

En la ciudad de USHUAIA, capital de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, a los 4 días del mes de febrero de 1999, reunidos los miembros del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia en acuerdo ordinario para dictar sentencia en el expte. N° 446/97 de la Secretaría de Demandas Originarias, caratulado “Galego, Horacio Jorge c/ Tribunal de Cuentas de la Provincia s/ Recurso de Apelación”, habiendo resultado que debía observarse el siguiente orden de votación: doctores Tomás Hutchinson, Omar Carranza y Félix A. González Godoy. El Ministro mencionado en último término no participa del presente acuerdo por encontrarse en uso de licencia ordinaria.

ANTECEDENTES

I. Horacio Jorge Galego se presenta a fs. 13/17 formalizando recurso de apelación contra el art. 1° de la Resolución N° 65/97 del Tribunal de Cuentas de la Provincia, a través de la cual se decide formularle cargo por la suma de pesos cuatro mil quinientos noventa y seis con cincuenta y siete centavos (\$ 4.596,57), con más los intereses fijados por el Banco Provincia de Tierra del Fuego para operaciones de descuento a treinta (30) días.

Se queja de la falta de traslado de la documental incorporada al expediente, con grave menoscabo a su derecho de defensa. Subraya la existencia de razones de necesidad y urgencia habidas en la operación, no evaluadas adecuadamente por el Tribunal de Cuentas. Al respecto pone de resalto que no se tuvo en cuenta el carácter político de la decisión pues, a pocos días del comienzo de las clases, se dispuso contratar el servicio de copa de leche, cuando el mecanismo de adquisición fue modificado. Para el supuesto de ser rechazado su recurso, agrega, impugna la tasa de interés aplicada, por ser contraria a la aceptada por la jurisprudencia de este Tribunal.

II. Sustanciado el recurso -v. fs. 18- el Tribunal de Cuentas lo contesta a fs. 29/33.

El organismo de control contesta, sintéticamente, lo siguiente: debe hacerse responsable el ahora recurrente si reconoce que no era misión suya realizar las compras y, de todos modos, así lo hizo; si existieron razones de urgencia debió echar mano de la ley de contabilidad. De otro lado, defiende la legitimidad de la Resolución N° 65/98. Finalmente, y respecto de la tasa de interés aplicada, transcribe jurisprudencia que entiende aplicable al caso.

III. Producidas las probanzas ordenadas a fs. 46 y agregados los alegatos -fs.80/84 y 90/91, se dispone colocar los autos al acuerdo -v. fs. 94.

A fs. 98 se dispusieron varias medidas para mejor proveer y se suspendió el plazo para dictar sentencia. Cumplidas dichas medidas, se colocaron los autos nuevamente para alegar -v. fs. 115-. A fs. 118 se mandó agregar el único alegato producido -correspondiente a la demandada- y la reanudación de los plazos.

IV. Encontrándose la causa en estado de dictar sentencia el Tribunal decidió plantear y votar las siguientes

CUESTIONES

Primera cuestión: ¿Es fundada la demanda?

Segunda cuestión: ¿Que sentencia cabe dictar?

A la primera cuestión el juez Hutchinson dijo:

I.- En relación al sobreprecio abonado, no hay discusión en autos de que se habría pagado una suma mayor que la que pudo abonarse en otros comercios (según nota 104/95 del Director de Comercio, precios existentes en Surty Sur y La Serenísimas, según se ha manifestado en el punto IV b de la resolución 65/97). Si bien la comparación con dichos precios dista de ser razonable (ver punto XIV), lo cierto es que el actor no niega tal circunstancia sino que según consta en el Cap. II. b. de su escrito de inicio, intenta justificar lo

ocurrido invocando razones de urgencia. Veamos, a grandes rasgos, las características de la urgencia.

II.- Como dice Marienhoff ((Tratado de Derecho Administrativo(, 4a. ed. actualizada, t. III-A- pág. 158) el principio general en materia de Derecho Administrativo consiste en que la Administración puede elegir libre y directamente la persona con la cual contratará (conf. JEZE, Gastón, "Principios generales del Derecho Administrativo(, Bs. As.- 1950, t. IV, págs. 72,76 y 81; SAYAGUES LASO, Eduardo, (La licitación pública(, Montevideo, 1940. Pág. 55), lo cual no quiere decir "posibilidad de arbitraria elección". Sólo a texto expreso cede tal principio. Ello ocurre en nuestro caso, donde el art. 25 de la Ley Territorial n° 6 (modif., Ley Provincial 117) establece que "todo contrato se hará por licitación pública cuando del mismo se deriven gastos y por remate o licitación pública cuando se deriven recursos".

III.- La contratación directa o privada procede cuando se han reunido ciertas condiciones objetivas establecidas en la norma (art. 26, inc. 3°, ley terr.cit.). Una de esas condiciones son las razones de urgencia, o caso fortuito, no previsible, que prevé el apartado c) del mencionado inciso, que sería el caso que nos ocupa en el sub lite.

Debemos comenzar por destacar que, en este caso como en la mayoría de los supuestos de urgencia, ésta implica la sustitución de un procedimiento normal por uno excepcional (RANELLETTI, Oreste, "Istituzioni...", Milán, 1947, págs. 296 y ss).

IV.- Ya hemos dicho ("Los procedimientos de urgencia en el Derecho Administrativo argentino con especial referencia a los reglamentos" en el Libro Homenaje al Prof. Alberto Ramón Real, Universidad de la República, Montevideo, Uruguay, 1996, págs. 151 y ss) que debe partirse de la base que, para aplicar un procedimiento de urgencia, las instituciones normales del Derecho Administrativo deben resultar insuficientes para lograr satisfacer el interés general. Pero esa insuficiencia, debe ser completada con el dato tiempo que, sin duda alguna, es un requisito fundamental en el tema que tratamos.

Antes que nada, debe ponerse de relieve que es la urgencia el motivo, el fundamento y el fin del procedimiento especial de que se trate (reglamentos de necesidad o urgencia, requisa, ocupación temporánea anormal, contratación directa, etc.).

Todo instituto basado en la urgencia se caracteriza por el empleo de procedimientos que no son los normales y por el dato tiempo que es fundamental. Veamos estas características.

V.- La sustitución de un procedimiento jurídico administrativo normal por uno excepcional es una nota de la urgencia que viene confirmada por el derecho positivo. En efecto, la nueva Constitución nacional, en su art. 99 inc. 3° permite, en situaciones excepcionales, (Ver GRECCO, Carlos M., "Las circunstancias excepcionales del art. 99 inc. 3° de la Constitución Nacional", en Revista de Jurisprudencia Provincial, año 5, n°5, mayo 1995, págs. 313 y ss), que la facultad de legislar, que corresponde al Congreso, sea sustituida por una facultad excepcional que se acuerda al Ejecutivo, de poder dictar un reglamento de necesidad o urgencia con eficacia de ley formal. Así como también el instituto de la licitación cede a veces, en casos de urgencia, al principio excepcional de la contratación directa.

La insuficiencia jurídica del procedimiento normal justifica la utilización de los institutos excepcionales de la urgencia. El procedimiento de urgencia lo que posibilita es obtener el fin perseguido; es el único procedimiento idóneo para alcanzar la meta. La sustitución de un procedimiento normal por uno excepcional radica en la insuficiencia de uno y en la idoneidad del otro para conseguir el fin propuesto.

VI.- La insuficiencia del medio normal ha de serlo en razón del tiempo. Quiere con ello significarse que el tiempo es la causa por la cual el procedimiento administrativo normal no sirve para lograr el fin perseguido. La utilización del procedimiento normal alcanzaría la misma meta que el procedimiento de urgencia, si no fuera por el dato tiempo. Y este es esencial en el caso. La insuficiencia implica imposibilidad de alcanzar el fin perseguido por la incapacidad de lograrlo por un medio normal, pero dicho fin es posible de realizarse si se emplea un trámite de urgencia. Por ello debe concluirse que, en los casos de urgencia, el dato tiempo es

elemento constitutivo de la finalidad querida, lo que no ocurre en los procedimientos normales.

La eficacia de la Administración está relacionada con la celeridad y la legitimidad de su obrar, y las instituciones administrativas normales no pueden ser un obstáculo a esa rapidez-eficacia. Pero esa rapidez, que debe ser normal, a veces se transforma en urgencia. Por eso debe ponerse de resalto esta diferencia conceptual entre ésta y la rapidez. En la actividad administrativa normal el elemento tiempo no es, como en la urgencia, un elemento determinante del fin perseguido y si lo es, resulta compatible con los procedimientos normales

VII.- A la urgencia -como a la emergencia- no debe entroncárselas con la discrecionalidad (para excluirla del control judicial). Se predica así que el apreciar cuando existe urgencia o emergencia es algo que pertenece al ámbito de la oportunidad y de la conveniencia y que, por tanto, escapa al control judicial. Que la apreciación de cuando algo es urgente, de cuando el Gobierno se encuentra ante una situación de urgencia, es decir, que la matización de la misma es algo ajeno al control judicial. Esto es hasta cierto punto exacto. Deben distinguirse la causa (la apreciación de la urgencia), el motivo de su utilización; el contenido y características de las medidas y facultades de la urgencia.

La primera debe encuadrarse en las facultades discrecionales; dadas ciertas condiciones (que sí pueden ser controladas, ver VIII) elegir o no el procedimiento de la urgencia es un examen de oportunidad, que escapa al control de los jueces (excepto que exista irrazonabilidad en la apreciación). Y si ello es predicable, respecto de uno de los Poderes del estado, cuya función específica es el control de los otros dos, con mayor razón debe predicarse de un órgano administrativo-contable, como es el Tribunal de Cuentas.

En las segundas (contenido, características de las medidas y facultades), la irrevisibilidad por la Justicia sería inadmisibles (ver (Los procedimientos...", cit.). Normalmente la causa y el contenido de las instituciones de urgencia no aparecen separados cronológicamente (así en los reglamentos la causa es la urgencia y el contenido es el dictar la norma con fuerza de ley formal); en otros casos puede haber un acto previo de declaración de urgencia (esta viene a convertirse en un supuesto de hecho de la norma cuyo contenido configura a la institución de urgencia v.gr. requisa). Cuando se da el primer caso, se cuestiona no que se dé o no la urgencia, sino la posible violación jurídica en cuanto a que el contenido del acto venía predeterminado por el Derecho.

En punto a la finalidad administrativa determinada por el tiempo (apreciación de la urgencia para cumplir eficazmente el cometido) puede admitirse su carácter discrecional, en cuanto sería improcedente que los jueces controlen si la finalidad era o no conveniente u oportuna (siempre que fuera competencia propia del ente). Puede admitirse que el fin en función del tiempo es discrecional. Pero no puede afirmarse el carácter discrecional, por lo menos en principio: el contenido en la declaración de urgencia (o sea que los procedimientos normales no eran idóneos para conseguir la finalidad administrativa).

VIII.- Se ha querido hacer aplicación, en este tema de la urgencia, de la discutida doctrina de las "cuestiones políticas no justiciables" o de los "actos de gobierno" o "actos institucionales", (Ver GORDILLO, Agustín, "Tratado..." cit. Bs.As., 1986 t.2, págs. XIV- 13y ss.). Si bien los jueces deben cuidarse de invadir la esfera del ejercicio de los otros poderes y el control judicial reconoce límites, no compartimos la tesis de las cuestiones no justiciables, (ver la disidencia de Luis V. Varela en la causa "Cullen c/ Llerena", CSJN, "Fallos" 55:420), en su formulación tradicional, tal como si existieran materias determinadas -fuera de todo contexto contingente- ajena al tratamiento y examen judicial.

El tema que analizamos guarda una cierta relación -en la cuestión que tratamos- con la utilidad pública, por lo que es posible trazar un paralelismo entre las dos situaciones.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación dijo en los autos "Municipalidad de la Capital c/ Elortondo" que: "...es elemental en nuestra organización constitucional la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, para examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de aplicarlas si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta

atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial ... y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos..." (Fallos 33:162). En el mismo sentido expresó que: "...si los jueces comprueban que la utilidad pública no existe o ha sido desconocida por la Administración, están obligados a proteger las garantías constitucionales declarando la invalidez...cuando mediere alguno de los supuestos de gravedad o arbitrariedad extremas... (Fallos 251:246).

Así los jueces pueden determinar la real existencia de la situación de urgencia, (es decir si se dan los presupuestos fácticos que habilitan la utilización de un procedimiento de urgencia) pues la sola calificación administrativa no es suficiente, ya que no existe una facultad discrecional para señalar y declarar la existencia de la urgencia, que es un hecho verificable o que debe verificarse en cada caso (A la postre, decía Cossio, no es el "logos normativo" de los casos que se repiten, sino el "logos axiológico" de la conducta que se revaloriza). La única forma de hacer operativo un precepto es mediante el examen de razonabilidad (rational scrutiny), que en su resumen constituye una forma de determinar la medida de constitucionalidad de la decisión administrativa. Por eso no basta para la descalificación de esta decisión la mera apreciación subjetiva del órgano controlante, sino que para descalificarla la irrazonabilidad debe surgir de datos objetivos.

IX.- Por ello si no es posible que la Administración califique de urgente una situación cualquiera, modificando las facultades normales y que esa calificación sea irrevisible judicialmente cuando justamente, si no existiera la urgencia, la medida sería inconstitucional o ilegal, tampoco lo es la descalificación por que el órgano controlante opina que no se da la urgencia. El ejercicio del control no es discrecional, es conforme al (bloque de legalidad), apreciada conforme a pautas lógicas, razonables; en última instancia, de sentido común.

Interesa, como primer recaudo, que la urgencia exista realmente, ya que dando ella ocasión, por ejemplo, al ejercicio mas amplio de la facultad de selección del contratista no podría jamás validarse si para tal ejercicio faltara la urgencia que la condiciona y justifica. Por eso el Poder Administrador puede contratar directamente únicamente al producirse los presupuestos fácticos que legalmente lo habilitan para ello. Lo propio ocurre con cualquier otro procedimiento de urgencia. De allí que proceda la fiscalización de las circunstancias de aquellos presupuestos.

X.- Si bien la referencia que hago se refiere a los poderes de la Justicia, para aplicarla analógicamente al supuesto de autos, es decir al control administrativo del Tribunal de Cuentas, ello en modo alguno significa equiparar -material y sustancialmente- las funciones del Poder Judicial con las de aquél. El hecho de éste decisorio ya revela la esencia distinta de ambos, -ver mi trabajo, "¿Quién controla a los controladores? El control judicial de los actos del Tribunal de Cuentas". (A propósito de un fallo de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires), en El Derecho, t. 115, págs. 415 y ss-. Lo que quiero significar con el hilo argumental que voy siguiendo, es que lo que no puede revisar el Poder Judicial menos aún puede hacerlo el Tribunal de Cuentas, y que las pautas a que aquél debe ajustarse no pueden ser obviadas por éste. No he querido, por no estar discutido, dilucidar el alcance exacto del control de este organismo; sólo establezco pautas limitatorias con referencia al propio self restraint que alcanza al máximo órgano revisor constitucional que es el Poder Judicial. Y parafraseando el viejo adagio, (aquello que no puede hacer quien puede más, menos puede hacer quien puede menos...)

XI.- No hay duda que el Ejecutivo actúa libremente, discrecionalmente, en la medida en que puede optar, o no, por la utilización de estos procedimientos para afrontar situaciones extremas. Admitida tal facultad cabe plantear la cuestión de si tal potestad incluye la de valorar libremente, sin ninguna vinculación, las circunstancias que integran el presupuesto de hecho habilitante.

En la justificación de toda potestad (tanto reglada como discrecional) hay una referencia a un concreto sector de la realidad, una referencia fáctica que condiciona y delimita su ejercicio. En el caso, la referencia a la realidad no es demasiado precisa -lo que caracteriza a la urgencia-, ni cuantificable con mayor o menor exactitud. Podría aquí utilizarse una técnica frecuente en otras ramas: la de los conceptos jurídicos

indeterminados La remisión a este tipo de conceptos implica un proceso analítico, una operación de estricta calificación jurídica de la urgencia. Esta operación encaminada a dar contenido concreto a los conceptos indeterminados, no constituye un ejercicio de facultad discrecional, sino una manifestación de la interpretación jurídica (GRECCO, Carlos M., "La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y la fiscalización judicial de la actividad administrativa", La Ley 1980-D-1306).

La discrecionalidad permite elegir entre indiferentes jurídicos, entre soluciones igualmente correctas desde la perspectiva de lo jurídico (FORSTHOFF, E., Tratado de Derecho Administrativo", Madrid, 1958, pág. 125), en cambio la interpretación no guarda relación con los juicios subjetivos, pues sus efectos permiten constatar si existen o no los presupuestos justificativos de la urgencia en el caso. Por cierto, no son pocas las dificultades inherentes a toda operación de calificación jurídica, máxime cuando se ha reconocido una zona de certeza y otra de incertidumbre en la estructura de los conceptos jurídicos indeterminados. Como sea, la influencia de la teoría se expresó en la jurisprudencia y la Corte Suprema de EEUU de Norteamérica -entre otros tribunales- se valió de ella ("Gizewold c/ Connecticut") al fallar sobre el derecho a la intimidad.

En suma, los jueces poseen la atribución de controlar plenamente ya sea tanto la existencia de la circunstancias fácticas que hacen a la necesidad y urgencia, como el trámite de su dictado y la razonabilidad de las medidas adoptadas, porque ello se corresponde con un fortalecimiento de los medios de control, ya que no puede conjugarse un sistema republicano si hay poder sin control. El control público es un principio natural.

XII.- Dije más arriba que la urgencia no requiere imprevisibilidad (conf. "Los procedimientos...(, cit.). se me dirá, con un espíritu exegético, que la norma (art. 25 inc. 3(, ap. c) dice (...no previsibles()). Pero ocurre que, a pesar del legislador se dan circunstancias de urgencia, aunque haya habido previsibilidad. Porque la urgencia es algo súbito -aunque pueda haberse previsto como posible-. A pruebas prácticas me remito: una, de la vida diaria, un enfermo cardíaco probablemente prevea un infarto y se cuida; sin embargo a pesar de ello puede descomponerse, sufrir una urgencia: otra, política, cuando el Gobierno nacional envió el proyecto de ley de privatización de aeropuertos, sin duda alguna previó- o debió hacerlo- que la ley podía demorarse y, aún, que no se sancionara. Sin embargo, después de un cierto tiempo y al no sancionarse la ley, dictó un decreto de necesidad y urgencia -bendecido por la Corte Suprema-. Quiere decir que el máximo tribunal consideró que la urgencia nada tiene que ver con la previsibilidad. Y así debe ser. Lo contrario sería negar lo obvio; esto es propio de lo absurdo, y no puede predicarse que el legislador haya legislado un absurdo. El legislador ha dado una pauta: como principio, para que haya urgencia, la situación debe ser imprevisible; pero hay casos en que ello no es así.

Ello no es violar la norma, sino darle el contenido adecuado. Lo que en realidad se quiere significar con ello, no es que las circunstancias sean imprevisibles, sino que sean súbitas, anormales, imponderables y que no sean imputables a una conducta anterior de la propia Administración, y si lo es, que lo sea por vía refleja.

XIII.- En autos, queda claro que hubo una situación excepcional, según surge de constancias desperdigadas en autos (ver fs. 192 expte. adm., v.gr. concurso de precios declarado fracasado el 15.02-96; concurso de precios declarado fracasado el 20-03-96; dictamen del Fiscal de Estado que opinó que debía cambiarse el sistema empleado hasta entonces -compra por medio de las cooperadoras, cierre de cuentas,-etc.). A ello debe añadirse las manifestaciones del actor que expresa que partió a Río Grande un viernes, para lograr el abastecimiento de las escuelas para el día lunes.

No empece a ello el hecho de que el dictamen del Fiscal de Estado para que se cambiara el método de suministro de la copa de leche haya sido emitido mucho antes. Esta situación, que además no es la única en dar origen a las circunstancias de excepcionalidad, para nada es imputable a Galego. Este fue comisionado un viernes para que el lunes abasteciera a las escuelas de Río Grande. O sea, tuvo que hacer frente a una urgencia de la que no fue culpable ni partícipe -por lo menos demostrado en autos-. Por otra parte, debe analizarse del suministro de que estamos hablando; no es la compra de útiles de oficina, ni de rodados, sino de suministrar un alimento a menores, suministro que no podía esperar.

En realidad, todos estos elementos dispersos no fueron analizados por el órgano de control, o por lo menos un análisis lógico de esos hechos no ha sido volcado en la decisión. Sabido es que en el trámite administrativo -y más aún en un procedimiento como el que nos convoca- rige el principio de legalidad objetiva y sus consecuencias: instrucción de oficio, verdad material, etc. (HUTCHINSON, "Procedimiento administrativo de Tierra del Fuego....", págs. 15 y ss.). Todas esas circunstancias de autos debieron ser arimadas e investigadas exhaustivamente en el procedimiento administrativo a los efectos de no llegar huérfano de elementos que hacen al principio de legalidad a esta instancia.

XIV.- A ello debe añadirse que en lo que hace al sobreprecio la falta de investigación del órgano de control es palpable. A modo de síntesis: a) en las conclusiones de fs.7 vta de estos autos, se evalúa la conducta del actor, en punto al presunto sobreprecio, a partir del informe n° 01/95 de fs.80/81 del expte. administrativo y de una operación matemática de la investigadora (divide por dos las sumas de los precios). Los precios tomados en cuenta son, por ejemplo, aquellos que pagaba un supermercado a los mayoristas (((!!!)).-fs.107 expte adm, cit., fs. 7vta de estos autos- (Esto quiere significar que se piensa que algún proveedor del Estado le va a cobrar a éste los precios de venta a mayoristas? La realidad indica que ello no es así. Con lo cual el parámetro intentado queda huérfano de contenido, pues no hay elemento que lo avale, v.gr. demostrar que es lo que habitualmente ha ocurrido en otras selecciones de contratistas, porque la experiencia demuestra que ocurre a la inversa, esto es que en los procedimientos de selección los oferentes cotizan al Estado más caro que lo que se cobra habitualmente en el comercio.

En el citado informe y en una visita que la investigadora del Ministerio de Economía realiza a un Supermercado, constata los precios minoristas. En el alegato de fs. 123, la demandada expresa que los valores que ha tenido en cuenta el Tribunal de Cuentas son precisamente esos. Ello carece de toda razonabilidad, pues esos precios son por pago al contado (al pasar por la respectiva caja a la salida del supermercado) y que, además, lo más probable es que en la góndola donde dicha investigadora posó sus ojos no había -el fin de semana de marras- más de cinco mil envases de la bebida referida, que es la cantidad que se requería. Poco importa que el actor no haya cuestionado expresamente el valor de los productos en la góndola del supermercado. No requería hacerlo, pues basta con la mención que hace a que el Tribunal de Cuentas no tuvo en cuenta que la compra la debió efectuar un día domingo y en las cantidades requeridas. La alusión a los precios al público en un supermercado es tan absurda que no puede ser considerada hábil como parámetro y por tanto bien pudo no ser tenida en cuenta expresamente en los fundamentos del actor. Basta con su alusión, sobretodo teniendo en cuenta que quien debe justificar los presupuestos del acto -en este caso del cargo- es la Administración (principio de legalidad objetiva).

Tampoco se investigó el hecho, aducido por el actor, que Lilak no podía surtir los elementos porque el encargado debía hablar a Buenos Aires para pedir instrucciones y no podía hacerlo el fin de semana. En la testimonial de Mariño ocurrida en esta instancia, el deponente dice que ciertos proveedores no querían contratar con el Estado provincial en esa época (fs. 70vta).

XV.- Todas esas cuestiones debieron dilucidarse adecuadamente en el procedimiento administrativo. Ello es esencial en cualquier trámite en esa instancia. Con mayor razón en un trámite como el del sub lite. No se ha cumplido con principios fundamentales del procedimiento administrativo y que hacen fundamentalmente a la defensa en juicio.

No ha probado razonablemente el órgano de control lo que afirma. No se me escapa que podría decirse que el actor debió destruir la presunción de legitimidad del acto (art. 105, ley 141), pero esta presunción como ya lo dije en la causa "Fundación Viaje de Vuelta c/ Gobernación de la Provincia de Tierra del Fuego s/ Contencioso Administrativo(, del 3.8.98....no significa que sufra un vuelco importante el principio de la carga de la prueba. Ciertamente es que a quien ataca un acto le incumbe la carga de la prueba, pero también lo es que antes de sancionar un acto administrativo deben reunirse por el órgano administrativo antecedentes que justifiquen el dictado de ese acto (HUTCHINSON, "Ley Nacional de Procedimientos Administrativos", t. II, pág. 178).

Así se atribuye la carga de la prueba de los hechos constitutivos al interesado y de los impositivos, extintivos y excluyentes a la Administración. Estando en esta última situación, cabía a la Administración, antes de dictar el acto, la carga de la prueba de que los hechos en que se basaba eran ciertos (HUTCHINSON, "De la prueba en el procedimiento administrativo", Cap.XVI, punto 2, aún inédito, a publicarse en un libro colectivo de la ed. Cs. de la Administración)

El acto se presume legítimo porque se entiende que se ajusta al ordenamiento; se parte para ello que la Administración debe seguir un trámite idóneo para el dictado del acto (conforme a los principios de legalidad objetiva, verdad material, etc.). En el caso, hay ausencia de un trámite que condujera a tal extremo. No se intentó para nada demostrar fehacientemente en las actuaciones administrativas lo que el acto decide. Ya he explicado todos los vicios que se produjeron en el procedimiento, fundamentalmente para analizar las facultades que surgieron de la urgencia -que no está razonablemente desacreditada- ni si existió sobreprecio en las circunstancias fácticas del caso y, si ello fué así, el quantum del mismo.

Nótese que, en caso contrario, la Administración podría dictar cualquier acto basado en hechos falsos y dejar la prueba de lo contrario al particular, quien si no puede probarlo debería atenerse a las consecuencias. La presunción de legitimidad del acto no se hizo para ello, como el hombre no se hizo para el sábado, sino a la inversa.

Así, a mi entender, el acto no ha tenido más causa que la decisión arbitraria del Tribunal de Cuentas, por lo que debe ser descalificado por nulo, de nulidad absoluta (art. 110, ley 141)

XVI.- Ello no significa que el actor no pueda haber incurrido en responsabilidad administrativa. No he analizado su conducta, sino que he analizado el decisorio administrativo, que es lo que en autos se cuestionaba. Puede ser que no haya obrado correctamente; pero hay que demostrarlo conforme a Derecho. Si el Tribunal de Cuentas quiere investigar nuevamente puede hacerlo, pero con procedimientos correctos, demostrando concretamente y por medios idóneos, por ejemplo, el quantum del sobreprecio, la inexistencia de los presupuestos fácticos de la urgencia, etc. En manera alguna ello significa avalar por el Tribunal la conducta del actor que ofrece dudas, pero en materia sancionatoria la duda no puede jugar en contra del agente. Voto por la afirmativa.

A la segunda cuestión el Juez Hutchinson dijo:

Conforme lo decidido debe estimarse la demanda, declarar la nulidad del acto cuestionado y devolver las actuaciones al Tribunal de Cuentas para que, haciendo ejercicio de su competencia decida el trámite a seguir. Costas por su orden atento como se decide la cuestión. Así lo voto.

A la primera cuestión el Juez Carranza dijo:

1. A mi juicio el Dr. Hutchinson dirime correctamente la cuestión planteada con fundamentos que comparto en todos sus términos, pronunciándome en la misma dirección.

Si bien puede admitirse la existencia de una significativa diferencia entre el costo de los productos lácteos suministrados por la firma (Las Delicias del Sur(cuyo pago se efectuó el 29 de agosto de 1995 mediante orden de pago n(5847, fs. 232/234) y los exhibidos por la firma (Surty Sur(, ello no autoriza, sin más, a formular un cargo patrimonial por la mentada diferencia -a consecuencia de la acusación formulada por la Vocalía con sustento en el cotejo de precios efectuado por la Sra. Instructora sumariante-, dejándose de lado la averiguación de las circunstancias relevantes y gravitantes que precedieron y concurrieron con la contratación del suministro de los productos lácteos para el día lunes y sin practicar todas y cada una de las diligencias imprescindibles para su esclarecimiento.

Así, corresponde poner particular énfasis, que en la situación excepcional presentada, el interés público exige que la administración contara con las mercaderías en los comedores escolares durante las primeras horas del día lunes 13 de marzo. Mas no era posible adquirirlas mediante el típico contrato de suministro -con

las características propias de su naturaleza y con la sujeción del cocontratante a las normas y modalidades que rigen la materia de suministros en el contorno provincial- ni tampoco recurrir a cualesquiera de los supermercados existentes en la zona a los fines de que proveyesen a todos los comedores escolares de las mercaderías necesarias el día lunes 13 al mismo precio ofrecido en sus góndolas. Cabe, por ejemplo, preguntarse: (Estaba en condiciones la firma (Surtly Sur(de proveer el suministro de toda la mercadería sin pagarse al contado? (Lo estaba alguna otra firma? (Mantendría aquélla el precio de góndola -que se paga al contado- aún cuando tiene que esperar más de cinco meses para cobrar y hasta debe hacerse cargo del costo de traslado y descarga de las mercaderías? El mismo Ministerio de Educación y Cultura reconoce haber anticipado fondos ante la imposibilidad de suspender el servicio, como que tampoco fue posible obtener los mejores precios de plaza -ni aún con licitación- dado que a las ofertas no se presentaron los grandes supermercados (Vid. expte. ad. 187/95, informe fs. 192/194, punto 9). Todo esto debió ser materia de una exhaustiva investigación para determinar con claridad y exactitud si la compra en conjunto ocasionó un daño real al fisco, habida cuenta del cambio de sistema de provisión de las mercaderías y de que los Sres. Galego y Wilder fueron comisionados con relación a la puesta en marcha de tales servicios en la ciudad de Río Grande recién para el día 10 de marzo (ver res. 232/95, fs. 90/91, expte. ad. cit.) Y en ese caso quienes las hubiesen autorizado o realizado contraviniendo normas legales, deberían responder del total de lo gastado en esas condiciones, excepto que hubiese resultado beneficiosa para el Estado y que la autoridad competente la ratificase, correspondiéndole al agente responsable la sanción de multa (arg. art. 44, Ley 50).

Tampoco puede achacársele la imprevisión al accionante, habida cuenta de que los servicios de copa de leche y comedores escolares estuvo a cargo de las cooperadoras hasta 1995, cuando fue reemplazado por la apertura de cuentas corrientes, seguramente a raíz de de la resolución de la Fiscalía de Estado N° 089/94 (fs. 106). Tampoco cabe responsabilizárselo por la vía del artículo 47 de la ley 50 -por no advertir a sus superiores sobre las posibles infracciones que causaren la ejecución de sus órdenes-, puesto que si fue comisionado para hacerse cargo de la provisión de los servicios, no es posible sostener que aquéllos no hubiesen podido conocer las causas de las irregularidades por inadvertencia del comisionado.

Por las consideraciones expresadas, voto en sentido afirmativo a la primera cuestión.

A la segunda cuestión el Juez Carranza dijo:

Por todo ello, corresponde declarar la nulidad de la resolución T.C. N° 65/97 por vicio en la causa, sin perjuicio de la prosecución de las investigaciones a los fines de acreditar si se produjo daño efectivo al Fisco -debiendo sus responsables responder por el total de lo gastado-, o en su caso cuáles han sido los actos o procedimientos irregulares, quienes intervinieron en ellos, si hubo o no ratificación por parte de la autoridad competente y si corresponde o no multa a los responsables. Las costas deben distribuirse por su orden.

Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente

SENTENCIA

Ushuaia, 4 de febrero de 1999.

VISTAS: las consideraciones efectuadas en el Acuerdo que antecede

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

RESUELVE:

1°.- HACER lugar al recurso interpuesto por Horacio Jorge Galego y, consecuentemente, declarar la nulidad de la Resolución N° 65/97 del Tribunal de Cuentas de la Provincia, debiendo este órgano decidir el trámite a seguir.

2°.- DISTRIBUIR las costas en el orden causado.

3°.- MANDAR se registre, notifique y cumpla.

Firmado Jueces - Omar A. Carranza - Tomás Hutchinson-

Registro TOMO XIV Folio 1/9.