

Expte. n° 4895/06 **“Servipark S.A. c/ GCBA s/ contrato de obra pública s/ recurso de apelación ordinario concedido”** y sus acumulados expte. n° 4905/06 **“Inco Construcciones S.A. s/ queja por recurso de apelación denegado en ‘Inco Construcciones S.A. c/ GCBA s/ contrato de obra publica’”** y expte. n° 4906/06 **“Inco Construcciones S.A. s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Inco Construcciones S.A. c/ GCBA s/ contrato de obra publica’”**, sentencia del 30/11/2007.

Voces: Recurso ordinario de apelación. Resarcimiento de daños y perjuicios por incumplimiento contractual. Nulidad del contrato de concesión de obra pública por inexistencia de decreto de adjudicación. Construcción y explotación de una playa de estacionamiento. Suscripción del contrato con quien no era titular del poder Ejecutivo Municipal de conformidad con lo exigido por la Ley Orgánica Municipal n° 19.987. Deber de la actora de presentar en juicio la prueba documental justificante de su derecho a celebrar un contrato de obra pública frente a la inexistencia del decreto de adjudicación del procedimiento licitatorio. Sujeción de los contratos administrativos al principio de legalidad. Observancia del procedimiento y de las formalidades requeridos por la normativa vigente como requisito esencial de la existencia y validez del contrato administrativo. Nulidad absoluta e insanable que habilita a la Administración Pública a revocar el acto administrativo por ilegitimidad o a requerir su declaración judicial de invalidez. Inexistencia de un decreto del Intendente Municipal autorizando la delegación de la suscripción de los contratos de obra pública en otros funcionarios. Incompetencia del órgano que celebró el contrato de obra pública. Acto administrativo viciado por ilegítimo e inválido. Revocación del acto administrativo cuando el particular interesado tenía conocimiento del vicio que lo afectaba al momento de su dictado. Excepción al principio de estabilidad del acto administrativo. Revocación del acto administrativo irregular. Art. 17 de la ley Nacional de Procedimiento Administrativo. Principios de legalidad objetiva y de verdad material que rigen el procedimiento administrativo. Debido proceso adjetivo. Doctrina de los actos propios. Principio de buena fe. Resarcimiento de daños y perjuicios de la empresa encargada de realizar los trabajos de excavación, submuración y construcción de la estructura de hormigón armado. Acciones directa y subrogatoria. Responsabilidad de la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires por no haber autorizado la clausura del tránsito vehicular. Responsabilidad extracontractual. Existencia de una acción u omisión antijurídica. Empresas vinculadas. Sociedad constituida con el objeto de participar en la licitación de una obra pública. Deber de la empresa subcontratista integrante de la sociedad de reparar los daños y perjuicios ocasionados por la frustración del contrato de sublocación de obra. Deber de proceder con la diligencia normal de un buen hombre de negocios. Renuncia del derecho a exigir el lucro cesante. Norma que no tiene carácter de orden público. Conceptos ponderables para la determinación del monto indemnizable: costos financieros, gastos de obra no certificados, costos de vigilancia y seguridad, personal en relación de dependencia, obrador, adquisición de maquinarias. Diferimiento de la fijación de la tasa de interés aplicable para la etapa de ejecución. Distribución de costas.

Expte. n° 4895/06 “Servipark S.A. c/ GCBA s/ contrato de obra pública s/ recurso de apelación ordinario concedido” y sus acumulados expte.

nº 4905/06 “Inco Construcciones S.A. s/ queja por recurso de apelación denegado en ‘Inco Construcciones S.A. c/ GCBA s/ contrato de obra publica” y expte. nº 4906/06 “Inco Construcciones S.A. s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Inco Construcciones S.A. c/ GCBA s/ contrato de obra publica”

Buenos Aires, 30 de noviembre de 2007.

Vistos: los autos indicados en el epígrafe,

resulta:

1. Servipark S.A. (en adelante SERVIPARK) demandó ante la justicia nacional en lo civil al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante GCBA) por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual que atribuye al Estado local, a causa de que este último resolvió declarar nula la relación contractual establecida entre las partes con fecha 29/11/91. La actora solicitó que se declare la nulidad del decreto 2177/94 por el que la Administración dispuso la nulidad de la contratación que celebraran las partes en virtud de la adjudicación efectuada por el decreto nº 4897/91, según el procedimiento licitatorio convocado para la construcción y explotación de una playa de estacionamiento subterránea en la intersección de las calles Viamonte y Suipacha de la Ciudad de Buenos Aires.

En la demanda se expresó que el 29/11/91 se firmó el “Contrato de Concesión de Obra Pública, Playa de Estacionamiento de las calles Viamonte y Suipacha de la Capital Federal”, entre el Procurador General y el Secretario de Hacienda y Finanzas del gobierno local, en representación de la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, y la firma actora. Con posterioridad, el 4/11/94, otro intendente municipal dictó el decreto nº 2177/94 que declaró “*nulo de nulidad absoluta*”, en los términos del art. 17 de la LPA, el documento suscripto con SERVIPARK.

La actora reclamó en su demanda la reparación del daño emergente y el lucro cesante, por una suma de dinero superior a 42.000.000 de dólares de los EE.UU. (fs. 623 vuelta, de los autos “SERVIPARK” - Exp. 3954/0).

2. Por su parte, Inco Construcciones S.A. (en adelante INCO) demandó a la firma Procons Americana S.A. (en adelante PROCONS) por la suma de \$ 300.000, en concepto de daños y perjuicios derivados de la frustración del contrato que celebraran ambas sociedades. Expresó que SERVIPARK contrató a la demandada PROCONS para la construcción de la

playa de estacionamiento subterránea que le fuera adjudicada por la ex Municipalidad. A su vez, PROCONS contrató a INCO para que realizase los trabajos de excavación, submuración y construcción de la estructura de hormigón armado. A partir de cierta etapa, no fue posible proseguir la obra ya que era necesario interrumpir la circulación de vehículos por las calles mencionadas y cerrar los accesos a la Dirección General de Rentas de la ex Municipalidad y al Banco de la Ciudad de Buenos Aires; medidas que al no ser autorizadas por la Municipalidad obligaron a suspender las obras, con los perjuicios que ello ocasionó a INCO (fs. 210/216 vuelta, de los autos “INCO” Expte. 3953/0).

Con posterioridad, INCO amplió la demanda dirigiéndola, también, contra la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y SERVIPARK, en ejercicio de las acciones subrogatoria y directa previstas en el art. 1645 del Código Civil (fs. 489/90 vuelta, de los autos “INCO”).

3. El juez civil que intervenía con anterioridad, resolvió la acumulación del expediente “SERVIPARK S.A. c/ GCBA s/ ordinario” a los autos “INCO CONSTRUCCIONES S.A. c/ GCBA (Dirección General de Programación y Contralor de Obras) y otros s/ Contrato de Obra Pública”, para dictar una sentencia única que ponga fin a ambos asuntos (fs. 1232 vuelta de los autos “INCO”).

4. Radicados los juicios en la justicia en lo contencioso administrativo y tributario local, la jueza de primera instancia dictó sentencia (fs. 1108/1126 vuelta de los autos “SERVIPARK” y fs. 1265/83 vuelta de los autos “INCO”) y resolvió “*rechazar la demanda en todas sus partes, con costas a la vencida.*” En tanto los fundamentos de la sentencia sólo se referían a la demanda planteada por SERVIPARK, la Procuración General pidió que se aclare que también se rechazaba la demanda incoada por INCO (fs. 1133 de los autos “SERVIPARK”, y fs. 1288 de los autos “INCO”); así fue dispuesto por la jueza de primera instancia (fs. 1134 de los autos “SERVIPARK” y fs. 1289 de “INCO”).

5. SERVIPARK e INCO apelaron la sentencia.

La Sala I de la Cámara de Apelaciones del fuero dispuso “1) *Rechazar el recurso de apelación interpuesto por SERVIPARK S.A., con costas (art. 62, CCAyT); 2) Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por INCO CONSTRUCCIONES S.A. y, en consecuencia, suplir la omisión verificada en la instancia de origen y examinar su pretensión; 3) En cumplimiento de lo expuesto, rechazar la demanda interpuesta por INCO CONSTRUCCIONES S.A. en el expediente 3953/0, imponiéndole las costas en ambas instancias, por resultar sustancialmente vencido (art. 62, CCAyT)...*” (fs. 1195/1203, de los autos “SERVIPARK”).

6. Contra la sentencia, SERVIPARK planteó un recurso de apelación ordinario (fs. 1204, de los autos "SERVIPARK") que fue concedido por la Sala I (fs. 1206) y tramita ante este Tribunal por expte. n° 4895/06 "Servipark S.A. c/ GCBA s/ contrato de obra pública s/ recurso de apelación ordinario concedido" —en adelante, las fojas que se indican corresponden a estos autos—.

Por su parte, INCO interpuso los recursos de apelación ordinario (fs. 1323/1324) y de inconstitucionalidad (fs. 1217/1235), que fueron rechazados por la Sala I de la Cámara (fs. 1215/1216 y 1321/1322).

7. Frente a ambos rechazos, INCO planteó los recursos de queja (fs. 1291/1315 y fs. 1380/1401 vuelta que dieron lugar a los exptes. n° 4905/06 "Inco Construcciones S.A. s/ queja por recurso de apelación denegado en 'Inco Construcciones S.A. c/ GCBA s/ contrato de obra pública'" y n° 4906/06 "Inco Construcciones S.A. s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Inco Construcciones S.A. c/ GCBA s/ contrato de obra pública'", que fueron acumuladas al expediente n° 4895/06 "Servipark S.A. c/ GCBA s/ contrato de obra pública s/ recurso de apelación ordinario concedido".

8. Presentado el memorial de agravios por SERVIPARK (fs. 1406/1423 vuelta), contestado por la Procuración General (fs. 1431/1435 vuelta), se corrió vista a la Fiscalía General.

9. El Sr. Fiscal General Adjunto propició que se haga lugar al recurso de queja por denegatoria del recurso de apelación ordinario planteado por INCO y consideró insustancial expedirse sobre la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado ya que las cuestiones constitucionales que invocó INCO podían plantearse al fundar el recurso de apelación. En cuanto al recurso de SERVIPARK, reservó su dictamen hasta tanto INCO presentara el memorial y se sustanciara su recurso, ya que sólo entonces podría expedirse sobre la totalidad de las cuestiones que las partes plantearan contra la sentencia de Cámara (fs. 1440/1444).

10. Por resolución del 4 de mayo de 2007, el Tribunal resolvió: "*1. Hacer lugar al recurso de queja por apelación denegada planteado por INCO CONSTRUCCIONES S.A. y, en consecuencia, conceder el recurso de apelación ordinario planteado por esa firma y poner los autos a su disposición en la Mesa de Entradas para que en el plazo de diez (10) días presente el memorial de agravios correspondiente a su recurso, en el que podrá plantear las cuestiones constitucionales que dieron lugar a la queja que tramita por expediente n° 4906/06, 'Inco Construcciones S.A. s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Inco Construcciones S.A. c/ GCBA s/ contrato de obra pública'.* (...) 3. *Diferir la decisión del recurso de*

apelación planteado por SERVIPARK S.A., hasta tanto el recurso indicado en el punto 1 esté en condiciones de ser resuelto” (fs. 1453/1463).

11. Oportunamente, INCO presentó el memorial de agravios (fs. 1475/1497 vuelta) que fue contestado por el GCBA (fs. 1502/1505 vuelta) y por SERVIPARK (fs. 1506/1507 vuelta), no así por PROCONS.

12. Corrida nueva vista a la Fiscalía General, el Sr. Fiscal General Adjunto propone que los recursos de apelación de SERVIPARK y de INCO sean rechazados y, por lo tanto, que se confirme la sentencia recurrida (fs. 1511/1523).

Fundamentos:

El juez Julio B.J. Maier dijo:

1. Como fue señalado en mi voto en la sentencia de fs. 1453/1463, en esta causa se dispuso la acumulación de los procesos iniciado por SERVIPARK contra el GCBA y el que instara INCO, primero contra PROCONS y luego contra SERVIPARK y la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, en tanto en ambos juicios se ha cuestionado la legitimidad y validez del decreto n° 2177/94 que declaró la nulidad absoluta de la contratación celebrada con SERVIPARK (ver, en tal sentido, la ampliación de demanda de INCO obrante a fs. 662 y ss. de los autos “INCO”). Atinadamente el Sr. Fiscal señaló que *“la cuestión en debate fue resuelta en una sola sentencia con fundamentos que valen para todas las pretensiones expuestas por las actoras”* (fs. 1443 vuelta).

La vinculación entre los objetos de ambos juicios surge manifiesta, al menos por dos circunstancias:

- a) en ambos juicios se plantea la nulidad del decreto que declaró la nulidad de la concesión; y
- b) SERVIPARK exige al GCBA indemnización por los perjuicios ocasionados a INCO, quien, a su vez, en su demanda reclama tales perjuicios a PROCONS, SERVIPARK y al GCBA.

2. El debate planteado por las partes conduce a decidir, en primer término, los agravios referidos a la invalidez del decreto n° 2177/94 que declaró la nulidad absoluta de la contratación celebrada por el GCBA con SERVIPARK. Luego, se considerarán los agravios planteados por INCO.

Apelación de SERVIPARK (Acerca de la validez del decreto n° 2177/94)

3. Comenzaré por reseñar los agravios que expresa SERVIPARK contra la sentencia y la respuesta del GCBA a cada uno de esos agravios.

Primer agravio: La sentencia no tiene en cuenta la teoría de los actos propios (fs. 1406 vta.). La conducta de la demandada posterior a la fecha de firma del contrato, ejercida durante casi tres años hasta la declaración unilateral de nulidad, consistente en numerosos actos en concordancia con la vigencia del contrato, inhabilitan la tan tardía alegación de nulidad

Respuesta: No resulta procedente oponer la teoría de los actos propios. La Administración puede y debe ir contra sus propios actos cuando ellos están afectados por una nulidad absoluta, esto es, son ilegítimos. Cuando el supuesto beneficiario del acto conoció o debió conocer el vicio que invalidaba al contrato no es necesario que la Administración solicite la declaración de nulidad en sede judicial sino que ella puede y debe declarar la nulidad en la propia sede administrativa.

Segundo agravio: la sentencia efectúa erróneas consideraciones respecto de la supuesta inexistencia del decreto 4897/91 (fs. 1409). Afirma que no es el particular el que tiene que acreditar la existencia del decreto, ni es su función “guardar el mismo”. Si no se “encuentra” el decreto 4897/91 — por el cual se adjudicó a Servipark la obra, y del que da cuenta el contrato de concesión de obra— ello obedece a errores administrativos de la demandada; no puede utilizarse tal falencia en contra de la empresa actora.

Respuesta: No puede admitirse que la adjudicación deba “suponerse” o “deducir” su existencia a tenor de una supuesta práctica en la época. Cita de la Cámara: “en materia de contratos administrativos el cumplimiento de formalidades específicas hace a la existencia del contrato mismo”.

Tercer agravio: la sentencia omite considerar la Ordenanza Municipal 45.627 (fs. 1410 vta.). Por ella —sancionada 8 días corridos después de la firma del contrato y publicada en el BO n° 19.258— se aprobó la construcción de la Playa de Estacionamiento (letra “f”), por lo que es evidente que la adjudicación tuvo aprobación legislativa. La Ordenanza suple la falta del decreto 4897/91 e implica la nulidad del decreto 2177/94, que determina la nulidad del contrato.

Respuesta: Una cosa es el acto de adjudicación de la obra y otra muy distinta y distante en el tiempo es la Ordenanza que había aprobado la construcción de la playa de estacionamiento.

Cuarto agravio: la sentencia omite expresarse respecto del incumplimiento del art. 17 de la ley n° 19.549 (fs. 1411). Si se trataba de anular un acto como el contrato celebrado, que ya había tenido principio de ejecución, sólo cabía la anulación en el marco de una resolución judicial de nulidad, conforme el art. 17, segunda parte, de la ley n° 19.549.

Respuesta. Los vicios graves: incompetencia e inexistencia del acto de adjudicación que afectaban al contrato administrativo no podían ser desconocidos por la actora. El propio art. 17 establece que no resulta necesaria la declaración judicial de nulidad cuando “el interesado hubiera conocido el vicio del acto al momento de su dictado, en cuyo caso esta limitación será inaplicable”.

Quinto agravio: la sentencia considera que los firmantes del contrato por parte de la Municipalidad carecían de personería para ello (fs. 1412). Eran normales y habituales las transferencias de atribuciones que efectuaba el Intendente a los efectos de la firma de los distintos contratos —a título de ejemplo menciona algunos decretos en los que se delegó la firma de los contratos—.

Respuesta: la sentencia alude a “falta de competencia”, que en materia de derecho público es distinta a la “falta de personería”. Conforme al art. 2º de la LPA la competencia es obligatoria e indelegable, salvo autorización legal de poner en práctica la delegación. En el caso, sólo el Intendente Municipal resultaba competente para suscribir los contratos de autos, conforme la Ley Orgánica Municipal entonces vigente.

Sexto agravio: la sentencia no resuelve favorablemente respecto de la nulidad del decreto n° 2177/94 peticionada a pesar de los antecedentes obrantes en autos (fs. 1413). Al respecto se señala que el decreto —dictado en el marco del expte. 60.980/91, ofrecido como prueba por ambas partes— incumplió con las siguientes disposiciones esenciales de la LNPA: art. 1º, inc. f: la actora no fue oída y no se arribó a una decisión fundada; art. 7º, incs. b) y d): no se sustenta en hechos y antecedentes válidos de la causa, ni en el derecho aplicable. Tampoco la disposición contó con el dictamen jurídico esencial; art. 9º: la MCBA utilizó vías de hecho al disponer el relleno de las excavaciones, pendiente notificaciones y recursos; art. 14: son falsos los hechos y el derecho invocados y las formas del acto de concreción del decreto recurrido, que pretende apoyarse: en la inexistencia del decreto de adjudicación (agravios b y c); el otorgamiento de un plazo excesivo para la concesión; la falta de experiencia e idoneidad de SERVIPARK; las condiciones riesgosas y peligrosas, imputables a la actora; el aparente abandono de la obra; las características del contrato suscripto (designación equívoca); art. 17: por las razones expuestas en el cuarto agravio.

Respuesta: la actora se limita a reiterar los argumentos expresados desde la demanda hasta la fecha pero sin efectuar una crítica concreta y razonada de los fundamentos de la sentencia que considera erróneos.

Séptimo agravio: la sentencia omite considerar fundadas refutaciones planteadas por Servipark al fallo de primera instancia (fs. 1417), referidas al trámite de preadjudicación; las “modificaciones” de la oferta; el timbrado del contrato; las conductas atribuidas a la actora; la falta de

beneficio para la Ciudad; la constitución de la garantía; la inscripción de la sociedad adjudicataria y la referencia a que la actora no acompañó copia del decreto de adjudicación.

Octavo agravio: Se invocan equivocadamente antecedentes doctrinarios (fs. 1419).

Noveno agravio: No hace lugar al daño emergente y al lucro cesante (fs. 1420).

Décimo agravio: Errónea interpretación del art. 51 del Pliego de Bases y Condiciones Generales (fs. 1423).

Respuesta a los agravios séptimo a décimo: se exponen en estos agravios los mismos argumentos, incluso con la misma redacción, que los formulados en la expresión de agravios de la apelación contra la sentencia de 1ª instancia.

4. Como se señala en el considerando X del voto del juez Corti en la sentencia recurrida: *“el meollo de la sentencia [de primera instancia] consiste en la invalidez de la mentada contratación suscripta el día 29 de noviembre de 1991 entre SERVIPARK S.A. y autoridades de la Ciudad de Buenos Aires. Ello, por dos razones fundamentales. La primera, la inexistencia del decreto que habría adjudicado la obra a la firma SERVIPARK S.A.; la segunda, la incompetencia de los funcionarios que pretendieron representar a la Ciudad de Buenos Aires en tal contratación”*. Agrego, que esa no es sólo la razón expuesta por las sentencias anteriores, sino, tan sólo, el problema principal que plantea el caso.

El actor, por diversas razones, considera que esas cuestiones no afectaban la validez del contrato. El Gobierno, por otras, justifica y defiende el decreto n° 2.177/94 que dispuso la nulidad de ese contrato.

5. Los hechos de la causa han sido examinados extensamente en los pronunciamientos de primera y de segunda instancia, a tal punto que cabe, en principio, remitirse a lo allí expresado. Sin perjuicio de ello, para una mejor comprensión de los agravios planteados por la apelante, resulta conveniente precisar aquellas circunstancias que han de gravitar en la solución del pleito y han quedado debidamente establecidas y acreditadas en el transcurso de este juicio:

a) Ante el llamado a licitación pública para la concesión y explotación de playas de estacionamiento subterráneas en la ex Municipalidad de Buenos Aires, convocada por decreto n° 2872/90, se constituyó la sociedad Servipark S.A., integrada, entre otros, por Procons Sudamericana S.A.

b) No se ha incorporado al proceso el acto de adjudicación del procedimiento licitatorio a favor de Servipark S.A. (mencionado como decreto n° 4897/01).

c) Servipark S.A. suscribió un contrato de concesión para la construcción y explotación de una playa de estacionamiento en la intersección de las calles Viamonte y Suipacha, con quien se desempeñaba como Procurador General de la Municipalidad de Buenos Aires y con el entonces Secretario de Hacienda y Finanzas de la Municipalidad; no lo hizo con el titular del Ejecutivo municipal, como lo exigía la Ley Orgánica Municipal (en adelante: LOMCBA) n° 19.987 (“*art. 31. Son atribuciones y deberes del Intendente Municipal: (...) p) Celebrar los contratos en los que la Municipalidad sea parte*”).

d) No se ha invocado que existiera una autorización legal referida a la delegación de la competencia para celebrar el contrato, ni se ha agregado el acto administrativo que autorizó esa delegación, si existiera. Cabe acotar que, de conformidad con el Capítulo 10 (arts. 35 a 38) de la Ley 19.987, las funciones de los secretarios del departamento ejecutivo no incluían la sustitución del Intendente en la realización de los actos a su cargo que la ley establecía.

e) La obra comenzó a ejecutarse pero no llegó a concretarse. Durante ese tiempo intervinieron funcionarios del gobierno municipal en aspectos vinculados a la obra.

f) Por decreto n° 2.177/94 se dispuso la nulidad del contrato.

6. Por razones de orden cronológico comenzaré por la consideración de los agravios vinculados con el decreto n° 4897/91, cuya existencia no ha podido ser acreditada.

La recurrente (2° agravio) afirma que no le correspondía a ella “*acreditar la existencia del decreto, ni es su función ‘guardar’ el mismo*”. Se equivoca. Cualesquiera que fueran las obligaciones del Estado en la preservación de la documentación relativa a los actos de gobierno, el decreto de adjudicación (típico acto administrativo) concedió derechos a SERVIPARK y, de existir, le debió haber sido notificado. No resulta verosímil ni se ajusta a las reglas de la experiencia, que una empresa creada a fin de realizar un contrato público que involucraba un negocio de más de 42.000.000 de dólares estadounidenses, que está integrada por otras sociedades comerciales de envergadura —alguna dedicada a la construcción de obras públicas, otra propietaria de la concesión del “Casino del Tigre”, y otra constructora— no hubiese preservado la documentación que justifica su derecho a celebrar un contrato de tamaño trascendencia económica y que no lo presentara en el juicio. Máxime cuando, como ha ocurrido, el demandado tacha de inexistente el decreto.

La cuestión es bastante más sencilla de lo que aparenta: el decreto n° 2.177/94 declara la nulidad del contrato por inexistencia del decreto de adjudicación n° 4897/91. En vez de debatir sobre a quién corresponde la

responsabilidad por su guarda, SERVIPARK, quien se ve afectada por el desconocimiento de ese decreto y la declaración de nulidad del contrato que se fundaba en él, debió aportarlo al proceso, como parte integrante de la prueba destinada a justificar un extremo básico de su pretensión: la validez del contrato. No lo hizo. Ergo, el “decreto n° 4897/91” —cuya existencia no reconoce el Estado a quien es atribuido—, de adjudicación de la obra después de un proceso de licitación, no existe o, al menos, en este juicio su existencia no ha sido verificada. Por tanto, el soporte básico del contrato que pretende amparar las pretensiones de los actores, resulta inexistente y, por tanto, deja al contrato de concesión sin base de legitimación. Insisto, cualquiera que sea el alcance del deber de preservar los decretos en cabeza de los funcionarios de la ex MCBA, lo cierto es que, negado en juicio que él existe, corresponde a SERVIPARK, quien lo invoca, la carga de su prueba. Tal era la regla adjetiva vigente durante el desarrollo del proceso ante la justicia nacional (art. 377, CPCCN), que resulta sustancialmente coincidente con la que rige el proceso en la jurisdicción local (art. 301, CCAyT).

7. Pasaré ahora al contrato. El decreto n° 2.177/94 ha fundado la invalidez del contrato, en que carece *“de un elemento esencial, toda vez que se ha celebrado teniendo en consideración un antecedente –decreto de adjudicación- inexistente”* (párrafo séptimo de los considerandos). Además, el Gobierno planteó en el juicio su nulidad porque no fue firmado por el funcionario competente.

Las sentencias de ambas instancias anteriores trataron detalladamente estos aspectos, establecieron los criterios jurisprudenciales y doctrinarios que consideraban aplicables y convalidaron la declaración de invalidez del contrato al rechazar la demanda.

a) En cuanto a la existencia de un vicio esencial en el procedimiento de contratación la Sala señaló que se establece en *“el art. 51 del Pliego de Bases y Condiciones Generales para la licitación de concesiones de obra pública, agregado a estos autos, que ‘serán documentos integrantes del contrato que suscribirán las partes: ... g) La adjudicación; h) El decreto aprobatorio del Intendente Municipal.’ Ninguno de dichos instrumentos ha sido aportado al sub lite por la interesada.”*

El criterio expuesto en la sentencia es coincidente con la conocida doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: en materia de contratos públicos la Administración se halla sujeta al principio de legalidad, en virtud del cual se somete la celebración del contrato a las formalidades preestablecidas para cada caso y el objeto del acuerdo de partes a contenidos impuestos normativamente, sobre los cuales las personas públicas carecen de poder de disposición cuando no existe una expresa autorización legal (Fallos: 316:3157). De acuerdo con este criterio, la Corte ha establecido que la validez y la eficacia de los contratos de la Administración pública están sujetas al cumplimiento de las formalidades

exigidas por las disposiciones legales pertinentes, relativas a la forma y a los procedimientos de contratación (Fallos: 308:618; 316:382; 323:1515, 323:3924, entre otros). En consecuencia, si la legislación aplicable determinaba que el contrato debía ser precedido de la adjudicación y aprobación del Intendente Municipal, dicho procedimiento y formalidades debían ser respetados, por tratarse de un requisito esencial de existencia o validez —diferencia sobre cuya existencia y límite no es necesario debatir ahora— del contrato. Ése es también el criterio jurisprudencial del Tribunal (ver una reseña en mi voto en “Latinoconsult SA - Proel Sudamericana SA - Arinsa SA [Unión Transitoria de Empresas] y otros c/ GCBA s/ otros recursos judiciales c/ Res. Pers. Públicas no estatales s/ recurso de apelación ordinario concedido”, expte. n° 4100/05 y su acumulado “Latinoconsult SA - Proel Sudamericana SA - Arinsa SA [Unión Transitoria de Empresas] y otros s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Latinoconsult SA - Proel Sudamericana SA - Arinsa SA [Unión Transitoria de Empresas] y otros c/ GCBA s/ otros recursos judiciales c/ Res. Pers. Públicas no estatales’”, expte. n° 4023/05, sentencia del 1° marzo de 2006).

Así, con apoyo en la citada jurisprudencia de la CSJN hemos sostenido en precedentes que “*El procedimiento de selección del contratista es parte de la ‘forma’ de los actos y contratos administrativos (art. 7, LPA). A partir de estas pautas, debe considerarse la razonabilidad del agravio*” (TSJ, *in re* “Sanecar SACIFIA c/ GCBA s/ cobro de pesos – s/ recurso de apelación ordinario”, expte. n° 1860/02, sentencia del 5 de noviembre de 2003). En este caso, la inexistencia del acto de adjudicación y del decreto de aprobación demuestran el incumplimiento del procedimiento impuesto por la ley como requisito esencial de validez del acto, incumplimiento que provoca la nulidad absoluta e insanable del acto y permite a la Administración revocarlo por ilegitimidad o requerir su declaración judicial de invalidez, cuestión que consideraré más adelante en este voto.

b) La suscripción del contrato —por el entonces Procurador General y por el Secretario de Hacienda y Finanzas— también ha sido correctamente considerada en la sentencia. La pretensión del recurrente de “convalidar” esa actuación en una práctica de delegación que, según él afirma, “*era normal y habitual en la época*” (segundo agravio, punto 2.2.5 y quinto agravio) no puede ser admitida. El recurrente menciona una serie de decretos por los que el Intendente delegaba en distintos funcionarios suscribir los contratos que, por imperio de la ley n° 19.987, le correspondía a él suscribir para obligar válidamente al Estado local. Más allá de la validez o invalidez de tales delegaciones, es claro que en el caso no se invoca decreto alguno (ni tan siquiera el reiteradamente aludido n° 4897/91) que autorizara a otros funcionarios a suscribir el contrato escrito. Reitero que, como lo señalé en el punto 5, *d*, la ley n° 19.987 no establecía entre las funciones de los secretarios del departamento ejecutivo la asunción por delegación o

sustitución del Intendente de los actos que la ley ponía a cargo del titular del Departamento Ejecutivo. Si esa práctica de delegación existió, se trató de una práctica *contra legem*, y no puede justificar la validez del contrato.

Aunque SERVIPARK pretende que se trataría de un problema de “personería”, la contestación de la Procuración General resalta adecuadamente que el problema no versa sobre ello, sino, antes bien, sobre la competencia del órgano que interviene en la celebración del contrato. Esta cuestión, a diferencia del planteo del recurrente, no requiere prueba alguna, ni depende de la valoración probatoria, pues basta la consulta del texto legal vigente que establecía las facultades de los distintos órganos del gobierno municipal a la fecha de contratación y la ausencia de invocación de una facultad legal o de un acto administrativo que autorizara a celebrar el contrato a otro funcionario. De ello resulta suficientemente claro que el Procurador General y el Secretario de Hacienda y Finanzas no tenían competencia para vincular a la ex Municipalidad con Servipark mediante el contrato en cuestión.

La invalidez de los contratos celebrados por funcionarios incompetentes se encuentra expresamente establecida en el art. 14, inc. *b*, LPA: *“El acto administrativo es nulo, de nulidad absoluta e insanable en los siguientes casos b) Cuando fuere emitido mediando incompetencia en razón de la materia, del territorio, del tiempo o del grado, salvo, en este último supuesto, que la delegación o sustitución estuvieren permitidas”*. A este respecto cabe señalar que, aún cuando se considere que la intervención del Secretario de Haciendas y Finanzas afecta la competencia en razón del grado, el contrato no podría haber sido saneado por el órgano competente (Intendente) ya que de conformidad con el art. 19, LPA *“El acto administrativo anulable puede ser saneado mediante: Ratificación. a) ratificación por el órgano superior, cuando el acto hubiere sido emitido con incompetencia en razón de grado y siempre que la avocación, delegación o sustitución fueren procedentes”*. Como dije anteriormente, la delegación no era procedente, y, además, ese acto de presunto saneamiento tampoco existe, no fue practicado. De tal manera, la consideración de la incompetencia del órgano como un vicio que afectó la legitimidad y la validez del acto fue correctamente decidida por las instancias anteriores. Por lo demás, la intervención en la firma del contrato del Procurador General no podría ser salvada ni siquiera con aquel remedio, ya que él era incompetente por razón de la materia.

8. SERVIPARK pretende que la Ordenanza Municipal n° 45.627 de diciembre de 1991 (y no de 2001, como erróneamente se consigna en el memorial de agravios) *“había aprobado (...) la construcción de la Playa de estacionamiento en la intersección de las calles Viamonte y Suipacha. Es decir, la O.M. se sanciona 8 días corridos después de la firma del contrato, lo que implica, por razones obvias, que fue tratado en la respectiva Comisión Legislativa antes de la firma del contrato mismo”* (tercer agravio). Más allá de

ello y del texto citado, parece que aquello que se pretende es santificar toda la operación mediante la llamada “aprobación”.

Seguidamente refiere un proyecto de ordenanza tratado en la sesión del 6 de diciembre de 1991, en cuyo segundo párrafo de la exposición de sus motivos se solicitaba la adjudicación de la licitación (fs. 1410 vuelta).

El planteo de SERVIPARK permite efectuar dos conclusiones que en nada mejoran su posición:

a) el texto expreso de la ordenanza mencionada no “aprueba” la construcción de alguna obra, sino que “autoriza” la construcción de ciertas playas de estacionamiento: “*Artículo 1º.- Autorízase la construcción de las siguientes playas de estacionamiento subterráneo: (...) f) Plazoleta Suipachasita en Viamonte y Suipacha*”. La diferencia es significativa y pone nuevamente entre interrogantes la cuestión debatida, pues mediante la “autorización” se habilita el comienzo del procedimiento de selección del contratista, mientras que la “aprobación” es el acto que culmina el procedimiento de selección y da pie a la formalización del contrato.

El hecho de que el acto de “autorización”, necesariamente previo a la firma del contrato, haya sido dictado con posterioridad a la suscripción del contrato (efectuado el 29 de noviembre de 1991), sólo pone en evidencia la marcada desatención por las normas y principios del procedimiento licitatorio con que se llevó adelante el contrato.

b) La existencia en el proyecto de ordenanza de una disposición (que no fue aprobada) que *adjudicaba* la licitación, si algo prueba, es, precisamente, la marcada irregularidad que acompañó a la contratación, pues indica que ella pretendió “ser saneada” mediante la intervención del Consejo Deliberante. Posiblemente el vicio que intentó ser saneado fue la celebración de un contrato ya suscripto por funcionarios incompetentes de la ex Municipalidad, que no fue precedido del acto de adjudicación en forma previa a su suscripción, como lo exigía el régimen de contrataciones aplicable previsto en el art. 9 del Pliego de Bases y Condiciones Generales.

9. Me detendré ahora en los agravios referidos al decreto n° 2177/94, que dispuso la nulidad absoluta del contrato.

a) SERVIPARK afirma, con fundamento en el art. 17, LNPA que la Administración no podía revocar por sí misma el contrato y que debió instar una acción judicial de nulidad (cuarto agravio). La Procuración General recuerda que el mismo artículo hace excepción a esta exigencia “cuando el interesado hubiera conocido el vicio del acto al momento de su dictado, en cuyo caso esta limitación será inaplicable”. La defensa del GCBA es correcta en este punto, ya que el principio de estabilidad del acto o contrato administrativo cede frente al conocimiento que el otro contratante —distinto al Estado— tuviera del vicio grave que lo afectaba.

Con relación a la revocación del acto irregular, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que *"La facultad de la Administración de revocar sus propios actos afectados de nulidad absoluta encuentra suficiente justificación en la necesidad de restablecer sin dilaciones el imperio de la juridicidad, comprometida por la existencia de un acto afectado de tal vicio y que, por esa razón, no posee la estabilidad propia de los actos regulares ni puede generar válidamente derechos subjetivos de los particulares frente al orden público interesado en la vigencia de la legalidad"* (Fallos 304:898). Aún cuando el acto irregular haya quedado firme y generado derechos subjetivos que se comenzaron a cumplir, la Administración debe igualmente anularlo de oficio cuando se configuren algunos de los supuestos idóneos para disponer tal extinción con relación al acto regular; pues como lo ha reconocido la Corte (Fallos 321:169), las excepciones a la regla de la estabilidad del acto regular en sede administrativa, previstas en el art. 18 de la LNPA —entre ellas, el conocimiento del vicio por el interesado— son igualmente aplicables al supuesto contemplado en el art. 17, primera parte, de esa ley. 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 habrá más rigor para revocar un acto nulo que uno regular, cuya situación es considerada menos grave por la ley. Por lo demás, tales determinaciones son también válidas en el sistema de Derecho privado (ver CC, 1038, 1040 y cc., y, sobre todo, 1046).

En el mismo sentido, la Procuración del Tesoro de la Nación ha expresado que el acto administrativo afectado de nulidad absoluta debe ser revocado, pues la potestad que emerge del art. 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. La revocación del acto administrativo que adolece de algún vicio es una obligación de la Administración, en virtud de los principios de legalidad objetiva y de verdad material que deben imperar en el procedimiento administrativo (cf. Dictámenes: 183:275; 207:517; 215:189; 221:124; 235:326, entre otros).

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 (cf. Fallos 265:349).

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 solución cuando se trate de un acto nulo de

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

En este punto es dable señalar que SERVIPARK es una sociedad constituida al sólo fin de participar en la licitación, asociación que integran otras sociedades comerciales de relevante entidad, según se ha expresado por ella en la demanda y al comienzo del memorial de agravios. De tal manera, resulta aplicable, claramente, el deber de la especial diligencia que la doctrina y la jurisprudencia exigen al contratista con el Estado, de forma tal que al celebrar un contrato viciado en forma absoluta (art. 14, inc. b, LNPA) asume conscientemente el riesgo de su posterior declaración de nulidad tal como fuera recordado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el conocido caso “Stamei” (Fallos: 310:2278), sin poder desprenderse de las consecuencias disvaliosas de su intervención voluntaria en un acto carente de legitimidad. Como recientemente expresara la Corte en los contratos administrativos *“rige la máxima formulada por el Tribunal acerca de que ‘...la magnitud de los intereses en juego le impone actuar de modo tal de prever cualquier eventualidad que pudiese incidir negativamente en el resultado económico del contrato (art. 512 del Código Civil y doctrina de Fallos: 300:273) (Fallos: 324:4199, considerando 7º), adoptando a ese efecto las diligencias apropiadas que exijan las circunstancias de persona, tiempo y lugar y si la oferente incurrió en error en la interpretación de las cláusulas contractuales —o sobre la competencia del funcionario estatal contratante o sobre la existencia del decreto de adjudicación y aprobación de la licitación, agrego por mi parte—, éste provendría de un acto propio que impide su invocación (argumento del art. 929 Código Civil) (Fallos 303:323)”* (in re: “Aguas Argentinas S.A. c/ Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios”, sentencia del 17 de abril de 2007, publicado en el Suplemento de Derecho administrativo del mes de agosto de 2007, diario La Ley).

b) Un segundo orden de agravios contra la sentencia, referidos al decreto n° 2177/94, se funda en el incumplimiento de la ley n° 19.549 (sexto agravio), motivo que ha merecido mayor desarrollo por el recurrente (fs. 1413/1417), aunque con planteos que, como lo expresa la Procuración General en su respuesta, reiteran los desarrollados ante las instancias anteriores y no constituyen tan siquiera una crítica razonada y concreta sobre los fundamentos de la sentencia. Sin perjuicio de ello, el cuestionamiento a la afectación a su derecho de defensa en el procedimiento que dio lugar a la revocación del documento suscripto el 29/11/1991 merece que detalle ciertas consideraciones.

Es claro que la participación del administrado se canaliza mediante el debido proceso adjetivo, establecido en el art. 1º, inc. f, de la Ley nacional de procedimientos administrativos, que, para cierta doctrina, constituye la reglamentación para el procedimiento administrativo de la garantía de defensa consagrada por el art. 18 de la CN: “...Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos...”. Sin embargo, como lo ha señalado

la Corte Suprema de Justicia de la Nación la posible afectación en sede administrativa del debido proceso adjetivo es subsanable en sede judicial — e incluso en la propia sede administrativa, a través de las instancias de control recursivo de los actos—; si ante los tribunales el particular cuenta con la ocasión de ejercer la defensa de sus derechos y articular todas las cuestiones que considere eficaces a tal fin, el eventual defecto se subsana (Fallos: 273:134; 301:410; 306:467; entre otros).

La lectura de este juicio pone en evidencia el respeto por los criterios señalados por la CSJN, pues SERVIPARK ha podido ejercer en forma amplia su defensa y plantear ante los diversos tribunales e instancias cuanto consideró pertinente, tanto en materia de hechos, como desde el punto de vista jurídico; el actor pudo, entonces, argumentar, probar, alegar y recurrir, y obtuvo ya en dos instancias pronunciamientos referidos a la situación que defiende. En otros términos, cualquiera que fuera el trámite que se considere debió darse en forma previa a dictarse el decreto n° 2177/94 (y los defectos que para él se señala: falta de audiencia, de dictamen jurídico previo, etcétera) ha sido subsanado con creces por el procedimiento judicial extenso que por su demanda se instauró y, además, SERVIPARK no revela ni verifica de qué manera el cumplimiento de tales actos hubiera modificado el contenido de la decisión administrativa, como tampoco que esos defectos hubieran afectado su posterior defensa en sede judicial, donde, finalmente, se adopta la decisión que define la suerte de los derechos que esgrime.

Como lo ha sostenido el Tribunal en precedentes, “[e]l principio teleológico de las nulidades indica que la afectación a la defensa efectiva de los derechos e intereses ‘marca la frontera a partir de la cual se produce una efectiva incidencia del vicio formal sobre la invalidez del acto’, en palabras del Tribunal Supremo español (sentencia del 6/2/85, citada por Juan Alfonso Santamaría Pastor y Luciano Parejo Alfonso, *Derecho Administrativo – la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, p.362, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, primera reimposición, 1992, España”, citada in re: “Galerías Pacífico S.A. s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Galerías Pacífico S.A. c/ G.C.B.A. s/ otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apelaciones’”, expte. n° 3901/05, sentencia del 10 de agosto de 2005).

10. Aunque el décimo agravio parece dirigido a criticar “una errónea interpretación del art. 51 del Pliego de Bases y Condiciones Generales”, tal como textualmente se enuncia al comienzo (fs. 1423), la conclusión a la que SERVIPARK arriba no se vincula para nada con esa interpretación. Pocas líneas más adelante el recurrente afirma, como corolario que “No surge, contrariamente a lo manifestado en la sentencia, que el decreto debe ser aportado por el particular, no incluido entre los documentos suscriptos en el momento de la firma del contrato”.

En verdad, y nuevamente, SERVIPARK pretende restar trascendencia a la necesidad del acto administrativo de adjudicación de la concesión y

aprobación de la licitación (el mentado y no acreditado decreto n° 4897/91), cuestión sobre la que ya me he expedido, en sentido adverso a sus argumentos, en el punto 6 de este voto, al que me remito.

11. Me resta considerar la invocación de la doctrina de los propios actos que invoca la recurrente para descalificar la revocatoria de la Administración (primer agravio).

Para interpretarlo en su contexto, creo menester destacar que el resumen del caso, que desarrolla el actor en el punto I de su memorial (fs. 1406), indica que ocurrieron los siguientes actos y hechos: el llamado a licitación, la constitución de la sociedad para participar en ella, la suscripción del contrato, la entrega del terreno, la contratación del seguro de caución, etcétera. Sin embargo, el resumen omite señalar que entre la apertura de la licitación y la suscripción del contrato, existe, al menos, un acto esencial e ineludible: la adjudicación.

Hecha esta salvedad, se advierte que el agravio que pretende justificar la validez del contrato por la actuación previa y posterior a él, llevada a cabo por las partes, es tan sólo una argucia. La recurrente insiste en la existencia de un expediente administrativo (n° 60.908/91) que abarca *“[t]anto el proceso licitatorio, como las presentaciones y evaluaciones de las ofertas y las contingencias consecuentes a la realización de las obras”*, del cual emerge que se *“presume legitimidad”* y que contiene *“una gran cantidad de actos administrativos (...) los que adquieren presunción de legitimidad, salvo que su nulidad hubiera sido declarada por autoridad competente”*; agrega que *“durante casi tres años, no hubo un solo cuestionamiento a la vigencia del mismo [contrato]”* y que *“al pretender tardíamente declarar la nulidad del contrato, viola principios elementales de buena fe y la teoría de los actos propios”*.

Ya he señalado que la revocación de un contrato viciado de nulidad absoluta por afectación de sus elementos esenciales (procedimiento previo y competencia del órgano) resulta no sólo admitido sino imperativo para la Administración. La declaración de invalidez del contrato por la existencia de vicios no sólo conocidos por el contratante, sino también consentidos por él, quien —por tratarse de una sociedad integrada por otras firmas contratistas del Estado— no podía desconocerlos, nada expresa en contrario de las reglas de la buena fe y sobre su corolario, la prohibición de venir contra los actos propios jurídicamente relevantes.

Es sabido que esta doctrina —como fue recordado por el juez José Osvaldo Casás en su voto en la causa *“Partido Justicialista c/ Partido de la Generación Intermedia s/ prohibición de uso de nombre”*, expte. n° 511/00, sentencia del 9/8/01 (cf. este Tribunal, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJ], Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, t. III, ps. 433 y ss.)—, cuyo principio fue receptado tempranamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa *“Don Francisco Arigós contra D. Francisco Villanueva, por cobro ejecutivo de pesos”*, publicada en *Fallos*: 7:138, establece la regla

según la cual a “nadie le es lícito venir contra sus propios actos” y se vincula a la necesidad de dotar de seguridad a los negocios jurídicos y a la necesidad de impedir *el obrar en contradicción con actos válidos*, realizados por el mismo sujeto de derecho, de manera de incurrir en una incoherencia que desorienta a la parte contraria o, judicialmente, al contradictor y al Tribunal” (ver el voto conjunto que emití con la jueza Alicia E. C. Ruiz, *in re "Partido Justicialista y otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (Legislatura)"*, expte. N° 50/99, sentencia del 14/7/99, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJ], Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, t. I, ps. 155 y siguientes).

Consecuentemente, considero que el alcance de la regla debe limitarse —en el caso particular y en atención a las circunstancias señaladas a lo largo de este voto— a prohibir la contradicción con actos propios anteriores válidamente practicados, situación, que, según se ha señalado repetidamente, resulta precisamente la contraria de aquella esgrimida como argumento por el actor y, por ello, no se vincula para nada con la que se presenta en estos autos.

Es claro, además, que SERVIPARK, que demanda reglas de buena fe (según las entiende) no obró ella misma de buena fe en la contratación anulada, pues la buena fe es incompatible no sólo con la torpeza, ligereza o negligencia que demandaba el cuidado necesario acerca de que la contratación con el Estado se celebrara regularmente, sino que, al menos temporalmente, lo es también desde el momento en que advirtió los vicios que la afectaban, según aquí ha sido ya indicado.

12. Con arreglo a la conocida jurisprudencia de la Corte, igualmente aplicable a los recursos por ante este Tribunal, la mera reedición por las partes de los argumentos vertidos en las instancias anteriores, no constituye una crítica concreta y razonada del pronunciamiento recurrido (Fallos: 288:108; 289:329; entre muchos otros). Tal es, por lo demás, la exigencia establecida en el art. 236, CCAyT.

En ese sentido, los agravios séptimo y octavo del memorial de SERVIPARK reiteran argumentos planteados ante la Cámara en contra de la sentencia de primera instancia, pero que no resultan atinentes a los fundamentos de la decisión del tribunal de alzada. Puede observarse que, aunque en el encabezamiento del agravio (fs. 1417) se exprese “*La sentencia de Cámara omite considerar fundadas refutaciones al fallo de primera instancia*”, a renglón seguido se imputa a la decisión de la Sala I realizar “*consideraciones equivocadas*” respecto de una serie de cuestiones, que en verdad no han sido mencionadas en la sentencia cuestionada.

De tal manera, al no haber expresado la recurrente la trascendencia de las “omisiones” que atribuye al fallo de Cámara, ni referido los agravios a aquello que efectivamente fue resuelto por ese tribunal, tales planteos no pueden ser admitidos.

En cuanto al noveno agravio, en tanto se vincula con los alcances de la reparación reclamada —que, por lo expuesto en este voto, debe ser rechazada—, no resulta pertinente consideración alguna.

13. Por las razones que he expresado propongo al acuerdo, en este punto, que se rechace el recurso ordinario de apelación planteado por Servipark S.A., con costas.

Apelación de INCO

14. Los agravios expresados a fs. 1475/1497 vuelta por INCO se relacionan con diversos aspectos de la sentencia, y serán expuestos del siguiente modo:

A. Pretensión contra el GCBA

a) La sentencia no analiza en forma separada la pretensión de INCO, esto es, sin relación a la de SERVIPARK. INCO fue gravemente perjudicada por haber sido acumulada su causa a la de SERVIPARK; ello impidió analizar en forma independiente ambas pretensiones, las que, si bien pueden considerarse conexas en cuanto involucran un mismo contrato de concesión de obra pública, son, en verdad, totalmente distintas en relación a sus fundamentos.

b) INCO considera que sus perjuicios no tienen origen en las irregularidades en el procedimiento de contratación a que se refiere la sentencia, advertidas por la MCBA mediante el decreto n° 2177/94, sino en la demora y posterior negación de la comuna para disponer la clausura de las calles Viamonte y Suipacha, según estaba previsto en el contrato (fs. 1479vuelta/1480). En tal sentido, INCO afirma que el hecho de daño que atribuye a la ex MCBA, y en el cual funda su acción, no es la ilegalidad del decreto. n° 2177/94, sino, antes bien, la decisión de la ex MCBA de no autorizar el cierre de las arterias citadas al tránsito vehicular. Su reclamo consiste en no haber tenido sentencia de primera instancia y en que la Cámara omitió toda referencia al hecho de daño en el cual se funda su acción.

c) INCO desconocía las irregularidades que reconoce la sentencia de primera instancia y, como tercero de buena fe en relación a ellas, atribuye responsabilidad a la ex MCBA (y a PROCONS y SERVIPARK) por los daños sufridos (fs. 1487 vuelta).

d) Es falsa la causa invocada en el decreto n° 2177/94 en cuanto se refiere a defectos en los trabajos que ocasionarían peligros a personas y bienes, según se ha probado con el peritaje de ingeniería (fs. 1489 vuelta) y,

precisamente sólo por ello, INCO demandó la nulidad del decreto únicamente por ese aspecto, sin que la ampliación de demanda modifique el hecho de daño generador de responsabilidad, atribuible a la ex MCBA: la ilicitud de la demora y la negación final posterior relativa a la clausura del tránsito de vehículos antes detallado (fs. 1492).

e) El GCBA no niega su responsabilidad extracontractual, a la vista de su propia conducta de no cerrar el tránsito (fs. 1491).

B. Pretensión contra PROCONS

f) El rechazo de la demanda contra PROCONS, fundado en que la frustración del contrato celebrado entre ambas firmas se habría extinguido al devenir física y jurídicamente imposible por causas no imputables a la comitente (PROCONS), no ha tenido en consideración que SERVIPARK (contratista de la ex MCBA) y PROCONS (comitente de INCO) presentan una identidad innegable, que resulta evidente por el hecho de que el Sr. Garín, vicepresidente segundo de SERVIPARK era, también, Presidente de PROCONS, y fue quien suscribió, en tal carácter, el pliego particular y general de bases y condiciones del contrato celebrado entre PROCONS e INCO. También Garín contestó, en representación de SERVIPARK, la demanda incoada por INCO. De tal manera, PROCONS no era ajena a las causas que condujeron a la frustración de la relación entre la ex MCBA y SERVIPARK, y a la declaración de nulidad del convenio suscripto entre ellos.

g) No se valoró la responsabilidad de PROCONS en relación a los perjuicios sufridos por INCO por la paralización y posterior relleno de la obra. INCO informó a PROCONS y SERVIPARK acerca de los daños que causaba tal paralización y, sin embargo, PROCONS nunca le comunicó a INCO las gestiones realizadas con la ex MCBA y/o con SERVIPARK, en relación con esta cuestión.

h) INCO considera que acreditó los conceptos reclamados que corresponden, en su mayoría, a los perjuicios por:

-a) la falta de pago de trabajos realizados y

-b) los gastos y costos como consecuencia de la paralización de la obra. Así: certificados no facturados por no haber sido aprobados, obrador no devuelto y trabajos hechos y no abonados. La sentencia omite la condena a su pago.

C. Pretensión contra SERVIPARK y la MCBA

i) la sentencia del 23/02/06 considera que la acción del art. 1645 CC debe ser interpretada en forma restrictiva y que la sola invocación realizada

a fs. 489 no resulta suficientemente idónea. Frente a ello, INCO sostiene que su parte ofreció oportunamente una medida preliminar para determinar la “demandabilidad” de la MCBA y SERVIPARK que le fue rechazada. Ante ello, su parte ejerció la acción directa del art. 1645, Cód. Civ. y en subrogación de los derechos de PROCONS contra SERVIPARK y la MCBA. Si no se cuestionó la diligencia y buena fe de INCO, no puede rechazarse la acción con costas.

j) El rechazo de la acción de SERVIPARK tiene base, fundamentalmente, en el conocimiento que esta sociedad tenía (al igual que PROCONS) acerca de las irregularidades del convenio dejado sin efecto; estas irregularidades no eran conocidas ni someramente por INCO, extraño a ellas.

k) La sentencia rechazó la acción subrogatoria en contra de SERVIPARK y de la MCBA, porque no se habría acreditado la inacción del deudor subrogado (PROCONS). Sin embargo, esa afirmación carece de fundamento, pues en ningún momento se verificó que PROCONS tan sólo intentara hacer valer sus derechos.

l) No existieron defectos en la ejecución de los trabajos que pudieran haber puesto en peligro la seguridad de los bienes o de las personas.

D. Irracionalidad manifiesta en la imposición total de costas.

II) INCO afirma que, en tanto la sentencia de segunda instancia hizo lugar al recurso de nulidad planteado contra la “no sentencia” de primera instancia —al reconocer que no hubo sentencia de grado respecto de su demanda—, no correspondía cargarle las costas como lo hace la sentencia impugnada (fs. 1493).

E. Prueba del daño.

m) INCO analiza el informe del consultor técnico de parte (ingeniero), remarca que no ha sido impugnado por las codemandadas, y refiere a la pericia contable la prueba del importe de los gastos realizados y de los daños probados (fs. 1496/1497).

15. La Procuración General contestó el memorial de agravios (fs. 1502/1505 vuelta):

a) El GCBA no es responsable de perjuicio alguno ocasionado a INCO en razón que no existió relación contractual alguna con la empresa actora.

b) La empresa no puede alegar desconocimiento de las irregularidades de la contratación.

c) INCO fue un simple tercero extraño y ajeno a la relación contractual; por ello, no puede alegar la calidad de subcontratista ya que la ex MCBA nunca fue notificada de esta nueva relación contractual, ni consintió esa subcontratación.

d) La negación al corte de las calles no puede ser esgrimido por INCO, pues esas eran obligaciones establecidas en relación con las partes contratantes y, por tanto, no eran obligaciones respecto de terceros ajenos al contrato originario.

e) La demanda inicial dirigida contra PROCONS por resarcimiento de daños y perjuicios, al frustrarse el contrato, fue luego ampliada contra el GCBA; los daños y la causa de ellos invocados por INCO coinciden con el objeto de la pretensión y causa alegada por SERVIPARK, de manera tal que no hay diferenciación entre ambas demandas; rechazada una, cae la otra.

f) Los importes reclamados a PROCONS no surgen de la prueba de peritos de ingeniería, la que, por lo contrario, da cuenta de la imposibilidad de obtener los datos para cuantificarlos.

g) Son oponibles a INCO las irregularidades del procedimiento de selección y contratación que motivó la revocación de la concesión.

h) La Procuración se opone a la eximición de costas solicitada por INCO.

i) La actora pretende amparar su derecho al pago de supuestos daños sobre la base invalorable del informe de su propio consultor técnico.

16. SERVIPARK también contestó el recurso de INCO (fs. 1506/1507 vuelta):

a) los perjuicios sufridos por INCO tienen íntima relación con los de SERVIPARK y la única responsable es la ex MCBA e INCO no es la única perjudicada por la frustración del contrato.

b) SERVIPARK no conoció la existencia de las irregularidades que se señalan en el decreto 2177/94.

17. Aunque la exposición de INCO en su memorial resulta algo contradictoria y sumamente confusa, surge claramente del legajo que luego de dirigir su acción contra su comitente, PROCONS, amplió su demanda y la

dirigió contra SERVIPARK y contra el GCBA (fs. 489/90 y 566/567 vuelta, de los autos "INCO").

En cuanto se refiere al GCBA las pretensiones de INCO se dirigieron a reclamar los daños y perjuicios ocasionados por la frustración del contrato que celebrara con PROCONS, para lo cual invocó la acción directa y subrogatoria del art. 1645, Cód. Civil. Si bien la demanda originaria se inició antes de la sanción del decreto n° 2177/94, luego de esa sanción ofreció la ampliación de fs. 566/567 vta., por la que impugnó la validez del decreto. Ahora, en cambio, INCO afirma que el hecho de daño atribuido a la ex MCBA, en el cual funda su acción, no es la ilegalidad del decreto n° 2177/94, sino, antes bien, la decisión de la ex MCBA de no autorizar la clausura del tránsito de vehículos por las arterias citadas. Por tal razón, nada cabe expresar en relación con la impugnación que efectuara, oportunamente, del decreto. A ese respecto, su posición actual conlleva el desistimiento de esa impugnación, que deberá ser rechazada, con imposición de costas, toda vez que el carácter ambiguo de sus expresiones justificaron que la Procuración General contestara el recurso por el GCBA .

18. He sostenido, en el capítulo precedente, que el GCBA nada debe a SERVIPARK como consecuencia de la declaración de nulidad del contrato. Por ello he votado por rechazar el recurso de SERVIPARK, con lo que queda en pie la sentencia que rechazó su demanda. En consecuencia, la acción subrogatoria intentada en contra del GCBA y de SERVIPARK carece de sustento, pues no existen créditos de SERVIPARK contra el GCBA que INCO pudiera intentar percibir en lugar de quien ella considera su deudor negligente. Igual consecuencia opera respecto de la acción directa del art. 1645 Cod. Civil. Para la procedencia de ambas es condición ineludible que exista un crédito pendiente de cobro, que en este caso no se presenta. En suma, resulta correcto jurídicamente el fallo recurrido en cuanto afirma: *"Finalmente, lo cual resulta aplicable a ambas acciones, no se ha verificado en estos autos que Servipark S.A. o el GCBA le adeuden suma alguna a Procons S.A."*, y ello conduce a rechazar la demanda en este aspecto.

19. Mas INCO afirma que la responsabilidad del Estado local proviene de no haber efectuado la clausura oportuna del tránsito vehicular, tal como estaba convenido en el contrato de concesión celebrado entre SERVIPARK y la ex MCBA. Con corrección, la Procuración ha señalado que no existe obligación contractual alguna del Estado con INCO, en razón de que la empresa actora fue un tercero extraño y ajeno a la relación contractual de la ex MCBA con SERVIPARK, al menos desde el punto de vista de quien concedió la obra y la explotación y no autorizó la subcontratación. Así, la Procuración de la Ciudad tampoco le reconoce la condición de subcontratista, pues la ex MCBA nunca fue notificada sobre este nuevo contrato, ni consintió la subcontratación. En suma, la negación del Gobierno a cortar la circulación vehicular en las calles aledañas a la obra y de cerrar

los accesos a ciertas dependencias municipales no puede ser esgrimida por INCO para fundar su reclamo pues eran obligaciones establecidas en relación con las partes contratantes y, por lo tanto, no eran deberes respecto de terceros ajenos al contrato. Conviene recordar el principio general contenido en el art. 1199 del Código Civil, según el cual los contratos no pueden oponerse a terceros ni invocarse por ellos.

20. Ante este argumento, INCO pretende que el GCBA “*no niega la procedencia del reclamo desde el punto de vista de la responsabilidad extracontractual que le cabe por la ilegalidad de su propia conducta*” (fs. 1491). Se trata, en verdad, de una posición desacertada. Cerrada la posibilidad de demandar por responsabilidad contractual al GCBA, se postula ahora, su responsabilidad *extracontractual*.

Sin embargo, para que ella pudiera ser considerada, INCO debió invocar (y acreditar, si fuera el caso) la existencia de un deber del Gobierno —cuya fuente no fuera el contrato— de clausurar el tránsito vehicular en las arterias citadas, cuya omisión pudiera generar el derecho a reclamar su cumplimiento (o la responsabilidad patrimonial por su incumplimiento) por quienes fueran portadores de ese derecho (la otra cara del deber o de la obligación). Sin embargo, INCO no ha invocado la existencia de norma alguna que establezca ese deber, y por ende, su correlativo derecho. De allí que la mentada “responsabilidad extracontractual” carece de un presupuesto básico para su procedencia: la existencia de una acción u omisión *antijurídica* que lo afecte. Por ende, también a este respecto, la demanda será rechazada, con costas a la vencida.

21. Queda en pié valorar la demanda de INCO contra PROCONS.

El Fiscal General Adjunto considera, en su dictamen, que los tribunales de mérito de la Ciudad no resultaban competentes para decidir esta controversia por tratarse de un asunto entre dos empresas privadas (fs. 1522).

Aunque lo afirmado por el Ministerio Público Fiscal es, en principio, correcto, en el caso corresponde hacer excepción a dicho principio toda vez que las circunstancias de la causa indican: a) que se trata de una demanda iniciada hace ya más de 13 años; b) que transitó por tres fueros (comercial, civil y contencioso administrativo); c) que la acumulación de procesos se encuentra firme; y d) que las partes en sus recursos ante el Tribunal han consentido su intervención. Si ahora se privilegiara la decisión de competencia, y se diera vuelta atrás sobre este punto, se sometería a la actora a una situación que lindaría con la privación de justicia, situación que, entiendo, debe ser evitada.

22. La sentencia de Cámara consideró “... *la relación contractual entablada entre INCO S.A. y PROCONS S.A. se ha extinguido, por razones ajenas a las partes. En efecto, nuestro Código Civil (...) para el caso*

específico de la locación de obra, el art. 1642 prevé que '[p]uede resolverse el contrato por el locatario, o por el empresario, cuando sobreviene a éste imposibilidad de hacer o de concluir la obra. En este caso el empresario es pagado por lo que ha hecho'. (...) En el sub judice, la empresa constructora INCO CONSTRUCCIONES S.A. contrató con PROCONS S.A. a fin de que la primera realizara una determinada obra; respecto de esta relación jurídica, el vínculo contractual entre SERVIPARK S.A. y la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires es extraño e independiente, y por ende, las contingencias ocurridas entre estas últimas configuran para PROCONS S.A. e INCO S.A. un casus (...). Siendo ello así, estimo que INCO CONSTRUCCIONES S.A. no pudo continuar con la obra por razones extrañas a su voluntad y —cabe agregar— también a la contraparte. (...) las razones de tal imposibilidad no serían imputables a PROCONS S.A., sino a las vicisitudes de la relación entre la MCBA y SERVIPARK S.A.”.

Seguidamente, el fallo considera que, por aplicación del art. 1642 del Cod. Civil corresponde “*que eventualmente se le pague a INCO CONSTRUCCIONES S.A. por los trabajos en concreto realizados (...) es decir, en virtud de los trabajos efectivamente realizados por INCO CONSTRUCCIONES S.A. hasta el momento de la imposibilidad sobreviniente de pago*”.

Por último considera que INCO “*no ha buscado ni logrado verificar la existencia de suma impaga que esta última debería a la actora. Siendo ello así, estimo que la demanda de INCO S.A. entablada contra PROCONS S.A. ha de ser desestimada, con costas (arg. art. 301 CCAyT)*”.

23. INCO afirma que el fallo es erróneo por cuanto existe una íntima vinculación entre PROCONS y SERVIPARK, que impide considerar a aquella como ajena “*a las vicisitudes de la relación entre la MCBA y SERVIPARK S.A.*”. PROCONS, por su parte, no contestó el recurso, por lo que nada ha objetado a esa afirmación. Como se verá, entiendo que le asiste razón al recurrente.

Aunque formalmente las partes del contrato fueron MCBA y SERVIPARK, la documentación aportada al juicio y el propio memorial de agravios de SERVIPARK da cuenta de que esa sociedad se constituyó con el fin de participar en la licitación y tiene entre sus socios a PROCONS. Se ha señalado con corrección en el recurso de INCO cómo cierta persona (el Sr. Garín) actuaba como directivo y representante de ambas sociedades. En efecto, los poderes de representación que SERVIPARK diera a sus sucesivos abogados, fueron otorgados por el Sr. Garín (fs. 590, 650, 675, 992); quien, en representación de PROCONS, signó el pliego de bases y condiciones del contrato entre ésta e INCO (fs. 615/639).

No se discute en el caso que SERVIPARK (integrada, entre otros socios, por PROCONS como surge del contrato de constitución de la sociedad agregado a fs. 508/518 vuelta del expte. “INCO”) subcontrató con PROCONS (su socio), la realización de ciertas obras, y que esta, a su vez,

subcontrató con INCO determinados trabajos que integraban el objeto de la obra licitada.

Si nos atenemos a lo aparente, la sentencia es correcta en cuanto afirma que PROCONS era ajena a las vicisitudes del contrato entre SERVIPARK y el GCBA. Empero, con una mirada —incluso de escasa profundidad— puesta en la realidad de lo acontecido, la conclusión es otra distinta. En efecto, el testigo Francisco Daniel Muratore, quien se desempeñó como jefe de obra, al ser interrogado sobre quién supervisaba la ejecución de los trabajos y de quién dependían o a quién representaban (pregunta 19, pliego de fs. 935 y vuelta) quien o quienes así obraban, da cuenta de que el Ingeniero Syldergemein “*representaba a Procons y a Servipark, firmaba las ordenes de servicio de Procons y también había comunicación de Servipark firmada por él*” (fs. 936 vuelta). El testigo Arnaldo Roberto Potalivo, quien se desempeñaba como Gerente Técnico de PROCONS, declaró que esa empresa “*era integrante de Servipark, y ésta había ganado la concesión para la construcción de la playa de estacionamiento, que Servipark era una UTE, unión de empresas que estaba integrada por varias empresas...*” (fs. 989). Además, el Ing. Potalivo (reitero, gerente técnico de PROCONS) firmó el acta de entrega de terreno y comienzo de obra en representación de SERVIPARK (fs. 16).

Si la tarea de los jueces debe dirigirse a brindar la necesaria preferencia a la razón de ser del Derecho sobre el ritualismo jurídico-formal, esa razón indica, en el caso, que INCO, que no participó en la negociación (finalmente invalidada) entre el Gobierno y SERVIPARK, no se debe ver afectado por las irregularidades del procedimiento licitatorio, bajo el mero mecanismo de indicar que su subcontratación no fue celebrada con SERVIPARK, sino con una de las sociedades que integraban esa razón social, PROCONS. Repárese, además, que la razón social SERVIPARK sólo existe en relación a este negocio, esto es, por la duración de la concesiones de las que resultare adjudicataria, y para ese solo objeto. En consecuencia, PROCONS pudo efectuar esa encomienda a INCO, por haber, antes, resultado ella subcontratista de la sociedad que integraba, SERVIPARK, o, si se quiere, a su vez por encomienda de esta última en el seno de la sociedad.

Nada en la causa permite afirmar que INCO conociera los vicios de la contratación entre SERVIPARK y el Estado local. Por lo contrario, todo indica que PROCONS debió conocer las irregularidades, en tanto —como ya se dijo— en su calidad de sociedad participante contaba con atribuciones para informarse y controlar el desempeño de SERVIPARK (ver el voto del juez Luis F. Lozano en los autos “*Auditoria General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ Coordinación Ecológica Área Metropolitana Sociedad del Estado (CEAMSE) s/ acción meramente declarativa*”, expte. n° 3944/05, sentencia del 2 de mayo de 2007), que, conviene reiterar, fue creada al sólo fin de participar en estas licitaciones. La diligencia normal de un buen hombre de negocios, que debía aplicar PROCONS a sus asuntos, justifica

que se le atribuya el conocimiento efectivo, o la negligencia en su deber de informarse, sobre el modo en que se obtuvo la concesión en la que ella participaba a través de SERVIPARK. La traslación del riesgo empresario efectuada por el conjunto SERVIPARK/PROCONS a INCO —quien, como se verá, renunció a la percepción de lucro cesante en caso de rescisión del contrato— justifica que resulte exigible a aquellas una mayor diligencia y lealtad hacia la subcontratista, para evitar que resulte perjudicada en la construcción de una obra fundada en un contrato destinado a fenecer por los graves vicios que lo afectaban (art. 1198, Cód. Civil).

En consecuencia, le asiste razón a INCO cuando atribuye a PROCONS la culpa en la frustración del contrato de sublocación de obra que celebraran y su demanda de daños y perjuicios debe prosperar.

24. INCO ha considerado resuelto el contrato por culpa de PROCONS y le demanda el pago de daños y perjuicios con fundamento en dos normas: los arts. 1204 y 1638. Según la primera norma, el acreedor tendrá derecho “*al resarcimiento de los daños y perjuicios*” (art. 1204, segundo párrafo, *in fine*). Por el 1638, regla específica para el contrato de locación de obra, si el dueño desiste de la obra debe indemnizar al locador “*todos sus gastos, trabajos y utilidad que pudiera obtener por el contrato*”, aunque permite a los jueces “*reducir equitativamente la utilidad a reconocer si la aplicación estricta de la norma condujera a una notoria injusticia*”. Sin embargo, se ha señalado que “*no debe confundirse la facultad de desistimiento que el art. 1638 acuerda al locatario, con la resolución del contrato por culpa del dueño, cuyas consecuencias se rigen por los principios establecidos en los arts. 511 y 519 a 522 del Cód. Civil, y no contienen la limitación que en el art. 1638 introdujo la ley 17.711*” (Augusto C. Belluscio, Director, Eduardo A. Zannoni, Coordinador, “*Código Civil y leyes complementarias – Comentado, Anotado y Concordado*”, t. 8, ps. 173 y 174, Astrea, 1999; que en la nota 44 citan doctrina a favor y en contra de esta posición).

La determinación de los hechos que he efectuado en los puntos anteriores, la conducta procesal de las partes durante el juicio (adviértase que PROCONS fue declarada negligente en la producción de la prueba que ofreciera, fs. 1163, y que no contestó el memorial de agravios de la apelación de INCO que ahora se decide) permiten afirmar que la frustración del contrato es imputable a culpa de PROCONS, culpa que ella debe resarcir, esto es, está obligada hacia INCO por los perjuicios que esta última sufrió, con el alcance que se establecerá a continuación.

25. En atención a que la sentencia de primera instancia no trató la demanda de INCO, no ponderó la prueba producida en relación a los daños y perjuicios reclamados por la actora. Tampoco tuvo en cuenta las defensas planteadas por PROCONS

A su vez, el fallo de Cámara, al subsumir el caso en el art. 1642, sostuvo que correspondería el pago “por lo que ha hecho” la actora. Sin

embargo entendió que en tanto “*lo que ha perseguido la actora en todo momento es la indemnización integral por daños y perjuicios derivados de la frustración del contrato suscrito con PROCONS S.A. no se ha acreditado en estos autos el monto que la codemandada PROCONS S.A. le debería a la actora ‘por lo que ha hecho’ (cfr. art. 1642 cód. civ.), es decir, en virtud de los trabajos efectivamente realizados por INCO CONSTRUCCIONES S.A. hasta el momento de la imposibilidad sobreviniente de pago*”. Es decir, la Sala sólo consideró que la prueba producida no acreditó aquello efectivamente realizado por la parte actora, y nada más dijo respecto de los demás perjuicios resarcibles.

Admitido el recurso de apelación ordinario de la parte actora, su efecto devolutivo autoriza al Tribunal (como tribunal *ad quem*) a considerar las defensas planteadas por PROCONS, pues ella, en tanto resultó vencedora en las dos instancias anteriores no tuvo legitimación para apelar la sentencia y exigir el análisis de sus planteos. El alcance de la jurisdicción con que el recurso habilita al Tribunal y el principio de igualdad de las partes (art. 27, inc. 5, c, CCAyT) imponen, ahora, revisar en plenitud los argumentos de ambas partes, aunque ceñidos a los agravios que habilitan la instancia.

La primera defensa de PROCONS, que, de ser admitida, tornaría innecesaria cualquier otra consideración, consistió en negar que INCO hubiera “*cumplido en tiempo y forma con las estipulaciones contractuales*” (fs. 641). La negativa ha sido contrarrestada con la prueba producida. En efecto, al absolver posiciones el representante legal de PROCONS admitió como cierto, al contestar las posiciones decimoséptima y decimooctava (fs. 733), que INCO ejecutó las obras de acuerdo con el convenio suscrito entre ambas firmas y al proyecto aprobado por la ex MCBA (fs. 735 y vuelta), declaración que coincide con las restantes testimoniales practicadas, y que por provenir de la propia demandada, deja sin sustento a su defensa en este punto. Probado el cumplimiento por INCO de las obligaciones a su cargo, deben ponderarse los restantes agravios de ambas partes.

26. El actor ha desarrollado agravios vinculados con la eficacia de las pruebas producidas y considera que ha justificado el importe reclamado. PROCONS, por su lado —como ya se dijo—, no contestó el recurso; sin embargo, tal posición procesal —de hecho— no debe ser interpretada como un allanamiento frente a él. Precisaré cuáles fueron los conceptos reclamados por el actor en su demanda (fs. 211 vuelta/212), cuyo importe total, expresó, “*no resulta posible evaluar con precisión en la presente [demanda], sino en forma estimativa a los fines de cumplir con el art. 330, inc. 3° del Ritual, en la suma de \$ 300.000.- o lo que en más o en menos resulte de la prueba a producir en autos*”. En cuanto a los rubros reclamados, consignó:

a) *Gastos de obra no certificados*, que no fueron abonados “*a través de la certificación y pago de los trabajos ejecutados a la fecha del distracto*”.

Se incluyen (...) los costos de vigilancia y seguridad, costos administrativos, energía eléctrica del obrador, amortización de equipos, enseres y maquinarias adquiridos y/o afectados a la obra, seguros, personal mensualizado, capataz y representante técnico, gastos generales de empresa (oficina central, viáticos, teléfono, y otros) que se imputan al contrato durante el período de paralización de la obra hasta su revocación efectiva, materiales no incorporados a la obra, etc”.

b) *Costos financieros, y*

c) *Lucro cesante.*

La parte actora ha enfatizado el valor del informe de su consultor técnico, ingeniero, para considerar acreditados los perjuicios sobre los que se interrogó al experto en los puntos de pericia y señaló, reiteradamente, que el informe de su consultor no fue objetado por la contraria. Contrariamente a lo afirmado por el recurrente, PROCONS no tenía la carga de objetar el informe del consultor de parte, quien, de la misma forma que el letrado patrocinante, asisten a una de las partes brindando al tribunal sus conocimientos específicos en apoyo de la posición de su asistido. No se trata de un medio de prueba, practicado por quien asiste al tribunal en la búsqueda de la verdad bajo pautas de *imparcialidad*, sino precisamente, de la “voz” de una de las partes en una cuestión técnica y durante el desarrollo o acerca de un medio de prueba, la peritación. Por otra parte, no puede perderse de vista que el autor del informe, el Ingeniero Galluzi, es miembro del directorio de INCO, circunstancia que priva de objetividad a su intervención en esta causa como profesional de la ingeniería.

De tal forma, me ceñiré a la peritación —de ingeniería— practicada (fs. 1028 y ss), a la peritación contable (fs. 1120 y ss) y a sus aclaraciones posteriores, a las declaraciones testimoniales sobre el particular, a la documentación presentada y a lo expresado por las partes en sus escritos, en todo aquello que resulte relevante para la estimación y cuantificación de los daños y perjuicios.

27. Aun cuando las reglas del Código Civil admiten la reparación integral en caso de resolución por culpa de una de las partes, como fue expresado por PROCONS durante el proceso, el punto 10.2 del “Pliego Particular de Bases y Condiciones” del contrato celebrado entre INCO y PROCONS (fs. 615/639) estipulaba: ***“El contratista podrá rescindir el contrato por la siguiente causa: falta de cumplimiento con las formas de pago establecidas. / En tal caso tendrá derecho el contratista a una indemnización por los gastos improductivos que probara haber tenido, pero no podrá exigir el pago del beneficio que le hubiera correspondido sobre las obras no ejecutadas...”*** (énfasis mío, sin destacar en el original, fs. 638). De tal forma, INCO renunció al derecho a exigir el *“beneficio que le hubiera correspondido sobre las obras no ejecutadas”*, dicho de otro modo, al lucro cesante. En tanto la norma que estipula el pago del lucro cesante no es una disposición de orden público, las partes pudieron válidamente, por

convención, dejar de lado su aplicación en el acuerdo celebrado. El acuerdo de partes torna innecesario, a este respecto, considerar cuál fue el efectivo avance de la obra al momento de su paralización, ya que la determinación del remanente frustrado sólo tenía razón de ser para la indemnización del lucro cesante.

Por tal razón, el reclamo, en este punto, debe ser rechazado.

28. Reclama el actor el pago de “costos financieros”, vinculados con “los gastos de financiación que debió soportar la empresa como consecuencia de la obligación de afrontar el pago de los gastos” en que incurriera (fs. 212). Sin embargo, la peritación contable practicada sobre los libros y documentación de INCO concluye, en este punto, que: “De la contabilidad de la actora surge que **no ha tomado crédito en entidades financieras según surge de su balance al 31.12.1993**” (énfasis mío, sin destacar en el original, fs. 1121 vta). El informe no está contradicho por otras constancias del proceso y el valor probatorio de los libros de la sociedad surge de lo dispuesto por el art. 63, Cod. Com.

Como sucedió en el punto anterior, procede rechazar la demanda a este respecto, esta vez por motivos de hecho (valoración probatoria).

29. El capítulo que el actor denomina “gastos de obra no certificados” incluye créditos por conceptos variados que serán considerados en forma individual. Previamente, corresponde destacar que al enunciar tales créditos el actor afirma que se trata de “**todos los costos directos de la obra y la ejecución del contrato que debieron ser afrontados por la empresa y que no recibieron pago directo a través de la certificación y pago de los trabajos ejecutados a la fecha del distracto**” (énfasis mío, sin destacar en el original, fs. 211 vta/212). De su expresión se puede colegir que los trabajos ejecutados a la fecha del distracto ya habían sido abonados por PROCONS, conclusión que se ve ratificada por la peritación contable en cuanto afirma que “[e]n la contabilidad de la actora **no existen créditos impagos correspondientes a la obra en autos cuyo deudor sea PROCONS AMERICANA S.A.**” (fs. 1120, en negritas en el texto transcripto) y que “Procons S.A. no adeuda suma alguna por facturación de certificados de obras, aprobados” (fs. 1120 vuelta) Si bien el experto agrega que “[e]xiste documentación por certificados de obra, no facturados por no haber sido aprobados, y reclamos por intereses por la demora en el pago de los certificados facturados que se detallan en el Anexo 2” (fs. 1120), ellos no aparecen enunciados detalladamente entre los reclamos que formula el actor en su demanda (ver transcripción efectuada en el punto 26, a).

Pasaré a considerar los gastos reclamados sobre los que se ha rendido prueba:

a) *Costos de vigilancia y seguridad*. Si bien INCO reclama el pago del personal de vigilancia y seguridad, el pliego de bases ya mencionado atribuía a PROCONS la “posesión y vigilancia de la obra” (fs. 637). En la

prueba de absoluciones de posiciones del representante legal de INCO, Ingeniero Oscar María Galluzi, él expresa: “*los serenos existían pero no sabe quién era el que los remuneraba, Inco S.A. no pagaba a los serenos de apellido Galinsky*” (fs. 734 vuelta). De tal forma, la propia actora reconoce que los serenos, personal de seguridad, no eran remunerados por ella.

b) *Personal asalariado*. La peritación indica que, de acuerdo con los libros de la actora, los sueldos devengados y abonados por el período 01/02/93 hasta el 31/05/93, para el personal que trabajó en la obra, ascendieron a la suma de \$ 33.021,98 (fs. 1120 vuelta), suma que debe serle reconocida al actor como justa reparación.

c) *Obrador*. La rescisión del contrato, conllevó para INCO la imposibilidad de amortizar el gasto del obrador, que tampoco le fue reintegrado. En tanto el presupuesto aprobado por PROCONS reconocía un valor de \$ 20.811,40, INCO deberá ser indemnizada por un monto equivalente, justa reparación.

d) *Adquisición de maquinarias*. También quedó acreditado que INCO efectuó una erogación de \$ 51.700 para la adquisición de una maquina excavadora Hydromac H 75 HDS usada (ver informe peritación, fs. 1120 vuelta). Si bien numerosos testigos afirman que fueron utilizadas en la obra excavadoras, retro-excavadoras y camiones, el único dato cierto aportado por la prueba producida es el que indica la adquisición de la máquina citada. Empero, la peritación ya mencionada también informa que, durante el año 1993, la obra que motiva este juicio era una “de las 4 obras que la empresa tenía en ejecución”. No se acreditó de modo alguno si la máquina fue adquirida sólo a los fines de esta obra, o para la actividad general de la empresa. Los únicos datos ciertos resultantes de la prueba practicada no son suficientes para acreditar el perjuicio cuya reparación pretende INCO, pues la indemnización vinculada con el costo de adquisición de la máquina —bien que se incorporó al patrimonio y giro empresario de la actora— no puede estar constituido por el pago efectuado por su compra y no se cuenta con otros parámetros que permitan estimar, tan siquiera aproximadamente, el importe de la indemnización que pudiera corresponder por tal concepto.

En suma: sólo se ha acreditado, verosímilmente, que PROCONS adeuda a INCO la suma total de \$ 53.833,38 (pesos cincuenta y tres mil ochocientos treinta y tres, con treinta y ocho centavos) por la frustración culpable del contrato.

30. La suma adeudada devengará intereses a partir del 11 de mayo de 1993, fecha en la que la ex MCBA dispuso proceder a rellenar la excavación efectuada por INCO, momento desde el cual se tornó imposible la continuación de la obra.

En tanto la actora no ha establecido la tasa de interés que pretende aplicar al capital adeudado, ni su forma de capitalización, la demandada no ha tenido oportunidad de expresarse al respecto. Por tal razón, entiendo pertinente diferir a la etapa de ejecución la fijación de la tasa aplicable, para

que, previo el debido contradictorio sobre este punto, el *a quo* pueda arribar a una decisión “que resguarde el derecho de propiedad afectado por la desvaloración monetaria, que tenga en cuenta los usos adecuados del dinero como la naturaleza del crédito y del deudor, sin pasar por alto la necesidad del sacrificio compartido ante una crisis de profundidad inédita en el país” [voto del juez José Osvaldo Casás *in re “Droguería Americana c/ GCBA (Dir. Gral. de Rentas- Resolución 7346-1991) s/ recurso de apelación judicial c/ decisiones de DGR- s/ recurso de apelación ordinario concedido”, expte. n° 1898/02 y su acumulado “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado” en “Droguería Americana c/ GCBA (Dir. Gral. de Rentas-Resolución 7346-1991) s/ recurso de apelación judicial c/ decisiones de DGR”, expte. n° 1899/02, sentencia del 17 de noviembre de 2003].*

31. Finalmente, en cuanto a las costas del recurso y a las de las instancias anteriores —relativas tan sólo a la demanda INCO c/ PROCONS—, decisión que INCO también ha cuestionado, deben ser impuestas proporcionalmente, en virtud del resultado al que arriba esta sentencia —que admite parcialmente el recurso de apelación de la actora y condena a PROCONS—. Tales gastos del procedimiento judicial deben ser distribuidos proporcionalmente, por existir vencimientos mutuos y recíprocos (art. 62 CCAyT): cargará con el 80 % de las costas del juicio la sociedad recurrente por apelación y PROCONS con el 20 % de ellas.

32. Por lo expresado en los puntos precedentes propongo al acuerdo el dispositivo siguiente:

a) **Rechazar** el recurso de apelación ordinaria planteado por SERVIPARK y, en consecuencia, **confirmar** el fallo recurrido y el de primera instancia, en cuanto rechazaron la demanda contra el GCBA; con costas a la vencida (art. 62, CCAyT).

b) **Rechazar** la demanda de INCO contra el GCBA y contra SERVIPARK, y, por ende, **confirmar** también en este aspecto la sentencia recurrida, con costas.

c) **Hacer lugar** al recurso de apelación ordinaria planteado por INCO y, en mérito a ello, **revocar parcialmente** la sentencia apelada, para **hacer lugar** a la demanda de INCO contra PROCONS y **condenar** a PROCONS a abonar a la actora la suma total de \$ 53.833,38 (pesos cincuenta y tres mil ochocientos treinta y tres, con treinta y ocho centavos) en concepto de reparación por el daño causado —según explicación que obra *supra*, II, n° 26 a n° 29—, más los intereses que serán computados a partir del 11 de mayo de 1993 y que deberán fijarse en la etapa de ejecución de sentencia (cf. punto 30). Las costas del proceso se distribuirán, en este *item*, en un 20% a cargo de PROCONS y en un 80% a cargo de INCO, porcentaje proporcionado a los aciertos y desaciertos que expresa el dispositivo.

La jueza Alicia E. C.Ruiz dijo:

Agravios planteados por Servipark

1. Coincido con el Sr. Juez de trámite en que corresponde rechazar el recurso ordinario de apelación articulado por Servipark, con costas.

Adhiero a la reseña de agravios y de respuestas del GCBA a cada uno de ellos, consignada en el apartado 3 del voto del juez Julio B.J. Maier.

Comparto también los fundamentos expresados por el Sr. Juez de trámite en los apartados 4 a 12 de su voto, en virtud de los cuales propicio la solución señalada más arriba. Ello, a excepción del último párrafo del punto 7 b) y del último párrafo del punto 9 b).

2. Por lo demás, quisiera agregar una consideración en relación con el primer agravio de Servipark.

La recurrente plantea que la Cámara debió haber aplicado la teoría de los actos propios al GCBA.

A Servipark, por el hecho de presentar su oferta, se la tuvo por conocedora de las bases y condiciones de la licitación (conf. artículo 32 del Pliego de Bases y Condiciones Generales para la licitación de concesiones de obra pública). En efecto, el referido artículo 32 establecía que “[p]or el solo (sic) hecho de formular la propuesta, se tendrá al oferente por conocedor de las bases y condiciones de la licitación, de las características técnicas de la obra en concesión y de cualquier dato o circunstancia que pudiera influir en su costo, por lo que no podrá con posterioridad invocar en su favor los errores en que pudiera haber incurrido al formular la oferta, o duda, o desconocimiento de las cláusulas y disposiciones legales aplicables. Igualmente, la sola presentación implicará la aceptación de las condiciones establecidas en el presente pliego.”

Ahora bien: tanto del Pliego de Bases y Condiciones Generales para la licitación de concesiones de obra pública obrante a fs. 311/339 del primer cuerpo de los autos “Servipark” (en adelante, “Pliego BCG”) como del Pliego de Bases y Condiciones Particulares para la construcción de estacionamientos subterráneos en la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, “Pliego BCP”), surgía la necesidad del dictado del acto de adjudicación y su notificación al oferente, así como la competencia (exclusiva) del Intendente de la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires para firmar el correspondiente contrato de concesión.

Así, citaré la parte pertinente de ciertos artículos del Pliego BCG en los que se prevé el acto de adjudicación y su notificación como un paso previo a la celebración del contrato de concesión, e incluso se toma la fecha de dicha notificación como punto de partida para computar ciertos plazos otorgados al adjudicatario para cumplir con determinados extremos con anterioridad a la firma del contrato, a saber:

“Artículo 1-Objeto: La Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires establece por el presente pliego las bases y condiciones generales que regirán la licitación, **adjudicación**¹ y contratación de Concesiones de Obra Pública (...).”

Es evidente que ya desde este primer artículo se establece que entre la licitación y la contratación media una segunda etapa que es la adjudicación, con lo cual no podría celebrarse la contratación sin previa adjudicación.

“Artículo 2-Definiciones y Terminología. A los efectos de la aplicación e interpretación del presente Pliego y de todo otro documento contractual de la concesión de obra pública, las siguientes palabras tendrán el significado que se consigna a continuación:

(...) ADJUDICATARIO: Es el oferente a favor del cual se ha notificado la adjudicación de la concesión”

No caben dudas de que la adjudicación debe notificarse al oferente, y que, insisto, se prevén diferentes etapas en el Pliego BCG: licitación, adjudicación y contratación, existiendo, respectivamente en cada una de ellas las figuras del oferente, adjudicatario y concesionario.

“Artículo 25 –Condiciones y requisitos. (...) Aquellas sociedades que se encuentren en formación deberán acompañar a la oferta copia legalizada del instrumento de constitución y proyecto de sus estatutos. La sociedad será constituida por instrumento público y por acto único, con los recaudos establecidos en la ley de sociedades comerciales, los que deberán hallarse estrictamente cumplidos, sin perjuicio de su inscripción registral **con posterioridad al acto de adjudicación**². (...)”

“Artículo 50 –Inscripción de la sociedad adjudicataria. La sociedad proponente en formación que resulte adjudicataria, deberá proceder a su inscripción en el REGISTRO PUBLICO DE COMERCIO. El inicio del trámite deberá realizarse dentro de los DIEZ (10) días siguientes a la **notificación de la adjudicación**³ y acreditarse ante el CONCEDENTE con carácter previo a la firma del contrato de concesión. Dentro de los CIENTO VEINTE (120) días posteriores deberá acreditarse la inscripción definitiva, con la presentación del correspondiente testimonio. Su no presentación en término sin causa justificada y debidamente comprobada, será considerada causal de caducidad de la adjudicación o concesión según el caso, con la consiguiente pérdida de las garantías (...).”

Como se aprecia, es a partir de la notificación de la adjudicación que comienza a computarse el plazo para iniciar el trámite de inscripción ante el Registro Público de Comercio de la sociedad en formación que resultara adjudicataria.

“Artículo 48 –Licitación desierta. En caso de que las empresas oferentes no reúnan las condiciones y requisitos mínimos que resulten

¹ El resaltado no aparece en el original.

² El resaltado no aparece en el original.

³ El resaltado no aparece en el original.

indispensables para ser adjudicatarias, la licitación será declarada desierta, sin que ello de derecho a reclamación alguna por parte de los oferentes (...).”

De la parte pertinente del artículo transcrito se extrae que pese a ser la de Servipark la única oferta presentada, no por ello podía obviarse el acto de adjudicación. Ello así, pues bien pudo el Intendente haber declarado desierta la licitación, si consideraba que la empresa no reunía las condiciones y requisitos mínimos para ser adjudicataria.

“Artículo 49 –Formalización del contrato. La firma del contrato administrativo de Concesión de Obra Pública se llevará a cabo dentro de los DIEZ (10) días de notificada la adjudicación (...).”

Nuevamente, aquí surge con claridad que no podía firmarse el contrato de concesión sin antes haber sido notificada la adjudicación.

* *“Artículo 51 –Instrumentos contractuales y orden de prelación normativo. Serán documentos integrantes del contrato que suscribirán las partes:*

a) El presente Pliego.

b) El Pliego de Condiciones Generales para la ejecución de las obras.

c) El Pliego de Condiciones Básicas para la operación y mantenimiento.

d) El Pliego de Condiciones Particulares.

e) Las aclaraciones a las disposiciones de los pliegos a las que hace referencia el artículo 33.

f) La oferta.

g) La adjudicación.

h) El decreto aprobatorio del Intendente Municipal.”

Surge de la parte pertinente del artículo 51 que la adjudicación será un documento integrante del contrato de concesión. En consecuencia, de haber existido el decreto de adjudicación y de haberse practicado su notificación, dicho documento hubiera conformado un anexo del contrato de concesión, lo que no surge de las constancias de autos.

“Artículo 46 –Preadjudicación. La preadjudicación será decidida dentro del plazo máximo de CUARENTA Y CINCO (45) días contados desde la apertura por los Secretarios de Gobierno, de Hacienda y Finanzas, de Obras y Servicios Públicos y General y notificada a todos los oferentes, quienes tendrán un plazo común de QUINCE (15) días hábiles para tomar vista de todas las actuaciones, e impugnar según lo dispuesto en el artículo 39.

Los Secretarios indicados en el párrafo anterior elevarán al Intendente Municipal la propuesta de acto administrativo que resuelva acerca de las impugnaciones y de la adjudicación.”

“Artículo 47 – Adjudicación. El Intendente Municipal resolverá, dentro de los QUINCE (15) días contados desde el vencimiento de los plazos para impugnar, la adjudicación y decidirá la totalidad de las impugnaciones, obra (sic) luego formalizar el contrato de concesión de obra pública suscripto por las partes (...).”

Se desprende de los artículos 46 y 47 citados que los Secretarios de Gobierno, de Hacienda y Finanzas, de Obras y Servicios Públicos y General debían elevar al Intendente Municipal la *propuesta* de acto administrativo acerca de la adjudicación, pero que luego era éste el funcionario competente para *resolver* la adjudicación y para luego *formalizar el contrato de concesión*. Los artículos citados corroboran tanto la necesidad del acto de adjudicación previo a la celebración del contrato de concesión como la incompetencia de los funcionarios firmantes del documento del 29/11/91.

En la misma línea de las cláusulas transcritas del Pliego BCG, en el punto 4.7 del Pliego BCP (folio 56 del sobre nº 152, expediente nº 3954) se reafirma lo expuesto en los párrafos precedentes en punto a la notificación del acto de adjudicación y a la competencia del Intendente de la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires para firmar el contrato de concesión.

De esta manera, en la parte pertinente del referido punto 4.7 se establece que “[l]a adjudicación se efectuará al `Ofertente` preseleccionado cuya `Oferta` resulte más conveniente (...). Los `Ofertentes` serán notificados por la `Municipalidad` dentro del término de tres (3) días corridos de la resolución a que se refiere el punto anterior. Una vez dictado el decreto de adjudicación, el `Ofertente-Concesionario`, deberá comparecer dentro de los treinta (30) días corridos contados desde la fecha de notificación al `Concesionario` del mencionado decreto para formalizar la contrata(...). La contrata será suscripta por el Señor Intendente de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, y el apoderado del `Concesionario`, o de su representante legal”.

En suma, en virtud de las disposiciones citadas que se reputan conocidas por Servipark de conformidad con el artículo 32 del Pliego PCB, la empresa no podía ignorar que la firma del contrato debía estar precedida de un acto de adjudicación que le debía ser notificado como así tampoco que el funcionario competente para suscribir aquél era el Intendente municipal.

Mal podría entonces aplicarse la teoría de los actos propios al GCBA cuando Servipark conocía cuáles eran las formalidades requeridas para perfeccionar válidamente el contrato de concesión y, sin embargo, suscribió el documento del 29/11/91 pese a la falta de decreto de adjudicación y a la incompetencia de los funcionarios firmantes.

Agravios expresados por Inco

3. Adhiero a la reseña de agravios planteados por Inco y de las contestaciones de la Procuración General y de Servipark obrante en los apartados 14, 15 y 16, respectivamente, del voto del Juez Julio B.J. Maier.

4. En cuanto al reclamo de Inco contra Servipark y el GCBA, coincido con el Sr. Juez de trámite en que la demanda debe ser rechazada, con costas, tanto en lo que respecta a las acciones subrogatoria y directa

invocadas como así también en lo que concierne a la responsabilidad que pretende atribuírsele al Gobierno por la falta de autorización del cierre del tránsito vehicular en las calles Viamonte y Suipacha. Ello, por los fundamentos expresados en los apartados 18, 19 y 20 del voto del Juez Julio B.J. Maier, a los que adhiero.

5. En lo que respecta al reclamo de Inco contra Procons, comparto la solución propiciada por el Sr. Juez de trámite, por las razones que indico en los puntos a), b), c) y d) de este apartado y por los fundamentos de los apartados 27, 28 y 29 del voto de mi colega Maier.

También adhiero al criterio de distribución de costas del recurso y de las instancias anteriores (apartado 31 del voto del Sr. Juez de trámite).

a. La Cámara consideró que la relación entre Inco y Procons se extinguió por razones ajenas a ambas partes, por mediar imposibilidad de pago para ambas. La sentencia ligó la figura de la imposibilidad de pago con el caso fortuito. Los integrantes de la Sala I entendieron que la relación entre Servipark y el GCBA era ajena al vínculo contractual entre Inco y Procons, respecto de quienes la declaración de nulidad de la contratación del 29/1191 y el relleno de la excavación habría sido un casus. Por lo tanto, concluyeron que la imposibilidad física y jurídica para Inco de realizar las prestaciones a su cargo no le era imputable a Procons sino a las vicisitudes de la relación entre la ex MCBA y Servipark. Así, encuadrando el caso en la figura de la imposibilidad de pago ligada al caso fortuito y por aplicación de los artículos 724, inc. 7, 888 y 1642 del Código Civil, los magistrados estimaron que se debía pagar a Inco únicamente por los trabajos en concreto realizados (es decir, por lo ya hecho). Sin embargo, no hallaron acreditado el monto de dichos trabajos, y, en consecuencia, desestimaron la demanda de Inco contra Procons, con costas.

b. En su memorial, Inco sostiene que la Cámara erró al considerar que Procons era ajena a las “vicisitudes de la relación entre la MCBA y SERVIPARK S.A.” (expresión utilizada por la Sala I a fs. 1201 de los autos “Servipark). Al igual que el Sr. Juez de trámite, entiendo que en este punto asiste razón a la recurrente y que la frustración del contrato entre Inco y Procons se produjo por culpa de esta última.

De este modo, coincido con el Juez Julio B.J. Maier en que no puede afirmarse que Procons desconociera las incidencias del contrato entre Servipark y el GCBA. Y ello porque:

(i) Procons es una de las sociedades socias de Servipark. Esto ha sido reconocido por esta última en diferentes presentaciones a lo largo del proceso (por ejemplo, en el capítulo 1 b de la expresión de agravios que luce a fs. 1406/1423 vuelta de los autos “Servipark”).

(ii) Servipark se constituyó con el fin de participar en la licitación para la construcción de la playa de estacionamiento subterránea respecto de la cual se debate en estos actuados. Esto no sólo surge de la propia escritura de constitución de la sociedad (conf. consideración previa a la transcripción del articulado del estatuto social obrante a fs. 514 de los autos “Inco”) sino que ha sido expresamente reconocido por Servipark en el capítulo 4.6 del memorial de apelación de la sentencia de primera instancia (fs. 1150 de los autos “Servipark”) y reiterado por dicha empresa en el capítulo 1 b) de la expresión de agravios que luce a fs. 1406/1423 vuelta de los autos “Servipark”.

(iii) No está controvertido que Servipark subcontrató a su socia Procons para, entre otros trabajos, la construcción de una playa de estacionamiento subterránea bajo la plazoleta existente en la intersección de las calles Viamonte y Suipacha. También está acreditado que Procons, por su parte, subcontrató a Inco para realizar los trabajos de excavación, submuración y construcción de la estructura de hormigón armado.

(iv) El conocimiento por Procons de los vicios que afectaban la contratación entre Servipark y el Gobierno se reafirma si, como destaca el Sr. Juez de Trámite en el apartado 23 de su voto, se atiende a las declaraciones de los testigos Francisco Daniel Muratore y Arnaldo Potalivo. En efecto, el Ingeniero Syldergemein firmaba documentación tanto en representación de Procons (verbigracia, orden de servicio de fs. 220 de los autos “Inco”; acta de constatación de fs. 1004/1005 de los autos “Servipark”) como de Servipark (por ejemplo, notas ante la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires de fs. 232, 234, 235, 236, y 237 de los autos “Inco”; actas de constatación de fs. 1006/1007 y de fs. 1008/1010 vuelta de los autos “Servipark”). Por su parte, el Ingeniero Arnaldo Roberto Potalivo se desempeñaba como gerente técnico de Procons y asimismo firmó en representación de Servipark el acta de entrega de terreno y comienzo de obra (fs. 397 de los autos “Servipark”) y el acta convenio de depósito del monumento alusivo al Coronel Manuel Dorrego (fs. 231 de los autos “Inco”).

(v) En el mismo orden de ideas, nótese que, como advierte el Juez Julio B.J. Maier, el Sr. Mauricio José Garín actuaba como director y representante tanto de Procons como de Servipark.

Por lo tanto, dada la vinculación entre Servipark y Procons, y considerando, asimismo, que Servipark se constituyó con el específico fin de participar en la licitación correspondiente a la obra debatida en autos, no puede válidamente afirmarse que Procons, siendo socia de aquella sociedad constituida con el referido objeto, fuera ajena a las vicisitudes del contrato entre Servipark y el GCBA.

Tampoco Procons aportó pruebas que demostraran que la responsabilidad por la frustración del contrato con Inco no le fuera imputable.

Por lo demás, no existen elementos en las presentes actuaciones que permitan inferir que Inco conociera los vicios que afectaban la contratación entre Servipark y el Gobierno.

En consecuencia, la frustración del contrato celebrado entre Inco y Procons es imputable a esta última quien, pese a conocer las vicisitudes de la contratación entre Servipark y la entonces MCBA, nada hizo para evitar que su co-contratante sufriera los perjuicios cuyo resarcimiento se reclama en este proceso. Por lo tanto, Procons deberá reparar los daños causados a Inco en la medida en que éstos hayan sido probados, que es la cuestión de la que seguidamente me ocuparé.

c. Como lo expresa el Sr. Juez de trámite, la sentencia de primera instancia no trató las pretensiones de Inco y, en consecuencia, no analizó la prueba de los daños reclamados por la accionante.

Por su parte, la Cámara consideró que la relación entre Inco y Procons se extinguió por razones ajenas a ambas partes, por mediar imposibilidad de pago por caso fortuito. Según los magistrados, correspondía abonar a la actora únicamente los trabajos efectivamente realizados, los que a su juicio no habían sido probados. A partir de esta conclusión desestimaron la demanda sin analizar los restantes rubros que integran el reclamo de daños y perjuicios de Inco. Por ambas razones se agravia la recurrente.

Por lo tanto, corresponde al Tribunal evaluar las constancias probatorias de autos respecto de cada uno de los rubros que integran la pretensión de daños y perjuicios de Inco contra Procons.

d. A fs. 211vuelta/212 de los autos “Inco”, dicha empresa resume los rubros reclamados:

“1) Gastos de obra no certificados,. Se incluyen en este rubro a todos los costos directos por la obra y la ejecución del contrato que debieron ser afrontados por la empresa y que no recibieron pago directo a través de la certificación y pago de los trabajos ejecutados a la fecha del distracto. Se incluyen (...) los costos de vigilancia y seguridad, costos administrativos, energía eléctrica del obrador, amortización de equipos, enseres y maquinarias adquiridos y/o afectados a la obra, seguros, personal mensualizado, capataz y representante técnico, gastos generales de empresa (oficina central, viáticos, teléfono, y otros) que se imputan al contrato durante el período de paralización de la obra hasta su revocación efectiva, materiales no incorporados a la obra, etc.

2) Costos financieros (...)

3) Lucro cesante (...)”

6. Por fin, la prueba obrante en los autos “Inco” respecto de los importes pretendidos ha sido merituada en los apartados 27, 28 y 29 del voto del Juez Maier. Comparto los criterios que él adoptara, la conclusión a la que arriba – esto es la existencia de una deuda a favor de Inco- y el monto de condena que establece (\$ 53.833,38).

Por todo lo expuesto, voto por: (i) rechazar el recurso de apelación ordinario interpuesto por Servipark y confirmar la sentencia de la Sala I, con costas; (ii) rechazar la demanda de Inco contra el GCBA y contra Servipark, y confirmar en este aspecto la sentencia recurrida con costas; (iii) hacer lugar parcialmente al recurso de apelación ordinario articulado por Inco, revocar parcialmente la decisión apelada, hacer lugar a la demanda de Inco contra Procons condenando a Procons a abonar a la actora la suma de \$ 53.833,38, con más los intereses que se fijen en la etapa de ejecución de sentencia, computables a partir del 11 de mayo de 1993, distribuyéndose las costas en un 20% a cargo de Procons y en un 80% a cargo de Inco.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. Adhiero al voto del juez de trámite, Dr. Maier, en orden al rechazo del recurso de apelación ordinario de Servipark S.A. y en lo que respecta al recurso de apelación ordinario de Inco en cuanto cuestiona el rechazo de la demanda entablada contra Servipark S.A. y el Gobierno de la Ciudad, por compartir los serios y acabados fundamentos que allí se exponen.

2. En lo que respecta al reclamo de Inco contra Procons, adhiero también al voto aludido en el primer párrafo, sin perjuicio de lo que agregaré en relación con el apartado 29,d —*adquisición de maquinarias*— y de disentir con él en cuanto al apartado 30 —*intereses*—, por las consideraciones que a continuación se especifican:

a) En cuanto al rubro “*adquisición de maquinaria*”, si bien es cierto que de la pericia contable obrante a fs. 1120 de los autos Inco surge que “*en los libros contables de la actora se encuentra registrado en el balance al 31.12.93 pagos efectuados por \$ 51.700 al proveedor HYDROMAC MAQUINARIAS S.A. dados a cuenta de una máquina excavadora marca Hydromac modelo H 75 HDS usada. Dicha máquina fue comprada los primeros días de Febrero de 1993 con la condición de que esa máquina sería retirada por el valor, si se cambiara por otra máquina excavadora Hydromac modelo H 95 E reacondicionada cuyo costo se estimaba en un valor que podría variar entre \$ 70.000 y \$75.000 más I.V.A.*”, también lo es que esa misma constancia probatoria afirma que para esa época ésta era una de las cuatro obras que la empresa tenía en ejecución. Así, no habiendo sido debidamente probado el uso de la máquina en cuestión en esta obra en

particular con su correspondiente y necesaria depreciación a los fines de calcular el *quantum* indemnizatorio, entiendo que no es posible colegir que Procons deba suma de dinero alguna a Inco en concepto de este rubro.

En consecuencia, por la frustración culpable del contrato Procons deberá abonar a Inco la cantidad de \$ 53.833,38 (pesos cincuenta y tres mil ochocientos treinta y tres, con treinta y ocho centavos).

b) En cuanto a los intereses moratorios que deberán sumarse a lo adeudado a partir del 11 de mayo de 1993 –fecha en que se produjo el rellenamiento de la excavación impidiendo definitivamente la continuación de la obra–, dado que las partes no han convenido la tasa aplicable adquiere plena eficacia la regla tradicional y positiva del régimen de las obligaciones de naturaleza comercial contenida en el art. 565 del Código de Comercio que prescribe, entonces, recurrir a la tasa que cobra el banco oficial en las operaciones de descuento ordinario (“tasa activa”). Ello, en virtud de ser el interés legal al que hace referencia el art. 622 del Código Civil (el deudor moroso debe los intereses que estuvieren convenidos en la obligación; si no están pactados, los establecidos por leyes especiales; y en defecto de ellas, los que determinen los jueces).

Cabe señalar, por lo demás, que la aplicación de la mentada tasa activa es acorde al carácter resarcitorio que deben poseer los réditos a cargo del deudor moroso, quién debe indemnizar a su acreedor del perjuicio experimentado, percibiendo éste último los mismos intereses que hubiese debido abonar para proveerse del capital que le es debido y que no se le ha cancelado en tiempo propio (y así también lo sostuve en los autos “*Vázquez, Claudia Angélica c/ Bilbao, Walter y Otros s/Daños y Perjuicios*”, CNCIV en pleno, 02/08/93), aún cuando no haya efectivamente debido procurarse del dinero de alguna entidad prestamista (como surge de la pericia contable, fs. 1121 vuelta).

3. Por todo lo expuesto, voto por: a) rechazar el recurso de apelación ordinario interpuesto por Servipark y confirmar la sentencia de la Sala I, con costas; b) rechazar la demanda de Inco contra el GCBA y contra Servipark, y confirmar en este aspecto la sentencia recurrida con costas; c) hacer lugar parcialmente al recurso de apelación ordinario articulado por Inco, revocar parcialmente la decisión apelada, hacer lugar a la demanda de Inco contra Procons condenando a Procons a abonar a la actora la suma de \$ 53.833,38 (pesos cincuenta y tres mil ochocientos treinta y tres, con treinta y ocho centavos), con más los intereses conforme tasa activa del Banco de la Nación Argentina, computables a partir del 11 de mayo de 1993, distribuyéndose las costas en un 20 % a cargo de Procons y en un 80% a cargo de Inco.

Así lo voto.

El juez José Osvaldo Casás dijo:

1. Adhiero al voto del Sr. Juez de trámite, doctor Julio B. J. Maier, en lo que hace al tratamiento del recurso ordinario de apelación planteado por la firma Servipark S.A., que debe ser rechazado en todas sus partes.

Asimismo, comparto los desarrollos contenidos en el voto del juez Maier para brindar respuesta a los planteos vertidos en el recurso ordinario deducido por Inco Construcciones S.A, en punto a la improcedencia del reclamo indemnizatorio dirigido contra el GCBA y contra la empresa Servipark S.A..

En cuanto a los planteos de Inco Construcciones S.A. dirigidos contra la empresa Procons S.A, también entiendo que los mismos deben prosperar de manera parcial, por las razones y con el alcance que a continuación se exponen.

2. La ex MCBA y la empresa Servipark S.A. celebraron el día 29 de noviembre de 1991 un contrato de concesión para que ésta última construyera una playa de estacionamiento subterráneo en la intersección de las calles Viamonte y Suipacha de esta Ciudad. En representación de la ex MCBA suscribieron el acuerdo el Sr. Secretario de Hacienda y Finanzas y el Sr. Procurador General. En representación de la empresa, el Presidente de su Directorio.

La concesionaria Servipark S.A., a su vez, celebró una locación con la firma Procons S.A. para que construyera la obra comprometida.

La subcontratista Procons S.A., por su parte, contrató a Inco Construcciones S.A. para que ejecutara los trabajos de excavación, submuración y construcción de la estructura de hormigón armado de la aludida playa de estacionamiento.

3. Durante la etapa de ejecución del contrato, Servipark S.A solicitó a la ex MCBA que cerrara al tránsito la calle Viamonte, pues ello resultaba necesario para la realización de los trabajos de excavación comprometidos.

La ex MCBA no sólo no dio curso favorable a la solicitud, sino que dispuso el relleno del pozo que había comenzado a realizar Inco Construcciones S.A y decretó la *nulidad absoluta* del “documento suscripto el 29 de noviembre de 1991” por haber sido celebrado teniendo en consideración un antecedente —decreto de adjudicación— inexistente (decreto nº 2.177/MCBA/94).

4. Inco Construcciones S.A. demandó para obtener un resarcimiento por los daños y perjuicios derivados de la frustración del contrato celebrado con la firma Procons S.A. Justificó su reclamo en la imposibilidad de cumplimiento contractual a causa de la demora y posterior denegatoria de la ex MCBA para dar curso a la solicitud de cierre al tránsito de la calle

Viamonte formulada por Servipark S.A.. En primer término Inco Construcciones S.A. demandó a Procons S.A., luego, amplió su pretensión contra el GCBA y Servipark S.A..

5. Como lo explica en su fundado voto el doctor Julio B. J. Maier, la firma Servipark S.A. fue constituida al sólo efecto de presentarse al llamado a licitación pública para la concesión y explotación de playas de estacionamiento subterráneas en la ex MCBA. Además, también se ha comprobado que Servipark S.A. y Procons S.A., si bien eran dos empresas diferentes, en realidad estaban íntimamente vinculadas, a punto tal que una persona de apellido Garín actuaba como directivo de ambas sociedades. En consecuencia, no es razonable suponer que la firma Procons S.A. desconociera las irregularidades de la relación contractual establecida entre Servipark S.A. y la ex MCBA. Distinto es el caso de Inco Construcciones S.A., pues no se ha podido comprobar fehacientemente en esta causa que ella tuviera alguna otra relación con las dos empresas citadas, más allá del puntual contrato suscripto con Procons S.A. con el objeto de ejecutar las obras relacionadas con la playa de estacionamiento de la calle Viamonte.

6. Desde esta perspectiva, tal como lo afirma el Sr. Juez de trámite en su voto, debe destacarse que: a) el GCBA, como continuador de la ex MCBA, nada adeuda como consecuencia de la declaración de nulidad del contrato a SERVIPARK; y b) INCO, a su vez, nada puede reclamarle al GCBA ni a SERVIPARK, sencillamente, porque no tiene crédito alguno oponible contra ellos.

En cambio, INCO se encuentra en condiciones de reclamarle a PROCONS por la frustración del contrato que suscribieron, al haber quedado razonablemente acreditada en el expediente la relación existente entre SERVIPARK y PROCONS. Ello permite concluir que la imposibilidad de cumplimiento alegada por la actora se produjo por culpa de la demandada y no por una causa de fuerza mayor ajena a las partes, como alegaba PROCONS al inicio del juicio.

Es en este punto que corresponde revocar parcialmente la sentencia apelada.

7. En cuanto al alcance de la indemnización que corresponde otorgar a INCO, participo de las conclusiones del Sr. Juez de trámite en cuanto a que: a) No se han acreditado en el expediente los alegados costos financieros denunciados por la actora; b) No corresponde reconocer el resarcimiento por lucro cesante solicitado, toda vez que la empresa PROCONS en su contestación de demanda —y en presentaciones posteriores— se ha opuesto a su procedencia, a partir de la invocación de una cláusula suscripta por las partes relativa al alcance de la indemnización generada por la rescisión por incumplimiento contractual que excluye en forma expresa, justamente, el reconocimiento de tal rubro (punto 10.2 del

Pliego de Bases y Condiciones Generales por ajuste alzado). Este argumento, a su turno, no ha sido controvertido por la parte actora.

Respecto del resarcimiento por los denominados “gastos de obra no certificados”, también comparto la decisión del doctor Julio B. J. Maier. En particular sobre el rubro “adquisición de maquinarias” que INCO reclama en el juicio [punto 29, d)], me parece pertinente señalar que, si bien ha quedado acreditada la adquisición por parte de la recurrente de una máquina excavadora Hydromac H 75 HDS (usada) por la suma de \$ 51.700, también es cierto que “(d)icha máquina fue comprada (...) con la condición de que esa máquina sería retirada por el valor, si se cambiara por otra máquina excavadora Hydromac modelo H 95 E reacondicionada cuyo costo se estimaba en un valor que podría variar entre \$70.000 y \$75.000 más IVA”. Así las cosas, aún si pudiera suponerse que la mentada excavadora fue utilizada en la obra de Viamonte y Suipacha, entiendo que no se ha producido en el expediente la prueba idónea para acreditar los valores pertinentes a fin de calcular la indemnización que se pretende —suma de dinero que, en mi concepto, no puede desprenderse solamente del precio de compra de \$ 51.700 y de la verificación de la cantidad de obras encaradas en aquel tiempo por la recurrente, sino también de la intensidad de su uso en el emprendimiento malogrado, vida útil, etc.—.

En consecuencia, de manera coincidente con lo propuesto por mi colega, doctor Julio B. J. Maier, estimo que corresponde condenar a Procons S.A. a abonar a Inco Construcciones S.A la suma de cincuenta y tres mil ochocientos treinta y tres pesos, con treinta y ocho centavos (\$ 53.833,38).

8. Por último, adhiero al voto del doctor Julio B.J. Maier en punto a los parámetros y la forma en que corresponde determinar los intereses que devengará la suma reconocida en autos, solución compatible con lo expresado en mi voto *in re*: “*Droguería Americana c/ GCBA (Dir. Gral. de Rentas- Resolución 7346-1991) s/ recurso de apelación judicial c/ decisiones de DGR- s/ recurso de apelación ordinario concedido*”, expte. n° 1898/02 y su acumulado “*GCBA s/ queja por recurso de in-constitucionalidad denegado*” en “*Droguería Americana c/ GCBA (Dir. Gral. de Rentas- Resolución 7346-1991) s/ recurso de apelación judicial c/ decisiones de DGR*”, expte. n° 1899/02, sentencia del 17 de noviembre de 2003.

En cuanto a la imposición de las costas del recurso y las generadas en las instancias anteriores en la causa de Inco Construcciones S.A. c/ Procons S.A., adhiero a la distribución efectuada en los votos precedentes.

Así lo voto.

El juez Luis Francisco Lozano dijo:

1. Agravios dirigidos a obtener una condena del GCBA:

1.a. Adhiero al punto 3 del voto del Sr. Juez de trámite, el Dr. Julio B. J. Maier —donde reseña los agravios que ha expresado Servipark en el memorial de su recurso ordinario de apelación, y las respectivas respuestas por parte del GCBA—, al punto 4 —donde identifica la cuestión central a dilucidar—, y al punto 5 —donde reseña los hechos probados en la causa—. En cuanto al mérito que cabe atribuir a dichos agravios, comparto la solución también propuesta por el Sr. juez de trámite, que rechaza el recurso.

Aunque los agravios primero, segundo, quinto, sexto y décimo —tal como han sido identificados en memorial de agravios, y en el voto del Sr. juez de trámite— critican el tratamiento dado por el *a quo* a determinadas cuestiones, no se hacen cargo pormenorizadamente de las razones expuestas en la sentencia en crisis, por lo que no bastan para determinar su revocación.

El tercer agravio —según el cual la Ordenanza Municipal 45.627, que no fue considerada por el *a quo*, habría aprobado legislativamente la pretendida adjudicación y supliría la falta del decreto 4796/91— tampoco puede tener acogida favorable. Como bien señala el juez Maier en el punto 8 de su voto, el texto de la mencionada disposición no apoya las afirmaciones de la recurrente, toda vez que, si bien autorizó la construcción, entre otras, de la playa de estacionamiento objeto de la pretendida adjudicación a favor de Servipark, no hace mención alguna de los adjudicatarios de dichas obras.

El cuarto agravio —según el cual el artículo 17 de la ley 19.549 (que regía entonces en la Ciudad de Buenos Aires) prohibía al gobierno revocar *ad nutum* el contrato administrativo en cuestión, dado que ya había tenido principio de ejecución— tampoco encuentra acogida favorable. Como bien destacó el GCBA en su contestación de agravios, y recogió el juez Maier en el punto 9.a. de su voto, el hecho de que Servipark conociera los vicios en cuestión hace aplicable al caso la excepción contenida en el artículo 18 de la ley 19.549, aplicable también a los supuestos del artículo 17 (cf. doctrina de *Fallos*: 321:169 *in re* “Almagro, Gabriela y otra c/ Universidad Nacional de Córdoba”, sentencia de fecha 17 de febrero de 1998, entre muchos otros).

El séptimo agravio está dirigido exclusivamente a cuestionar el fundamento de la sentencia de primera instancia —no sólo son reproducción de los agravios obrantes en el recurso de apelación contra dicha sentencia, sino que, además las fojas consignadas en el recurso bajo examen remiten a dicha resolución—. Dicha sentencia no es la emanada del tribunal superior de la causa, por lo que el agravio no puede tener acogida favorable. A su turno, esta conclusión se mantiene incólume aún cuando, a pesar de la literalidad del recurso que a fs. 1417 imputa al tribunal de alzada los fundamentos de la sentencia de primera instancia que luego critica, se interpretara el agravio en el sentido de que, en realidad, se agravia de que el *a quo* no respondió expresamente tales críticas expuestas contra la sentencia de primera instancia en oportunidad de apelar. En tal hipótesis, el recurrente no muestra por qué dicha supuesta ausencia de respuesta privó a

la sentencia del *a quo* de fundamento suficiente, por lo que el agravio no puede tener acogida favorable aún en tal escenario.

El octavo agravio pretende privar de sustento a la sentencia del *a quo* sobre la base de que ciertos autores citados a un efecto concreto y determinado —apoyar la premisa según la cual la falta de notificación del pretendido decreto 4796/91, aún cuando hubiera existido, obsta a sus eficacia o validez—, darían la razón al actor a otros efectos —relativos al alcance de la facultad de revocar un acto administrativo una vez notificado—. Aún cuando asistiera razón al recurrente en cuanto a interpretación que realiza de las citas que expone a favor de su posición, y a la pertinencia de dichas citas, la sentencia cuenta con fundamentos suficientes sin que sea posible postular que si un magistrado cita en apoyo de una conclusión la opinión de un determinado autor, ello lo compromete a ser coherente con las restantes opiniones que el autor en cuestión pueda haber vertido en sus obras.

El noveno agravio —que referido a los alcances que debe tener la reparación— no puede más que interpretarse como accesorio de la existencia de una condena que obligue a reparar por lo que, ausente esta, carece de actualidad, y también debe ser rechazado.

1.b. En cuanto a los agravios de dirigidos a obtener una condena del GCBA contenidos en el recurso ordinario de apelación de Inco (fs 1323/1324 y 1475/1497) comparto la solución propuesta por el Sr. juez de trámite en los puntos 18, 19 y 20, en cuanto considera que deben ser rechazados. En efecto, el recurso de Inco contra el GCBA tiene dos fundamentos independientes: (i) la subrogación en los derechos de Servipark y (ii) la omisión del GCBA de cortar el tránsito, circunstancia que imposibilitó la continuación de las obras.

En lo que a la subrogación en los derechos de Servipark respecta, habiéndose desestimado *supra* su pretensión, y toda vez que a este respecto Inco no ofrece agravios suplementarios a los expuestos por Servipark, el agravio no puede tener acogida favorable. En lo que a la negativa a cortar el tránsito por parte del GCBA como acto antijurídico generador de la obligación de reparar a Inco, establecida la nulidad del contrato celebrado entre el GCBA y Servipark, Inco no logra identificar la fuente del deber cuyo incumplimiento pretende endilgarle al GCBA, que sea independiente de la mencionada nulidad.

Luego, sin precisar si lo hace en el marco de la pretensión subrogatoria o la autónoma, Inco insiste en destacar en reiteradas oportunidades que la nulidad del decreto 2177/94 no le es oponible dado que, a dicho respecto, es un “tercero de buena fe” (ver fs. 1490 y siguientes). El recurrente no hace explícita la fuente jurídica de la regla que sostiene; y particularmente no se hace cargo de que si su pretensión es la subrogatoria, no puede ser un tercero ajeno, porque, precisamente, intenta investirse del derecho de su deudor, que sería a su vez acreedor del GCBA. Si, en

cambio, la pretensión es la autónoma, por hipótesis, no puede tener fundamento en un contrato respecto del cual es efectivamente un tercero ajeno. En síntesis, no puede reunir la calidad de beneficiario del derecho de un contrato y, al mismo tiempo, quedar apartado de las condiciones y alcances con que ese derecho existe.

1.c. Por todo lo expuesto, corresponde rechazar los agravios, tanto de Servipark como de Inco, dirigidos a establecer la responsabilidad del GCBA.

2. Agravios dirigidos a obtener una condena de Procons y/o Servipark:

En este punto, donde cabe analizar los restantes agravios contenidos en el recurso de Inco, no comparto la solución propuesta por mis colegas preopinantes. El presupuesto básico para la concesión del recurso ordinario de apelación ante este Tribunal consiste en que el GCBA sea parte en el juicio y que el valor disputado en último término sea igual o superior a \$ 700.000 (cf. art. 26, inciso 6, ley 7), circunstancia que se consideró configurada a fs. 1453/1463 respecto de Inco —quien no disputó una suma igual o superior a la mencionada— pura y exclusivamente sobre la base de que, junto con Servipark —quien sí disputó una suma que en último término era ampliamente superior—, forma parte de un litisconsorcio activo contra el GCBA. En este orden de ideas, una vez deslindada la responsabilidad del GCBA conforme lo expuesto en el punto anterior, los restantes agravios de Inco —dirigidos a establecer la responsabilidad de Procons y/o Servipark exclusivamente— exceden los límites del recurso ordinario concedido en autos, sin que ello suponga revisar la asunción de competencias por el fuero contencioso.

En tales condiciones, corresponde analizar la procedencia de la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado interpuesta a fs. 1291/1315 que, a su turno, no fue rechazada por la resolución de fs. 1453/1463. En dicho marco, si bien la queja realiza una crítica concreta del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, cabe concluir que no puede tener acogida favorable. En efecto, asiste razón al *a quo* en cuanto consideró que el recurso no logró exponer exitosamente un caso constitucional. Más allá de las impetuosas afirmaciones expuestas por Inco en su presentación, la totalidad de los agravios expuestos por Inco en su recurso de inconstitucionalidad se refieren a cuestiones de hecho, prueba y derecho no federal e infraconstitucional. Sin dejar de conceder que el trámite del presente expediente no ha sido todo lo ordenado que correspondía —particularmente en cuanto a que la sentencia de primera instancia no trató su demanda—, ello no ha redundado en la violación de garantía constitucional alguna, dado que, en definitiva, las pretensiones de Inco fueron objeto de análisis irrestricto por parte del *a quo*. En cuanto a la presunta afectación de la doble instancia (fs. 1309 y siguientes), cabe destacar que no existe relación directa entre la garantía aparentemente invocada y lo resuelto en

autos toda vez que dicha garantía no está prevista para procedimientos en los que se disputa una reparación por daños y perjuicios (cf. artículos 8.2.h CADDHH, 14.5 PIDCyP, y 13.3 CCABA). Asimismo, aún cuando dicha garantía tuviera el alcance pretendido por la recurrente, el hecho de que el *a quo* haya analizado el mérito de su demanda, en lugar de haber ordenado un reenvío a primera instancia a tales efectos, no sólo encuentra apoyo en lo dispuesto en el artículo 229 CCAyT, sino que obedeció también a lo solicitado por Inco en su recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia (ver fs. 1348 del expediente “Inco” n° 3953).

3. Por todo lo expuesto, voto por rechazar el recurso ordinario de apelación interpuesto por Servipark y ambos recursos —ordinario y de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado— interpuestos por Inco. Costas a la parte vencida.

Por ello, oído el Sr. Fiscal General Adjunto, por mayoría,

**el Tribunal Superior de Justicia
resuelve:**

1. Rechazar el recurso de apelación ordinaria planteado por Servipark S.A. y **confirmar** el fallo recurrido, en cuanto al rechazo de la demanda contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; con costas a la vencida (art. 62, CCAyT).

2. Rechazar la demanda de Inco Construcciones S.A. contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y contra Servipark S.A. y **confirmar** también en este aspecto la sentencia recurrida, con costas.

3. Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación ordinario planteado por Inco Construcciones S.A., **revocar parcialmente** la sentencia apelada, **hacer lugar parcialmente** a la demanda de Inco Construcciones S.A. y **condenar** a Procons Americana S.A. a abonar a la actora la suma total de \$ 53.833,38 (cincuenta y tres mil ochocientos treinta y tres pesos, con treinta y ocho centavos) en concepto de reparación por el daño causado, más los intereses que serán computados a partir del 11 de mayo de 1993 y que deberán fijarse en la etapa de ejecución de sentencia. Las costas del proceso serán soportadas por Procons en un 20% y por Inco en el 80% restante.

4. Mandar que se registre, notifique y devuelva al tribunal remitente.