



Procuración del Tesoro de la Nación

BUENOS AIRES, 15 NOV 2000,

SEÑOR SECRETARIO DE DESARROLLO SOCIAL DEL
MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL Y MEDIO AMBIENTE:

Reingresan las actuaciones de referencia a esta Procuración del Tesoro a efectos de dictaminar acerca de la situación planteada entre la empresa *Pentamar Fiduciaria S.A.* y el Consejo Nacional del Menor y la Familia -en adelante el Consejo-, en relación con la concesión de uso de un predio.

- I -

ANÁLISIS DE LOS ACTOS Y HECHOS CUMPLIDOS

1. El Contrato Originario.

El 30 de diciembre de 1997, el entonces titular del Consejo celebró con *Pentamar Fiduciaria S.A.* un convenio, agregado en copia a fojas 54/61, cuyo objeto consistió en llevar a cabo un proyecto de mejoramiento y desarrollo de una fracción de campo lindera al Instituto Ntra. Sra. de Fátima de aproximadamente 24 has., que transformará el actual estado de dicha parcela de terreno en un área de Centros Deportivos, de recreación y espacios verdes. Este proyecto contempla también el futuro desarrollo de una zona comercial.

Se agregó que, para lograr dicho objetivo, el CONCESIONARIO se compromete a construir a su costo y cargo

un Centro Deportivo y Recreativo... y también a realizar las tareas necesarias para la apertura y construcción de la calle (...) prestando a tal fin el CONSEJO su conformidad para la cesión de los terrenos que ocupe dicha traza (v. Cláusula Primera).

Para el cumplimiento de la obligación que asumía el Concesionario, se le otorgó en concesión de uso ... una fracción de tierra que se detalló (v. Cláusula Segunda).

1.1. En contraprestación a la concesión de uso otorgada, el Concesionario se obligó a construir diversas obras correspondientes al Centro Deportivo y Recreativo, mantenerlas y conservarlas en perfecto estado, realizar la apertura de la calle, pagar todos los impuestos, tasas y servicios que afectaran al predio en cuestión y los que se derivaran de las actividades desarrolladas en él y cumplir con la legislación vigente en materia de medio ambiente.

1.2. Se convino que todas las construcciones, mejoras e instalaciones que se ejecuten (...) quedarán en propiedad del CONSEJO una vez finalizado el plazo del presente contrato, sin que EL CONCESIONARIO o algún tercero cesionario (...) tengan derecho a compensación o indemnización de ninguna naturaleza... (Cláusula Tercera).

1.3. En la Cláusula Cuarta se establecieron como condiciones esenciales de la celebración del presente contrato, el cumplimiento por parte del CONCESIONARIO de diversas estipulaciones a favor de los menores, las cuales -además- fueron extendidas a los contratos que celebrara aquél.

1.4. Como contraprestación por la concesión de uso del predio, el Concesionario, además de las condiciones precedentemente reseñadas, se obligó a abonar al Consejo el



Procuración del Tesoro de la Nación

50% de los importes que -a su vez- le fueran pagados por los locatarios o subconcesionarios que asumieran la explotación de las instalaciones del Centro Deportivo y Recreativo a erigirse (v. Cláusula Quinta).

En garantía del fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Concesionario, especialmente las referentes al plazo de realización de las obras correspondientes al Centro Deportivo y Recreativo, y hasta el momento en que las mismas se encuentren ejecutadas en su totalidad y se otorgue la explotación de dicho Centro a terceros, el Concesionario deberá abonar al CONSEJO la suma mensual de pesos DOS MIL (\$ 2.000) (v. Cláusula Sexta).

1.5. En lo que resulta relevante respecto de la cuestión de autos, el convenio en análisis, además, previó:

a) En lo concerniente a la zona comercial:...El concesionario elaborará las propuestas de construcción y explotación (...) las que serán sometidas a la conformidad y aceptación previa del CONSEJO (v. Cláusula Séptima).

b) El Concesionario debía contratar un seguro de caución a favor del Consejo (v. Cláusula Octava).

c) La entrega del predio por parte del Consejo habría de efectuarse en el estado en que se encuentra y que el CONCESIONARIO declara conocer...(v. Cláusula Décima).

1.6. Como CAUSALES DE RESCISIÓN se establecieron:

a) la mora en el pago de dos meses consecutivos por el Concesionario del pago mensual pactado hasta que el Centro Deportivo fuera entregado a terceros para su explotación;

b) la falta de cumplimiento en término de la construcción de las instalaciones por parte del Concesionario, en ambos casos con previa intimación fehaciente a regularizar la situación;

c) el incumplimiento por parte del Concesionario de la obligación asumida en la Cláusula Octava;

d) en general, el incumplimiento del Concesionario de cualquiera de las demás obligaciones que asumió, previa intimación fehaciente (v. Cláusula Decimotercera).

1.7. En lo que concierne al plazo de la concesión, se determinó que sería de 20 años a partir de la firma del convenio y que con un mínimo de dos meses de anticipación a la de su finalización, el Concesionario podría manifestar su intención de prórroga por un período idéntico al señalado, siendo la comunicación fehaciente de dicha intención al CONSEJO suficiente para que se tenga por prorrogado el Convenio (v. Cláusulas Decimocuarta y Decimoquinta).

2. El Contrato de Prórroga de Plazo.

Por Disposición N° 76 del 11 de enero de 1999, el entonces titular del Consejo aprobó y protocolizó un Convenio celebrado entre las partes el 29 de diciembre de 1998.

Por dicho acuerdo se dispuso prorrogar el plazo del convenio firmado el 30 de diciembre de 1997 por sesenta días corridos a partir del 1° de enero de 1999.

La decisión adoptada tuvo en cuenta la propuesta presentada por la Concesionaria el 20 de mayo de 1998, ampliada el 11 de diciembre de 1998 y la necesidad del Consejo de analizar y estudiar en profundidad el proyecto contenido en la mencionada propuesta (v. fs. 90/91).



Procuración del Tesoro de la Nación

3. Propuesta de Desarrollo de la Zona Comercial.

En efecto, el 20 de mayo de 1998 la Concesionaria había presentado una propuesta de lo que denominó *desarrollo de la zona comercial* y señaló la conveniencia de construir un puente de acceso desde la Autopista Panamericana Juan B. Alberti a la fracción para el desarrollo de un centro comercial, conformado por un hipermercado, complejo de cines, *shoppings*, estaciones de servicio, áreas de esparcimiento y juegos, etc.

Propuso redimensionar las áreas originalmente destinadas al Centro Deportivo y Recreativo a las reales dimensiones que dicho Centro requiere y que el Consejo recibiera, además de los compromisos asumidos en las Cláusulas Quinta y Sexta el 15 por ciento (15%) de los beneficios que arrojara la explotación comercial (v. fs. 51/53).

3.1 El 14 de diciembre de 1998, la Concesionaria efectuó una nueva presentación en línea con la precedentemente reseñada y reiteró que la realización del emprendimiento era factible y ventajosa y representaba para el Consejo la posibilidad cierta de un sustancial beneficio.

Señaló que resultaba conveniente dejar temporalmente en suspenso la ejecución del centro deportivo y recreativo originariamente planteado y requirió expresa autorización para comenzar a realizar las tareas y gestiones destinadas a obtener el objetivo propuesto.

Dentro de tal marco de referencia, mencionó a título enunciativo: elaboración del proyecto del puente, el dictado de disposiciones legales que especificaran las

características de la zonificación, el suministro de servicios, etc.

Sobre dicha base, ofreció formalmente para el caso de concretarse la construcción del Centro Comercial un canon mensual, reajutable por períodos y solicitó una prórroga de seis meses al plazo de inicio de esas obras, que conforme lo establecido por la Cláusula TERCERA, apartado a) del CONVENIO de Concesión vigente, estaba previsto para el 30 de diciembre de 1998, dejando temporalmente en suspenso la ejecución del centro deportivo y recreativo originariamente pactado (v. fs. 81/84).

3.2. El 16 de marzo de 1999, la Concesionaria petitionó la inmediata aprobación del nuevo proyecto y puso de manifiesto que había aceptado los sucesivos aumentos del canon mensual exigidos por el CONSEJO. Agregó que, en caso de silencio por parte de las autoridades, interpretaría que era intención del Consejo mantener las condiciones acordadas en el convenio vigente y que, en consecuencia, a partir del mes de abril de 1999, el predio quedará afectado al destino originalmente pactado (v. fs. 94/95).

3.3. El 25 de marzo de 1999, el entonces titular del Consejo solicitó a Pentamar Fiduciaria S.A. información vinculada con la propuesta de construcción del Centro Comercial y señaló que hasta tanto se adopte una decisión definitiva sobre la propuesta realizada, se suspenden los plazos del convenio firmado primigeniamente (v. fs. 103/104).

3.4. La Concesionaria mediante la presentación llevada a cabo el 12 de mayo de 1999 dió respuesta a la información petitionada y puso de manifiesto que las nuevas características de la situación planteada entre las partes,



Procuración del Tesoro de la Nación

requería la inmediata celebración de un nuevo acuerdo que contemplara su derecho a realizar el Centro Comercial y la obligación de abonar al Consejo un nuevo canon mensual (v. fs., 119/125).

4. Proyecto de Modificación del Convenio originario.

Con posterioridad a las circunstancias antes reseñadas, se verifican en las actuaciones diversas tramitaciones llevadas a cabo con la finalidad de concretar un nuevo convenio entre las partes, que culminan el 13 de agosto de 1999 con la elevación a la Presidencia del Consejo de un texto de modificación del convenio originario (v. fs. 126/190).

Pero no resulta de las actuaciones que tal convenio modificatorio haya sido celebrado efectivamente ni tampoco aprobado por resolución alguna de la Administración.

Tampoco se advierte actividad administrativa de características relevantes hasta el 25 de abril de 2000 (v. fs. 193).

5. Los Hechos Posteriores.

5.1. El 25 de abril de 2000, el Auditor Titular del Consejo requirió la producción de diversas medidas informativas y sobre tal base, estimó que, en atención a que el Concesionario no había ejecutado las obras pactadas a realizarse dentro de los primeros 24 meses, el Organismo podría rescindir el contrato, previa intimación fehaciente por un plazo de 30 días.

Alertó al respecto que, intimado el Concesionario tendría un plazo de 30 días para realizar las obras en cuestión plazo a todas luces insuficiente considerando que

para tal cometido se pactó un plazo de 24 meses, pero ello, puede intuirse, le permitirá configurar un principio de ejecución (introducir máquinas, materiales, personal), dificultando, ante un seguro incumplimiento la efectiva rescisión del convenio y el inmediato recupero del predio.

Sin perjuicio de lo expuesto, consideró que la Asesoría Jurídica además de evaluar esta posibilidad, debía examinar si existían elementos suficientes para solicitar la nulidad del convenio (fs. 207/209).

5.2. La Asesoría Legal del Consejo consideró que el pedido de nulidad debería analizarse con mayor profundidad, y que la interposición de una demanda judicial en tal sentido, no impediría que ocurrieran los hechos reseñados en el último párrafo de fs. 206, en directa relación a la advertencia señalada por la Unidad de Auditoría Interna.

Agregó que había elaborado un modelo de carta documento de revocación del convenio si no se cumplían las obligaciones asumidas por la empresa, que es el proceder jurídico que corresponde a esta altura de las actuaciones, e indicó que podría intentarse la renegociación del contrato, teniendo en cuenta que en su momento la empresa pretendió modificar el convenio primigenio (fs. 222).

5.3. La titular del Consejo, luego de reseñar las opiniones vertidas por sus dependencias, elevó en consulta el expediente de la referencia a esta Procuración del Tesoro a efectos de obtener dictamen acerca de las facultades del titular de ese cargo para otorgar en concesión un predio de un Ente Estatal por un plazo de veinte años con opción a otros veinte y, asimismo, también respecto de la eventual lesividad de las cláusulas del convenio para este Consejo (v. fs. 223/225).



Procuración del Tesoro de la Nación

6. Con posterioridad a la anterior intervención de este Organismo Asesor a fojas 254/255, se expidió la Dirección General del Servicio Jurídico Permanente del Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente y, en lo esencial, sostuvo que:

a) Del análisis de las actuaciones, surge que no se encuentra esclarecida la fecha de iniciación de las obras acordadas en el Convenio del 30 de diciembre de 1997, ya que la decisión adoptada por el entonces Presidente del Consejo el 25 de marzo de 1999 permite entender suspendidos los plazos del convenio mencionado.

En atención a ello, para efectuar cualquier intimación de cumplimiento al Concesionario, previamente deberá levantarse dicha suspensión y notificarse esa decisión a PENTAMAR FIDUCIARIA S.A.

Más tarde y una vez verificado el incumplimiento, podrá tenerse por rescindido el Contrato, sin perjuicio de lo cual resaltó el riesgo de la falta de devolución (del predio) por el Concesionario.

b) En lo que respecta a la posibilidad de demandar judicialmente por lesividad la nulidad de las cláusulas convencionales, resulta necesario contar con un informe que justifique dicha decisión, sin perjuicio de lo cual destacó las consecuencias que se producirían de llevarse a cabo dicho procedimiento judicial (gastos causídicos, riesgo de pronunciamiento judicial adverso y transcurso de un lapso prolongado para la recuperación del inmueble).

c) Con referencia a las facultades del Presidente del Consejo para otorgar en concesión el predio de que se trata, puso de manifiesto que efectivamente se encontraba

autorizado para ello, de acuerdo con lo establecido por la Ley N° 22.359 (B.O. 31-12-80) y el Decreto N° 1606/90 (B.O. 29-8-90), no obstante lo cual formuló diversas apreciaciones acerca del procedimiento de selección del concesionario, para el otorgamiento de la concesión y respecto del eventual reclamo de daños y perjuicios por parte de él, para el caso en que se resolviera tener por rescindido el contrato por incumplimiento.

d) En síntesis, teniendo como fundamento los incumplimientos constatados en el acta del 5 de mayo de 2000 (v. fs. 219), en cuanto a la inexistencia de construcciones y de obras ejecutadas, corresponde intimar a *Pentamar Fiduciaria S.A.* a cumplir con la totalidad de sus obligaciones contractuales en un plazo de treinta días, sin perjuicio de resaltarse la circunstancia de que la Concesionaria abonó el canon hasta diciembre de 1999.

Aún así, puso de manifiesto que, en caso de verificarse el incumplimiento de alguna de las obligaciones a cargo del Concesionario, podría declararse rescindido el contrato celebrado el 30-12-97, en virtud de lo acordado en la Cláusula Decimotercera (v. fs. 258/262).

- II -

NORMATIVA VINCULADA A LA CONSULTA

1. Por Decreto N° 1606/90 se creó, en jurisdicción del ex-Ministerio de Salud y Acción Social y bajo dependencia directa del ministro del área, el Consejo Nacional del Menor y la Familia, que tiene a su cargo las funciones que incumben al Estado Nacional en materia de promoción y



Procuración del Tesoro de la Nación

protección integral de la minoridad y la familia con autonomía técnica y el grado de desconcentración administrativa que dispone el presente... (v. Art.1°)

El artículo 3° del citado texto normativo estableció que para el cumplimiento de las funciones que se le encomienda, el Consejo Nacional podrá: Disponer de sus recursos en los límites jurisdiccionales y efectuar todos los actos de administración inherentes al cumplimiento de sus fines, en los mismos límites (inc. 1), así como Celebrar acuerdos con instituciones o empresas para brindar capacitación y puestos de trabajo a sus asistidos (inc. r).

Dicho artículo aclaró: Las facultades conferidas al Consejo Nacional del Menor y la Familia no se entenderán como limitativas de su actividad para el cumplimiento de sus fines, conforme al régimen legal vigente.

En el punto 6° del Anexo I del Decreto, figura el Instituto de Menores Nuestra Señora de Fátima, como institución dependiente del mencionado Consejo.

2. A tenor de lo dispuesto por el artículo 3° del Decreto 20/99 (B.O. 15-12-99) -que dispuso los ámbitos jurisdiccionales en los que actuarán los organismos descentralizados- el Consejo del Menor y la Familia funciona en la órbita del Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente (v. Anexo II).

3. El Decreto N° 67/00 (B.O. 14-8-00), aprobó la estructura organizativa del referido ministerio y puso a la entidad descentralizada en cuestión en el área de la Secretaría de Desarrollo Social.

4. Cabe consignar que el Consejo en examen carece de un régimen propio para sus contrataciones, y que a la fecha en que se suscribió el convenio agregado a fojas 54/61, se encontraba vigente la reglamentación de los artículos 55, 56, 61 y 62 del Capítulo VI de la Ley de Contabilidad Pública aprobada por el Decreto N° 5720/72 (Dto. Ley N° 23.354/56, ratificado por la Ley N° 14.467 B.O. 29-9-58) vigente según el artículo 137 inciso a) de la Ley N° 24.156 (B.O. 22-10-91). Dicha normativa, referida a las contrataciones del Estado, determinaba explícitamente 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* (v. Art. 55).

- III -

ANÁLISIS DE LA CUESTION PLANTEADA EN AUTOS

1. La Competencia.

Analizadas las disposiciones del Decreto N° 1606/90, que fija las competencias del Consejo y de sus respectivas autoridades, surge que el entonces titular de la entidad estatal se encontraba facultado para suscribir el convenio del 30 de diciembre de 1997, mediante el cual se otorgó en concesión de uso el predio linderero al Instituto Nuestra Señora de Fátima a *Pentamar Fiduciaria S.A.*

En efecto, de acuerdo con lo establecido en la cláusula segunda del Convenio suscripto, la parcela concesionada pertenecía en propiedad al Consejo, por lo que el Presidente de dicha entidad era competente para otorgar



Procuración del Tesoro de la Nación

la concesión de su uso, en virtud de lo dispuesto por el artículo 3° del citado texto normativo, el cual -como ha quedado expresado ut supra- lo faculta a disponer de sus recursos en los límites jurisdiccionales y efectuar todos los actos de administración inherentes al cumplimiento de sus fines, en los mismos límites (inc. 1).

Desde otra perspectiva, cabe tener presente que la cláusula cuarta del Convenio del 30 de diciembre de 1997 estableció, como una de las condiciones esenciales del contrato la obligación del Concesionario, de fomentar la incorporación de asistidos por el CONSEJO, mayores de 16 años cumplidos, en tareas relativas a la construcción, mantenimiento, y explotación de las instalaciones que se realicen en el predio.

Ello, se vincula con la atribución que tiene el Consejo de celebrar acuerdos con (...) empresas para brindar capacitación y puestos de trabajo a sus asistidos (art. 3°, inc. r).

Por las razones expuestas, considero que el entonces titular del Consejo tenía asignada la competencia de que se trata.

2. Selección del Contratista.

Pero el mero hecho de que el órgano tenga asignada la competencia para la realización de determinados actos no agota la condiciones que deben verse reunidas para la legitimidad de los que así se dicten.

En efecto, es imprescindible determinar también el cumplimiento del régimen al que debió someterse dicha contratación.

Como se dijo *supra* el Consejo carece de un régimen propio de contrataciones. Este extremo le hace plenamente aplicable el régimen general vigente a la época de la contratación.

Dentro de tal marco de referencia, adquiere decisiva relevancia el principio consagrado por el artículo 55 de la Ley de Contabilidad Pública antes transcrito, en el sentido de que, por regla general toda contratación administrativa debe hacerse previa licitación pública.

Esta Procuración del Tesoro ha dictaminado que la enumeración que efectúa dicho artículo acerca de las contrataciones en él comprendidas es simplemente enunciativa y por consiguiente, el Capítulo VI es aplicable a todas las contrataciones que realice el Estado, cualquiera sea la naturaleza del contrato cuya concreción se persiga (Dictámenes 89:355).

El fundamento del principio al que me refiero ha sido precisado por esta Procuración del Tesoro en los siguientes términos: *El requisito previo de la licitación en los contratos públicos tiene fundamento en razones elementales de conveniencia y ética administrativa, por lo que la interpretación de las excepciones a ese requisito debe ser estricta y considerarse limitada a los fines perseguidos por la ley al establecer aquella exigencia con carácter general* (Dictámenes 89:260; 113:221, entre otros) y asimismo, en que se pretende la concurrencia del mayor número de proponentes (Dictámenes 203: 148).

Ahora bien, las especiales características que se verifican en el contrato en análisis, no pueden en forma alguna servir de fundamento para excepcionar a dicha



Procuración del Tesoro de la Nación

contratación del procedimiento de selección del contratista establecido normativamente.

Surge de las actuaciones que la firma interesada efectuó una propuesta (v. fs. 1/6), más tarde plasmada en el convenio que se examina y en atención a ello, el incumplimiento del requisito previo de la licitación pública produce la invalidez del contrato que en esas condiciones fue celebrado, determinando dicha irregularidad la nulidad absoluta del mismo (Dictámenes 135:350).

3. Nulidad del contrato.

Pentamar Fiduciaria S.A. propuso y persiguió deliberadamente la contratación con el Consejo en la forma en que tramitó y, finalmente, se celebró en estas actuaciones.

Todo el accionar administrativo de la firma interesada permite sostener el carácter manifiesto del vicio de la omisión del procedimiento de selección del contratista exigido por la ley y su insoslayable conocimiento por aquélla, atento precisamente su carácter patente y notorio.

He dictaminado antes de ahora en mi condición de Procurador General de la Ciudad de Buenos Aires (v. dictamen recaído en el Expediente N° 61.976/99 del 8 de octubre de 1999) y también en mi carácter de Procurador del Tesoro de la Nación (v. dictámenes del 30 de mayo de 2000, emitido en el Expediente N° 59.000/99 del registro del Comité Federal de Radiodifusión y del 2 de noviembre de 2000, en el Expediente N° 265/2000 de la Presidencia de la Nación), en casos de características similares al presente sentando los criterios que a continuación reseño:

1317
Q.

a) Caracterizada doctrina ha dicho que los vicios manifiestos que no requieren de una investigación de hecho para detectarlos provocan una nulidad igualmente manifiesta, categoría ésta que cumple una función esencial para el mantenimiento del principio de legalidad y comporta una eficaz protección contra la ejecución de aquellos actos administrativos que portan vicios notorios, los que carecen de presunción de legitimidad, circunstancia determinante para que la Administración disponga su nulidad absoluta (v. Cassagne, Juan Carlos; *Derecho Administrativo*, T° III, págs. 173 y ss.).

b) También se ha sostenido en doctrina que, pese a afectarse derechos subjetivos, corresponde revocar el acto nulo de nulidad absoluta cuando el particular conocía el vicio, situación en la que la revocación opera como una sanción a la mala fe del particular (V. Hutchinson, Tomás; *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, T° 1, pág. 373). De igual modo la jurisprudencia ha resuelto que cabe revocar por ilegítimo el acto irregular si el interesado hubiera conocido el vicio (v. CNCiv., Sala A, 30-3-78, LL 1978-C:64).

c) Esta Procuración del Tesoro de la Nación ha sostenido que el acto administrativo afectado de nulidad absoluta debe ser revocado, pues la potestad que emerge del artículo 17 de la Ley N° 19.549 no es excepcional, sino la expresión de un principio que constriñe a la Administración, frente a actos irregulares, a disponer la revocación (v. Dictámenes 183:275 y 221:124).

Ha agregado a ese respecto esta Casa que la revocación del acto administrativo que adolece de algún vicio es una obligación de la Administración, en virtud de los



Procuración del Tesoro de la Nación

principios de legalidad objetiva y de verdad material que deben imperar en el procedimiento administrativo (v. Dictámenes 207:517 y 215:189).

d) También la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha entendido que la revocación en sede administrativa de los actos nulos de nulidad absoluta tiene suficiente justificación en la necesidad de restablecer sin dilaciones la juridicidad comprometida por ese tipo de actos que, por esa razón, carecen de la estabilidad propia de los actos regulares y no pueden válidamente generar derechos subjetivos frente al orden público y a la necesidad de vigencia de la legalidad (v. CSJN, 23-4-91, *Furlotti Setien Hnos. S.A. c/Instituto Nacional de Vitivinicultura*, LL 1991-E:238; v., en igual sentido, CSJN, 9-6-87, *Budano R. c/Facultad de Arquitectura*, LL 1987-E:191).

He sostenido esa doctrina en mi nota *La suspensión en sede administrativa del acto administrativo irregular frente al artículo 17 de la ley 19.549*, publicada en *La Ley* 1981-C:305.

e) También ha sentado la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la estabilidad del acto administrativo cede ante errores manifiestos de hecho o de Derecho que van más allá de lo opinable, caso en el cual no pueden hacerse valer derechos adquiridos, ni cosa juzgada, ni la estabilidad de los actos administrativos firmes y consentidos, toda vez que la juridicidad debe prevalecer por sobre la seguridad precaria de los actos administrativos que presentan vicios graves y patentes, manifiestos e indiscutibles y que, por ello, ofenden el interés colectivo primario (v. Fallos 265:349).

13/11
[Firma]

f) Ha resuelto asimismo ese Tribunal supremo que las excepciones a la regla de la estabilidad en sede administrativa del acto regular previstas en el artículo 18 de la Ley Nº 19.549 -entre ellas el conocimiento del vicio por el interesado- son igualmente aplicables al supuesto contemplado en la primera parte del artículo 17 de dicha ley ya que, de lo contrario, el acto nulo de nulidad absoluta tendría mayor estabilidad que el regular, lo que no es ni razonable ni valioso; una inteligencia literal y aislada de esas normas llevaría a concluir que habría más rigor para revocar un acto nulo que uno regular, cuya situación es considerada menos grave por la ley (v. CSJN, 17-2-98, *Almagro, Gabriela y Otra c/Universidad Nacional de Córdoba*, ED 178:676).

g) Las precedentes consideraciones me llevan a encuadrar la hipótesis de autos en la causal contemplada en el artículo 18 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Nº 19.549 (*conocimiento del vicio del acto por parte del particular administrado*), que es a mi juicio susceptible de hacerse extensiva a los supuestos de revocación del acto irregular (v. Ernesto Alberto Marcer, op. cit., pág. 305; y Dictámenes 170:155; 207:517 y 234:588; v. también *Chutchurru de Marella María E. c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires*, 30-3-1978, E.D. 79:367).

Es que, si el conocimiento por el particular del vicio del acto regular anulable del que hubieran nacido derechos subjetivos a su favor permite su revocación en sede administrativa por razones de ilegitimidad, con mayor razón ha de proceder esta última cuando se trata de un acto nulo



Procuración del Tesoro de la Nación

de nulidad absoluta en el que el conocimiento del vicio por el administrado sea manifiesto.

Además de haber obtenido consagración doctrinal y jurisprudencial, el precedente criterio ha quedado recientemente plasmado por la Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad de Buenos Aires (v. Decreto N° 1510/97 (B.O. 27-10-97), ratif. por Resol. N° 41/98 (B.O. 27-5-98) de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que perfeccionó en varios aspectos las normas procedimentales contenidas en la Ley N° 19.549.

El artículo 17 de esa ley dispone: *El acto administrativo afectado de nulidad absoluta se considera irregular y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad aún en sede administrativa. No obstante, si el acto estuviere firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, sólo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes, mediante declaración judicial de nulidad, salvo que el interesado hubiera conocido el vicio del acto al momento de su dictado, en cuyo caso esta limitación será inaplicable.* (la negrita me pertenece).

4. Las consideraciones precedentes permiten concluir que corresponde declarar la nulidad del convenio celebrado el 30 de diciembre de 1997 por ser nulo, de nulidad absoluta, como así también su accesorio el de prórroga de plazo, en razón de haberse omitido en su celebración el proceso de selección del contratista establecido en el entonces Régimen de Contrataciones (art. 55 de la ley de Contabilidad).

1314
SA

5. A mayor abundamiento: el incumplimiento de la contratista.

No puede omitirse considerar que al 5 de mayo de 2000 se verificó la falta absoluta de realización de las obras (v. fs. 199), lo cual implica que la contratista -independientemente de la nulidad- no cumplió en modo alguno con sus compromisos e incurrió en uno de los supuestos que autorizaban la extinción del contrato por decisión de la Administración (v. Cláusula Decimotercera del contrato originario), por lo que a todo evento sería procedente la declaración de tal extinción, con previa satisfacción de la intimación allí prevista.

Pero es el caso destacar que este requerimiento comportaría un ritualismo inútil, ya que en el plazo de 30 días resulta imposible ejecutar las importantes obras que se previeron originariamente para un término mucho mayor.

- III -

ACTOS ADMINISTRATIVOS A DICTARSE Y EJECUTAR PARA RECUPERAR EL INMUEBLE.

1. Dominio público sobre el inmueble.

Al respecto, corresponde efectuar unas breves consideraciones sobre las diferencias entre el dominio público y el dominio privado, como también describir el régimen y caracteres jurídicos del dominio público, a saber:

Enseñaba el Profesor Miguel S. Marienhoff en su ya clásico *Tratado del Dominio Público*, TEA, Bs. As., 1960, pág. 25 que la distinción entre dominio público y el



Procuración del Tesoro de la Nación

dominio privado es de antigua data, y que tiene gran importancia porque el régimen jurídico de ambas categorías es diferente. El dominio público es inalienable e imprescriptible, con todas las consecuencias que de ello se derivan (v. también Duguit, León, *Traité de droit constitutionnel*, t° 3, pág. 346 a 351).

Y agregaba, en sentido concordante con André de Laubadere (v. *Droit Administratif Spécial*, París, 1958, pág. 91) que para que un bien sea considerado como dependencia del dominio público, y sea sometido al régimen pertinente, es menester que dicho bien esté afectado al uso público, directo o indirecto, a la utilidad o comodidad común (v. ob. cit. Pág. 26 *in fine*).

El Código Civil en su artículo 2340 inciso 7° establece los bienes considerados de *dominio público*.

En este sentido, incluye en dicha categoría a las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común. Como se ve, esta disposición no sólo incluye el uso directo (calles, plazas, caminos, canales, puentes) sino también el uso indirecto o mediato (cosas afectadas a los servicios públicos).

Si bien existen bienes que no necesitan ser afectados en forma expresa para integrar esta categoría (por ejemplo, los bienes afectados por uso inmemorial, v. Marienhoff, ob. cit. pág. 172 y Zanobini, Guido Corso di diritto administrativo, t° 1, pág. 201, Milano, 1952), otros requieren de la manifestación de voluntad del poder público en cuya virtud la cosa queda incorporada al uso y goce de la comunidad (Hauriou, Maurice, *Precis de Droit Administratif et de Droit Public*, París, 1933, pág. 829).

No cabe duda entonces que cuando un bien es afectado al uso público (por ejemplo, destinado a parques o paseos públicos) por la manifestación de la voluntad de la autoridad competente, integra el dominio público (v. Fallos 146:314; 147:330; 182:380, entre otros).

Por otra parte, quiero destacar que las principales cualidades del régimen y caracteres jurídicos del dominio público son los siguientes:

El régimen jurídico se caracteriza por su inalienabilidad, por su imprescriptibilidad y por las reglas de policía de la cosa pública que le son aplicables (Fallos 146:289, 297, 304 y 315).

El régimen jurídico es uno sólo, es único y es inaplicable respecto de los bienes privados, de allí que, por ejemplo, el desalojo de una tierra fiscal (bien privado) no puede efectuarlo la Administración Pública por sí, sin recurrir a la justicia, en tanto que ello es procedente tratándose del desalojo de una dependencia dominical (Marienhoff, ob. cit. pág. 216 y 218).

La inalienabilidad y la imprescriptibilidad son medios jurídicos a través de los cuales se tiende a hacer efectiva la protección de los bienes dominicales, y tal protección no sólo va dirigida contra hechos o actos ilegítimos procedentes de los administrados o particulares, sino también contra actos inconsultos provenientes de los propios funcionarios públicos (v. Waline, Marcel, *Manuel élémentaire de droit administratif*, París 1946, pág. 445; y Díez, Manuel María, *Dominio Público*, Buenos Aires, 1940, pág. 263, entre muchos otros).

La inalienabilidad halla fundamento legal en la aplicación armónica de los artículos 953, 2336 y 2604 del



Procuración del Tesoro de la Nación

Código Civil, y la imprescriptibilidad en los artículos 2400, 3951, 3952 y 4019 del cuerpo normativo citado (Ampliar en Marienhoff citado pág. 226), habiendo dicho el Altº Tribunal refiriéndose a estos bienes que ...por la consagración especial que los afecta, y mientras ella dure, se hallan fuera del comercio, y no son enajenables ni prescriptibles, ni pueden ser embargados o ejecutados (Fallos 48:200, reiterado en Fallos 146:289; 147:180, entre otros).

Los bienes no pueden, por ende, ser vendidos, ni hipotecados, ni sujetos a actos que impliquen transferencia de dominio, pues ellos serían nulos por inidoneidad del objeto (Waline, citado pág. 444). La Corte Suprema declaró la ineficacia de las ventas de los bienes del dominio público, en tanto los mismos no se encuentren previa y legalmente desafectados (Fallos 133:140, entre otros) y la improcedencia de su embargo (Fallos 158:358, entre otros).

No son materia de asientos registrales (art. 10 Ley Nº 17.801).

Respecto de la tutela del dominio se considera la protección o tutela de dependencias dominicales está a cargo de la Administración Pública en su carácter de órgano gestor de los intereses del pueblo, titular del dominio de tales dependencias. En ese orden de ideas, para hacer efectiva dicha tutela, con el fin de hacer cesar cualquier avance indebido de los particulares contra los bienes del dominio público, en ejercicio del poder de policía que le es inherente y como principio general en materia de dominicalidad, la Administración Pública dispone de un excepcional privilegio: procede directamente, por sí misma, sin necesidad de recurrir a la vía judicial. Procede

unilateralmente por autotutela, a través de sus propias resoluciones ejecutorias (Marienhoff, op. cit. pág. 271).

En consecuencia, atento que el presente caso encuadra en una ocupación ilegítima de un espacio perteneciente al dominio público, resulta procedente la intervención de la Administración para recuperar el sector afectado.

Esta autotutela administrativa constituye un verdadero privilegio a favor del Estado, configurando el rasgo del Derecho Administrativo que exorbita los márgenes del Derecho Privado, en el que sólo se encuentran disponibles las acciones judiciales pertinentes (petitorias, posesorias, interdictales).

Además de haber obtenido consagración doctrinal y jurisprudencial, el precedente criterio también ha quedado plasmado por la Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad de Buenos Aires, antes citada.

El artículo 12 de esa ley dispone El acto administrativo goza de presunción de legitimidad; su fuerza ejecutoria faculta a la Administración a ponerlo en práctica por sus propios medios, a menos que deba utilizarse la coacción contra la persona o bienes de los administrados, en cuyo caso será exigible la intervención judicial. Sólo podrá la Administración utilizar la fuerza contra la persona o bienes del administrado sin intervención judicial, cuando deba protegerse el dominio público, ... (el resaltado es propio).

Similares consideraciones a las que preceden, he formulado antes de ahora en mi condición de Procurador General de la Ciudad de Buenos Aires (v. dictamen recaído expediente N° 60.421/96, con fecha 28 de agosto de 1996, y dictamen vertido en expte. N° 20.592/98 y los Registros N°



Procuración del Tesoro de la Nación

69 y 234 -CVEOBDP/97, de fecha 2 de abril de 1998, a los que *brevitatis causae* remito.

2. Desocupación Administrativa.

Siendo nulo de nulidad absoluta e insanable el acto por el cual se entregó el bien dominical, el Estado Nacional se encuentra facultado para así declararlo y ordenar simultáneamente en sede administrativa, con las instrucciones pertinentes a los organismos que correspondan, la desocupación administrativa del inmueble de que se trata.

3. Avocación del Poder Ejecutivo Nacional.

Habida cuenta del carácter de organismo desconcentrado que inviste el Consejo (v. art. 1° del Decreto N° 1606/90), y la trascendencia y significación económica que se encuentra en juego en la situación de autos, me inclino por aconsejar que el Poder Ejecutivo Nacional, recurriendo a la posibilidad que le brinda la parte *in fine* del artículo 3° de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos se avoque a la resolución del caso y dicte un decreto que declare nulos de nulidad absoluta los convenios celebrados el 30 de diciembre de 1997 y el 29 de diciembre de 1998 entre el Consejo Nacional del Menor y la Familia y la firma Pentamar Fiduciaria S.A., dejando constancia de los incumplimientos incurridos por la empresa.

Asimismo, en dicho acto se deberá disponer la adopción de las medidas necesarias para obtener la inmediata *desocupación administrativa del inmueble*, con la inclusión de las facultades respectivas al órgano que habrá de proceder a la ejecución.

- IV -

OFICINA NACIONAL DE ANTICORRUPCION.

Al margen de todo lo expuesto, dadas las irregularidades que ha tenido el trámite de las presentes actuaciones, estimo procedente la remisión de copia de estos obrados a la Oficina Nacional de Anticorrupción.

Así lo dictamino.

13/11



ERNESTO ALBERTO MARCER
PROCURADOR DEL TESORO DE LA NACION