una sola personalidad jurídica-, todo lo atinente a la competencia del órgano y a la formación de su voluntad debía regirse por las normas del derecho público.

Además, manifestó que las contrataciones efectuadas por el I.N.C.A.A. -a la fecha de celebración del convenio-, debían regirse por el régimen general de las contrataciones del Estado establecido -en ese momento- en los arts. 55 a 63 de la ley de contabilidad. No obstante ello, aclaró que resultaba imposible la aplicación de los sistemas de restricción de dicha reglamentación -licitación pública, privada y contratación privada-, debido a que el contrato carecía de un monto cierto.

Por lo tanto, la magistrada inferior sostuvo que correspondía aplicar el sistema de libre

contratación o elección, el cual se impone en aquellos contratos donde prevalecía el factor personal del co-contratante.

Dejó aclarado que el sistema de libre contratación no implicaba que el comportamiento de la demandada quedara exento del cumplimiento de formalidades. Explicó que las decisiones de la administración referentes a la concreción de un contrato debían estar debidamente motivadas, además debían explicarse las razones por las cuales eligió a una persona determinada, y demostrar la conveniencia y procedencia de esa elección; amén de cumplir con el requisito de la publicidad a los efectos de facilitar el control de la contratación.

Por último, manifestó que la demandada celebró el contrato bajo análisis con total omisión de un procedimiento de selección de su co-contratante, por lo que lo consideró viciado en su forma. Siendo ello así, avaló la legitimidad de la resolución que declaró su nulidad.

II. Contra tal pronunciamiento, la actora interpuso recurso de apelación (fs. 323), el que fue concedido libremente (fs. 324), y expresó sus agravios (fs. 330/341), los que fueron contestados por la contraria (fs. 342/343vta.)

III. Legitimidad de la contratación directa

a) Sostiene la apelante que -contrariamente a lo sostenido por la jueza de primer grado- el convenio que ella celebró siguió el procedimiento administrativo pertinente, en tanto que con fecha 23/2/95, el Departamento de Asuntos Jurídicos del I.N.C.A.A. dictaminó que del proyecto del contrato no surgía irrazonabilidad o arbitrariedad alguna (cfr. fs. 330vta./331).

Agregó que como el acuerdo no tenía monto fijo, podía celebrarse por el procedimiento de contratación directa sin ser necesarias la licitación pública o privada. Por lo que concluyó que: "En suma, el INCAA, representado por su Director Nacional, hizo uso de las potestades que el cuerpo normativo le acordaba, a los efectos de elegir libremente -contratación directa mediante- a su cocontratante, encomendándole la tarea plasmada mediante la suscripción del convenio de fecha 28/02/95, tras el trámite administrativo descrito y sobre el cual no recayó objeción previa alguna."

b) En primer lugar cabe recordar que el dictado de todo acto administrativo debe ser precedido por un procedimiento desarrollado a tal fin.

Esta íntima relación entre acto administrativo y procedimiento administrativo, resulta de primordial importancia en los contratos administrativos tanto en la etapa de selección del cocontratante, como durante su ejecución.

La formación de la voluntad estatal previa al contrato, implica una sucesión de actos coligados destinados, como cualquier procedimiento administrativo, a emitir un acto administrativo.

Esta faz previa a la formación del contrato no puede efectuarse por un procedimiento elegido arbitrariamente por la Administración, sino que un haz de normas de diferentes rangos (entre las que se incluyen las constitucionales) confluyen para decidir que el procedimiento que debe seguirse como regla general, debe asegurar la amplia concurrencia de postulantes, salvo determinadas excepciones.

c) Ello es así, dado que de nuestra Ley Fundamental surgen principios constitucionales de aplicación que rigen a toda contratación pública, como los de publicidad, igualdad y concurrencia, además del principio de razonabilidad, de los cuales se deriva la

licitación o el concurso público como regla general en las contrataciones del Estado. Adviértase que el art. 16 de la Constitución Nacional consagra la igualdad para acceder a los cargos públicos sin otra condición que el requisito de la idoneidad. Entiendo que esta previsión no debe limitarse al acceso a la función pública, sino que también es abarcativa de todo tipo de contratación con el Estado, por lo que considero que todas las personas tienen -en principio- igual derecho a la posibilidad de contratar con la Administración.

Esta garantía obliga al Estado a publicitar su intención de contratar, de manera tal que todas aquellas personas que se consideren idóneas puedan ofertar en dicha contratación y no discriminar de antemano contratando con una persona determinada, sin aviso previo al resto de los eventuales interesados. Retacear la concurrencia implica enervar la búsqueda del más idóneo para ejecutar el contrato administrativo.

Por otra parte no debe olvidarse que nuestra Constitución Nacional consagra el principio de igualdad ante las cargas públicas, principio que adecuadamente interpretado en toda su extensión arroja como consecuencia el derecho de todas las personas al acceso igualitario en la distribución de los beneficios que supone una contratación con el Estado.

Así, como contrapartida a la igualdad en las cargas públicas, existe la igualdad para acceder a las ventajas patrimoniales que se obtienen por contratar con el Estado, motivo por el cual también se requiere la invitación pública para contratar de manera de garantizar dicha igualdad.

Por último, en la reforma constitucional operada en el año 1994 se dispuso -art. 42, segundo párrafo, de la Carta Magna- la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de mercados, con lo cual se consagró el principio de concurrencia en la economía argentina, el que no puede estar ausente en la contratación pública.

d) Considero que es bajo el amparo de estos principios constitucionales que deben interpretarse las normas legales que fijan las modalidades de contratación con el Estado, por lo que no corresponde interpretar la ley de contabilidad y su decreto reglamentario al margen de las premisas antes citadas. Más aún cuando esas premisas fueron posteriormente confirmadas por la Convención Interamericana Contra la Corrupción, incorporada a nuestro derecho por la ley 24.759, la que entre otros principios orientados a asegurar la transparencia de la gestión pública exige la publicidad y equidad en las contrataciones administrativas (art. 3 inc. 5).

A la luz de los criterios hermenéuticos que llevo expuestos, puede afirmarse que la recta interpretación del art. 55 de la ley de contabilidad, al sostener que: "Toda compra o venta por cuenta de la Nación, así como todo contrato sobre locaciones, arrendamientos, trabajos o suministros, se hará por regla general previa licitación pública", abarca al contrato celebrado entre Warning S.A. y el I.N.C.A.A..

En igual sentido, el actual régimen de contrataciones de la Administración Nacional (dec. 1023/2001), establece entre los principios generales a los que deberá ajustarse la gestión de las contrataciones, la promoción de la concurrencia de interesados y de la competencia entre oferentes (art. 3 inc. b).

Ello es así, ya que la obligación a la cual se había comprometido la empresa consistía en otorgar los servicios y las cosas que fueran necesarias para la organización integral de los eventos cinematográficos, así como la obtención de auspiciantes y/o anunciantes (cláusulas segunda y tercera del convenio, fs. 18).

En virtud de lo cual considero que el convenio en cuestión conformaba un contrato de suministro que debió ser celebrado previa licitación pública.

e) En lo concerniente a las excepciones que preveía el régimen de contrataciones del Estado con relación al monto del contrato, en su art. 56 inc. 1° y 3° a), cabe aclarar que ellas regían para supuestos en que los contratos no superaran determinado monto, es decir que las sumas involucradas debían ser inferiores a dicho monto.

Al respecto, advierto que en el convenio de autos el monto era indeterminado, por lo cual no se podía hacer valer las excepciones señaladas, toda vez que monto indeterminado no es equiparable a monto inferior a una suma determinada; por el contrario, entiendo que podría suceder que una vez ejecutada la contratación se constatará que su monto superó con creces los mínimos exigidos por la norma.

Advierto además que una postura contraria llevaría a obviar un requisito indispensable con el solo arbitrio de otorgar monto indeterminado al contrato.

Por otra parte, señalo que la actora estima que el monto del contrato hubiera ascendido al importe de pesos cuatrocientos cincuenta mil (\$450.000) (fs. 139), en tanto que el perito señaló que en el supuesto de un presunto beneficio del 18% sobre la inversión -tal como estaba previsto en la cláusula sexta del contrato-, la ganancia de Warning S.A. hubiera sido de \$710.884,91 (fs. 278).

Además, el contrato podría haber arrojado un monto bastante importante al carecer de un límite fijo en las ganancias, dado que éstas se determinaban a través de un porcentaje (18%) del remanente de los ingresos previa deducción de los gastos pertinentes, lo cual corrobora una vez más que el procedimiento que debió seguirse para celebrar el contrato en cuestión debió ser la licitación pública y no otro.

f) Por último, debe mencionarse que en el contrato se preveía la posibilidad de su renovación (cláusula décimo segunda), con lo cual no se había pactado una relación efímera, sino que se trataba de la contratación de un servicio con carácter de cierta permanencia, lo cual revela que el monto del contrato podría haber sido aún mayor en el supuesto de ser renovado.

g) En virtud de lo expuesto, considero que el contrato que se había celebrado entre las partes es ilegítimo al haberse obviado presupuestos necesarios que hacen a la legitimidad de todo acto administrativo, como el debido procedimiento previo, causa y motivación.

No se expusieron fundamentos que avalaran la concertación directa, ni mucho menos se aportó algún elemento tendiente a calificar a la contratada con calidades excepcionales que tornaran innecesarias la realización de una licitación pública.

Al respecto merece destacarse que el requisito de la motivación suficiente debe ser examinado con mayor rigurosidad cuando el contrato es "intuitu personae" -como se pretendió en el presente caso-, toda vez que en estos supuestos el ente estatal tiene el deber de señalar las calidades personales o la especialidad del cocontratante que lo llevaron a elegirlo y cuya singularidad excluye la posibilidad de una concurrencia de posibles oferentes.

Con respecto a la calificación de "intuitu personae" del contrato celebrado (cláusula décimo primera) también ello es objeto de reparos. En primer lugar advierto que el convenio se celebró no con una persona física, sino con una persona jurídica, la cual, además, carece en absoluto de antecedentes -acreditados en las actuaciones- que corroboren su experiencia y excelencia en la materia.

Así, del testimonio adjuntado a fs. 124 surge que la contratada es una sociedad

anónima constituida por dos accionistas un año antes de la celebración del contrato, con un capital accionario de \$12.000; datos que demuestran la poca solvencia económica de la empresa contratada, lo que aparece corroborado por el beneficio para litigar sin gastos planteado al efectuar la presente demanda.

h) También carece de causa el contrato celebrado, toda vez que él se concertó, sin haberse agregado los antecedentes requeridos por el dictamen jurídico emitido en forma previa a su celebración.

Conforme a las constancias de autos, el único paso procedimental previo a la celebración del convenio fue el requerimiento de un dictamen jurídico, sin que siquiera la autoridad contratante hubiera agregado a las actuaciones los antecedentes de la cocontratante que eventualmente hubieran justificado el apartamiento de la publicidad y concurrencia exigidas para este tipo de contrato.

No existe ninguna constancia sobre la formación de un expediente administrativo, ni se agregó presentación alguna de la oferta del cocontratante, como tampoco hay un acto administrativo en el cual se hayan fundamentado los motivos por los cuales se eligió a Warning S.A. para organizar y hacerse cargo de la publicidad de los festivales de cine por el transcurso de dos años (cfr. fs. 23/24).

En virtud de lo expuesto, considero que el convenio del 28/02/95 resulta nulo, de nulidad absoluta conforme al art. 7° inc. b), d) y e) y art. 14 inc. b) de la ley 19.549; aplicables a los contratos administrativos en virtud de lo dispuesto en el art. 7° "in fine".

IV. Acto de Revocación

a) Manifiesta Warning S.A. que la jurisprudencia es conteste en sostener que el contrato administrativo se perfecciona con el simple acuerdo de voluntades, momento a partir del cual nace la responsabilidad de la Administración por una posible frustración contractual por su culpa (fs. 334).

Agrega que el convenio celebrado se encontraba en inequívoco principio de ejecución, lo cual entiende se encuentra acreditado con el primer telefax enviado en fecha 10/3/95 -en el cual se le notifica la nómina de las películas participantes del Festival Interamericano de Cine de Mar del Plata- y con el recibo de diversas cartas y otros elementos oportunamente enviados por el entonces Director del I.N.C.A.A., así como con su declaración testimonial.

Manifiesta que el ex-Director del instituto demandado le había encomendado que: "proceda al cumplimiento de lo contractuado, tomando contacto, a tal efecto, con el responsable del área de cada Región del país en cuestión..." (fs. 334vta.)

Sostiene que había encarado las gestiones y contrataciones comerciales enderezadas a la difusión, obtención de auspiciantes y demás actividades atinentes a la cobertura publicitaria que merecía el evento a celebrarse en la ciudad de Mar del Plata.

Considera que la posterior revocación del contrato fue ilegítima, en tanto la Administración violó el principio de "pacta sunt servanda" que emerge del art. 1198 del Cód. Civil, colocándose en abierta contradicción con su conducta anterior (cfr. fs. 335). Por último, la apelante considera que la res. 278/95 es nula por carecer de "causa", es decir, de normas jurídicas que habilitaran a la accionada a resolver el negocio jurídico vinculante y también de "motivación", al no haber expresado en forma concreta los hechos y normas jurídicas en los cuales se basó para resolver dicho contrato.

b) Entiendo que el presente agravio debe seguir la misma suerte que el anterior en

virtud de las consideraciones que a continuación paso a exponer.

En primer lugar, cabe aclarar que las posturas de las partes son discordes respecto a si el contrato se había comenzado a ejecutar cuando fue revocado. Así, en la res. 278/95 se estableció que el contrato no había tenido principio de ejecución, en tanto que la actora expresa lo contrario.

La accionante para acreditar la ejecución del contrato acompañó -por una parte- la copia de un fax de fecha 10/03/95 (fs. 21) en el cual se menciona la nómina de las películas que posiblemente participarían del Festival Interamericano de Mar del Plata, la que está firmada por una persona de nombre Salvador.

Sin embargo, bajo ningún punto de vista acreditó la existencia de las diferentes misivas u otros elementos que dice haber recibido del ex-Director del I.N.C.A.A., en los cuales supuestamente le ordenaba el cumplimiento de los compromisos asumidos en el contrato y le indicaba las directivas para tal fin.

Asimismo tampoco acompañó documentación que acreditase su contacto con los responsables de las diferentes regiones del país, tal como le habían señalado que debía efectuar.

Amén de ello, tampoco hay constancia de que la actora haya requerido al I.N.C.A.A. la documentación y/o materiales referentes a la organización de evento alguno (cláusula tercera), por lo cual considero que no puede predicarse que hubiera habido derechos subjetivos de la cocontratante en vía de cumplimiento o ejecución.

c) Cabe aclarar que Warning S.A., para demostrar que ella había asumido compromisos con terceras personas con motivo de la ejecución del convenio, agregó dos notas de la firma Faillace & Asociados (fs. 33 y 34) y un informe con los datos del Festival Interamericano de Mar del Plata del año 1995 (fs. 35/38).

Respecto de esta documentación cabe destacar que una de las notas de la empresa Faillace & Asociados, es de fecha anterior a la firma del convenio (27/02/95), por lo cual no resulta apta a los efectos de acreditar su ejecución.

A más de ello, considero que los términos de dicha nota lejos de favorecer el reconocimiento del derecho de la actora, demuestran su intención de violar las cláusulas del convenio. Ello es así, toda vez que en el art. 11 del contrato se disponía que: "A todos los efectos se entiende y así se acuerda que el presente contrato es "intuitu personae", por lo que queda expresamente prohibida la cesión del mismo, reservándose el I.N.C.A.A. todos los derechos de accionar legalmente ante la violación de la presente ejecución." (fs. 19); en tanto que en la nota el licenciado Flavio D. Faillace, afirmó que se encontraba en condiciones de: "...hacerme cargo del manejo de la publicidad para los festivales a realizarse en la ciudad de Mar del Plata y Bariloche" (fs. 34), compromiso que fue confirmado en su misiva de fecha 04/04/95 (fs. 33). No puede pretenderse que la ejecución de un convenio se demuestre a través de la tentativa de violarlo, cediendo a un tercero las obligaciones asumidas "intuitu personae" con la prohibición de transferirlas.

En lo concerniente al informe confeccionado por Warning S.A. sobre el Festival de Mar del Plata (fs. 35/38), cabe destacar que carece de fecha y de destinatario, por lo que resulta ineficaz a los fines de acreditar la ejecución del contrato.

d) Adviértase que según las cláusulas segunda y tercera del contrato de fecha 28/2/95 Warning S.A. debía encargarse de obtener los auspiciantes y/o anunciantes para los festivales realizados por la demandada, como así también de organizar integramente dichos eventos.

A mí entender no se acreditaron hechos que configuren ejecución de las cláusulas mencionadas, tal como podría haber sido el establecimiento de relaciones contractuales o precontractuales con empresas auspiciantes.

Al respecto, solamente existe el testimonio del Sr. Ricardo Serfaty referente a la supuesta existencia de pre acuerdos con determinadas empresas que iban a auspiciar el festival (cfr. fs. 218 vta.), sin que se haya adjuntado documentación que avale este testimonio, el cual por sí solo -en el presente caso- resulta insuficiente como medio probatorio fehaciente.

En lo concerniente a la declaración de Antonio Edgardo Ottone (fs. 175/176), entiendo que no puede ser considerada como un testimonio imparcial, dado que él participó en la celebración de un convenio nulo y, de demostrarse su irregularidad, podría verse personalmente involucrado en su carácter de ex-director del I.N.C.A.A., motivo por el cual su declaración resulta carente de valor a los fines de demostrar la supuesta ejecución del contrato.

Por otra parte, advierto que si bien con los resúmenes de tarjetas de créditos y facturas obrantes a fs. 126/137 la actora probó que efectuó algunos gastos, no demostró que ellos hubieran tenido su origen puntualmente en la ejecución del contrato celebrado con el I.N.C.A.A..

e) En virtud de lo hasta aquí expuesto, considero que se encuentra probado: a) que la res. 378/95 -por la que se revocó lo convenido- tenía una causa válida, como era la nulidad del contrato por carecer de causa, de motivación y haberse omitido el procedimiento esencial previo a la concertación; b) que esta resolución se encuentra debidamente motivada en sus considerandos, en cuanto explica claramente los fundamentos de su decisión (fs. 25/26); c) que dicho contrato no se encontraba en vías de ejecución.

V. Ausencia de acción de lesividad

a) Por otra parte, sostiene el apelante que -conforme el art. 17 de la ley de procedimientos administrativos- la Administración debió haberse dirigido a un tribunal competente a través de la acción de lesividad, a los efectos de solicitar la revocación del contrato que había generado derechos subjetivos de contemporáneo cumplimiento, por lo que entiende que el I.N.C.A.A. carecía de facultad para resolverlo.

b) Ante todo cabe recordar que la función administrativa tiene como objeto primordial satisfacer el bien común; en forma coherente con ello, se puede afirmar que la potestad de restablecer la juridicidad -vulnerada mediante un acto gravemente ilegítimo- es una facultad inherente al ejercicio de dicha función. Ello es así, toda vez que en el logro del bien común se encuentra comprometida la vigencia de la juridicidad.

De conformidad con lo ut-supra expuesto nuestro más Alto Tribunal ha sostenido que la limitación a la potestad anulatoria de oficio por parte de la Administración, establecida en el art. 17 de la ley de procedimientos administrativos, debe ser interpretada en forma restrictiva (Fallos 304:898; 310:392; 305:2170).

Así, manifestó que "la limitación impuesta por el art. 17 in fine, de la ley 19.549, en cuanto constituye una excepción a la potestad revocatoria de la administración, establecida como principio general en la primera parte de su texto, debe ser interpretada con carácter estricto toda vez que su aplicación acarrea la subsistencia en

el mundo jurídico de un acto viciado de nulidad absoluta hasta tanto se produzca la declaración judicial pertinente." (Fallos 304:898).

Conforme a ello y habiéndose demostrado que el convenio del 28/02/95 no se encontraba en vías de ejecución, considero que el I.N.C.A.A. actuó legítimamente al disponer su revocación mediante la res. 278/95, dado que a través de ella restableció la plena vigencia de la juridicidad.

A mayor abundamiento, agregó que aún en el supuesto de considerarse que el contrato hubiera generado derechos subjetivos en vía de cumplimiento, su revocación en sede administrativa hubiera sido igualmente legítima dado que dicho contrato era evidentemente nulo de nulidad absoluta e insanable y esta tacha resultaba de conocimiento ineludible por el contratista particular.

Esta nulidad absoluta facultaba a la Administración a revocar el contrato habida cuenta de que el vicio era conocido por la empresa actora, ya que la necesidad de licitación pública es un requisito objetivo que no podía pasar por alto y ésta con su actitud había contribuido al nacimiento de dicho vicio.

Al respecto, vale recordar que cuando el vicio es conocido por el co-contratante la Administración puede revocar el acto aun cuando hubiera generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo. (cfr. juego armónico arts. 17 y 18, párr. 2º, L.P.A.)

VI. Indemnización por frustración del contrato.

a) Por último, considera el actor que la actitud ilegítima de la demandada configuró una falta de servicio que le produjo un agravio patrimonial que debe ser resarcido en forma integral.

b) En virtud de lo afirmado en los puntos anteriores, considero que corresponde desestimar el agravio pues ha quedado patentizado el proceder legítimo del ente, lo que da por tierra con cualquier pretensión reparatoria.

VII. Por lo expuesto, voto por confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto fuera materia de agravios, con costas a la actora vencida (art. 68, Cód. Procesal).

Los doctores Galli y Jeanneret de Pérez Cortés adhirieron al voto precedente.

En virtud del resultado que instruye el acuerdo que antecede se confirma la sentencia de primera en cuanto fuera materia de agravios, con costas a la actora vencida. - Alejandro J. Uslenghi. - María Jeanneret De Pérez Cortés. - Guillermo P. Galli.