

“Concreciones S.A. c/ GCBA s/ cobro de pesos”, sentencia del 15/09/2004.-

Voces: Cobro de pesos - Ausencia de vínculo de naturaleza contractual - Enriquecimiento sin causa - Rechazo por falta de prueba - Inobservancia de los recaudos previstos en el artículo 236 del CCAyT - Aplicación del artículo 237 del CCAyT - Artículo 1137 del Código Civil.

“CONCRECIONES S.A. G.C.B.A. COBRO DE PESOS”

En la Ciudad de Buenos Aires, a los 15 días del mes de septiembre de dos mil cuatro, se reúnen en Acuerdo los Señores Jueces de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para conocer en el recurso de apelación interpuesto por la demandada a fs. 221 contra la sentencia de fs. 217/219, dictada en los autos “CONCRECIONES S.A. c/ G.C.B.A. s/ COBRO DE PESOS”, expediente N° EXP 949, y habiéndose practicado el sorteo pertinente resulta que debe observarse el siguiente orden: Dres. Carlos F. Balbín, Horacio G. Corti y Esteban Centanaro.

El Dr. Carlos F. Balbín dijo:

I.- A fs. 75/77 Concreciones S.A. interpuso demanda contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires por cobro de pesos. Señaló que, en virtud de la crítica situación económica financiera y administrativa que atravesaba el Hospital Oftalmológico “Santa Lucía” en el año 1997, su director le requirió la prestación de asistencia profesional, por lo que, en su condición de Consultora de Empresas realizó un relevamiento preliminar referido al circuito administrativo en general, aunque especialmente dirigido al sector de facturación, tendiente al incremento del ingreso de recursos. Para este fin, la empresa ofreció colaboración técnica consistente en aportar personal técnico y administrativo, así como herramientas y material informático por el término de treinta días, sin que ello ocasionara erogación económica alguna. Continuó su relato expresando que la propuesta fue aceptada mediante nota del 27 de mayo de 1997. Durante el referido lapso, Concreciones S.A. produjo minuciosos informes acerca de la situación, las mejoras introducidas y los resultados obtenidos, los que fueron elevados a la Dirección del Hospital que, a su vez, puso esta información en conocimiento de la Dirección General de Atención de la Salud. Destacó que, luego de extinguido el plazo de prestación del servicio en forma gratuita, de común acuerdo, continuaron las tareas que venía desempeñando, implementando un operativo que importó la incorporación de nueve personas (administrativos y operadores informáticos) y la instalación de 4 PC con sus respectivas impresoras y una línea de fax. Señaló que, aun cuando las autoridades de la institución realizaron gestiones a fin de regularizar la situación, ello no se concretó y, por lo tanto, el 2 de diciembre de 1997 puso término a la situación procediendo al retiro del personal afectado y del equipamiento informático. Detalló que el 30 de junio de 1998 emitió una factura correspondiente al período de julio a noviembre de 1997 por un importe total de \$ 57.475 (\$9500 mensuales), más IVA. Argumentó que el monto a abonar fue estipulado de común acuerdo y responde a compensaciones de costos y utilidades, a la vez que puntualizó que la locadora de los servicios reconoció su efectiva prestación, así como los resultados beneficiosos. El 30 de julio de 1998 efectuó reclamo de pago del importe facturado, incrementado por los intereses devengados. Finalmente agregó que, tal como surge de las constancias obrantes en los expedientes administrativos, ha quedado demostrada la realización de los trabajos, su utilidad y onerosidad. A fs. 109/132 el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires contestó demanda, solicitando su rechazo. Manifestó que el reclamo de la actora se basó en una contratación inexistente por un presunto servicio prestado al Hospital Oftalmológico Santa Lucía. Agregó que de las constancias agregadas en el expediente como prueba documental, surge que las prestaciones que la accionante invoca no se adecuan a lo establecido en el Decreto N° 5720/72. Expresó que al tiempo en que supuestamente se prestaron los servicios

reclamados, se encontraba vigente el régimen previsto en el decreto anteriormente citado, aplicable al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires por Ordenanza N° 31.655, de modo que cualquier contratación que se aparte del procedimiento previsto en dicho régimen legal es nula. Luego, distinguió los contratos administrativos de los privados, explicando que las disposiciones del Código Civil que fueron invocadas en la demanda, no pueden aplicarse a la cuestión que se examina. Adujo, además, que en materia administrativa los contratos deben cumplirse de acuerdo con lo establecido por la ley. Subsidiariamente, planteó la nulidad del contrato que invoca la actora. A fs. 217/219 dictó sentencia la Sra. Jueza de grado, rechazando la demanda promovida por Concreciones S.A. Para así decidir, argumentó que no existieron constancias en el expediente de que la presunta prestación de servicios hubiese estado precedida de una contratación que tuviera su origen en una licitación pública o, eventualmente, en una licitación privada o contratación directa. La propia actora no invocó siquiera que hubiese mediado alguna de esas modalidades de contratación e, incluso, puso de relieve que, en las relaciones mantenidas con la accionada, no se formalizó contrato alguno. Concluyó que las facturas cuyo cobro se pretende carecen de sustento contractual, por lo que el reclamo creditorio resulta improcedente. Agregó que tampoco se probó en la causa la efectiva prestación de los servicios que dieron sustento al reclamo. Por último, sostuvo que la empresa no ofreció siquiera probar el quantum de su empobrecimiento pues las facturas sólo podrían dar sustento al derecho a resarcimiento en una relación contractual legítima pero no constituyen un medio de prueba idóneo para demostrar la medida del empobrecimiento en el marco de una acción de restitución toda vez que las mismas incluyen el beneficio o ganancia que la actora esperó obtener. A fs. 221 la actora interpuso recurso de apelación, el cual fue fundado a fs. 229. Expresó que si bien entre las partes no llegó a formalizarse una relación contractual, es evidente que se efectuaron tramitaciones conducentes a ello con la participación de la autoridad pública. Agregó que si bien esta relación contractual no se formalizó, indudablemente se había considerado la existencia de una contratación directa con participación del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y con prestación de servicios por parte de Concreciones. Finalmente afirmó que, eventualmente se configura un caso de enriquecimiento sin causa a favor de la demandada.

A fs. 231/236 contestó traslado la demandada. Manifestó que de las probanzas de autos no surgen constancias que acrediten que la prestación del servicio reclamado hubiese estado precedida de una contratación que tuviera su origen en una licitación pública, o eventualmente en una licitación privada o contratación directa. Agregó que la inexistencia del contrato fue también puesta de manifiesto por el Secretario de Salud y la Directora del Hospital Santa Lucía, por lo que cabe concluir que las facturas cuyo cobro se pretendió, carecen de sustento contractual, además de no existir prueba de la supuesta prestación del servicio. A fs. 238 dictaminó la Sra. Fiscal de Cámara, propiciando declarar desierto el recurso de apelación interpuesto. A fs. 239 se elevaron los autos al acuerdo de Sala.

II.- De acuerdo a la forma en que ha sido planteada la demanda, la accionante pretende que se condene a la Ciudad de Buenos Aires al pago de una suma de dinero con sustento en prestaciones que habría realizado a favor del Estado local –asistencia profesional y colaboración técnica en gestiones administrativas en el ámbito del Hospital Oftalmológico Santa Lucía-. Por su parte, la accionada controvierte esa posición sosteniendo que el pretendido reclamo se sustenta en un contrato inexistente y que, aun para el caso de que dicha contratación hubiera existido, ésta resultaría nula y, en consecuencia, debe ser dejada sin efecto. Teniendo en cuenta la manera en que ha quedado trabada la litis corresponde, en primer lugar, determinar si, de acuerdo a las constancias de autos, existió entre la actora y la demandada un vínculo de naturaleza contractual y, en caso de comprobarse, si éste resulta legítimo.

III.- A tal efecto, es necesario destacar que ha sido la propia actora quien, al contestar el traslado conferido por la Sra. jueza a quo respecto del planteo

subsidiario de nulidad contractual, afirmó que resulta “carente de significación el planteo de nulidad de la pretendida contratación cuando si en algo coinciden las partes es en que no ha existido contrato formalizado en las relaciones mantenidas entre Concreciones S.A. y el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. No tratándose de una relación contractual administrativa están de más las extensas y minuciosas consideraciones referidas a la materia” (énfasis agregado, fs. 136). A ello se suma que, a diferencia de lo que ocurre con las contrataciones que se desenvuelven en el ámbito del derecho privado, donde, en ciertos casos, se otorga una especial primacía a la autonomía de la voluntad en cuanto a su forma de instrumentación, en el ámbito del derecho público y, más específicamente del derecho administrativo, los aspectos formales y procedimentales de los contratos se erigen como presupuestos indispensables para su existencia y validez. Al respecto, la Corte Suprema ha señalado que “la validez y eficacia de los contratos administrativos se supedita al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales pertinentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación”(CSJN, “Ingeniería Omega S.A. c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, causa I 71 XXXIV, sentencia del 5 de diciembre de 2000). Así las cosas, la prueba de la existencia de un contrato administrativo se halla íntimamente vinculada con la forma en que dicho contrato queda legalmente perfeccionado, de forma tal que cuando la legislación aplicable exige una forma específica para su instrumentación, la misma debe ser respetada pues se trata de un requisito esencial de su existencia.

IV.- Por lo antes expresado, considero que de conformidad con lo sostenido por las partes, teniendo en cuenta las constancias que obran en el expediente y, de acuerdo a lo que establece la normativa de aplicación, entre la actora y la demandada no existió un vínculo de naturaleza contractual para la prestación del servicio de informatización de las áreas de facturación y cobranzas en el ámbito del hospital Santa Lucía, dependiente de la Ciudad de Buenos Aires. En consecuencia, resulta aplicable lo dicho por la Corte Suprema en el precedente antes mencionado, en el cual el Tribunal expresó que “no es posible admitir la acción basada en obligaciones que derivarían de un supuesto contrato que, de haber sido celebrado, no lo habría sido con las formalidades establecidas por el derecho administrativo local para su formación” (CSJN, “Ingeniería Omega S.A. c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, causa I 71 XXXIV, sentencia del 5 de diciembre de 2000).

V.- De todas formas, si tal como se señaló en el considerando anterior no ha existido vínculo contractual alguno entre el accionante y la demandada, resta analizar, entonces, si existe otro título jurídico que justifique reconocer un derecho de cobro a favor de la actora. En el escrito de interposición de la acción, la actora invocó, entre las normas en que sustenta su pretensión, el artículo 1627 CC, que establece una aplicación del principio del enriquecimiento sin causa (fs. 77) y al contestar el traslado conferido a fs. 135, señaló que “así como el principio de la buena fe, que impone que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de acuerdo con lo que las partes entendieron o pudieron entender obrando con cuidado y previsión, constituye un principio aplicable al ámbito de los contratos regidos por el derecho público, es coherente considerar que normas como las del artículo 1627 del Código Civil tienen vigencia también en dicho ámbito, respecto de relaciones ajenas a la contratación propiamente, pero igualmente creadoras de obligaciones y responsabilidades” (fs. 136 vta.). Por ello, existiendo un planteo expreso de la actora, corresponde que me aboque a determinar, si por aplicación del principio del enriquecimiento sin causa, se debe reconocer un derecho de restitución en favor de la accionante.

VI.- El enriquecimiento sin causa es un principio general del derecho, que postula que toda atribución o incremento patrimonial debe encontrar siempre justificación, de manera que cuando el desplazamiento de bienes a favor de un sujeto carece de bases jurídicas fundantes –justa causa- y ocurre en desmedro de los derechos de otro sujeto, corresponde su restitución a quien ha sufrido un empobrecimiento. Su fundamento radica en el equilibrio de las prestaciones (FÁBREGA PONCE,

Jorge, "El enriquecimiento sin causa", Bogotá, Ed. Plaza & Janés, 1996, pág. 967). Así, la acción de restitución –acción de in rem verso-, cuya titularidad corresponde a quien se ve perjudicado por el desplazamiento patrimonial incausado, procede ante la ausencia de otra causa o título. Por ello, reviste carácter excepcional y, en consecuencia, se ejerce en forma subsidiaria. En cuanto a los requisitos para su procedencia, cuando la acción se entabla contra el Estado los mismos son: a) un enriquecimiento del demandado, que haya utilizado o pueda utilizar la obra o prestación efectuada por el particular (MONTI Laura, "Los contratos administrativos y el enriquecimiento sin causa", ED, Suplemento de Derecho Administrativo, 27/03/02, pág. 10); b) el empobrecimiento del demandante, es decir el particular, materializado a través de un menoscabo económico; c) correlación o vinculación entre el empobrecimiento del particular y el enriquecimiento del Estado; d) que el desplazamiento patrimonial carezca de causa, es decir, la ausencia de un acto o hecho que legitime la incorporación de los bienes al patrimonio del demandado.

VII.- De las constancias obrantes en el expediente (en especial de lo expresado en el cuarto considerando de la Resolución del Secretario de Salud N° 222/99 agregado a fs. 154/155), surge que la parte actora ha prestado ciertos servicios profesionales en favor de la demandada sin obtener una contraprestación. Sin embargo, la documentación adjuntada en el sub lite no resulta suficiente para acreditar, en forma adecuada, la medida del empobrecimiento sufrido por la accionante.

La demostración del quantum del menoscabo patrimonial constituye una cuestión fundamental, toda vez que la prueba del mismo determina el límite de la reparación. Ello por un doble fundamento, a saber; por un lado, porque no resulta admisible que la medida de la restitución sea la misma que si hubiese habido un contrato, sino que sólo tiende a indemnizar al particular el daño sufrido (empobrecimiento efectivo), porque quien contrata con la Administración tiene el deber de conocer la exigencia normativa del procedimiento administrativo, y no puede ampararse en el incumplimiento de la legalidad administrativa para obtener los beneficios propios de una actividad empresarial o mercantil (ALVAREZ CAPEROCHIPI, José, "El enriquecimiento sin causa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", Revista de Derecho Privado, noviembre 1977, Madrid, pág. 184). Por otro lado, porque en caso de que el monto de la restitución supere ese tope, respecto del excedente la pretensión del accionante carecería de interés legítimo (BORDA, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil", Ed. Perrot, Tomo II, pág. 524).

Así las cosas, las facturas adjuntadas por la accionante no resultan un medio de prueba idóneo para demostrar la medida del empobrecimiento, toda vez que las mismas incluyen el beneficio que la actora esperaba obtener con la prestación del servicio, cuya restitución resulta improcedente a tenor de lo expresado supra.

VIII.- En sentido concordante, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado en el precedente ya citado que "la aplicación de los principios del enriquecimiento sin causa no es procedente (...) ya que no ha existido la indispensable invocación y prueba del empobrecimiento como condición de existencia del derecho a repetir" (CSJN, "Ingeniería Omega", ya citado, considerando 11).

En consecuencia, aún para el caso de que se considere de que la acción por enriquecimiento sin causa fue adecuadamente planteada al accionar y, en consecuencia, que forma parte de las pretensiones esgrimidas por la actora en autos, de todas formas corresponde su rechazo. Ello porque la prueba producida en la oportunidad procesal oportuna no permite establecer pautas objetivas que permitan al juez determinar, de conformidad con lo establecido en el artículo 148 segundo párrafo del CCyT, el importe del empobrecimiento sufrido por el accionante. Así, se ha decidido con respecto a idéntica previsión del CPCCN – artículo 165-, que "corresponde la fijación [del importe] cuando se encuentre determinada fehacientemente la existencia de un perjuicio o de una deuda que no puedan ser determinados, pero existan bases generales serias para la fijación (CNac. Civil, Sala A, LL 135-1076, Sala C, LL 135-22, Sala E, LL 135-654, Sala F, LL 134-319)" (FALCON, Enrique, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Anotado, Concordado, Comentado”, Ed. Abeledo Perrot, Tomo II, pág. 160, énfasis agregado).

Por su parte, tampoco resulta posible recurrir al trámite incidental establecido en el párrafo tercero del artículo 148 del CCAyT a efectos de su determinación, puesto que la norma sólo prevé su procedencia cuando la falta de estimación de las partes se refiere a los frutos o intereses, circunstancia distinta a la que se comprueba en la presente causa.

IX.- Por las consideraciones que anteceden propongo al acuerdo que, en caso de compartirse este voto, se rechace en su totalidad el recurso de apelación interpuesto por la parte actora. Por su parte, en lo que respecta a las costas, propongo que se impongan a la accionante, por aplicación del principio objetivo de la derrota (artículo 62, primer párrafo del CCAyT).

El Dr. Horacio G. Corti

I. Adhiero al detalle de los hechos efectuado en el punto I del voto del Dr. Carlos F. Balbín.

II. Dado que la parte demandada, al contestar el traslado de la expresión de agravios, solicitó que se declare desierto el recurso interpuesto por la actora (cfr. punto II, fs. 231/232) y que esa tesitura fue sostenida por la Sra. Fiscal de Cámara (cfr. dictamen de fs. 238), corresponde examinar, en primer término, si el escrito de la recurrente reúne los requisitos necesarios para sustentar su recurso. Esta Sala ha señalado en reiteradas oportunidades que para que exista crítica en el sentido exigido por el artículo 236, CCAyT, se requiere inevitablemente que medie una observación clara y explícita, con entidad tal que importe una refutación de los fundamentos contenidos en la decisión apelada. En efecto, deben señalarse en concreto las partes del pronunciamiento recurrido que se consideran equivocadas, y tender a demostrar su ilegalidad, injusticia o arbitrariedad, así como el perjuicio cierto ocasionado al litigante. Con relación a su naturaleza jurídica, señalan Fenochietto-Arazi (Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Astrea, Bs. As., 1993, t. 1, p. 939, § 1; con cita de Carnelutti, Sistema, III, p. 639) que la expresión de agravios “...tiene la trascendencia de una demanda destinada a abrir la segunda instancia, pues sin expresión de agravios el tribunal se halla imposibilitado de entrar a verificar la justicia o injusticia del acto apelado ...sin ella en nuestra legislación no hay juicio de apelación”.

Agregan los autores citados en primer término que “...el contenido de la impugnación se relaciona con la carga que incumbe al apelante de motivar y fundar su queja...”, añadiendo luego que “El contenido u objeto de la impugnación lo constituye la crítica precisa de cuáles son los errores que contiene la resolución; sea en la apreciación de los hechos o en la aplicación del derecho. Crítica razonada, que no se sustituye con una mera discrepancia, sino que implique el estudio de los razonamientos del juzgador, demostrando a la Cámara las equivocadas deducciones, inducciones y conjeturas sobre las distintas cuestiones resueltas” (op. cit., p. 940/1, § 2, “b”). Lo concreto de la crítica que se dirige contra el fallo se refiere a la precisión que ha de contener, indicando cuál es el agravio, al tiempo que lo razonado indica la exigencia de expresar los fundamentos, esto es, el por qué de la configuración del agravio invocado. La postura sustentada por el recurrente debe presentarse confrontada críticamente con la expuesta por el juez de primer grado, vertiendo el cuestionamiento puntual de esta última en cuanto se oponga a la primera. Se comprende, de tal modo, el criterio jurisprudencial conforme al cual “Si en el memorial de agravios sólo se hace una afirmación genérica que no importa una crítica razonada y concreta de las conclusiones de la sentencia ni se puntualizan los errores en que hubiere podido incurrir, debe tenerse por firme el fallo apelado” (C.S.J.N., 7/4/67, LL 127-581).

III. Aplicado a la especie el marco conceptual reseñado, se advierte que el apelante se ha limitado a efectuar meras manifestaciones que no revisten otra

entidad más que la expresión subjetiva de disconformidad con lo decidido en la instancia de grado, afirmando en forma dogmática su criterio, pero sin exponer razonamientos fundados sobre las falencias, a su entender, del decisorio y sobre el agravio que ello le ocasiona. En efecto, en su escueta presentación (cfr. fs. 229) sólo expone consideraciones genéricas y desordenadas, que no logran conformar una genuina argumentación jurídica susceptible de criticar la fundada sentencia de primera instancia, donde no resulta suficiente la remisión genérica a un texto de doctrina jurídica. Asimismo, cabe destacar que la expresión de agravios debe ser autosuficiente, es decir, debe bastarse a sí misma. La circunstancia apuntada tampoco se verifica en esta causa, ya que la recurrente se remite a diversos informes sin efectuar mayores comentarios.

IV. Por todo lo expuesto, ante la inobservancia de los recaudos exigidos por el art. 236, CCAyT, corresponde aplicar la consecuencia prevista en el art. 237 del mismo cuerpo normativo y, por ende, declarar desierto el recurso interpuesto por la actora. En consecuencia, ninguna otra consideración cabe realizar sobre las cuestiones propuestas a conocimiento de la Cámara, pues lo expuesto conduce per se a la firmeza de la resolución cuestionada (Loutayf Ranea, El recurso ordinario de apelación en el proceso civil, Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 281, § 104, a).

El Dr. Esteban Centanaro dijo:

I. Adhiero al relato de los hechos efectuados por mi distinguido colega preopinante, Dr. Carlos F. Balbín, así como también a la solución que propone.

II. Sin perjuicio de ello, estimo necesario efectuar algunas apreciaciones complementarias.

Al respecto, cabe destacar que la ley 22.460 en su artículo 2, inciso 2 definió al contrato de servicios de consultoría como: “toda prestación de servicios profesionales, científicos y técnicos de nivel universitario, cumplidos bajo la forma de locación de obra intelectual o de servicios y realizadas por firmas consultoras o consultores”.

En este sentido, Martorell (Martorell, Ernesto Eduardo Tratados de los contratos de empresa, Tomo II, Depalma Buenos Aires 1997, pág. 402) sostiene que la consultoría es una actividad profesional de asesoramiento tendiente a cubrir un vastísimo “menú”, dentro del cual se destaca, en la actualidad, el planeamiento estratégico de actividades futuras y segmentos a desarrollar. Por otra parte, Farina (Farina Juan M Contratos comerciales modernos, Astrea, Buenos Aires 1994, pág. 648) define al contrato de consultoría como aquél en virtud del cuál la consultora se obliga a suministrar a la otra parte (consultante) una información o, más precisamente, un dictamen sobre alguna cuestión tecnológica, comercial, financiera, legal o de otro orden que requiera un análisis, evaluación y conclusión fundada en conocimientos científicos o técnicos. Pero más allá de la tipificación de la relación jurídica que motiva esta litis y a los fines de determinar la normativa legal aplicable a dicho acuerdo, tengamos en cuenta que el eventual contrato de autos es administrativo. Así, cabe señalar que es cierto que la contratación de base de estos actuados tiene elementos propios del contrato de consultoría, siendo a nuestro modo de ver un verdadero acuerdo de asistencia gerencial, aunque eventualmente pudiera considerarse también como de servicios profesionales, y en tal supuesto es conveniente recordar la profunda diferencia de opiniones existentes con respecto a la naturaleza jurídica de esto último. Téngase en cuenta que Freitas proyectaba expresamente el tema en su Esboço art. 2835 (A.T. de Freitas, Código Civil obra fundamental del Código Civil Argentino, García Santos Roldan, Buenos Aires, 1909, Tomo II pág. 177) considerando la actividad entre otro de los abogados y cobradores de cuentas, como una locación de servicios intelectual si fuera sin mandato y lo opuesto surgiría a contrario sensu si lo tuvieran.

Para algunos autores se trata de un mandato, teoría que tiene por fundamento la idea romana de que no era posible asimilar la actividad profesional a la locación de servicios; otros opinan que se trata simplemente de tal contrato, y otros consideran inaceptable tal postura, pues el contrato de trabajo supone una subordinación del trabajador al empleador, situación que no se da en el caso de los profesionales.

Para otros tratadistas se trataría de una locación de obra, postura que encuentra su primera y fundamental contradicción en que los profesionales liberales, nunca o casi nunca pueden prometer un resultado.

Una moderna corriente doctrinaria señala que se trata de un contrato multiforme (conf. Rezzonico, Luis María, Estudio de los Contratos, Depalma, Buenos Aires, 1969 T.II., p. 630, concidiendo con esta postura importantes doctrinarios como Alberto J. Bueres y Jorge Zago) que asume, a veces, el carácter de locación de servicios, otras de locación de obra, otras veces de mandato. Para otros, como Jean Savatier (conf. Savatier Jean, La profesión libérale, París, 1947, pág. 215/16) nos encontramos ante un contrato atípico al cual no se le puede aplicar con propiedad ninguna de aquellas denominaciones clásicas. En la doctrina nacional, entre muchos otros, Borda (Borda, Guillermo, Tratado de Derecho Civil, Contratos, Perrot, Buenos Aires 1969 Tomo II., p. 53) quien afirma que en suma, el contrato que tratamos no configura ninguno de los nominados en nuestro código, es un contrato sui generis, con una regulación jurídica propia. Sin dejar de reconocer las importantes opiniones que he reseñado y teniendo en cuenta que el mundo de los contratos esta en permanente evolución, considero que la relación jurídica que se ventila en esta litis es un acuerdo de asistencia gerencial (o técnica) que en nuestro país es un contrato con tipicidad social, pero innominado y atípico, que se diferencia del management y que tiene por objeto la consultoría en materia de gestión empresarial (conf. Montalenti, Paolo, Contratto e impresa, Cedam, Padova, 1987, pág. 437) y puede, al decir de Farina (Farina Juan M., Contratos..., Astrea, Buenos Aires 1994, pág.678) ser asimilable al contrato de locación de obra o de servicio profesionales.

Como ya he expresado en otra oportunidad, la figura del contrato civil presenta la posibilidad de ser comparada con ciertos actos propios del derecho administrativo que, por su estructura, plantean el interrogante de si considerarlos o no como simples aplicaciones de la noción de contrato. La circunstancia, por cierto especial, de tratarse de actos comprendidos en la esfera del derecho administrativo, alerta sin embargo respecto del fracaso de una posible asimilación, porque estamos en presencia de institutos que pertenecen al derecho público y que por lo mismo no podrían comprenderse dentro de una figura que es de derecho privado.(...) No olvidemos, por otra parte, que en la tesis de Savigny, el contrato tenía tal amplitud, que dejaba comprendidos en su alcance los actos propios del derecho público y tal posición amplia es admitida por autores argentinos - aunque no con la misma extensión - al amparo de la disposición del Artículo 1137 del Código Civil, tomada, casi a la letra, del mencionado tratadista. Inicialmente debemos advertir que no compartimos el concepto extenso y que, en cuanto a los actos administrativos se refiere, existen elementos que los excluyen de la noción de contrato de derecho privado, lo que no impide sin embargo la aplicabilidad de ciertos efectos de éste a los mismos. Indiscutiblemente, el principal argumento para eliminar del ámbito del contrato privado a los actos administrativos está dado por la presencia del Estado en éstos, en su carácter de persona de derecho público cuando así actúa, es decir, fuera de su actividad como sujeto de carácter privado.

¿ Por qué no sería contrato, en el sentido del derecho privado, el acto celebrado entre el Estado como persona de derecho público y un particular? La respuesta es simple: porque no existe en tal caso entre los contratantes igualdad jurídica, como sostiene Messineo (Messineo, Francesco., Doctrina General del Contrato, Ejea, Buenos Aires, 1952, tomo 1º, pág. 52 y Manual de Derecho Civil y Comercial, Ejea, Buenos Aires, 1955., tomo IV, pág. 435); y admitimos, con la doctrina más generalizada, que es presupuesto característico del contrato que las partes se encuentren en pie de igualdad, al menos desde el punto de vista jurídico, ya que no siempre lo están desde el punto de vista económico. La paridad jurídica se daría cuando los dos contratantes gozan de tutela de igual intensidad por parte de la ley, aunque alguno de ellos pueda influir en la libre determinación del otro para

que estipule el contrato, imponiendo, prácticamente en forma unilateral, el contenido del mismo, como puede suceder en los contratos por adhesión o con cláusulas predispuestas. Aún en estos casos, es factible advertir la diferencia con el contrato administrativo. Porque la desigualdad jurídica se concreta en la posibilidad, por parte del Estado, no sólo de exigir el cumplimiento del acto celebrado con el particular — lo que también ocurre en el contrato de derecho privado — sino asimismo en la potestad de separarse de aquél y declarar sin efecto dicho acto, aunque a veces corresponda otorgar indemnización al particular. Pero éste, ante la actitud del Estado de no cumplir, sólo tendrá el recurso de pedir la reparación, pero no el cumplimiento. Implica ello un claro apartamiento del principio de que los contratos se hacen para ser cumplidos, como asimismo del que establece que el deudor no puede eludir el cumplimiento de la obligación ofreciendo satisfacer daños e intereses — argumento artículos 658, 725, 740, 741, 742, etc., del Código Civil. Por ello se sostiene que el elemento característico fundamental del acto administrativo es el “establecimiento de una relación jurídica de subordinación con respecto a la Administración Pública, mediante un acto de propia voluntad de quien se obliga con ella”, manifestándose esa subordinación en la desigualdad de derecho en que se encuentran ambos contratantes — en el caso de los llamados contratos administrativos — en lo que se refiere al régimen de ejecución, extinción y efectos del contrato. Tal desigualdad se justifica teniendo en cuenta el interés que persigue el Estado, que es el bien común, al que deben subordinarse los actos que realiza. Por eso es admisible la posibilidad de apartarse de una contratación por parte del Estado, en la medida en que ésta ya no realiza su fin público, pero debe advertirse sobre la necesidad de que tal poder discrecional sea ejercido exclusivamente por ese motivo. Entendemos que esta distinción entre el denominado contrato administrativo y el civil, fue claramente percibida por Vélez Sársfield. Recordemos al respecto que dentro de las normas de la locación de cosas, el Codificador dispone en el Artículo 1502 que: Los arrendamientos de bienes nacionales, provinciales o municipales, o bienes de corporaciones o de establecimientos de utilidad pública, serán juzgados por las disposiciones del derecho administrativo o por las que les sean peculiares. Sólo en subsidio lo serán por las disposiciones de este Código. Es decir que en la norma precedentemente transcripta se distingue netamente el contrato administrativo del civil y sólo se declara aplicable la legislación común en forma subsidiaria. (Centanaro, Esteban, Qué es el comodato, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, pág.121/24). En torno a esta temática, señala Cassagne que el problema central que sigue planteándose en torno del contrato administrativo es hasta qué punto su construcción se independiza de las normas y principios del derecho civil —que vinieron rigiéndolo desde que el Estado comenzó a utilizar la técnica contractual en forma no esporádica— y en qué medida ha adquirido una fisonomía peculiar y típica del derecho público (“Sobre la sustantividad del contrato administrativo y su recepción a través de la doctrina y de la jurisprudencia de la Corte Suprema”, en Contratos — Homenaje a Marco Aurelio Risolía, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 116). Como bien señala la magistrada de primera instancia, no surgen constancias en autos de que la prestación de servicios hubiese estado precedida de una contratación que tuviera origen en una licitación pública o en su defecto, en una licitación privada o contratación directa. En consecuencia, dicho agravio no podrá tener favorable acogida.

III. Ahora bien, la actora no solo pretende el cobro contractual sino que subsidiariamente intenta la acción in rem verso, y en este punto disiento parcialmente con las apreciaciones de mi distinguido colega, el Dr. Balbín. Efectivamente el enriquecimiento sin causa implica un desplazamiento patrimonial, un traspaso de bienes de una persona a otra sin justificación jurídica siendo en su consecuencia contrario a la equidad que una persona pueda enriquecerse a costa del empobrecimiento de otra. Si bien nuestra legislación civil no trae un precepto expreso sobre el enriquecimiento sin causa, Vélez Sársfield lo introduce con claridad en la nota del art. 784 de su obra al expresar: “El principio de equidad, que siempre es principio en nuestro derecho civil, no permite enriquecerse con lo ajeno”. La doctrina,

unánimemente está conforme con la existencia en nuestro derecho del enriquecimiento sin causa y en su consecuencia son requisitos de la acción in rem verso el enriquecimiento del demandado que puede incluso derivar de un lucro emergente o de un daño cesante (conf. Alterini, Atilio Aníbal, Ameal, Oscar José y López Cabana, Roberto M., Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1995, pág. 728), empobrecimiento del demandante significando toda disminución del patrimonio, sea por pérdida efectiva de bienes o por pérdida de trabajos o de tiempo (conf. Borda, Guillermo, Tratado de Derecho Civil Obligaciones, Perrot Bs. As. 1994, Tomo II pág. 520); relación de causalidad entre el empobrecimiento y enriquecimiento, ausencia de causa y carencia de toda otra acción.

De las constancias de autos, surge a mi entender, que se han acreditado los extremos que hacen procedente la acción subsidiariamente intentada. Efectivamente, no cabe duda que el Hospital se ha enriquecido por el acuerdo de asistencia gerencial, también, el actor se ha empobrecido al prestar los servicios en cuestión y que atento lo expresado ut supra en relación a la forma y al consentimiento la acción in rem verso es la única que quedaría a favor del accionante.

IV. En efecto, y sin perjuicio de lo expuesto ut supra, considero que la documentación adjuntada en el sub lite por la actora, no tiene por objeto acreditar la medida del empobrecimiento sufrido por la actora —sobre quien pesaba esa carga procesal—, sino por el contrario, la supuesta existencia de una relación contractual.

Como ha expresado esta Sala in re “Linser S.A.C.I.S. c/ GCBA (Edificio del Plata – Dirección General de Compras y Contrataciones) s/ cobro de pesos” expte. n.º2398, sentencia del 6/11/02, la demostración del quantum del menoscabo patrimonial constituye una cuestión fundamental en el marco de la acción in rem verso, toda vez que su prueba determina el límite de la reparación. Ello por un doble fundamento, a saber; por un lado, porque no resulta admisible que la medida de la restitución sea la misma que si hubiese habido un contrato, sino que sólo tiende a indemnizar al particular el daño sufrido (empobrecimiento efectivo), pues como ya se ha señalado quien contrata con la administración tiene el deber de conocer la exigencia normativa del procedimiento administrativo, y no puede ampararse en el incumplimiento de la legalidad para obtener los beneficios propios de una actividad empresarial o mercantil (Alvarez Caperochipi, José, El enriquecimiento sin causa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Revista de Derecho Privado, noviembre 1977, Madrid, pág. 184). Por otro lado, porque en caso de que el monto de la restitución supere ese tope, la pretensión del accionante respecto del excedente carecería de interés legítimo (Borda, Guillermo A., Tratado..., Ed. Perrot, Tomo II, pág. 524). Si bien las constancias obrantes en el expediente resultan suficientes para demostrar que ha habido un empobrecimiento de la demandante, no puede inferirse de ello, la medida de ese menoscabo. El quantum del empobrecimiento constituye un aspecto sustancial de la pretensión restitutiva, que debió ser cabalmente probado por quien pretende sustentar en ella un derecho a resarcimiento.

Así las cosas, las facturas impagas adjuntadas por la accionante, si bien podrían resultar adecuadas para dar sustento un derecho a resarcimiento en una relación contractual legítima, no constituyen un medio de prueba idóneo para demostrar la medida del empobrecimiento. en el marco de una acción de restitución, toda vez que las mismas incluyen el beneficio o ganancia que la actora esperaba obtener con la prestación del servicio, cuya restitución resulta improcedente a tenor de lo expresado ut supra. En consecuencia, corresponde su rechazo, con costas a la actora vencida. Ello porque la prueba producida no permite establecer pautas objetivas que permitan al juez determinar el importe del empobrecimiento sufrido por el accionante. ASI VOTO..

Por lo expuesto, el Tribunal RESUELVE: 1) rechazar en su totalidad el recurso de apelación interpuesto por la parte actora; 2) imponer las costas de ambas instancias a la parte actora (artículo 62, primer párrafo del CCAyT).

Regístrese. Notifíquese, y a la Sra. Fiscal de Cámara en su despacho.
Oportunamente devuélvase.

Carlos F. Balbín Horacio G. Corti
Juez de Cámara Juez de Cámara

Esteban Centanaro
Juez de Cámara