TOMO XVI -CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- T.S.J..-
REGISTRO Nº 1024
FOLIO Nº 3187|3195
PROT. ELECT. TSS1 024 C.161

En la ciudad de Río Gallegos, capital de la Provincia de Santa Cruz, a los 14 días del mes de octubre de dos mil dieciséis, se reúne el Excmo. Tribunal Superior de Justicia, integrado con las Sras. Vocales, Dras. Alicia de los Ángeles Mercau, Paula Ernestina Ludueña Campos y los Sres. Vocales Subrogantes, Dres. Domingo Norberto Fernández y Reneé Guadalupe Fernández, bajo la presidencia del Dr. Daniel Mauricio Mariani para dictar sentencia en los autos: **"MUNICIPALIDAD DE CALETA OLIVIA C/ PILOTTI S.A.E.F. S/ DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA -ACCIÓN DE LESIVIDAD-"**, Expte. Nº M-440/04-TSJ. Se fija el siguiente orden de consideración: 1º) Dr. Daniel Mauricio Mariani, 2º) Dra. Alicia de los Ángeles Mercau, 3º) Dra. Paula Ernestina Ludueña Campos, 4º) Dr. Domingo Norberto Fernández, y 5º) Reneé Guadalupe Fernández; y las siguientes cuestiones a tratar: **PRIMERA CUESTIÓN:** ¿Es procedente la demanda contencioso administrativa?; **SEGUNDA CUESTIÓN:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.-

A la **primera cuestión** el Dr. **Mariani** dijo:

I.- Que a fs. 16/21 vta., se presenta la Municipalidad de Caleta Olivia por medio de su letrado apoderado, Dr. José A. González Nora, iniciando formal demanda contencioso administrativa en contra de la firma Pilotti S.A.E.F., pretendiendo que "...se decrete la nulidad y se disponga la revocación, en sede judicial, por razones de ilegitimidad, del contrato de locación con opción a compra celebrado entre la Municipalidad de Caleta Olivia y la firma Pilotti S.A.E.F., elevado a escritura pública nro. 98 de fecha 05 de Diciembre de 2003 ante el Registro Notarial Nro. 25 de la Ciudad de Caleta Olivia... También solicito que por el mismo motivo (ilegitimidad) se decrete la nulidad y se revoque el acto de entrega de posesión. Todo ello respecto de los inmuebles identificados como parcelas fiscales 15, 16 y 17 de la Manzana 47 de aquella Ciudad..." (cfr. foja 16).-

Inicia el relato de los hechos, señalando que "...la operación se convino mediante el pago de un alquiler mensual de $ 1.500 más IVA durante 20 años, con fenecimiento en el mes de noviembre del año 2023. Asimismo, al finalizar esos 20 años y en caso de desearlo, la firma Pilotti podrá ejercer la opción de comprar abonando un valor residual de $ 37.000, el que desde hoy hasta el año 2.023 no devengará ningún interés financiero. Es decir, el monto total de la operación asciende a $ 397.000, financiado en 20 años. Nada obsta a que se hable de financiación, pues así lo prevé textualmente el convenio al hablar de 'arrendamiento financiero'..." (cfr. foja 16 vta.). Agrega que "...La operación materializada resulta ilegítima, por

haberse desconocido diversas normas provinciales y municipales... lo que motivó que se declarase en sede administrativa la lesividad del contrato y se notificara dicha decisión a la firma Pilotti S.A.E.F. La decisión fue recurrida en sede administrativa por el co-contratante. Dicho recurso fue rechazado por el sr. Intendente Municipal, motivando también la ampliación de fundamentos de la declaración de lesividad...." (cfr. fs. 16 vta./17).-

Dice, que al no haber "...accedido la firma Pilotti S.A.E.F. a la anulación del convenio de manera extrajudicial, ello motiva el inicio de la presente acción, a los fines de resguardar el patrimonio del Estado Municipal..." (cfr. foja 17).-

Aborda luego el derecho en que funda su pretensión, expresando que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47, inciso 4, apartado f) de la Ley Nº 55, el departamento Ejecutivo de la ciudad de Caleta Olivia "...carece de facultades para arrendar bienes de propiedad del municipio sin consentimiento del Honorable Concejo Deliberante..." (cfr. foja cit.). Destaca también, que la Ordenanza Nº 717/89, exige la autorización expresa del órgano deliberativo para todo acto de arrendamiento de bienes inmuebles y que la Ordenanza Nº 593/89, prohíbe que el Ejecutivo Municipal celebre actos jurídicos relacionados con "...materias sobre las cuales posee exclusiva competencia el Honorable Concejo Deliberante... sin la previa y expresa autorización o aprobación de dicho Cuerpo..." (cfr. foja cit.).-

En cuanto a la opción de compra, pone de manifiesto la actora que "...también resulta nula, ya que las sucesivas Ordenanzas de Tierras Fiscales, como la 720/89, 3061/00 y las actualmente vigentes 3538/01 y 4052/02, han establecido que 'la administración' de las parcelas fiscales será realizada mediante el sistema de venta por licitación pública. La única excepción a ese modo de administrar las parcelas fiscales mediante la venta por licitación pública, consiste en la 'venta directa', con intervención de la Comisión de Preadjudicaciones, integrada por dos concejales y dos representantes del Departamento Ejecutivo. Debo destacar que ninguno de los requisitos establecidos en las Ordenanzas mencionadas fue cumplido..." (cfr. foja cit.).-

Explica además, que si bien se produjeron dos llamados a licitación, en los años 1997 y 1999 "...ambos quedaron frustrados. Ello surge... de la lectura del expediente administrativo. Y si bien la ley provincial nro. 760 autoriza a contratar de manera directa cuando una licitación resulta desierta, dicha facultad continúa siendo del Departamento Deliberativo (cfr. art. 47 ley 55 y Ordenanza Municipal 717/89) y no facultad discrecional del sr. Intendente Municipal..." (cfr. foja 17 vta.).-

Pone de manifiesto, que la acción promovida resulta procedente porque al haberse entregado la posesión de las parcelas, ello "...sin perjuicio que el co-contratante Pilotti S.A.E.F. debió conocer los vicios que afectaban al acto celebrado..., la entrega de la posesión puede implicar la existencia de derechos subjetivos que comenzaron a ejecutarse, tornando solamente viable la revocación del acto viciado en sede judicial..." (cfr. foja cit.).-

Con relación a los vicios que alega, dice que "...El contrato de arrendamiento con opción a compra y el subsiguiente acto de entrega de posesión importaron un actuar ilegítimo, pues del [sic] Departamento Ejecutivo Municipal contrató sin facultades al efecto..." (cfr. foja 18). Y que "...El convenio resulta también arbitrario porque se contrató en una situación desventajosa para el Estado Municipal, por una suma fija a veinte años, sin estipular intereses, precios escalonados o previsionar alteraciones en el poder adquisitivo de la moneda..." (cfr. foja cit.). Dice que "...El acto implicó una disociación de poder, ya que impidió la libre concurrencia de otros potenciales ofertantes, generando un régimen de favoritismo (fuera del ámbito legal) a favor de la firma Pilotti S.A.E.F. Y este último -el co-contratante Pilotti S.A.E.F.- debió conocer los vicios del acto administrativo celebrado..., ya que la ignorancia de las leyes no sirve de excusa, si la excepción no está expresamente autorizada por la ley... Como es sabido, la presunción de legitimidad de los actos emanados de la Administración Pública cae frente al acto manifiestamente viciado y, por tanto, se aplica pl[e]namente el principio plasmado en el artículo 20 del Código Civil..." (cfr. fs. 18 y vta.).-

Asimismo, destaca que "...El acto celebrado resulta viciado, pues no se ha dado cuenta de los antecedentes de hecho y derecho en virtud de los cuales se decidió, y no se explicaron los fines que perseguían al celebrarlo. A tal extremo se llegó con la arbitrariedad y discrecionalidad, que en el contrato de arrendamiento ni tan siquiera se estableció el 'objeto' de la locación..." (cfr. foja 18 vta.). Resalta también, que al establecer el precio de la contratación, no se tuvo en cuenta el "...precio más conveniente y razonable. Por lo tanto, excede su poder el funcionario que fija el precio con ánimo de liberalidad o a su mero arbitrio..." (cfr. foja cit.).-

Por último, ofrece prueba, hace reserva de caso federal y solicita que se "...decrete la nulidad y la consiguiente revocación del contrato de locación con opción a compra y del acto de entrega de posesión..." (cfr. foja 21 vta.).-

A fs. 75/96 vta. se presenta la firma demandada Pilotti S.A.E.F. a través de su letrado apoderado, Dr. Oscar Héctor Corres contestando demanda; oponiendo la defensa de falta de legitimación activa para obrar y planteando la inconstitucionalidad de la Ordenanza Nº 3538/2001.-

Solicita asimismo, que continúe la vigencia del contrato de leasing con todos sus efectos, y que para el supuesto de no hacerse lugar a lo peticionado "...se disponga el cambio de calificación jurídica del acto revocatorio, ordenándose se califique la revocación del contrato de leasing en cuestión ocurrida por razones de oportunidad mérito y conveniencia..." (cfr. foja 87 vta.). Requiriendo, en caso de rechazo de tales pretensiones, que "...se fijen las pautas para la liquidación de los daños y perjuicios que esa revocación le ha causado a la parte demandada..." (cfr. foja cit.).-

Con relación a la defensa de falta de legitimación activa para obrar, considera que la excepción resulta procedente, pues la Municipalidad de Caleta Olivia "...carece de causa para demandar la revocación por ilegitimidad del contrato de leasing..." (cfr. foja 86). Y que "...Carece también de legitimación para obrar la Municipalidad de Caleta Olivia, atento estar viciados en su procedimiento, los actos administrativos del Señor Intendente de Caleta Olivia, Resoluciones del día 29 de diciembre de 2.003 y 12 de enero de 2.004, respectivamente, que declaran lesivo el contrato a los intereses públicos municipales y ordena la promoción de acciones judiciales..." (cfr. foja cit.).-

El responde de la acción de lesividad, se inicia con una negativa genérica de todos los hechos que no resulten de un reconocimiento expreso de su parte. Reconoce luego "...que el día 5 de diciembre de 2003 se elevó a Escritura Pública número noventa y ocho... un convenio celebrado entre la Municipalidad de Caleta Olivia y la firma a la que representamos -Pilotti Sociedad Anónima Empresa Frigorífica-, de acuerdo a lo normado por la Ley 25.248 y conforme lo preceptuado por los artículos 1197 y 1198 del Código Civil... sobre las parcelas 15, 16 y 17 de la Manzana 47 de la citada ciudad de Caleta Olivia..." (cfr. foja 75 vta.). Seguidamente, formula una negativa puntual de los hechos esgrimidos por la actora, a los que razones de brevedad imponen su remisión (conf. fs. 75 vta./79).-

En el punto cuarto de su conteste, realiza el relato de los hechos que a su entender ocurrieron, señalando que al celebrar el contrato de leasing "...esta empresa ha actuado, además de la buena fe con que opera y se destaca en el mercado patagónico, con pleno convencimiento de haber suscripto un contrato lícito, razonable y sin vicios de ninguna naturaleza; no sólo por los antecedentes del caso, ya relatados con anterioridad, sino desde el momento en que formaron parte del mismo no sólo el titular del Ejecutivo Municipal sino además funcionarios públicos como lo fue la escribana interviniente, Dra. Matilde Reyes, y otros concejales en el ejercicio de su mandato. Acto que, además, no pudo pasar inadvertido para todos y cada uno de los ediles que formaban parte del Concejo Deliberante al momento de la firma del

mismo, ya que, de ninguna manera se intentó pergeñarlo al margen de los requisitos y procedimientos legales, tal como, por otro lado, pretende hacer creer la actora..." (cfr. fs. 79 y vta.), que "...ha cumplido con todas y cada una de las obligaciones surgidas del contrato en cuestión. Abonó mes a mes el canon estipulado con más lo correspondiente al I.V.A., como así también, los gastos de escritura, gastos de mantenimiento y conservación del inmueble, tasas e impuestos a fin de cumplimentar la inscripción registral y demás requisitos de ley..." (cfr. fs. cit.).-

Considera que la Municipalidad demandante "...parte de dos errores: a) encuadra esta operación dentro de los parámetros de un arrendamiento y sostiene por lo tanto que el Ejecutivo carece de facultades para suscribirla sin tener la previa autorización del Concejo Deliberante. b) Esgrime, basándose en el texto de distintas Ordenanzas que 'la administración' de las parcelas fiscales será realizada mediante el sistema de venta por licitación pública, siendo la única excepción a ese modo de administrar la 'venta directa', con intervención de la Comisión de Preadjudicaciones..." (cfr. foja 79 vta.). Estimando que el primer error consiste en que el vínculo jurídico que se trabó no fue "...strictu sensu un arrendamiento..." (cfr. foja 80), sino un contrato de leasing. En cuanto al segundo error que enuncia, dice que "...las Ordenanzas mencionadas confunden el alcance del término administrar; de la misma manera en que confunde la actora la necesidad de contar con la autorización del deliberante para arrendar..." (cfr. foja cit.). En ese contexto, sostiene que "...Administrar no es precisamente disponer, término este último que supone la venta o desapoderamiento de un bien. Entretanto, locación implica un acto de administración. Por segunda vez se equivoca la actora ya que el leasing tampoco es strictu sensu una venta. No es arrendamiento urbano y tampoco es venta; aunque según sea el tracto en el cual se encuentre el cumplimiento del contrato serán de aplicación supletoria en cuanto fueren compatibles las reglas del contrato de locación o del contrato de compraventa (art. 26 ley 25.248). Es un contrato específico, hoy legalmente típico, no administrativo y del derecho privado..." (cfr. foja cit.).-

Dice asimismo, que la entrega y recepción de las parcelas fiscales y el pago del canon acordado son derechos que lo favorecen, cuestionando así los argumentos de la Municipalidad demandante para pretender la anulación del contrato, pues "...el inmueble en cuestión había sido ofrecido en Licitación Pública y en esas dos oportunidades, tal como surge del trunco expediente administrativo, las ofertas se declararon inconvenientes..." (cfr. foja 80 vta.). Fustiga también, la Declaración Nº 001/04 del Concejo Deliberante, señalando que "...pretende convalidar el accionar del Departamento Ejecutivo a través de la Declaración en cuestión..." (cfr. foja cit.). Con relación a la Resolución Nº 002/04-HCD, expresa que se desprenden

"...errores de concepto en que ha incurrido la Municipalidad de Caleta Olivia..." (cfr. foja 81), habida cuenta que no tuvo la posesión de los lotes fiscales, sino la tenencia. Considera que el Concejo Deliberante, carece de competencia para autorizar gestiones que son propias del Departamento Ejecutivo. Destaca en tal sentido, que "...no es competencia del HCD arrendar bienes del municipio; este cuerpo tiene vedado ejercer funciones de administración que sólo le competen al departamento ejecutivo, razón por la cual, si no hay ordenanza específica sobre el arrendamiento de bienes fiscales, deberá estarse a la normativa general, tal como el reglamento municipal de contrataciones o el Reglamento de Contrataciones del Estado provincial o el código civil..." (cfr. foja 81 vta.). Y agrega, que el contrato que ha suscripto con la actora "...no es un acto administrativo, razón por la cual no se aplican en forma directa las mismas normas que a éste; en principio se le aplican las normas contractuales específicas y generales, como así también las consecuencias propias de la responsabilidad contractual..." (cfr. foja cit.).-

En el sendero de desvirtuar la lesividad articulada por la actora, estima que la suscripción del contrato de leasing no es un contrato administrativo, ni tampoco un acto de esa naturaleza. Dice al respecto, que "...los contratos administrativos como todos los otros contratos que firma la Administración Pública no son actos administrativos...", y busca fortalecer su aseveración apoyándose en la regla del artículo 7, in fine de la Ley N° 1260. Que, cita para concluir que "...Sin embargo, la actora pretende aplicar al contrato de leasing los principios del acto administrativo..." (cfr. fs. 82 y vta.). Desde tal particular visión, se permite sostener que en el ejercicio exclusivo de administrar los bienes del estado comunal, el Departamento Ejecutivo tiene la atribución y el deber de representar a la municipalidad y, "...En tal carácter le corresponde, sin perjuicio de los procedimientos correspondientes, suscribir todos aquellos contratos que formaliza la comuna con terceros..." (cfr. foja 83).-

Interpreta, que el régimen de administración de tierras fiscales de la Municipalidad, regulado por la Ordenanza N° 3538/01, "...en modo alguno implica... derogar las otras normas generales en materia de contratación ni tampoco impide la aplicación supletoria o analógica de leyes formales o normas materiales de la Provincia de Santa Cruz..." (cfr. foja 83 vta.), y agrega que "...la imposición de la venta de tierras fiscales por el procedimiento de licitación pública, no es categórico ni único pues, a poco que sea [sic] lea la Ordenanza en cuestión, se advertirán varias excepciones y no una sola como procura hacer creer la actora..." (cfr. foja 84). Cuestiona la constitucionalidad de la Ordenanza N° 3538/2001, señalando que "...Al margen de portar la Ordenanza en tratamiento los gérmenes de su propia destrucción, lo que ameritan declararla inconstitucional..." (cfr. foja cit.).-

Por último, reitera que se ha procedido de buena fe, funda su derecho, ofrece prueba, hace reserva de caso federal y solicita que se mantenga subsistente el contrato de leasing.-

Corrida la vista al Sr. Agente Fiscal ante este Tribunal, a fin que se expida sobre la admisibilidad formal de la acción y respecto de la excepción de falta de legitimación para obrar en el actor planteada por la demandada, dictamina a fs. 143/144 vta. sosteniendo que "...En cuanto a la falta de legitimación para obrar, debo manifestar que acorde nuestro sistema constitucional la declaración de lesividad la debe realizar el Departamento Ejecutivo Municipal, quien es el que tiene a su cargo la administración y representación frente a terceros..." (cfr. fs. 143 vta./144) y dice "Tenemos entonces que el Sr. Intendente Municipal está plenamente legitimado para declarar la lesividad de un contrato y solicitar su declaración de nulidad en sede judicial..." (cfr. foja 144); y que la presente acción es formalmente admisible, pudiendo ingresar este Alto Cuerpo al conocimiento de las actuaciones (conf. foja 144 vta.).-

A foja 154, este Tribunal acepta la excusación del Sr. Vocal, Dr. Enrique Osvaldo Peretti.-

A foja 162/165, se declara formalmente admisible la demanda instaurada y se difiere el tratamiento de la excepción de falta de legitimación para obrar en el actor planteada por la demandada, para el momento de dictar sentencia definitiva.-

Abierta la causa a prueba a foja 169, se certificó sobre su producción a fs. 414 y vta..-

A foja 422 obra certificación actuaria, que da cuenta del vencimiento del plazo para alegar previsto en el artículo 79 del Código de Procedimiento en lo Contencioso Administrativo, sin que ninguna de las partes haya hecho uso de tal derecho; llamándose autos para dictar sentencia en la última parte de la foja citada, pasando a estudio a foja 423.-

Cabe mencionar, que a fs. 451/456 vta., obra resolución de este Tribunal, por la cual se resuelve rechazar la homologación del acuerdo transaccional de fs. 441/442, y se ordena que sigan las presentes actuaciones según su estado, volviendo los presentes autos a estudio para dictar sentencia a foja 460.-

II.- Que, de conformidad con lo dispuesto en el punto 3 de la Resolución dictada por este Tribunal Superior a fs. 162/165, corresponde resolver, la defensa de falta de legitimación para obrar en el actor (art. 62 del CPCA, Ley Nº 2600), articulada por la parte demandada.-

La legitimación para obrar, es la cualidad originada en la

ley para requerir una sentencia favorable respecto de un objeto litigioso. Habrá falta de legitimación para obrar cuando el actor no sea la persona especialmente habilitada por la ley para asumir tales calidades con referencia a la materia concreta sobre la que versa el proceso. Existe entonces, falta de legitimación cuando no coincide el sujeto que actúa en el proceso con aquél a quien la ley habilita especialmente para ello; habida cuenta que, la legitimación activa supone la aptitud para estar en juicio como parte actora, a fin de lograr una sentencia sobre el fondo de la cuestión. (conf. Arazi, Roland - Rojas, Jorge A., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado, Anotado y Concordado con los Códigos Provinciales", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007, Tomo II, Pág. 245/247).-

En igual sentido, se ha sostenido que hay falta de legitimación para obrar, cuando alguna de las partes no es la titular de la relación jurídica sustancial en que se sustenta la pretensión o que da motivo a la controversia (Fallos 327:2625; 329:1399; 330:1918; 330:4811, entre muchos otros), "...de tal suerte que quien demanda o aquél contra quien se demanda no revisten la condición de personas idóneas o habilitadas por la ley para discutir el objeto sobre el que versa el litigio. El estudio de esa cuestión exige diferenciar entre la titularidad de la relación jurídica en que se asienta la pretensión y la fundabilidad de ésta... pues este último aspecto extralimita el examen de la comprobación de la condición de actor y demandado, y se vincula directamente con la existencia o no del derecho material reclamado..." (cfr. CSJN, Texam Corp. S.A. c. Provincia de San Luis y otro (Estado Nacional) s/ daños y perjuicios, 24/04/12, LL 11/05/2012).-

En la materia que nos ocupa, es dable señalar que "...La Administración Pública puede ocurrir ante el órgano jurisdiccional competente demandando la nulidad de sus propios actos. Más aún: en determinados casos no solo 'puede' hacerlo, sino que 'debe' hacerlo, so pena de que, si tal extinción del acto la efectuase por sí y ante sí, en sede administrativa, ello podría ser írrito. Además, cuando un acto administrativo adolece de un vicio, pero cuya naturaleza excluye la posibilidad de que la extinción de tal acto sea efectuada directamente por la Administración Pública, ésta debe requerir judicialmente la respectiva declaración de nulidad: si no lo hace, puede incurrir en responsabilidad por incumplimiento de sus deberes..." (cfr. Marienhoff, Miguel S., "Tratado de derecho Administrativo", Tomo II, Pág. 581, Ed. Abeledo Perrot, 4ta. Edición, 2003).-

En el sentido expuesto, no debe perderse de vista que "el acto administrativo afectado de nulidad absoluta se considera irregular y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad, aún en sede administrativa. No obstante si el acto hubiere generado prestaciones que estuvieren en vías de cumpli-

miento sólo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad" (conf. art 17, Ley Nº 1260).-

En cuanto al acto "administrativo regular, del que hubieren nacido derechos subjetivos a favor de los administrados no puede ser revocado, modificado o sustituido en sede administrativa una vez notificado. Sin embargo, podrá ser revocado, modificado o sustituido de oficio en sede administrativa si el interesado hubiere conocido el vicio si la revocación, modificación o sustitución del acto lo favorece sin causar perjuicios a terceros y si el derecho se hubiere otorgado expresa y válidamente a título precario. También podrá ser revocado, modificado o sustituido por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando los perjuicios que causare a los administrados" (conf. art. 18, Ley Nº 1260).-

De conformidad con lo expuesto, "...La Administración debe promover una demanda de nulidad -en los casos en que procede-... porque razones de seguridad jurídica imponen el requisito de la decisión judicial como garantía de los derechos adquiridos por los administrados..." (cfr. Luqui, Roberto E. "Revisión Judicial de la Actividad Administrativa - Juicios contenciosoadministrativos", Tomo 1, Ed. Astrea, 2005, págs. 436/437).-

Por lo tanto, la Municipalidad de Caleta Olivia tiene legitimación activa suficiente para iniciar la presente acción, toda vez que resulta titular de una relación jurídica sustancial, pues está muy claro que se trata de un órgano del estado que típicamente la ley determina como sujeto hábil para accionar en este tipo de procesos.-

En efecto, nótese que todo acto dictado en ejercicio de facultades regladas o discrecionales, de alcance general o particular, siempre que la impugnación se funde en razones de ilegitimidad, se encuentra dentro de la competencia en lo contencioso administrativo (conf. art. 2°, inc. a) del CPCA, Ley Nº 2600). Acción que puede tener por objeto, entre otros, requerir la anulación de actos irrevocables en sede administrativa, cuando se trate de actos lesivos al interés público por razones de ilegitimidad, supuesto en el cual se exige que se declare la lesividad en sede administrativa, en forma previa al inicio de la acción (conf. art. 40, inc. e) del CPCA, Ley Nº 2600).-

Tampoco debe escapar de la mención, que expresamente la Municipalidad tiene legitimación para promover acción en lo contencioso administrativo dirigida a obtener la declaración de nulidad respecto de actos viciados e irrevocables en sede administrativa y con la previa declaración administrativa de resultar lesivos para el interés público y por razones de ilegitimidad, tal como se establece en el artículo 20, inciso a) del CPCA, Ley Nº 2600 (conf. art. 102 del CPCA, Ley Nº

2600) y que obra en autos a fs. 125/126.-

Por lo expuesto, encontrándose la Municipalidad de Caleta Olivia legitimada para demandar en estos actuados, la defensa de falta de legitimación activa resulta improcedente y corresponde su rechazo.-

III.- Definida entonces la cuestión relativa a la legitimación para obrar de la Municipalidad de Caleta Olivia, pasaremos ahora a la pretensión de la firma demandada para que se declare la inconstitucionalidad de la Ordenanza N° 3538/2001 (conf. foja 84).-

Es preciso señalar que tal pretensión de la accionada no puede tener receptación favorable, ya que el planteo resulta a todas luces inconsistente. Este Tribunal ya se ha expedido con relación a la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, señalando que se trata de una potestad judicial extraordinaria y que debe ejercitarse con suma cautela, utilizada como "última ratio" del orden jurídico. De tal modo, el juzgador debe en primer lugar intentar la armonización de la norma con la constitución y recién cuando esta no fuera posible, desechar a la primera (conf. Sentencia, Tomos VIII, Reg. 262, Folio 1432/1435; XI, Reg. 379, Folio 3036/3039; XIV, Registro 487, Folio 2649/2656). Sólo cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable, puede ser desechada. Circunstancia, ésta última que no se avizora en autos.-

En efecto, adviértase que los municipios poseen facultades y competencia para gobernar y administrar los intereses públicos dirigidos al bien común, conservar, administrar y disponer de los bienes que integran el patrimonio municipal, administrar y distribuir las tierras fiscales ubicadas dentro del ejido municipal, y dictar las ordenanzas que traten sobre el plan regulador del desarrollo urbano (conf. art. 150, incs. 1, 4, 5, 7 y concordantes de la Constitución de la Provincia de Santa Cruz). Asimismo, es atribución de los municipios disponer de las tierras fiscales que se encuentren dentro del ejido municipal (art. 3, Ley N° 55), siendo que los bienes inmuebles integran el patrimonio municipal, así como los fondos que provengan de la venta de tierras fiscales (conf. arts. 76 y 77, inc. b), Ley N° 55). Además no debe olvidarse, que el Concejo Deliberante es el órgano que tiene como función dictar ordenanzas que, en la tutela de los intereses municipales, tengan por objeto los actos de disposición y administración de los bienes comunales (conf. art. 47, Ley N° 55). Y que la administración general y ejecución de las ordenanzas dictadas por el Concejo Deliberante, es atribución exclusiva del Ejecutivo Municipal (conf. art. 58, Ley N° 55).-

Por último, y en uso de tales atribuciones, el Concejo Deliberante de la ciudad de Caleta Olivia dictó la Ordenanza N° 3538/2.001, a través de

la cual se estableció un mecanismo para los actos de administración y disposición de bienes ubicados dentro del ejido municipal y perteneciente al patrimonio comunal.-

De tal modo, no se advierte cuál resulta ser la contrariedad que la Ordenanza Nº 3538/2001 presenta con relación a la Constitución Provincial y/o la Constitución Nacional. Por el contrario, la norma cuestionada indudablemente corresponde a un conjunto de medidas que legal y reglamentariamente operan como mecanismo de resguardo de los intereses de la comunidad de Caleta Olivia, formando en un todo coherente de significado y contenido, resultando una conjunción armónica del plexo normativo citado. Por lo tanto, el lacónico planteo de inconstitucionalidad no puede tener favorable receptación.-

IV.- Despejado el campo, corresponde analizar si procede la acción de lesividad entablada.-

La Municipalidad de Caleta Olivia, por Decreto Nº 004/04 (obrante a fs. 263/264), declaró lesivo el contrato de arrendamiento con opción a compra celebrado con la firma Pilotti S.A.E.F., con relación a las parcelas 15, 16, y 17 de la Manzana 47 Sección 2, Circunscripción 2 del ejido urbano de la mencionada ciudad, al considerar que la ilegitimidad en que se ha incurrido afecta el interés público de la comunidad.-

La empresa Pilotti S.A.E.F., conforme con el contrato de leasing que ha suscripto, rechaza los argumentos de su contraria, y proyecta el vínculo al ámbito del derecho privado, enfatizando que habiendo actuado el municipio como sujeto titular de derechos privados es natural que la relación contractual sea contemplada en el marco de la Ley Nº 25248; y en tal sentido, cuestiona el Decreto Nº 004/2004. De tal modo, su percepción de las circunstancias del caso le permite afirmar que no existe ilegitimidad, ni vulneración al interés público. Entiende que el contrato de leasing suscripto, se adecua sin violación de naturaleza alguna.-

Por lo tanto, como primera aproximación al examen de la cuestión que nos ocupa, es oportuno señalar que se ha caracterizado al leasing como una operación que encierra una técnica de financiación, por lo que sólo puede ser prestada por entidades bancarias o instituciones financieras, en razón de ser las únicas autorizadas a realizar la intermediación entre la oferta y la demanda pública de recursos (conf. sum. CNCom. Sala E, 30/07/2011, "Papelera Don Torcuato S.A.C.I. c/ Provincia Leasing SA s/ Ordinario"; elDial.com - AG22DB).-

Desde la doctrina, se ha explicado que la utilización de esta figura contractual, posibilita transformar un gasto (el alquiler) en una inversión y brinda un mecanismo de financiamiento accesible para aquellos que no tienen los fondos suficientes para acceder a la vivienda u otros bienes (conf. Jaureguiberry,

Marcos - Mazzoni, Andrés "El contrato de leasing, reformas introducidas por la nueva ley 25.248 - Tratamiento impositivo", elDial.com - DC89). El contrato de leasing es considerado como un contrato de adquisición de inmuebles entre el fiduciario y beneficiario y el tomador y el dador al ejercer la opción de compra (conf. Mac Donald, Andrea Fabiana "El contrato de leasing en las relaciones de consumo"; elDial.com - DC963, 11/08/2006).-

A esta altura del examen, ninguna duda cabe que la acción de lesividad es la vía adecuada para canalizar el presente reclamo, pues al haberse generado derechos subjetivos que se estaban cumpliendo, la administración local se ha visto obligada a interponerla, conforme a lo ordenado en los artículos 17 y 18 de la Ley Nº 1260, ya mencionados anteriormente.-

Un acto administrativo afectado de nulidad absoluta se considera irregular y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad, aún en sede administrativa, pero si el acto hubiera generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, sólo podrá impedirse su subsistencia y la de los efectos aún pendientes mediante una declaración judicial de nulidad, a menos que el interesado hubiera conocido el vicio. Esta última circunstancia no ha sido alegada por ninguna de las partes, lo cual nos lleva a descartar su ocurrencia en el sub lite.-

Es menester analizar si los vicios apuntados como sustento de la misma, justifican la declaración de nulidad pretendida por la demandante.-

En primer término corresponde señalar, ante todo, que la actividad contractual de la Administración Pública no se limita a la celebración de contratos administrativos, sino que se extiende a la celebración de contratos de "derecho común" (conf. Marienhoff, Miguel S. "Tratado de Derecho Administrativo" Tomo III-A, 4ta. Edición, Abeledo Perrot, pág. 20). Tratándose de contratos donde predomine el carácter 'intuitu personae', la administración tiene mayor libertad de selección. No obstante, si la legislación aplicable así lo exigiere para alguno, algunos o todo tipo de contratos, la Administración Pública deberá observar y respetar el procedimiento especial establecido para seleccionar a su cocontratante. Si no lo hiciere así el contrato hallaríase viciado por no haberse observado un aspecto de la "forma" establecida. (conf. autor y ob. cit., Tomo III-A, 4ta. Edición, Abeledo Perrot, págs. 153/155).-

En ese orden de ideas, es oportuno destacar que si bien el régimen de contratación que se ha implementado es una facultad que tiene la administración; no menos cierto es que en la ciudad de Caleta Olivia existe una norma concreta que regula la administración de las tierras fiscales y fija un procedimiento concreto para la selección del adjudicatario.-

En el caso que nos ocupa, las parcelas fiscales han sido objeto de un contrato de leasing y, por ende, excluidas del procedimiento establecido en el marco regulatorio específico en materia de tierras fiscales.-

En la especie, está claro que la Municipalidad de Caleta Olivia, al suscribir el contrato de leasing, se apartó del régimen de administración de tierras fiscales dispuesto por la Ordenanza Nº 3.538/2001 (obrante a fs. 256/260), y con ello, se han vulnerado las formas previstas para la adjudicación de este tipo de bienes, viciando al propio contrato celebrado.-

Resulta necesario señalar, que si bien dicha norma ha sido derogada por la Ordenanza Nº 4563/04, esta última dispone en su artículo 83 que "Las tierras fiscales ya adjudicadas a la fecha de entrada en vigencia la presente Ordenanza, se regirán por las normas vigentes al momento de haberse efectuado dicha venta o adjudicación". Por lo que este Tribunal deberá resolver aplicando la Ordenanza Nº 3538/01, ya que la misma resulta ser la norma vigente al momento de haberse celebrado el convenio sobre las parcelas que se discute en los presentes autos.-

Dicho ello, adviértase que el Departamento Ejecutivo tiene la obligación de administrar las tierras fiscales a través de llamado a licitación pública (art. 2° de la ordenanza cit.), vendiendo las parcelas fiscales de propiedad municipal mediante el sistema licitatorio mencionado, y con la particularidad que dicha venta debe resultar conveniente para el Municipio (art. 3° de la ordenanza cit.).-

En el diseño licitatorio, establecido por la ordenanza, se crea una comisión de preadjudicación integrada por dos representantes del Departamento Ejecutivo y otro tanto del Concejo Deliberante, que tiene la función de clasificar a los oferentes de acuerdo al "mérito de las mejores ofertas", aceptar o rechazar las ofertas según el cumplimiento de los extremos dispuestos en la propia ordenanza, determinar la validez de las impugnaciones, y en el supuesto de presentarse dos o más ofertas iguales, la comisión debe invitar al mejoramiento de los precios y condiciones (artículo 8° de la ordenanza cit.). También tiene por función, examinar y evaluar las ofertas presentadas, elevándolas, con carácter vinculante, al Intendente Municipal para la preadjudicación, la cual puede ser objeto de impugnación por parte de los interesados (artículos 9° y 10° de la ordenanza cit.).-

En cuanto al valor de los bienes licitatorios, la ordenanza establece que será determinado por el Departamento Ejecutivo, sobre la base de la sumatoria del valor de la tierra con el de las mejoras que pudieran existir sobre los bienes.-

Para la forma de pago, se prevén dos alternativas: de contado, con un descuento del treinta por ciento, y otra con financiación, donde debe

pagarse un anticipo equivalente al treinta por ciento del total de la oferta y el saldo se puede cancelar en seis cuotas iguales, mensuales y consecutivas, con más los intereses dispuestos en la reglamentación. No debe perderse de vista que la cláusula quinta, punto IV del contrato de leasing, contraría las disposiciones normativas prescriptas al establecerse expresamente que "...el monto equivalente al valor residual dentro del precio fijado en el punto I de la presente cláusula no devengará ningún tipo de interés financiero..." (cfr. foja 269 vta.).-

También deben señalarse, otras características previstas en la norma que regula la adjudicación de tierras fiscales; tales como lo relativo a la transferencia de las parcelas y el destino. Con relación a la transferencia, no se admite sin autorización municipal por un lapso de diez años. En lo que hace al destino, se dispone que es el municipio quién lo determinará en el pliego de bases y condiciones, y el oferente que participe en licitaciones destinadas a la actividad industrial y/o comercial, que por la actividad propia pudiere ocasionar contaminaciones al medio ambiente, tiene la obligación de consignar en su oferta tales circunstancias a los fines de su evaluación. Asimismo, debe cumplimentar las exigencias previstas en el artículo 23.-

Al confrontar los extremos exigidos en la Ordenanza Nº 3538/2001, con las obligaciones impuestas en el contrato de leasing suscripto entre las partes, puede advertirse que el vínculo no surge de una licitación pública, sino que es producto de tratativas particulares entre el Departamento Ejecutivo y la firma demandada, en franca violación a las formas exigidas en la norma que específicamente regula la materia.-

Lo mismo sucede con relación a la determinación del precio del contrato, que no es el resultado de una puja de ofertas, sino que ha sido fijado en el instrumento, sin una información que permita conocer cuáles han sido las pautas que tuvo en cuenta el municipio para proponer, aceptar o acordar el monto del contrato. Lo único que podría colegirse, son los datos que emergen de las constancias del expediente administrativo Nº 12386/97, donde surge que las parcelas fiscales en cuestión han sido puestas a licitación pública en dos ocasiones (conf. fs. 9/13, 37 y 38/47), estableciéndose en ambos casos que la oferta base está conformada por valuación fiscal de los bienes (conf. fs. 10 y 40), resultando así la suma de pesos trescientos cuarenta y cinco mil seiscientos ($ 345.600) (conf. fs. 13 y 44), que al cotejarla con la cantidad de pesos trescientos noventa y siete mil ($ 397.000), fijada como precio del contrato, se advierte que el importe se incrementa tan solo en un catorce con ochenta y siete por ciento (14,87%).-

Si bien es cierto, que los procesos licitatorios no alcanza-

ron su cometido pues las ofertas presentadas no igualaron la base licitatoria antes mencionada, ello no alcanza a justificar el apartamiento del régimen previsto por la Ordenanza Nº 3538/2001. Adviértase, que se acordó pagar el precio del contrato de leasing, en doscientas cuarenta cuotas mensuales y consecutivas de pesos un mil quinientos ($ 1.500) cada una en concepto de amortización del capital y valor locativo (conf. cláusula segunda, foja 58 vta.), y se determinó la cantidad de pesos treinta y siete mil ($ 37.000) como valor de la opción compra (conf. cláusula quinta, foja 59), monto que ya hemos visto, no devengará ningún tipo de interés financiero; cuando si tomamos como referencia la regla contenida en el artículo 60 de la Ordenanza Nº 720/89, la metodología de pago financiado no admite un plazo mayor de diez (10) cuotas, iguales y consecutivas, y en tal supuesto se debe incrementar con un interés igual al cincuenta por ciento (50%) de la tasa promedio para depósitos a plazo fijo a 30 días del Banco Santa Cruz S.A..-

Estas alteraciones al régimen vigente de adjudicaciones de tierras fiscales, exceden indudablemente cualquier justificación que se pretenda sobre la base de la buena fe invocada por la parte demandada. Básicamente, porque el error de derecho no es excusable. En efecto, el examen concreto del encuadramiento jurídico del caso, de conformidad con la letra de las disposiciones legales aplicables, debe ser considerado atendiendo a la intención de las partes y al principio de la buena fe que debe incidir en todas las etapas tanto de la vida del contrato, como de la actividad pública y administrativa en general.-

En consecuencia, no estamos en presencia de un contrato celebrado en la órbita del poder discrecional de la administración para elegir libremente al cocontratante, sino que debió primar el respeto al mecanismo normativo impuesto para la administración de tierras fiscales por la Ordenanza Nº 3538/2001.-

De lo expuesto, se desprende que en la celebración del contrato de leasing existió una trasgresión de normas legales, y ello redundó en una vulneración de las formas exigidas por imperio de la ley. De modo que la anulación pretendida por la municipalidad será procedente.-

Considero entonces, que corresponde hacer lugar a la acción de lesividad articulada por la Municipalidad de Caleta Olivia, correspondiendo declarar la nulidad del contrato de leasing con opción a compra celebrado con la firma demandada Pilotti S.A.E.F., y del acta de entrega de las parcelas fiscales 15, 16, y 17 de la Manzana 47 del ejido urbano de la ciudad de Caleta Olivia; imponiéndose las costas en el orden causado de conformidad con lo establecido en el artículo 90 del CPCA, Ley Nº 2600; y difiriendo la regulación de honorarios de los letrados intervinientes -por la demandada-, hasta tanto den cumplimiento con lo dispuesto por las

leyes previsionales y tributarias vigentes (confr. Resolución General AFIP Nº 689/1999). Con relación a los honorarios solicitados a fs. 199 por el letrado de la actora, Dr. José A. González Nora, deberá previamente manifestarse en relación a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley Nº 3330.-

En razón de todo lo expuesto, entiendo que la demanda articulada es procedente, votando en consecuencia a la **primera cuestión** en forma afirmativa.-

Los Dres. **Alicia de los Ángeles Mercau, Paula Ernestina Ludueña Campos, Domingo Norberto Fernández** y **Reneé Guadalupe Fernández**, por compartir sus fundamentos, **adhieren** al voto del Dr. **Mariani**.-

A la **segunda cuestión** el Dr. **Mariani** dijo:

Atento a la forma en que me he pronunciado respecto de la Primera Cuestión, propongo se dicte sentencia rechazando la excepción de falta de legitimación para obrar en el actor y el planteo de inconstitucionalidad de la Ordenanza Municipal Nº 3538/2001 efectuados por la demandada, Pilotti S.A.E.F.; y haciendo lugar a la demanda contencioso administrativa interpuesta a fs. 16/21 vta. por la Municipalidad de Caleta Olivia; y en consecuencia, declarar la nulidad del contrato que ha suscripto con la empresa Pilotti S.A.E.F. y del acta de entrega de las parcelas 15, 16 y 17 de la Manzana 47 del ejido urbano de la ciudad de Caleta Olivia, imponiéndose las costas en el orden causado de conformidad con lo establecido en el artículo 90 del CPCA, Ley Nº 2600; teniendo presente la reserva del caso federal efectuada a fs. 96, apartado 13; difiriendo la regulación de honorarios de los letrados intervinientes -por la demandada-, hasta tanto den cumplimiento con lo dispuesto por las leyes previsionales y tributarias vigentes (confr. Resolución General AFIP Nº 689/1999); y el letrado de la actora, Dr. José A. González Nora, se manifieste en relación a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley Nº 3330.-

Los Dres. **Alicia de los Ángeles Mercau, Paula Ernestina Ludueña Campos, Domingo Norberto Fernández** y **Reneé Guadalupe Fernández**, adhieren al pronunciamiento propuesto por el Dr. **Mariani**.-

En virtud de todo lo expuesto, se dicta la siguiente sentencia:

Río Gallegos, 14 de octubre de 2016.-

VISTO Y CONSIDERANDO:

Por los fundamentos del Acuerdo que antecede y el voto unánime de las Sras. Vocales, Dras. Alicia de los Ángeles Mercau, Paula Ernestina Ludueña Campos, de los Sres. Vocales Subrogantes, Dres. Domingo Norberto Fernández y Reneé Guadalupe Fernández y del Sr. Presidente, Dr. Daniel Mauricio Mariani; y oído que fue el Sr. Agente Fiscal, el Excmo. Tribunal Superior de Justicia;

FALLA:

1°) Rechazando la excepción de falta de legitimación para obrar en el actor y el planteo de inconstitucionalidad de la Ordenanza Municipal N° 3538/2001 efectuados por la demandada, Pilotti S.A.E.F.-

2°) Haciendo lugar a la demanda contencioso administrativa interpuesta a fs. 16/21 vta. por la Municipalidad de Caleta Olivia; y en consecuencia, declarar la nulidad del contrato que ha suscripto con la empresa Pilotti S.A.E.F. y del acta de entrega de las parcelas 15, 16 y 17 de la Manzana 47 del ejido urbano de la ciudad de Caleta Olivia.-

3°) Imponiendo las costas en el orden causado.-

4°) Teniéndose presente la reserva del caso federal.-

5°) Difiriendo la regulación de honorarios de los letrados intervinientes -por la demandada- hasta tanto den cumplimiento con lo dispuesto por las leyes previsionales y tributarias vigentes; y el letrado de la actora, Dr. José A. González Nora, se manifieste en relación a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley N° 3330.-

6°) Regístrese. Notifíquese. Oportunamente devuélvanse las actuaciones administrativas mediante oficio y archívese la presente causa.-

DANIEL MAURICIO MARIANI
Presidente
Tribunal Superior de Justicia

ALICIA DE LOS ANGELES MERCAU
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

PAULA ERNESTINA LUDUEÑA CAMPOS
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

Siguen...///

…las firmas.-

DOMINGO NORBERTO FERNANDEZ
Vocal Subrogante
Tribunal Superior de Justicia

RENEE GUADALUPE FERNANDEZ
Vocal Subrogante
Tribunal Superior de Justicia

MARCELA SILVIA RAMOS
Secretaria
Tribunal Superior de Justicia