

# **EL CONTRATO ADMINISTRATIVO Y SU RELACIÓN CON LAS NORMAS CIVILES**

*Conferencia pronunciada por el Dr. Esteban Centanaro  
en la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires,  
en la sesión pública del 6 de agosto de 2010*



## **Presentación**

### **por el Académico Titular Dr. Marcelo Urbano Salerno**

Esteban Centanaro, se graduó de abogado a los 21 años de edad, doctorándose posteriormente.

Publicó libros tales como *Qué es el comodato*, y también *El contrato oneroso de la renta vitalicia* y *Contratos - Parte General*, coautor de *Contratos - Parte Especial*, este último fue presentado en la Feria del Libro del corriente año. Es coautor junto con Alberto Estevez de *Condena de Futuro*; y con José María Gastaldi, de *Excepción de incumplimiento contractual*, también *La Señal*, y asimismo *Contratos Aleatorios y Reales*.

Ha participado en numerosos congresos de su especialidad –tanto nacionales como extranjeros–, siendo ponente en todos ellos y desempeñándose asimismo en diversas jornadas de derecho civil como autoridad del evento científico.

Ejerce la docencia en carácter de profesor titular de Derecho Civil en las Facultades de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y en la Pontificia Universidad Católica Argentina.

Desempeñó diversas funciones administrativas de alta responsabilidad y desde el año 2000 ejerce la magistratura en la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Es un privilegio tener entre nosotros al doctor Centanaro, estudioso e investigador incansable. En momentos difíciles para la humanidad, sirve de ejemplo para alentar la labor intelectual en nuestro medio. Esta Academia recibe hoy a un destacado jurista, en el año del Bicentenario de la Revolución de Mayo.

La celebración de ese acontecimiento histórico ha dado lugar a numerosos actos conmemorativos y disertaciones. Deseo señalar que no todo se ha dicho sobre la gesta de Mayo. El 25 de Mayo de 1810 nació el derecho administrativo patrio, pues a partir de entonces cesó la administración colonial de la Corona de España.



## EL CONTRATO ADMINISTRATIVO Y SU RELACIÓN CON LAS NORMAS CIVILES

Dr. ESTEBAN CENTANARO

Agradezco las palabras de presentación efectuadas por el señor Académico Titular y Secretario de esta ilustre corporación, Dr. Salerno y la invitación que él motivara y me transmitiera, para dictar esta conferencia en acto público en la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires.

El tema que se desarrollará, sobre el contrato administrativo y su relación con los civiles, fue motivo de mi preocupación casi con el inicio del dictado de mis clases universitarias. Pues despertaba mi inquietud, la norma del Art. 1501 del Código Civil, que permitía alquilar cosas que se encontraran fuera del comercio, con lo que se contrapondría con la norma general del 953 de la misma legislación.

Intentaremos establecer, ante la clara similitud existente entre el contrato civil y el administrativo, si las normas del primero se aplican o no al segundo, y en caso afirmativo si lo es subsidiariamente o en forma analógica.

También se ha sostenido, Balbín por ejemplo, *que el régimen jurídico del contrato administrativo es complejo, ya que en ciertos casos debe aplicarse un régimen propio del Derecho Público y en otros en parte ambos derechos*<sup>1</sup>.

Cassagne<sup>2</sup> señala que el problema central que

(...) sigue planteándose en torno del contrato administrativo es hasta qué punto su construcción se independiza de las normas y principios del derecho civil –que vinieron rigiéndolo desde que el Estado comenzó a utilizar la técnica contractual en forma no esporádica– y en qué

<sup>1</sup> Balbín, Carlos F., en su *Curso de Derecho Administrativo*, LL, Tomo II, p. 179.

<sup>2</sup> Cassagne, Juan Carlos, en *Sobre la sustantividad del contrato administrativo y su recepción a través de la doctrina y de la jurisprudencia de la Corte Suprema*, en *Contratos - Homenaje a Marco Aurelio Risolía*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997, p. 116.

medida ha adquirido una fisonomía peculiar y típica del Derecho Público.

Es del caso aclarar, que el tema del debate es mucho más amplio, superando el ámbito contractual, pues dentro del marco de la posible autonomía del Derecho Administrativo, se discute, si en el caso no previsto en esa rama, debe o no acudir a las normas del resto del ordenamiento legislativo y particularmente al del Derecho Privado, y si la aplicación de ellas, lo es con carácter subsidiario o por intermedio de la analogía jurídica.

Así Gordillo<sup>3</sup>, sostiene que *en cuanto a las reglas propiamente de Derecho Privado, su aplicación en el campo del Derecho Administrativo era muy frecuente en los orígenes de éste, pero ha ido decreciendo paulatinamente a medida que adquirió más autonomía.*

Entendemos, que no habiéndose producido aún la codificación del Derecho Administrativo, y ante el caso no previsto, se deba recurrir a la legislación civil atento su carácter de derecho común general.

Para seguir un orden lógico en esta exposición, se considerará en primer término el concepto de contrato, para luego determinar si metodológicamente el Código Civil regula con exclusividad el conjunto de dicha materia para concluir analizando las normas de tal legislación que entendemos aplicables, por expreso mandato legal, a los acuerdos administrativos.

Debe tenerse en cuenta, que si bien es universalmente comprendido el concepto de contrato, lo cierto es que al pretender dar su definición, surgen grandes diferencias. Es tema de discusión, su ámbito de aplicación y los sujetos que pueden participar en el acuerdo.

Definimos el contrato como todo acuerdo de contenido patrimonial, superando esta noción el ámbito limitado del Derecho Privado y extendiéndose a todo el ordenamiento jurídico.

Al expresar que es un acuerdo, sostenemos la necesaria existencia de por lo menos dos partes, pudiendo ser, ambas Estados, o particulares –en este caso tanto personas físicas como jurídicas– o una un ente público y la otra un administrado.

Al expresar en la definición que tiene contenido patrimonial, limitamos su alcance precisamente a este tipo de derechos o sea a los personales o creditorios, los reales y los intelectuales y por ende quedan excluidos los no patrimoniales.

<sup>3</sup> Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Fund. De Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2009, T. I, pág. VIII – 2.

Coincidimos pues, con la mayor parte de la doctrina entendiendo que la noción de contrato es única para todo el derecho, mas no dejamos de sostener que dicho concepto se ha particularizado, originando una diferencia de régimen entre el ámbito contractual público y el privado. Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado en la causa “*Yacimientos Petrolíferos Fiscales c/ Provincia de Corrientes y Banco de Corrientes s/ cobro de australes*”, sentencia del 3 de marzo de 1992, que “*si bien la noción de contrato es única, común al Derecho Público y al Derecho Privado, pues en ambos casos configura un acuerdo de voluntades generador de situaciones jurídicas subjetivas, el ‘régimen jurídico’ de estos dos tipos es diferente (...) Cuando el Estado, en ejercicio de funciones públicas que le competen y con el propósito de satisfacer necesidades del mismo carácter, suscribe un acuerdo de voluntades, sus consecuencias serán regidas por el Derecho público*”.

Como ya lo hemos dicho no escapan a la noción de contrato ciertos acuerdos celebrados entre Estados, que son denominados tratados y aquellos otros que realiza uno de ellos con un particular llamados contratos administrativos.

Entendemos que estos acuerdos cuando regulan cuestiones patrimoniales deben ser incluidos en la genérica noción de contrato.

Por ello, reiteramos que son contratos aunque no sean del Derecho Privado, aquellos tratados que establecieron condominios entre diversos Estados; baste como ejemplo el caso del archipiélago de Samoa, que estuvo desde 1889 hasta 1899 bajo el condominio de Alemania, Estados Unidos y Gran Bretaña y también el que fuera establecido entre esta última y Egipto en el Sudan en 1898. También tienen características contractuales el arrendamiento de China a Portugal con respecto a Macao y el que realizó Estados Unidos con Cuba con relación a Guantánamo (año 1903).

A su vez, entre Estados se han realizado permutas; en ese orden, Gran Bretaña le trocó a Alemania en 1890 las Islas Heligoland por ciertos territorios africanos. Por otro lado, han existido liberalidades; así, Brasil le donó a Uruguay la laguna Mirim y el río Jaguarao. Sin olvidar, además, el caso de verdaderas ventas instrumentadas por tratados; es lo que aconteció con Estados Unidos, que compró Alaska a Rusia y Luisiana a Francia.

Balbín<sup>4</sup>, adaptando el concepto que surge del Art. 1137 del Código Civil, sostiene que *el contrato administrativo es todo acuerdo ce-*

<sup>4</sup> *Curso...*, p. 179.

*lebrado por el Estado con terceros sobre una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos.*

Bielsa<sup>5</sup> define al contrato administrativo como *la convención que el Estado, obrando como sujeto de Derecho Público, realiza con otro (público o privado) con un fin público.*

Marienhoff<sup>6</sup> lo define como *el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones y derechos, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer finalidades públicas.*

Santos Briz<sup>7</sup> expresó que *El contrato administrativo pertenece al grupo que por su función se integra en los contratos de Derecho Público. La esfera de aplicación de estos contratos, su objeto y también muchas veces el círculo de posibles contratantes, distínguelos de los contratos civiles o de los de Derecho Privado.*

Sostenemos que cuando el Estado contrata con particulares, realiza un contrato administrativo que podrá o no tener facultades exorbitantes de Derecho Privado.

Así, ha sostenido el ministro Carlos S. Fayt en su voto en la causa “*Dulcamara S.A. c/ Empresa Nacional de Telecomunicaciones s/ cobro de pesos*”, sentencia del 29 de marzo de 1990, “*Que en principio, cabe señalar que los contratos administrativos constituyen una especie dentro del género de los contratos, caracterizados por elementos especiales, tales como que una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, que su objeto está constituido por un fin público o propio de la Administración y que llevan insertas explícita o implícitamente cláusulas exorbitantes del Derecho Privado (...) Que si bien ello es así, dicha circunstancia no obsta a que se apliquen a los contratos administrativos las normas que rigen tal instituto en el Código Civil, pues esta últimas son respecto de aquéllas, principios generales de los que no se cabe apartarse (...) Que, en consecuencia, se impone concluir en que el contrato administrativo queda subsumido en la definición contenida en el Art. 1137 del Código Civil y que, por ende, se le aplican en la medida que no sean incompatibles con*

<sup>5</sup> Bielsa, Rafael, *Principios de Derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1966, p. 171.

<sup>6</sup> Marienhoff, Miguel S., en su *Tratado de derecho administrativo*, T. III-A, Cap. I “*Principios generales*”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 34.

<sup>7</sup> Santos Briz, Jaime, en *La contratación privada*, Cap. X, “*La función del contrato: contratos civiles y contratos administrativos*”, Madrid, Montecorvo, 1966, p. 305.

*sus características propias antes señaladas, las normas del Libro Segundo, Sección III, Título I, de dicho ordenamiento legal*". Es un lugar común sostener, que un código debe referirse exclusivamente a una rama del derecho, sin embargo, la exclusividad de contenido en la actualidad va siendo dejada de lado, puesto que muchas legislaciones de Derecho Privado, además de normar el civil, también regulan el comercial y algunos una sola parte del civil y del mercantil, como por ejemplo, los contratos.

En otras palabras, el principio de exclusividad de contenido no se presenta de manera absoluta en casi ninguna codificación y ello sucede, en nuestro derecho, en el que el Código Civil argentino contiene numerosas disposiciones relativas a temas diversos y que no sólo regulan las relaciones entre los particulares sino que también resultan aplicables a la de estos últimos con el Estado.

Así el Código Civil contiene numerosas normas destinadas a legislar sobre derecho administrativo; baste, a título de ejemplo, la mención de los Arts. 33, 823, 912, 1112, 1117, 1442, 1443, 1502, 1810, inciso 2º, 2185, inciso 4º, 2261, 2262, 2339, 2340, 2341, 2342, 2344, 2415, 2572, 2575, 2611, 2637, 2639, 2644, 2646, 2738, 2750, 2839, 3083, 3545, 3545, 3589, 3879, 3951 y demás concordantes.

La más amplia división posible del derecho positivo, que se remonta al Derecho Romano, donde se opone el público al privado. Para los romanos la distinción se basaba en el interés protegido: el Derecho Público se refería al Estado y a la cosa pública, en tanto que el privado tomaba en cuenta lo pertinente a la utilidad de los particulares.

Modernamente, se han dado otros criterios:

a) Según la primera opinión, lo típico del Derecho Público sería referirse a relaciones de subordinación, mientras que el Derecho Privado organiza la coordinación de sujetos ubicados en situación de paridad. De ahí que al primero corresponda la justicia distributiva y al segundo la conmutativa. Esta tesis, desenvuelta por Gurvitch y por Radbruch, se ha objetado por cuanto presenta el grave inconveniente de dejar al derecho internacional público al margen del criterio preconizado.

b) La segunda opinión persiste en el criterio romano que toma en cuenta la distinción de los intereses cuya satisfacción el derecho procura. Es todavía la que siguen Planiol y Josserand. Sin embargo, se ha observado que la mayor parte de las instituciones se ordenan al interés general, o más exactamente, al bien común. Por lo demás, también se ha dicho que las instituciones públicas no son fines que

valgan por sí mismos, sino medios al servicio de las personas humanas.

c) El restante criterio de distinción toma en cuenta la calidad de los sujetos de derecho. Si la norma alude al Estado como poder público es de Derecho Público, si se refiere a sujetos que obran desprovistos de todo carácter de soberanía política es del privado.

Esta distinción –a la que el propio Vélez hace referencia (ver nota al Art. 31)– permite una primer clasificación general de los contratos entre los del Derecho Privado y los del Derecho Público, considerando especialmente entre estos últimos, como ya lo hemos dicho, la existencia de ciertos acuerdos entre Estados (que, por lo común, reciben el nombre de *tratados*) y aquellos otros que realiza uno de ellos con un particular (categoría del llamado *contrato administrativo*).

En este punto, resulta necesario aclarar que, si bien todo tratado reviste el carácter de convención, no necesariamente debe pensarse en la existencia de un contrato propiamente dicho (cabe aclarar que esa sería, sin embargo, la conclusión en caso de adoptarse la amplia tesis de Savigny, fuente directa del Art. 1137 de nuestro Código Civil).

En el ámbito internacional, cuando los acuerdos regulan cuestiones patrimoniales deben ser incluidos en la genérica noción de contrato. Es que, si bien la mayor parte de la doctrina –a la que adherimos– entiende que la noción de contrato es única para todo el derecho, lo cierto es que se ha particularizado, originando una diferenciación de régimen entre el ámbito contractual público y el privado.

En ese orden de ideas, afirmamos la naturaleza contractual, aunque no sea la del contrato de Derecho Privado, a diversos tratados celebrados entre Estados.

Sin perjuicio de aceptar la naturaleza contractual de estos tratados entre Estados que tienen contenido patrimonial, no pueden desconocerse –por otra parte– las profundas diferencias que tienen con los acuerdos del Derecho Privado. Así, el consentimiento muchas veces debe ser ratificado por los órganos legislativos, las formas son disímiles y, fundamentalmente, no se respeta el principio del efecto relativo que es norma vigente dentro del Derecho Privado. Es que, en estos arrendamientos, ventas y permutas, en muchos casos, se dispone sobre la situación jurídica –opción de nacionalidad, por ejemplo– de los habitantes de los territorios objeto de las transacciones antes apuntadas.

Desde otro ángulo y como anticipáramos, el contrato regido por el ordenamiento privado debe asimismo ser comparado con el propio

del Derecho Administrativo, por lo que corresponderá analizar el concepto de este último, si puede o no ser considerado dentro de la noción contractual general y, finalmente, en qué forma (analógica o subsidiaria) la regulación que alcanza al primero será aplicable al segundo. Nuevamente, no podemos dejar de lado en este análisis la definición de contrato que proporciona el Art. 1137 –como ya dijimos, tomada casi en forma literal de la tesis de Savigny y según la cual dicha figura gozaba de tal amplitud conceptual, que dejaba comprendidos en su alcance los actos propios del Derecho Público–; es que, una definición de esa laxitud es la que surgiría de la interpretación estricta y literal de esa disposición.

Sentado ello, corresponde recordar que Duguit<sup>8</sup> negaba la existencia de categorías distintas entre los contratos del Derecho Privado y los del administrativo.

Sin embargo, la diferencia entre el contrato de Derecho Privado y el de Derecho Público fue expresamente reconocida por Vélez Sarsfield, disponiendo la aplicabilidad subsidiaria de la normativa del derecho civil a los contratos administrativos.

Efectivamente, esta distinción entre el denominado contrato administrativo y el civil, fue claramente percibida por el codificador. Recordemos al respecto que dentro de las normas de la locación de cosas, dispone el Art. 1502 que: *[l]os arrendamientos de bienes nacionales, provinciales o municipales, o bienes de corporaciones o de establecimientos de utilidad pública, serán juzgados por las disposiciones del derecho administrativo o por las que les sean peculiares. Sólo en subsidio lo serán por las disposiciones de este Código; es decir que, como ya hemos dicho en otra oportunidad ... en la norma precedentemente transcripta se distingue netamente el contrato administrativo del civil y sólo se declara aplicable la legislación común en forma subsidiaria.* A partir, entonces, de una particular disposición contenida en el título dedicado a la locación, el Derecho Privado proporciona una regla que puede generalizarse y servir como principio de solución a la problemática antes referida, atinente a la posibilidad de aplicación del Derecho Privado en relaciones contractuales propias del Derecho Público.

No hay duda, como ya lo hemos sostenido, que una serie de normas del Código Civil, son aplicables al Derecho Administrativo, tales como por ejemplo, las de los Títulos Preliminares (De las leyes y Del modo de contar los intervalos del derecho) el Art. 16 con relación

<sup>8</sup> Duguit, León, *Traité de droit constitutionnel*, París, 1930, pp. 434-5.

a las lagunas del derecho, y donde mucha doctrina considera que el mismo trae un principio general aplicable a todo el ordenamiento jurídico positivo; el tema de la capacidad para los administrados; las personas jurídicas públicas, los bienes del dominio público, el Art. 823 para la compensación, etc.

También en materia de responsabilidad de los funcionarios y del Estado no puede perderse de vista lo normado por el Art. 1112 del Código Civil.

En cuanto a las restricciones al dominio privado por causa de interés público, el Art. 2611 del Código Civil contiene una norma cuyo fundamento es de origen constitucional, pertenece a la serie de poderes no delegados a la Nación y reservados por las provincias. El texto dispone que *Las restricciones impuestas al dominio privado sólo en el interés público, son regidas por el Derecho Administrativo*. Estamos ante una materia administrativa típica y donde Vélez Sarsfield reconoce como en tantas normas la distinción entre el Derecho Privado y el Público.

En cuanto al régimen de los privilegios, corresponde advertir que es una materia propia del Derecho Privado legislar sobre dicho tema, determinando de ese modo el derecho con que un acreedor ha de ser pagado con preferencia a otro. El Art. 3879 del Código Civil le otorga al Estado un privilegio general sobre los bienes del deudor, para cubrir los créditos por impuestos, sean directos o indirectos. Así vemos de esta forma otro punto de contacto entre el Derecho Público y el Civil.

Lo relacionado a la adquisición del dominio de animales y peces por la caza y la pesca, si bien es materia propia del Derecho Privado, la misma legislación civil establece que dichas facultades están sujetas a las reglamentaciones que dictan las autoridades locales (Art. 2549 del Código Civil).

Entrando al campo específico contractual, y que es el motivo de esta conferencia, corresponde hacer notar que el Art. 1361, inc. 5° del Código Civil prohíbe a los empleados públicos adquirir los bienes del Estado o de las municipalidades de cuya administración o venta estuviesen encargados, y el inc. 7° de la misma norma impide a los ministros de gobierno la adquisición de los bienes nacionales o de cualquier establecimiento público, e igualmente a los ministros secretarios de los gobiernos provinciales de los bienes provinciales o municipales.

También, el Art. 1443 del Código Civil veda toda cesión a los ministros del Estado, gobernadores de provincia, empleados munici-

pales, de créditos contra la Nación, o contra cualquier establecimiento público, corporación civil o religiosa; también prohíbe toda cesión de créditos contra la provincia en que los gobernadores actuasen y contra los empleados de ella.

Otro aspecto claro de la aplicación de una norma del Código Civil al Derecho Administrativo, se puede observar en la circunstancia en que pueden ser locadas las cosas que están fuera del comercio, salvo que lo estuvieran por ser nocivas al bien público, o contrarias a la moral y las buenas costumbres, tal como lo autoriza expresamente el Art. 1501<sup>9</sup> del Código Civil.

Ahondar en esta posibilidad resulta de singular trascendencia, puesto que, en este aspecto pueden ser objeto de la locación cosas que fueron excluidas al tratarse a los contratos en general, el objeto de la locación resulta ser más amplio que el de los contratos en general; dada la limitación que contempla el Art. 953 ya citado, coherente con la prohibición del Art. 844<sup>10</sup> del mismo cuerpo legal.

Para determinar si una cosa se encuentra dentro o fuera del comercio debemos remitirnos a las disposiciones previstas por los Arts. 2336, 2337 y 2338, de las que se desprende que *Están en el comercio todas las cosas cuya enajenación no fuere expresamente prohibida o dependiente de una autorización pública; Las cosas están fuera del comercio, o por su inenajenabilidad absoluta o por su inenajenabilidad relativa. Son absolutamente inenajenables: 1 - Las cosas cuya venta o enajenación fuere expresamente prohibida por la ley. 2 - Las cosas cuya enajenación se hubiere prohibido por actos entre vivos o disposiciones de última voluntad, en cuanto este Código permita tales prohibiciones y por último que Son relativamente inenajenables las que necesiten una autorización previa para su enajenación.*

Como vemos en nuestra legislación, es la posibilidad de la enajenación de la cosa, la que determina su inclusión dentro de una u otra categoría, a diferencia de lo que acontecía en el régimen del derecho romano. En este último sistema, era la posibilidad de ser apropiada por parte de los particulares lo que determinaba la clasificación de la cosa.

<sup>9</sup> Art. 1501 del Código Civil: *“Las cosas que estén fuera del comercio, y que no pueden ser enajenadas, o que no pueden enajenarse sin previa licencia o autorización, pueden ser dadas en arrendamiento, salvo que estuvieran fuera del comercio por nocivas al bien público, u ofensivas a la moral y buenas costumbres”.*

<sup>10</sup> Art. 844 del Código Civil: *“Las cosas que están fuera del comercio, y los derechos que no son susceptibles de ser materia de una convención, no pueden ser objeto de las transacciones”.*

Así podemos diferenciar en nuestro derecho una inalienabilidad absoluta, pudiendo citar como ejemplos, los bienes del dominio público del Estado o los inmuebles cuya enajenación hubiese sido prohibida por el donante o el testador por un periodo máximo de 10 años, tal como lo prevé el Art. 2613 (conf. 2337 inc. 1º y 2º) de una inalienabilidad relativa, contemplada por el Art. 2338, aquellas cosas que para ser enajenadas requieren de una previa autorización judicial, como resulta ser el caso de los bienes de los incapaces.

Todas esas cosas, aunque inajenables, pueden ser objeto de locación y la autorización se encuentra plenamente justificada, por cuanto si bien la celebración de este contrato implica una limitación al uso o goce de la cosa, no implican un acto de desapoderamiento.

Sin embargo, no toda cosa que se encuentre fuera del comercio puede ser objeto de la locación, ello principalmente sucede con las cosas del dominio público del Estado, en cuyo caso el Derecho Privado rige solo de manera supletoria, conforme lo determina el Art. 1501 y encontrando el límite esencial en la no-desnaturalización del destino de la cosa. Esta limitación surge de la nota misma del artículo antes citado, donde nuestro codificador ejemplifica casos en los que cosas del dominio público del Estado no pueden ser objeto de este contrato, diciendo que *...No se puede, sin duda, alquilar las cosas que están en el dominio público, como las plazas, los caminos, etc.; pero sucede muchas veces que los pueblos alquilan provisoriamente algunos lugares necesarios para objetos útiles a los viajeros o transeúntes que se estacionan sobre la vía pública; mas estas concesiones deben siempre hacerse de modo que no impidan el uso libre del camino, o de la plaza. Una iglesia, mientras está consagrada al culto, no es susceptible de locación, sin embargo, se pueden alquilar en ella, bancos, sillas, etc., porque el destino principal del lugar no se encuentra afectado. Pueden alquilarse ciertos accesorios, ciertas desmembraciones de las cosas que están fuera del comercio, porque el fundo queda con afectación y destino público....*

Debemos sin embargo distinguir a su vez en los contratos de locación donde el Estado actúa como locador –generalmente denominados concesión– de aquellos que interviene como locatario.

Si el Estado es locador, conforme el Art. 1502 ya citado resulta de aplicación el Derecho Administrativo y solo subsidiariamente del régimen civil. Con relación al Estado locatario, la solución no es tan lineal, como cuando es locador, pese a tener la misma gran importancia práctica atento los numerosos supuestos en que aquél actúa como inquilino.

En tal sentido, la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires ha entendido que<sup>11</sup> “... por lo demás, adviértase que si bien corresponde que el contrato de locación de un inmueble que integra el patrimonio del Estado –en sentido lato–, sea juzgado por el derecho administrativo, hipótesis legislada en el Art. 1502 del Código Civil diametralmente opuesta a la de autos, ello no cuenta si el inmueble es de propiedad de un particular” (...) “Las reglas del Derecho Público no pueden tener en todos los casos la virtud de relegar a un plano secundario a las del Derecho Privado, salvo aquellas en las que la ley misma así lo dispone” (argumento artículo 1502 C. C.).

Por ello, con relación al Estado locatario se aplican las normas del Derecho Privado con las salvedades propias (ejecución de las sentencias, plazo mínimo, etc.).

Con relación a las donaciones, el Art. 1810 del Código Civil, establece que respecto al Estado podrán acreditarse con la constancia de las actuaciones administrativas.

En materia de fianza, no será necesaria de acuerdo al Art. 2013 del Código Civil la previa excusión de los bienes del deudor si la deuda fuere a la hacienda nacional o provincial.

El Código Civil regula el contrato de juego estableciendo en el Art. 2069 del Código Civil que las loterías y rifas cuando se permitan, serán regidas por las respectivas ordenanzas municipales o reglamentaciones de policía.

Nótese asimismo que el Art. 2261 del Código Civil<sup>12</sup>, al igual que el Art. 1501, permiten que sean objeto del contrato las cosas que están fuera del comercio, salvo si lo estuvieran por ser nocivas al orden público, por lo que la aplicabilidad del Art. 1502 al comodato parece innegable.

Es muy común que el Estado, tanto nacional como provincial o municipal, dé algunos de sus bienes en comodato a particulares o funcionarios públicos, las más de las veces en forma bastante poco republicana, con lo que se afecta, por la discrecionalidad, el principio básico y constitucional de la igualdad.

En general, cuando un funcionario público otorga en comodato una cosa del Estado, prefiere denominar la figura como concesión gratuita de uso, pero para otorgarlo, debe contar con poder especial,

<sup>11</sup> SCBA; “Carles, José c / Dirección General de Rentas de la Provincia de Buenos Aires y otro”, 07/05/63.

<sup>12</sup> Artículo 2261 del Código Civil: “Es prohibido prestar cualquier cosa para un uso contrario a las leyes o buenas costumbres, o prestar cosas que estén fuera del comercio por nocivas al bien público”.

por así disponerlo el Art. 2262, en el cual se prohíbe prestar cosas a todos los administradores de bienes ajenos, públicos o particulares, que estén confiados a su administración, a menos que sean autorizados a hacerlo por poderes especiales.

Es decir que dentro de la regulación del Código Civil, existen dos normas que se aplican directa y exclusivamente al comodato dentro del derecho administrativo; una lo es con relación al objeto (art. 2261), la cual al permitir prestar cosas que están fuera del comercio, parecería oponerse a lo normado por el art. 953<sup>13</sup> para el acto jurídico y por ende al contrato –al ser éste una especie de aquél– mas no es así, pues se trataría de contrataciones administrativas, las que sólo subsidiariamente se rigen por la ley común; la segunda disposición lo es en cuanto a la legitimación del comodante y se exige, en virtud del art. 2262, poder especial para dar en préstamo de uso bienes públicos.

Es del caso aclarar que el uso general de los bienes públicos por parte de los particulares no es un comodato sino que surge de la propiedad común de los mismos; el préstamo aparece cuando son utilizados en beneficio de un solo particular o de un grupo limitado de ellos.

No estamos en contra de que el Estado dé algún bien en comodato, mas dicha circunstancia debe motivarse en algún suceso excepcional –como alguna catástrofe que deje a un grupo de personas sin viviendas y se las deba alojar en alguna dependencia estatal– o fundamentarse en el cumplimiento de sus fines, como ocurre en el supuesto de las bibliotecas públicas.

Nuestra jurisprudencia ha considerado posible el comodato de bienes del Estado, pero hemos encontrado interesantes fallos, que por su función moralizadora reseñamos y que consideramos doctrina de utilidad para evitar abusos y malas prácticas administrativas: *La entrega verbal en forma gratuita de campos del Estado sin un mandato expreso es nula por violar el Art. 2262 del Código Civil. Procede la acción de enriquecimiento sin causa contra quien ha disfrutado de campos del Estado entregados en forma verbal para pastoreo en*

<sup>13</sup> Artículo 953 del Código Civil: “El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto”.

*comodato (CFed., La Plata, Sala 1ª, julio 23 de 1964 en “Gobierno Nacional c/ Campolo, Felipe”) y también: Cuando se trata de un funcionario público que utiliza un automóvil del Estado, son las leyes y disposiciones administrativas las que determinan la naturaleza de cada supuesto en particular, aunque en general, puede afirmarse que el vehículo no se entrega en propiedad, sino en uso y que ese uso no puede ir mas allá del que sea necesario para el ejercicio del cargo o empleo al que está afectado. Configura un comodato la recepción por el funcionario público de un vehículo para emplearlo en el ejercicio de las tareas a su cargo, no oponiéndose a ello la circunstancia de que el uso que se haga de él asuma un carácter retributivo capaz de desvirtuar la naturaleza gratuita del contrato, ya que los servicios del favorecido se encuentran recompensados con el sueldo que recibe. Es responsable de los daños y perjuicios ocasionados por el robo de un automóvil oficial, el funcionario que teniendo derecho a usarlo en cumplimiento de sus tareas, fue doblemente culpable por haberlo hecho fuera de las horas de oficina y sin chofer, careciendo de la autorización necesaria para ello. La fuerza mayor no exime de responsabilidad cuando ha sido provocada por dolo o culpa (CNCivil, Sala A, noviembre. 30 de 1964. “Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires c/ Benedetti, Oscar E.”).*

Con relación al contrato de obra pública y la locación de obra civil existe una vinculación evidente y tan es así la Ley de Obras Públicas 13.064 no regula expresamente la responsabilidad del contratista, director de obra y autor del proyecto, por ruina total o parcial de la obra, por vicios del proyecto, construcción, suelo o mala calidad de los materiales. No obstante esa falta de regulación, en los supuestos de ejecución de edificios u obras destinadas a larga duración, la doctrina y la jurisprudencia de manera mayoritaria se inclinan por la aplicación del Art. 1646 del Código Civil al contrato de obra pública, aun en los supuestos en que este régimen de responsabilidad por ruina no estuviese previsto en el pliego o pactado expresamente entre comitente y contratista.

Para Diez<sup>14</sup> el Art. 1646 del Código Civil es aplicable subsidiariamente al contrato de obra pública sosteniendo que la responsabilidad del contratista por ruina subsiste aun en aquellos casos en los que la Administración actúa en el carácter de proyectista y director de obra, ... *ya que éste responde de los resultados; sin perjuicio de arribar a*

<sup>14</sup> Diez, Manuel M., *Derecho administrativo*, t. III, Bibliografía Argentina, Buenos Aires, 1967, pp. 110/113.

una solución distinta en los supuestos que el contratista advirtió oportunamente al comitente sobre la existencia de vicios en el proyecto, suelo o modalidades constructivas, y la Administración, pese a la advertencia, insistió en la ejecución de la obra en las condiciones por ella establecidas.

La Sala I, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, en los autos “*Dirección Nacional de Vialidad c/Sitra Vial S.A. y otros s/juicio de conocimiento*” con fecha 3 de febrero de 1993, aceptó la aplicación supletoria del Art. 1646 al contrato de obra pública.

Asimismo, dentro de la Ley de Obra Pública, tampoco se encuentra legislada la revocación de dicho contrato por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, dicha modalidad de extinción aplicada al mentado contrato ha tenido reconocimiento de la doctrina y jurisprudencia. De esta forma, consecuentemente la procedencia del resarcimiento por esta modalidad de extinción es admitida por la doctrina, sin discusión, y que el mismo se concreta a través del reconocimiento del derecho indemnizatorio de los perjuicios causados, que consagra el Art. 18, segundo párrafo de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos.

Sobre los alcances del resarcimiento que corresponde reconocer al locador de obra cuando el contrato se extingue por razones de oportunidad, existen dos posiciones. Una de ellas sostiene que la indemnización sólo se integra con el daño emergente, excluyendo el lucro cesante fundado en el Art. 10 de la ley de expropiaciones nacionales<sup>15</sup>. La otra postura, la cual compartimos, entiende que la indemnización se integra con los conceptos de daño emergente y lucro cesante. Este criterio se funda en que resulta de aplicación el Art. 1638 del Código Civil, en tanto la rescisión del contrato por razones de oportunidad es asimilable al supuesto de desistimiento del dueño de la obra contemplado por dicho artículo. Resulta así oportuno destacar, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa “*Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería S.A. c/Dirección Nacional de Vialidad*”, sentencia del 20 de septiembre de 1984, a los efectos de evaluar el monto del lucro cesante, se remite a lo dispuesto en tal artículo, el cual delega en los jueces la facultad de fijarlo, según pautas de equidad.

<sup>15</sup> Marienhoff, Miguel S., en “*El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado. Lo atinente a la revocación de actos o contratos administrativos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia*”, ED 114-949. Comadira, Julio R., en “*Improcedencia del lucro cesante en casos de responsabilidad del Estado por obrar administrativo. Justicia distributiva y justicia conmutativa*”, LL 1991-C-1080.

Druetta y Guglielminetti<sup>16</sup> estiman que la admisión del rubro lucro cesante o utilidad esperada, según lo autoriza el Art. 1638 del Código Civil, parece ser un criterio razonable que concilia los intereses públicos y privados y aventa hipótesis de enriquecimiento sin causa o el reconocimiento de beneficios extraordinarios del contratista o despojo del deudor.

Hemos dicho precedentemente, que cuando el Estado negocia jurídicamente con particulares, realiza un contrato administrativo que podrá o no tener facultades exorbitantes. Se ha sostenido que aún ante la ausencia de toda disposición legal o contractual que lo autorice, la parte estatal gozaría de tales prerrogativas, como disponer unilateralmente la modificación o extinción del acuerdo o imponer a la otra parte sanciones no previstas en norma legal o contractual alguna.

A nuestro modo de ver, la doctrina de las facultades extraordinarias implícitas, produce una significativa reducción de la seguridad jurídica del contratista, por lo que salvo supuestos de excepción, procedería limitar la vigencia de tales prerrogativas sobre la base de la justicia contractual.

Atento a la amplitud legislativa, del Dec. 1023 del 2001, en su Art. 12, resulta difícil en la actualidad pensar en facultades extraordinarias, no legalmente previstas, pero las diversas circunstancias contractuales y las necesidades que generan, pueden acarrear la pretensión de ejercer alguna prerrogativa implícita.

Por ello es del caso concluir, que la aplicación lisa y llana de las facultades extraordinarias implícitas, es una figura, que el derecho administrativo nacional ha importado del francés, y que entendemos inaplicable, en principio, actualmente, en la especialidad.

<sup>16</sup> Druetta, Ricardo Tomás y Guglielminetti, Ana Patricia, en *Ley 13.064 de Obras Públicas. Comentada y anotada*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 429.