Expte. n° 7401/10 "Peña, Walter s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Peña, Walter c/ GCBA s/cobro de pesos"

Buenos Aires, 14 de marzo de 2012

Vistos: los autos indicados en el epígrafe,

resulta:

1. Los Sres. Walter Peña, Franco Lippi, José Osvaldo Tessore, Susana Beatriz Murúa y José María Paolantonio promovieron demanda contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, en adelante GCBA, por cobro de la suma de pesos cincuenta y siete mil trescientos veinticinco ($57.325) con más sus intereses y costas en concepto de servicios de puesta en escena, actuación, coordinación general, vestuario y producción de video, prestados al Teatro Colón en el año 2001 (fs. 1/9 de los autos principales, a los que corresponderá la foliatura que en lo sucesivo se mencione, excepto indicación expresa).

Relataron que, como consecuencia de la convocatoria que el Departamento de Promoción Artística del Teatro Colón formuló a José María Paolantonio, a comienzos de mayo de 2001 presentaron una propuesta de espectáculo didáctico musical dirigida especialmente al público de niños y adolescentes bajo el nombre provisorio de "Backstage, la Orquesta por dentro", que explicaba la formación de una orquesta sinfónica y las característica de cada uno de sus instrumentos. El espectáculo consistía en un video de 15 minutos que sería proyectado en el teatro, interactivo con un actor en el escenario; a continuación la Orquesta Académica —con vestimentas divididas en zonas de colores según la familia de instrumentos— interpretaría algunas obras que serían proyectadas por el sistema de circuito cerrado de televisión en la misma pantalla. Refirieron que la propuesta fue aprobada por el Director General y Artístico del Teatro Colón, Sergio Renán, quien suscribió el 12 de junio de 2001, un convenio de cooperación con el Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales (INCAA)**,** a fin de darle "un marco legal" a la financiación del video. Manifestaron que el 22 de julio de 2001 se estrenó el espectáculo con el nombre de "académicacolón@música y video" que se repitió con éxito —del que dieron cuenta varios medios periodísticos (diarios La Nación, Clarín y revista Noticias)— en ocho funciones con una recaudación bruta del teatro de $40.526.

Señalaron que el contrato nunca se firmó y los honorarios por su labor —puesta en escena, actuación, coordinación general, diseño de

vestuario y producción del video— tampoco fueron pagados. Ello originó el reclamo administrativo —que fue desestimado mediante la Resolución nº 3266/SC/03— y el recurso jerárquico que fue rechazado mediante el Decreto nº 1052-GCBA-2005.

2. El GCBA contestó la demanda y solicitó su rechazo negando la procedencia de lo reclamado por falta de contrato y autorización para el gasto, de acuerdo con las normas de Administración Financiera y Contable (fs. 43/46). Expresó que con motivo del reclamo efectuado por los demandantes se labró el sumario nº 357/01, que concluyó con la Resolución nº 3329-SC, que declaró exento de responsabilidad al Jefe del Departamento de Promoción del Teatro Colón, Eugenio C. Scavo. Refirió que la Resolución nº 3266-SC-2003 desestimó el reclamo de los actores por no haber existido convenio firmado por autoridad competente y agregó que "ni hubo el pretendido enriquecimiento que se adjudican las partes" (fs. 44). Finalmente, afirmó que en ese tipo de eventos los artistas no percibían honorarios y que los montos reclamados eran injustificados y no condecían con la realidad de los costos en la materia.

3. La sentencia de primera instancia hizo lugar a la demanda y condenó al GCBA a abonar a los actores las sumas reclamadas, con costas. Para así decidir, luego de señalar que "… son contestes las partes en que el contrato para tales representaciones nunca llegó a formalizarse" (fs. 156vuelta) consideró que: "la situación fáctica se enmarca entonces en un enriquecimiento sin causa por parte del GCBA. Destaco que ello no es una expresión meramente subjetiva de quien suscribe, puesto que así también lo entendió la demandada cuando en su escrito de contestación de demanda señaló "ni hubo el pretendido enriquecimiento que se adjudican las partes" (ver fs. 44, 3º párrafo) […]1) el espectáculo se realizó (en sus múltiples funciones programadas salvo una, por decisión del Teatro); 2) dicha actividad fue realizada con conocimiento y autorización implícita de las autoridades a cargo del Teatro Colón; 3) no es posible presumir que los actores hayan esbozado o pactado que su actividad sería gratuita o no remunerada" (fs. 156/158).

4. Disconforme, el GCBA apeló la sentencia y expresó agravios (fs. 171/173). Sostuvo que la decisión de la jueza de grado vulneraba el principio de congruencia porque se había fundado en la aplicación del principio del enriquecimiento sin causa pese a que no había sido invocado en la demanda y, por otra parte, que tampoco se habían acreditado en autos los extremos exigidos por la ley para su procedencia.

Los actores contestaron los agravios y solicitaron el rechazo del recurso de apelación interpuesto (fs. 178/179 vuelta).

La Sra. Fiscal de Cámara dictaminó que debería confirmarse la sentencia recurrida porque el planteo de enriquecimiento sin causa debía entenderse como formulado —aunque de manera endeble— habida cuenta de que la realización de la prestación efectuada por los actores y su costo fueron motivo de debate y prueba (fs. 183/185).

5**.** La Sala I de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario hizo lugar al recurso de apelación interpuesto por la demandada y revocó la sentencia, imponiendo las costas de ambas instancias a la parte actora. Los jueces sostuvieron que "de la sola lectura del escrito de demanda, surge con claridad que los actores no plantearon el reconocimiento de un derecho de restitución con sustento en el principio del enriquecimiento sin causa, sino que, se limitaron exclusivamente a reclamar por el cobro de determinadas prestaciones efectuadas en el marco de relaciones contractuales viciadas" y afirmaron que no correspondía "fundar una decisión condenatoria en los principios del enriquecimiento sin causa si la parte actora fundó su demanda de cobro de pesos en el supuesto incumplimiento contractual y no en la institución" aplicando la doctrina sentada por la Corte en los autos "Ingeniería Omega S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires" (Fallos 323:3924) y este Tribunal in re "Sanecar SACIFIA c/ GCBA s/ cobro de pesos" sentencia de fecha 5/11/03 (fs. 187/190 vuelta).

6. Frente a esa decisión, los accionantes interpusieron recurso de inconstitucionalidad (fs. 193/202). En él, postularon que la decisión objetada: i) afectó su derecho de propiedad, al haberles negado, mediante una sentencia que contraría las constancias de la causa, la contraprestación dineraria que les correspondía por el trabajo que habían realizado para el Teatro Colón; ii) violó su derecho de defensa en juicio y el debido proceso legal (art. 18 de la Constitución Nacional) en razón de que tuvo "por no invocado, ni siquiera subsidiariamente la existencia de un enriquecimiento sin causa por parte de la administración local" no obstante que "la demandada se defendió del pretendido enriquecimiento que le adjudican las partes (…) cuestión [que] descalifica el acto jurisdiccional como tal" (fs. 195); iii) vulneró la garantía acordada por el art. 14 bis de la Constitución —que protege el trabajo en sus diversas formas— cuando admitió que estaba acreditada la efectiva prestación de servicios por parte de los actores y luego concluyó que "los demandantes no tienen derecho a retribución alguna" (fs. 196); iv) finalmente, la parte actora tachó de arbitrario el pronunciamiento recurrido porque "se aparta de las constancias de autos y tiene una fundamentación sólo aparente" en razón de que

efectúa “una absurda valoración de la prueba” (fs. 11 vuelta de la queja), lo que se tradujo en la vulneración de la garantía constitucional de igualdad y su derecho de propiedad (arts. 16 y 17 CN).

La demandada contestó el recurso solicitando que se lo declarara inadmisible por carecer de los requisitos exigidos por el art. 27 de la ley 402 (fs. 207/211).

La Cámara no concedió el recurso de inconstitucionalidad señalando que “el recurso deducido no reúne en plenitud los recaudos para su viabilidad formal, pues no se advierte en los argumentos esgrimidos para sustentarlo una fundamentación suficientemente sólida, clara y precisa en orden a la relación entre la decisión impugnada y la presunta vulneración de derechos y garantías constitucionales” (fs. 213/214 vuelta).

7. Planteado ante el Tribunal el recurso de queja por el actor Walter Peña (fs. 23/25 de las presentes actuaciones), se requirió dictamen al Ministerio Público Fiscal que, a través del Fiscal General Adjunto, propició rechazar la queja impetrada (fs. 37/38 vuelta de estos obrados).

Fundamentos:

El juez Luis Francisco Lozano dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad, como se verá en los puntos que siguen, fue mal denegado.

2. La parte recurrente tacha de arbitrario el pronunciamiento de fs. 187/190vuelta con sustento en que, el *a quo*, a partir de la inexistencia de un contrato escrito, proyectó consecuencias que importaron desconocer toda eficacia al acuerdo que venía invocado por los actores —consistente en el contrato celebrado con el Teatro Colón (dependiente del GCBA) tendente a que se realizara la obra “académicacolón@música y video” durante los meses de julio, agosto y septiembre del año 2001 en la mencionada dependencia del GCBA—. Esas objeciones demuestran que la decisión cuestionada no constituye una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa (cf. Fallos 256:101; 261:209; 312:1075; 312:2507, y los arts. 17 y 18 C.N), en tanto, para rechazar la pretensión de cobro, los jueces de mérito no tuvieron en cuenta ni la normativa vigente ni la prueba producida en el *sub lite* que resulta conducente para la solución de la presente controversia, por lo que debe ser revocada.

3. La construcción argumental en que la Cámara sustentó el rechazo de la demanda entablada que, partiendo exclusivamente de la premisa de que "…no se encuentra controvertido en este punto la ausencia de contrato por escrito y la efectiva prestación de servicios…" concluyó que "…la cuestión central a dilucidar radica en determinar si […] existe derecho al cobro a favor de los actores con base en el principio de enriquecimiento sin causa" (fs. 189), no constituye una válida.

Los vicios que padece se proyectan en dos direcciones: i) ausencia de fundamentos destinados a respaldar la identificación de la falta de instrumentación escrita del contrato con invalidez del contrato; y ii) ausencia de fundamentos destinados a expresar por qué la nulidad del contrato operaría librando como única posibilidad el análisis de la pretensión a la luz de las reglas de resarcimiento por el empobrecimiento y correlativo enriquecimiento sin causa.

4. En cuanto al primero de los defectos apuntado, los jueces de mérito, no obstante destacar que los actores "…se limitaron exclusivamente a reclamar por el cobro de determinadas prestaciones efectuadas en el marco de relaciones contractuales viciadas" (fs. 189vuelta), identificando como único vicio la ausencia de instrumentación escrita o, mejor, en doble ejemplar, no expresaron, ni se desprende de su pronunciamiento, las razones para concluir que la inexistencia de ese instrumento importaba inexistencia de acuerdo. En este orden de ideas, debieron expresar, y no lo hicieron, cuál sería la norma que impone la forma ritual escrita como condición de validez (*ad solemnitatem*), presupuesto necesario para inferir que ello es sinónimo de inexistencia de contrato.

4.1. La pretensión propuesta, imponía, en consecuencia, comenzar por examinar la ley.

4.1.1. A la fecha de la invocada contratación (año 2001), aún regía en el ámbito local el Capítulo VI del Decreto Ley 23.354/56 (cf. art. 91 de la ley orgánica municipal, nº 19.987) y el Reglamento de las contrataciones del Estado (reglamentación del Capítulo VI de la Ley de Contabilidad "Decreto Ley nº 23.354/56", aprobado por el decreto del PEN nº 5720-72), cf. art. 1º Ordenanza nº 31.655 y cláusula transitoria tercera de la ley nº 70 (de Sistema de Gestión, Administración Financiera y Control del Sector Público de la Ciudad). Ese régimen preveía la regla según la cual "[t]oda compra o venta por cuenta de la Nación [en el caso, Ciudad de Buenos Aires], así como todo contrato sobre locaciones, arrendamientos, trabajos o suministros se hará por regla general previa licitación pública" (art. 55 Decreto Ley nº 23.354), exceptuando de ese mecanismo de selección, entre otros, los

supuestos en que podía contratarse directamente, vgr., “f) las obras científicas, técnicas o artísticas cuya ejecución debe confiarse a empresas, personas o artistas especializados” (art. 56 del mencionado Decreto Ley).

Si bien no ha sido motivo de controversia el procedimiento de selección empleado, el objeto del presente contrato, que involucraba la realización de una obra artística, constituye uno de aquellos supuestos para los cuales la contratación directa, en principio, venía habilitada por la normativa aplicable (cf. art. 56 inc. f del Decreto Ley 23.354/56, transcripto *supra*).

Esos cuerpos normativos, sin embargo, no contienen disposiciones específicas vinculadas a la forma que deben cumplir los contratos que caen bajo ese régimen, ni los efectos derivados de su incumplimiento.

4.1.2. Desde otro ángulo, y sin perjuicio de lo dicho, el pronunciamiento cuestionado tampoco estableció, a los efectos de fundar la decisión adoptada, la índole del contrato invocado (es decir, qué especie de contrato era el que habría sido celebrado en el supuesto de autos, vgr., administrativo, comercial, civil, etc), pese a que el objeto de esta contratación involucra el compromiso de que se realizara una obra artística (espectáculo didáctico musical dirigido especialmente al público de los niños y adolescentes, que consistía en la realización de un video interactivo —entre el presentador del video y un actor en el escenario—), a cambio de la reclamada contraprestación monetaria, lo que torna muy lejano, sino completamente ajeno, el ejercicio de potestades públicas indelegables, en sentido último, por parte del órgano contratante o de cláusulas exorbitantes del derecho común, supuestos que ubicarían la presente contratación en el terreno de aquellas de especie administrativa.

En este orden de ideas, aún cuando no estaba vigente al tiempo de la contratación aquí invocada la ley nº 2.095 de Compras y Contrataciones de la Ciudad, entiendo que ilustra la cuestión a la que me vengo refiriendo, en tanto la regla según la cual no todo contrato en que participa la Administración cae bajo la órbita de los contratos administrativos viene presupuesta en los términos su actual art. 5, según el cual “[t]oda contratación de la Administración Pública se presume de índole administrativa, salvo que de ella o de sus antecedentes surja que está sometida a un **régimen jurídico de derecho privado**” (sin resaltar en el original, norma a la cual remite el art. 27 de la ley nº 2.855 que regula las misiones y funciones del Ente Autárquico Teatro Colón). También, actualmente, el art. 14 de la mencionada ley nº 2.855 confiere al Director General del Ente Autárquico Teatro Colón la función de: “m) Celebrar los actos jurídicos de naturaleza civil, comercial y administrativa que sean necesarios para

el ejercicio de las funciones del Ente Autárquico Teatro Colón", librando, expresamente, un margen de actuación que supone que el desenvolvimiento de las actividades propias del Ente a su cargo alcanza supuestos en los que requiere entablar relaciones jurídicas ajenas al ámbito del derecho administrativo, y propias del ámbito civil o comercial.

Los enunciados normativos a que me vengo refiriendo reflejan, precisamente, la necesidad de establecer, con carácter previo a determinar el régimen jurídico aplicable a los contratos en que es parte la Administración, si se trata de contratos administrativos o de otra especie, cuestión, como dije, omitida en el pronunciamiento recurrido.

La cuestión no es novedosa, la CSJN ha señalado (aunque a propósito de un planteo vinculado con la jurisdicción que debía intervenir en esa ocasión) en el marco de una causa en la que se debatía el derecho aplicable a una contratación celebrada por el Teatro Municipal General San Martín con una artista que "… es preciso distinguir a los funcionarios y empleados cuya remuneración y demás derechos y obligaciones son establecidos y gobernados por el respectivo régimen constitucional y administrativo, de aquellos otros supuestos en que el Estado contrata servicios de personas para funciones no previstas en el cuadro de la administración, ni en el presupuesto, sin horarios, ni oficina, jerarquía ni sueldo, supuestos éstos que se rigen por el derecho común (Fallos: 175:275; 195:210 y sus citas) […] Que en el *sub lite* no cabe hacer excepción a la mencionada doctrina, pues no hay lugar a dudas acerca de que las tareas que desempeñó la actora y su naturaleza artística –sujeta a modalidades reglamentarias particulares, propias de esa actividad–, así como la retribución convenida, eran extrañas al marco estrictamente administrativo que conforma el personal incorporado a los cuadros de la Comuna y sus organismos dependientes" (Fallos 306:1236).

4.2. Sentado ello y, especialmente, frente a la ausencia de argumentos en el pronunciamiento objetado destinados a determinar, con carácter previo a suponer inválida la contratación por ausencia de instrumentación escrita, si el contrato invocado revestía naturaleza administrativa, ante elementos que no permiten observar diferencias relevantes entre ese contrato y otro que pudo haber sido celebrado entre particulares, corresponde abordar la cuestión a partir de las reglas del Código Civil.

Corresponde, en este orden de ideas, distinguir entre aquellos en que la forma tiene por fin posibilitar su prueba y aquellos otros en que constituye un requisito que hace a su perfeccionamiento.

En el primer caso, se dice que la forma de instrumentación es *ad probationem*, pues, puede ser sustituida mediante otros medios de prueba, siempre y cuando, éstos arrojen, conjuntamente apreciados,

una certeza equivalente en cuanto a la existencia del contrato a la que existiría en el supuesto de que éste hubiese sido instrumentado de la manera requerida por la ley. Así, el art. 1193 del Código Civil impone la forma escrita para todos los contratos que superen un monto de 10.000 pesos. Sin embargo, el art. 1191 de ese código admite completar con otros medios de prueba cuando: i) existe imposibilidad de obtener la prueba designada por la ley; ii) existe principio de prueba por escrito; iii) la cuestión versare sobre los vicios de error, dolo, violencia, fraude, simulación, o falsedad de los instrumentos de donde constare; y, por último, iv) una de las partes hubiese recibido alguna prestación y se negase a cumplir el contrato. Por su parte, el art. 1192 señala que "[s]e juzgará que hay imposibilidad de obtener o de presentar prueba por escrito del contrato, en los casos de depósito necesario o cuando la obligación hubiese sido contraída por incidentes imprevistos en que hubiese sido imposible formarla por escrito.// Se considerará principio de prueba por escrito, cualquier documento público o privado que emane del adversario, de su causante o de parte interesada en el asunto, o que tendría interés si viviera y que haga verosímil el hecho litigioso". A su vez, contrataciones por montos importantes quedan celebradas y se las estima probadas sin un instrumento específico que reúna las condiciones genéricamente exigidas por el mencionado art. 1193 del Código Civil. Por ejemplo, los servicios de los abogados suelen ser remunerados por medio de una ley de arancel aplicada sobre la actuación verificada mediante la firma de escritos por el letrado y la parte o el letrado apoderado.

En el segundo, La forma es insustituible para perfeccionarlo, por lo que se dice que ella es *ad solemnitatem*. Un ejemplo de esta última clase la constituyen los contratos de donaciones de bienes inmuebles. En este orden de ideas, el art. 1810 del Código Civil establece, en lo que ahora importa, que "[d]eben ser hechas ante escribano público, en la forma ordinaria de los contratos, bajo pena de nulidad:// 1° Las donaciones de bienes inmuebles". Esta regla también se aplica en el caso de que quien contrate sea la Administración[1]. En el caso del art.

[1] El profesor Marienhoff ante la pregunta ¿Cómo se prueba o acredita la existencia de un contrato administrativo? enseña que "[c]uando no se requiera que se *firme o suscriba* un instrumento específico, "ad-hoc', y el acuerdo de voluntades se hubiere producido, el contrato podrá acreditarse con un instrumento o testimonio que contenga o comprenda las piezas respectivas de las cuales resulte dicha fusión de voluntades.// En cambio, cuando la legislación aplicable exigiere la *específica* existencia de un *contrato escrito,* el contrato deberá probarse con dicho específico documento escrito, pues trataríase de un requisito formal o esencial de su existencia. [...] Mientras dicho específico contrato escrito no se hubiere concretado, el contrato debe considerarse como *"no perfeccionado".* [...] Esta conclusión, que se impone ante las modalidades propias del derecho administrativo, concuerda con el *"principio general"* vigente en derecho privado, en cuyo ámbito, como criterio general, el Código Civil establece que 'los contratos que tengan una forma determinada por la leyes, no

1810, el requisito de que la forma en que se instrumenta un acuerdo sea *ad solemnitatem* está relacionado con el derecho que se pretende transmitir y no con las partes que suscriben ese acuerdo. En otros términos, ese requisito es requerido para los contratos de donación de inmuebles, sin que importe quiénes los suscriben. El mencionado art. 1810 también sirve para ejemplificar un supuesto en el que el Código Civil sujetó a una forma distinta el contrato de donación y el de compra-venta. En efecto, en base a lo dispuesto en ese artículo, la donación de un inmueble que no fuese hecha ante escribano carecería de toda validez. En cambio, la compra-venta de un inmueble queda concluida y, como tal, puede ser ejecutada, con la firma de un boleto de compraventa (cf. el plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, *Cazes de Francino, Amalia c. Rodríguez Conde, Manuel,* del 3 de octubre de 1951).

A modo de resumen, y en coincidencia con lo expuesto, los Dres. Garrido y Zago señalan, citando a Cobas, que "'[e]n doctrina, se suele clasificar a los contratos como formales que a su vez pueden ser *ad solemnitatem* o *ad probationen'* [...]. En los formales *ad solemnitatem* la formalidad se convierte en el requisito de existencia del contrato [...]. Por el contrario, los llamados contratos solemnes *ad probationem* requieren determinada forma, pero no para la existencia del contrato sino para posibilitar su prueba"[2] (cf. mi voto *in re* "Consultores Navesur SA" citado *supra*).

4.3. Desde la perspectiva que brindan las consideraciones precedentes, conviene repasar que los actores demandaron que se les abonara la suma de $57.325, más intereses y costas por la realización de la obra "académicacolón@música y video" con sustento en el invocado contrato celebrado con el GCBA (Teatro Colón).

En cuanto a la existencia del acuerdo, quedó establecido que "…el espectáculo efectivamente se realizó, con **autorización implícita** de las autoridades del Teatro y que no puede presumirse que los actores hayan pactado que su actividad sería gratuita" —aspecto de la decisión que no fue controvertido— (fs. 188 vuelta, sin resaltar en el original). En este orden de ideas, más allá de la calificación que los jueces de mérito dieron a la autorización —que entendieron "implícita" pese a que destacaron también que "…el espectáculo se dio a publicidad por medio de programas y/o folletos con el logo del Teatro (ver fs. 20 de este expediente, fs. 33 del expediente administrativo Nº

---

se juzgarán probados, si no estuvieren en la forma prescripta' (artículo 1191, norma ésta que concuerda con el artículo 975 de dicho Código)" (la cursiva pertenece al original). Miguel S. Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo,* tomo III-A, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, cuarta edición, 1998, pág. 144 y 145.

[2] Roque Fortunato Garrido y Jorge Alberto Zago, *Contratos Civiles y Comerciales, parte general,* Ed. Universidad, Buenos Aires, 1995, pág. 243.

42.422/2001 y fs. 71/78 del expediente administrativo Nº 66.217/2001)" (fs. 157), además de que los recortes periodísticos adjuntados en copia (fs. 16/19, cuya autenticidad se desprende de la respuesta al pedido de informe de fs. 80, 89 y 136), a los que también se refieren los pronunciamientos de mérito, dan cuenta de que el Teatro Colón cobraba entrada para las funciones ofrecidas, lo que conduciría, ciertamente, a concluir que la mentada autorización habría sido conferida expresamente— los jueces de mérito tuvieron por acreditada la "efectiva prestación de servicios" (V. primer párrafo del punto 3) y por descartada la posibilidad de que la actividad hubiera sido realizada gratuitamente, conforme expongo seguidamente.

En el relato del pronunciamiento recurrido, el carácter remunerado de la prestación surgía de diversas constancias relevantes de autos. Entre ellas, se destacó que "…carece de asidero la posición de la demandada acerca de la supuesta gratuidad de la labor de los actores. Por un lado, porque ninguna tarea profesional o laboral se puede presuponer gratuita (art. 14 CN) y, por el otro, porque la declaración testimonial del Presidente de la Asociación Argentina de Actores Sr. Oscar Ferrigno (fs. 112) es contundente acerca de la metodología a adoptar cuando un actor quiere donar el trabajo, cuyos honorarios son percibidos —en ese caso— por la Asociación Gremial" (fs. 157/157vuelta y 188vuelta, aspecto de la decisión a cuyo respecto no subsiste controversia)

Asimismo, obran en autos otros insoslayables elementos de prueba tales como los recortes periodísticos adjuntados en copia a que me referí *supra* (fs. 16/19) que reflejan la gran repercusión y difusión que tuvo el espectáculo "académicacolón@ música y video", los folletos destinados a la promoción de la obra con el logo del Teatro Colón (fs. 20 de los autos principales, 33 del Expte. administrativo nº 42.422/2001) —a los que se refirió el pronunciamiento de fs. 156/ 158—, las fotocopias del programa de la mencionada obra adjuntada por el Director General y Artístico a fs. 71/78 y por el Director de Estudios del mismo organismo a fs. 86/87 del Expte. administrativo nº 66.217/2001.

La documentación mencionada, apreciada conjuntamente con los testimonios de los, por entonces, Secretario General de la Asociación Argentina de Actores y Director General Artístico del Teatro Colón, constituyen suficiente respaldo que conduciría a estimar que obra en autos principio de prueba por escrito que permite concluir la existencia de un contrato que vinculó a las partes.

4.4. Ello así, la conclusión de abordar la pretensión de los actores a la luz de la regla que veda el enriquecimiento sin causa, desconociendo todo efecto al acuerdo invocado —pese a que existen abrumadoras constancias en las presentes actuaciones que permitirían

concluir que existe principio de prueba por escrito— y con exclusivo sustento en la ausencia de un contrato instrumentado por escrito entre las partes, pero sin indicar la norma que impondría esa forma *ad solemnitatem*, viene escindida de algún respaldo normativo o argumental que permita sostenerla como decisión jurisdiccional válida. La sentencia impugnada trasluce, entonces, una grave confusión entre ausencia de instrumentación escrita del contrato y ausencia de contrato, es decir de acuerdo de voluntades destinado a reglar los derechos de las partes (art. 1137 del Código Civil).

5. Sin perjuicio de lo dicho, la objeción de la parte recurrente según la cual "…ante la falta de contrato escrito (prometido pero nunca entregado) lo que correspondía era la fijación del quántum en forma judicial, siendo esto lo que se ha solicitado" (fs. 199vuelta) apunta, por su parte, al segundo de los vicios mencionados en el segundo párrafo del punto 3 de este voto e impone agregar, en cuanto a las consecuencias que el *a quo* extrajo de la inexistencia de un contrato escrito, que, en virtud de lo dispuesto en los arts. 1627 y 1052 del Código Civil, encontrándose acreditada la prestación de los servicios que denuncia la actora (hecho que, tal como fue destacado, no se encuentra controvertido) ellos deben ser abonados aún en los supuestos en que el contrato resultare nulo. En este orden de ideas, el primero de esos artículos establece que "[e]l que hiciere algún trabajo, o prestare algún servicio a otro, puede demandar el precio, aunque ningún precio se hubiese ajustado, siempre que tal servicio o trabajo sea de su profesión o modo de vivir. En tal caso, entiéndese que ajustaron el precio de costumbre para ser determinado por árbitros"; y el segundo, que "[l]a anulación del acto obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado", regla que, aplicada a autos, involucra una prestación cuya naturaleza torna imposible la restitución en especie, circunstancia que, en su caso, conduciría a reconocer el importe reclamado pues, como tiene dicho la CSJN para una situación análoga (aunque la índole de la prestación involucrada, incluso, se vinculaba a la provisión de insumos y no a la realización de un espectáculo artístico, como en el caso) "[…] la condena a restituir en especie los insumos ya consumidos significaría que la comuna debería convocar a una nueva licitación pública con el único objeto de adquirirlos de un tercero para restituírselos al actor, pues el principio de legalidad presupuestaria le impide proceder de otra manera; vale decir, adquirirlos directamente para entregárselos. En tanto cabe presumir que el importe consignado por el proveedor en las facturas presentadas al cobro está integrado, cuanto menos en buena medida, por el costo (pérdida) que efectivamente tuvo para cumplir con la prestación respectiva" (Fallos 329:5976).

En suma, por lo dicho, encontrándose acreditada la prestación de los servicios que denuncia la parte recurrente, aún en esos supuestos, ellos deben ser abonados por la demandada.

6. Las razones aquí expuestas y el resultado al que ellas conducen me eximen de abordar los restantes agravios de la parte recurrente.

7. Finalmente, resta establecer qué alcance subjetivo corresponde asignar al presente pronunciamiento.

En este orden de ideas, si bien el recurso de queja fue deducido únicamente por el Sr. Walter Peña (quien invocó en autos su carácter de "coordinador general" de las funciones realizadas, V., entre otras, fs. 2vuelta) corresponde tener presente, una vez más, que la pretensión ha sido que se cumpla con la contraprestación pactada en el marco de una contratación que, de acuerdo a las constancias no controvertidas de la causa, tuvo por objeto la autoría, organización y ejecución de una obra artística. En ese contexto, el modo en que se dividan los frutos —en el caso, precio que se afirma pactado, o el que resulte, eventualmente, de aplicar las reglas señaladas en el punto 5— resulta irrelevante. En otros términos, no es posible establecer en autos un desdoblamiento de las pretensiones puesto que de los hechos tenidos por verdaderos en los pronunciamientos de mérito se desprende que el Teatro Colón no contrató individualmente con cada uno de los artistas (Sres. José María Paolantonio, encargado de la puesta en escena; Osvaldo Tesser, actor presentador; Walter Peña, coordinador general; Nené Murúa, diseño de vestuario, y; Franco Lippi, producción de video, cf. fs. 2vuelta) una prestación determinada, sino globalmente con ellos, organizados de un modo que —al menos— guarda relevantes puntos de contacto con una organización en equipo, lo que convierte al reclamo en único e indivisible, comprensivo del cobro de la suma reclamada y produce, en esas condiciones, que el presente pronunciamiento abarque necesariamente a todos los participantes en esa organización.

Este resultado, asimismo, es consistente con el modo en que vienen regulados los derechos derivados de la propiedad intelectual por la ley nº 11.723, que dispone que "[s]on titulares del derecho de propiedad intelectual: a) El autor de la obra…" (art. 4), que puede comprender una pluralidad de personas puesto que "[u]n autor puede elaborar la obra en común con otras personas, y así surge la obra en colaboración" (Emery, Miguel Angel, *Propiedad Intelectual, Ley 11.723*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 87), a cuyo respecto, el art. 16 del mismo cuerpo normativo prevé que "[s]alvo convenios especiales los colaboradores de una obra disfrutan derechos iguales", lo que hace

concluir al citado autor que "[t]anto las obras en colaboración como las colectivas se caracterizan por su indivisibilidad" (*ob. cit.*, p. 88).

Desde otra perspectiva, Borda señala que aún cuando el contrato de locación de obra ha "…sido pensado teniendo en mira fundamentalmente la realización de una construcción u obra material, lo cierto es que el contrato de obra es mucho más amplio y alude a las obras más diversas, tales como […] la realización de obras intelectuales, tales como escribir un libro, una obra de teatro, una partitura, pintar un retrato, hacer una escultura, etcétera" (Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil, Contratos*, II, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1997, pp. 49/50), lo que conduce, asimismo, a caracterizar a la presente contratación como única e indivisible, desde que involucra un contrato en virtud del cual una de las partes se compromete a realizar una obra y la otra a pagar por esa obra un precio en dinero (art. 1403 Cód. Civil), circunstancia que impide dividir su objeto (o la medida en la que en él han participado) respecto de cada uno de los actores a los efectos de circunscribir el alcance del pronunciamiento.

En suma, por todo lo dicho, corresponde hacer lugar a los recursos de queja y al recurso de inconstitucionalidad interpuestos, revocar el pronunciamiento impugnado y reenviar la causa para que, los mismos jueces que intervinieron, dicten un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo aquí establecido. Costas a la vencida (art. 62 CCAyT).

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La queja del Sr. Walter Peña (en adelante, el "Sr. Peña") ha sido deducida en tiempo, forma y dirige una crítica concreta y satisfactoria contra la resolución denegatoria del recurso de inconstitucionalidad.

Por lo tanto, el recurso directo debe ser admitido.

2. El recurso de inconstitucionalidad de fs. 193/202 ha sido interpuesto en tiempo y forma contra la sentencia definitiva del tribunal superior de la causa, y quien recurre goza de legitimación y capacidad procesal.

3. Previo a ocuparme de los agravios ensayados a fs. 193/202, estimo necesario referirme a los antecedentes del caso.

Como surge de los "resulta", Walter Peña, Franco Lippi, José Osvaldo Tessore, Susana Beatriz Murúa y José María Paolantonio iniciaron demanda contra el GCBA por cobro de $ 57.325 (pesos cincuenta y siete mil trescientos veinticinco), intereses y costas derivados de la falta de pago de servicios de producción, video,

actuación, coordinación y vestuario prestados al Teatro Colón en el año 2001 (fs. 1/4 vuelta).

En primera instancia se hizo lugar a la demanda (fs. 156/158).

Apelado el fallo de grado por el Gobierno (fs. 171/173), la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario lo revocó (fs. 187/190 vuelta).

En primer lugar, los magistrados destacaron que no estaba controvertida "la ausencia de contrato por escrito y la efectiva prestación de servicios", por lo que a su criterio la cuestión central a dilucidar consistía en determinar si los accionantes tenían o no derecho al cobro con base en el principio que prohíbe el enriquecimiento sin causa (fs. 189).

A continuación, los jueces afirmaron que en su escrito de inicio los reclamantes no habían solicitado la aplicación del instituto del enriquecimiento sin causa. Dijeron:

(i) que "(…) de la sola lectura del escrito de demanda, surge con claridad que los actores no plantearon el reconocimiento de un derecho de restitución con sustento en el principio del enriquecimiento sin causa, sino que, se limitaron exclusivamente a reclamar por el cobro de determinadas prestaciones efectuadas en el marco de relaciones contractuales viciadas" (fs. 189 vuelta);

(ii) que resultaba aplicable "(…) lo expresado por la Corte Suprema en los autos `*Ingeniería Omega S.A. c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de hecho*` (Fallos 323:3924), donde señaló que no corresponde fundar una decisión condenatoria en los principios del enriquecimiento sin causa si la parte actora fundó su demanda de cobro de pesos en el supuesto incumplimiento contractual y no en la institución citada" (fs. 189 vuelta);

(iii) que en el precedente "Sanecar SACIFIA c/ GCBA s/ cobro de pesos s/ recurso de apelación ordinario", pronunciamiento del 05/11/03, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad receptó la doctrina adoptada por la CSJN en "Ingeniería Omega"; y

(iv) que no era correcta la postura de la sentenciante de primera instancia que entendió que el Gobierno había introducido en su responde una cuestión que terminaría favoreciendo a su contraria (la problemática del enriquecimiento sin causa).

Por otra parte, los camaristas indicaron que no estaba probado el monto del menoscabo patrimonial sufrido por los accionantes. Indicaron:

(i) que "(…) los actores –salvo por las pericias de fs. 115/117 y 121/123– se limitaron a detallar lo debido en concepto de honorarios y del costo total del video pero no probaron ni ofrecieron prueba idónea que acredite mínimamente el pago a quienes intervinieron en su realización (director, productor, técnicos en sonido, iluminación, asistentes, camarógrafo, guionista, vestuaristas, etc) así como a la

empresa que se habría hecho cargo de la proyección en pantalla" (fs. 190);

(ii) que los demandantes "(…) tampoco acompañaron prueba que demuestre fehacientemente cuál era el valor de las entradas de las funciones llevadas a cabo ni de la recaudación del Teatro por éstas" (fs. 190); y

(iii) que en el antecedente "Sanecar", el Tribunal resaltó que la prueba del empobrecimiento es un presupuesto de procedencia de la pretensión y como tal no puede diferirse a la etapa de liquidación.

En síntesis: los vocales concluyeron que la demanda no habría de prosperar dado que los accionantes (i) no habían basado su reclamo, ni aún subsidiariamente, en el principio que prohíbe el enriquecimiento sin causa, y (ii) no habían probado el *quantum* de su empobrecimiento.

Contra la decisión de la Cámara, los actores dedujeron el recurso de inconstitucionalidad en tratamiento (fs. 193/202).

Ahora bien: el recurso de inconstitucionalidad fue presentado por Franco Lippi, Osvaldo Tesser, Nené Murúa, José María Paolantonio y Walter Peña. Sin embargo, sólo este último recurrió en queja ante la resolución denegatoria de fs. 213/214 vuelta. Por tanto, toda vez que, como se verá más adelante, estamos ante un litisconsorcio facultativo, el recurso de fs. 193/202 sólo será analizado en función de la pretensión del Sr. Peña.

4. El recurrente manifiesta:

(i) que el *a quo* violó su derecho de defensa y el principio de congruencia al desconocer los términos en que fue trabada la litis, pues –a diferencia de lo que entendiera la Sala I- el GCBA había reconocido en su contestación de demanda que el debate giraría en torno al instituto del enriquecimiento sin causa;

(ii) que (fs. 195 vuelta) "(…) muy pero muy lejos de la invocada garantía constitucional que debiera resguardar el trabajo ***`en sus diversas formas`*** (art. 14 bis CN) se le hace pesar sobre los artistas un verdadero excesivo rigorismo formal manifiesto, fundado en la ausencia de documentación y/o trámites administrativos totalmente ajenos al ámbito y ocupación de los demandantes" (resaltado en el original); y

(iii) que se tuvo por acreditada la efectiva prestación del servicio pero no se les reconoció ninguna retribución, afectando así su derecho de propiedad y la garantía de la igualdad.

Asimismo, el accionante tacha de arbitraria la sentencia atacada. Expresa que la Cámara:

(i) entendió que al no haberse firmado contrato administrativo, el trabajo se había donado, lo que sería errado dado que no se

presentaba ninguno de los supuestos previstos en el artículo 1818 del Código Civil;

(ii) no tuvo en cuenta que el planteo subsidiario basado en el instituto del enriquecimiento sin causa surgía “como una consecuencia natural y necesario (sic)” del reclamo (fs. 198);

(iii) no analizó las negativas y reconocimientos efectuadas por el Gobierno al contestar la demanda;

(iv) no meritió que el teatro Colón cobró entradas por las funciones presentadas y que, en consecuencia, se benefició con el espectáculo que realizaron los actores;

(v) no se refirió a la pericia producida en el expediente;

(vi) no evaluó la prueba que daba cuenta de que los funcionarios intervinientes en nombre del Teatro Colón habían sido absueltos de toda responsabilidad, es decir, que había mediado conformidad del GCBA con los servicios prestados; y

(vii) falló *extra petita* ya que el demandado al apelar el fallo de primera instancia no se había referido al costo del video y su puesta en escena ni tampoco a la prueba del valor de las entradas y de la recaudación del teatro.

5. El recurso del Sr. Peña debe tener acogida favorable ya que, como se verá a continuación, logra articular con éxito un caso constitucional vinculado con la lesión del derecho a trabajar, de la protección del trabajo en sus diversas formas y del derecho de propiedad al tiempo que demuestra la arbitrariedad de lo resuelto por el *a quo*.

6. En primer lugar, deben recordarse los hechos que han quedado fuera de discusión, a saber:

a) Los actores presentaron una obra de teatro infantil en el teatro Colón en julio, agosto y septiembre de 2001.

b) No puede presumirse la gratuidad del trabajo realizado. Ninguna constancia en el expediente demuestra la intención de los actores de renunciar a sus honorarios sino más bien todo lo contrario. Nótese, por ejemplo, que preguntado el testigo Oscar Pedro Álvaro Ferrigno –Secretario General de la Asociación Argentina de Actores en el año 2001- si era posible que los artistas representados por esa asociación donaran su trabajo artístico y/o lo hicieran *ad honorem*, aquél respondió lo siguiente: “imposible (…). No se puede donar al Estado prestaciones artísticas. Lo que sí puede llegar a suceder es que para el caso, y si es la voluntad de ellos, donar el trabajo.. (sic) La Asociación Argentina de Actores cobraría los honorarios. Haróia (sic) los descuetos (sic) de la Obra Social, le pagaría a los actores y después el actor, si quisiera, podría (sic) donarlo, ya que la Asociacion (sic) de actores no permitiría (sic) no cobrarse. Lo que sí se permitia

(sic) es donarlo pero una vez después (sic) de cobrase (sic) ya que no puede donar el trabajo, pero sí los honorarios percibidos" (fs. 112). Además, las cartas documento enviadas por los accionantes intimando al Gobierno al pago por la obra llevada a cabo (fs. 14 y 15 del expediente administrativo n° 32.369/2001) así como el reclamo que diera origen al expediente administrativo n° 32.369/2002, confirman la ausencia de toda intención por parte de aquéllos de donar su trabajo. Pero más importante aún, al apelar la decisión de primera instancia el GCBA no cuestionó la conclusión a la que arribara la sentenciante en cuanto a la imposibilidad de presumir que los actores hubieran "esbozado o pactado que su actividad sería gratuita o no remunerada" (fs. 157 vuelta). Por ende, ese aspecto del decisorio de grado se encuentra firme.

c) El teatro cobró entradas por cada una de las funciones (localidades numeradas desde $ 1 en adelante) y el espectáculo tuvo una amplia convocatoria de público (conf. folleto con el logotipo del teatro Colón que luce a fs. 20 y recortes periodísticos de fs. 16 y 19, 17 y 18 cuya autenticidad fuera corroborada por las distintas editoriales a fs. 136, 80 y 89 respectivamente).

d) La obra "académicacolón@música y video" no consistió en una función aislada sino en siete presentaciones (conf. contestación de demanda, fs. 45 vuelta, capítulo VI, apartado 2), es decir, tuvo continuidad temporal.

7. La plataforma fáctica reseñada da cuenta de que existió un vínculo contractual válido que unió a las partes, sin perjuicio de su falta de instrumentación por escrito. Más allá de que se considere que esa relación quedó sujeta a las normas del Código Civil[3] o bien que debe estarse al artículo 14 bis de la Constitución Nacional en cuanto protege el trabajo "en sus diversas formas", es indudable que hubo una contratación válida que ligó al Gobierno con los accionantes. Y sabido es que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión (cfr. primer párrafo, art. 1198, Cód. Civil).

Es que resulta impensable que se haya realizado un espectáculo en 7 funciones, se hayan cobrado entradas, y haya concurrido una gran cantidad de público sin que mediara conformidad del teatro con la obra presentada. Es más, al apelar la sentencia de primera instancia el GCBA no se agravió de que la jueza concluyera que hubo "conocimiento y autorización implícita de las autoridades a cargo del

[3] Tal ha sido la interpretación efectuada por la CSJN en Fallos 290:87, 295:80, 175:275, 195:210, y 306:1236.

Teatro Colón" (fs. 157 vuelta), siendo este entonces otro punto no controvertido.

Así, pues, coincido con lo señalado por el Sr. juez de trámite en el apartado 3 de su voto en cuanto a que la Cámara erró al equiparar tácitamente la falta de instrumentación escrita del contrato con su nulidad.

Ahora bien: sobre la base de esa equivocada premisa el *a quo* aplicó en forma mecánica la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de enriquecimiento sin causa ("Ingeniería Omega"), receptada por el Tribunal en "Sanecar", sin advertir que el caso en examen presenta particularidades que no permiten imponer las exigencias sentadas en ese precedente de modo automático sin que ello conduzca a una solución notoriamente injusta.

En efecto, a diferencia de los precedentes citados en los que las empresas reclamantes demandaban –respectivamente- el pago por servicios de reparaciones y suministros en un hospital público y de limpieza en consejos vecinales y escuelas, lo que aquí está en juego es la compensación del trabajo de un grupo de *artistas* cuya efectiva realización, por lo demás, está reconocida[4].

De allí que el hecho de que no se admitiera ninguna retribución al accionante deviene en una afectación de su derecho de propiedad (art. 17 CN y 12 inciso 5 CCABA), del derecho a trabajar (art. 14 CN), del principio protectorio y de la protección del trabajo "en sus diversas

[4] A título ilustrativo, deseo señalar que en el decreto n° 700/09 (BOCABA n° 3236 del 13/08/2009) -si bien no vigente a la época en que se presentó "académicacolón@música y video"- se dejaron a salvo ciertos caracteres propios del teatro Colón que lo diferencian de otros organismos del Gobierno. El decreto n° 700/09 exceptuó "a las contrataciones de carácter artístico culturales bajo los regímenes de locación de servicios y de obra celebradas en el ámbito del Ministerio de Cultura y en el Ente Autárquico Teatro Colón" de las disposiciones establecidas en el decreto n° 493/09. Esta última norma había suspendido todo nuevo contrato de locación de obra y de servicios durante el ejercicio presupuestario 2009 y había impuesto la obligación de extremar el empleo de los recursos humanos y técnicos existentes. Y, justamente, en los considerandos cuarto, quinto y sexto del decreto n° 700/09 se subraya que (i) "(…) el Ministerio de Cultura y el Ente Autárquico Teatro Colón realizan un gran volumen de actividades de índole artístico cultural, las que conforman el impulso de su existencia, y que no pueden suplirse extremando la utilización de los recursos humanos y técnicos actualmente existentes"; (ii) "(…) **estas características especiales e inherentes al Ministerio de Cultura y al Ente Autárquico Teatro Colón los distinguen del resto de los organismos del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires** que fueran alcanzados por las disposiciones del citado Decreto"; y (iii) "(…) por la envergadura de los espectáculos teatrales, musicales, de ballet y líricos, los festivales, conciertos, las exposiciones, conferencias, investigaciones y las actividades académicas afines a la materia entre otras, que se desarrollan en el ámbito del Ministerio de Cultura y en el Ente Autárquico Teatro Colón, con la participación de artistas nacionales y/o extranjeros de gran prestigio y trayectoria, resulta necesario exceptuar al Ministerio de Cultura y al Ente Autárquico Teatro Colón de las disposiciones establecidas en el Decreto N° 493/09, a los fines de agilizar el procedimiento para llevar adelante dichas contrataciones artístico culturales" (destacado propio).

formas" (art. 14 bis CN y 43 CCABA). Con acierto manifiesta el recurrente que "(…) muy pero muy lejos de la invocada garantía constitucional que debiera resguardar el trabajo ***`en sus diversas formas`*** (art. 14 bis CN) se le hace pesar sobre los artistas un verdadero excesivo rigorismo formal manifiesto, fundado en la ausencia de documentación y/o trámites administrativos totalmente ajenos al ámbito y ocupación de los demandantes" (fs. 195 vuelta, resaltado en el original).

Asimismo, la falta de pago del trabajo realizado por los actores, se traduce en una actividad estatal ilícita, en la medida que les impone a éstos una carga que no están legalmente obligados a soportar y, por lo tanto, viola el principio de igualdad ante la ley (art. 16, CN).

Tampoco puede perderse de vista que la existencia de un contrato donde una parte asume la totalidad de las prestaciones y la otra ninguna, sin que nada justifique esa situación, se denomina explotación en el Código Civil (cfr. arg. párrafo tercero, art. 954, Cód. citado) y la falta de pago, entonces, resulta fronteriza con la inejecución maliciosa de la obligación (cfr. art. 521, Cód. civil).

Por fin, el *a quo* también soslayó el artículo 32 de la CCABA que establece que "[l]a Ciudad distingue y promueve todas las actividades creadoras", al tiempo que "[g]arantiza la democracia cultural; asegura la libre expresión artística y prohíbe toda censura; facilita el acceso a los bienes culturales; fomenta el desarrollo de las industrias culturales del país; propicia el intercambio; ejerce la defensa activa del idioma nacional; crea y preserva espacios; propicia la superación de las barreras comunicacionales; impulsa la formación artística y artesanal; promueve la capacitación profesional de los agentes culturales; procura la calidad y jerarquía de las producciones artísticas e incentiva la actividad de los artistas nacionales; protege y difunde las manifestaciones de la cultura popular; contempla la participación de los creadores y trabajadores y sus entidades, en el diseño y la evaluación de las políticas; protege y difunde su identidad pluralista y multiétnica y sus tradiciones".

En conclusión, a pesar de la prueba rendida en autos que acredita las particularidades que presenta este caso, la Sala I juzgó erróneamente que la contratación que celebraran las partes adolecía de vicios y que esa circunstancia dejaba como única alternativa la aplicación mecánica de la doctrina adoptada por la CSJN *in re* "Ingeniería Omega" en cuanto a los requisitos de procedencia del instituto del enriquecimiento sin causa. De este modo, el pronunciamiento atacado incurrió en arbitrariedad y vulneró los derechos de propiedad y a trabajar del recurrente, así como el principio protectorio y la protección del trabajo en sus diversas formas.

En consecuencia, corresponde reenviar estas actuaciones a la Cámara para que, por intermedio de jueces que garanticen la

imparcialidad, se dicte una nueva sentencia con arreglo a lo aquí expresado.

8. Finalmente, es preciso insistir en que los efectos de la decisión a la que arribe el Tribunal sólo se proyectan sobre la pretensión del Sr. Peña pero no se extienden a Franco Lippi, José Osvaldo Tessore, Susana Beatriz Murúa y José María Paolantonio (conf. último párrafo del apartado 3 de este voto).

Como adelanté más arriba, estamos ante un litisconsorcio facultativo (art. 88 CPCCN y art. 82 CCAyT) y únicamente el Sr. Peña dedujo recurso de queja contra la denegatoria de su recurso de inconstitucionalidad.

Si bien no se discute la unidad de la obra de teatro presentada, las prestaciones debidas a cada uno de los participantes en ella tienen autonomía (conf. fs 2 vuelta, capítulo IV del escrito de demanda).

Como enseña Palacio, lo que caracteriza al litisconsorcio facultativo es "(…) que cada uno de los litisconsortes se encuentra en condiciones de invocar una legitimación procesal autónoma", con lo cual "(…) a diferencia de lo que ocurre en los casos de litisconsorcio necesario, tanto el resultado del proceso cuanto el contenido de la sentencia definitiva pueden ser distintos con respecto a cada uno de ellos" (PALACIO, LINO ENRIQUE. Derecho Procesal Civil. Tomo III. Sujetos del proceso. Sexta reimp. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999, p.p. 221/222).

En suma, existiendo en autos un litisconsorcio facultativo, se configura una acumulación subjetiva de pretensiones: cada uno de los accionantes pudo haber iniciado un juicio independiente para reclamar su crédito. Y, como sólo el Sr. Peña sostuvo su recurso de inconstitucionalidad mediante la presentación de un recurso directo contra su denegatoria, el pronunciamiento del *a quo* hace cosa juzgada respecto de quienes lo consintieron, a saber, Franco Lippi, José Osvaldo Tessore, Susana Beatriz Murúa y José María Paolantonio.

Como explica Palacio al enumerar los distintos efectos que produce el litisconsorcio facultativo, "[l]os recursos interpuestos por uno de los litisconsortes no benefician a los restantes" (PALACIO, LINO ENRIQUE, ob. cit., p.224).

9. En virtud de lo expuesto, voto por (i) admitir la queja de fs. 23/25; (ii) hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad de fs. 193/202, con costas al GCBA vencido (conf. art. 62 CCAyT); (iii) dejar sin efecto la sentencia de fs.187/190 vuelta; y (iv) devolver el expediente a la Cámara para que, por otros magistrados, se emita un nuevo fallo.

El juez José Osvaldo Casás dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad interpuesto fue incorrectamente denegado.

La parte recurrente plantea que se configura un caso constitucional referido a la afectación de su derecho de propiedad, al negársele, mediante una sentencia que contraría las constancias de la causa, la contraprestación dineraria que le corresponde por el trabajo que desplegara para el Teatro Colón.

La quejosa sostuvo también que la sentencia de Cámara viola su derecho de defensa en juicio y el debido proceso legal (art. 18, CN) en razón de que tiene "*por no invocado, ni siquiera subsidiariamente la existencia de un enriquecimiento sin causa por parte de la administración local"* no obstante que "*la demandada se defendió del pretendido enriquecimiento que le adjudican las partes* (…) *cuestión* [que] *descalifica el acto jurisdiccional como tal"* (fs. 9 de la queja*).*

Afirmó también que el decisorio en crisis viola el art. 14 *bis* de la Constitución —que protege el trabajo en sus diversas formas— cuando admite que está acreditada la efectiva prestación de servicios por parte de los actores y luego concluye que *"los demandantes no tienen derecho a retribución alguna"* (fs. 10 de la queja).

Finalmente la parte actora tachó de arbitrario el pronunciamiento recurrido porque *"se aparta de las constancias de autos y tiene una fundamentación sólo aparente*" en razón de que efectúa "*una absurda valoración de la prueba"* (fs. 10 vuelta de la queja), lo que vulnera la garantía constitucional de igualdad y su derecho de propiedad (arts. 16 y 17, CN).

2. Cabe hacer lugar al planteo del recurrente en cuanto sostiene que en la sentencia de Cámara no se tuvieron en cuenta los escritos constitutivos de la *litis*, ni las pruebas agregadas y aquélla se funda en afirmaciones dogmáticas sin darse razones suficientes para prescindir de las constancias conducentes a la solución del litigio, por lo que debe ser dejada sin efecto.

3. Del examen de los elementos obrantes en la causa es posible tener por probado que:

a) el Director General Artístico del Teatro Colón, Sr. Sergio Renán, aprobó verbalmente el proyecto realizado por los demandantes para llevar a cabo la presentación de un espectáculo en el Teatro (nota del Sr. Sergio Renán al Secretario General de la Asociación Argentina de Actores, fs. 12 y declaración testimonial obrante a fs. 138);
b) las partes nunca formalizaron un contrato por escrito;

c) el espectáculo didáctico musical *"Académicacolón@música y video"* no sólo se llevó a cabo en el Teatro Colón sino que se realizaron siete (7) funciones que contaron con la participación de su Orquesta Académica y tuvieron amplia difusión periodística (fs. 75/80, 88/89, 132 y 135/136, entre otras y fs. 68/79 del expte. adm . nº 66.217/2001);
d) el Teatro cobró un precio por la entrada a los espectáculos que vendió en sus propias boleterías (según surge de las copias de las notas publicadas en los diarios Clarín y La Nación obrantes a fs. 37 y 41 del expte. adm nº 42.422/2001 que no han sido tachadas de falsas por la demandada);
e) la Fundación del Teatro recibió un subsidio por la suma de $ 5.000 del Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales (INCAA) para solventar gastos destinados a contribuir en la organización y producción del ciclo "Educación al adolescente como espectador" en cuyo marco se realizó el evento que motiva el reclamo (fs. 104/110);
f) la folletería publicitaria del espectáculo que incluye el logo del Teatro —cuya realización estuvo a cargo de la Fundación Teatro Colón— detalló la participación de los demandantes en el mismo y dio cuenta del auspicio del INCAA (fs. 71/78, expte. adm. nº 66.217/2001).

4. Del cuadro de situación descripto surge que existió un acuerdo de voluntades concertado entre las partes que derivó en la ejecución de prestaciones recíprocas orientadas a la realización de un fin determinado.

Es por ello que coincido en este punto con lo expresado en el voto de mi colega el Dr. Luis F. Lozano, en cuanto afirma que los trabajos que motivan el presente reclamo se realizaron con el acuerdo explícito de las autoridades del Teatro —que, reitero, cobró entrada al público para asistir a las funciones— y que tal vinculación encuadra en los términos del art. 1.137 del Código Civil.

5. De todos modos, en virtud de la controversia suscitada en el proceso acerca de la existencia y validez del vínculo que unió a las partes, así como respecto de sus efectos, corresponde señalar que el contrato referido presenta vicios graves en sus elementos esenciales y por lo tanto es nulo.

De acuerdo al régimen jurídico vigente para el Teatro Colón en la época en que se celebraron los espectáculos, el Director General Artístico de esa prestigiosa Casa no poseía *competencia* para disponer por sí solo —mucho menos verbalmente— una contratación directa con los actores [cf. misiones y funciones que se describen en el anexo del contrato de locación de servicios suscripto entre el GCBA y el Sr.

Sergio Renán, como *"Términos de Referencia Contrato Director General Artístico Teatro Colón"* (fs. 65 del expte. adm. nº 42.422/01), autorizado por decreto nº 2284/2000 (BOCBA nº 1101, del 2/01/2001); y arts. 1º, 2º y 7 inc. a) de la Ley de Procedimientos Administrativos local, cuyo Título II es de aplicación directa a los contratos que celebren los órganos y entidades alcanzadas por la ley, en cuanto fuese pertinente, según lo indica el citado art. 7 en su último párrafo]. En pocas palabras, para que la propuesta artística *aprobada* por el Director General Artístico del Teatro pudiera llevarse a cabo legalmente, aunque el caso de las obras artísticas sea uno de los ejemplos típicos que admite la contratación directa, era necesario cumplir una serie de *procedimientos* y *formalidades* previstos en la Ley de Contabilidad y su decreto reglamentario que no fueron observados [cf. art. 56, inc. 3), apart. f].

6. Más allá de lo expuesto en el punto precedente, es imposible pasar por alto que las funciones se realizaron con éxito y ello solo pudo concretarse, como se dijo, mediante la ejecución de prestaciones recíprocas entre las partes. No resulta concebible que los actores ingresaran al Teatro, ocuparan sus instalaciones y brindaran el espectáculo en reiteradas jornadas con asistencia de numeroso público que abonó su entrada en boletería sin contar con la activa colaboración del personal del Teatro Colón y el consentimiento de sus autoridades.

Además, en el caso, no cabe presumir gratuitas las tareas desempeñadas por los demandantes, más aún si se tiene en cuenta que la regulación de la actividad establece que si un artista decide donar los honorarios que recibe por su trabajo dicha suma debe ser ingresada a las arcas de la Asociación Argentina de Actores (v. prueba testimonial de fs. 112). Tampoco impide el reclamo el hecho de que no se pueda tener por probado el precio que se pactó para realizar las tareas comprometidas, pues *"(e)l que hiciere algún trabajo, o prestare algún servicio a otro, puede demandar el precio, aunque ningún precio se hubiese ajustado, siempre que tal servicio o trabajo sea de su profesión o modo de vivir. En tal caso, entiéndese que ajustaron el precio de costumbre para ser determinado por árbitros*" (art. 1.627, Cód. Civil).

En consecuencia, entiendo que, por aplicación de los arts. 1.050 y 1.052 del Cód. Civil, corresponde que las partes se restituyan mutuamente *"lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado"*. La solución que antecede se impone, toda vez que no cabe presumir que los artistas contratados conocieran singularmente el grado del vicio de la relación que los unía al Teatro, ni que hubieran obrado con culpa o negligencia, pues no se trata de contratistas o proveedores habituales del Estado (art. 902, Cód. Civil). Es más, desde esta perspectiva, la oposición al pago sostenida por la

Administración lesiona la elemental regla de buena fe (art. 1.198, Cód. Civil) que, como es obvio, también debe regir la contratación estatal.

En esta línea, en concordancia con el criterio esbozado en la sentencia de la Sra. jueza de primera instancia que tuvo por encuadrada la pretensión de cobro que originó el juicio en el *enriquecimiento sin causa* —a partir de los hechos invocados y las pruebas ofrecidas y producidas en el expediente—, entiendo que en el *sub examine* se han acreditado razonablemente la entidad de los servicios profesionales prestados por los actores que redundaron en prestaciones útiles para el Teatro (art. 2.309, Cód. Civil), así como el costo asumido por la producción del video que formó parte del espectáculo —cf. informes de fs. 115/119 y de 121/125— (cf. doctrina de la CSJN, *Fallos*: 329:5976, aplicable *mutatis mutandi*).

7. En cuanto al alcance subjetivo que debe asignarse al presente pronunciamiento, toda vez que en el *sub lite* se presentó como parte actora un litisconsorcio facultativo (art. 82, CCAyT), cabe señalar que el mismo solo puede tener efectos para quien no consintió la sentencia de Cámara que denegó el recurso de inconstitucionalidad oportunamente incoado —Sr. Walter Peña—.

En virtud de las consideraciones expuestas, corresponde: **a)** hacer lugar a los recursos de queja y de inconstitucionalidad interpuestos; **b)** dejar sin efecto el pronunciamiento impugnado, y **c)** devolver el expediente a la Cámara para que, por otros magistrados, se dicte un nuevo fallo con arreglo a lo aquí decidido.

Las costas del recurso de inconstitucionalidad se imponen a la vencida.

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. La queja cumple los requisitos formales exigidos en el art. 33 de la ley 402, y rebate acertadamente el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, ya que —contrariamente a lo sostenido por la Cámara— el recurrente logró plantear un genuino caso constitucional centrado en la violación de sus derechos de propiedad, defensa en juicio y debido proceso legal.

Por lo tanto, la queja debe ser admitida a los efectos de adentrarse en el tratamiento del recurso extraordinario local subyacente.

2. En primer lugar, debemos dilucidar si existió una contratación válida que ligara a las partes.

2.1. La locación de obra es el contrato en virtud del cual una de las partes se compromete a realizar una obra y la otra a pagarle a cambio un precio en dinero (conf. art. 1493 Cód.Civ.), y comprende no solo la realización de construcciones u obras materiales, sino también obras intelectuales (Borda, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil. Contratos", tomo II, 7ª ed.act., n° 1067, pág. 49/50, Ed. Perrot, Bs.As., 1997). En el presente caso, los accionantes han elaborado y presentado un espectáculo didáctico musical dirigido especialmente a niños y adolescentes en el Teatro Colón, que en consecuencia involucraría una locación de obra artística.

Al tratarse de un contrato de derecho común de la Administración, sus principales caracteres y las obligaciones de las partes están regidas por el derecho civil, que contiene el régimen jurídico sustantivo aplicable, pero no ocurre lo mismo respecto de los requisitos formales que deben observarse. Y es que todo lo relativo a la *"competencia del órgano"* y la *"expresión de la voluntad"* de la Administración, al momento de celebrar cualquier contratación estatal, constituye —en principio— una materia regulada por el derecho público y no por el derecho privado, lo que es aplicable tanto a contratos administrativos como también a contratos de derecho común de la Administración (conf. Marienhoff, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", tomo III-A, 4ª ed.act., n° 594 y 603, pág. 44/53 y 85/87, Ed. Abeledo-Perrot, Bs.As., 1998).

Pues bien, no existe ninguna norma específica que regule el procedimiento de formación y celebración del contrato de locación de obra artística cuando el que la encarga es el Estado, ya que el derecho público local guarda silencio al respecto. Por lo tanto, para determinar cuál es la forma exigible debe acudirse por vía supletoria a las normas de la Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (DNyU n° 1510/1997), habida cuenta que el art. 7 *in fine* de dicha normativa establece que *"(L)os contratos que celebren los órganos y entidades alcanzadas por esta ley se regirán por sus propias normas especiales, sin perjuicio de la aplicación directa del presente título en cuanto fuese pertinente."*

Y en lo pertinente, el art. 8 del DNyU dispone que *"(E)l acto administrativo se manifestará expresamente y por escrito, indicará el lugar y fecha en que se lo dicta y contendrá la firma de la autoridad que lo emite; solo por excepción y si las circunstancias lo permitieren podrá utilizarse una forma distinta."*

En este sentido, cabe recordar que la prueba de la existencia de un contrato de la Administración se halla íntimamente ligada a la forma en que el contrato queda legalmente perfeccionado. Cuando no se

requiere que se firme o suscriba un instrumento específico, y el acuerdo de voluntades se hubiere producido, el contrato podrá acreditarse con un instrumento o testimonio que contenga o comprenda las piezas respectivas de las cuales resulte dicha fusión de voluntades; en cambio, cuando la legislación aplicable exigiere la específica existencia de un contrato escrito, el contrato deberá probarse con dicho específico documento escrito, pues se trataría de un requisito formal o esencial de su existencia (Marienhoff, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", tomo III-A, 4ª ed.act., pág. 145/146, Ed. Abeledo-Perrot, Bs.As., 1998).

En conclusión, la existencia y validez del contrato de locación de obra artística que los actores afirman haber consensuado con las autoridades del Teatro Colón, dependerá del cumplimiento de determinadas formalidades, entre los cuales cabe mencionar los siguientes: *(i)* que el contrato haya sido avalado por los funcionarios competentes, y *(ii)* que haya sido instrumentado por escrito, o al menos deben existir documentos escritos que permitan comprobar el fiel cumplimiento del procedimiento de formación y celebración del acuerdo de voluntades.

2.2. Sin embargo, y como acertadamente destaca el Dr. Casás en su voto, si bien existe un acuerdo de voluntades que derivó en la ejecución de prestaciones recíprocas —lo que permite calificar como "contractual" a dicha vinculación, en los términos del art. 1137 Cód.Civ.—, el contrato resulta nulo ya que se encuentran viciados sus elementos esenciales.

Y es que no existe ninguna actuación administrativa que permita tener por acreditado el cumplimiento del procedimiento de formación y celebración del contrato. Por lo tanto, tampoco podemos comprobar que la realización de la obra artística haya sido aprobada por las autoridades competentes y que cuente con la asignación de la pertinente partida presupuestaria.

La documental acompañada en esta causa (recortes periodísticos que dan cuenta de la repercusión del espectáculo, folletos de promoción, programa de la obra, nota del ex – Director General Artístico del Teatro Colón en la que reconoce haber aprobado la realización del espectáculo) prueban la efectiva realización de la obra artística, pero no la existencia y validez del contrato invocado. Por lo tanto, no pueden ser considerados "principio de prueba por escrito".

3. Como no existe un contrato válido que sirva de sustento jurídico al reclamo de los accionantes, el mismo deberá ser analizado desde la óptica de la doctrina del enriquecimiento sin causa.

3.1. En primer lugar, debemos determinar si el debate relativo al enriquecimiento incausado forma parte del objeto del proceso, es decir si dicha pretensión puede considerarse introducida por los actores en su demanda.

Si bien el escrito de demanda no reviste la precisión y claridad deseadas, lo cierto es que en ella los actores solicitaron el pago de las tareas artísticas realizadas, estimaron su costo y ofrecieron prueba —que fue posteriormente producida— para fundamentar la razonabilidad del monto peticionado. Por lo tanto, podemos considerar que la pretensión de resarcimiento por enriquecimiento sin causa estaba incluída implícitamente en los términos de la litis, como también lo entendió el GCBA en su contestación de demanda al sostener que *"... (P)or resolución nro. 3266-SC-2003 se desestimó el reclamo de los actores atento que no existió convenio firmado por autoridad competente,* ***ni hubo el pretendido enriquecimiento que se adjudican las partes*** *..."* (la negrita no se encuentra en el original).

En su contestación de demanda el GCBA ejerció efectivamente su defensa al negar el enriquecimiento incausado de los actores, y en la etapa probatoria pudo también controlar la producción de prueba tendiente a acreditar el costo de las tareas artísticas, lo que constituye el monto del enriquecimiento del GCBA y correlativo empobrecimiento de los demandantes.

Al apelar y expresar agravios contra la sentencia de primera instancia (fs. 171/173), el GCBA manifestó que la actora no dedujo la pretensión del enriquecimiento sin causa en su demanda, lo que impidió que la demandada ejerza su defensa al respecto, de manera tal el fallo atacado constituiría una sentencia "ultra petita" violatoria del principio de congruencia y sus derechos de defensa en juicio, igualdad procesal de las partes y de propiedad. Pero no indicó qué defensas y/o pruebas se vio privado de oponer, lo que transforma a dichas críticas dogmáticas y carentes de todo sustento.

En conclusión: la pretensión orientada a obtener una indemnización por enriquecimiento sin causa puede considerarse implícitamente contenida en el escrito de demanda, el GCBA ejerció su defensa al respecto y no indicó ninguna defensa o prueba que se haya visto privado de oponer para impedir el progreso de dicha pretensión. Por lo tanto, podemos afirmar que el debate al respecto forma parte del objeto del proceso y de ello no puede derivarse ninguna lesión a los derechos de defensa en juicio y debido proceso del GCBA.

3.2. Además, los accionantes han logrado acreditar los presupuestos que torna procedente la aplicación del instituto del enriquecimiento sin causa.

Como ha sostenido el Tribunal en anteriores precedentes (ver, entre otros, *"Sanecar SACIFIA c/ GCBA s/ cobro de pesos – s/ recurso*

de apelación ordinario", expte. nº 1860/02, sentencia del 05/11/2003), para que resulte admisible el reclamo sobre la base del enriquecimiento sin causa de la Administración el actor debe demandar con fundamento en esa causal de reparación (cf. Fallos: 323:3924), probar que efectuó prestaciones útiles y la cuantía de su empobrecimiento (cf. Fallos: 312:741; 323:3924).

Tal como han indicado mis colegas preopinantes, y por los fundamentos probatorios por ellos indicados —a lo que me remito—, no existen dudas acerca de la *efectiva realización del espectáculo artístico* y que *las tareas artísticas no fueron realizadas a título gratuito*. Ambos extremos fueron tenidos por acreditados en la sentencia de primera instancia (ver fs. 157 vta.), y fueron tácitamente consentidos por el GCBA, quien al apelar y expresar agravios contra dicha decisión no cuestionó lo afirmado al respecto por la sentenciante (ver fs. 171/173).

Y en cuanto a la *cuantía del empobrecimiento,* también podemos afirmar que la prueba obrante en autos permite considerar comprobado la existencia del detrimento patrimonial y el monto del mismo. En efecto, y más allá de los cuestionamientos esbozados por el GCBA en cuanto a que los actores no probaron los gastos que pudo demandar la prestación —excluída la ganancia— (ver fs. 171/173), lo cierto es que la pericia de fs. 115/118 y el informe de fs. 121/125 permiten tener por acreditado que los montos estimados en la demanda no solo resultan razonables, sino que incluso estarían subvaluados.

4. El desarrollo efectuado precedentemente me conduce a sostener que la sentencia de Cámara resulta descalificable en cuanto acto jurisdiccional, ya que realizó una aplicación errónea de los precedentes "Ingeniería Omega" (de la CSJN) y "Sanecar" (de este Tribunal) —habida cuenta que la situación de autos presentaba diferencias significativas respecto de aquellas causas—, e interpretó con un excesivo rigor formal los términos de la demanda para concluir equivocadamente que la pretensión de indemnización por enriquecimiento incausado no formaba parte del objeto del proceso, lo que condujo al rechazo de la demanda con la consiguiente lesión a los derechos de defensa y propiedad de los actores.

Por lo tanto, corresponde revocar dicha sentencia y devolver el expediente a la Cámara para que, por otros magistrados, se dicte un nuevo fallo con arreglo a lo aquí decidido.

5. Por último, en cuanto al alcance subjetivo de esta decisión, y más allá de que la obra artística de autos resulta una construcción colectiva, y por ende indivisible, el reclamo pecuniario de los actores —que constituye el objeto del proceso— sí resulta fraccionable, y disponible individualmente atento su naturaleza dineraria.

En efecto, los actores reclaman el pago de una suma de dinero, lo que conforma una obligación de naturaleza divisible, en virtud de lo expresamente dispuesto por el art. 669 Cód.Civ. Por lo tanto, cada uno de los accionantes solo tiene derecho a exigir su parte en el crédito reclamado (conf.arts. 675 y 693 Cód.Civ.).

Cada uno de los actores podría haber promovido juicios separados para cobrar la parte del crédito que les correspondía, pero al hacerlo en forma conjunta las acciones se acumularon en el mismo proceso y se formó un litisconsorcio facultativo. A pesar de esta acumulación procesal, los créditos divisibles no se confunden ni concentran, y por el contrario mantienen su autonomía (conf. Llambías, Jorge Joaquín, "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", tomo II-A, 5ª ed., n° 1104, pág. 410/411, Ed. LexisNexis, Bs.As., 2005), de manera tal que el resultado del proceso puede ser distinto con respecto a cada uno de los acreedores.

En conclusión, al tratarse de un litisconsorcio facultativo (art. 82 CCAyT), la admisión de los presentes recursos de inconstitucionalidad y queja solo puede beneficiar al reclamo patrimonial interpuesto por el único recurrente (Sr. Peña).

6. En virtud de lo expuesto, voto por:

a) admitir la queja;

b) hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad y dejar sin efecto la sentencia de fs. 187/190;

c) devolver el expediente a la Cámara para que, por otros magistrados, se dicte un nuevo fallo con arreglo a lo aquí decidido;

d) imponer las costas de esta instancia a la vencida, por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 62 CCAyT).

El juez José Sáez Capel dijo:

1. La queja interpuesta por el actor Walter Peña lo ha sido en tiempo y forma oportunos y contiene una crítica razonada que rebate, con argumentos sólidos, el auto denegatorio, lo cual habilita el análisis del recurso de inconstitucionalidad.

A su vez, este último también fue presentado tempestivamente, por quien posee la legitimación necesaria a tales efectos, mediante escrito fundado y se dirige contra la sentencia definitiva del tribunal superior de la causa (arts. 28 y 33 de la ley 402).

2. Superados los aspectos formales e ingresando en la sustancia del recurso de inconstitucionalidad que la presentación directa defiende, considero que debe ser admitido, por cuanto el actor Walter Peña ha logrado demostrar que en la especie se ha configurado una

cuestión constitucional que habilita la jurisdicción de este Tribunal, conforme lo prescripto en los arts. 27 de la ley nº 402 y 113 inc. 3 de la Constitución local.

3. Los agravios expuestos por el quejoso pueden resumirse en los siguientes:

a) la violación del derecho de defensa en juicio, del debido proceso adjetivo y de los principios de congruencia y de igualdad (arts. 16 y 18, CN; 10, 11 y 13.3, CCABA), pues en la sentencia recurrida se desvirtúa el balance entre las partes –en favor de la demandada- y se tiene por no invocado, ni siquiera subsidiariamente, la existencia de un enriquecimiento sin causa de parte de la Administración local que se halla implícito en la demanda y, respecto del cual, esta última se defendió en la respectiva contestación; con lo cual, *"desconoció completamente…lo que fue y hubo sido materia de la litis"* (conf. fs. 7vta./9).

b) la afectación al art. 14 bis de la CN (arts. 10 y 43, CCABA), que protegen al trabajo "en sus diversas formas" y al derecho de propiedad (arts. 17, CN; 10 y 12.5, CCABA), pues resulta incompatible que la Cámara, no obstante tener por debidamente probada la efectiva prestación de servicios por parte de los actores, en definitiva resuelva que no poseen derecho a retribución alguna por su labor (conf. fs. 9/11vta.).

Por último, denuncia la arbitrariedad de la sentencia de la Sala I de la Cámara de Apelaciones CAyT, sobre la base de que se aparta de las constancias de la causa y a que posee una fundamentación sólo aparente, desigual y parcial en perjuicio de su parte, punto éste en el que reitera las críticas que se han sintetizado precedentemente -puntos a y b- (conf. fs. 11vta./16).

4. Por los argumentos que a continuación desarrollaré en extenso, considero que corresponde hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad dirigido a que se revoque la sentencia de Cámara antes aludida.

5. Liminarmente, habré de referirme a los hechos y circunstancias que surgen debidamente demostrados a partir de las constancias agregadas al principal y que han quedado fuera de discusión:

a) Durante los meses de julio, agosto y septiembre del año 2001, los actores presentaron en el Teatro Colón el espectáculo "académicacolón@música y video", llevando a cabo siete funciones, en las que participó la Orquesta Académica de esa casa de cultura y contaron con una amplia difusión y favorables críticas en los medios periodísticos (diarios "Clarín", "La Nación" y revista "Noticias").

b) El Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales (INCAA) otorgó a la Fundación del Teatro un subsidio en dinero para contribuir con el ciclo “Educación al adolescente como espectador”, en cuyo marco se realizó el espectáculo de autos.

c) Este último fue publicitado por medio de folletos confeccionados por la Fundación Teatro Colón, que incluían el logo del Teatro, un detalle de la participación de los actores y el apoyo del INCAA.

d) El Director General Artístico del Teatro Colón, por entonces Sergio Renán, aprobó verbalmente la propuesta del proyecto del referido espectáculo pero nunca llegaron a suscribirse contratos por escrito, con las formalidades debidas y por causas que no se vislumbran como imputables a los actores, pese a la promesa que en tal sentido aquél les había formulado.

e) Las entradas a los eventos se vendieron por un precio en las boleterías del Teatro Colón.

6. De lo expresado anteriormente, se desprende que entre ambas partes en conflicto existió un acuerdo de voluntades en los términos del art. 1137 del Código Civil, en el que una de ellas –los actores- manifestaron una propuesta u oferta, que fue aceptada por la otra –las autoridades del teatro, en la persona de su Director General Artístico-. De hecho, se llevaron a cabo siete funciones, lo que da cuenta de que los actores realizaron las prestaciones convenidas, por las que –reitero-, la demandada cobró un precio, a través de entradas que fueron vendidas en la boletería del teatro. Por ello, en este aspecto, concuerdo con lo manifestado por el señor juez de trámite, Dr. Luis F. Lozano.

Ahora bien, la demandada, con razón en este punto, ha puesto en crisis la existencia y validez del contrato que los actores manifestaron haber convenido verbalmente, por dos motivos: a) porque no fue avalado por los funcionarios competentes; y b) porque no se respetaron las formalidades legales prescriptas para las contrataciones con el Estado.

Los contratos en los que una de las partes es el Estado –en el caso, local- se encuentran regulados por el derecho público, que puede imponer ciertas formas *ad solemnitatem* como condición de su existencia y validez, por la elevada razón -entre otras- de que en ellos se compromete el erario de los ciudadanos.

Tal como destacara el Dr. José O. Casás en el voto que me precede, al momento en que los actores llevaron a cabo los espectáculos, el Director General Artístico del Teatro Colón no poseía legalmente competencia para disponer por sí solo y verbalmente, una contratación directa con los actores, que solamente podría haber sido acordada válidamente de haberse cumplido los procedimientos y

formalidades prescriptos en la ley de Contabilidad (Decreto-ley 23.354/56) y su decreto reglamentario, lo que no ocurrió en autos. De acuerdo a las probanzas producidas en el expediente, tal incumplimiento no resulta atribuible a los actores. A este respecto, destaco la declaración testimonial de D. Sergio Renán obrante a fs. 138, en la que reconoce la Nota de fecha 7 de septiembre de 2001 que dirigiera a la Asociación Argentina de Actores, donde expresara su vergüenza y pidiera disculpas por la falta de contrato y de pago, como también haber aprobado la propuesta del espectáculo y sus participantes.

7. Determinada la ausencia de contrato administrativo válido, el interrogante se centra en buscar una solución justa para el caso, que no desconozca la protección constitucional al trabajo *en sus diversas formas*, el principio de igualdad y el derecho de propiedad del quejoso. Y aquí es donde coincido con la señora jueza de primera instancia, que encuadró la situación fáctica acreditada en autos en un enriquecimiento sin causa por parte del GCBA, pues resulta un principio general el que no puedan presumirse gratuitas las labores que llevaron a cabo los demandantes. Sobre esto último, resulta crucial el testimonio brindado a fs. 112 del principal por el entonces Presidente de la Asociación Argentina de Actores -Oscar Ferrigno-, quien fue contundente en sostener que cuando un actor quiere donar su trabajo, los honorarios respectivos son percibidos por la Asociación Gremial.

Calificada doctrina admite la invocación de la figura del enriquecimiento sin causa en el ámbito del derecho público.

Su antecedente histórico lo hallamos en el *Digesto* Libro L título XVII "De reguis iuris antiquis, parágrafo 206, que en versión castellana podemos literalmente traducir: *por derecho natural es equitativo que nadie se haga más rico con detrimento injuria de otro.* También, las Partidas del Rey Alfonso de Castilla y León, receptan este principio romano-bizantino en la Partida VI título XXXVI Regla XVII, al referir que: *Cómo nadie a tuerto debe enriquecer con daño de otro. E aún dijeron que ninguno no debe enriquecer torticeramente con daño de otro.* (*Las siete partidas.* Versión de José Sánchez-Arcilla. Editorial Reus. Madrid, 2004).

En este orden de ideas, Bielsa sostiene que: *"…el administrado es un sujeto de derechos que por la Constitución y las Leyes tiene asegurado un conjunto de garantías protectoras de esos sus derechos, entre ellos el de igualdad ante la Ley y las cargas públicas. Si el que enriquece a la Administración Pública por un empleo útil (hechos) o colabora jurídicamente en su defensa por una gestión útil de negocios (actos) debiera quedar sin indemnización, la proporcionalidad en la distribución de las cargas públicas quedaría afectada, indirectamente al menos, en detrimento del que enriqueció a la administración o hizo*

gastos en una gestión útil para ella, es decir, para la colectividad que aprovecha los servicios públicos. En efecto, ésta recibiría un beneficio general a costa de uno de sus miembros lo que repugna toda idea de justicia y equidad…En el enriquecimiento sin causa se aplica la regla según la cual la actio de in rem verso autoriza a demandar la suma equivalente a aquélla en que se han enriquecido los beneficiarios del empleo útil…Y ese enriquecimiento se determina en el momento en que se hace el empleo, aunque después esa utilidad o beneficio llegue a cesar (art. 2309 del Código Civil)…" (Bielsa, Rafael, *Derecho Administrativo*, Vª edición.Tomo II, págs.. 400 y 478. Editorial Roque Depalma. Buenos Aires, 1955).

Asimismo, Bartolomé Fiorini refiere que la utilidad producida justifica el derecho a la compensación cuando el servicio o aporte fue necesario, y que aún con todos sus vicios causa utilidad. Por su parte, Llambías nos enseña que el enriquecimiento sin causa importa un desplazamiento de un bien o un valor del patrimonio de una persona al patrimonio de otra, sin que exista un título o causa jurídica que justifique ese traspaso (Llambías, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, t. IV-B, pág. 355 y sgts. Editorial Perrot. Buenos Aires, 2005).

Nuestra CSJN ha reconocido, aún ante supuestos de nulidad de contratos administrativos, que el contratista tiene derecho a la restitución de lo que las partes han recibido o perdido en virtud o como consecuencia del acto anulado (art. 1052 del Código Civil), norma que, según el criterio del tribunal no es sino recepción, en materia de nulidades, de la teoría del enriquecimiento sin causa (Fallos 310, v.2, p. 2278 y sus citas), aunque también ha invocado, a iguales efectos, el espíritu del art. 2309 del mismo cuerpo legal (Fallos 179:249). En Fallos 323:3924, recordó el criterio sostenido en otros precedentes, según el cual resulta presupuesto para la aplicación de la institución del enriquecimiento sin causa, que haya sido solicitado en esos términos por la parte actora en la demanda, como también que la carga de la prueba corresponde a ésta. En un fallo más reciente (Fallos 326:2457), ratificó la admisión de la teoría en estudio en el ámbito del derecho administrativo.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han delineado como requisitos de procedencia de la acción de restitución a los siguientes:

a) que exista un enriquecimiento del demandado;

b) que exista un empobrecimiento del demandante, entendido como una disminución en su patrimonio, ya sea por la pérdida efectiva de bienes, de trabajo o de tiempo;

c) que exista una relación causal entre el enriquecimiento del demandado y el empobrecimiento del demandante;

d) que no exista causa lícita que justifique el enriquecimiento, en tanto nadie tiene la obligación de devolver lo que ganó por un título legítimo; y

e) que no exista otra acción específica y útil para canalizar el reclamo del accionante.

8. En el caso se verifican todos los recaudos de procedencia del instituto y, a mi entender, la interpretación realizada por la alzada peca de un excesivo rigorismo formal y resulta errada. Sabido es que el principio de congruencia se inspira en evitar que las partes puedan verse "sorprendidas" por argumentos no invocados en el marco de la litis y, con ello, privadas de ejercer las defensas, ofrecer y producir las pruebas que hagan a sus intereses. Cabe preguntarse cómo pudo haber ocurrido ello en autos, cuando el GCBA, al contestar la demanda, afirmó que: *"…se desestimó el reclamo de los actores atento a que no existió convenio firmado por autoridad competente, ni hubo el pretendido enriquecimiento que se adjudican las partes"* (conf. fs. 44 del principal). Es decir, que el GCBA ejerció una defensa efectiva respecto del enriquecimiento sin causa y, por tanto, el agravio que en su momento invocó contra el pronunciamiento de primera instancia no superó la frontera de una mera afirmación dogmática, pues no indicó las defensas o pruebas que sobre el punto se vio impedida de oponer. De todos modos, también soy de la opinión de que la pretensión de restitución surge implícita en la demanda, desde el momento en que los actores reclamaron el pago de las funciones artísticas que realizaron, estimaron su valor y ofrecieron prueba para avalar el monto pretendido, razonamiento que se confirma teniendo en cuenta que así también lo entendió el GCBA, en la contestación de demanda referida. Por tanto, no puede desconocerse que integró la litis.

También las labores artísticas fueron necesarias a los fines de la prestación del servicio tenido en miras al encomendarse su realización y efectivamente prestadas por los actores; se incorporaron al patrimonio del GCBA, que obtuvo ventajas económicas de ellas; los demandantes acreditaron la cuantía de su empobrecimiento –conf. la pericia de fs. 115/118 y el informe de fs. 121/124, relativos al costo de realización del video, el tiempo que les insumió el trabajo realizado, que no pudieron aplicar a otros empleos, aunado a la trayectoria artística y profesional de los participantes, todo lo cual permite afirmar que las sumas que reclaman resultan razonables-. También se satisface el requisito de la causalidad adecuada, puesto que los mismos hechos han originado el empobrecimiento de los actores y el enriquecimiento de la demandada; éste resulta incausado y no existe otra acción específica y útil para canalizar el reclamo.

A tenor de lo cual, corresponde revocar la sentencia en crisis y, con el objeto de asegurar la garantía de imparcialidad del juzgador

(arts. 13.3 CCABA, 18 y 75 inc. 22 CN, 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos), el expediente deberá remitirse a la Cámara, para que otros Magistrados dicten un nuevo fallo a tenor de los lineamientos aquí definidos.

9. En cuanto al alcance de la decisión, lo es sólo respecto al Sr. Walter Peña, pues nos hallamos frente a un litisconsorcio facultativo y, únicamente el nombrado, cuestionó ante este Tribunal, mediante el recurso de queja que se ha analizado, la denegatoria del de inconstitucionalidad que sí presentaran todos los actores (conf. art. 88 CPCyCN y 82 del CCAyT).

En la demanda se reclama el pago de una suma de dinero y no obstante la acumulación procesal acontecida, los créditos no por ello dejan de ser divisibles y mantienen su autonomía (conf. arts. 669 y sgts. del Código Civil y, en igual sentido, las discriminaciones efectuadas en el punto IV "Monto Reclamado" de la demanda).

10. Por último, corresponde imponer las costas del recurso de inconstitucionalidad al GCBA (art. 62, CCAyT).

En mérito de todo lo precedentemente expuesto, voto por: **a)** hacer lugar a los recursos de queja y de inconstitucionalidad interpuestos respecto del actor Walter Peña; **b)** revocar la sentencia dictada por la Sala I de la Cámara CAyT a fs. 187/190; **c)** devolver el expediente a la Cámara a efectos de que, otros Magistrados, dicten un nuevo fallo con arreglo a lo decidido en el presente y **d)** imponer las costas de esta instancia al GCBA, por resultar parte vencida (art. 62 del CCAyT).

Tal es mi voto.-

Por ello, emitido el dictamen por el Sr. Fiscal General Adjunto, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia
resuelve:

1. Admitir la queja y **hacer** lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Walter Peña, con costas.

2. Revocar en relación a Walter Peña la sentencia de fs. 158/166 y **reenviar** la causa a la Cámara de Apelaciones en lo

Contencioso Administrativo y Tributario para que, por otros magistrados, se dicte un nuevo fallo con arreglo a lo aquí decidido.

3. Mandar que se registre, se notifique y, oportunamente, se agregue la queja al expediente principal y se devuelva a la Cámara remitente.