

Ushuaia, 30 de julio de 1997.

VISTOS: los autos caratulados "MUNICIPALIDAD DE USHUAIA C/ FERREYRA Mario Félix S/ Acción de Lesividad", expte. N° 434/97 SDO, y

CONSIDERANDO:

1.- Promueve la Municipalidad de Ushuaia demanda contencioso administrativa de lesividad contra Mario Félix Ferreyra tendende a que se declare la nulidad de los decretos municipales N° 110/93 y 244/94 que aprobaron sendos contratos de locación de servicios profesionales que vincularon a ambas partes.

Postula, a tal fin, la ilegitimidad de los actos administrativos por haber violado la ley de contabilidad y la de procedimientos administrativos, afectándose en forma grave el objeto, el procedimiento y la motivación de dichos actos.

2.- En primer término cabe indicar que los contratos celebrados no establecen el régimen jurídico aplicable supletoriamente. El sólo hecho de su aprobación por actos administrativos y el sometimiento a las reglas procedimentales de contratación por órganos estatales nada dice respecto de su naturaleza de contrato público o privado toda vez que en muchos contratos de derecho privado convenidos entre la Administración y un particular, aquella aplica las normas que rigen para la formación de los contratos administrativos; mas ello es producto de la naturaleza organizativa y funcional de la Administración. Hay ciertas formalidades que provienen de la administración por ser inherentes a su forma de ser y que no son de los contratos administrativos sino que son propias de las funciones del poder administrador (cf. Bartolomé Fiorini, "Manual...", págs. 409 y ss).

3.- A pesar de los variados criterios que han dado la doctrina y la jurisprudencia para definir la noción del contrato administrativo, existen sin embargo una serie de coincidencias que merecen ser tenidas en cuenta como indicadores de la presencia o no de un contrato de esa naturaleza, tales como la presencia de un órgano del Estado en ejercicio de la función administrativa y la presencia de cláusulas exorbitantes del derecho privado (véase Barra, Rodolfo y Otros, "Contratos Administrativos-Régimen de pago y actualización", tomo 1, pág.36)

Conviene tener presente que aunque en ciertos contratos la exorbitancia esté ausente de la letra del acuerdo, estará siempre presente cuando el contrato, por su misma naturaleza, sea ciertamente administrativo, como lo son los contratos de obra pública, concesión de un servicio público, etc.

En tal sentido, se ha dicho que existen contratos administrativos por razón misma de su objeto -y que sólo puede celebrarlos la administración pública-, o, cuando sin ser administrativos por el objeto, contienen expresamente incluidas cláusulas exorbitantes del derecho común (Marienhoff, "Tratado de Derecho Administrativo", t. III-A, n° 596, ps.55/59). Por ello se ha expresado que es la inclusión de dichas cláusulas la que convierte al contrato en administrativo, aún cuando se trate de un convenio que la administración haya celebrado en forma de contrato privado (cf. Bartolomé Fiorini, "Manual...", págs. 409 y ss).

Y se define la cláusula exorbitante como aquélla que exterioriza algo que todo contrato administrativo lleva en su seno y que, llegado el caso, esté escrito o no, se materializa en reglas jurídicas de carácter excepcional. Ese "algo" que la administración ejerce sobre su cocontratante se traduce en derechos que ningún particular podría atribuirse en ningún contrato (para la administración: rescisión unilateral, aplicación de multas, remisión expresa a normas del derecho administrativo; para el contratista: reconocimiento de mayores costos, pago de gastos improductivos etc.) (cf. Berçaitz, "Teoría general de los contratos administrativos", 2da. ed., ps. 221 y ss.).

En suma, cuando un contrato no es de aquéllos típicamente administrativos por naturaleza (obra pública, concesión de servicio público, etc.), no contiene cláusulas exorbitantes del derecho privado, ni su ejecución

afecta el interés público superior de la colectividad, se rige exclusivamente por los preceptos del derecho común.

4. Si bien no resulta claro de los contratos agregados a fs. 1 y 4 y de los decretos de aprobación (fs. 2/3 y 5/6) la remisión a un régimen de derecho público ni la existencia de cláusulas exorbitantes en favor de la Administración (por el contrario, existen particulares prerrogativas para el particular), el objeto de los contratos (cláusula primera) definido en los decretos de aprobación como "asesoramiento profesional institucional" y la impugnación de los actos fundándose en normas del derecho público, tornan operativa la presunción establecida en el art. 4º del CCA, por lo que corresponde declarar la competencia de este Tribunal para conocer en el caso (art. 1º Ley 133).

5.- El proceso de lesividad reglado en los arts. 82 a 84 del CCA tiende a instrumentar la "petición judicial de nulidad" a que hace referencia el art. 113 de la LPA cuando el acto supuestamente viciado de nulidad absoluta ha adquirido estabilidad y resulta irrevocable por ilegitimidad en sede administrativa.

Para que la acción de lesividad sea proponible, además de los recaudos señalados en el Código Contencioso Administrativo deben presentarse los requisitos del art. 113 de la LPA. En el caso resulta relevante la exigencia de que el acto "hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo" pudiendo impedirse entonces "su subsistencia y las de los efectos aún pendientes".

Ahora bien, la demanda pretende la revisión de actos administrativos que ya han cumplido su objeto, toda vez que no se denuncia la subsistencia de efectos jurídicos pendientes de cumplimiento. En suma, habiéndose extinguido los contratos por vencimiento del plazo de la locación no se presenta en autos el presupuesto que torna operativa la acción de lesividad, a saber: la subsistencia de un acto viciado que ha adquirido estabilidad en sede administrativa y cuyo efectos deben hacerse cesar.

6.- Por lo expuesto corresponde declarar inadmisibles las demandas instauradas, sin costas por no haber mediado sustanciación. Ello sin perjuicio de las acciones que la actora pueda ejercitar fuera de esta especial vía.

Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

RESUELVE:

1º.- DECLARAR la inadmisibilidad de la demanda deducida a fs. 93/100 por la Municipalidad de la Ciudad de Ushuaia en contra de Mario Félix Ferreyra. Sin costas.

2º.- MANDAR se registre, notifique y archive.

El Dr. Félix A. González Godoy no integra el Acuerdo por encontrarse en uso de licencia.

Firmantes: Omar Carranza, Tomas Hutchinson

Secretario: Jose Luis Said

Registro: Tomo IX Fº 126/127