



**Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General**

Expte. N° 11484/14 “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Cherman, Daniel Ezequiel y otros c/ GCBA y otros s/ cobro de pesos”.

TRIBUNAL SUPERIOR:

I. Objeto

Vienen las presentes actuaciones a esta Fiscalía General a fin de dictaminar sobre la queja y, en su caso, respecto del recurso de inconstitucionalidad denegado, ambos interpuestos por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (conf. fs. 19/32 y 42/56).

II.- Antecedentes

Entre los antecedentes de interés, corresponde señalar que los Sres. Daniel Ezequiel Cherman y Osvaldo Enrique Tombesi, titulares de la sociedad de hecho “Daos Construcciones”, interpusieron demanda contra la Asociación Cooperadora Tomas Espora –Escuela N° 23–, su presidenta Lucia Celsa Moure y el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, por el cobro de pesos veinte mil quinientos noventa y nueve con setenta y nueve centavos (\$20.599,79) en concepto de certificados de obra no abonados y reintegro de garantías e intereses (cfr. fs. 59/64).

Tal como surge de las copias incorporadas al expediente, la parte actora se presentó al concurso de precios y antecedentes convocado por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (por intermedio de la Secretaria de Educación) a fin de realizar obras relacionadas con el “cambio de pisos, pluviales, calefacción, etc.”. Daos Construcciones resultó adjudicataria de dicha licitación, por lo que el 30 de noviembre de 2000 suscribió “la contrata” junto con la presidenta de la Asociación Cooperadora, Sra. Beatriz Zeballos.

La actora destacó que una vez finalizada la última etapa de trabajo, presentó al cobro los certificados de obra cuyo monto total ascendía a pesos


Martín Ocampo
Fiscal General
Ministerio Público Fiscal de la C.A.B.A.

dieciocho mil ochocientos sesenta y siete con cuarenta centavos (\$18.867,40). A su vez, refirió que también se encuentra pendiente “la devolución de la retención de la garantía correspondiente a la primera etapa de los trabajos que fueron realizados en 2001 cuyo importe asciende a la suma de \$1.732,39”.

La jueza de primera instancia resolvió admitir la “demanda incoada por Cherman Daniel Ezequiel y Osvaldo Enrique Tombesi, ambos por Daos Construcciones Sociedad de Hecho” contra la ‘Asociación Cooperadora Tomas Espora, de la Escuela N°23, Distrito Escolar N°8’ y el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, (...) por cobro de la suma de \$20.599,79.- en concepto de capital (certificados de obras no abonados y reintegro de garantía de obra), con más los intereses respectivos en los términos que surgen del considerando 9°) [aplicándose la tasa pasiva promedio que publica el B.C.R.A.]” (cfr. fs. 10).

Ante dicha decisión, el GCBA interpuso recurso de apelación. En la expresión de agravios sostuvo que la sentencia atacada se apartó de las constancias de la causa al omitir tratar la falta de legitimación pasiva oportunamente planteada por la demandada, puesto que “no era el GCBA titular de la relación sustancial (...) y, consecuentemente; no había sido parte en la contratación” (cfr. fs. 85 vta.). Además, afirmó la inexistencia del contrato, la errónea interpretación de la normativa aplicable y de las pruebas recolectadas en el expediente (cfr. fs. 85/90).

A su vez, los Sres. Cherman y Tombesi expresaron el agravio que les producía la sentencia de grado por haber aplicado la tasa de interés pasiva promedio conforme el B.C.R.A., y no la tasa de interés pactada que surge de la voluntad de las partes plasmada en el contrato suscripto.

Oportunamente, la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario confirmó la sentencia de grado, pero modificó la tasa de interés aplicable, aplicando la que surgía del instrumento contractual.



**Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General**

Ante dicha resolución, la parte demandada interpuso recurso de inconstitucionalidad en el que reiteró los agravios expuestos en el recurso de apelación, reafirmando el argumento de que la sentencia atacada era arbitraria por no haber tratado los agravios expresados en la apelación y haber ordenado el pago de una deuda ajena al GCBA.

La Sala II resolvió declarar inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad, por entender que no se encontraba configurado un caso constitucional que permita habilitar la vía extraordinaria. Ello, toda vez que la recurrente habría expresado un mero desacuerdo con la interpretación de normas infraconstitucionales realizada por la Cámara.

Contra esa resolución, el GCBA interpuso recurso de queja (conf. fs. 42/56), respecto del cual el TSJ dispuso correr vista a esta Fiscalía General (conf. fs. 109, punto 2).

III.- Admisibilidad de la queja

En cuanto a la admisibilidad de la queja, cabe señalar que la misma fue presentada en plazo, por escrito, ante el Tribunal Superior de Justicia y contiene un crítica suficiente del auto denegatorio que aquí viene a cuestionar (art. 33 de la ley N° 402)

Asimismo, en relación con el recurso de inconstitucionalidad que la queja viene a defender, cabe resaltar que el defecto que le endilga el auto denegatorio recurrido no es tal, en la medida en que el GCBA en su recurso de inconstitucionalidad logró evidenciar la aplicación de derecho incompatible con el caso que impediría reputar ajustado a derecho el pronunciamiento objeto de crítica y que, como corolario, vulneraría el debido proceso de autos. Todo lo cual irrogaría una lesión a los derechos de defensa en juicio, propiedad y debido proceso del recurrente, pues lo ubica como parte en una relación jurídica de la cual alega no serlo. En dicho contexto el recurso de inconstitucionalidad, planteó un caso de inconstitucionalidad, y consecuentemente debió ser concedido.


Martin Ocampo
Fiscal General
Ministerio Público Fiscal de la C.A.B.A.

En consecuencia, en orden a estos agravios la queja debe ser admitida.

IV.- Sobre el recurso de inconstitucionalidad

El GCBA, en su recurso de inconstitucionalidad, señala que el pronunciamiento atacado viola sus derechos de defensa en juicio, propiedad y debido proceso. En particular se agravia por cuanto la sentencia dictada por la Sala II no constituye una derivación razonada del ordenamiento jurídico vigente, con aplicación a las circunstancias comprobadas en la causa, siendo por tal motivo arbitraria.

Arribado a esta instancia, advierto que asiste razón al recurrente. En efecto, la sentencia cuestionada no constituye una derivación razonada del ordenamiento jurídico vigente.

En efecto, el *a quo* afirmó que cobraba “relevancia para dilucidar la cuestión sometida a conocimiento” (fs. 99) lo dispuesto por el art. 2 de la Ordenanza N° 43.986. Con tal criterio y toda vez que dicha norma establece que “Las consecuencias jurídicas que resulten de la relación contractual entre las Asociaciones Cooperadoras y los concesionarios adjudicatarios será responsabilidad en forma exclusiva y excluyente de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” el Tribunal pretende extender dichos efectos a la relación contractual descrita en los presentes actuados.

Sin embargo, observo que tales disposiciones tienen por objeto regir los concursos de precios para la provisión del servicio de comedor, refrigerio y vianda. Supuestos que, claro está, no guardan relación alguna con los hechos del caso.

En consecuencia, en cuanto la decisión de la Alzada se funda en la aplicación de normas previstas para situaciones y relaciones jurídicas que distan de las acontecidas en este caso, la decisión no resulta una derivación razonada de la normativa aplicable, motivo por el cual corresponde sea revocada.



**Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General**

No obstante lo expuesto, también considero que asiste razón a la recurrente respecto a falta de legitimación pasiva que viene planteando pues, la Sala II, al igual que el juez de grado, al confirmar la sentencia de éste último, para extender los alcances del contrato al GCBA recurren a lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos “Gino Shirato v. Nación Argentina”, sentencia del 15/4/1982.

En dicha oportunidad, el Máximo Tribunal Federal declaró al Estado Nacional responsable por la rescisión ilegítima del vínculo contractual del cual no había formado parte, con el siguiente argumento “Ello así, pues si bien es cierto que el acuerdo se formalizó entre la Asociación Cooperadora y el actor, no lo es menos que aquélla obró gestionando intereses ajenos, recayendo el objeto del contenido sobre la mejora de un bien del dominio público, posibilitada por el aporte emanado de manera preponderante del Tesoro Nacional, con impugnación presupuestaria e intervención del Tribunal de Cuentas”.

Ahora bien, con posterioridad a dicho pronunciamiento que data de 1982, la CSJN modificó el criterio en torno a los requisitos para que se configure un contrato administrativo. Así, en “Pluspetrol Energy S.A. c/ ENRE resol. 458/02”, sentencia del 22 de mayo de 2007, la CSJN, con remisión a lo dictaminado por la Sra. procuradora fiscal, afirmó que el contrato celebrado no podía considerarse un contrato administrativo ya que “sin perjuicio de estar sustancialmente regido por el derecho público, desde el momento en que no fue celebrado por una persona jurídica estatal, carece del elemento subjetivo esencial que caracteriza a tales contratos”.

Creo oportuno en este punto recordar que, conforme reconocida doctrina, la definición de contrato administrativo refiere al “acuerdo de voluntades generador de situaciones jurídicas subjetivas en el que una de

Martin Ocampo
Fiscal General
Ministerio Público Fiscal de la C.A.B.A.

las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, cuyo objeto está constituido por un fin público o propio de la Administración y/o contiene, expresa o implícitamente, cláusulas exorbitantes del Derecho Privado, o más genéricamente, un régimen exorbitante del Derecho Privado (Coviello, Pedro J., “La teoría general del contrato administrativo a través de la jurisprudencia de la CSJN”, en Cassagne, Juan C. y Rivero Ysern, Enrique (directores). *La contratación pública*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2006, Tomo 1, ps. 89 y ss) –el subrayado me pertenece–.

De manera tal que para poder hablar de contrato administrativo debemos hallarnos frente a un acuerdo de voluntades que tenga por objeto la consecución de un fin público y donde una de sus partes sea una persona jurídica estatal. La necesaria existencia de estos elementos no puede ser suplida por la mera circunstancia de que dicha relación jurídica esté sustancialmente regida por normas de derecho público.

Que queda fuera de toda discusión que el GCBA no ha suscripto acuerdo con el accionante y que la relación contractual tuvo lugar entre la accionante y la Asociación Cooperadora.

Que así las cosas, no hubo intervención de persona jurídica estatal. Ello, en tanto la Asociación cooperadora no reviste tal calidad pues éstas ostentan la calidad de personas jurídicas del derecho privado -simples Asociaciones Civiles- en los términos del artículo 33 párrafo 2do., inciso 1º del Código Civil; en tanto que, el Poder Ejecutivo mediante la Ordenanza n° 35.514/MCBA/1980 se limita a organizar su funcionamiento y régimen así como a establecer el requisito del reconocimiento oficial así como su fiscalización, a efectos de que dichas cooperadoras puedan cumplir con su finalidad de colaboración en el ámbito de los establecimientos municipales.

De ello se desprende que la responsabilidad que el Tribunal extendió al GCBA cuando éste no suscribió acuerdo contractual alguno, no se ajusta a la definición misma de contrato administrativo, ratificada por la doctrina de la CSJN.



**Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General**

V.- Petitorio

Por todo lo expuesto precedentemente, opino que V.E. debería: 1) Declarar admisible la queja; 2) Hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA y, en consecuencia, revocar la sentencia en todo cuanto fuera materia de agravio.

Fiscalía General, 2 de junio de 2015.

Dictamen FG Nº 300-CAyT/15


Martin Ocampo
Fiscal General
Ministerio Público Fiscal de la C.A.B.A.

Seguidamente se remitió al TSJ. Conste.


DIEGO F. PAUL
SECRETARIO
FISCALÍA GENERAL

