

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA NACIÓN

MÁXIMOS PRECEDENTES

DERECHO
ADMINISTRATIVO

JUAN CARLOS CASSAGNE
Director

TOMO I

 INCLUYE
VERSION **eBook**

LA LEY

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

MÁXIMOS PRECEDENTES

DERECHO ADMINISTRATIVO



TOMO I

JUAN CARLOS CASSAGNE

Director

LA LEY

Cassagne, Juan Carlos

Máximos precedentes: derecho administrativo /
Juan Carlos Cassagne. - 1a ed. - Ciudad Autónoma
de Buenos Aires: La Ley, 2013.
v. 1, p. 1216; 24x17 cm.

ISBN 978-987-03-2635-9

1. Derecho Administrativo. 2. Administración
Pública. I. Cassagne, Juan Carlos, dir.

CDD 342

© Juan Carlos Cassagne, 2013

© de esta edición, La Ley S.A.E. e I., 2013

Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en la Argentina

Todos los derechos reservados

Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida
o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio
electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación
o cualquier otro sistema de archivo y recuperación
de información, sin el previo permiso por escrito del Editor y el autor.

Printed in Argentina

All rights reserved

No part of this work may be reproduced
or transmitted in any form or by any means;
electronic or mechanical, including photocopying and recording
or by any information storage or retrieval system;
without permission in writing from the Publisher and the author.

Tirada: 700 ejemplares

ISBN 978-987-03-2635-9 (Tomo I)

ISBN 978-987-03-2634-2 (Obra completa)

SAP 41545889

SET 41545888

ARGENTINA

AUTORES

TOMO I

PEDRO ABERASTURY · OSCAR R. AGUILAR VALDEZ
JULIO ISIDRO ALTAMIRA GIGENA · GUSTAVO AMESTOY
RODOLFO C. BARRA · MARÍA JULIA BARRESE
ALBERTO BIGLIERI · VIVIANA BONPLAND
ALFONSO BUTELER · ARMANDO N. CANOSA
LUIS ARMANDO CARELLO · IGNACIO CELORRIO
PEDRO JOSÉ JORGE COVIELLO · OSCAR A. CUADROS
MARCELO D. DUFFY · JULIO CÉSAR DURAND
PABLO OSCAR GALLEGOS FEDRIANI
JUAN OCTAVIO GAUNA · JAVIER D. GUIRIDLIAN LAROSA
ALFREDO SILVERIO GUSMAN · DAVID ANDRÉS HALPERIN
HÉCTOR HUICI · CINTHYA ANA HUTCHINSON
TOMÁS HUTCHINSON · MIRIAM M. IVANEGA
CARLOS MARCELO LAMOGLIA · MARÍA SOLEDAD LARREA
JORGE LUIS MAIORANO · ERNESTO ALBERTO MARCER
LEONARDO F. MASSIMINO · LAURA MONTI
DANIEL NALLAR · MÓNICA PÉREZ SORIA
LEANDRO G. SALGAN RUIZ · PATRICIO M. E. SAMMARTINO
JORGE H. SARMIENTO GARCÍA · DOMINGO J. SESIN
GUSTAVO E. SILVA TAMAYO · OSVALDO SISELES
ROBERTO P. SOBRE CASAS · JUAN VICENTE SOLA
JAVIER URRUTIGOITY · SUSANA ELENA VEGA



	Pág.
CSJN, 24/4/1979, "Meridiano, Soc. en Com. por Accs. c. Administración Gral. de Puertos", Fallos: 301:292.....	797
Comentario	804
I. Contratos administrativos	804
II. Procedimiento de selección	806
II.a) La licitación pública	807
II.b) La licitación privada	807
II.c) La licitación restringida	807
II.d) Subasta o remate público	808
II.e) Concurso público	808
II.f) Concurso de precios	809
II.g) Sistema de libre elección	810
III. Indemnización integral	811
IV. Síntesis	813

CAPÍTULO II

LA SELECCIÓN DEL COCONTRATANTE Y UN (EXCESIVO) CONTROL JUDICIAL

por Alberto Biglieri

Texto de jurisprudencia	815
CSJN, 16/5/2000, "Cadipsa S.A. c. Estado Nacional y otros", Fallos: 323:1146.....	815
Comentario	829
I. Punto de partida	829
II. Detalles del procedimiento licitatorio	829
III. Circulares con o sin consulta	831
IV. El problema de la denominación de los actos	832
V. "Diálogo" con el fallo	833
VI. Disección	835
VII. La disidencia de Boggiano	836
VIII. Conclusión	837

CAPÍTULO III

EL PRECEDENTE "MAS CONSULTORES". EL REQUISITO FORMA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO Y SU OMISIÓN POR PARTE DEL ÓRGANO ESTATAL: LA INEXISTENCIA

por David Andrés Halperin

Texto de jurisprudencia	839
-------------------------------	-----

	Pág.
CSJN, 1/6/2000, "Más Consultores de Empresas S.A. c. Provincia de Santiago del Estero —Ministerio de Economía—", Fallos: 323:1515	839
Comentario	844
I. Generalidades	844
II. El <i>leading</i> "Mas Consultores"	846
II.a) Varios pronunciamientos en el mismo sentido	848
III. El enriquecimiento sin causa	850
IV. La inexistencia	851
IV.a) El nacimiento de la teoría de la inexistencia	851
IV.b) La inexistencia en el Derecho Civil	852
IV.c) La inexistencia en el Derecho Societario	853
IV.d) La inexistencia en la teoría jurídica de acto administrativo.....	855
V. Conclusiones	856

CAPÍTULO IV

INGENIERÍA OMEGA: UNA DOCTRINA
NO SIEMPRE GENERALIZABLE*por Héctor Huici*

Texto de jurisprudencia	859
CSJN, 5/12/2000, "Ingeniería Omega Sociedad Anónima c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", Fallos: 323:3924	859
Comentario	863
I. Introducción	863
II. El procedimiento y la forma en los contratos administrativos. La aplicación a los contratos administrativos del título III de la ley 19.549...	865
III. Continuación. El art. 17 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos y los contratos administrativos	867
IV. El conocimiento del vicio	870
V. El enriquecimiento sin causa como fundamento de la indemnización.....	872
VI. A modo de reflexiones finales	873

CAPÍTULO V

PESIFICACIÓN, PARTES DEL CONTRATO Y SU RELACIÓN
CON LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS*por Javier Urrutigoity*

Texto de jurisprudencia	875
-------------------------------	-----

CAPÍTULO II

LA SELECCIÓN DEL COCONTRATANTE Y UN (EXCESIVO) CONTROL JUDICIAL

por Alberto Biglieri

TEXTO DE JURISPRUDENCIA

- CSJN, 16/5/2000, "Cadipsa S.A. c. Estado Nacional y otros", Fallos: 323:1146

Sumarios

1. La integración de los contratos administrativos presupone la subordinación de sus disposiciones contractuales a las normas legales o reglamentarias pertinentes.
2. El otorgamiento de una disminución en el pago de regalías no opera de oficio y siempre tiene lugar en etapas posteriores a la contratación. Nunca puede pretenderse racionalmente que acontezca durante el proceso licitatorio.
3. El principio de legalidad impide que el acto administrativo tenga un objeto que viole la ley aplicable, en el caso la ley 17.319 y su decreto reglamentario. La conducta de la empresa dedicada al área de hidrocarburos debió advertir que el contenido de la circular n. 5 no era compatible con el marco jurídico que rige la materia.
4. La voluntaria participación de la demandada en el pedido de declaración de puro derecho le impide probar la procedencia de defensas frente al reclamo y discusión de los montos de regalías.
5. La disposición 7/1991 —cuya nulidad se persigue— dispuso con el fin de "clarificar" la situación planteada con la liquidación de regalías hidrocarburíferas, dejar sin efecto la circular n. 5 por contrariar lo establecido en los arts. 59 y 62 ley 17.319 y 3º decreto 1671/1969 y ratificar la alícuota del 12%. En tales condiciones, la citada resolución constituyó un acto irregular por afectar un derecho subjetivo incorporado al patrimonio de la actora por un acto regular —circular n. 5— ratificado por el Poder Ejecutivo al momento de la adjudicación —Del voto en disidencia del Dr. Boggiano—.
6. Un acto administrativo posterior que omite la normativa directamente aplicable, y lesiona de tal modo el derecho de propiedad y la seguridad jurídica, que

revisten significativa importancia en el marco de una licitación internacional no puede suprimir un derecho incorporado al patrimonio de la actora por un acto regular —Del voto en disidencia del Dr. Boggiano—.

Fallo *in extenso*

Buenos Aires, mayo 16 de 2000.

Antecedentes: 1. A fs. 8/21 se presenta Cadipsa S.A. e inicia demanda contra el Estado Nacional (Secretaría de Energía del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos) solicitando la revocación de la resolución 7/1991 publicada en el B.O. del 20/3/1991. Pide, asimismo, la citación como tercero de la provincia de Santa Cruz.

Tras fundar la competencia del tribunal para entender por vía originaria en esta causa, pasa a narrar los hechos en que se basa su pretensión. Dice que en el art. 5 del decreto 1055/1989 del PEN se dispuso que la entonces Secretaría de Energía debía convocar a concurso para adjudicar en concesión el derecho a la explotación, exploración complementaria y desarrollo de hidrocarburos en diversas áreas consideradas de interés secundario y establecía el marco del concurso, aclarando que la adjudicación se haría "a la empresa que ofrezca el mayor monto en concepto de derecho de explotación". El inc. c de ese artículo disponía que el pago de ese derecho se efectuaría al contado, "antes de ingresar al área, al Tesoro Nacional, el que liquidará un 4% al Estado provincial correspondiente en concepto de adelanto de regalías".

Expone que en el pliego de condiciones generales aprobado se enunciaba, entre las obligaciones de los futuros concesionarios, la de pagar las regalías establecidas en los arts. 59 y 62 ley 17.319, fijadas en el 12% de la producción, porcentaje que —según la ley— podía ser reducido hasta el 5% teniendo en cuenta la productividad, condiciones y ubicación de los pozos. Esas regalías debían ser pagadas al contado salvo que el Estado expresara su voluntad de percibir las en especie (art. 60 ley citada).

A su juicio, coexistieron en el marco legal de la concesión, tres disposicio-

nes compatibles entre sí: a) el art. 59 ley 17.319, en el que se establece la obligación de pagar regalías; b) el art. 5º decreto 1055/1989, conforme al cual un 4% del derecho de explotación debía ser girado a los estados provinciales a título de "adelanto de regalías"; y c) el art. 8º del pliego del concurso, por medio del cual se ratificó la obligación de los concesionarios de hacerse cargo de ese concepto.

Afirma que, como se suscitaban dudas respecto de la forma de aplicar el adelanto contemplado en el art. 5, uno de los adquirentes de los pliegos realizó una consulta a la Subsecretaría de Energía haciendo uso para ello de las previsiones allí contenidas. Esas consultas o pedidos de aclaraciones integran, junto con las respuestas de la autoridad de aplicación, el título de la concesión.

Fue así que la subsecretaría emitió la circular n. 5, que reproduce textualmente, y en la que se establecía que "dentro de las atribuciones otorgadas a esta subsecretaría por el art. 15 inc. c decreto 1055/1989 y teniendo en cuenta lo dispuesto en el inc. c del art. 5 del mismo decreto, que hace referencia al pago anticipado de las regalías del 4% (sobre el monto total del derecho de explotación pagado por cada una de las áreas) que se liquidará a los Estados provinciales por parte del Tesoro Nacional, es importante aclarar lo siguiente: el porcentaje que deben pagar mensualmente los concesionarios que surjan del concurso público internacional n. 1/1990 en concepto de regalías (art. 5 inc. c decreto 1055/1989) será del 8%". Sobre esas bases —agrega— fue que realizó sus cálculos económicos y participó en el concurso.

El 24/7/1990, por medio de los decretos 1770/1990 y 1900/1990, en los que se aprobaron también —según sostiene

ne— “todos los procedimientos administrativos realizados” (art. 1º de ambas disposiciones), resultó adjudicataria de ciertas áreas en la provincia de Santa Cruz. Entiende que tanto la circular n. 5 como su notificación a los oferentes constituyen actos emitidos en el marco de los procedimientos administrativos realizados como consecuencia del concurso y, como tales, fueron expresamente aprobados por el Poder Ejecutivo Nacional. Con el pago del derecho de explotación y recibo de las áreas adjudicadas, el contrato de concesión quedó perfeccionado.

Sin embargo, varios meses después, el 13/3/1991, el entonces subsecretario de Combustibles dictó la resolución ahora impugnada por la que pretendió dejar sin efecto la mencionada circular n. 5, que ya había sido aprobada por el Poder Ejecutivo Nacional. Por tal razón planteó un recurso de reconsideración, iniciándose así las gestiones en el ámbito administrativo que detalla.

Pasa luego a fundamentar la nulidad de la resolución impugnada. Expone que en sus considerandos se sostiene que el porcentaje del 8% indicado en la circular n. 5 sería erróneo porque “no se compadece con lo establecido en los arts. 59 y 60 ley 17.319 y el art. 3º decreto 1671/1969, y niega competencia al funcionario que la suscribió porque no puede anular un acto administrativo aprobado por el Poder Ejecutivo Nacional e incorporado al pliego de condiciones. Pero, más allá de las objeciones formales, sostiene que la circular es compatible con el art. 5º decreto 1055/1989, conforme al cual el 4% del derecho de explotación sería girado a las provincias, y afirma que “las condiciones del concurso son muy claras en materia de regalías: debía abonarse un 4% del derecho de explotación en forma adelantada y luego, mensualmente, se abonaría un 8% de la producción”.

Dice que el entonces subsecretario de Combustibles interpretó erróneamente la circular n. 5, sugiriendo que había reducido el porcentaje a abonar en concepto de regalías, lo cual no es así. Por el

contrario, en tanto se pretendió obligar a los concesionarios a pagar el 12%, en adición al 4% que ya habían pagado, por medio de la resolución impugnada elevó el porcentaje por encima del máximo legal. Cabe destacar que de acuerdo al art. 15 inc c decreto 1055/1989 —agrega— se dispuso a su vez que el pago de las regalías estaría a cargo de las empresas “de acuerdo con las disposiciones que fije la secretaría” y que la circular n. 5 fue dictada en ejercicio de esa atribución. Sostienen que los respectivos actos normativos fueron aprobados por decretos del Presidente de la Nación y refrendados por el ministro de Economía, incorporándose al título de la concesión y conformando un status jurídico que no podía ser alterado por la Subsecretaría de Combustibles.

Pasa luego a fundar la nulidad de la resolución 7/1991, a la que le atribuye los vicios que enumera en los acápi-tes 6.1.1, 6.1.2, 6.2, 6.2.1, 6.2.2, 6.2.3, 6.2.4, 6.2.5, 6.3, 6.3.1 y 6.3.2.

Por último, afirma que la circular n. 5 se adecua al art. 59 ley 17.319. Recuerda que en éste se dispone que los concesionarios deben abonar en concepto de regalía el 12% de la producción, y que ese porcentaje puede ser reducido según la productividad y ubicación del yacimiento. En este caso, las condiciones del concurso exigieron el pago de un anticipo imputado a regalías equivalente al 4% del derecho de explotación y que luego, para completar el concepto, abonaran mensualmente el 8% de la producción. Ese anticipo implicó una ventaja financiera para el acreedor de las regalías, que las recibió antes de extraído el producto. Esos factores fueron tenidos en cuenta por el PEN. tanto en la circular n. 5 como en los decretos de adjudicación. Al hacerlo ejerció una facultad contenida en el art. 59 ley 17.319, de tal suerte que, si al finalizar el contrato la regalía no coincidiera exactamente con el 12%, la diferencia debe atribuirse a un acto del Poder Ejecutivo fundado en las condiciones de la relación.

Dice que agotó la vía administrativa y hace reserva del caso federal.

2. A fs. 32/38 se presenta la provincia de Santa Cruz, citada como tercero.

Tras reproducir los argumentos de hecho y de derecho sostenidos por la actora, expone sus opiniones sobre la cuestión. Afirma que no es cierto que exista colisión de normas con el dictado de la resolución 7/1991, que desvirtúe o altere lo previsto en el decreto 1055/1989, el llamado a concurso público internacional n. 1/1990, los decretos de adjudicación, y específicamente los arts. 59 y conchs. ley 17.319. Expresa, asimismo, que en la circular n. 5, dictada ante un pedido de aclaratoria efectuado por los oferentes en el concurso, se hace mera referencia al anticipo de regalías previsto en el art. 5 decreto 1055/1989, fijado en un 4% y que, si bien su redacción fue poco afortunada, no se mencionó en ella una disminución de la alícuota para el cálculo de las regalías legalmente establecidas, porcentaje que, por lo demás, sólo podría ser modificado por el Poder Ejecutivo Nacional, según lo dispuesto por el decreto 1671/1969. Niega, asimismo, que la mentada circular integre los documentos del llamado a concurso público y que tenga el mismo rango que las normas legales y reglamentarias aplicables.

Cuestiona la argumentación de la actora en cuanto a que con el adelanto en concepto de regalías del 4% y el 12% reiterado por la resolución 7/1991 se estaría abonando un monto superior al fijado legalmente. Entiende que existen dos conceptos claros y bien diferenciados. Uno es el derecho de explotación, del cual el Tesoro Nacional está obligado a transferir a las provincias el 4%, y otro muy diferente es el de las regalías que debe abonar quien extrae el hidrocarburo aplicando la alícuota del 12% sobre el precio del crudo en condiciones de comercialización, como fija la ley. No cabe duda —agrega— de que el mandato contenido en el decreto 1055/1989 se encuentra conferido al Tesoro Nacional por los derechos que va a percibir, en tanto las disposiciones de la ley 17.319 y su decreto 1671/1989 están dirigidas a los concesionarios y por la actividad de extracción.

En el sentido expuesto, lo que en la resolución 7/1991 se puntualiza y reafirma no puede ser entendido como la alteración de la ecuación económica y menos como la afectación de derechos adquiridos, pues las normas que regulan la actividad son claras y su aplicación uniforme en todos los yacimientos que fueron concedidos desde la sanción de la ley 17.319, como lo muestran el llamado a concurso internacional, los decretos de adjudicación, y el cumplimiento ulterior de los concesionarios frente a las provincias y al Estado Nacional, incluida la actora, que en otros yacimientos abona las regalías con la alícuota del 12%.

Descalifica la tesis de la demandante y reitera las diferencias entre el adelanto previsto en el decreto 1055/1989 y las regalías de la ley 17.319. Ese adelanto no es tal, dado que el concesionario abona por única vez un derecho de explotación al titular de los yacimientos, calculado sobre un valor estimado de las reservas, suma de la cual, una vez ingresada en el Tesoro Nacional, éste debía participar un 4% a la provincia en cuyo territorio se encontrase el yacimiento concedido (o que fue objeto de concesión). Luego, la relación entre la provincia y el Estado Nacional respecto de ese adelanto “en concepto de regalías” se rige por una relación diferente a la que obliga al concesionario a abonar en forma mensual un 12% en concepto de regalías calculado sobre el valor “boca de pozo” de la producción computable.

3. A fs. 56/68 se presenta el Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos en representación del Estado Nacional.

Tras efectuar algunas consideraciones que califica como aclaraciones preliminares y realizar una negativa general de los hechos expuestos en la demanda que no sean objeto de su expreso reconocimiento, pasa a refutar los argumentos desarrollados por la actora para fundar su pretensión, para concluir que no constituyen una aplicación adecuada y funcional del derecho vigente y que evidencian una seria confusión acerca de

cómo se fueron desarrollando los diversos pasos del procedimiento licitatorio.

Sostiene que en el art. 59 ley 17.319 se establece la obligación de los concesionarios de abonar las regalías al Estado Nacional y se fija su porcentaje en el 12%. Esas regalías constituyen un tributo derivado del dominio público de los yacimientos de hidrocarburos. A su vez, en el art. 5 inc. c decreto 1055/1989 se menciona el compromiso unilateral asumido por el gobierno nacional con las provincias, quien por sí y ante sí decidió adelantar el 4% del producto de los derechos de explotación en concepto de regalías, teniendo en cuenta para así proceder el hecho de que aquéllas son acreedoras de la Nación en virtud de lo dispuesto en el art. 12 ley 17.319. Esta liberalidad asumida por el gobierno nacional no está sujeta a condición ni significa una reducción del porcentaje que les corresponde abonar a los concesionarios.

Asevera que la resolución 7/1991 dictada por la autoridad de aplicación de la ley 17.319 es un acto aclaratorio que ratifica lo dispuesto en los decretos 1770/1990 y 1900/1990, en cuyo respectivo art. 7, se reglamenta para el caso concreto lo dispuesto en los arts. 59 y 62 de la citada ley acerca del pago de regalías, sin que se imponga excepción alguna al régimen vigente sino que, con la remisión a dichos artículos, se afirmó que corresponde abonar el 12% del valor de la producción en boca de pozo.

Lo dispuesto en el art. 5 inc. d decreto 1055/1989 configura un sistema que importa una relación jurídica patrimonial e interorgánica entre el Estado Nacional y las provincias con arreglo a la cual se decidió, como ya se ha dicho, derivar a éstas, como adelanto de las regalías que les corresponde percibir, una parte de lo recibido de los concesionarios en concepto de derecho de explotación, sin que ello importara reducción alguna del porcentaje de las regalías que les corresponde abonar a partir de la concesión.

Agrega que en los decretos 1770/1990 y 1900/1990, de los que la actora extrae una conclusión errónea basada en una

interpretación formal de su contenido, se reafirmó la vigencia de la regalía contemplada en los arts. 59 y 62 ley 17.319 y se modificaron de esa manera los alcances adjudicados a la circular n. 5, sin que fueran impugnados por la actora en el momento oportuno. Sostiene, asimismo, que la demandante busca beneficiarse por medio de una disminución de los montos que debe tributar y que, si alguna duda le cabía en el momento de contratar, debió adoptar las medidas de precaución necesarias en salvaguarda de sus derechos (art. 902 CCiv.), ya que no podía ignorar que lo dispuesto en la circular n. 5 era irregular, resuelto por un órgano incompetente y en él se hallaban otros vicios que la invalidaban (art. 14 inc. b ley 19549).

4. A fs. 74 vta. se declaró la causa de puro derecho, temperamento que se extendió al expediente: "Provincia de Santa Cruz v. Cadipsa S.A.", como surge de f. 112 de esos autos. En tal oportunidad las partes acordaron que se dictara "un pronunciamiento conjunto" en ambos litigios.

Considerando: 1. Que este juicio es de la competencia originaria de la Corte Sup. (arts. 116 y 117 CN.).

2. Que para una comprensión correcta del desencuentro interpretativo que enfrenta a las partes resulta ineludible acudir al conjunto normativo vigente en materia de hidrocarburos y, más específicamente, a las disposiciones allí contenidas respecto del régimen de regalías.

En el art. 59 ley 17.319 se contempla la regalía que el concesionario de explotación "pagará mensualmente al Estado Nacional... sobre el producido de los hidrocarburos líquidos extraídos en boca de pozo", la que se fija en un porcentaje del 12%, que el Poder Ejecutivo puede reducir hasta el 5% teniendo en cuenta la productividad, condiciones y ubicación del yacimiento. Una disposición análoga para el caso de la producción de gas natural se reproduce en el art. 62. A su vez, en el art. 61 se precisa que el pago en efectivo se efectuará conforme al valor del petróleo crudo en boca de pozo, el que se determinará mensual-

mente por la autoridad de aplicación tomando en cuenta lo dispuesto en aquél. Por su lado, en el art. 12 del mismo texto legal se reconoce, en favor de las provincias dentro de cuyos límites se explotan los yacimientos, una participación en el producto de dicha actividad, pagadera en efectivo y equivalente al monto total que el Estado Nacional perciba con arreglo a los arts. 59, 61, 62 y 93.

Se extrae de lo expuesto que la regalía fijada con carácter general es la del 12%, salvo que concurren las circunstancias contempladas en el recordado art. 59, caso en el cual el Poder Ejecutivo podrá reducirla hasta el 5%.

Por su parte, en el decreto reglamentario 1671/1969 se precisan cuestiones vinculadas con lo establecido en esas normas. Se dispone, por ejemplo, que en los casos en que el Estado Nacional perciba el monto de la regalía en efectivo, la participación reconocida a las provincias será pagada directamente por el titular de la concesión a éstas actuando por cuenta y orden del Estado Nacional, salvo comunicación en contrario emanada de la autoridad de aplicación, y que la reducción de ese monto requiere petición expresa del concesionario y acreditación fehaciente de que la producción obtenida no es económicamente rentable. La solicitud debe ser resuelta por el Poder Ejecutivo Nacional a propuesta de la autoridad de aplicación.

3. Que fue en ese marco legal que el Poder Ejecutivo Nacional dictó el decreto 1055/1989, por el que, con el fin de estimular "la producción, desarrollo y ejecución de planes destinados a incrementar la producción de hidrocarburos", se reglamentaron diversos artículos de la ley 17.319.

Con ese objetivo y previa aprobación de las áreas, se convocó a un concurso público internacional que, según el art. 5, se adjudicaría a la empresa que ofreciera el mayor monto en concepto de derecho de explotación. Para determinar ese derecho "los oferentes tendrán en cuenta las reservas permanentes y las inversiones realizadas en el área" (inc. b) y se lo abonaría "al conta-

do, antes de ingresar al área, al Tesoro Nacional". La Nación, que percibía este importe, debía liquidar "un cuatro por ciento (4%) al Estado provincial correspondiente en concepto de adelanto de regalías". En el inc. a de ese artículo se definía a los hidrocarburos producidos en las áreas adjudicadas como de "libre disponibilidad". A esta condición se refiere lo normado en el art. 15 inc. c, al disponerse que el pago de las regalías pertinentes está a cargo de las empresas sujetas a las disposiciones (entendidas como modalidades del pago) que fije la Secretaría de Energía.

4. Que en este marco legal debe resolverse la cuestión debatida, consistente en la impugnación efectuada por la actora a la resolución 7/1991, en la que se habrían afectado los derechos acordados —según lo entiende— en la circular n. 5/1991.

En efecto, dice que "su obligación en materia de regalías resulta en primer lugar de la propia ley y luego de las bases y condiciones del concurso que dio lugar al contrato de concesión celebrado con el Estado Nacional, en particular la resolución n. 5 (énfasis agregado) y el decreto que la aprobó" (f. 9, escrito de demanda). Agrega que en el marco legal del concurso coexistieron "tres disposiciones compatibles entre sí, a saber: a) el art. 59 ley 17.319, que establece la obligación de pagar regalías; b) el art. 5 decreto 1055/1989, conforme al cual un 4% del derecho de explotación debía ser girado a los Estados provinciales a título de 'adelanto de regalías'; y c) el art. 8 del pliego del concurso, que ratificó la obligación de los concesionarios de hacerse cargo de ese concepto". Omite, empero, precisar en esta enumeración que en el art. 5 del decreto citado se consagra el pago de lo que se denomina derecho de explotación, cargo específico que, mediante su cumplimiento, permitía a los oferentes acceder a la concesión.

Es también destacable que entre sus argumentaciones sostiene a f. 14 vta. que "las condiciones del concurso son muy claras en materia de regalías: debía abonarse un 4% del derecho de ex-

plotación en forma adelantada y luego, mensualmente, se abonaría un 8% de la producción". Acuerda así rango decisivo en el contexto normativo a la circular n. 5, en la que, como se ve, hace descansar su derecho. Pero para que éste encuentre fundamento es menester recordar un principio elemental: que su contenido se ajuste a los principios generales de la materia. Para indagar tal condición es apropiado recordar que la integración de los contratos administrativos presupone la subordinación de sus disposiciones contractuales a las normas legales o reglamentarias pertinentes. Aquéllas —como el contenido del pliego de bases y condiciones o sus normas complementarias, como la circular n. 5/1991— deben ser conformes a estas últimas y resultan írritas si en ellas se viola el marco legal correspondiente. Tal afirmación recuerda un principio de carácter general respecto al orden jerárquico legal (Fallos 291:290).

En tales términos es necesario considerar si el derecho de la actora encuentra sustento en una norma válida a la luz de esos conceptos básicos. Y cabe anticipar la negativa.

5. Que conviene reproducir textualmente los alcances de la circular n. 5/1991 suscripta por el entonces subsecretario de Energía, Dr. Julio C. Aráoz, cuya copia obra a f. 102 y que reza: "Dentro de las atribuciones otorgadas a esta subsecretaría por el art. 15 inc. c decreto 1055/1989 y teniendo en cuenta lo dispuesto en el inc. c del art. 5 del mismo decreto, que hace referencia al pago anticipado de regalías del 4% (sobre el monto total del derecho de explotación pagado por cada una de las áreas) que se liquidará a los Estados provinciales por parte del Tesoro Nacional, es importante aclarar lo siguiente: ...los concesionarios que surjan del concurso público internacional n. 1/1990 en concepto de pago de regalías (art. 5 inc. c decreto 1055/1989) será del 8%".

6. Que en los contratos regidos —como el presente— por las disposiciones de la ley 17.319, el porcentaje que corresponde abonar en concepto de regalías

es del 12% del valor "boca de pozo". Ese porcentaje es abonado por los concesionarios mensualmente y admite —como ya se ha dicho— reducciones que van hasta el 5% según las circunstancias que se enumeran en el art. 59. Para su consideración se requieren pasos ineludibles: a) petición del interesado que acredite fehacientemente la razón de su solicitud; y b) resolución del Poder Ejecutivo a propuesta —no por decisión— de la autoridad de aplicación. Esto es, el otorgamiento de una disminución en el pago de las regalías no opera de oficio y siempre tiene lugar en etapas posteriores a la contratación. Nunca puede pretenderse racionalmente que acontezca durante el proceso licitatorio, lapso en el cual se dictó la circular n. 5.

Como se desprende de la transcripción anterior, el fundamento invocado en la circular mencionada se refiere a las atribuciones otorgadas al subsecretario de Energía en el art. 15 inc. c decreto 1055/1989 y a lo dispuesto en el art. 5 inc. c, normas en base a las cuales dudosamente se podría sustentar la tesis de la actora y justificar la reducción del porcentual de las regalías. En efecto, en la primera de las disposiciones citadas se alude a un marco de atribuciones específicas acotado a la fijación de las modalidades de pago del tributo, y en la segunda, en la que se establecen las condiciones del régimen de concesión, se crea un mecanismo de adjudicación al que deben someterse los oferentes (énfasis agregado) en el concurso en el cual se privilegia "a la empresa que ofrezca el mayor monto en concepto de derecho de explotación" (inc. a). Ese derecho —sigue la norma— estará determinado por "las reservas remanentes y las inversiones realizadas en el área" (inc. b). Cabe agregar que su pago se efectúa en el momento de abrirse el concurso y por una sola vez.

Como surge de lo expuesto, dicha carga difiere conceptual y temporalmente de las regalías. En efecto, éstas suponen que el concesionario (énfasis agregado) ha obtenido la producción de hidrocarburos y se calculan sobre ba-

ses notoriamente diferentes (ver art. 61 ley 17.319 y cap. II decreto 1671/1969). Por lo tanto, el llamado "adelanto de regalías" no convierte a la exigencia contemplada en el decreto 1055/89 en tal. La decisión del Estado Nacional de disponer en favor de las provincias respectivas el 4% de su monto importa la consideración de cuestiones de oportunidad y conveniencia en el marco de las políticas institucionales que lo vinculan con los demás integrantes del sistema federal, lo que resulta totalmente ajeno al concesionario. Por lo tanto, mal podría fundarse una decisión acerca de las regalías en los textos citados por la circular n. 5, por lo que ésta configura un acto viciado en su motivación insusceptible de generar derechos.

Igualmente objetable se presenta desde el punto de vista de la competencia del funcionario interviniente y la regularidad del procedimiento. No se advierte que se hayan cumplido los recaudos legales para que se opere la reducción del monto de las regalías previstas en el decreto 1671/1969 y el acto no fue emitido por el Poder Ejecutivo, al que la autoridad de aplicación sólo puede asistir en su decisión (art. 7 incs. a y d ley 19.549, y decreto 1671/1969). Y por último, tal como se destaca en el dictamen del procurador general, el principio de legalidad impide que el acto administrativo tenga un objeto que viole la ley aplicable, en el caso, la ley 17.319 y su decreto reglamentario. Por lo tanto, la circular n. 5/1991 no es sustento idóneo para que la parte actora funde en ella derecho alguno, por carecer de requisitos esenciales.

Tampoco parece advertirse —como lo insinúa la actora— que se configure en el caso la situación contemplada en el art. 20 decreto 1671/1969, en el cual se establece la participación de las provincias en el producto de la actividad hidrocarburífera y la satisface mediante el pago directo por parte de los concesionarios. Allí se prevé una excepción a tal régimen que requiere una "comunicación en contrario emanada de la autoridad de aplicación". En efecto, el tex-

to de la circular n. 5 no admite que esa haya sido la razón de su dictado, y para ello basta apelar a la elemental conclusión de que, de ser así, se habría invocado esa norma para fundarla.

7. Que, por último, cabe desestimar la pretensión de la actora en el sentido de que en los decretos 1770/1990 y 1900/1990, en los que se aprobó la adjudicación del concurso se habría legitimado la circular n. 5. Admitir tal criterio con la sola apoyatura de la genérica y formal mención contenida en el art. 1 de ambos importaría prescindir del texto del art. 7, en el que se somete el pago de las regalías a lo dispuesto en la ley 17.319. Por lo demás, el alcance otorgado revelaría que el Poder Ejecutivo Nacional adoptó una decisión que contraría las expresas indicaciones incluidas en la ley citada y en su decreto reglamentario (art. 59 ley 17.319; art. 3 decreto 1671/1969) acerca de los requisitos exigidos para disminuir la alícuota y, lo que es peor, mediante la aprobación de un procedimiento administrativo cuya irregularidad se ha puesto de manifiesto.

De tal manera, carente de sustento el derecho invocado, resulta ocioso considerar la pretendida nulidad de la resolución 7/1991 suscripta por el subsecretario de Combustibles, Dr. Luis A. Prol, sin perjuicio de señalar que, al margen de las objeciones que merezca, lo allí dispuesto se ajusta a las normas de rango superior que regulan la materia en debate y resulta inocua a los fines de juzgar la razonabilidad de la pretensión de la actora.

8. Que es menester añadir, como se recuerda en lo pertinente en el dictamen del procurador general, que la conducta de la actora, empresa dedicada a trabajos en el área de hidrocarburos —lo que supone una especial versación técnica y jurídica sobre el particular—, distó de ajustarse a la que le era exigible en razón de esas circunstancias. Con base en ese conocimiento, debió advertir que el contenido de la circular n. 5 no era compatible con el marco jurídico que rige la materia.

9. Que, tal como se señaló anteriormente, en la audiencia del 22/10/1997 fijada en los autos seguidos por la provincia de Santa Cruz contra Cadipsa S.A. (S.1451 XXXII) en trámite también ante la Secretaría de Juicios Originarios de esta Corte, las partes acordaron "declarar de puro derecho la cuestión sometida a juzgamiento de este tribunal, a fin de que se dicte un pronunciamiento conjunto con el que se efectúe en la causa C.2238 XXXII...".

10. Que en aquel expediente se suscita el mismo conflicto que el que enfrenta a las partes en el presente. Por lo tanto, la decisión aquí recaída resulta plenamente aplicable. No obstante, cabe recordar que la demanda iniciada por la provincia de Santa Cruz contiene un reclamo de orden económico, tal el cobro de u\$s 10.827.060, suma que se discrimina en u\$s 10.637.169 en concepto de "reliquidación de regalías" sobre lo que abonó Cadipsa S.A. y u\$s 189.891 por mora en el pago. La demandada se opone a tal reclamo y discute los montos invocando que resultó adjudicataria de las áreas con otras empresas y que ciertos rubros que lo integran fueron mal liquidados. Pero su voluntaria participación en el pedido de declaración de puro derecho le impidió probar —como era menester— la procedencia de esas defensas. Tal conclusión se apoya en la reconocida doctrina de los actos propios aplicada reiteradamente por esta Corte.

Igualmente desechable es la pretensión de deducir del monto reclamado el importe abonado en concepto de derecho de explotación que, por su diversa naturaleza ya definida anteriormente, no es susceptible de ser imputado como parte de pago.

Corresponde, por lo tanto, reconocer el crédito de la provincia de Santa Cruz, del que deberán deducirse los conceptos contemplados en la audiencia del 22/10/1997. De tal manera, la demanda prospera por la suma de u\$s 10.327.060.

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por el procurador general, se decide: 1. Rechazar la demanda dedu-

cida por Cadipsa S.A. contra el Estado Nacional en la causa C.2238 XXXII. Con costas (art. 68 CPCCN.); y 2. Hacer lugar a la demanda interpuesta por la provincia de Santa Cruz contra Cadipsa S.A. en la causa S.1451 XXXII, condenándola a pagar, dentro del plazo de treinta días, la suma de u\$s 10.327.060. Con costas (art. 68 CPCCN.). (*Omissis...*)— *Julio S. Nazareno.*— *Eduardo Moliné O'Connor.*— *Carlos S. Fayt.*— *Enrique S. Petracchi.*— *Guillermo H. F. López.*— *Adolfo R. Vázquez.*— *Gustavo A. Bossert.* En disidencia: *Antonio Boggiano.*

Disidencia del doctor *Boggiano.*

1. A fs. 8/21 se presenta Cadipsa S.A. e inicia demanda contra el Estado Nacional (Secretaría de Energía del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos) solicitando la revocación de la resolución 7/1991 publicada en el B.O. del 20/3/1991. Pide, asimismo, la citación como tercero de la provincia de Santa Cruz.

Tras fundar la competencia originaria del tribunal, relata que en el art. 5 decreto 1055 del Poder Ejecutivo Nacional se dispuso que la entonces Secretaría de Energía debía convocar a concurso para adjudicar en concesión el derecho de explotación, exploración complementaria y desarrollo de hidrocarburos en diversas áreas consideradas de interés secundario y estableció el marco del concurso, aclarando que la adjudicación se haría "a la empresa que ofrezca el mayor monto en concepto de derechos de explotación". El inciso c de ese artículo disponía que el pago de ese derecho se efectuaría al contado, "antes de ingresar al área, al Tesoro Nacional, el que liquidará un cuatro por ciento al Estado provincial correspondiente en concepto de regalías".

Expone que el pliego de condiciones generales del concurso público internacional n. 1/1990 establece entre las obligaciones de los futuros concesionarios, la de pagar las regalías establecidas en los arts. 59 y 62 ley 17.319. Tales normas disponen que todo concesionario de explotación debe pagar mensualmente al Estado Nacional en concepto de rega-

lías el 12% de su producción, porcentaje que puede ser reducido hasta el 5% teniendo en cuenta la productividad, condiciones y ubicación de los pozos. Agrega que esas regalías debían ser pagadas al contado, salvo que el Estado expresara su voluntad de percibir las en especie (art. 6º ley citada).

A su juicio coexistieron en el marco legal de la concesión, tres disposiciones compatibles entre sí: a) el art. 59 ley 17.319, en el que se establece la obligación de pagar las regalías; el art. 5 decreto 1055/1989, conforme al cual un 4% del derecho de explotación debía ser girado a los estados provinciales a título de "adelanto de regalías"; y c) el art. 8 del pliego del concurso, por medio del cual se ratificó la obligación de los concesionarios de hacerse cargo de ese concepto.

Afirma que se suscitaron dudas acerca de la forma de aplicar el adelanto contemplado en el art. 5 inc. c, por ello uno de los adquirentes de los pliegos realizó la correspondiente consulta a la autoridad de aplicación, cuya respuesta —tal como lo preveía el art. 8.2.2 del pliego— integró el título de la concesión.

Fue así que la subsecretaría emitió la circular n. 5 en la cual se establece que dicho organismo, en uso de las atribuciones del art. 15 inc. c decreto 1055/1989 y teniendo en cuenta lo dispuesto en el inc. c del art. 5 del mismo decreto, el porcentaje que deben pagar mensualmente los concesionarios que surjan del concurso público internacional n. 1/1990 será del 8%.

El 24/7/1990, por medio de los decretos 1770/1990 y 1900/1990, en los que se aprobaron también —según sostiene— "todos los procedimientos administrativos realizados" (art. 1 de ambas disposiciones), resultó adjudicataria de ciertas áreas en la provincia de Santa Cruz. Entiende que tanto la circular n. 5 como su notificación a los oferentes constituyen actos emitidos en el marco de los procedimientos administrativos realizados como consecuencia del concurso y, como tales, fueron expresa-

mente aprobados por el Poder Ejecutivo Nacional. Con el pago del derecho de explotación y recibo de las áreas adjudicadas, el contrato de concesión quedó perfeccionado.

Sin embargo, varios meses después, el 13/3/1991, el entonces subsecretario de Combustibles dictó la resolución ahora impugnada por la que pretendió dejar sin efecto la mencionada circular n. 5, que ya había sido aprobada por el Poder Ejecutivo Nacional. Por tal razón, planteó un recurso de reconsideración, iniciándose así las gestiones en el ámbito administrativo que detalla.

Pasa luego a fundamentar la nulidad de la resolución impugnada. Expone que en sus considerandos se sostiene que el porcentaje del 8% indicado en la circular n. 5 sería erróneo porque "no se compadece con lo establecido en los arts. 59 y 60 ley 17.319 y el art. 3 decreto 1571/1969", y niega competencia al funcionario que la suscribió porque no puede anular un acto administrativo aprobado por el Poder Ejecutivo Nacional e incorporado al pliego de condiciones. Sostiene que, más allá de las objeciones formales, la circular es compatible con el art. 5 decreto 1055/1989, conforme al cual el 4% del derecho de explotación sería girado a las provincias, y afirma que "las condiciones del concurso son muy claras en materia de regalías: debía abonarse un 4% del derecho de explotación en forma adelantada y luego, mensualmente, se abonaría un 8% de la producción".

Señala que el entonces subsecretario de Combustibles interpretó erróneamente la circular n. 5, sugiriendo que había reducido el porcentaje a abonar en concepto de regalías, lo cual no es así. Por el contrario, en tanto se pretendió obligar a los concesionarios a pagar el 12%, en adición al 4% que ya habían pagado, por medio de la resolución impugnada elevó el porcentaje por encima del máximo legal. Destacó que de acuerdo al art. 15 inc. c decreto 1055/1989, se dispuso a su vez que el pago de las regalías estaría a cargo de

las empresas "de acuerdo con las disposiciones que fije la secretaría" y que la circular n. 5 fue dictada en ejercicio de esa atribución. Sostienen que los respectivos actos normativos fueron aprobados por decretos del Presidente de la Nación y refrendados por el ministro de Economía, incorporándose al título de la concesión y conformando un status jurídico que no podía ser alterado por la Subsecretaría de Combustibles.

Fundó la nulidad de la resolución 7/1991, atribuyéndole los vicios que enumera en los acápites 6.1.1, 6.1.2, 6.2, 6.2.1, 6.2.2, 6.2.3, 6.2.4, 6.2.5, 6.3, 6.3.1 y 6.3.2.

Por último, afirma que la circular n. 5 se adecua al art. 59 ley 17.319. Recuerda que en éste se dispone que los concesionarios deben abonar en concepto de regalía el 12% de la producción, y que ese porcentaje puede ser reducido según la productividad y ubicación del yacimiento. En este caso, las condiciones del concurso exigieron el pago de un anticipo imputado a regalías equivalente al 4% del derecho de explotación y que luego, para completar el concepto, abonaran mensualmente el 8% de la producción. Ese anticipo implicó una ventaja financiera para el acreedor de las regalías, que las recibió antes de extraído el producto. Estos factores fueron tenidos en cuenta por el Poder Ejecutivo Nacional tanto en la circular n. 5 como en los decretos de adjudicación. Al hacerlo ejerció una facultad contenida en el art. 59 ley 17.319, de tal suerte que, si al finalizar el contrato la regalía no coincidiera exactamente con el 12%, la diferencia debía atribuirse a un acto del Poder Ejecutivo fundado en las condiciones de la relación.

Sostiene que agotó la vía administrativa y hace reserva del caso federal.

2. A fs. 32/38 se presenta la provincia de Santa Cruz, citada como tercero.

Tras reproducir los argumentos de hecho y de derecho sostenidos por la actora, expone sus opiniones sobre la cuestión. Afirma que no es cierto que exista colisión de normas con el dictado de la

resolución 7/191, que desvirtúe o altere lo previsto en el decreto 1055/1989, el llamado a concurso público internacional n. 1/1990, los decretos de adjudicación, y específicamente los arts. 59 y concs. ley 17.319. Expresa, asimismo, que en la circular n. 5, dictada ante un pedido de aclaratoria efectuado por los oferentes en el concurso, se hace mera referencia al anticipo de regalías previsto en el art. 5 decreto 1055/1989, fijado en un 4% y que, si bien su redacción fue poco afortunada, no se mencionó en ella una disminución de la alícuota para el cálculo de las regalías legalmente establecidas, porcentaje que, por lo demás, sólo podría ser modificado por el Poder Ejecutivo Nacional, según lo dispuesto por el decreto 1671/1969. Niega, asimismo, que la mentada circular integre los documentos del llamado a concurso público y que tenga el mismo rango que las normas legales y reglamentarias aplicables.

Cuestiona la argumentación de la actora en cuanto a que con el adelanto en concepto de regalías del 4% y el 12% reiterado por la resolución 7/1991 se estaría abonando un monto superior al fijado legalmente. Entiende que existen dos conceptos claros y bien diferenciados. Uno es el derecho de explotación, del cual el Tesoro Nacional está obligado a transferir a las provincias el 4%, y otro muy diferente es el de las regalías que debe abonar quien extrae el hidrocarburo aplicando la alícuota del 12% sobre el precio del curso en condiciones de comercialización, como fija la ley. No cabe duda —agrega— de que el mandato contenido en el decreto 1055/1989 se encuentra conferido al Tesoro Nacional por los derechos que va a percibir, en tanto las disposiciones de la ley 17.319 y su decreto 1671/1989 están dirigidas a los concesionarios y por la actividad de extracción.

Reafirmar que la resolución 7/1991 no puede ser entendida como la alteración de la ecuación económica y menos como la afectación de derechos adquiridos, pues las normas que regulan la ac-

tividad son claras y su aplicación uniforme en todos los yacimientos que fueron concedidos desde la sanción de la ley 17.319, como lo muestran el llamado a concurso internacional, los decretos de adjudicación, y el cumplimiento ulterior de los concesionarios frente a las provincias y al Estado Nacional, incluida la actora, que en otros yacimientos abona las regalías con la alícuota del 12%.

Descalifica la tesis de la demandante y reitera las diferencias entre el adelanto previsto en el decreto 1055/1989 y las regalías de la ley 17.319. Entiende que ese adelanto no es tal, dado que el concesionario abona por única vez un derecho de explotación al titular de los yacimientos, calculado sobre un valor estimado de las reservas, suma de la cual, una vez ingresada en el Tesoro Nacional, éste debía participar un 4% a la provincia en cuyo territorio se encontrase el yacimiento concedido (o que fue objeto de concesión). Luego, la relación entre la provincia y el Estado Nacional respecto de ese adelanto "en concepto de regalías" se rige por una relación diferente a la que obliga al concesionario a abonar en forma mensual un 12% en concepto de regalías calculado sobre el valor "boca de pozo" de la producción computable.

3. A fs. 56/68 se presenta el Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos en representación del Estado Nacional.

Tras efectuar algunas consideraciones que califica como aclaraciones preliminares y realizar una negativa general de los hechos expuestos en la demanda que no sean objeto de su expreso reconocimiento, pasa a refutar los argumentos desarrollados por la actora para fundar su pretensión, para concluir que no constituyen una aplicación adecuada y funcional del derecho vigente y que evidencian una seria confusión acerca de cómo se fueron desarrollando los diversos pasos del procedimiento licitatorio.

Sostiene que en el art. 59 ley 17.319 se establece la obligación de los concesionarios de abonar las regalías al

Estado Nacional y se fija su porcentaje en el 12%. Esas regalías constituyen un tributo derivado del dominio público de los yacimientos de hidrocarburos. A su vez, en el art. 5 inc. c decreto 1055/1989 se menciona el compromiso unilateral asumido por el gobierno nacional con las provincias, quien por sí y ante sí decidió adelantar el 4% del producto de los derechos de explotación en concepto de regalías, teniendo en cuenta para así proceder, el hecho de que aquéllas son acreedoras de la Nación en virtud de lo dispuesto en el art. 12 ley 17.319. Esta liberalidad asumida por el gobierno nacional no está sujeta a condición ni significa una reducción del porcentaje que les corresponde abonar a los concesionarios.

Asevera que la resolución 7/1991 dictada por la autoridad de aplicación de la ley 17.319 es un acto aclaratorio que ratifica lo dispuesto en los decretos 1770/1990 y 1900/1990, en cuyos respectivos arts. 7, se reglamenta para el caso concreto lo dispuesto en los arts. 59 y 62 de la citada ley acerca del pago de regalías, sin que se imponga excepción alguna al régimen vigente sino que, con la remisión a dichos artículos, se afirmó que corresponde abonar el 12% del valor de la producción en boca de pozo.

Señala que lo dispuesto en el art. 5 inc. d decreto 1055/1989 configura un sistema que importa una relación jurídica patrimonial e interorgánica entre el Estado Nacional y las provincias con arreglo a la cual se decidió, como ya se ha dicho, derivar a éstas, como adelanto de las regalías que les corresponde percibir, una parte de lo recibido de los concesionarios en concepto de derecho de explotación, sin que ello importara reducción alguna del porcentaje de las regalías que les corresponde abonar a partir de la concesión.

Agrega que en los decretos 1770/1990 y 1900/1990, de los que la actora extrae una conclusión errónea basada en una interpretación formal de su contenido, se reafirmó la vigencia de la regalía con-

templada en los arts. 59 y 62 ley 17.319 y se modificaron de esa manera los alcances adjudicados a la circular n. 5, sin que fueran impugnados por la actora en el momento oportuno. Sostiene, asimismo, que la demandante busca beneficiarse por medio de una disminución de los montos que debe tributar y que, si alguna duda le cabía en el momento de contratar, debió adoptar las medidas de precaución necesarias en salvaguarda de sus derechos (art. 902 CCiv.) ya que no podía ignorar que lo dispuesto en la circular n. 5 era irregular, resuelto por un órgano incompetente y en él se hallaban otros vicios que la invalidaban (art. 14 inc. b ley 19549).

4. A fs. 74 vta. se declaró la causa de puro derecho, temperamento que se extendió al expediente: "Provincia de Santa Cruz v. Cadipsa S.A.", como surge de f. 112 de esos autos. En tal oportunidad las partes acordaron que se dictara "un pronunciamiento conjunto" en ambos litigios.

Considerando: 1. Que este juicio es de la competencia originaria de la Corte Suprema (arts. 116 y 117 CN.).

2. Que tal como ha sido planteado el conflicto entre las partes, corresponde resolver la cuestión debatida, consistente en la impugnación que efectúa la actora de la resolución 7/1991, dictada por el ex subsecretario de Combustibles, en cuanto dejó sin efecto la circular n. 5/1991 del entonces subsecretario de Energía que —según sostiene— integraba el pliego de condiciones del concurso n. 1/1990 para adjudicar en concesión el derecho a la explotación, exploración complementaria y desarrollo de hidrocarburos en diversas áreas consideradas de interés secundario.

3. Que la citada circular n. 5 establecía que "dentro de las atribuciones otorgadas a esta subsecretaría por el art. 15 inc. c decreto 1055/1989 y teniendo en cuenta lo dispuesto en el inc. c del art. 5 del mismo decreto, que hace referencia al pago anticipado de las regalías del 4% (sobre el monto total del derecho de explotación pagado por cada una de

las áreas) que se liquidará a los Estados provinciales por parte del Tesoro Nacional, es importante aclarar lo siguiente: el porcentaje que deben abonar mensualmente los concesionarios que surjan del concurso público internacional n. 1/1990 en concepto de regalías (art. 5 inc. c decreto 1055/1989) será del 8%.

4. Que en el marco del llamado a presentar ofertas en el concurso referido y de acuerdo a los arts. 59 y 62 ley 17.319 y sus normas reglamentarias, la citada resolución configuró un acto administrativo que gozó de presunción de legitimidad y generó una razonable expectativa en los contratistas, en virtud de la cual realizaron sus cálculos económicos y participaron en el concurso.

5. Que el acto administrativo regular aun cuando traiga aparejados vicios de ilegitimidad ostenta, empero, cierto grado de legalidad que lo hace estable y produce la presunción de su legitimidad. En consecuencia no le es dable a la Administración Pública revocarlo ante sí en razón de su ilegitimidad sino que debe demandarla judicialmente o revocar el acto por razones de mérito, oportunidad o conveniencia (Fallos 293:133).

6. Que, en el caso, la circular n. 5/1991 no ostentó vicios manifiestos de gravedad jurídica suficiente para ser calificada como acto irregular. De las particulares circunstancias de la causa judicial se extraen elementos de juicio relevantes que conducen, por el contrario, a la conclusión de que la circular n. 5, en cuanto estableció un porcentaje del 8% a pagar mensualmente por los concesionarios en concepto de regalías no estuvo viciada, en su origen, de ilegitimidad evidente.

7. Que, en efecto, en primer lugar el art. 8.2.2 del Pliego de Bases y Condiciones establecía que las consultas y aclaraciones del pliego con las respuestas integran el título de la concesión, lo cual se reconoce también en los considerandos de la resolución 7/1991. Tal como ha sostenido este tribunal, la ley de la licitación o ley del contrato está constituida por el pliego donde se es-

pecifican el objeto de la contratación y los derechos y obligaciones del licitante, de los oferentes y del adjudicatario, con las notas de aclaración o reserva que en el caso correspondan o resulten aceptadas por las partes al perfeccionar el contrato respectivo (Fallos 311:2831; 314:491).

8. Que, por otra parte y tal como se adelantó, los términos de la circular n. 5 pudieron razonablemente ser interpretados por los oferentes en el modo en que la actora lo manifestó en su demanda, es decir, que abonaron un anticipo del 4% imputado a regalías, conforme al art. 5 inc. c decreto 1055/1989 y que, luego, para completar el concepto dispuesto en la ley (12%), abonaron mensualmente el 8% calculado sobre la producción.

9. Que, aun cuando pudiera cuestionarse la competencia de la autoridad que dictó el acto, la ratificación por el Poder Ejecutivo al momento de la adjudicación despeja toda duda en cuanto a la subsistencia de aquel acto administrativo, lo que se ve corroborado por el art. 11 decretos 1770/1990 y 1900/1990 que incorporaron al contrato, además del pliego de condiciones del concurso con sus anexos, las consultas, aclaraciones al mismo y sus correspondientes respuestas.

10. Que la disposición 7/1991 —cuya nulidad se persigue en autos— dispuesto, con el fin declarado (conf. sus considerandos) de “clarificar” la situación planteada con la liquidación de regalías hidrocarburíferas, dejar sin efecto la circular n. 5 por contrariar lo establecido en los arts. 59 y 62 ley 17.319 y 3 decreto 1671/1969 y ratificar la alícuota del 12%.

11. Que, en tales condiciones, la citada resolución constituyó un acto irregular por afectar un derecho subjetivo incorporado al patrimonio de la actora por un acto regular —circular n. 5— ratificado por el Poder Ejecutivo al momento de la adjudicación. En consecuencia, tal derecho no pudo ser suprimido por un acto administrativo posterior, como era la resolución 7, omitiendo la normativa directamente aplicable (art. 18

ley 19.549), y lesionando, de tal modo, el derecho de propiedad y la seguridad jurídica, que revisten significativa importancia en el marco de una licitación internacional. Además, la irregularidad del acto surge de modo evidente, pues, so pretexto de “aclarar” una situación existente, modificó sustancialmente lo acordado en el contrato.

12. Que, por lo demás, si el vicio de la circular n. 5/1990 era grave y manifiesto, tal circunstancia no se compadece con los términos de la resolución 7/1991 en cuanto expresan que la intención es la de “clarificar” el alcance de aquélla. Si tal hubiera sido el caso —hipótesis que fue descartada en los considerandos precedentes— la administración debió procurar su declaración judicial de nulidad, a fin de que se la calificara como acto inválido por la gravedad y evidencia del vicio que contenía (conf. art. 17 ley 19.549).

13. Que en tales condiciones, asiste razón a la actora respecto del vicio de nulidad de la resolución 7/1991 por lo que corresponde admitir su pretensión.

14. Que tal como se señaló anteriormente en la audiencia del 22/10/1997 fijada en los autos seguidos por la provincia de Santa Cruz contra Cadipsa S.A. en trámite ante la Secretaría de Juicios Originarios de esta Corte (S.1451 XXXII), las partes acordaron “declarar de puro derecho la cuestión sometida a juzgamiento de este tribunal, a fin de que se dicte un pronunciamiento conjunto con el que se efectúe en la causa C.2238 XXXII...”.

15. Que en aquel expediente se suscita el mismo conflicto que el que enfrenta a las partes en el presente, por lo tanto la decisión allí recaída resulta plenamente aplicable.

Por ello, y oído el procurador general, se decide: 1. Admitir la demanda deducida por Cadipsa S.A. contra el Estado Nacional en la causa C.2238 XXXII. Con costas (art. 68 CPCCN). 2. Rechazar la demanda interpuesta por la provincia de Santa Cruz contra Cadipsa S.A. en la causa S.1451 XXXII. Con costas (art. 68 CPCCN).— *Antonio Boggiano*.

COMENTARIO**I. PUNTO DE PARTIDA**

El fallo CADIPSA, que empiezo a comentar en estas líneas, ha merecido anteriormente un comentario por parte del distinguido colega Mario F. Valls. En aquella ocasión, se realizó un abordaje sustantivo de la cuestión en estudio que contiene una profunda reflexión y merece que, por una cuestión de honestidad y pertenencia disciplinaria, que deje enunciada una diferencia que mantengo con su posición: no considero como un valor absoluto la invalidez del reenvío a normas derogadas por nuevas normas o por textos ordenados, ello depende de la técnica utilizada y del rango de la norma "reactiva". Dicho esto pasaré a desarrollar la tarea para la que me ha convocado el profesor Cassagne que constará de mis observaciones sobre la técnica de control jurisdiccional que recayó sobre el procedimiento licitatorio y las consecuencias que de él se siguieron.

II. DETALLES DEL PROCEDIMIENTO LICITATORIO

Es necesario definir algunas pautas que inducen a confusión en la lectura del fallo, en especial las referidas a la mención de la típica forma de comunicación que utiliza administración pública para contactarse con los compradores de pliego de sus licitaciones, *las circulares aclaratorias*.

Esta documentación licitatoria, que se agrega al Pliego de Bases y Condiciones Generales y Particulares (PBCGyP) al que deben ceñirse los interesados en participar en el procedimiento de selección del cocontratante estatal, se produce en aquellos momentos en los que alguna situación esbozada en los Pliegos (en especial en el de condiciones particulares) merece una nueva intervención estatal a los efectos de detallar o aclarar sus dichos o pretensiones. El elemento causa y motivación de este verdadero acto administrativo⁽¹⁾

(1) Digo que es un verdadero acto, pues a pesar de ser considerada una opinión emitida en muchas ocasiones por el órgano que ordena el procedimiento y no por aquel que tiene la competencia activa de la decisión contractual, en los hechos impacta en la esfera de los derechos de los terceros interesados o participantes de la licitación, y por lo tanto su régimen de control e impugnación sigue un camino similar al de los actos administrativos, a pesar de que en la mayoría de las legislaciones se lo agrava con fuertes "derechos

radica en la necesidad de dotar al procedimiento de transparencia y claridad en los objetivos estatales que persigue el llamado. Así, puede ocurrir, que sean impulsadas por una petición de aclaración de un interesado o de oficio, ante la ocurrencia de algún defecto o falta de claridad del PBCGyP, que conocido por la administración, merece llegar sin dudas a los futuros oferentes. La emisión de la voluntad administrativa en estos casos es conocida como *circulares aclaratorias con o sin consulta*, respectivamente.

Se habrá notado que he sido cuidadoso en caracterizar como *interesados, compradores de pliego o futuros oferentes*, a aquellos que pueden participar a la fecha de cierre de las ofertas. Y esto fue así, pues la condición de la relación entre el interesado y la administración recorre un camino en el que ella se va robusteciendo hasta llegar, de mediar todas las condiciones necesarias, a su máxima intimidad en el contrato final. Del universo de interesados que se preconstituye desde que la administración lanza el llamado a la licitación, hasta el eventual contrato, aparecen al menos cinco hitos que modifican y, como dije, robustecen la relación entre el licitante y el particular. De ese universo de interesados que se conforma en el mercado desde el día habilitado para la compra de pliegos, aparecen las primeras diferencias notorias a medida que alguno de ellos adquieren el PBCGyP y los otros se van desinteresando de la licitación, ya sea por el objeto del llamado o por las condiciones del mismo⁽²⁾. Pero los que adquieren el pliego, desde ese mismo día constituyen un domicilio procedimental⁽³⁾ al que se le giraran todas las actuaciones posteriores al retiro del PBCGyP, entre las que se destacan —de existir alguna— las *circulares aclaratorias*. Esa relación de individualización del interesado —al que he llamado comprador de pliego— obliga a la administración a cumplir con la manda expresa de notificación de sus expresiones posteriores a la publicación del pliego, y cuya intensidad no ameriten una difusión superior⁽⁴⁾ a la que usualmente se permite completar con la adhesión a la documentación licitatoria inicial para los nuevos *compradores de pliego*, la mencionada notificación —para los que ya lo poseen— y el “posteo” o “subida” de las circulares al espacio digital oficial para el universo de interesados. La construcción de

de impugnación o recurso” que constituyen un alto valladar económico para desalentar las quejas.

(2) CNFed. Contenciosoadministrativo, sala IV, 5/11/2002, “Warming SA”.

(3) La era digital ha impuesto —aun en forma voluntaria— la solicitud de un domicilio electrónico para estos menesteres.

(4) Publicación en el Boletín Oficial.

una relación dialógica entre los *compradores de pliego* y la administración, genera más obligaciones para las partes aún, que como anotáramos⁽⁵⁾, esta mecánica no puede modificar de manera sustancial el objeto de un llamado a punto tal que desde sus *circulares* se vea afectado al derecho de participación de todos los interesados. Señalo, sólo para cerrar el tema, que la probable reducción del número de participantes de la oferta, en relación a la cantidad de pliegos adquiridos se puede deber a las autoexclusiones motivadas por fusiones empresariales, fusiones empresariales de las ofertas⁽⁶⁾, UTE, o a las simples decisiones comerciales de los *compradores de pliego* ajustadas a sus estrategias particulares. Por ello es que la nómina: *interesados, compradores de pliego y oferentes*, lleva ínsito un orden en el recorrido de este tipo de procedimientos, que luego continuará con la selección que implica la admisibilidad de las ofertas, la preadjudicación, la adjudicación y finalmente el contrato, que en ese orden conforman los cinco hitos a los que me referí anteriormente.

III. CIRCULARES CON O SIN CONSULTA

Se ha extendido en el derecho público local, la utilización de las Circulares como el método preferido de la Administración para ilustrar, aclarar o detallar las dudas que surgen de las pautas que se exigen en los pliegos licitatorios. La consulta de un interesado (más aún de un comprador de pliego) dispara un procedimiento consultivo que culmina con la emisión de un comunicado en el cual se expresa la opinión sobre la consulta realizada. En muchos casos, y en el fallo que analizamos es una de las piedras angulares del conflicto, esta emisión se agrega a los pliegos —para conocimiento de aquellos que no lo han retirado— o se notifica a los que ya lo adquirieron. Pero puede ocurrir que esa emisión no reúna todos los requisitos exigidos en el art. 7° de la ley 19.549 (o sus similares subfederales), y de allí la crítica a su entidad, validez y exigibilidad. Adelanto que el rango y la competencia del emisor simplifican el estudio, pero no lo evitan ni lo resuelvan en casos como el que examinamos. Finalmente me falta recalcar que, también puede la ad-

(5) Ver nota 2.

(6) Distingo de las UTE a las situaciones en las que alguna o algunas empresas unifican su oferta con la personería jurídica de una de ellas, pero aportando las otras su capacidad técnica o económica por medio de contratos o compromisos (llamados luego subcontratistas) sin constituirse en uniones formales.

ministración de oficio detectar algún error o falta de detalle en su invitación y mejorar la información pública a través de este mecanismo, en este caso denominado *Circular sin consulta*.

Una vez incorporada a la documentación licitatoria, es una norma de la licitación —cuya jerarquía define el PBCG—. Y luego, preadjudicación, adjudicación y contrata mediante, se potencia hasta transformarse en letra del contrato, sólo modificable por un nuevo acuerdo de voluntades. En este caso, aceptar que el PE sólo actué *a posteriori*, como lo pretende la CSJ, sería consagrar una potestad tributaria al PEN, salvo que se enarbolara la aplicación de una decisión de fomento, que a esta altura de la historia motivaría más conflictos judiciales que este. El cambio posterior en las reglas de juego lesiona directamente el principio de competencia del art. 42 de la CN⁽⁷⁾.

IV. EL PROBLEMA DE LA DENOMINACIÓN DE LOS ACTOS

El nombre del “vehículo normativo” induce a error. Podemos acordar con bastante facilidad un orden de fuerza, a partir de 1994: en la órbita federal encabezado por los Decretos del Poder Ejecutivo Nacional, seguido por las Decisiones Administrativas del Jefe de Gabinete, continuando con las Resoluciones Ministeriales y finalizando con las Disposiciones de los Secretarios de Estado. Ciertamente, habrá que ver en cada caso la complejidad que agrega a esta convención la estructura descentralizada de la Administración Pública Nacional y la atribución de rangos jerárquicos que el PEN

(7) CNFed. Contenciosoadministrativo, sala IV, 20/3/2001. “Liberman, Samuel - Incidente Med. II c. PEN - Secretaría de Comunicaciones s/medida cautelar (autónoma)”: “Ello es así toda vez que el demandante entiende que la compensación efectuada por Correo Argentino podría representar el otorgamiento de privilegios y ventajas a esa empresa no previstos al momento del llamado a licitación que —a su entender— podría violar el principio de igualdad que debe regir en las contrataciones administrativas. Esta argumentación, unida —necesariamente— a la circunstancia de que, en su oportunidad, el consorcio cuya mayoría accionaria representa el actor (fs. 73/75) resultó precalificado —junto con Itron, S.A., Sideco Americana, S.A. y Banco de Galicia Buenos Aires, por un lado, y Compañía de Inversiones en Telecomunicaciones, S.A. y Caja de Ahorro y Seguro, S.A., por el otro— en la licitación pública nacional e internacional para la concesión de los servicios postales, monetarios y de telegrafía que hasta entonces prestaba ENCOTESA (fs. 77/85), siendo finalmente perdedora por no poder mejorar la oferta hecha por el consorcio encabezado por Itron, S.A. (confr. fs. 69/72), llevan a considerar razonable —en principio— que el actor pretenda intervenir en las actuaciones administrativas iniciadas con ese objeto, para poder —eventualmente— alegar cuanto estime conveniente para la defensa de su derecho”.

utiliza para no modificar permanentemente la ley de ministerios (p. ej.: secretarios con rango de ministros). Este orden, se ve modificado a su vez por el contenido de esos actos administrativos y la doctrina⁽⁸⁾.

En el marco de la competencia de un mismo órgano, los actos de alcance general (no es necesario aquí diferenciar entre actos generales normativos o no normativos, pues para el caso en estudio no modifican jurisdicción ni distinguen abordaje de estudio, pero volveré sobre ello inmediatamente) prevalecen sustancialmente sobre los de alcance particular que no pueden desoír las condiciones que le ha impuesto el reglamento⁽⁹⁾.

A esta altura se podría observar que la circular aparece como una derogación singular de reglamento. Cobra aquí relieve, entonces, la clasificación que distingue entre actos administrativos de alcance general normativos y no normativos. Aquí, la documentación licitatoria —y su extinción simultánea con el procedimiento que rige— no tiene los ingredientes y efectos de un acto administrativo de alcance general normativo. Encuentro en esta inteligencia, la de no igualar toda la documentación licitatoria a un reglamento⁽¹⁰⁾, la lógica solución y no en un análisis llano y formalista sobre el rango nominal de las normas en conflicto.

V. "DIÁLOGO" CON EL FALLO

El caso que nos ocupa evidencia dos tendencias que en el caso de la mayoría tiene algunas aristas de análisis de una cuestión impositiva que no es el objeto de estudio en esta Colección, pero a la que puedo suscribir parcialmente. En cambio la sentencia ha tomado caminos que no puedo acompañar con el fervor que merece una decisión del máximo tribunal, y por ende, creo, no establecerá una serie continua de opiniones que conformen una doctrina pacífica. Tratar así la cuestión del conflicto de rango normativo en el marco de un procedimiento de preselección del cocontratan-

(8) Por ejemplo: la inderogabilidad singular de los reglamentos.

(9) Va de suyo que si un acto particular no puede "derogar" uno general del mismo órgano competente, mucho menos puede hacerlo de un superior. El camino inverso — que el superior excepcione un reglamento del inferior— es defendido por alguna doctrina, pero dada la potestad jerárquica existente en esas relaciones, la buena técnica legislativa aconseja ejercerla corrigiendo el reglamento inferior.

(10) De hecho, el Pliego de Bases y Condiciones Generales, la mayoría de las veces lo es, y las condiciones particulares sólo se construyen para cada caso.

te puede contener y demostrar que en el esfuerzo en la búsqueda del control de constitucionalidad la CSJN hace su tarea. Pero en el análisis de la técnica administrativa CADIPSA no aporta la claridad que emana de Robles⁽¹¹⁾. Aquella simpleza que consagra el principio de buena fe contractual como un principio general de todo el derecho⁽¹²⁾ y consolida la interrelación profunda entre todas las ramas de nuestra ciencia, aparece en este caso diezmada, acaso por una vocación similar a la que se intenta exteriorizar en Ingeniería OMEGA⁽¹³⁾: la CSJN intenta instalar pautas procedimentales en los siste-

(11) CSJN, 30/3/1993 "Robles S.A., Vicente c. Estado nacional - Servicio Nacional de Parques Nacionales", LA LEY, 1993-E, 402, Fallos: 316:382. "7) Que, en primer lugar, es menester recordar que esta Corte ha sostenido reiteradamente que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que las partes verosíblemente entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión (confr. Fallos: 311:971 y sus citas). 8) Que dicha regla tiene singular importancia en los contratos administrativos, en los cuales se supedita su validez y eficacia al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales vigentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación, entre los que se encuentra la licitación pública, que se caracteriza como aquél mediante el cual el ente público invita a los interesados para que, de acuerdo con las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas entre las que se seleccionará la más conveniente. La ley de la licitación o ley del contrato es el pliego donde se especifican el objeto de las contrataciones y los derechos y obligaciones del licitante, de los oferentes y del adjudicatario. (Fallos: 308:618 —LA LEY, 1986-D, 397—)".

(12) BIGLIERI, ALBERTO, *Cuadernillos de Derecho Administrativo y Regulación Económica*. Comentario al Fallo SCBA "Asociación Técnico Constructora c. PBA, IVBA", Editorial Utsupra.com, Buenos Aires, 2011, p. 38.

(13) CSJN, 5/12/2000, "Ingeniería Omega SA". "10) Que tampoco corresponde fundar la decisión condenatoria, como lo hizo el a quo, en los principios del enriquecimiento sin causa, toda vez que ello importa una grave violación del principio de congruencia, puesto que la actora fundó su demanda de 'cobro de pesos' en el supuesto incumplimiento contractual, y no en la institución citada. En este sentido, cabe recordar que esta Corte ha resuelto que los presupuestos de procedibilidad de la acción de enriquecimiento sin causa deben ser previstos al incoarse la demanda, así como también que la carga de su prueba corresponde a la actora (arts. 163, inc. 6°, 330 y 337, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Fallos: 292:97)".

Debo señalar que, amén de la desprotección de los derechos de los ciudadanos que no conocen esta regla procesal instalada desde una doctrina jurisprudencial reciente y azarosa, la CSJN está condenando una eventual revisión de los casos que a ella le lleguen con la invocación del principio de congruencia. Esta señal no aparece como una garantía, pues la mención de los *presupuestos de procedibilidad* que se señalan en el fallo ubican al reclamante en una situación fatal: esa mención lo excluye de la discusión emergente de una relación contractual, y su omisión lo condena a obtener una compensación limitada a la lógica del enriquecimiento ilícito si los juzgadores no receptan la figura contractual y aplican la receta de las prescripciones. A simple vista, aparece como mucho más justo que los jueces, en el estudio del caso sometido a jurisdicción, lo resuelvan inspirados en los alcances que les brinda el art. 16 del CC sin obligar *a priori* al accionante a determinar la vía elegida. El *quantum* del instituto podría actuar como parámetro económico de la solución judicial, sin que su origen procesal impidiera utilizarlo, como ocurre históricamente

mas precontractuales que luego exigirá como requisitos procesales a fuerza de algunos casos que no por resonantes están llamados a transformarse en precedentes⁽¹⁴⁾ receptados pacíficamente por nuestra cultura jurídica.

VI. DISECCIÓN

En el considerando 6, se pretende ordenar el procedimiento que la CSJN considera válido para ajustar la tensión entre las nociones de regalías, derechos de explotación y fomento de la actividad petrolera⁽¹⁵⁾, obviando la naturaleza jurídica del contrato y la imposibilidad de ajustarse a una “norma” que sólo habitaba en la lógica del control jurisdiccional, imposible de conocer a la hora del desarrollo de la actividad empresarial. Es cierto que no ha sido un dechado de virtudes el método que alumbró la relación entre la empresa y el Estado, pero no es menos cierto que —como explicáramos al principio— el sistema de circulares aclaratorias legitimado por el control del mercado se incrusta en el principio de legitimidad de los actos administrativos y su régimen de nulidades está ordenado en pos de mantener en el mundo del derecho esas decisiones o, finalmente proteger los derechos que de ellas emergieron.

Es así que no puede ampararse la administración en un argumento sostenido por un tecnicismo de tal complejidad que no aparece con claridad ni siquiera en la pluma de la mayoría de la Corte. Que la autoridad de aplicación emita simples actos administrativos que motiven y conformen la expedición de la voluntad del Poder Ejecutivo, no empece a que en algún caso la convalidación (aún indirecta) de una opinión que opere como decisión del órgano asesor culmine en un esquema de obligatoriedad al que deben atenerse los interesados. En el caso en estudio, además, la circular portadora de la opinión de la autoridad de aplicación, se refuerza al notificarse a los compradores de pliego, o al publicarse para el universo de los interesados que aún no lo adquirieron, y se consagra como una obligación contractual desde el momento que los oferentes presentan la documentación licitatoria conformando el pliego y cada una

con las reparaciones contractuales del derecho público que se nutren de los estándares de la expropiación.

(14) Para ampliar: HUTCHINSON, TOMÁS - BIGLIERI, ALBERTO, “Breves consideraciones acerca del Precedente Administrativo peruano”, t. 1, *Anuario de la Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica*, IJ Editores, Buenos Aires, 2012, ps. 131 y ss.

(15) Que, como dije, son objeto de estudios de derecho tributario.

de las aclaraciones emitidas antes del cierre de la recepción de las ofertas. El perfeccionamiento de este procedimiento de selección se va haciendo bilateral con la identificación de los interesados que han comprado pliego, pero queda finalmente en manos de la administración, que pudiendo desestimar alguna o todas las ofertas, e incluso todo el procedimiento, opta por aceptar y contratar con la oferta que consideró más conveniente.

En el considerando 8 se argumenta una responsabilidad empresarial especial por “los derechos que ofrece la historia”. Es sabido que los antecedentes expuestos por una empresa en un procedimiento licitatorio, mejoran su acercamiento a la *oferta más conveniente* pero que, como acto reflejo, se transforman en obligaciones en la fase contractual. La especial versación técnica y jurídica en un área, impide argumentar informalidad y desconocimiento de las prácticas y del derecho de la actividad. Lo que se omite decir es que exactamente lo mismo se reputa de las áreas técnicas administrativas que ordenaron el procedimiento. La atribución competencial exime de comentarios, pero señalo como ejemplo que en el rol empresarial del estado, esta “congénita” atribución de experticias públicas se constituye en uno de los pilares de las contrataciones directas interadministrativas⁽¹⁶⁾.

Finalmente, en el considerando 10 del voto de la mayoría se lee: “*su voluntaria participación en el pedido de declaración de puro derecho le impidió probar*”. Una frase poco feliz que cierra este método “pedagógico” que he criticado en la comunicación que realiza la Corte a través de sus fallos: Declarar la cuestión de puro derecho por pedido de las partes, no resulta obligatoria para el Superior Tribunal Constitucional del país. Más aún, si éste tiene a la vista que esa declaración solicitada le impide ejercer el derecho de formar prueba (defensa) a una parte, la sanción profesional no puede conculcar el derecho del particular asistido. Para estos casos, a pesar de que no comparto la legalidad de esa prerrogativa, existe la potestad disciplinaria de los jueces para el ordenamiento del proceso.

VII. LA DISIDENCIA DE BOGGIANO

Con la misma convicción que me generó su voto en Cafés La Virginia, las conclusiones a las que arriba en este caso son con-

(16) BIGLIERI, ALBERTO, “Contrataciones Directas”, en CASSAGNE, JUAN CARLOS (dir.), *Tratado general de los contratos públicos*, t. II, La Ley, Buenos Aires, 2013, Capítulo Quinto, p. 872.

tundentes desde un abordaje del derecho administrativo. Su observación en el consid. 4°, *“la citada resolución configuró un acto administrativo que gozó de presunción de legitimidad y generó una razonable expectativa en los contratistas, en virtud de la cual realizaron sus cálculos económicos y participaron en el concurso”*.

La lógica del fortalecimiento de la acción de lesividad, como control del ejercicio omnímodo del poder en el consid. 5°, *“el acto administrativo regular aun cuando traiga aparejados vicios de ilegitimidad ostenta, empero, cierto grado de legalidad que lo hace estable y produce la presunción de su legitimidad. En consecuencia no le es dable a la Administración Pública revocarlo ante sí en razón de su ilegitimidad sino que debe demandarla judicialmente o revocar el acto por razones de mérito, oportunidad o conveniencia”*.

Luego, en el consid. 7° se expresa en línea con la idea que desarrollamos del valor de la documentación licitatoria íntegra y ordenada por el mismo pliego: *“el art. 8.2.2 del Pliego de Bases y Condiciones establecía que las consultas y aclaraciones del pliego con las respuestas integran el título de la concesión, lo cual se reconoce también en los considerandos de la resolución 7/1991. Tal como ha sostenido este tribunal, la ley de la licitación o ley del contrato está constituida por el pliego donde se especifican el objeto de la contratación y los derechos y obligaciones del licitante, de los oferentes y del adjudicatario, con las notas de aclaración o reserva que en el caso correspondan o resulten aceptadas por las partes al perfeccionar el contrato respectivo”*.

Finalmente, la lógica de la actuación posterior del órgano activo y sus actos ratificatorios, son valorados como actos convalidatorios de lo actuado con anterioridad en el consid. 9°: *“aun cuando pudiera cuestionarse la competencia de la autoridad que dictó el acto, la ratificación por el Poder Ejecutivo al momento de la adjudicación despeja toda duda en cuanto a la subsistencia de aquel acto administrativo, lo que se ve corroborado por el art. 11, decretos 1770/1990 y 1900/1990 que incorporaron al contrato, además del pliego de condiciones del concurso con sus anexos, las consultas, aclaraciones al mismo y sus correspondientes respuestas.”*

VIII. CONCLUSIÓN

He citado Robles de Corte y Liberman y Warming SA de Cámaras. En estos precedentes se asienta un camino receptor de las cláusulas constitucionales incorporadas en 1994. El fallo CADIPSA —como lo demuestran las colecciones y sumarios que sobre él se realizaron con anterioridad a este comentario— luce por sus oscuros y se destaca por el voto de minoría que, como dije al compararlo

con “Cafés La Virginia”, hará camino al andar. En lo estrictamente atinente al ejercicio abogadil, como lo señalé con referencia a Ingeniería OMEGA⁽¹⁷⁾, el cuidado y celo profesional puede verse desbordado por decisiones írritas con el ejercicio de nuestra industria, pero aún al grave costo de ser atacados por mala praxis, la decisión última de la justicia no puede conculcar el derecho de defensa de las partes⁽¹⁸⁾.



(17) Nota 13.

(18) Que, en el caso es además, de única instancia.