

ACUERDO

En la ciudad de Ushuaia, capital de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, a los 16 días del mes de diciembre de 2009, se reúnen los miembros del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia en acuerdo ordinario para dictar sentencia en los autos caratulados “Fiscalía de Estado de la Provincia c/ Poder Ejecutivo Provincial s/ Medida Cautelar”, expediente N° 2.245/09 de la Secretaría de Demandas Originarias, habiendo resultado que debía observarse el siguiente orden de votación: Jueces Javier Darío Muchnik, María del Carmen Battaini y Carlos Gonzalo Sagastume.

RESULTANDO:

I.- El Sr. Fiscal de Estado de la Provincia de Tierra del Fuego Dr. Virgilio Martínez de Sucre, conjuntamente con su letrado patrocinante Dr. Carlos José María Chiesa, se presenta a fs. 14/20 promoviendo una medida cautelar autónoma en contra del Poder Ejecutivo Provincial, con el objeto de que se le ordene abstenerse de llevar adelante cualquier acto de ejecución respecto a la oferta que la Sra. Gobernadora suscribiera el día 28 de abril de 2009 y le remitiera a la empresa Tierra del Fuego Energía y Química S.A., hasta tanto se expida el Tribunal de Cuentas y la Legislatura apruebe formalmente por ley cualquier contratación con la referida empresa (v. fs. 14, capítulo II: “Objeto”).

Señala que con el dictado del Decreto N° 2108 del 10 de octubre de 2008 se ratificó el Memorandum de Entendimiento y los puntos centrales del Acuerdo de Gas suscripto entre la Provincia y la Empresa Tierra del Fuego Energía y Química S.A., remitiéndolo a la Legislatura para su aprobación. Agrega que se omitió hacer referencia al “Acuerdo de cooperación”, que habían suscripto el 22 de julio de 2008 el Ministro de Economía y el Secretario de Hidrocarburos de la Provincia en la República de China.

En el capítulo IV hace referencia a las distintas intervenciones que tuvo la Fiscalía de Estado, el Tribunal de Cuentas y el Juzgado de Instrucción de Segunda Nominación del Distrito Judicial Sur, vinculados con el conflicto debatido en autos (fs. 15/19 vta.).

Plantea en el capítulo siguiente -a modo de conclusión- que hasta tanto no se levanten las observaciones legales que formuló el Tribunal de Cuentas a través de los Acuerdos Plenarios Nros. 1756 y 1821, y la Legislatura dicte una nueva ley aprobatoria que modifique las condiciones de autorización de la Ley N° 774, el Poder Ejecutivo no puede ejercer ningún acto que comprometa al Estado Provincial, relacionado con la oferta que la Sra. Gobernadora suscribió el 28 de abril de 2008, ni utilizar los fondos depositados o los que puedan llegar a depositarse (fs. 19 vta.).

Solicita la citación a juicio del Tribunal de Cuentas como tercero interesado (fs. 20), y peticona al Tribunal que dicte una medida cautelar inaudita parte imponiendo al Poder Ejecutivo Provincial abstenerse de cualquier acto vinculado a la oferta suscripta por la Sra. Gobernadora el día 28 de abril de 2009, hasta tanto brinde su aprobación el Tribunal de Cuentas de la Provincia, y luego la Legislatura acuerde su aprobación modificando la Ley N° 774.

II.- A fs. 21 se dispuso citar a juicio al Tribunal de Cuentas de la Provincia; y correr traslado de la medida cautelar a la demandada.

III.- Se presenta a fs. 22/24 el abogado Carlos D. Bassanetti, invocando el carácter de *amicus curiae*. Sostiene que la Ley N° 774 contiene un vicio de origen, no subsanable, que es la forma directa de contratación. En síntesis, solicita a este Cuerpo que, en atención a que el legislador ha autorizado una forma de contratación que omite la selección pública del cocontratante, rechace la demanda por carecer de objeto tutelable y proceda a examinar de oficio la norma en crisis, según lo autoriza el art. 154° de la Constitución Provincial (fs. 24).

IV.- Comparecen a fs. 90/100 los Vocales del Tribunal de Cuentas de la Provincia, con el patrocinio letrado del Dr. Oscar Suárez, y contestan el traslado que les fue conferido.

Afirman que, “en términos formales, todos los efectos de la actuación del Poder Ejecutivo provincial en torno al convenio con Tierra del Fuego Energía y Química S.A., se encuentran suspendidos”. Alegan que tal suspensión “únicamente podría ser sorteada legítimamente por la Sra. Gobernadora, respetando el procedimiento previsto por la Ley provincial N° 50 y la Resolución Plenaria N° 01/2001, para el control Previo” (fs. 98). Agregan más adelante -en igual sentido- que “el trámite de la contratación en cuestión se encuentra suspendido como el efecto directo de la Observación Legal formulada mediante Acuerdo Plenario N° 1821” (fs. 99).

V.- El abogado Diego Federico Carol se presenta a fs. 179/195, invocando que ha sido instituido Apoderado General Judicial por la Sra. Gobernadora María Fabiana Ríos, titular del Poder Ejecutivo Provincial.

En primer término, opone excepción de falta de legitimación activa respecto de la actuación promovida por el Sr. Fiscal de Estado. Sostiene que el art. 167° de la Constitución Provincial le atribuye al citado funcionario el asesoramiento y control de la legalidad de los actos de la administración pública provincial y la defensa de su patrimonio. Acota que también lo instituye como parte en los juicios contencioso administrativos y en todos aquellos en los que se encuentren afectados directa o indirectamente los intereses de la Provincia.

Explica que la Ley N° 3 traduce esa cláusula constitucional autorizándolo para accionar judicial o administrativamente por inconstitucionalidad de leyes, decretos, resoluciones y actos que sean contrarios a lo prescripto por la Constitución (art. 1° inc. 3); y para “solicitar a la autoridad competente, la detención de los presuntos responsables y, en su caso, la pertinente incomunicación, cuando en el curso de una investigación se comprobare 'prima facie' la posible comisión de un delito de acción pública” (art. 7° inc. a). De lo expuesto, concluye que “la ley sólo autoriza al Fiscal de Estado a instar procesos judiciales en los dos únicos casos descriptos” (fs. 180).

Entre otros argumentos manifiesta que el Sr. Fiscal de Estado, como representante de una persona jurídica de derecho público, no puede actuar sin instrucciones del representante legal de la Provincia, ni contra la voluntad de la máxima autoridad provincial (fs. 181).

Concluye el planteo de la excepción indicando que el citado funcionario “ha exorbitado claramente su competencia, conducta que además de conducir al rechazo de la cautelar intentada, lo coloca en la situación de responder por los daños y perjuicios que ocasione esta demanda, tomando en consideración en primer término las costas del juicio (art. 1112 del Código Civil)” (fs. 182).

Bajo el título de “Ausencia de Fundamentación” sostiene a fs. 183/184 que la medida cautelar solicitada en autos es la prohibición de innovar prevista en el art. 258° del CPCCLRyM; y que para que tal medida sea procedente el derecho debe ser verosímil. En ese aspecto, afirma que “El Fiscal de Estado ni siquiera ha intentado esbozar la fundamentación que respalda su pedido” (fs. 183). Plantea luego, refiriéndose al segundo requisito que se debe acreditar para la procedencia de la cautelar, que “no existe el más mínimo peligro en la demora” (fs. 184). Arriba posteriormente en su argumentación a la conclusión de que no están dadas las condiciones para la solicitud de la prohibición de innovar (capítulo 6, fs. 185/189).

En el capítulo 7 (fs. 189/192), se extiende en consideraciones referidas a las tratativas llevadas adelante por el Gobierno Provincial con la empresa Tierra del Fuego, Energía y Química S.A.

Por último, peticiona que se declare la falta de legitimación activa del Fiscal de Estado para promover la cautelar; y que oportunamente se rechace la acción intentada, con expresa imposición de costas (fs. 195).

VI.- A fs. 199/203 se presenta el Sr. Fiscal de Estado y contesta el traslado de la falta de legitimación deducida por el Poder Ejecutivo.

VII.- Ingresadas las actuaciones a la vocalía del Juez del Tribunal Dr. Javier D. Muchnik, formula su excusación para intervenir en la causa (fs. 205).

VII.- A fs. 207/215 consta agregado el dictamen del titular del Ministerio Público Fiscal, Dr. Oscar L. Fappiano. Opina en primer término que corresponde desestimar la excepción de falta de legitimación opuesta por la demandada en contra de la actuación del Sr. Fiscal de Estado. Sostiene que la Ley N° 774 es incompatible con la Carta Magna Provincial, y que este Superior Tribunal, en virtud de lo dispuesto por el art. 154° de ese texto normativo se encuentra habilitado para decretar su inconstitucionalidad. Por último, afirma que en el hipotético caso que este Estrado no acceda a lo solicitado, debe hacerse lugar a la medida cautelar autónoma peticionada por el Sr. Fiscal de Estado, porque se dan los presupuestos básicos para su procedencia.

VIII.- Con el dictado de la sentencia que se encuentra agregada a fs. 217/219 los Sres. Jueces Dres. María del Carmen Battaini y Carlos Gonzalo Sagastume resuelven rechazar la inhibición formulada por el Sr. Juez Dr. Javier Darío Muchnik, ordenándose que por secretaría se haga saber a las partes la intervención que tendrá en estos obrados.

IX.- Se presenta a fs. 228 el Dr. Miguel Longhitano, en su carácter de Vocal Abogado y Presidente del Tribunal de Cuentas, a fin de denunciar un hecho nuevo. Acompaña documentación, que fue agregada a fs. 225/227.

X.- Corrido traslado a las partes del hecho nuevo denunciado por el Tribunal de Cuentas, se presentan y lo contestan: el Sr. Fiscal de Estado a fs. 237, y el Dr. Diego Federico Carol -por la demandada- a fs. 241/244.

XI.- Del escrito presentado por el Tribunal de Cuentas se corre vista al Sr. Fiscal ante este Superior Tribunal. El citado funcionario emite su dictamen, indicando que mantiene en un todo las expresiones que consignó en su presentación anterior, a la que remite en homenaje a la brevedad (fs. 246/248). A continuación, formula apreciaciones respecto de los principios generales que rigen la actividad de la Administración Pública, opinando que corresponde abocarse a considerar la admisibilidad y procedencia de la medida cautelar peticionada por el Sr. Fiscal de Estado, a las cuales adhirió en su anterior dictamen, con las modificaciones que propició en esa oportunidad (fs. 248/255).

XII.- Por Presidencia del Tribunal se dispone a fs. 257 llamar los autos al Acuerdo para resolver.

CONSIDERANDO:

El Sr. Juez Javier Darío Muchnik dijo:

1.- Corresponde en primer término tratar la excepción de falta de legitimación activa opuesta por el representante del Poder Ejecutivo Provincial, al contestar el traslado de la medida cautelar solicitada por el Sr. Fiscal de Estado (v. fs. 180/182), que a la vez fue respondida por el citado funcionario con el escrito agregado a fs. 199/203.

Considero que le asiste razón al Sr. Fiscal de Estado cuando expone, entre otros argumentos, que en virtud de lo dispuesto por la Constitución Provincial y la Ley N° 3 cuenta con la atribución para intervenir defendiendo los intereses del Estado “no sólo en los juicios iniciados por particulares, sino también cuando esos intereses, sean patrimoniales o no, se ven vulnerados por los actos de los propios poderes públicos” (v. fs. 200 vta.).

Nótese que contrariamente a lo que sostiene el representante del Poder Ejecutivo Provincial, el Fiscal de Estado no necesita recibir instrucciones de la Gobernadora para ejercer las potestades que constitucionalmente le han sido otorgadas, por cuanto ello sería hacer depender el control de la voluntad de los representantes de los Órganos controlados, en contradicción con la característica independencia con la que deben desempeñar su función.

Luce equivocada también la apreciación volcada por el representante judicial de la demandada, al referir que “un asesor nunca puede tener a su disposición una acción operable en justicia, para imponer su voluntad a su

asesorado”, debido a que tal como se viene explicando, el rol de la Fiscalía de Estado no es el de asesorar al Poder Ejecutivo Provincial, pues para ello existe la Secretaría Legal y Técnica, sino en este caso específico para controlarlo, lo cual carecería de sentido si no se le otorgaran las herramientas necesarias para ello.

En ese sentido cabe indicar que desde sus inicios esta Corte ha sostenido en forma constante tal potestad, al indicar que “La Constitución de la Provincia y la Ley N° 3 han puesto en cabeza de un único órgano misiones diferentes. Por una parte se lo faculta a iniciar la acción por la nulidad del acto, por otra se dispone que deberá representar en juicio a la Provincia cuando un tercero acciona en contra de dicho acto. ¿Cómo armonizar tales roles?. La actuación que le cabe en el pleito es la clave para interpretar la ubicación litigiosa de la Fiscalía de Estado en un concreto asunto. / Si el funcionario acciona de oficio en contra del acto administrativo, actúa como ‘contralor de la legalidad de los actos de la administración pública provincial’ (art. 167 CPTDF y art. 1° Ley 3). Cuando interviene en la actividad judicial por requerimiento de otro sujeto y es citado a juicio en representación de un órgano provincial, para la defensa de su actuación, se convierte en parte en defensa del demandado (art. 167, 1er. párrafo, última parte CPTDF y art. 9, 1er. párrafo, Ley 3)” (in re: “I.P.P.S. c/ ARATO Beatriz Elba s/ ACCIÓN DE LESIVIDAD”, expte N° 191/95 SDO del 13.05.97); y que “Al Fiscal de Estado, le corresponde de conformidad a lo normado por la Ley N° 3 ‘controlar la legalidad de la actividad del Estado (...) a fin de asegurar el imperio de la Constitución, y el cumplimiento de las leyes, y demás normas dictadas en su consecuencia’ (art. 1° inc. d) y ‘accionar judicial o administrativamente...’ (art. 1° inc. e). Dicha ley prevé, respecto de los decretos del Poder Ejecutivo que tengan carácter normativo, la notificación al titular de la Fiscalía, previa a su publicación. En los casos que hayan sido dictados con transgresión de la Constitución o de las leyes éste debe reclamar su revocatoria o deducir la acción judicial correspondiente (art.12)...” (in re: “FISCAL DE ESTADO c/LEGISLATURA PROVINCIAL s/DEMANDA DE NULIDAD”, expte. N° 102/95 SDO, del 03.07.95).

Conteste con tal doctrina, se ha admitido en fecha más reciente la actuación del Sr. Fiscal de Estado en acciones de inconstitucionalidad contra actos emanados de uno de los órganos del Poder del Estado en los autos “Fiscalía de Estado de la Provincia de Tierra del Fuego c/ Legislatura de la Provincia de Tierra del Fuego s/ Acción de Inconstitucionalidad - medida cautelar-”, expediente N° 1759/05 de la Secretaría de Demandas Originarias; actuaciones a las cuales posteriormente se le acumuló la acción entablada por el Poder Ejecutivo en contra del Poder Legislativo en el marco de un conflicto de poderes (“Poder Ejecutivo de la Provincia de Tierra del Fuego c/ Legislatura de Tierra del Fuego s/ Conflicto de Poderes – Acción de Inconstitucionalidad – Medida Cautelar”, expediente N° 1755/05 SDO).

En atención a lo expuesto, y de conformidad con la postura del Sr. Fiscal ante este Superior Tribunal, corresponde desestimar la excepción de falta de legitimación activa deducida por el representante del Poder Ejecutivo de la Provincia en su escrito de fs. 179/195.

2.- El abogado Carlos D. Bassanetti se presenta en estas actuaciones invocando el carácter de *amicus curiae*. Con la finalidad de “acreditar el sustrato objetivo” que autorizaría su presentación en autos, recuerda que durante ocho años desempeñó el cargo de Fiscal ante este Superior Tribunal.

El origen de la figura del *amicus curiae* (término que proviene del latín y significa amigo de la curia, de la corte o del tribunal; en plural se dice *amici curiae*: amigos de la corte), se encuentra en el Derecho Romano y luego se extendió su utilización en el Derecho Anglosajón, especialmente en los E.E.U.U (conf. Julio Cueto Rua “Acerca del *amicus curiae*”, art. publ. en L.L. 1998-D-721).

Se lo ha definido como “aquella persona física o jurídica que, careciendo de legitimación para participar en un litigio como parte principal ni tercero, asiste al tribunal mediante la aportación de fuentes adicionales de información objetiva” (Lorella de la Cruz Iglesias, “Las comunicaciones *amicus curiae* en el mecanismo de solución de diferencias de la organización mundial del comercio: el asunto amianto”, art. publ. en la página de Internet: www.reei.org/reei3/delacruz.PDF).

Sin embargo, se ha señalado que “En la práctica actual del ‘*amicus curiae*’ ha ganado un significado distinto del tradicional ya que no se trata de ilustrar al juez como un ‘amigo del tribunal’ sino de apoyar la causa de

uno de los litigantes, por ello en el escrito donde requiere autorización para intervenir debe identificar a la parte que apoyará en el juicio. Esa intervención se traduce en la presentación de alegatos ante las Cámaras de Apelaciones o ante los tribunales de la máxima jerarquía judicial. Para ello el ‘amicus curiae’ necesita el consentimiento de las partes litigantes y el del tribunal. Cuando las partes no dan su aprobación, el tribunal habitualmente no da la suya, y entonces no hay intervención de él. Sin embargo hay casos en los cuales el Tribunal dio su consentimiento no obstante la negativa de las partes. En determinados supuestos el Tribunal se encuentra facultado para pedir a organismos del Estado que se hagan presente en el litigio mediante un alegato de ‘amicus curiae’. Esta facultad se ejerce muy excepcionalmente. Los ejemplos más ilustrativos a este respecto los ha suministrado la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos especialmente en los litigios provocados por la discriminación racial. La experiencia norteamericana indica un cambio relevante en la posición del ‘amicus curiae’, quien dejó de ser un ‘amigo del tribunal’ y se transformó en patrocinador de un interés determinado. Actualmente no se pide neutralidad. Sí una inteligente contribución sobre los problemas planteados por el caso, su repercusión respecto de terceros y demás integrantes de la comunidad” (Carola Capuano Tomey, “El amicus curiae”, art. publ. en L.L., ejemplar del 7/9/05).

Indica Lorella de la Cruz Iglesias que diversos Tribunales del orden internacional y regional han autorizado expresamente en sus estatutos la intervención del amicus curiae (conf. art. cit. ut supra). En ese sentido, nos dice que ese derecho ha sido ejercido activamente ante los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia, la Corte Penal Internacional, y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. También señala que la Corte Internacional de Justicia, pese a no contar en su Estatuto con alguna disposición que le otorgue tal facultad, ha asumido su potestad de tomar en consideración comunicaciones amicus curiae en el ejercicio de su jurisdicción consultiva. Por último, agrega la autora que venimos citando, que “en el ámbito de las organizaciones internacionales y regionales de carácter económico, cabe destacar la previsión de las comunicaciones amicus curiae en el procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”.

En el orden nacional la figura del amicus curiae está prevista en forma expresa por la Ley N° 24.488 (“Inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros ante tribunales argentinos”), y también por la Ley N° 25.875, que crea la Procuración Penitenciaria dentro del ámbito del Poder Legislativo de la Nación. En ambas normas se lo menciona con el nombre de “amigo del tribunal”.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la institución del amicus curiae (se lo denomina “asistente oficioso”), ha sido incorporada en el artículo 22 de la Ley N° 402, dentro del procedimiento previsto para promover acciones directas de inconstitucionalidad ante el Tribunal Superior de Justicia.

Por su parte la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó la Acordada N° 28/2004 de fecha 14/7/04, mediante la cual autoriza la intervención de terceros ajenos a las partes (personas físicas o jurídicas), para causas que se encuentren sometidas a su jurisdicción originaria o apelada, siempre que 1° “cuenten con una reconocida competencia sobre la cuestión debatida en el pleito”; 2° “demuestren un interés inequívoco en la resolución final del caso”; y 3° se trate de “cuestiones de trascendencia colectiva o interés general”. La presentación debe ser hecha dentro de los quince días hábiles del llamado de autos para sentencia y el escrito no debe superar de las veinte carillas. Se establece además que esa actuación no devengará costas ni honorarios judiciales y sus fundamentos no son vinculantes para la Corte Suprema, pero pueden ser tenidos en cuenta en el pronunciamiento.

Si bien en nuestro derecho provincial la figura del amicus curiae aún no ha sido plasmada en una norma expresa, no encuentro objeción para que sea aceptada su intervención en causas judiciales, trátense de personas físicas o instituciones, siempre que su participación se oriente a colaborar en forma desinteresada proporcionándole a los jueces mayores conocimientos técnicos o información científica sobre la cuestión en disputa, para que de ese modo pueda dictarse una decisión más justa.

A la luz de esos principios cabe señalar que si bien reviste trascendencia la vasta trayectoria judicial con la que cuenta el Dr. Carlos D. Bassanetti, en especial durante el período que se desempeñó como Fiscal ante este Superior Tribunal, considero que ello no alcanza para autorizar su intervención en autos; habida cuenta

que su presentación no aporta “mayores conocimientos técnicos o información científica sobre la cuestión en disputa”, ni brinda “fuentes adicionales de información objetiva” que sean de utilidad para la causa.

En consecuencia, cabe rechazar la solicitud que formula al Tribunal en el escrito de fs. 22/24, tendiente a que se admita su intervención en las presentes actuaciones en calidad de *amicus curiae*.

3.- Culminada la resolución de las cuestiones previas, resulta oportuno avocarnos a continuación al análisis preliminar de la cuestión constitucional propuesta por el Sr. Fiscal ante este Superior Tribunal en su dictamen, por cuanto de resultar procedente la misma, será innecesario emitir pronunciamiento en orden a la viabilidad de la medida solicitada por el Sr. Fiscal de Estado.

Delimitado el eje del análisis que orientará el desarrollo del presente apartado, resulta pertinente acercarse al debate los argumentos que determinaron al Titular del Ministerio Público Fiscal a inclinarse por la inconstitucionalidad de la Ley N° 774, los cuales pueden resumirse, sucintamente, en que las disposiciones de la misma, al eximir al Poder Ejecutivo de cumplir con el procedimiento de Licitación Pública, contrarían los arts. 8 y 74 de la Constitución Provincial, y el art. 45 de la Ley Nacional N° 17.319, modificada por la 26.197.

Si bien la inconstitucionalidad de la norma no fue sostenida en el escrito de promoción de la cautelar por la Fiscalía de Estado, ni luego tampoco por el Tribunal de Cuentas, el Sr. Fiscal estima procedente su tratamiento con sustento en lo dispuesto en el art. 154° de la Constitución Provincial.

Lo expuesto en el agudo dictamen elaborado por el Sr. Fiscal ante este Superior Tribunal, obliga a analizar dos circunstancias cuya dilucidación es central a los fines de evaluar la cuestión propuesta. En primer lugar, ¿Es viable la declaración de inconstitucionalidad de oficio en nuestro sistema jurídico constitucional local?. Resuelto ello, debemos desentrañar si efectivamente la Ley N° 774 es compatible con las prescripciones de la Carta Magna Provincial, por cuanto es pacífica y reiterada la doctrina de este Tribunal respecto a que esta declaración es la *ultima ratio* del orden jurídico.

3- I.- El primero de los interrogantes propuestos encuentra pronta y contundente respuesta ya que, a diferencia de lo que sucede en otras jurisdicciones, en nuestra provincia el legislador constituyente ha previsto expresamente en el texto de la ley fundamental, la posibilidad de que el Poder Judicial “a pedido de parte o de oficio”, verifique la constitucionalidad de las normas que aplique (art. 154°).

Comentando ese texto se ha indicado -citando a Bidart Campos-, que “...el control de constitucionalidad hace parte esencial e ineludible de la función judicial de interpretación y aplicación del derecho vigente para cada proceso, y que, por eso, debe efectuarse por el juez aunque no se lo pida la parte, porque configura un aspecto del ‘*iura novit curia*’. El juez tiene que aplicar bien el derecho y para eso la subsunción del caso concreto dentro de la norma, debe seleccionar la que tiene prioridad constitucional. Aplicar una norma inconstitucional es aplicar mal el derecho, y esa mala aplicación –derivada de no preferir la norma que por su rango prevalente ha de regir el caso- no se purga por el hecho de que nadie haya cuestionado la inconstitucionalidad. Es obligación del juez suplir el derecho invocado y en esa suplencia puede y debe fiscalizar de oficio la constitucionalidad dentro de lo más estricto de su función. El control aludido importa una cuestión de derecho, y en ella el juez no está vinculado por el derecho que las partes le invocan” (Silvia N. Cohn, “Constitución de la Provincia de Tierra del Fuego – concordada, anotada y comentada”, Ed. Abeledo-Perrot, 1994, pág. 463).

Cabe destacar que la previsión constitucional invocada es coincidente con la postura que orienta a la actual jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quién ya desde el caso “*Mill de Pereyra, Rita A. y otros c/Provincia de Corrientes*” (Fallos 324:3219), modificó el criterio negativo que venía sosteniendo con fundamento en el precedente “*Ganadera Los Lagos S.A. c. Gobierno Nacional s/ nulidad de decreto*” (Fallos: 190:149, sentencia del 30/6/1941), admitiendo en consecuencia la procedencia de la declaración de inconstitucionalidad de oficio.

En un precedente posterior, y con nueva integración, la Corte Suprema mantuvo el criterio supra referido, en la causa “Banco Comercial de Finanzas S.A. (en liquidación Banco Central de la República Argentina) s/ quiebra” (Fallos, 327:3117), reafirmando de ese modo la posibilidad de que los jueces declaren la inconstitucionalidad de las normas de oficio, con fundamento en el principio *iura novit curia*, aún en aquellos casos en los que las partes no invoquen el derecho o lo hagan erradamente.

A la luz de la expresa autorización de nuestra Carta Magna provincial contenida en el art. 154º, que conforme se explicó es respaldada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través de los precedentes citados, y partiendo de la premisa que “...el control de oficio que corresponde efectuar a los tribunales de justicia solo es posible en aquellos casos en los cuales la incompatibilidad entre la disposición aplicable y la Constitución es incontrastable, de modo que su aplicación devenga en un palmario apartamiento de la ley fundamental.” (in re: “Fondo Residual Ley 478 c/ Viaval S.R.L. y otro s/ Ejecución Hipotecaria s/ Recurso de Queja”, Expte. N° 822/05 STJ-SR, sentencia del 20 de septiembre del 2005, registrada en T° XI, F° 404/558), corresponde declarar que este Superior Tribunal se encuentra plenamente habilitado, en este caso particular, para analizar de oficio la compatibilidad de las disposiciones de la Ley N° 774, con las de nuestra Constitución Provincial.

Debe tenerse en cuenta además, que una de las objeciones más serias que se predicán en contra del control de constitucionalidad de oficio, la cual tiene sus raíces en el origen “contramayoritario” del poder judicial, que se traduce en que un reducido número de personas, no elegidas directamente por el pueblo, tengan la potestad de dejar sin efecto normas dictadas por los representantes elegidos por las distintas mayorías (cfr: ROBERTO GARGARELLA, “La Justicia frente al gobierno”, Ed. Ariel 1996, p. 11/16), no encuentra cabida en el presente, por cuanto la norma cuya adecuación a la Carta Magna se analizará, no es general y abstracta, y por ende destinada a regular de modo impersonal todos los hechos que encuadren en la misma (notas distintivas de la norma, y eje de las críticas a la potestad que analizamos), sino individual y concreta (esta particularidad de la Ley en análisis, será evaluada con mayor profundidad en los párrafos siguientes), con lo cual el impacto de una declaración de inconstitucionalidad disminuye sensiblemente.

3-II.- Convalidada la posibilidad de que este Tribunal analice de oficio la constitucionalidad de la Ley 774, aparece en escena el segundo de los interrogantes planteados al inicio de este acápite, en el cual se evaluará si la Ley citada, en tanto realizó una excepción expresa e individual a favor del Poder Ejecutivo Provincial en relación al cumplimiento de la licitación pública, es compatible con las previsiones de nuestra Carta Magna provincial.

Y en este sentido la primera base valorativa para tener en cuenta, es que todo texto legal puede y debe ser interpretado. Esto no es más que el efecto de reconocer que ha quedado superada la vieja concepción que entendía al derecho positivo, sólo, como derecho válido. Según esta idea la validez de una norma se identificaba con su existencia jurídica (HOBBS; BENTHAM; KELSEN). Y ello que era la esencia de la escuela positiva, la que veía en el Juez un aséptico y automático funcionario encargado de aplicar la ley tal y como ésta era consagrada, sin posibilidades para su interpretación, constituye hoy una teoría y postura filosófica superada.

La incorporación de los principios del derecho natural a las constituciones modernas, y el reconocimiento de los derechos humanos como base de sustentación ineludible del sistema donde debe actuar el derecho constitucional, son extremos demostrativos (de) que los conceptos “validez” y “vigencia” de una ley no son lo mismo y que si para éste último basta con la formalidad y respeto en el proceso de formación y sanción de las leyes, para el primero, se requiere la conformidad del texto legal con los principios constitucionales, que contienen el conjunto de valores reputados indispensables para vivir en una sociedad organizada bajo el amparo del Estado Constitucional de Derecho.

Del reconocimiento del límite lingüístico de todo texto legal y de su finalidad, esencial a su propia estructura, se deriva necesariamente la posibilidad de interpretación, para poder conformar un sistema coherente con los mandatos constitucionales que deben servir de guía.

Bajo este cauce, deviene necesario escudriñar en este caso concreto, si la Ley N° 774, actualmente en vigencia por haber respetado la formalidad para su formación y sanción, puede reputarse válida, para lo cual es necesario analizar su conformidad con los principios en los cuales se asienta nuestra Constitución Provincial.

Desde esta óptica se avizora el primer obstáculo de validez de la norma bajo análisis, por cuanto al carecer de los requisitos esenciales que tipifican a toda ley (generalidad y abstracción), se contrapone a un derecho constitucional elemental, como es el de igualdad ante la ley, oponiéndose además a la prohibición expresa del art. 105 “in fine” de nuestra Carta Magna Local, que prohíbe expresamente al Poder Legislativo “...la sanción de leyes que impliquen directa o indirectamente el establecimiento de privilegios.”.

En función de lo expuesto, no exige mayor esfuerzo convencerse de que la Ley N° 774 no podía establecer –como lo hizo- una excepción a la regla general, de alcance netamente individual o singular (en el caso, autorizando la operación de disposición y colocación de regalías en especie de gas natural por parte de la Provincia, sin proceso previo de selección, a favor de la empresa Tierra del Fuego Energía y Química S.A.); pues, conforme lo apunta correctamente el Sr. Fiscal ante este Superior Tribunal a fs. 212/212 vta. citando a Gustavo Zagrebelsky (“El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia”, Ed. Trotta, Madrid, 2005, pág. 29), “la generalidad es la esencia de la ley en el Estado de Derecho”; y debe operar frente a todos los sujetos de derecho sin distinción, pues ello preserva que no se instauren beneficios o privilegios individuales, por sobre el resto de los potenciales destinatarios de la ley. Es que la generalidad de la ley, refiere a que está hecha para todos, lo que “naturalmente contiene una garantía contra un uso desbocado del propio poder legislativo... Si las leyes pudiesen dirigirse a los sujetos considerados individualmente sustituirían a los actos de la Administración y a las sentencias de los jueces”.

Esto no significa en modo alguno eliminar la potestad del legislador de establecer excepciones a las normas generales, pues éstas en muchas ocasiones están orientadas a sostener su razonabilidad, sino que en caso de hacerlo respondan a pautas objetivas y razonables (respetando por supuesto el restringido marco que permite una excepción), de modo tal que cualquier sujeto que se encuadre en ellas pueda gozar del beneficio o exención, pues ello se conecta con los postulados fundamentales del Estado de Derecho, como son la moderación del poder, la división de poderes y la igualdad ante la ley.

Afirma también Zagrebelsky, que otra de las características que está en la esencia de la ley es la abstracción, que puede definírsela como “generalidad en el tiempo” y que consiste en prescripciones destinadas a valer indefinidamente y, por tanto, formuladas mediante “supuestos de hecho abstractos”. Esta característica de la ley responde a la exigencia de garantizar la estabilidad del orden jurídico y, por consiguiente, la certeza y previsibilidad del derecho. Viene al caso recordar que el articulado de la Ley de Contabilidad (Ley (t) N° 6), que aún se encuentra vigente (entre ellos el artículo 25), cumple acabadamente con el requisito de abstracción, objetividad e impersonalidad, encontrándose en vigencia desde el 11 de noviembre del año 1971.

De lo expuesto, surge incontrastable el primer obstáculo a la validez constitucional de la norma en análisis, pues lejos de establecer una excepción objetiva y razonable, que permita su goce o aplicación para todos aquellos sujetos que se encuentren en la misma situación, fijó lisa y llanamente una excepción de carácter individual y concreto, temporalmente destinada a tener virtualidad para un caso particular, permitiendo así la irrupción de una situación de privilegio, incompatible con la materia.

3-III.- Ahora bien, tomando en cuenta que la modalidad de contratación que se aprueba mediante la Ley N° 774, es de naturaleza administrativa, pues no cabría tipificar de otra manera a la venta de un recurso que integra el tesoro provincial (ver art. 66 de la Constitución de la Provincia), sencillo es deducir que la normativa a la luz de la cual debe analizarse el presente caso, es la propia y exclusiva del derecho público.

Cabe señalar en primer término, que si bien la doctrina tradicional del derecho administrativo y la jurisprudencia, sostenían que el principio general en materia de contrataciones del Estado era la “libre

elección del contratista”, esta posición (hoy morigerada, conforme lo explicaremos más adelante), es incompatible con nuestro sistema normativo constitucional local, que privilegió la existencia de un “sistema de selección”, que por naturaleza y definición se opone a aquél.

En efecto, nuestra Carta Magna provincial dispone en su artículo 74° que: “Las contrataciones del Estado Provincial o de los municipios se efectuarán según sus leyes u ordenanzas específicas en la materia, mediante un procedimiento de selección y una previa, amplia y documentada difusión”.

Destacamos del texto constitucional copiado -por su importancia para la resolución del caso-, la palabra “selección”. Para la Real Academia Española la primera acepción de ese vocablo es: “Acción y efecto de elegir a una o varias personas o cosas entre otras, separándolas de ellas y prefiriéndolas” (Diccionario de la Lengua Española – Vigésima segunda, en la página de internet: [ediciónhttp://buscon.rae.es/draeI/](http://buscon.rae.es/draeI/)).

La definición es clara y no exige mayor esfuerzo en su interpretación. El vocablo “selección” indica “pluralidad” (cualidad de ser más de uno). Por consiguiente cabe concluir, sin hesitación alguna, que el constituyente fueguino al legislar sobre cómo debían ser las contrataciones del Estado Provincial, impuso como regla que ellas se realicen a través de un procedimiento de “selección”, mediante el cual se elija a una o varias personas o cosas entre “otras”.

En otras palabras, no puede concebirse que una “selección” se realice sobre una “individualidad”, trátase de personas (físicas o jurídicas) o cosas.

Es que si bien nuestra Carta Magna Provincial no estableció obligatoriamente un sistema determinado para la contratación pública, sino que dejó ello librado a las distintas normas que se dicten al respecto, si se ocupó en cambio de enfatizar la necesidad de que exista un procedimiento de selección (en cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades, concurrencia y transparencia, correlativos a los existentes en materia de Licitación Pública), y una amplia, previa y documentada difusión, posibilitando la participación ciudadana, en cumplimiento del principio de publicidad (que tiene su génesis en el art. 8° de nuestra Ley fundamental provincial, y es además coincidente con los que dirigen la Licitación Pública).

Asimismo, debe tenerse en cuenta que la difusión calificada a la que hace referencia el texto constitucional, no puede analizarse en forma aislada del art. 8° de la Carta Fundamental citado, que establece, bajo pena de nulidad, que todos los actos de Gobierno deben ser publicados, “...especialmente aquellos relacionados con la percepción e inversión de fondos públicos y toda enajenación o afectación de bienes pertenecientes al Estado provincial o a las municipalidades”.

Este condicionamiento de publicidad no es menor. En efecto, se ha sostenido respecto de este principio que es de raíz constitucional “porque la publicidad de los actos de los funcionarios públicos es una de las características de la forma republicana de gobierno, adoptada por el art. 1° de la ley fundamental” (Julio Rodolfo Comadira, “La licitación pública. Nociones-Principios-Cuestiones”, Ed. LexisNexis, 2006, pág. 107); y que “la importancia de este requisito es obvia. Tanto es así que se ha dicho que la ‘publicidad’ es la garantía de que todo se hará correctamente” (Marienhoff, ob. cit. T. III-A, pág. 202).

La estructura normativa reseñada evidencia que para el constituyente no fue suficiente instaurar el “principio de seleccionabilidad” del contratista del Estado, sino que además exigió que toda contratación que disponga bienes de su pertenencia, se efectúe en un marco de amplia difusión, bajo pena de nulidad, con el firme propósito de garantizar la participación ciudadana y cristalizar el principio de transparencia (obligatorio en las actuaciones del Estado merced a la Convención Americana Contra la Corrupción).

A la luz de lo expuesto, es evidente que la excepción dispuesta por el art. 1° de la Ley N° 774, se encuentra en pugna insuperable con la prescripción de nuestra Carta Magna Provincial, en tanto exige que las contrataciones del Estado se hagan mediante un procedimiento de selección, y no en forma directa.

Ahora bien, y dado que a tenor de sus prescripciones, la propia Ley cuya constitucionalidad se indaga, entendió que el principio general imperante en la materia era la licitación pública (pues de otra forma no lo

habría exceptuado), corresponde analizar brevemente la génesis del mismo, y su compatibilidad con la norma cuestionada.

A tal efecto, es oportuno rememorar que a instancias de las disposiciones de la Carta Fundamental, y luego de varios años de su vigencia se sancionó la ley N° 495 de “Administración financiera y sistemas de control del sector público provincial”, que derogó, conforme lo dispuso su art. 133, las normas existentes en materia de contrataciones y contabilidad con anterioridad a su dictado; cabe destacar que hasta su dictado, regía en la Provincia la Ley Territorial N° 6.

Ahora bien, con el nacimiento al mundo jurídico de la Ley Provincial N° 495, se derogó la citada Ley Territorial N° 6, con excepción del Título III, del Capítulo II, (contrataciones) y del Capítulo V, (gestión de los bienes), que justamente es la que regula la materia que tratamos, al disponer en su art. 25 (ubicado en el Título III “Contrataciones”, del Capítulo II) que: “Todo contrato será por licitación pública cuando del mismo se deriven gastos y por remate o licitación pública cuando se deriven recursos”.

Es decir, el legislador provincial al regular la materia que analizamos en el presente, tuvo en cuenta las previsiones de la Ley Territorial N° 6 en materia de contrataciones, y pese a ello mantuvo vigente las mismas, con el principio de licitación pública a la vanguardia, con lo cual un silogismo sencillo demuestra que dicho principio existe no sólo porque era el imperante en la normativa vigente en el Ex Territorio Nacional, sino que además fue objeto de una expresa ratificación por el legislador local.

Por tal motivo, y teniendo en cuenta que el concepto de regalías petroleras conforma uno de los recursos que integra el Tesoro Provincial (tal cual lo dispone el artículo 66° de la Constitución Provincial), su enajenación, en principio, debía efectuarse mediante licitación pública o sistema de selección que asegure la concurrencia de potenciales oferentes y una amplia, previa y documentada difusión, procedimiento establecido como principio en materia de contrataciones de nuestro sector público provincial.

Volviendo al análisis de la Ley N° 774 a la luz de las reglas y principios propios del derecho público, se advierte que al optarse por la contratación directa, se han vulnerado los principios cardinales, fundamentales o esenciales que rigen el procedimiento de la licitación pública. Tales principios son: el de publicidad, el de igualdad y el de concurrencia (conf. Miguel S. Marienhoff, “Tratado de Derecho Administrativo”, Ed. Abeledo-Perrot, 1998, T. III-A, pág. 200).

El principio de concurrencia u oposición adquiere vigencia cuando, mediante una adecuada publicidad, los eventuales oferentes tienen conocimiento del llamado a licitación y acuden para formular sus propuestas.

Por su parte, la importancia del principio de igualdad radica en que a través de ella se “excluye o dificulta la posibilidad de una colusión o de connivencia entre algún licitador u oferente y la Administración Pública, que desvirtúen el fundamento ético sobre el cual descansa la licitación y que junto con los requisitos de ‘concurrencia’ y ‘publicidad’, permite lograr que el contrato se realice con quien ofrezca mejores perspectivas para el interés público” (Miguel S. Marienhoff, ob. cit., pág. 204).

A lo recién expuesto cabe agregar que los principios de concurrencia e igualdad, tienen recepción normativa expresa en el art. 28° de la Ley de Contabilidad, en donde se indica que “El Poder Ejecutivo determinará las condiciones generales y particulares para las licitaciones de modo que favorezcan la concurrencia de la mayor cantidad posible de oferentes, el tratamiento igualitario de los mismos y el cotejo de ofertas y condiciones análogas”.

Para finalizar esta breve recorrida por los principios que rigen el procedimiento licitatorio, que como se verá en el capítulo siguiente fue exceptuado expresamente por la Ley N° 774 sin justificación valedera, cabe mencionar a la transparencia. Dromi le otorga jerarquía de principio porque, a su entender, “permite ver con claridad el actuar de los órganos de la Administración en la disposición y uso que se da a los fondos públicos en la contratación administrativa”; indicando además que este “Principio rector de la licitación pública, abarca respecto del actuar administrativo el cumplimiento irrenunciable de los principios de legalidad,

moralidad, publicidad, participación real y efectiva, competencia, razonabilidad, responsabilidad y control” (Roberto Dromi, “Licitación Pública”, Ediciones Ciudad Argentina, 1995, pág. 104/105).

Al regular la cuestión en los términos expuestos, las sanas prescripciones de nuestra Carta Magna provincial y su norma reglamentaria en materia de contrataciones, se insertan en un bloque constitucional armónico con las restantes constituciones provinciales que establecen una garantía similar, ya sea a través de un sistema de selección que permita una pluralidad de participantes como la nuestra, o bien haciendo referencia específica a la licitación pública (art. 174, Constitución de Catamarca; art. 67, Constitución de Chaco; art. 44, Constitución de Entre Ríos; art. 85, Constitución de Jujuy; art. 72, Constitución de la Rioja; art. 37, Constitución de Mendoza; art. 70, Constitución de Misiones; art. 224, Constitución de Neuquén; art. 98, Constitución Río Negro; art. 10, Constitución de Tucumán).

En este mismo sentido se ha orientado la normativa nacional (art. 9º, Ley Nacional de Obras Públicas N° 13.064; art. 24, Decreto Delegado N° 1023/01, entre otras) e incluso la internacional, por mencionar algunas, puede evocarse el art. 16 del Protocolo de Contrataciones Públicas del Mercosur; arts. 22-XXVII, 37-XXI y 175, Constitución de Brasil (citado por SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA, “Selección del contratista”, en obra colectiva “La Contratación Pública”, Dir. JUAN CARLOS CASSAGNE Y ENRIQUE RIVERO YSERN, Ed. Hammurabi 2006, T. I, p. 25/52, y DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, op. cit., T. II, págs. 661/680), y el art. 134 de la Constitución Mexicana (citada por JORGE FERNÁNDEZ RUIZ, “Los contratos administrativos y negocios jurídicos afines del ámbito federal mexicano”, op. cit., T. I, p. 167/205).

A luz de lo expuesto, es evidente que la Ley N° 774 no se ajusta a los preceptos constitucionales, desde que autorizó al Poder Ejecutivo a contratar directamente con la empresa Tierra del Fuego Energía y Química S.A., sin procedimiento de selección previo, caracterizado por una amplia y documentada difusión.

3-IV.- Al sancionarse la Ley N° 774, se tuvo presente que en la Provincia de Tierra del Fuego, en materia de contrataciones del Estado y merced a los postulados de la Ley Provincial N° 495 (que tal cual como se explicó mantuvo vigente el capítulo de contrataciones de la Ley Territorial N° 6), imperaba el principio de la licitación pública. No obstante lo cual, se instrumentó una excepción particular e individual invocando la “especialidad de la materia” y la “legislación nacional específica que resulta aplicable” (art. 1º).

La frase “especialidad de la materia”, en el contexto en que fue utilizada, resulta ambigua (según el Diccionario de la Real Academia Española: “Dicho especialmente del lenguaje: Que puede entenderse de varios modos o admitir distintas interpretaciones y dar, por consiguiente, motivo a dudas, incertidumbre o confusión”), y por ello inhábil para ser considerada como una excepción a la regla general de la licitación pública.

Esos mismos conceptos son directamente aplicables al segundo motivo invocado para exceptuarse de la regla general, cuando se remite -sin brindar mayores precisiones- a la “legislación nacional específica que resulta aplicable”.

No obstante ello, se advierte que la legislación nacional a la que se estaría haciendo referencia resulta ser la Resolución N° 232/2002 de la Secretaría de Energía de Nación, reglamentaria del art. 60º de la Ley N° 17.319. En ese sentido, se observa que al pedir la palabra el Legislador Raimbault momentos previos a que se convierta en ley el Asunto N° 580/08 (Poder Legislativo, Diario de Sesiones, Reunión N° 14, 9ª Sesión Ordinaria, págs. 19/26), hizo directa alusión a esa normativa.

Así, expresó textualmente -en lo que interesa para el tema en estudio-, que “la posibilidad de contratar, la libre disponibilidad de regalías en especies y de contratar directamente surge incluso a partir de la legislación legal vigente que existe en la Argentina. Pero esto además fue expresamente consultado a la Secretaría de Energía, que es la autoridad competente en la materia. El ministro Crocianelli, el día 2 de diciembre, expresamente le solicita al secretario de Energía: “La Provincia ha entendido apropiado para el encuadre jurídico del proyecto en cuestión y particularmente en lo relativo a la forma en que la Provincia coloca las regalías en especies en la operación que consta en la documentación referida, lo dispuesto por la

Ley 17.319 -artículo 60 y concordantes- y su reglamentación, tal el caso la Resolución Secretaría de Energía de la Nación N° 232 que reglamenta lo relativo al procedimiento aplicable a las regalías en especies. A su vez esta última resolución se estima modificada en cuanto a lo dispuesto por la conocida Ley Corta N° 26.197, en lo relativo a las facultades allí previstas para la autoridad de aplicación, aspectos que actualmente han de ser ponderados por la autoridad de aplicación de la Provincia. \ "Así las cosas se consulta si es razonable, válido y factible para la provincia de Tierra del Fuego proceder a la contratación o colocación directa de las regalías en especies, respecto de la empresa en cuestión, tal como consta en el acuerdo que se detalla en la documentación de referencia, sin que para ello sea requisito sine qua non la realización de un procedimiento licitatorio y si la Secretaría de Energía de la Nación tiene alguna objeción al respecto en cuanto a la forma en que la Provincia pretende aplicar la Resolución 232.\ ". La Secretaría de Energía contestó: \ "Al respecto cabe aclarar que, analizada la nota en cuestión, esta Secretaría de Energía encuentra que lo actuado por la Provincia en la aplicación de la Resolución Secretaría de Energía N° 232 del 23 de diciembre de 2002, se advierte ejercido dentro del ámbito de lo razonable y en conformidad con lo previsto en la normativa aplicable. En lo referente, exclusivamente, al proyecto mencionado en la nota, se trata de una cuestión de libre apreciación por parte de la autoridad de aplicación.\ ". La autoridad de aplicación expresamente validó la operación que intentó plantear el Gobierno de Tierra del Fuego”.

La conclusión a la que arriba el legislador respecto de la respuesta brindada por el funcionario de la Secretaría de Energía de la Nación (resaltada en el párrafo anterior), autoriza a formular las siguientes precisiones:

- a)- La opinión del citado funcionario no es vinculante (no obstante ser autoridad de aplicación en la materia, en el orden nacional).
- b)- En su respuesta no afirma que la contratación deba hacerse en forma directa obviando el proceso de licitación pública, tan solo admite esa posibilidad.
- c)- Si la Resolución N° 232/2002 impusiera la forma de contratación directa, iría en contra de las autonomías provinciales (arts. 5°, 121°, 123° y 124° de la Constitución Nacional).
- d)- La Resolución N° 232/2002 no impone una forma para los contratos, sólo reconoció la atribución de las provincias para contratar ellas de manera directa, es decir sin intervención de la Secretaría de Energía de la Nación.

A ello cabe agregar que el propio Secretario de Energía Daniel Cameron, días previos a la sanción de la Ley N° 774, habría ampliado esa primera opinión indicando entre otros conceptos que:

- “Le hemos contestado que como Provincia -siguiendo los procedimientos- pueden cambiar de recibir las regalías en dinero a especies pero después lo que la Provincia haga lo tiene que hacer con las reglas de la Provincia”.
- “Yo no se como estará encarando la Provincia este tema porque por algo es soberana. La realidad es que si uno tiene que interpretar la operación que están haciendo y esto compromete una serie de volúmenes de gas por años es una venta de un activo provincial y si hay un pago anticipado es una operación que puede tener razonabilidad pero no podría dictar o sugerir que se haga en base a una metodología que pueda imponerle la Nación”.
- “Es lo mismo que a alguien se le ocurra que podemos discutir salarios en Tierra del Fuego, desde lo privado uno puede opinar sobre como se realiza algo, no tenemos autoridad de aplicación para hacerlo, no nos vamos a poner a opinar sobre algo que tiene que resolver la provincia con su propia normativa” (noticia aparecida en el portal de internet “Sur54.com”, en fecha 18/12/2008, obrante a fs. 427/428 del Expte. N° 57/08 que en copia fue acompañado en forma conjunta con el escrito de inicio por el Sr. Fiscal de Estado).

Lo expuesto, por su claridad, releva de mayores comentarios en cuanto al alcance que corresponde darle a la nota que envió el funcionario nacional dando respuesta a las inquietudes formuladas por el Ministro

Crocianelli.

Más adelante en su discurso el Legislador Raimbault, haciendo referencia al “fomento de la actividad industrial”, sostiene que la Ley 6 “dice expresamente en el artículo 26, inciso 3), apartado “L” que se puede contratar directamente, en los casos de la venta de productos destinados al fomento económico. La venta de gas para industrializar en Tierra del Fuego es justamente la imposición constitucional de fomentar la industria en esta provincia sobre la industrialización de los recursos naturales”. Al respecto cabe señalar que si bien esa norma autoriza la venta directa de productos destinados a “fomento económico”, en su párrafo final establece como condición: “siempre que la misma se efectúe directamente a los usuarios”, situación que no se da en la especie, habida cuenta que la venta de gas natural que autoriza la Ley N° 774 no se efectuaría “directamente a los usuarios”, sino a una empresa privada.

Plantea luego que “Ley 6 establece otra excepción a la contratación directa, ¿saben cuándo no se hace contratación, aunque parezca una obviedad? cuando hay precio regulado. ¿Qué dice la Resolución 232° que como hay precio público en el mercado interno, contrate directamente, para qué va hacer una licitación, si esta va a llevar el precio que ya se lo determinaron anticipadamente, en esos casos la Ley 6 de Contabilidad dice expresamente que cuando se trate de bienes cuyos precios sean determinados por el Estado nacional o por el Territorio, no hay licitación...”.

Tampoco en este caso es acertada la argumentación. En efecto, la excepción prevista en el inciso m) del art. 26° de la Ley (t) N° 6 “Podrá contratarse...Directamente:...Cuando se trate de bienes cuyos precios sean determinados por el Estado Nacional..”, hace referencia a un precio único, que a la vez sea “tope”, o precio “máximo”. En el caso el Estado Nacional, liquidaba las regalías gasíferas a razón de U\$S 1,20 el millón de BTU, en tanto se pretendía vender el recurso a razón de U\$S 1,80 el millón de BTU (conf. Ley N° 774, art. 3°, inc. 1). Como se ve, la excepción prevista en la norma en estudio, no es aplicable en la especie.

En atención a lo expuesto en el presente capítulo y teniendo en cuenta que “El requisito previo de la licitación en los contratos públicos está fundado en razones elementales de conveniencia y ética administrativa por lo que la interpretación de las excepciones a dicho principio debe ser estricta y estar limitada por los fines perseguidos por la ley al establecer aquella exigencia con carácter general” (Procuración del Tesoro de la Nación, Dictamen 89:260, del 20/5/64), se concluye que las razones invocadas por el legislador: “especialidad de la materia” y remisión a la “legislación nacional específica que resulta aplicable”, no cuentan con la entidad suficiente para apartarse de la regla general de la licitación pública prevista por el art. 25° de la Ley de Contabilidad, reglamentaria del artículo 74° de la Constitución Provincial.

Las conclusiones arribadas son coincidentes con la postura actual de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la materia que nos convoca, por cuanto la misma precisa que las tratativas tendientes a la concreción de un contrato administrativo, sólo puede ser realizadas bajo las formas dispuestas por las normas vigentes, todo ello bajo pena de nulidad.

Pese a que luzca excesivamente rigurosa, esta es la doctrina actual de la Corte, y ha sido reiterada en numerosos precedentes (fallos: 323:1515 [“Más Consultores”]; 323:1841 [“Servicios Empresarios Wallabies”]; 323:3934 [“Ingeniería Omega”]; 329:809 [“Roberto Antonio Punte c/ Provincia de Tierra del Fuego”]), siendo actualmente también la doctrina de este Superior Tribunal, merced al criterio sentado en los autos: “J. Langer y Cía. S.R.L. c/ Municipalidad de Río Grande s/ cobro de pesos (ordinario)”, Expte. N° 440/01 STJ SR, sentencia del 28 de septiembre del año 2007).

4.- Por último cabe agregar que antes del dictado de la Ley N° 774 (sancionada el 23 de diciembre de 2008), los dos organismos de contralor de nuestra provincia expresamente se pronunciaron en contra de la posibilidad de llevar adelante el proceso de contratación directa que había iniciado el Gobierno Provincial con la empresa “Tierra del Fuego, Energía y Química S.A.”, prescindiendo de la licitación pública previa.

En ese sentido el Tribunal de Cuentas, en su carácter de órgano autónomo de contralor externo de la función económica-financiera de los tres Poderes del Estado (conf. art. 1°, Ley N° 50), en el Acuerdo Plenario N°

1690 de fecha 14 de noviembre de 2008 (que como se verá, fue puesto en conocimiento de los legisladores provinciales), resolvió: “ARTICULO 1°.- RECOMENDAR a la Sra. Gobernadora de la Provincia que, en el marco de la Competencia que a este Tribunal le corresponde analizar, y con los escasos elementos colectados, no se encuentran probadas las circunstancias fácticas que merituen un apartamiento de las normas de contratación dadas por el artículo 25 de la Ley Territorial N° 6. Por lo que en esta instancia se concluye que el proceso de contratación que se está llevando adelante en el marco del “Memorandum de Entendimiento”, y “Puntos Centrales del Acuerdo de Gas con la Provincia de Tierra del Fuego”, celebrado entre el Gobierno de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur y la firma “Tierra del Fuego Energía y Química S.A.”; debería llevarse a cabo por el procedimiento de remate o licitación pública, ello en aras de salvaguardar los intereses del Estado...ARTÍCULO 3°.- NOTIFICAR con copia certificada de la presente a la Sra. Gobernadora de la Provincia, a la Legislatura de la Provincia y al Sr. Fiscal de Estado de la Provincia” (fs. 9/10).

Por su parte el Sr. Fiscal de Estado, que como ya se destacó por manda constitucional tiene a su cargo el asesoramiento y control de la legalidad de los actos de la administración pública provincial y la defensa de su patrimonio (art. 167°, CPTDF), en fecha 17 de diciembre de 2008 se dirigió mediante Nota F.E. N° 833/08 a la Presidencia del Poder Legislativo Provincial y por su intermedio a los demás integrantes de ese Cuerpo (v. fs. 392/424, Expte. N° 57/08, que en copia fue acompañado en forma conjunta con el escrito de inicio), indicándole -en lo que interesa para el tema sub examine-, que “...el artículo 74° de la Constitución Provincia(l) dice: “Las contrataciones del Estado Provincial o de los municipios se efectuarán según las leyes u ordenanzas específicas en la materia, mediante el procedimiento de selección y una previa, amplia y documentada difusión” (lo destacado es propio del texto copiado). Comentando esa normativa, indicó a continuación que “En primer término vemos que nuestra máxima norma local, prescribe que las contrataciones del Estado Provincial se efectuarán según las leyes específicas en la materia, y ésta no es otra que la Ley Territorial N° 6 en el capítulo pertinente. Además se establece que deberá constituir un procedimiento de selección y preverse una previa, amplia y documentada difusión”; y más adelante concluyó que “...hemos visto como la constitución local refiere a una previa, amplia y documentada difusión, previsiones que claramente no se han visto cumplidas en el caso” (v. fs. 409 y vta., expte. cit.).

5.- A modo de epílogo. No debe pensarse en modo alguno que las normas citadas y analizadas en los párrafos precedentes buscan obstaculizar la labor de los restantes Poderes del Estado, por el contrario, lo que se intenta es defender los mecanismos objetivos puestos para garantizar la indemnidad del patrimonio público, y el acceso a los bienes del Estado en condiciones de igualdad.

Al analizar esta cuestión, el intérprete de las normas no debe soslayar que el patrimonio administrado es ajeno, y que el mismo pertenece en forma conjunta e indivisible a toda la sociedad, con lo cual garantizar procedimientos que restrinjan la discrecionalidad, no es más que brindar un cauce mínimo que permita, sino arribar a la decisión que mejor satisfaga el interés público, por lo menos acercarse lo más posible a ello.

El análisis Constitucional precedente no debe ser leído como una construcción valorativa que busque impedir u obstaculizar proyectos de promoción e inversión en nuestro ámbito Provincial. El test de constitucionalidad al que ha sido sometida la Ley N° 774 no contempla en ninguno de sus extremos tal posibilidad. No puede ni debe presumirse la inconsecuencia en el legislador constituyente, en tanto se advierta que la cláusula de progreso por la que se mandata promover el desarrollo y la inversión en la Provincia, no resulta absoluta, a punto tal que ella implique desconocer los mecanismos previstos en la misma Constitución para validar la voluntad de la administración.

El Principio de Seguridad Jurídica no debe ser interpretado en términos que solo importen observar la presencia de un “buen negocio” para la Provincia. No basta ni alcanza con predicar tal obviedad. Seguridad jurídica en este contexto importa justamente el cumplimiento del diseño Constitucional y la obligación positiva del Estado de promover ámbitos de relación en los que la promoción de espacios propicios para la inversión y desarrollo, a los que todos aspiramos como ciudadanos, no permitan la filtración de posibilidades de arbitrariedad en la toma de decisiones. En este sentido la Constitución está imponiendo un límite no negociable por parte de los Poderes del Estado.

Si, en cambio, seguridad jurídica solo significase analizar matemáticamente una determinada operación convencional entre la Administración y un particular y en consecuencia validarla en tanto arroje un resultado económico o financieramente ventajoso para la Provincia, al margen de su adecuada juridicidad, entonces es bien poco lo que la sociedad puede esperar de sus gobernantes, ya que el imperio del Principio de Legalidad se vería reemplazado por el de la buena voluntad de quienes circunstancialmente representan los intereses de todos.

El “voluntarismo”, al margen de las buenas intenciones que lo inspiren, ostenta el vicio originario de ser incapaz de perdurar más allá de la buena voluntad de sus autores o promotores. Ello es lo que explica la imposibilidad de la Administración de hacer con el patrimonio estatal lo que le plazca, no rigiendo aquí la autonomía de la voluntad que rige en el ámbito privado. La Administración solo puede realizar y ejecutar aquello que expresamente le está permitido hacer y la normativa que materializa el Principio de Legalidad, no solo debe cumplir el requisito de vigencia, su validez debe también estar inexorablemente presente.

Si las obligaciones Constitucionales de promoción, desarrollo e inversión están destinadas a perdurar en el tiempo y transponer fronteras generacionales, afianzando así el objetivo preambular de la Constitución Nacional, la garantía de que ello se efectivice debe poder combinar al mismo tiempo y en simultáneo su impulso e instauración respetando del diagrama Constitucional que se tuvo en miras para engarzarnos como un Estado soberano en el marco de una República. No es la norma en sí o su interpretación lo que se yergue como obstáculo de aquellas obligaciones, sino justamente su incumplimiento.

En un Estado Constitucional de Derecho, como en el que se pretende convivir, no pueden priorizarse objetivos Constitucionales con mengua de otros. Los Principios Constitucionales –Publicidad (art. 8° CP); Igualdad de Oportunidades (art. 14°, inc. 4°); Razonabilidad (art. 50° CP); Principio de Seleccionabilidad (art. 74° CP); Principio de Fomento (art. 81° CP) y Prohibición de Privilegios (art. 105° “in fine”)-, fueron consagrados para su coexistencia armónica, sin que resulte aceptable que unos sean más importantes que otros, o que algunos deban ceder su espacio de aplicación para que otros, más “fuertes”, hagan su aparición. Si así no fuera, si solo se tratase de que opere aquel principio que coyunturalmente tenga más poder, porque “las necesidades de promoción” lo justifica, entonces lo perdurable sería desplazado por lo efectivo; lo cierto sería subrogado por lo dudoso; la inestabilidad sería la regla y solo se trataría de depender (de) que los mejores economistas nos representen y que los “valores del mercado” estén de nuestro lado.

No se trata, en consecuencia, de contrastar eficiencia con juridicidad, se trata de que ambos extremos deben estar presentes. Y si lo primero constituye una legítima aspiración de quienes ostentan la augusta misión de administrar y gestionar un patrimonio ajeno, lo segundo implica el proceso o camino que ha sido fijado para que tal meta pueda ser alcanzada. Priorizando solo la eficiencia se corre el riesgo de frustrar para el futuro el contexto de seguridad que toda Política de Estado debe tener y maximizar el método en soledad, importaría vaciar de contenido la norma prevista para encauzar la voluntad estatal.

6.- En atención a los fundamentos dados, deviene abstracto pronunciarse respecto de la medida cautelar solicitada en su escrito de inicio por el Sr. Fiscal de Estado. Igual solución habrá de seguirse respecto de la presentación del Tribunal de Cuentas agregada a fs. 228.

7.- Por todo lo expuesto, he de proponer a los colegas que me siguen en el orden de votación desestimar la excepción de falta de legitimación activa opuesta por la parte demandada; rechazar la intervención en autos del Dr. Carlos D. Bassanetti en calidad de amicus curiae; decretar la inconstitucionalidad de la Ley N° 774; declarar la abstracción de la solicitud de medida cautelar incoada a fs. 14/20 por el Sr. Fiscal de Estado; y declarar la abstracción de la presentación del Tribunal de Cuentas obrante a fs. 228.

Así lo voto.

L

a Sra. Jueza María del Carmen Battaini dijo:

La modalidad de contratación que se aprueba con la sanción de la Ley N° 774 debe ser analizada en orden al derecho público vigente. De manera tal que la exigencia de un procedimiento de selección cumpliendo con los requisitos indicados por lo dispuesto en el artículo 74° de nuestra Constitución Provincial resulta ineludible.

Así lo establece no solamente la legislación local directamente aplicable al caso (art. 25, Ley (t) N° 6), sino también la amplia e incontrovertida doctrina administrativista que fue citada con precisión por el vocal preopinante.

En los términos expresados y de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 154° de la Constitución de la Provincia, adhiero brevitatis causae al voto del Dr. Muchnik.

El Sr. Juez Carlos Gonzalo Sagastume dijo:

El suscripto no puede más que compartir sin cortapisas el voto del distinguido colega ponente, pues las razones en que se sustenta la solución adoptada se corresponden con mi propio pensamiento. Resulta a todas luces insoslayable que la Carta Magna local lleva en su espíritu la interpretación que desarrolla con maestría y destreza el Dr. Javier D. Muchnik.

Cabe traer a colación que se yergue en forma cristalina la tormentosa cuestión -vexata quaestio-, que recae sobre las espaldas de un juez al declarar la inconstitucionalidad de una ley, ultima ratio en la matriz esquemática de la división de poderes, máxime teniendo en cuenta el sempiterno peligro de incursionar, en tal piso de marcha, en la esfera competencial de otro Poder del Estado; tal extremo de acuerdo a mi íntima convicción no se verifica en el caso puesto a sentenciar.

En igual cardinal al desarrollo dogmático del Juez Muchnik, estimo sumamente inconveniente disponer de los recursos del Estado Provincial sustrayéndose del cuadro regulatorio establecido por el derecho público local, o al margen del control que nuestra Ley Fundamental hubo de conferir al Tribunal de Cuentas de la Provincia. Ello sería, lisa y llanamente, dejar en el olvido la voluntad de nuestros constituyentes originarios a quienes debemos honrar.

Sin dudas, no se concibe en un estado de derecho -República-, la existencia de normas que no alienten los derechos, deberes y garantías consagrados por nuestra constitución, trocando tales preceptos por un dogma economicista, incompatible con el marco normativo mentado, y las leyes infra constitucionales enunciadas en los sólidos argumentos expuestos en el voto al que adhiero sin tapujos y en un todo.

Así voto.

Por todo lo expuesto y de conformidad -en lo pertinente- con el Dictamen del titular del Ministerio Público Fiscal obrante a fs. 207/215,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

RESUELVE:

1°.- DESESTIMAR la excepción de falta de legitimación activa opuesta por la parte demandada.

2°.- RECHAZAR la intervención en autos del Dr. Carlos D. Bassanetti en calidad de amicus curiae.

3°.- DECRETAR la inconstitucionalidad de la Ley N° 774.

4°.- DECLARAR la abstracción de la solicitud de medida cautelar incoada a fs. 14/20 por el Sr. Fiscal de Estado.

5°.- DECLARAR la abstracción de la presentación del Tribunal de Cuentas obrante a fs. 228.

6°.- MANDAR se registre, notifique en su despacho al Sr. Fiscal ante este Cuerpo, y con copia de la presente sentencia al Sr. Fiscal de Estado, a la parte demandada, al Dr. Carlos D. Bassanetti, y al Tribunal de Cuentas.

Fdo. Jueces: Battaini – Sagastume – Muchnik

TOMO LXVII F° 183/201.

??

??

??

??

1