

Ref.: Expediente N° 91-30.605/12-1001.
Cámara de Diputados remite nota N° 80.
Antecedentes del Convenio de Comodato y
Donación entre la Dirección de Aviación
Civil de la Provincia de Salta y Finca de La
Represa S.A.-

Salta, 3 de mayo de 2013.-

Señor Gobernador:

El Presidente de la Cámara de Diputados remitió las presentes actuaciones en cumplimiento de lo dispuesto por el cuerpo en la sesión ordinaria del día 13 de noviembre de 2012, con el objeto de que esta Fiscalía de Estado examine la regularidad del “Convenio de Comodato y Donación” celebrado el 7 de septiembre de 2007 entre la Dirección General de Aviación Civil (en adelante, DGAC) y la empresa “Finca de la Represa S.A.” (en adelante, FDRSA).

Como surge del ejemplar de la versión taquigráfica incorporada a fojas 2/3 de las presentes actuaciones (foliatura a la que se aludirá en lo sucesivo), el miembro informante, Diputado Matías Posadas, expresó que el pedido de remisión tenía como finalidad que este organismo asesor analice la legalidad del referido convenio de comodato; en su caso, la posibilidad de disponer su rescisión en sede administrativa y, finalmente, de configurarse, *prima facie*, un delito penal, se diera la correspondiente intervención al Ministerio Público.

Previa reseña de los antecedentes del caso, analizaré los aspectos mencionados en el orden precedentemente expuesto.

I.- RESEÑA DE LOS HECHOS

I.1. La causa penal

1.- La mencionada causa se inicia a raíz de la investigación preliminar abierta por la Fiscalía de Delitos Económicos Complejos en los autos caratulados “Legajo de Investigación FDEC-13-2012”, en los que por oficio del 19 de noviembre de 2012, se cursó notificación a la Fiscalía de Estado para que evaluara la oportunidad de constituirse como actor civil, en representación de la Provincia de Salta, ante la posible existencia de un detrimento patrimonial del erario provincial.

Como se expresa en el decreto que ordena la apertura de la investigación penal preparatoria -corriente a fs. 292-, el 7 de octubre de 2012, tomó estado público “...por medio de diversos medios de prensa que en los últimos días de vigencia del mandato de Juan Carlos Romero como gobernador de la provincia, más precisamente el 2 de noviembre de 2007, se emitió el decreto 3306/07 rubricado por el entonces vicepresidente primero del Senado Mashur Lapad, en ejercicio interino de la función de gobernador y el entonces Secretario General de la Gobernación Raúl Romeo Medina...”.

Mediante dicho acto administrativo, se expresa, fueron aprobadas diversas operaciones llevadas a cabo por la Dirección General de Aviación Civil, entre ellas -y en lo que hace al presente caso-, “...un convenio de comodato y donación, por veinte años, a la empresa La Represa S.A., de una fracción de 4200 mts 2 ubicada en el aeropuerto Salta”.

El acto promotor de la Fiscalía de Delitos Económicos Complejos añade que la operación de cesión inmobiliaria gratuita, fue suscripta "...por el entonces Director de Aviación Civil, Ricardo Funes y Juan Esteban Romero, hijo de quien al momento de la suscripción del instrumento y posterior aprobación por decreto, se desempeñaba como gobernador de la provincia..."; y que, además, "...en el lugar cedido en comodato (...) se construyó un hangar de uso aeronáutico con oficinas administrativas y técnicas que al día de la fecha aparece ocupado por otra empresa, 'Avionsur' ”.

La ocupación efectiva del espacio cedido en comodato, por una empresa distinta de la que se presenta en el contrato como comodataria (es decir, de "Finca de la Represa S.A."), se sostiene, resultaría acreditada por las propias expresiones del imputado Juan Carlos Romero en medios periodísticos, y de la verificación efectuada mediante "...una inspección realizada en el lugar".

En tales condiciones, en una valoración inicial de los hechos investigados, el Fiscal de Delitos Económicos Complejos realizó el correspondiente encuadre legal en los delitos previstos y reprimidos en los artículos 265 y 173, inciso 7, en función del artículo 174, inciso 5, del Código Penal -es decir, negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública y defraudación en perjuicio de la Administración Pública-, concretando la imputación provisional en contra de los señores Juan Carlos Romero, Juan Esteban Romero, Raúl Romeo Medina y Ricardo Funes.

Ello así, el acto promotor del Ministerio Público atribuyó a los imputados haber orientado la actividad del Estado "...para beneficiar al hijo del entonces gobernador y al gobernador mismo...", a

través de una “fachada”, que intentaba generar la apariencia de los requisitos que se necesitaban para ser adjudicatario de la concesión de uso del espacio público (conf. fs. 292 vta.).

2.- Por su parte, el 12 de diciembre de 2012, la Fiscalía de Estado formuló la correspondiente promoción de instancia de constitución como actor civil, en representación de la Provincia de Salta, con el objeto de reclamar que oportunamente se condene a los imputados a la restitución de la cosa obtenida por medio del delito y a la indemnización de los daños y perjuicios causados al Estado provincial (conf. artículo 30 del Código Procesal Penal).

El escrito de constitución se encuentra incorporado a fojas 407/417 de las presentes actuaciones.

3. Finalmente, el 23 de abril de 2013, el Fiscal de Delitos Económicos Complejos, Dr. Guillermo Akemeier, requirió la elevación de la causa a juicio. En la requisitoria, el fiscal interviniente concretó la imputación penal contra las siguientes personas:

* Juan Carlos Romero, ex gobernador y senador nacional en ejercicio, como autor de los delitos de negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública (artículo 265 del Código Penal) y administración fraudulenta en perjuicio de la Administración Pública (artículo 173, inciso 7, en función del artículo 174, inciso 5, del Código Penal), en concurso real;

* Raúl Romeo Medina, ex Secretario General de la Gobernación y concejal en ejercicio, como cómplice primario de los mismos delitos, en concurso real;

* Ricardo Funes, ex Director General de Aviación Civil, como cómplice primario de los mismos delitos, en concurso real; y,

* Juan Esteban Romero, presidente de “Finca de la Represa S.A.”, como coautor del delito de administración fraudulenta en perjuicio de la Administración Pública (artículo 173, inciso 7, en función del artículo 174, inciso 5, del Código Penal).

La requisitoria destaca que durante la investigación penal preparatoria, se constató “...en base a la inspección ocular y tomas fotográficas recogidas por el CIF, bajo directivas de esta Fiscalía, que en el lugar cedido a Finca de la Represa S.A., está instalado el hangar y las oficinas de Avión Sur S.A. (fs. 232/235 de carpeta de prueba)...”, lo cual evidencia -a criterio del representante del Ministerio Público- que “...desde un primer momento lo que se pretendía con la aprobación del comodato para Finca de la Represa S.A. y sus empresas asociadas, entre las que se contaba Avión Sur S.A., era que esta última sea la beneficiaria del espacio, lo que surge elocuente también de la Disposición N° 124 de la DGAC, por la que se aprueba la adjudicación a la empresa OIEL SA, los trabajos de ampliación del sistema de distribución eléctrica de la Dirección de Aviación Civil; donde consta que se planificó desde un principio la instalación de Avión Sur S.A., (obsérvese que en el plano o croquis del anteproyecto para el tendido de cables alimentadores, ya figuraba como *futuro Avión Sur S.A.* fs. 142 de carpeta de prueba)” (la cursiva en el original).

De conformidad con lo sostenido por el Fiscal de Delitos Económicos Complejos, la conducta delictiva se habría concretado “...por cuanto el ex Gobernador Juan Carlos Romero (...) desde su posición de dominio del equipo que tuvo a su cargo la preparación del Decreto

3.306/07, es decir Medina y Funes, buscó satisfacer su interés personal y el de sus familiares, junto a un familiar directo, Juan Esteban Romero, al efectivizar la adjudicación del espacio destinado a operaciones aeronáuticas en comodato a una empresa de la que es uno de los mayores accionistas”.

Es decir, que en el caso, “...se avanzó en una actividad de liberalidad con los bienes del Estado, con fines que coincidían con un interés particular del entonces Gobernador de la Provincia y de su familia”.

En la misma oportunidad, el representante del Ministerio Público señaló que “...en este caso Juan Carlos Romero tenía el dominio del hecho, es decir, era una de las personas que manejó el curso de los acontecimientos; en tanto preparó el proceso de adjudicación de un hangar en un predio del que disponía la Provincia, a una empresa en la que estaba directamente incluido como interesado. Este interés en la ejecución del hecho delictivo quedó en evidencia tras la apertura de la investigación preliminar, al incorporarse un dato de gran relevancia para entender que todo el armado de la adjudicación del derecho de uso se efectuó para beneficiar a Juan Carlos Romero; se trata de que este último actuó al principio de manera oculta, obteniendo la aprobación del comodato para Finca de la Represa S.A. y sus empresas asociadas, entre las que se encontraba Avión Sur S.A., y luego surgió ostensiblemente como el verdadero beneficiario cuando el hangar pasó a ser usado por la misma Avión Sur S.A., empresa cuya voluntad societaria domina por ser el titular de la mayoría del paquete accionario”.

Asimismo, el aludido funcionario sostuvo que “el carácter fraudulento que reviste la autoadjudicación dispuesta por Juan

Carlos Romero se pone en evidencia también en la metodología empleada para ocultar su condición de verdadero interesado en la disponibilidad del predio. Este ocultamiento surge de la interposición de la sociedad Finca de la Represa S.A., lo que tenía como objetivo principal, evitar que se advirtiera de manera simple, que era el entonces Gobernador el que quería el predio para operar su aeronave, lo que hubiera surgido de manera clara si se hubiera suscripto el convenio con Avión Sur. S.A., que es la firma directa y finalmente beneficiada con el acuerdo, de la que Juan Carlos Romero era accionista mayoritario”.

Con relación al menoscabo producido al erario provincial, se expresa que “...se verifica en la pérdida de disponibilidad de ese espacio, ya que no sólo no podrá operar con aeronaves propias sino que tampoco podrá cobrarle derechos de hangaraje al autoadjudicatario del espacio en cuestión...”, de tal manera que -concluye la requisitoria fiscal- “...se puede advertir, que el lucro dejado de percibir por la Administración Pública Provincial, en concepto de hangaraje por nave desde 2008 a la fecha ascendería a la suma de doscientos cincuenta y dos mil pesos (\$ 252.000)”.

I.2. El expediente de la Cámara de Diputados

1.- El 20 de noviembre de 2012 el Presidente de la Cámara de Diputados, Dr. Manuel Santiago Godoy, ante el pedido del cuerpo, remitió a la Fiscalía de Estado el expediente N° 91-30.605/2012 - corresponde 1001¹-, con el objeto de que este organismo asesor analice la regularidad del convenio de comodato y donación celebrado el 7 de septiembre de 2007 entre la Dirección General de Aviación Civil y “Finca

¹ Las mencionadas actuaciones han sido caratuladas como “Cámara de Diputados remite nota N° 80. Antecedentes del Convenio de Comodato y Donación entre la Dirección de Aviación Civil de la Provincia de Salta y Finca de La Represa S.A.”

de la Represa S.A.” y, en su caso, aconseje al Poder Ejecutivo su revocación. El presente dictamen se emite en el marco del citado expediente.

2.- En ese contexto, a fin de contar con mayores elementos acerca de los antecedentes que dieron origen a la contratación bajo examen, se estimó conveniente aguardar la producción de la prueba y el resultado que arrojará la investigación penal preparatoria, la cual culminó con la requisitoria de elevación de la causa a juicio efectuada por la Fiscalía de Delitos Económicos Complejos el 23 de abril de 2013.

I.3.- Los antecedentes de la contratación

1.- Según se desprende de ejemplar incorporado a fs. 95/98, el Convenio de Comodato y Donación tuvo como objeto la cesión gratuita del uso a la empresa denominada “Finca de la Represa S.A.” de un espacio de una fracción de terreno ubicada en el aeropuerto internacional “Martín Miguel de Güemes” de la ciudad de Salta, por el término de veinte (20) años.

Las partes establecieron la posibilidad de disponer la prórroga del convenio al vencimiento del plazo inicial, conforme con las limitaciones que surjan de la cesión de ese predio -realizada por el Estado Nacional- o con las modificaciones que en el futuro pudieran aplicarse al respecto (conf. cláusula número 5 del convenio citado).

La fracción cedida gratuitamente se encuentra ubicada al norte de la plataforma principal de la Dirección General de Aviación Civil, y sus dimensiones son: setenta (70) metros de frente hacia

el sur y contra frente hacia el norte, por sesenta (60) metros de fondo en sus laterales este y oeste, con acceso independiente por calle secundaria.

En el espacio entregado en comodato, la comodataria se obligó a construir un hangar de uso aeronáutico, con oficinas administrativas y técnicas, que sería donado a la Dirección General de Aviación Civil al término del contrato (conf. cláusula número 8).

2.- Cabe señalar que el predio en cuestión forma parte de un terreno que fue cedido a la Provincia de Salta, por convenio de cesión de uso celebrado con el Estado Nacional el 27 de mayo de 1997 y aprobado por la Ley Provincial N° 6.970, sancionada el 24 de febrero de 1998 y promulgada el 12 de marzo del mismo año (conf. fs. 107/111 y 113).

El artículo 7 de este último convenio establece que el Estado Nacional preservará por un lapso de treinta (30) años -con opción a prórroga por diez (10) años más- el derecho de libre y gratuito uso, administración y goce por parte de la Provincia de Salta de una determinada fracción de terreno, y señala expresamente que sobre ese inmueble e instalaciones la Provincia no podrá efectuar actividades de carácter comercial.

3.- Mediante la Disposición DGAC N° 104/2007, emitida el día 10 septiembre de 2007 -cuya copia se encuentra incorporada a fs. 26/27-, el ex Director General de Aviación Civil, Lic. Ricardo Funes, dispuso aprobar, *ad referéndum* del Poder Ejecutivo Provincial, el Convenio de Comodato y Donación suscripto con FDRSA.

De acuerdo con los fundamentos expresados en los considerandos del citado acto administrativo, la justificación de la

conveniencia pública para la celebración del contrato radicaría en el “notable beneficio económico” que obtendría la Provincia de Salta, derivado de la donación de las instalaciones a construirse en el predio “...en perfecto estado de conservación y uso...”, una vez finalizado el plazo del comodato.

Asimismo, se invocó que la medida dispuesta constituía un mecanismo destinado al “...fomento y promoción de la actividad aeronáutica”, posibilitando la participación de la empresa en la ejecución de la política del Estado provincial “...en materia de evacuaciones aeromédicas y de desarrollo de las conectividades aéreas en general” (conf. párrafos quinto y séptimo).

Finalmente, la autoridad contratante aludió al beneficio derivado de la generación de nuevos puestos de trabajo mediante la “...incorporación y capacitación de mano de obra técnica aeronáutica local fomentando también, en forma indirecta, la contratación de bienes y servicios ajenos a los estrictamente aeronáuticos (conf. párrafo séptimo, cit.).

4.- En este contexto, el 22 de noviembre de 2007 se dictó el Decreto N° 3.306/2007, suscripto por el Vicepresidente 1° de la Cámara de Senadores Mashur Lapad -en ejercicio interinamente del Poder Ejecutivo- y refrendado por el Dr. Raúl Romeo Medina en su carácter de Secretario General de la Gobernación, mediante el cual se ratifican -entre otros actos- las disposiciones DGAC N° 104/2007 y 124/2007 que aprueban el convenio de comodato con “Finca de la Represa S.A.” y la adjudicación a la empresa “OIEL S.R.L.” de la obra de ampliación del sistema de distribución eléctrica de la Dirección de Aviación Civil y nuevo suministro para hangares, respectivamente (conf. fs. 167).

II.- ANÁLISIS JURÍDICO DEL CASO

El análisis de los antecedentes incorporados a las presentes actuaciones permite concluir, que el convenio de comodato aprobado por la Disposición DGAC N° 104/2007, en cuya virtud se dispuso la cesión gratuita a FDRSA del predio situado en el aeropuerto “Martín Miguel de Güemes”, no encuentra justificación en la existencia de puntuales razones de interés público o social que hagan al bien común debidamente comprobadas y, por ende, que aconsejaran -en su momento- la celebración del referido acuerdo contractual.

En efecto, como será expuesto a lo largo del presente dictamen, en el caso se advierte la existencia de vicios graves en el objeto, causa, motivación y finalidad de la negociación contractual llevada adelante con relación al espacio público en cuestión, lo que torna necesario el dictado de un decreto que declare a dicho contrato lesivo a los intereses provinciales e instruya a Fiscalía de Estado la promoción de su anulación en sede judicial. Veamos.

A) Inexistencia de interés público: vicios en los elementos causa, finalidad y motivación

1.- La finalidad a la que debe propender todo acto administrativo, en cuanto manifestación legítima de la actividad estatal, es el bien común; y, por ende, también todo contrato administrativo debe celebrarse con miras a satisfacer el interés público. Con relación a ello, se ha señalado que la finalidad constituye la “razón” que justifica la emisión del acto².

² Conf. Gordillo, Agustín - Daniele, Mabel (Directores), *Procedimiento Administrativo*, Editorial LexisNexis, 2ª edición, Buenos Aires, 2006, pág. 132; Diez, Manuel M., *Tratado*

En la medida en que constituye un elemento esencial del acto administrativo, la finalidad -como expresa Gordillo- "...hallase ínsita en la propia índole de la actividad de la Administración, cuya acción siempre debe tener en cuenta el interés público y que es el resultado previsto legalmente como el correspondiente al tipo de acto que dicta y tendiente a satisfacer directamente o inmediatamente, el interés público. Por tanto, es la finalidad de la norma la que debe respetarse"³.

La relación de este requisito con el de la motivación es evidente, en tanto ésta no se limita a la exteriorización de la existencia de la causa, sino también de la finalidad del acto administrativo. Como afirma el citado autor, la inclusión de ésta última "...sirve al propósito de mostrar el resultado final que se espera lograr con el objeto del acto, con lo que permite controlar si existe desviación de poder"⁴.

2.- En el caso, la finalidad invocada por la Disposición DGAC N° 104/2007 para aprobar el convenio de comodato y donación, como se desprende de los respectivos considerandos del acto administrativo, consistió en que:

i) por una parte, al vencimiento del comodato la Provincia de Salta se vería beneficiada al adquirir por donación las instalaciones que se construyeran en el predio cedido, es decir un hangar con oficinas administrativas y técnicas, y obras civiles complementarias, en perfecto estado de uso y conservación (conf. considerando sexto); y,

ii) por otra parte, la actividad de la empresa comodataria contribuiría al fomento y promoción de la actividad

de Derecho Administrativo, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1961, t. I, pág. 211 y ss.

³ Conf. Gordillo, Agustín - Daniele, Mabel, *Procedimiento...*, ob. cit., pág. 132.

aeronáutica, posibilitando la participación de aquella en la ejecución de la política gubernativa en materia de evacuaciones aeromédicas y de desarrollo de las conectividades aéreas en general, además de generar nuevos puestos de trabajo mediante la incorporación y capacitación de mano de obra técnica aeronáutica local y la contratación, en forma indirecta, de bienes y servicios ajenos a los estrictamente aeronáuticos (conf. considerandos quinto y séptimo).

Ahora bien; del análisis de lo actuado y de las constancias que obran incorporadas en el expediente se concluye con suficiente convicción que las razones de interés general invocadas en la Disposición DGAC N° 104/2007 resultan aparentes y, como se verá en su momento, encubren la verdadera finalidad de beneficiar a una empresa vinculada directamente al ex gobernador Juan Carlos Romero.

3.- Con relación al fin descripto en el precedente punto i), cabe señalar que el convenio de comodato, otorgado por un término 20 años, fue celebrado cuando ya habían transcurrido 10 de los 30 años por los cuales la Provincia de Salta, a través del convenio celebrado con el Estado Nacional, había obtenido el derecho de libre y gratuito uso, administración y goce de la fracción mayor de terreno que comprende la parcela entregada en comodato (conf. artículo 7, convenio cit.).

Es decir que el término del comodato otorgado a FDRSA coincide prácticamente con el plazo en el que la Provincia de Salta extingue su derecho a tener el bien, lo que convierte en ilusoria la posibilidad declarada en el contrato de que el Estado provincial se beneficie con el uso de las instalaciones construidas en el aeropuerto internacional "Martín Miguel de Güemes". De modo que el pretendido

⁴ Conf. Gordillo, Agustín - Daniele, Mabel, *Procedimiento...*, ob. cit., pág. 133.

“beneficio económico”, derivado de la recepción del hangar e instalaciones complementarias a la finalización del comodato, no se configura en el caso, pues -en los hechos- la Provincia no tendrá la posibilidad de usar esas instalaciones.

Ello es así, aun cuando el convenio con el Estado Nacional prevé la posibilidad de disponer una prórroga por diez (10) años más, pues además de constituir una circunstancia del todo aleatoria que puede o no sobrevenir, también se estableció que el convenio con “Finca de la Represa S.A.” podrá ser prorrogado al vencimiento del término inicial del comodato conforme a las limitaciones que pudieran surgir en relación a la cesión del espacio a la Provincia, por parte del Estado Nacional.

De tal manera, se advierte que en el caso se implementó un mecanismo para que la empresa comodataria tuviera el uso gratuito del espacio público y realizara allí sus actividades, durante todo el tiempo en que ese terreno estuviera bajo la custodia, administración y goce de la Provincia de Salta, con lo que ésta, reitero, no podrá beneficiarse del uso de las instalaciones a construirse por parte de la comodataria.

4.- Con relación al fin descrito en el precedente punto ii), no se encuentra debidamente acreditado que FDRSA realice efectivamente actividades directamente vinculadas con la actividad aeronáutica, ni que haya promovido otras destinadas a desarrollar - conforme con el propósito establecido en la Disposición DGAC N° 104/2007- “evacuaciones aeromédicas” o “conectividades aéreas en general”, ni mucho menos que haya contribuido a generar el empleo de mano de obra local especializada en las condiciones descriptas en el contrato.

En efecto, no se ha podido acceder a una copia del estatuto de dicha sociedad pues, tal como surge de la nota de fecha 6 de noviembre de 2012 -incorporada a fs. 253-, el Juzgado de Minas y en lo Comercial de Registro de la Provincia de Salta informó que en ese tribunal no se registra, al presente, la denominación societaria “Finca de la Represa S.A.”

En igual sentido, el Director General de Inspección de Personas Jurídicas informó, mediante nota N° 2.356/12, de fecha 15 de noviembre de 2012, que “Finca de la Represa S.A.” no se encuentra registrada en ese organismo provincial (conf. fs. 349).

A su vez, de los antecedentes remitidos por la Dirección General de Aviación Civil a la Cámara de Diputados, conteniendo -como se indica en la nota incorporada a fs. 9- “toda la documentación existente” en ese organismo vinculada con la contratación, surge que al momento de contratar, la autoridad administrativa tampoco requirió a la comodataria una copia del estatuto social.

En su lugar, sí consta en dichas actuaciones que para acreditar la personería (conf. el Anexo I corriente a fs. 100/105 y vta.), se acompañaron copias certificadas de las actas de reunión de Directorio N° 33 -de fecha 4 de septiembre de 2006- y de Asamblea N° 12 -del 1° de septiembre de 2006-, de las que resulta que los accionistas de FDRSA son las sociedades “Blaim Holding Corporation S.A.” y “Avión Sur S.A.”.

Esta última circunstancia tiene relevancia respecto al examen sobre la legalidad de la Disposición DGAC N° 104/2007, toda vez que permite considerar con suficiente convicción que la verdadera

finalidad del comodato habría sido posibilitar, a través de la presencia formal de FDRSA, la utilización gratuita del espacio público por parte de la empresa “Avión Sur S.A”, cuyo paquete accionario pertenecía en una proporción del 51% al entonces gobernador en ejercicio. Volveré sobre este aspecto del análisis en el siguiente punto B), al referirme a la finalidad oculta de la contratación y al vicio que la torna irregular por desviación de poder.

5.- Cabe dejar aclarado aquí, por resultar de importancia para el presente análisis acerca de la legitimidad del convenio celebrado, que la situación de FDRSA no resulta, en modo alguno, idéntica o equiparable a la de las empresas “Minera del Altiplano S.A.”, cuyo comodato fue ratificado por el Decreto N° 3.307/1999, y “Andes Líneas Aéreas S.A.”, cuyo comodato fue ratificado por el Decreto N° 3.306/2007.

En ambos casos, si bien los contratos de comodato firmados con esas empresas contienen cláusulas similares al celebrado con FDRSA, es muy distinta la situación de las otras dos comodatarias, en tanto las actividades de aquellas sí revisten una manifiesta importancia estratégica para la Provincia de Salta y generan actividades y servicios de marcado interés social o general.

6.- En efecto, en el caso de “Minera del Altiplano S.A.”, son más que elocuentes los considerandos del Decreto N° 3.307/1999 en tanto de allí surge que:

i) la contratación se realizó previo análisis de la igualdad económica del contrato para las partes, habiendo intervenido para ello la Dirección General de Asuntos Legales y Técnicos;

ii) la contratación se efectuó teniendo en cuenta que se trata de una empresa minera radicada en Salta, que genera más de ciento ochenta (180) puestos de trabajo y que pretende asentarse definitivamente en la provincia como centro de sus operaciones en el área;

iii) se otorgó el comodato como fomento y promoción de una empresa cuya actividad se consideró prioritaria para el estado provincial, conforme a las leyes promocionales vigentes en la materia: la minería como actividad privada de interés público, encuadrándose la contratación en los convenios de colaboración previstos en el artículo 1º del Decreto N° 1.448/96, (texto ordenado por el Decreto N° 1.658/96)⁵; y

iv) intervino el Tribunal de Cuentas de la Provincia, garantizando así la transparencia en la contratación y que la misma es ajustada a derecho.

7.- Respecto de “Andes Líneas Aéreas S.A.”, es de público conocimiento que entre esa empresa y el Estado provincial existe una alianza estratégica, vinculada principalmente con la ejecución de las políticas públicas en materia de conectividad aérea y desarrollo turístico, orientada a posicionar a la Provincia de Salta como uno de los principales destinos de la República Argentina.

Ello surge de numerosos instrumentos en los que se acuerdan servicios de vuelos regulares (especialmente en los tramos Salta - Buenos Aires - Salta), y se procura el desarrollo de nuevas rutas

⁵ Para el citado precepto reglamentario, estos convenios de colaboración son aquellos celebrados por la Administración con particulares “...que tengan por objeto fomentar la realización de actividades privadas de interés público”. Como se advierte, siempre la finalidad de la contratación administrativa es la consecución de fines de interés general o social, y nunca la simple satisfacción de una finalidad particular.

aéreas ante "...la necesidad inminente de contar con un servicio especial de vuelos que permita ampliar las rutas y unir a Salta con nuevos destinos de relevancia turística, a fin de seguir posicionando a la provincia a nivel nacional e internacional", tal como se expresa en los considerandos del Decreto N° 3.623/2007 por el que se aprueba el convenio de colaboración celebrado entre la ex Secretaría de la Gobernación de Turismo y la empresa aérea.

La misma finalidad puntualizan, por su parte, los considerandos que motivan el dictado de los decretos 1.832/2007; 3.560/2007; 3.1052/2009 y 423/2010, entre otros, en los cuales el Estado provincial ha ratificado las razones de interés público que aconsejan profundizar las medidas destinadas a promover, en beneficio de la comunidad, los servicios aéreos que presta la mencionada línea comercial⁶.

En consecuencia, del contexto global de las actuaciones analizadas, surge un claro interés público en la actividad que desarrolla la empresa aérea en la Provincia de Salta, en los servicios que presta a sus habitantes y en su importante aporte a la conectividad aérea en general y para el turismo y el desarrollo local en particular, por lo que el comodato celebrado, en su caso, aparece justificado en puntuales razones de interés público⁷.

8.- Por el contrario, ninguna de estas razones de bien común concurren en el convenio celebrado entre la DGAC y FDRSA,

⁶ Siguiendo la misma línea, el Decreto N° 2.798/2012 destaca en sus considerandos que "...resulta beneficioso para la comunidad seguir contando con los servicios que brinda la mencionada aerolínea, instando la celebración de una alianza estratégica..."

⁷ En efecto, los antecedentes de la relación entre el estado provincial y "Andes Líneas Aéreas S.A.", ponen de manifiesto la importancia de asegurar una alianza con dicha empresa, orientada a fortalecer la conectividad aérea de Salta (con Buenos Aires y otros destinos turísticos importantes del país), con todos los beneficios promocionales y de fomento, fundamentalmente económicos que ello implica.

pues ni se encuentra acreditado que ésta realice efectivamente actividades aeronáuticas estratégicas, ni que preste servicios de transporte aeromédico a los ciudadanos de la Provincia de Salta, ni que brinde actividades destinadas a desarrollar las conectividades aéreas en general, o alguna otra actividad verificable vinculada al cumplimiento del interés general que justificasen el otorgamiento del uso gratuito de bienes públicos.

No se verifica así, en el presente caso, una correlación lógica entre el presupuesto de hecho y el contenido del convenio celebrado en función de la finalidad legalmente prevista para este tipo de negocios jurídicos⁸.

Es oportuno recordar, en este aspecto, que todo acto o contrato administrativo, "...sea que su emisión responda al ejercicio de una actividad reglada o de una actividad discrecional, debe basarse siempre en hechos ciertos, verdaderos, existentes en el momento de emitirse el acto. De lo contrario resultaría viciado por falta de causa o motivo"⁹.

Por esta razón, y a diferencia de los actos privados, en los actos administrativos negociables será siempre relevante que la decisión adoptada encuentre su justificación en una cierta situación de hecho, es decir que atienda primordialmente a la existencia misma de la causa legal¹⁰, la cual debe referirse a circunstancias perfectamente verificables¹¹.

⁸ Conf. Bandeira de Mello, Celso A., *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros Editores, 25ª edición, Brasil, 2008, pág. 400.

⁹ Conf. Superior Tribunal del Chaco, causa "Spasoevich Hnos. SRL c. Provincia del Chaco", sentencia del 31 de mayo de 1982, ED, 102-565.

¹⁰ Conf. Parada, Ramón, *Derecho Administrativo*, Marcial Pons, 4ª edición, Madrid, 1992, t. I, pág. 123.

¹¹ Conf. Comadira, Julio R., "El acto administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos", La Ley, Buenos Aires, 2006, pág. 36 y ss.

A la luz de lo expuesto, cabe concluir en que las circunstancias y antecedentes fácticos y jurídicos invocados para justificar la celebración del comodato se presentan, en un análisis preliminar, como materialmente inexistentes o falsos¹², por lo que el convenio celebrado con FDRSA aparece gravemente viciado en el elemento causa, lo que provoca su nulidad en los términos de los artículos 35, 61, inciso c), 69 y 72 de la Ley de Procedimientos Administrativos.

9.- Asimismo, lo expuesto descalifica por completo los motivos esgrimidos en la Disposición DGAC N° 104/2007, habida cuenta de la inexistencia de un interés general o social que autorizara el otorgamiento a título gratuito del uso de bienes públicos.

En efecto, la motivación del acto administrativo, consiste en aquella fundamentación fáctica y jurídica mediante la cual la Administración intenta demostrar la legitimidad y oportunidad de su decisión, transformándose así en el principal punto de partida para el inicio del control de legitimidad¹³.

Como ha señalado García de Enterría, motivar un acto administrativo "...es reconducir la decisión que en el mismo se contiene a una regla de derecho que autoriza tal decisión o de cuya aplicación surge. Por ello motivar un acto obliga a fijar, en primer término, los hechos de cuya consideración se parte y a incluir tales hechos en el supuesto de una norma jurídica; y, en segundo lugar, a razonar cómo tal

¹² En efecto, para la doctrina mayoritaria la causa del acto administrativo se refiere a aquellas circunstancias y antecedentes -fácticos y jurídicos- que justifican su dictado (conf. Cassagne, Juan C., *Curso de Derecho Administrativo*, La Ley, 10ª edición, Buenos Aires, 2011, t. I., pág. 614). Es la situación objetiva de hecho o de derecho que existe en la base del acto y que aparece impuesta como requisito esencial por el artículo 35 de la Ley de Procedimientos Administrativos N° 5.348. Esta es, asimismo, la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación (conf. Dictámenes, 197:182, entre otros).

¹³ Conf. Tawil, Guido S., *Administración y Justicia*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993, t. I, pág. 341.

norma jurídica impone la resolución que se adopta en la parte dispositiva del acto”¹⁴.

Ello así, advierto con claridad que la Disposición DGAC N° 104/2007 carece de una adecuada motivación, pues las razones expresadas para justificar la celebración del convenio de comodato con FDRSA se exhiben como aparentes al encontrarse en discordancia con el ordenamiento jurídico aplicable; en el caso, con el artículo 22 del Régimen Legal de Control del Patrimonio del Estado Provincial instituido por el Decreto N° 7.655/72 -texto según el Decreto N° 1.372/05-, en cuanto exige como condición de validez que el préstamo gratuito del bien se funde “...en razones de interés público o social que hagan al bien común debidamente comprobadas”¹⁵.

10.- De lo expuesto hasta aquí, surge manifiesto en mi criterio, que la verdadera finalidad perseguida con la celebración del convenio de comodato consistió en sustraer el bien público para posibilitar su aprovechamiento gratuito por parte de la empresa “Avión Sur. S.A.” y, por ende, para beneficiar directamente al propio ex gobernador Juan Carlos Romero. A ello me referiré a continuación.

B) La finalidad oculta de la contratación: el vicio de desviación de poder

1.- Como se ha visto, al momento de acreditarse la personería de la empresa comodataria (conf. el Anexo I corriente a fs. 100/105 y vta.), se acompañaron copias certificadas de las actas de reunión

¹⁴ Conf. García de Enterría, Eduardo - Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, 5ª edición, Madrid, 1991, t. I, pág. 549.

¹⁵ El Decreto N° 7.655/1972 constituye una norma reglamentaria por cuanto regula un supuesto de hecho abstracto que produce efectos jurídicos generales e indeterminados,

de Directorio N° 33 -de fecha 4 de septiembre de 2006- y de Asamblea N° 12 -del 1° de septiembre de 2006-, de las que resulta que los accionistas de FDRSA son dos sociedades: “Blaim Holding Corporation S.A.” y “Avión Sur S.A.”.

Esta participación societaria resulta significativa y permite aseverar que la verdadera finalidad del comodato ha sido, desde el inicio, posibilitar a través de la presencia formal de FDRSA la utilización gratuita del espacio público por parte de “Avión Sur S.A”, cuyo paquete accionario pertenecía mayoritariamente al entonces gobernador en ejercicio Juan Carlos Romero.

2.- En efecto, de acuerdo con las constancias incorporadas a la Averiguación Preliminar N° 09/2012 impulsada por la Fiscalía de Delitos Económicos Complejos -que diera lugar a la formación de la causa penal N° 102.884/12, antes citada-, a las que este organismo tuvo acceso en virtud de la notificación efectuada en fecha 19 de noviembre de 2012, el espacio dado en comodato se encuentra efectivamente ocupado por la firma “Avión Sur S.A.” (en adelante, ASSA).

Así resulta, entre otras, de las siguientes constancias judiciales:

i) del informe técnico elaborado por el Centro de Investigaciones Fiscales (CIF) de fecha 9 de noviembre de 2012 y de las fotografías agregadas al mismo (fs. 268/271);

ii) de las constancias de las actas de Asamblea y de Directorio de la empresa “Avión Sur S.A.” que dan cuenta del cambio de

sin consideración a las singularidades o subjetividades de los casos a los que alcance.

jurisdicción y domicilio a su actual emplazamiento en la ciudad de Salta (conf. fs. 354, 356 y 372/375);

iii) de la Resolución N° 60/09 de la Inspección General de Personas Jurídicas (IGPJ) por la que se aprueba el nuevo domicilio en esta jurisdicción (fs. 350/351); y,

iv) de la declaración testimonial del Director de Aviación Civil, realizada ante la Fiscalía de Delitos Económicos Complejos el día 14 de noviembre de 2012, donde dicho funcionario público señala que la firma “Avión Sur S.A.” tiene su hangaraje en el predio dado en comodato (conf. fs. 250/251).

3.- Al respecto, destaco que ASSA no es comodataria del referido espacio público, pues carece del correspondiente título jurídico, otorgado por el Poder Ejecutivo mediante un acto administrativo expreso en los términos establecidos por el artículo 22 del Régimen Legal de Control del Patrimonio del Estado Provincial instituido por el Decreto N° 7.655/72, según el texto incorporado por la reforma introducida mediante el Decreto N° 1372/05 suscripto, entre otros funcionarios, por el ex gobernador Juan Carlos Romero y el entonces Secretario General de la Gobernación Raúl Romeo Medina.

De conformidad con el citado precepto normativo, en efecto, “...solamente por decreto del Poder Ejecutivo, podrán otorgarse bienes en comodato o arrendarse a otras personas, debiendo estar fundado el instrumento en razones del interés público o social que hagan al bien común debidamente comprobadas”.

Conf. García de Enterría, Eduardo – Fernández, Tomás R., ob. cit., t. I, pág. 201 y ss.

En el presente caso, hago notar que quien suscribe el convenio de comodato de la fracción del inmueble correspondiente al aeropuerto internacional “Martín Miguel de Güemes” -como surge del contrato aprobado por la Disposición DGAC Nº 104/2007- es la empresa denominada “Finca de la Represa S.A.”, representada por su Presidente Juan Esteban Romero, hijo del gobernador en ejercicio al momento de firmarse el instrumento contractual, lo que torna ilegal la cesión gratuita del bien por resultar incompatible con la correcta administración del patrimonio del Estado y, además, de objeto inmoral. Analizaré este aspecto con mayor detenimiento más adelante.

En las condiciones expuestas, la ocupación del espacio cedido en comodato por una persona jurídica distinta de aquella con la que el Estado provincial entendió suscribir el respectivo contrato (en el caso, “Finca de la Represa S.A.”), torna ilegítimo el uso gratuito del inmueble por parte de la empresa “Avión Sur S.A.”¹⁶.

Cabe recordar, en ese orden de cosas, que la prohibición de ceder y de subcontratar sin la autorización expresa de la Administración constituye un principio rector en materia de contrataciones administrativas. Estas prohibiciones o limitaciones corresponden a la naturaleza de los contratos administrativos. Es decir, que ellas existen por sí mismas, sin que sea necesario incluirlas en el respectivo instrumento contractual¹⁷.

En el presente caso, por lo demás, el propio convenio firmado por FDRSA, en su cláusula 10, prohíbe en forma expresa la cesión a terceros sin la previa autorización de la Dirección de Aviación

¹⁶ Conf. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 4ª. edición actualizada, 1998, t. III-A, pág. 317.

¹⁷ Conf. Marienhoff, Miguel S., ob. cit., t. III-A, pág. 317.

Civil, autorización que no consta que se hubiese dado, aun cuando, por tratarse de un comodato, exigía el dictado de un decreto otorgándolo o ratificando la cesión de conformidad con las disposiciones del artículo 22 del Régimen Legal de Control del Patrimonio del Estado Provincial, ya citado.

4.- No obstante y si se pretendiese interpretar - como parecen sugerirlo las declaraciones del señor Juan Carlos Romero incorporadas a fs. 298/299- que existiría una identidad de hecho entre ambas sociedades anónimas, no puede omitirse que ello es inadmisibile en virtud del principio de diferenciación de la personalidad jurídica que rige en materia societaria¹⁸ y que el ex gobernador, ya con anterioridad a la suscripción del contrato de comodato con FDRSA (en el mes de septiembre de 2007), revestía el carácter de propietario del 51% del paquete accionario de "Avión Sur S.A." -accionista de aquella otra sociedad-, de modo que el comodato lo beneficiaba en forma directa e incompatible con el desempeño de la función pública.

En efecto, la calidad de accionista del ex gobernador se encuentra incontrovertiblemente acreditada con los siguientes antecedentes incorporados a la Averiguación Preliminar FDEC N°09/2012, a saber:

i) Acta de Directorio N° 43 de "Avión Sur S.A.", de fecha 3 de septiembre de 2001, donde se propone el aumento del capital mediante los aportes efectuados por el señor Juan Carlos Romero y por la firma "Horizontes S.A." -propietaria del diario "El Tribuno" y, asimismo, propiedad del ex gobernador y de su familia-, moción que es aprobada por unanimidad conforme surge del Acta de Asamblea N° 12, del 19 de

septiembre de 2001 (fs. 387/389). Cabe señalar que desde la integración de dicho aumento de capital, Juan Carlos Romero es titular del 51% de las acciones de la empresa;

ii) Acta de Asamblea N° 20, de fecha 30 de marzo de 2007 -es decir, pocos meses antes de la suscripción del comodato que nos ocupa-, de la que participó el señor Juan Carlos Romero en su carácter de socio (fs. 361/363). Es más, del libro del depósito de acciones de la citada Asamblea, se evidencia que el ex gobernador es socio por el 51% de las acciones de la sociedad;

iii) Acta de Asamblea Ordinaria N° 21, del 5 de febrero de 2008 -es decir, pocos meses posteriores a la aprobación del comodato-, y de su respectivo registro de asistencia, donde consta que la situación societaria se mantiene igual (fs. 367/370);

iv) Acta de Asamblea N° 22, del 29 de febrero de 2008 y de su respectivo registro de asistencia, donde consta que la situación societaria se mantiene igual (fs. 372/375); y,

v) finalmente, Acta de Asamblea N° 24, del 12 de mayo de 2009, por la que se aprueba por unanimidad el traslado y cambio de jurisdicción de la sede social a la provincia de Salta, "...estableciéndose como domicilio de la sociedad el de Ruta 51 km 6, Aeropuerto Internacional Salta". Dicho domicilio, cabe destacar, no es otro que el predio objeto del comodato otorgado a la "Finca de la Represa S.A." (conf. las constancias de fs. 356/357).

¹⁸ Conf. artículo 2º de la Ley de Sociedades Comerciales y Libro Primero, Sección Primera, Título I del Código Civil, en especial, el artículo 39 y concordantes.

A la luz de estos antecedentes, se advierte la desnaturalización del fin público exigido por el ordenamiento jurídico, materializada en la cesión gratuita del bien a una empresa directamente vinculada a la familia del ex gobernador Juan Carlos Romero (como es FDRSA) y que en los hechos, además, beneficia a otra empresa (como es ASSA) de la que el propio ex primer mandatario era accionista mayoritario al momento de celebrarse el contrato, sin encaminarse a la satisfacción de un interés general cierto, real y verificable.

Ambas circunstancias, sea que se las considere en forma individual o conjuntamente, producen la irregularidad del comodato aprobado mediante la Disposición DGAC N° 104/07 por la presencia de vicios graves en su objeto, causa y finalidad.

5.- Por su carácter público, el contrato administrativo no puede apartarse de la finalidad que surge de las normas que otorgan las facultades pertinentes al órgano que lo suscribe. La incidencia del contrato público en la realización del interés general al que deba servir la Administración es el factor determinante de la existencia de un régimen jurídico peculiar de la contratación de ésta.

Se sostiene, en ese sentido, que la relación entre contrato e interés general se desarrolla en diferentes planos, y entre ellos, por de pronto, el de la conexión entre el objeto del contrato y la necesidad pública a cubrir con el recurso a la contratación¹⁹. En aplicación de tales conceptos, el artículo 34 de la Ley de Procedimientos Administrativos establece que los agentes estatales deben actuar para cumplir el fin de la norma que les otorga sus atribuciones, sin poder perseguir con el dictado del acto otros fines, públicos o privados, salvo el del buen servicio en caso

de silencio de la ley respecto de fines de la competencia que se le otorga al órgano en cuestión.

De ahí que el artículo 61, inciso c), del mismo régimen legal, disponga que el vicio es grave -y, por ende, determinante de la nulidad del acto que lo padece- si transgrede los principios establecidos en los artículos 34 y 35 relativos a la finalidad y a la causa, respectivamente.

La actividad contractual debe tener como única finalidad la consecución del interés general, sin que existan en este ámbito matices interpretativos o un margen de discrecionalidad para el decisor. “En definitiva, al analizar este elemento solamente es necesario preguntarse ¿Se satisface con el dictado del acto el interés general? Y la respuesta no admite matices: se satisface o no el interés general”²⁰.

Si, por el contrario, el contrato persigue un fin distinto del previsto por las normas que habilitan su celebración, contiene un vicio en la voluntad de la emisión del acto -relacionado con la finalidad-, tradicionalmente denominado “desviación de poder”. Con relación a ello se señala que una decisión administrativa está viciada de desviación de poder, cuando la autoridad que la ha tomado ha obrado en vistas a un fin distinto de aquel para el cual le ha sido conferido el poder de tomarla²¹.

Desde esta perspectiva es evidente que el comodato aprobado por la disposición 104/2007 posibilitó, desde el inicio, que la empresa “Avión Sur. S.A.” se beneficiara con el uso gratuito del predio sin

¹⁹ Conf. Parejo Alfonso, Luciano, *Lecciones de derecho administrativo*, Tirant lo Blanch – Universidad Externado de Colombia, 3ª edición revisada y actualizada, 2011, pág. 451.

²⁰ Conf. Barraza, Javier Indalecio, “Finalidad del acto administrativo y la desviación de poder”, *La Ley* 2012-B, pág. 1053.

que existieran razones de interés público o general que justificaran la contratación, y cuando en tal situación, hubiese correspondido que la Dirección General de Aviación Civil cobrase un canon por el hangaraje de aviones particulares. Precisamente, la Resolución N° 93-D, del 3 de abril del 2007, dictada por el entonces Secretario General de la Gobernación Raúl Romeo Medina -imputado en la causa penal citada-, contempla en forma expresa el precio por hangaraje por cada aeronave. Dicho acto administrativo, cabe señalar, actualiza los montos de las tarifas por los servicios aeronáuticos en la Dirección de Aviación Civil establecidos, entre otras, por la Resolución N° 282-D, del año 2000, dictada por la ex Secretaria General de la Gobernación Sonia M. Escudero.

En ese sentido, son elocuentes las consideraciones efectuadas en el informe de auditoría financiera y de legalidad realizado por personal técnico de la Auditoría General de la Provincia, el 5 de diciembre de 2003, en la sede misma de la Dirección General de Aviación Civil, cuya copia corre agregada a fs. 316/319 (conf., en particular, los puntos III.5, IV.2, inciso d, y IV.4, inciso b, 1.).

Se sostiene allí, en efecto, que "...se constató la existencia de aeronaves particulares alojadas y/o estacionadas en los hangares de la D.G.A.C., pudiéndose comprobar, mediante la documentación e información recabada, que a las mismas no se les efectuó el cobro de los aranceles por hangaraje establecidos por la Res. N° 282/00 de la Secretaría General de la Gobernación" (punto IV.4, inciso b.1). Lo cual motivó la concreta recomendación del órgano de control para que la Dirección General de Aviación Civil, procediese a establecer una reglamentación "...del cobro de hangaraje a las aeronaves particulares que

²¹ Conf. Benoit, Francis Paul, *El Derecho Administrativo Francés*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1.977, pág. 662.

se encuentran alojadas en los hangares...” (conf. punto V, inciso 4 del informe cit.).

Ello así, cabe concluir que la firma del contrato con “Finca de la Represa S.A.” estuvo encaminada a encubrir desde el inicio al verdadero beneficiario del comodato, que no es otro que la empresa “Avión Sur S.A.”, cuyo socio mayoritario, ya desde el año 2001, era el propio gobernador en ejercicio Juan Carlos Romero, quien de ese modo procuró el empleo de los medios institucionales necesarios para separar o apartar los bienes de la esfera de la actividad patrimonial de la Administración Pública, en provecho propio y en perjuicio del Estado provincial que no percibió ningún canon por el hangaraje.

6.- A la luz de las consideraciones expuestas, es claro que el interés público que debe orientar toda actuación administrativa, ha resultado vulnerado por un acto que generó una disposición patrimonial de bienes públicos en exclusivo interés de una sociedad lucrativa a la que el titular del Poder Ejecutivo se encontraba vinculado, configurándose de ese modo un caso típico de desviación de poder²².

En efecto, la citada Disposición DGAC N° 104/2007, aun cuando tenga apariencia legal, no satisface la objetividad jurídica que motivó el nacimiento de la norma positiva -en el caso, el artículo 22 del Régimen Legal de Control del Patrimonio del Estado Provincial instituido por el Decreto N° 7.655/1977, ya citado-, en cuanto

²² Como recuerda Gordillo, el vicio de desviación de poder encuentra aplicación, entre otros, en aquellos supuestos en los cuales el funcionario que “...está autorizado para realizar contratación directa, prescindiendo de la licitación pública, contrata con una determinada empresa porque son amigos suyos y desea ayudarlos con el contrato...” (conf. Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1979, t. III, págs. IX-24/25).

autoriza el otorgamiento de comodatos solamente en miras a la satisfacción del “interés público” y del “bien común” de la sociedad.

Como se ha expresado, con acierto, “...la desviación de poder supone que el acto administrativo, aun cuando pueda estar revestido de legalidad extrínseca, nació como vicio de nulidad por no responder en su motivación interna al sentido teleológico de la actividad administrativa orientada a la promoción del interés público y sujeta a ineludibles imperativos que obligan a la administración a proceder con moralidad, y no de un modo arbitrario con finalidad distinta de la determinada por el ordenamiento jurídico”²³.

En ese orden de cosas, la verificación de la desviación de poder conduce necesariamente a establecer “...un juicio comparativo entre el específico a que va encaminado el precepto concreto del ordenamiento jurídico que mediante el acto se aplica o desarrolla (siempre de interés público o general), y el fin que persigue el órgano administrativo al ejercitar la potestad que le fue conferida, de modo tal que si ambos fines no coinciden y por ello no se alcanza el de la ley, el acto administrativo aun acorde con la legalidad extrínseca, es nulo”²⁴.

Y ello es así, pues el acto administrativo debe servir siempre a la finalidad prevista por la ley (en sentido lato), incurriendo en un vicio grave determinante de su irregularidad si se aparta de ella o intenta servir a una finalidad distinta a la establecida por la norma aplicable al caso, aun cuando se trate de otra finalidad pública²⁵.

²³ Sentencia del Tribunal Supremo de España, del 7 de octubre de 1971, citada por García de Enterría, Eduardo - Fernández, Tomás Ramón, ob. cit., t. I., pág. 466.

²⁴ Conf. Tawil, Guido S., ob. cit., t. I, pág. 275.

²⁵ Conf. Tawil, Guido S., ob. cit., t. I, pág. 275.

Sobre esta base, no cabe duda alguna que el concepto jurídico indeterminado “interés público” resulta siempre fiscalizable, en tanto solamente una será la solución admisible como justa²⁶. Es que a diferencia del ejercicio de facultades discrecionales, tratándose del supuesto del concepto jurídico indeterminado, la calificación de las circunstancias concretas admite una sola solución: o se da o no se da el concepto²⁷. En el caso, o hay interés público o no lo hay.

En consecuencia, debe concluirse que también en este aspecto aparece un vicio grave que determina la irregularidad del convenio celebrado entre la DGAC y FDRSA (conf. artículo 61, inciso c, de la Ley de Procedimientos Administrativos), y torna necesario solicitar su anulación en sede judicial, a través de la promoción de la correspondiente acción judicial.

C) La inmoralidad de la contratación: vicio en el objeto

1.- El objeto de todo contrato administrativo debe ser lícito para que éste pueda ser considerado válido. En ese sentido, el artículo 28 de la Ley de Procedimientos Administrativos establece en forma expresa que el objeto del acto -principio aplicable asimismo a los contratos administrativos- “...no debe estar prohibido por el orden

²⁶ Como recuerdan García de Enterría, Eduardo - Fernández, Tomás Ramón, ob. c.t., t. I, pág. 457, “...conceptos como urgencia, orden público, justo precio, calamidad pública, medidas adecuadas o proporcionales, incluso necesidad pública, utilidad pública y hasta interés público, no permiten en su aplicación una pluralidad de soluciones justas, sino una sólo solución en cada caso. Observación con la cual se habrían convertido virtualmente la generalidad de las potestades discrecionales en regladas, puesto que, explícita o implícitamente, todas las potestades discrecionales se otorgan para alcanzar un interés público, concepto indeterminado cuya aplicación sólo permitiría en cada caso una solución justa”.

²⁷ Conf. Tawil, Guido S., ob. cit., t. I, pág. 416.

normativo ni estar en discordancia con la situación de hecho reglada por las normas...”.

Lo expuesto hasta permite afirmar que el convenio de comodato celebrado con FDRSA se encuentra en contradicción con la situación de hecho reglada por el artículo 22 del Régimen Legal de Control del Patrimonio del Estado Provincial (conf. Decreto N° 7.655/1977), en cuanto requiere la existencia de un interés público concreto que justifique la cesión gratuita de un bien. Tal déficit produce su nulidad en razón de la ilegitimidad del objeto por violación de la norma directamente aplicable²⁸.

En efecto, si el ordenamiento jurídico exige determinada situación de hecho para que pueda dictarse determinado objeto contractual, el contrato estará viciado de nulidad tanto cuando esa situación de hecho no concorra como cuando, aun configurándose la situación prevista en la norma aplicable, el objeto del contrato sea distinto del determinado por ella²⁹.

2.- Dentro de la licitud del objeto del acto, cabe incluir también la ausencia de contradicción con la moral y las buenas costumbres³⁰ resultando, por ende, que el contenido moral del acto se configura como un recaudo esencial de su validez.

²⁸ En efecto, como recuerda Gordillo (*Tratado...*, ob. cit., t. III, pág. VIII-7), los diversos supuestos de ilegitimidad del objeto del acto por la violación de la ley, de un reglamento, de una circular interna o de una disposición contractual, están subsumidos bajo la expresión común de “violación de la ley aplicable”.

²⁹ Conf. Gordillo, Agustín, *Tratado...*, ob. cit., t. III, pág. VIII-8.

³⁰ Conviene recordar que moral y derecho son conceptos distintos pero no opuestos y cuanto mayor sea la aproximación de la ley moral a la jurídica, mayor será la aceptación del cuerpo social a esta última. El concepto moral que el derecho normativiza está dado por esa “ética social” aceptada por las personas honestas que se supone serán mayoría del cuerpo social y cuyo discernimiento y aplicación al caso concreto será atribución de los jueces, según criterio pacífico y universalmente aceptado. Conf. Gregorini Clusellas, Eduardo L., “El contrato inmoral y su sanción”, *La Ley*, 1996-E, pág. 194.

Desde esta óptica, la moral configura un componente insoslayable del accionar estatal, derivando su imperatividad jurídica positiva del artículo 19 de la Constitución Nacional, que prohíbe implícitamente los actos contrarios a la moral pública, y del artículo 953 del Código Civil, que la contiene, también implícitamente, al referirse a las “buenas costumbres”³¹.

La aplicación analógica de las pautas del citado artículo 953 al orden jurídico administrativo no admite cuestionamientos en la medida en que, como sostiene Marienhoff, la moral configura un elemento esencial autónomo del acto administrativo al constituir el “substrato obvio de todo acto jurídico”³².

A su vez, cuando la Convención Interamericana contra la Corrupción establece los principios y medidas preventivas de actos de corrupción -conf. artículo III-, la misma está consagrando, al igual que el artículo 953 del Código Civil argentino, reglas obligatorias y principios en materia de ética pública cuya violación torna inmoral y, en consecuencia, nulos los actos administrativos contrarios a sus disposiciones³³.

Desde esta óptica, más allá del debate doctrinario sobre el criterio que debe adoptarse para valorar la moralidad de un acto y si dicha estimación involucra valores objetivos o subjetivos, en supuestos como el que se analiza, y a la luz de los antecedentes expuestos y quiénes resultan los beneficiarios en los hechos, no es difícil coincidir sobre el carácter inmoral del objeto del contrato de comodato aprobado por la Disposición DGAC N° 104/2007.

³¹ Conf. Marienhoff, Miguel S., ob. cit., t. II, pág. 351

³² Conf. Marienhoff, Miguel S., ob. cit., t. II, pág. 274.

³³ Conf. Gordillo, Agustín – Daniele, Mabel, *Procedimiento...*, ob. cit., págs. 121/122.

Con arreglo a ese orden de principios, la Procuración del Tesoro de la Nación ha señalado que una transferencia de bienes estatales efectuada con sustento en un precio vil resultaría, además de ilícita en virtud de la razón de falta de conveniencia, mérito y oportunidad, también inmoral, contrariando así dos exigencias, licitud y moralidad, vinculadas ambas al objeto como elemento esencial del acto administrativo³⁴.

3.- Aplicando los conceptos señalados al caso que motiva el presente dictamen, cabe concluir que el convenio celebrado por la Dirección de Aviación Civil con FDRSA en interés exclusivo de empresas comerciales directamente vinculadas, por lazos familiares y económicos, al entonces gobernador en ejercicio y sin contraprestación alguna, implica un acto jurídico de objeto inmoral y, por lo tanto, nulo por vulnerar la estructura ética del orden jurídico.

Consecuentemente, también por esta causa, frente al vicio grave que descalifica al contrato administrativo por la inmoralidad de su objeto -conf. artículo 49, inciso a), de la Ley N° 5.348-, corresponde promover la anulación judicial del referido contrato.

III.- LA LESIVIDAD DE LA CONTRATACION

1.- El análisis efectuado en el curso del presente dictamen conduce a la conclusión de que el Convenio de Comodato y Donación celebrado entre la Dirección General de Aviación Civil y la empresa "Finca de la Represa S.A." padece vicios graves en el objeto, causa, motivación y finalidad, y resulta contrario a derecho, al permitir mantener una situación completamente inconveniente para los intereses

³⁴ Conf. PTN, Dictámenes: 184:36, citado por Comadira, Julio, ob. cit., págs. 104/105.

del Estado provincial y, por ello, lesiva, pues no tiene en miras los intereses del Estado Provincial, sino sólo los del particular contratante y las empresas y personas vinculadas, con los alcances señalados precedentemente.

En efecto, la gravedad de los vicios que afectan el contrato de comodato, vinculados con sus elementos esenciales: objeto, causa, motivación y finalidad, no ostensibles a la luz del simple análisis de la documentación remitida por la Cámara de Diputados, han sido puestos de manifiesto luego de la abundante prueba producida en el Legajo de Investigación FDEC-13-2012 y en la causa penal en trámite contra Juan Carlos Romero, su hijo Juan Esteban, y los demás ex funcionarios por los delitos de defraudación en perjuicio de la Administración Pública.

En esas condiciones, los elementos de prueba que se han reseñado a lo largo del presente dictamen, han corrido el velo de aparente regularidad del contrato, haciendo patente que éste no estaba destinado a cumplir la finalidad pública declarada, sino a posibilitar el indebido aprovechamiento de un espacio público -cuyo uso fue cedido en forma gratuita-, generando un injustificado beneficio para una empresa privada, vinculada al entonces gobernador en ejercicio y a sus allegados.

En consecuencia, los vicios advertidos y que han sido suficientemente explicados, por la entidad y gravedad que ostentan, determinan la nulidad del comodato [de conformidad con los artículos 46, 49, 61, inciso c), 69 y 72 de la Ley N° 5.348], lo que debe ser declarado en sede judicial mediante la promoción de la correspondiente acción de lesividad. Siendo ello así, corresponde dictar el decreto que declare lesivos a los intereses del Estado provincial el “Convenio de Comodato y Donación” celebrado entre la Dirección General de Aviación Civil y la

empresa “Finca de la Represa S.A.” y los instrumentos que lo aprueban y ratifican, instruyéndose a la Fiscalía de Estado a promover la correspondiente acción judicial.

2.- En atención a que, como ha quedado expuesto, la irregularidad alcanza exclusivamente al convenio de comodato y donación celebrado entre la Dirección General de Aviación Civil y “Finca de la Represa S.A.”, la declaración de lesividad de la Disposición DGAC N° 104/07 y del Decreto N° 3.306/2007 será necesariamente de carácter parcial, esto es, limitada en cuanto sus efectos a ese contrato y no con relación a los demás contratos aprobados por aquellos actos administrativos.

3.- Como consideración aparte, merece destacarse que quienes suscribieron el convenio en representación de “Finca de la Represa S.A.” no pudieron desconocer la invalidez del contrato que surgía de confrontarlo con el orden jurídico, en cuanto se tienen como existentes hechos que son materialmente inexistentes o falsos, como es la presunta realización por la comodataria de actividades aeronáuticas en materia de evacuaciones aeromédicas y de desarrollo de las conectividades aéreas en general -conf. párrafo séptimo de la Disposición DGAC N° 104/2007-, y la consecuente ausencia de un interés público concreto que justificase el otorgamiento del comodato como medida de fomento y promoción de tales actividades.

A la luz de los antecedentes del caso, cabe concluir que los representantes de FDRSA tenían pleno conocimiento de los vicios que afectaban al contrato o debieron tenerlo, y por lo tanto actuaron con el preconcebido propósito de posibilitar la ocupación gratuita del bien por

parte de la empresa "Avión Sur. S.A." y, a través de la misma, del propio ex gobernador Juan Carlos Romero.

4.- Sin perjuicio de lo expuesto, cabe puntualizar, a mayor abundamiento, que al verificarse la ocupación del espacio dado en comodato por una persona jurídica distinta del comodatario (es decir, "Avión Sur. S.A."), sin autorización de la Administración en la forma prevista por el ordenamiento normativo -conf. artículo 22 del Régimen Legal de Control del Patrimonio del Estado Provincial instituido por el Decreto N° 7.655/1972 (texto según el Decreto N° 1.372/2005)-, se configura un grave incumplimiento del comodatario que autoriza asimismo la resolución judicial del contrato.

IV.- LA COMISIÓN DE DELITOS

Con relación al pedido de la Cámara de Diputados de que se investigue la posible comisión de un delito contra la Administración Pública, debe señalarse que a raíz de la investigación preliminar iniciada por la Fiscalía de Delitos Económicos Complejos del Ministerio Público de la Provincia se está sustanciando la causa penal 102.884/12 por los delitos de negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública y defraudación contra la Administración Pública, en la que se encuentran imputados, como se señaló, los señores Juan Carlos Romero; Juan Esteban Romero; Raúl Romeo Medina y Ricardo Funes.

En consecuencia, no corresponde analizar las implicancias penales de los mismos hechos que son objeto de investigación actualmente por el Juzgado Correccional y de Garantías N° 3 en la citada causa, en la que, por lo demás, la Fiscalía de Estado formuló la correspondiente instancia de constitución como actor civil, en

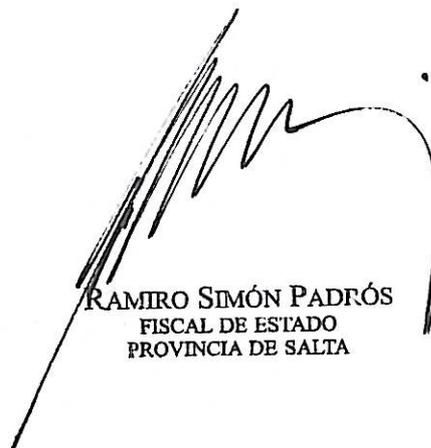
representación de la Provincia, en los términos del artículo 31 y siguientes del Código Procesal Penal.

V.- CONCLUSIÓN

En virtud de las consideraciones precedentes, soy de opinión que corresponde dictar el decreto que declare lesivos a los intereses del Estado provincial, el “Convenio de Comodato y Donación” celebrado entre la Dirección General de Aviación Civil y “Finca de la Represa S.A.” y, en sus partes pertinentes, también la Disposición DGAC N° 104/07 y el Decreto N° 3.306/2007, en tanto aprueban y ratifican el referido convenio irregular. Dicho decreto deberá, en consecuencia, instruir a la Fiscalía de Estado a promover la correspondiente acción judicial de lesividad.

Dictamen N° 3/2013.-




RAMIRO SIMÓN PADRÓS
FISCAL DE ESTADO
PROVINCIA DE SALTA