

## ACUERDO

En la ciudad de Ushuaia, capital de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, a los 6 días del mes de febrero del año 2.002, se reúnen los miembros del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia en acuerdo ordinario para dictar sentencia en los autos caratulados "Sitra S.A. Inmobiliaria Constructora, Financiera, Industrial y Comercial c/ Municipalidad de Río Grande s/ Contencio sos Administrativo", expediente N°595/98 de la Secretaría de Deman das Originarias, habiendo resultado que debía observarse el siguiente orden de votación: doctores Carlos E. Andino y José A. Salomón.

## ANTECEDENTES

I. El letrado apoderado de Sitra Sociedad Anónima, Inmobiliaria Constructora, Financiera, Industrial y Comercial, interpone demanda contra la Municipalidad de Río Grande por "Nulidad de los actos preparatorios y del contrato de adjudicación de obra pública emergentes de la licitación pública" (v. fs.19 vta.).

En su relato de los hechos expresa que su mandante se presentó, cumpliendo con la totalidad de las formalidades estipuladas, en la Licitación pública N° 09/97 convocada por la Municipalidad de Río Grande, denominada "Ampliación Planta Potabilizadora `El Tropezón`".

Señala que el 12 de enero de 1998 se procedió a la apertura de los sobres número 1 de las ofertas, conforme indica el Pliego de Bases y Condiciones de la licitación y se tuvo por cumplidos los recaudos formales sin que hubieran impugnaciones ni rechazos respecto de ninguno de los oferentes; por lo cual, su representada quedó a la espera del acto de apertura del sobre número dos.

Indica que en fecha 14 de enero de 1998 le fue notificada a la empresa actora que por resolución Municipal número 0032/98 se disponía rechazar las ofertas presentadas por Sitra S.A.I.C.F.I.y C. y por Gonzalo Yanzi y Cía., ello en razón de invocarse el incumplimiento de las normas licitatorias por ambos oferentes, disponiéndose la devolución del sobre número 2.

Alega que dicho acto resultaba lesivo del derecho de su represen tada, atento su indudable ilegitimidad y arbitrariedad y que le causaba un evidente perjuicio al ser excluida arbitrariamente del proceso de la licitación de marras.

Con referencia al objeto de la pretensión el representante de la accionante expresa que:

- No existieron observaciones y/o impugnaciones en el momento previsto para el examen de la documentación que se acompañaba con la oferta y que ello quedó asentado en el acta de apertura.
- La Municipalidad, con evidente arbitrariedad, dictó la resolución 0032/98 que se ha impugnado judicialmente al solicitarse la medida cautelar y que se ataca conjuntamente con todos los actos preparatorios y posteriores de la licitación en cuestión a través de esta petición, hábilmente atento iniciarse la presente dentro del término consignado en el art. 235 del ritual.
- El acto que se impugna es lesivo de las normas legales que rigen los actos de la administración, que se ha dictado con ajenidad a las condiciones a las que se sujetaron los oferentes y que por ello configura un acto inexistente al hallarse ausente su presupuesto legal, o que al menos resulta un acto nulo cuya nulidad se impetra en el presente (v. fs. 21/22 vta.).

Más adelante explica que anoticiada su representada de la Resolución Municipal N° 0032/98 presentó con fecha 14 de enero de 1998 un recurso de reconsideración y que la Municipalidad de la Ciudad de Río Grande -pese a hallarse sin resolver ni notificar el recurso de reconsideración y desoyendo la orden judicial de prohibición de innovar decretada por el Juez de Primera Instancia-, procedió a la apertura del sobre número 2 de la única oferta subsistente, sin que se haya agotado la vía administrativa y eventualmente las

acciones judiciales que se hallan previstas en la normativa vigente (v. fs.23).

Dice que en atención a las señaladas arbitrariedades entabla la prohibición de innovar tendiente a que se suspenda el trámite licitatorio hasta tanto se resuelva el recurso de reconsideración interpuesto y los eventuales recursos administrativos y la acción judicial de rigor.

Menciona que acompaña copia de la resolución dictada por el titular del Juzgado de Competencia Ampliada del Distrito Norte en la cual se resolvió con fecha 16/1/98 decretar medida de no innovar respecto del acto licitatorio nro. 09/97; no obstante lo cual -expresa-, el acto fue continuado por la comuna demandada en clara violación a las normas legales, evidenciando un acto de desobediencia a la orden emanada del Tribunal.

Indica que en fecha 16 de enero de 1998 se notificó a su mandante la resolución 042/98 en la que se rechaza el recurso de reconsideración.

Volviendo a la impugnación del acto que motiva estas actuaciones, afirma que se ha puesto en ejecución el acto de adjudicación (fs.25); que la ilegitimidad manifiesta no permite al acto producir sus efectos; que el acto continuó pese a los obstáculos legales que existían para el desarrollo del proceso licitatorio, “llegándose con la actuación de la demandada a configurar un perjuicio evidente al apartarse a mi representada de la Licitación, sin permitirle ejercer sus defensas y continuando el mismo, aún cuando por sus vicios se trataba de un acto inexistente, por la magnitud del vicio que presenta” (fs.26).

Explica que para llegar a la formación del contrato de adjudicación de una obra es menester dictar una serie de actos administrativos y que si esos actos están viciados pueden afectar a los oferentes, pudiendo ser advertidos antes de que se celebre el contrato o después de celebrado.

Plantea que los actos preparatorios de la celebración del contrato son actos administrativos y que los oferentes, por el sólo hecho de haberse presentado al proceso de licitación tienen un interés legítimo y en consecuencia están habilitados para atacar tales actos.

Expone -como soporte de su fundamentación-, la “teoría de los actos separables”, que “considera a los distintos actos que han sucedido en el proceso tendiente a la formación del contrato como susceptibles de ser aislados no sólo en el supuesto de no hallarse el contrato realizado sino aún después de firmado el mismo. Se da por ello a cada acto, individualmente considerado, autonomía, lo que permite su impugnación si se hallan viciados. La nulidad de los mismos trae aparejada la nulidad del contrato (Diez, op. cit., página 307/308, citando al pie doctrina francesa en apoyo) (fs.27).

Culmina su exposición solicitando al Tribunal que declare en la instancia procesal oportuna la nulidad de los actos atacados, con expresa imposición de costas.

Funda el derecho que entiende le asiste y ofrece prueba (fs.27 vta./28 vta.), peticionando que en su momento se haga lugar a la demanda incoada con expresa imposición de costas (fs.28 vta.).

II. A fs. 173/188 se presenta el apoderado de la Municipalidad de Río Grande, oponiendo excepción de incompetencia (ver pto. 2. de fs. 175/177), y contesta la demanda solicitando que en definitiva se rechace la misma con expresa imposición de costas a la actora.

Luego de negar en general y especialmente hechos contenidos en la demanda, se expone en consideraciones respecto de la temporaneidad del rechazo de la oferta (fs.180/181); de la legitimidad del proceso licitatorio (fs.181/183) y de la omisión del cumplimiento de otros requisitos por parte de Sitra (fs.184/185).

Plantea que con fecha 16/1/98 se resolvió el recurso de reconsideración interpuesto por la empresa actora con el dictado de la Resolución N° 042/98 y que con fecha 28/1/98 se procedió a efectuar la adjudicación de la obra.

Sostiene la validez del proceso licitatorio, alegando que la nulidad del acto administrativo esgrimida en la

demanda por el actor no es tal en virtud que los motivos expuestos revelan que todos los Actos Administrativos en particular y el procedimiento licitatorio en general está sustentado en los antecedentes que revelaban los documentos y en las normas que lo regían.

Explica que “para que el acto administrativo sea nulo de nulidad absoluta como lo sostiene la parte actora, el mismo debe haber sido dictado con : a) incompetencia del órgano en razón de la materia, territorio o tiempo; b) Objeto ilícito o imposible; c) violación absoluta del procedimiento legal; falta de causa o motivación; e) violación de la finalidad; f) exclusión de la voluntad por violencia o dolo, conforme lo establece el art. 110 de la ley 141; Y NINGUNO DE ESOS SUPUESTOS SE REÚNEN EN EL CASO QUE NOS OCUPA”.

Agrega que “Efectivamente el acto fue dictado por : 1) órgano competente: El Ejecutivo Municipal, 2) el objeto es totalmente lícito, : La Obra Planta Potabilizadora El Tropezón, 3) El procedimiento legal: fue respetado atento se cumplieron todas las etapas correspondientes a una Licitación respetando los derechos de los oferentes estando los diferentes Actos Administrativos dictados fundados en los hechos que revelaba la documentación y en el derecho citado, que regía la Licitación 4) se cumplió con la finalidad para la cual estaba destinado el acto : la adjudicación de un Contrato de Obra Pública, 5) el acto de la Administración no fue dictado mediante dolo o violencia, por lo que cabe concluir que el procedimiento ES TOTAL Y ABSOLUTAMENTE VALIDO” (fs.186).

En el capítulo IV denuncia como tercero a la empresa constructora Lisardo V. Canga y solicita su intervención porque entiende que el acto administrativo atacado con la acción de nulidad interpuesto por SITRA afectaría sus derechos en forma directa en virtud de haberse celebrado con ella el contrato de adjudicación de la Obra Ampliación Planta Potabilizadora El Tropezón, teniendo la misma un interés directo en el mantenimiento del acto impugnado (fs.186/187).

Ofrece prueba (fs.187) y peticona que se rechace la nulidad impetrada en contra de la Municipalidad de Río Grande, con especial imposición de costas (fs.188).

III. A fs. 207/208 el Superior Tribunal resuelve declarar su competencia en el caso y dispone la tramitación de acuerdo con las reglas del proceso ordinario del Código Contencioso Administrativo.

Mediante resolución obrante a fs. 219 de las actuaciones este Cuerpo decide citar a juicio en calidad de coadyuvante de la demandada a la empresa Constructora Lisardo V. Canga.

IV. A fs.259/262 se presenta el letrado apoderado de la firma Emp. Constructora Lisardo V. Canga S.A., y contesta la demanda y ofrece prueba.

Sostiene que el objeto de la acción entablada en autos se ha tornado abstracto, por cuanto “únicamente persigue que se declare la Nulidad de los actos preparatorios y del contrato de adjudicación de obra pública eergentes de la licitación pública O9/97" (fs.259 vta.).

Denuncia que su mandante y adjudicataria de la obra pública en cuestión “ya la ha ejecutado en un cuarenta por ciento aproximadamente, por lo que carece de asidero el objeto de esta acción, el cual a todos los efectos se ha tornado abstracto”.

Entiende que pretender que se declare la nulidad de un acto administrativo cuando este ya se ha perfeccionado con la suscripción del correspondiente contrato y el objeto de este se encuentra en pleno cumplimiento, resulta totalmente irrelevante e improcedente.

Trae en su apoyo numerosa cita de jurisprudencia que hace referencia a casos en los que procede la declaración de la abstracción (fs.259 vta./261); agregando que la acción carece de objeto actual y trascendente, que carece de relevancia jurídica su pronunciamiento, por lo que solicita que así se decida (fs.261).

Ofrece prueba (fs. 259 vta.), peticionando que oportunamente se rechace la demanda incoada en autos, todo

ello con expresa imposición de costas.

IV. Por resolución de presidencia del Tribunal, se decide a fs.277 vta. ponerse los autos para alegar.

V. A fs.282/289 se agrega el alegato presentado por la tercera citada a juicio y a fs.290/305 se incorpora a las actuaciones el presentado por el letrado apoderado de la Municipalidad de Río Grande.

VI. El Sr. Fiscal ante este Superior Tribunal emite su dictamen, el que consta agregado a fs.307/308, sosteniendo que corresponde declarar abstracta la cuestión que propone el sub examine, ya que la misma ha perdido actualidad.

VII. Por resolución de Presidencia del Tribunal agregada a fs.309 se decide llamar los autos para el dictado de la sentencia.

Encontrándose la causa para resolver, el Tribunal resolvió considerar y votar las siguientes

## CUESTIONES

Primera: ¿Se ha tornado abstracta la cuestión?

Segunda: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el Juez Carlos E. Andino dijo:

1. La acción entablada en las presentes actuaciones tiene por objeto lograr la nulidad de los actos preparatorios y del contrato de adjudicación de obra pública emergentes de la licitación pública N° 09/97.

Del análisis de los antecedentes de la causa destaco -por su relevancia para dar respuesta a la cuestión en examen-, las siguientes circunstancias:

a) La sociedad actora se presentó a la Licitación Pública N° 09/97 convocada por la Municipalidad de Río Grande, denominada “Ampliación Planta Potabilizadora El Tropezón”.

b) El 12 de enero de 1998 se realizó el acto de apertura de los sobres denominados “1”.

c) En fecha 14/1/98 le fue notificada a la empresa actora la resolución Municipal N°032/98 que disponía rechazar las ofertas presentadas por Sitra S.A.I.C.F.I.y C. y por Gonzalo Yanzi y Cía., invocándose el incumplimiento de normas licitatorias por ambos oferentes, disponiéndose la devolución del sobre número “2”.

d) Con variados fundamentos la accionante impugna el procedimiento seguido por el municipio, porque entiende que “es lesivo de las normas legales que rigen los actos de la administración, que se ha dictado con ajenidad a las condiciones a las que se sujetaron los oferentes y que por ello configura un acto inexistente al hallarse ausente su presupuesto legal, o que al menos resulta un acto nulo cuya nulidad se impetra en el presente” (v. fs. 21/22 vta.).

e) El recurso de reconsideración que interpuso la actora en sede administrativa -en contra de la Resolución Municipal N° 032/98 (v. fs.11/12)-, fue rechazado por la Municipalidad de la Ciudad de Río Grande con el dictado de la Resolución Municipal N° 042/98 (v. fs.17/18).

f) Reconoce la actora que -a la fecha de interposición de la demanda- “se ha puesto en ejecución el acto de adjudicación” (v. fs.25).

g) Obran en el Tomo VI del Expte Administrativo N° 3595/97 el Acta de Inicio de Obra y la Resolución Municipal N° 524/98 que aprueba y refrenda en todos sus términos el Contrato N° 043/98 (S.O. Y S.P.), suscripto entre la Municipalidad de Río Grande y la Empresa Lisardo V. Canga en fecha 10/3/98, para la

ejecución de los trabajos para la obra “Ampliación Planta Potabilizadora El Tropezón”, según las condiciones que fijó el llamado a Licitación Pública N° 09/97 (v.fs.2061, 2062, 2063 y 2064).

h) Si bien no consta en autos el estado actual de ejecución de la obra, o si la misma ha finalizado, cabe tener por cierta la afirmación del tercero citado a juicio -Emp. Constructora Lisardo V. Canga S.A.-, cuando afirma que ya ha ejecutado un cuarenta por ciento (40%) del total de la obra (presentación de fecha 3/9/99, fs.259/262). Ello así por cuanto surge del Tomo VI del Expte. Administrativo recién citado, que el importe total certificado (incluido el certificado de obra N°11 aprobado en fecha 01/09/99), alcanza la suma de \$ 478.423,14 sobre un monto del contrato de \$770.890,76 (v. fs.2342, 2344 y 2063).

En virtud de lo expuesto puedo concluir -de conformidad con lo dictaminado a fs.307/308 por el titular del Ministerio Público Fiscal-, que la cuestión traída a resolución de este Tribunal carece de actualidad en atención a que la obra denominada “Ampliación Planta Potabilizadora El Tropezón” (convocada por la Municipalidad de Río Grande mediante la Licitación Pública N° 09/97), de la que participó la empresa actora como oferente, fue adjudicada a la empresa Lisardo V. Canga, firmándose el respectivo contrato y que al mes de septiembre del año 1999 se había ejecutado -aproximadamente- un cuarenta por ciento (40%) del total.

2. En algunos pasajes de su escrito de inicio la actora señala que la actuación de la demandada al continuar con el desarrollo del proceso licitatorio le configuró un “perjuicio evidente” (v. fs.26); sin embargo no precisa su reclamo, no determina en esta causa qué tipo de perjuicio sufrió, ni su magnitud.

En ese sentido se pronuncia también el Sr. Fiscal ante este Superior Tribunal, cuando señala que “la reparación económica de la lesión que pudo eventualmente aparejar, para la actora, la actuación de la autoridad administrativa en relación al caso, no integra la causa petendi de la litis (no fue formulado reclamo al respecto)”; agregando que “las circunstancias apuntadas en el apartado que antecede, tornan insustancial el análisis y decisión de la controversia en vista, por cuanto el pronunciamiento no conducirá a resultado dispositivo alguno. Bien que el debate podrá ser planteado, en el marco de demandas con contenido patrimonial, si éstas fuesen promovidas”.

Por consiguiente, no conservando la parte actora un interés concreto derivado de la subsistencia de efectos producidos por la adjudicación de la obra, la firma del contrato y su posterior ejecución por la empresa contratista, cualquier decisión sobre el tema -por carecer de objeto actual-, resultaría meramente teórica, inútil e inoficiosa (v. fallo de la CSJN de fecha 22/12/98, in re “De la Torre, Juan C.”, publ. en L.L.1999-C-65, considerando 5).

Como los hechos que produjeron la extinción de la controversia ocurrieron con posterioridad a la promoción de la demanda -cuando la causa se encontraba en trámite-, no habiendo mediado desistimiento de parte, corresponde declarar en esta oportunidad que la cuestión se ha tornado abstracta.

Por ello y de conformidad con lo dispuesto por el art. 177.1 f), segundo párrafo del CPCCLRyM, no procede abrir juicio acerca de los argumentos y pretensiones de los litigantes.

3. No escapa a mi análisis la cita que formula el letrado apoderado de la empresa actora, cuando señala con cita de Manuel María Diez que “El procedimiento de impugnación puede ser promovido aún cuando ya el contrato se haya suscripto. Así fue como se elaboró la teoría de los actos separables, que considera a los distintos actos que han sucedido en el proceso tendiente a la formación del contrato como susceptibles de ser aislados no sólo en el supuesto de no hallarse el contrato realizado sino aún después de firmado el mismo. Se da por ello a cada acto, individualmente considerado, autonomía, lo que permite su impugnación si se hallan viciados. La nulidad de los mismos trae aparejada la nulidad del contrato (Diez, op. cit, página 307/308, citando en nota al pie doctrina francesa en apoyo)” (v. fs.27).

Ante todo debo señalar -consultando a la fuente- que la cita precedente no refleja el pensamiento del autor.

En efecto, Diez sostiene que los actos preparatorios de la celebración del contrato son verdaderos actos

administrativos y que, como el contrato no se ha celebrado, son perfectamente separables del mismo y por ende, los licitantes u oferentes por el solo hecho de haberse presentado a la licitación tienen un interés legítimo y en consecuencia pueden atacar administrativamente esos actos por cualquiera de los vicios de que estén afectados, sea en cuanto a la competencia, fin, forma u objeto.

Con directa referencia al caso de contratos de obras públicas expresa que “el problema surge de que, si bien el contrato se perfecciona con la firma del mismo, no se garantiza a los oferentes un plazo para la impugnación de las adjudicaciones ni la publicación de la misma, ni el efecto suspensivo de la impugnación”, agregando que la Administración puede de oficio o a pedido de parte, suspender el acto y no firmar el contrato si considera que la adjudicación es nula de nulidad absoluta, “pero el oferente no cuenta al respecto con una garantía como en los otros contratos...” (Manuel María Díez, “Manual de Derecho Administrativo”, Editorial Plus Ultra, 1994, T.1, pág.307).

Más adelante y en cita que tal vez confundió al accionante, Díez desarrolla la “teoría de los actos separables (détachables)”, elaborada en el derecho francés por el Consejo de Estado, que propone que existen distintos actos unilaterales que sirven de sostén o soporte al contrato, que configuran una cierta individualidad jurídica que permite impugnarlos cuando estén viciados, pudiendo traer aparejada su nulidad.

Comentando la doctrina expuesta el autor citado expresa su opinión señalando que “si bien la teoría de los actos separables significó una ventaja considerable con respecto a la del todo indivisible, es necesario adecuarla a la realidad para que tenga efectos prácticos y no sea meramente platónica...”.

Expresa que “Será necesario...que la ley organice, también para los supuestos regidos por la ley de obras públicas, el procedimiento a seguir para la impugnación de los actos separables, en forma tal que, no pueda llegarse a la adjudicación definitiva hasta tanto no esté totalmente resuelta la reclamación correspondiente...En un sentido similar se ha dicho que la solución ideal sería que, cuando el contrato naciera se hubiesen corregido ya los posibles vicios del procedimiento de la selección que lo precede, agregándose que la presunción está a favor de la legalidad del acto administrativo y, para el caso que se intente destruir esa presunción, se declare judicialmente la legalidad del acto impugnado o se subsanen los vicios antes del perfeccionamiento del contrato”.

Como se ve, en la actualidad no existe en nuestro derecho un sistema legal que le otorgue derecho subjetivo a un oferente para impugnar el contrato que surge de la adjudicación definitiva -a otro licitante- de una obra pública. Lo que propone el autor citado es que se suspenda la adjudicación y la firma del contrato hasta tanto se agote la vía recursiva instada por los oferentes que no resultaron adjudicatarios.

Con mayor precisión y con directa vinculación al tema que nos ocupa, el mismo autor señala -aunque en otro texto- que “...si hemos considerado separables los actos que constituyen el procedimiento administrativo, no es posible que su anulación influya en el del contrato porque para que ello ocurriese sería necesario llegar a una solución absurda cual sería la de admitir que este acto separable se incorpora al contrato una vez realizado, lo que técnicamente sería imposible. De ahí, entonces, consideramos que la anulación de un acto separable no trae aparejada forzosamente la anulación del contrato celebrado, por las razones antedichas.

Por otra parte es de observar que la pretendida anulación del contrato puede producirse antes de la ejecución, estando en ejecución o cuando se ha terminado la misma. En el primer supuesto, la anulación del contrato, que como ya dijimos no aceptamos, traería como consecuencia la apertura de una licitación con la posible modificación de precios y la pérdida de tiempo en perjuicio del interés general. Si la anulación se produjera estando el contrato en ejecución, nos encontraríamos frente a una situación de difícil solución, porque, por una parte, el contratista demandaría a la administración el pago del suministro o de la obra realizada y podría accionar contra ella en virtud de la acción in rem verso de enriquecimiento sin causa. Efectuado el pago, la administración tendría que llamar a una nueva licitación con las consecuencias desfavorables que hemos señalado con anterioridad. Si el contrato ya hubiera concluido, vale decir si el suministro se hubiera proporcionado o la obra pública se hubiera realizado (situación que puede ser la de autos), el juez se encuentra frente a una situación abstracta, puesto que no podría anular un contrato ya efectuado y no habría

ninguna solución positiva al respecto” (Manuel María Diez, “Derecho Administrativo”, Ed. Plus Ultra, 1979, T. III, págs.151/152).

La cita precedente por su claridad me releva de mayores comentarios, demostrando la imposibilidad del tratamiento de la impugnación por parte de un oferente de un contrato de obra pública en avanzado estado de ejecución -o habiéndose ya realizado (advírtase que, de conformidad con la cláusula 7a. del contrato, estaba prevista su finalización en fecha 18/6/1999)-, tal como lo proponía el letrado apoderado de la accionante en el párrafo transcrito al comienzo de este capítulo.

4. En cuanto a las costas, a falta de norma expresa del ordenamiento procesal que contemple la atribución en caso de declaración de abstracta, entiendo que deben ser distribuidas en el orden causado, habida cuenta que no se puede considerar -en el presente caso- vencida a ninguna de las partes.

En efecto, no cabe aplicarle las costas a la parte actora, porque su demanda no fue rechazada, habiendo devenido abstracta su pretensión por la circunstancia extraprocesal de haberse continuado con la ejecución de la obra pública, conforme fuera explicado en el primer capítulo.

Por su parte, tampoco cabe atribuirle las costas a la demandada ni al tercero traído a juicio porque -al no haber resolución sobre el objeto del proceso-, no se examinó el mérito de sus razones o defensas y por ende, no corresponde dictar pronunciamiento en su contra.

Ha señalado la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires -criterio que comparto-, que “si frente al principio general de que `la parte vencida en el juicio deberá pagar todos los gastos de la contraria´, el Juez puede `eximir total o parcialmente de esta responsabilidad al litigante vencido, siempre que encontrare mérito para ello´ (art.68, C.P.C.C.), con mayor razón se impone que cada litigante se haga cargo por el orden causado de las costas del juicio cuando, como ocurre en el sub lite, no puede entenderse que ninguno de ellos ha resultado derrotado. A mayor abundamiento, y utilizando por vía de aplicación analógica (conf. art. 159, Const. prov.) la pauta prevista por el art. 73 del mismo ordenamiento procesal, si no obstante que, por principio, el desistimiento hace cargar la costas a quien desiste, corresponde imponerlas en el orden causado cuando tal desistimiento obedezca `exclusivamente a cambios de legislación´(v. nuestro art. 83.2 CPCCLRyM) , tanto más procede seguir igual solución cuando no ha mediado dicha manifestación de voluntad, como en el caso” (SCBA, fallo del 23/11/93 en la causa “Farmacia Gatti Soc.Com. Simple s/inconstitucionalidad ley 10.606”).

Por todo ello y tal como lo adelanté, la cuestión litigiosa en autos se ha tornado abstracta, por lo que cabe así declararlo, debiéndose imponer las costas en el orden causado.

A la presente cuestión voto por la afirmativa.

A la primera cuestión el Juez José A. Salomón dijo:

1. He de coincidir con el criterio resolutivo propiciado por mi colega ponente. Ello en mérito a que las constancias relevantes del caso examinado forman convicción de que la cuestión litigiosa se ha tornado abstracta. En efecto, en el sub lite el accionante promovió demanda contra la Municipalidad de Río Grande a fin de obtener la declaración de nulidad de los actos preparatorios y del contrato de adjudicación de obra pública emergentes de la licitación pública 09/97, convocada por la demandada y denominada Ampliación Planta Potabilizadora "El Tropezón". (ver fs.19 apartado III).

Ahora bien, conforme surge de los antecedentes relatados en la presente, y del meduloso análisis de los hechos y de la prueba documental arrojada a la causa, efectuado por el Juez Andino, emerge de modo elocuente que la pretensión del actor no podrá ser decidida por carecer ella de actualidad. El contrato de adjudicación con el concesionario de la obra pública - empresa Lisandro Canga- se encuentra perfeccionado y la obra a realizar se encontraba ya cumplida en un 40% del total a la fecha de contestación de la demanda por parte del tercero citado a juicio, esto es al mes de setiembre del año 1999 (ver fs. 259/262).

Ello así, advierto que no podrán válidamente declararse por la vía judicial nulidades de actos ya agotados, por carecer tal pretensión de una finalidad concreta. Adviértase que la accionante no ha efectuado reclamo patrimonial alguno, en orden a los presuntos daños y perjuicios que le habrían acarreado a su parte, la celebración del contrato suscripto entre la demandada y la tercera citada a juicio en violación a los legítimos intereses de su parte, como oferente del proceso licitatorio que reputa irregular. Por ello, no resulta del caso el dictado de una sentencia que estime o desestime la pretensión pues, como ya se dijo, la misma ha quedado sin objeto.

2. Desde esta óptica no cabe que el Tribunal emita pronuncia miento alguno respecto del fondo de la cuestión por haber devenido abstracto, ni procede abrir juicio acerca de los argumentos y pretensiones de los litigantes.

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, ha dicho que "si la cuestión que constituyó el agravio inicial del actor ha perdido vigencia en virtud de nuevos actos producidos en sede administrativa, su tratamiento se torna abstracto e imposibilita un pronunciamiento al respecto." (Ac. y Sent. SCBA, 1988-II-217, Causa: B.50526 "Cupo, A.F. c/ Partido de la Costa").

En tal orden de ideas se ha expresado, en cuanto a la prerrogativa del sujeto a la hora de exhibir una pretensión fundada en derecho, que "el interés jurídico en la declaración del derecho pretendido debe permanecer vivo en el momento del dictado de la sentencia, porque de lo contrario el tema que lo originó se convierte en una cuestión abstracta (moot case) ajena, como tal, a la decisión de los jueces, que sería en tal hipótesis inoficiosa e inútil. De allí que la Corte Suprema haya declarado que la ausencia de interés puede y debe ser comprobada incluso de oficio, con prescindencia de la eventual conformidad de las partes". (conf. Palacio, Lino E. "El Recurso Extraordinario Federal", edit. Abeledo Perrot, 2001, pág. 58).

En tal entendimiento, cabe expresar que el Código Procesal Civil, Comercial, Laboral, Rural y Minero, aplicable al sub spes en virtud a la remisión genérica que formula el art. 16 del Código Contencioso Administrativo provincial, en forma explícita, reconoce como principio general el derecho al proceso, debiendo entenderse que comprende como tal al derecho de "acudir ante los Tribunales a plantear un problema jurídico concreto" - art. 11. 1.- agregando que para "proponer o controvertir útilmente las pretensiones es necesario invocar interés" -art. 11.2.-.

Ello es así pues "esta regulación legal significa reconocer que el ejercicio del derecho se realiza para satisfacer intereses individuales -sí que reconocidos legalmente- lo mismo que en el proceso, por más que la finalidad última sea el establecimiento del derecho objetivo. Cuando se habla de interés procesal, se hace referencia a la utilidad (o el perjuicio) jurídica (material, moral, económica, etc. ) que determina (y habilita) a las partes a presentar sus pretensiones a través de la demanda y la contestación. Consiste en perseguir el bien de la vida por medio de los órganos jurisdiccionales" (Chioyenda citado por VESCOVI, Enrique, "Código General del Proceso", tomo 1, pág. 225, Editorial Abaco, Montevideo, Uruguay, 1992, comentando idéntica norma del proceso uruguayo).

En sentido análogo el CCA en sus arts. 1 ; 2, 6 exige la existencia de una "controversia" y de "un interés jurídicamente tutelado fuere vulnerado o controvertido en forma actual o inminente, el interesado podrá deducir las acciones previstas en este Código." En tal inteligencia se ha dicho que "el interés jurídico en la declaración del derecho pretendido debe permanecer vivo en el momento del dictado de la sentencia, porque de lo contrario el tema que lo originó se conviene en una cuestión abstracta (moot case) ajena, como tal, a la decisión de los jueces, que sería en tal hipótesis inoficiosa e inútil. De allí que la Corte Suprema haya declarado que la ausencia de interés puede y debe ser comprobada incluso de oficio, con prescindencia de la eventual conformidad de las partes ( PALACIO, Lino Enrique "El Recurso Extraordinario Federal", edit. Abeledo-Perrot, 2001, pág. 59, con cita de innumerables fallos de la Corte Suprema Nacional en notas al pie de página)" (ver voto de G. Godoy, en autos "Filippi, Rodolfo c/ Provincia de Tierra del Fuego s/ acción de inconstitucionalidad", expte.N°255/96 de la Secretaría de Demandas Originarias, sentencia del 10 de junio de 1997).

De allí, que "Configura un requisito subjetivo de admisibilidad del recurso, la circunstancia de que la resolución correspondiente ocasione a quien lo interponga un agravio o perjuicio personal. De lo contrario le faltaría el requisito genérico, cual es el interés, el cual constituye la medida del recurso. Dicho interés es menester que se mantenga durante las distintas secuencias de la apelación, es decir que debe ser actual y no hipotético, ya que si el mismo desapareciera luego de concedido el recurso, la cuestión habría devenido en abstracta" (C.N. Com., Sala B, 18.3.92, "Unión Carbide Argentina SA c/ El Cobre SA ", ED 148-243)" (ver voto de González Godoy en la causa N°288/99 SR "Banco Provincia de Tierra del Fuego c/ Gallardo, Manuel José Antonio s/Exclusión de Tutela Sindical", del 24 de mayo del corriente año, registrada en T°V, F°303/307).

Por ello, quien pretende a través del proceso "debe tener interés legítimo, serio y actual en la declaración que se persigue" (DEVIS ECHANDÍA, Hernando, "Teoría General del Proceso", tomo 1, pág. 43, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984). (del voto del Dr. Hutchinson in re: "Ferreyra, Celia del Valle c/Instituto Provincial de Previsión Social s/contencioso administrativo", expte. N°742/99); criterio plenamente aplicable al sub spes.

De acuerdo a lo expuesto y como ya se insinuó, la cuestión planteada en autos se ha convertido en abstracta, por lo que así debe ser declarado, imponiéndose las costas por el orden causado.

En consecuencia, voto por la afirmativa a la cuestión de mérito propuesta.

A la segunda cuestión el Juez Carlos E. Andino dijo:

De conformidad con lo resuelto al tratar la cuestión anterior, corresponde declarar que han devenido abstractas las cuestiones deducidas por medio de la acción incoada en el presente proceso.

Las costas deberán soportarse por el orden causado, conforme fue expuesto al tratar la cuestión anterior.

Así lo voto.

A la segunda cuestión el Juez José A. Salomón dijo:

Atento a lo expresado en la cuestión anterior, corresponde declarar abstractas las cuestiones planteadas en autos.

Con referencia a las costas, ante la falta de norma expresa del ordenamiento procesal que contemple la atribución en caso de declaración de abstracción, entiendo que deben ser distribuidas en el orden causado, siendo que resulta indubitado que en el presente litigio no existe parte vencida, la actora no ha visto rechazada su demanda y a la contraparte tampoco le cabe el principio de la derrota. Razonablemente, en el caso, se impone reconocer equitativamente las cargas que han de soportar, merced a lo expresado al tratar la cuestión precedente.

Así lo voto.

Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente

SENTENCIA

Ushuaia, de febrero de 2.002.

Vistas: Las consideraciones efectuadas en el Acuerdo que antecede,

EL SUPERIOR TRIBUNAL

RESUELVE

1°. Declarar que la pretensión deducida por la accionante Sitra S.A., Inmobiliaria Constructora, Financiera, Industrial y Comercial, en contra de la Municipalidad de Río Grande se ha tornado abstracta.

2°. Imponer las costas del proceso por el orden causado.

3°. Mandar se registre, notifique, y cumpla.-

Suscriben la presente los abajo firmantes por encontrarse vacante la restante vocalía del Cuerpo.

Firmado Jueces Jose A. Salomón - Carlos E. Andino

Registro TOMO XXXIII F° 63/75 6/2/02.