

Título: La Corte Suprema y el derecho aplicable a las donaciones de inmuebles al Estado

Autores: Cassagne, Juan Carlos - Laplacette, Carlos J.

Publicado en: LA LEY 24/09/2018, 24/09/2018, 4

Cita Online: AR/DOC/1939/2018

Sumario: I. Antecedentes.— II. Régimen jurídico aplicable a los contratos públicos.— III. El derecho aplicable a la donación.— IV. Lo decidido a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema.

(*)

(**)

Este fallo de la Corte puede calificarse de ejemplar por varios motivos. Sin perjuicio de explicarlos más adelante con mayor detalle, podemos anticipar que condensa una posición jurisprudencial resuelta a favor de la recurrencia al Código Civil derogado (que estaba vigente en la época en que se dictó la ley cuestionada) y a los principios generales del derecho para suplir las lagunas que presenta el ordenamiento administrativo aplicable al caso no previsto por este último.

I. Antecedentes

Se trató de una acción promovida por el Estado nacional —Ejército Argentino— contra la provincia de Tucumán, en los términos del art. 322 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, a fin de que se declare la inconstitucionalidad de la ley provincial 7408 (agosto de 2004) que revocó la donación de un inmueble que la provincia realizara al Ejército Argentino.

El Estado nacional alegó que la donación había sido realizada por escritura pública el 19/10/1976 y aceptada a través del dec. 619 del 24/03/1980, procediéndose más tarde a anotación del mismo en el Registro de la Propiedad Inmueble de la provincia de Tucumán.

El Estado nacional también afirmó que había cumplido con el cargo al cual se sujetara la donación (instrucción y maniobra, seguridad y otros fines militares), por los que la revocación de la donación resultaba injustificada. Finalmente, el actor concluyó en el sentido de que los actos de la Provincia de Tucumán conculcan los arts. 31, 75 (incs. 27 y 30) y 126 de la CN, así como las leyes nacionales 26.554 y 23.985 y el dec. nac. 653/1996, reglamentario de esta última.

Al contestar la demanda, la provincia de Tucumán sostuvo que la donación no se había configurado por cuanto la escritura pública en que funda el Estado nacional su derecho fue dejada sin efecto por otra posterior.

El agravio principal se articula sobre la base de sostener que la ley provincial 3943 y su modificatoria —ley 4978— emanan de una autoridad militar que entronizaba al Ejército como beneficiario de un único sistema de poder, y había reducido al gobierno local "a un mero concepto estructural".

Entre otras coincidencias, precisó que la donación de bienes inmuebles y su respectiva aceptación constituyen actos formales que sólo pueden probarse por escritura pública (arts. 1810, 1811 y 1812 del Cód. Civil) y que la ley 4978 prescribió, en forma expresa, que la escrituración a favor de la donataria debía realizarse ante la Escribanía de Gobierno de la provincia de Tucumán, requisito que no fue cumplido ni tampoco requerido por la actora.

En consecuencia, pidió el rechazo de la demanda, con costas.

II. Régimen jurídico aplicable a los contratos públicos

La Corte Suprema, en este fallo suscrito por unanimidad, como aconseja, de ser posible, la buena práctica jurisprudencial que debería imponer en todo el Alto Tribunal de Justicia, comienza por señalar que, en el caso, se han cumplido los requisitos prescritos por el art. 322 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación para la procedencia de la acción declarativa (consid. 1º) sobre lo que no vamos a profundizar habida cuenta de que mantiene una jurisprudencia arraigada y conocida por todos [\(1\)](#).

A continuación, el fallo precisa la cuestión de fondo a dilucidar en esta causa señalando que ella consiste en determinar si la donación que es impugnada en este pleito se ha perfeccionado, y, en caso afirmativo, si la revocación efectuada mediante la ley local es válida o inválida (consid. 2º).

En esa línea, el Alto Tribunal, acude a su tradicional jurisprudencia sobre contratos administrativos, en el sentido de que "cuando el Estado, en ejercicio de sus funciones públicas que le competen y con el propósito de satisfacer necesidades del mismo carácter, suscribe un acuerdo de voluntades, sus consecuencias están regidas por el derecho público" [\(2\)](#), concluyendo en que la oferta y la aceptación son regidas por el régimen público.

No obstante, de cara a la laguna normativa que existe para regular dichos supuestos, señala que corresponde acudir, por vía analógica, a los preceptos del Código Civil en materia de donaciones (arts. 1789, 1792, 1792,

1793, 1810, 1826, 1838, 1848, 1849, 1950 y conchs.), reiterando que basta el hecho objetivo para que se configure el vicio de legitimidad (3), cuya declaración corresponde efectuar con apoyo en las prescripciones del Código Civil relativas a las nulidades de los actos jurídicos (4).

Se puede destacar, además, que el fallo es utilizado por la Corte para reafirmar su jurisprudencia (5) a favor de la aplicación de la prescripción que existe al momento de dictarse las leyes y actos cuestionados (arts. 1789, 1792 y 1793 y concordantes del Cód. Civil) no siendo, por tanto, aplicables las normas del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en razón del principio de retroactividad, toda vez que se configura una situación agotada o concluida bajo el régimen anterior (consid. 3°).

Claro está que la técnica de la analogía que ha soportado algunos embates en los últimos tiempos por autorizada doctrina (6) no por una cuestión de fondo, sino por el temor, muchas veces fundado, de potenciar la discrecionalidad de los jueces, no sólo reconoce una tradición científica innegable (tanto en el caso de la analogía legis como en el de la analogía iuris) sino que resulta compatible con la aplicación directa o subsidiaria de las normas del Código Civil y Comercial al derecho administrativo. Como se verá seguidamente, tal es lo que ha acontecido en este caso, en el que las normas civiles se aplican simultáneamente tanto en forma directa o subsidiaria como analógica, además de acudir a la analogía iuris para recurrir a los principios generales del derecho a que el fallo acude, en algunos considerandos, en forma implícita. Estos principios constituyen expresiones de una concepción sustancialista del derecho que abandona el positivismo legalista mediante una técnica que traduce la justicia material, especificada "en función de los problemas jurídicos concretos" (7). En el caso, esos principios son básicamente tres: i) el de seguridad jurídica ii) el de buena fe y iii) la prohibición de ir contra los actos propios, a los que se alude en forma expresa o implícita, aunque sin mayor desarrollo teórico dogmático, en el meollo del razonamiento judicial.

Como es sabido, la procedencia de acudir a la analogía ha sido cuestionada con el argumento de que implicaría atribuir poderes discrecionales a los jueces para interpretar las normas lo que jugaría en contra de la seguridad. Sin embargo, si se mira bien lo que expresa la crítica cabe concluir que la principal objeción es la exclusión de la aplicación subsidiaria del Código Civil y su sustitución por la analogía, como regla general, algo realmente inadmisibles, como lo demuestra el propio fallo que comentamos. En efecto, resulta imposible cerrar la posibilidad de una aplicación analógica del Código Civil y Comercial al derecho administrativo como principio general. De lo contrario, si toda la legislación civil comercial se aplicara en bloque al derecho administrativo, sin tener en cuenta las peculiaridades propias de la sustancia de este último, podríamos llegar a soluciones que difícilmente sean aquellas en las que están pensando quienes procuran una aplicación subsidiaria del Código Civil y Comercial.

Existen muchos aspectos sin resolución normativa en el ámbito del derecho administrativo, a los cuales no podría aplicarse o sería muy peligroso, aplicar en forma subsidiaria (casi directa, frente a la muy limitada regulación administrativa) las soluciones del Código Civil y Comercial.

Para demostrar dicho aserto, veamos el supuesto del dolo, cuyos requisitos, por lo común, no están regulados por el derecho administrativo. Ante esa laguna, los jueces no pueden aplicar en forma íntegra el art. 272 del Cód. Civ. y Com., que excluye la nulidad del acto cuando hubiera dolo por ambas partes, porque el saneamiento del dolo, por más que sea recíproco, resultaría incompatible con el principio general del derecho de la moral pública (argumento básico en los arts. 1°, 19, 36 y ccds. de la CN), perforando de ese modo el bloque de principios que componen el derecho administrativo.

Esto parece muy significativo en materia de responsabilidad. Por ejemplo: daño en estado de necesidad o legítima defensa y responsabilidad por actividad lícita. ¿Se trata de las mismas situaciones y, por lo tanto, la segunda las desplaza, o las primeras son casos especiales y, por lo tanto, desplazan a la responsabilidad por acto lícito? En el segundo caso, que desde un punto de vista dogmático parece fácil de defender, no habría obligación del Estado de indemnizar por los daños que se generen en estas situaciones, más allá de lo que el juez disponga de modo equitativo (art. 1718, Cód. Civ. y Com.).

La asunción de riesgos (art. 1719, Cód. Civ. y Com.) tiene particularidades en el ámbito del derecho público (asunción de riesgos por parte de las fuerzas de seguridad, por ejemplo); en el ámbito del derecho privado esa asunción no libera a quien lleva a cabo la actividad riesgosa (sería el caso del Estado). Además, el Código Civil y Comercial prevé que quien se expone a una situación de peligro para salvar la persona o los bienes de otro tiene derecho, en caso de resultar dañado, a ser indemnizado por el beneficiador por el acto de abnegación, al menos en la medida del enriquecimiento (art. 1719, Cód. Civ. y Com.), solución que difícilmente pueda aplicarse al policía o al bombero respecto de la víctima del robo o incendio que evitan.

Los daños sufridos por el personal de seguridad en su vida o en su salud no serían bienes disponibles y, por lo tanto, no tendría ningún valor el consentimiento previo para asumir el riesgo (Cód. Civ. y Com., art. 1720).

La atenuación de responsabilidad que contempla el art. 1742, Cód. Civ. y Com. podría ser aplicada al Estado y, por ejemplo, dar lugar a indemnizaciones reducidas en caso de responsabilidad por actos ilícitos del Estado; tal situación resultaría lesiva del derecho de propiedad y del derecho a la reparación.

El art. 1762, Cód. Civ. y Com. regula la actividad riesgosa de un grupo disponiendo que si un grupo realiza una actividad peligrosa para terceros todos sus integrantes son solidariamente responsables por los daños que cause cualquiera de ellos. Esto haría responsable, por ejemplo, a todos los integrantes de una comisión policiales que participa en un operativo de forma solidaria.

Estaríamos aplicando de modo inmediato la regulación del gestor de negocios, empleo útil y enriquecimiento sin causa. Los dos primeros no forman parte de la práctica administrativa en nuestro país; habría que ver cómo funciona y qué consecuencias podría tener. En general, nos hemos manejado con el enriquecimiento sin causa, ampliarlo a empleo útil y gestión de negocios podría ser problemático (¿cualquier vecino que arregle un camino público podría reclamar el reembolso en los términos del art. 1791, Cód. Civ. y Com.?).

Como vemos, en materia de responsabilidad contractual y extracontractual, la aplicación del Código Civil y Comercial resultaría incompatible con una gran cantidad de aspectos propios del funcionamiento ordinario del Estado.

En estos casos y en otros semejantes, el riesgo de aumentar el arbitrio judicial [\(8\)](#) para regular un caso no previsto es infinitamente inferior al peligro de fallar conculcando los principios generales del derecho administrativo que prevalecen sobre las normas positivas del Código Civil y Comercial.

Es cierto que en la analogía en el campo del derecho público (en ambas clases antes señaladas) los jueces modulan o adaptan las prescripciones del Código Civil y Comercial a los principios del derecho administrativo.

Ésta es la primera operación que se debe hacer para regular un caso no previsto, pero para construir su razonamiento los jueces tienen necesariamente que partir de la norma civil aplicable por subsidiariedad y sólo en caso de incompatibilidad con los principios antes señalados, desechar, ampliar o limitar el alcance de la norma. Es claro, también, que la negativa a aplicar la norma positiva para cubrir un caso no previsto no constituye un juicio totalmente discrecional y, aunque el arbitrio judicial sea mayor, el razonamiento del fallo no puede incurrir en arbitrariedad, creando o imaginando una norma según el mero capricho del juzgador, en el que suele incurrir cuando se refugia en el antiguo concepto indeterminado del interés público.

Una de las formas de limitar ese arbitrio judicial está dada por el respeto de derechos y garantías constitucionales. Otro mecanismo, que se complementa con el anterior, es el respeto a los precedentes jurisprudenciales, como forma de asegurar un parámetro tolerable de seguridad jurídica.

Ése es el caso lógico que ha recorrido el razonamiento judicial en este fallo de la Corte, en el que aplica, en forma simultánea y armónica, una suerte de método propio de la tópica [\(9\)](#), las técnicas de la subsidiariedad y de la analogía, respetando las reglas fijadas a lo largo de más de un siglo de jurisprudencia del propio tribunal.

III. El derecho aplicable a la donación

Con buen criterio, el fallo comienza diciéndonos que, para la formación del contrato de donación, esta debe ser aceptada por el donatario y que el donante sólo puede revocarla en los supuestos que la ley determina (arts. 1848, 1849 y 1850 del ex Cód. Civil), así como que dicha aceptación, que equivale al consentimiento, puede llevarse a cabo en forma expresa o tácita conforme a los arts. 1792 y 1793 del Cód. Civil derogado y doctrina que cita.

Hasta aquí, entonces, la Corte resolvió aplicar el Código Civil derogado en forma subsidiaria y no analógica (consids. 5° y 6°).

Pero, en el considerando siguiente, al enfrentarse con la exigencia de la escritura pública para las donaciones de bienes inmuebles (cuyo incumplimiento constituye uno de los principales argumentos de la provincia demandada) la Corte hace una aplicación analógica del precepto sosteniendo, de acuerdo con la jurisprudencia [\(10\)](#) que "cuando la donación es hecha al Estado no es necesario el requisito del escritura pública para su existencia y validez" si "ha sido aceptada por un decreto o acto administrativo y la afectación de los terrenos al uso público se ha realizado (consid. 7°). Asimismo, esta doctrina encuentra apoyo en la interpretación del art. 979, inc. 2° del Cód. Civil derogado, del que se desprende que las actuaciones administrativas tienen valor equivalente a los instrumentos públicos.

En resumidas cuentas, habiéndose acreditado la aceptación de la donación por parte del Estado nacional por un decreto del Poder Ejecutivo y tenido la posesión pacífica, reconocida por los propios actos de la provincia, la revocación de la donación hecha por esta última configura un acto inválido, carente de causa jurídica, habida

cuenta de que el Estado nacional —Ejército Argentino— cumplió con el cargo impuesto de la donación, según se desprende de la prueba producida en la causa.

Y si bien la donación originaria se hizo durante un gobierno de facto, "las propias autoridades provinciales constituidas constitucional y regularmente, fueron las que convalidaron..." la donación efectuada (consids. 10 y 11).

Este argumento, que hace al principio de la seguridad jurídica, así como el de que nadie puede ir contra sus propios actos demuele la interpretación de la provincia en los términos que se destacan en el consid. 19, a saber:

"Que por consiguiente, mal puede el Estado provincial pretenden revocar —mediante la ley 7408— la donación que le hizo el Ejército Argentino treinta y un años antes con un fin de utilidad pública, bajo el pretexto de que la ley 3943 del 15/05/1973 era inválida por haber sido dictada por el gobierno provincial de facto, cuando sus propios actos realizados por el Gobernador en ejercicio durante el gobierno constitucional que le sucedió, fueron claramente demostrativos de que mantuvo su voluntad de donar conforme a la ley 3943 y lo reconoció al Ejército Argentino como donatario del inmueble en cuestión. Tampoco puede la demandada violar principios de derecho fundamental y por medio de una ley provincial dejar sin efecto la afectación de un establecimiento de utilidad nacional que no ha sido desafectado de su destino al uso público (arg. Fallos 323:4046)".

Por último, el fallo termina su fundamentación señalando que los actos de la provincia demandada, en cuanto pretenden desconocer la validez de actos de gobiernos de facto para ocultar sus propios actos que los convalidaron, no prueban otra cosa que la confusión jurídica y la conducta pendular del donante desde 1973 hasta 2004, lo que constituye una alusión implícita al principio general de buena fe, aplicable al derecho administrativo.

Este aspecto pone de relevancia uno de los límites que encuentra la analogía, como lo es el principio constitucional de seguridad jurídica (11), por el cual resulta necesario que el administrado tenga certeza sobre el ordenamiento administrativo aplicable y la forma en que se regulan y protegen sus intereses.

Ello no supone una inmutabilidad en la conducta de la Administración, sino tan solo la necesidad de que un cambio de criterio esté precedido de una explicitación suficiente, de modo tal que el particular pueda saber a qué atenerse.

Resulta imprescindible que el administrado conozca de antemano, y de modo claro, las reglas a las cuales atenerse, por lo que un cambio de criterio o de interpretación, que en definitiva importa un cambio de normas, debe estar revestido de especial prudencia a fin de evitar su aplicación a acciones que tuvieron lugar antes de que esa modificación tuviera lugar (12).

Se trata, por lo demás, de una posición ampliamente aceptada en la doctrina y la jurisprudencia actual. Por ejemplo, Allan Brewer Carías sostiene que la posibilidad de la Administración de modificar sus criterios tiene limitaciones; en primer lugar, la nueva interpretación no puede aplicarse a situaciones anteriores, con lo cual, dictado un acto administrativo en un momento determinado conforme a una interpretación, si luego se cambia la interpretación, no puede afectarse la situación y el acto anterior. Por tanto, el nuevo acto dictado conforme a la nueva interpretación no tiene efecto retroactivo (13).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido la importancia de evitar cambios bruscos en el proceder de la Administración, al sostener que el cambio en el criterio adoptado por uno de sus órganos sólo puede regir para el futuro (14).

Por todos los principios y las razones invocadas en el fallo la Corte concluye en el sentido de que corresponde declarar la inconstitucionalidad de la ley local 7408 que revocó la donación efectuada por la provincia de Tucumán al Estado nacional mediante la ley 3943.

IV. Lo decidido a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema

Un recorrido por la jurisprudencia del Máximo Tribunal en materia de donaciones al Estado Nacional permite advertir la existencia de una línea de precedentes de los cuales se extraen una serie de reglas y principios que son respetados por la sentencia comentada.

En el primer precedente del siglo XIX ["Ocampo, Arana y Compañía" (15)], la Corte Suprema aplicó el Código Civil, sin explicar en qué carácter lo hacía, para considerar sin valor al decreto que aprobara una concesión sobre un inmueble que luego fue cedido a la provincia de Santa Fe antes de que se materializara en el contrato contemplado en aquel decreto. En esa ocasión, la Corte Suprema entendió que estaba ante una oferta revocada en los términos del art. 1157, Cód. Civil, y que la transferencia de la propiedad a la provincia debía considerarse una retractación en según el art. 1793, Cód. Civil.

Ya a principios del siglo XX, en el caso "Taurel Rodolfo y Adrián" (16), a fin de resolver sobre los efectos de compraventas privadas sobre caminos rurales que habrían quedado incluidos dentro de la heredad vendida, el tribunal afirmó: "es sabido (...) que las restricciones al dominio público creadas por la apertura de caminos públicos, no está en igualdad de condiciones que las establecidas a favor de particulares, en cuanto aquéllos han podido y pueden rectificarse, estrecharse, desviarse o cerrarse administrativamente, restituyendo, en su caso, a los dueños actuales de las tierras adyacentes, el terreno desocupado, lo que no sucedería si la propiedad pública sobre el último fuera de la misma naturaleza que la correspondiente a un particular o al Estado o municipalidad, en su carácter de persona jurídica...".

Al año siguiente, en el caso "Sucesores de Antonio Cambaceres" (17), la Corte Suprema rechazó la demanda indemnizatoria de los sucesores de quien entregara la posesión de una inmueble sujeto a expropiación, en forma voluntaria y sin reservas. Se entendió allí que la conducta del propietario era suficiente para tener por operada la transferencia de la propiedad a favor del Estado, aun cuando no existía sentencia judicial ni acto administrativo que tuviese por operada la expropiación, ni tampoco una donación en los términos del Código Civil.

En esta ocasión, la Corte Suprema sostiene que la ausencia de un procedimiento judicial y el hecho de que la entrega haya sido voluntaria, "no han cambiado la naturaleza del acto de que se trata, convirtiéndolo en una donación común [regida por el Código Civil y] ajena a la legislación sobre expropiaciones"; esa afirmación tuvo en consideración, de modo especial, el destino de utilidad pública que se le dio al inmueble, el que estaba previsto en la ley que dispuso la expropiación.

Frente a ese contexto, la Corte Suprema considera que estaba frente a un contrato innominado, al que no le son aplicables las normas del Código Civil. Dijo entonces, en palabras que luego recordó en distintos precedentes, que "bajo el imperio de las leyes que consideran las donaciones de inmuebles un contrato solemne, cuya eficacia depende en absoluto de que se haya efectuado en escritura pública, por razones que no son aplicables a desprendimientos de la clase del que ha dado origen a este juicio, la doctrina admite que las cesiones gratuitas de terrenos para obras públicas, no están sometidas a las formalidades rigurosas de las donaciones ordinarias, en vista de que en tales cesiones, los cedentes tienen en cuenta la utilidad que les reportará la ejecución de las obras, y existe así en realidad, un contrato de *do ut facias* ("Répertoire Général Alphabétique du Droit Français", por A. CARPENTIER y otros, *Expropriation pour cause d' utilité publique* nro. 659 y ss., t. XXXI)".

En la sentencia se recordaron también las afirmaciones de los casos "Ocampo y Taurel".

El mismo criterio se aplicó luego, en "Juan Durañona" (18), pero extendiéndolo a un caso en el cual no existía una ley de expropiación, sino tan solo una donación al Estado con el cargo de construir una escuela.

Allí, además de recordar la doctrina de los precedentes ya citados, el tribunal afirmó que "tratándose de terrenos entregados voluntaria y espontáneamente por sus dueños al Gobierno de la Nación con fines de utilidad pública y sin reserva alguna por parte del donante, no es requisito necesario y esencial para su existencia y validez el otorgamiento de una escritura pública para que la donación se perfeccione cuando la tierra objeto de la donación ha sido entregada voluntariamente como se ha dicho, después de aceptada por un decreto del gobierno...". Se agrega, además, que "la cesión que se trata no estaba sometida a las formalidades rigurosas de las donaciones ordinarias y que existe en realidad en el caso un contrato perfeccionado que ha producido todos sus efectos".

Como vemos, en este caso la no aplicación inmediata del Código Civil no se funda en la existencia de una ley previa de expropiación, sino en la finalidad de utilidad pública que subyacía en la donación del inmueble.

En "Ministerio de Guerra c. Astengo" (19), donde se discutía la propiedad de terrenos que habían sido cedidos para abrir caminos en una urbanización, recordando la doctrina de los precedentes anteriores, se resolvió que "tratándose de terrenos entregados voluntaria y espontáneamente por sus dueños con fines de utilidad pública y sin reservas, el requisito de una escritura pública no es necesario para la existencia y validez de una donación cuando esta ha sido aceptada por un decreto o acto administrativo y a la afectación de los terrenos al uso público se ha realizado". Aquí también se reiteró la idea de que estamos ante contratos *do ut facias*.

En "Provincia de Buenos Aires c. Estado nacional", de 1998, se consideró que no procedía la revocación por incumplimiento del cargo sin una previa constitución en mora al no existir plazo para la ejecución de la obra. Para ello, desestimó la aplicación de la Ley de Expropiaciones, sobre la cual el Estado Nacional había sustentado su defensa de prescripción de lo que consideraba una acción de retrocesión de dominio. Insistió allí en que: "el objeto del convenio fue la entrega gratuita de una fracción de terreno por parte de la Provincia de Buenos Aires a la Dirección Nacional de Vialidad con el cargo de construcción de un camino nacional... El fin público perseguido unido al carácter de las personas intervinientes permite concluir que el convenio es regido

por el régimen público. Ante la laguna normativa para reglamentar dicho supuesto, son aplicables por vía analógica, los preceptos del Código Civil en materia de donaciones (arts. 1849 y 1850) que constituyen un régimen jurídico adecuado al caso" (20).

En "Estado Mayor General del Ejército c. provincia de Tucumán" (21) la actora demandó los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de un convenio del año 1993 por el cual entregara a la provincia un inmueble con destino a la construcción de viviendas. Ese mismo inmueble había sido donado por la provincia en el año 1907 para el funcionamiento de un cuartel del ejército, por lo que reconvino afirmando que el convenio de 1993 implicó incumplir el cargo impuesto en 1907 y, por lo tanto, la pérdida de la propiedad en favor de provincia.

La Corte Suprema rechazó la reconversión de la provincia, considerando que el convenio de 1993 no podía ser considerado un incumplimiento del cargo, sino como una aceptación de la provincia que liberaba al Estado de continuar cumpliendo con el mismo. Se reiteraron aquí las palabras utilizadas en el caso anterior respecto de la aplicación analógica del Código Civil a las donaciones de inmuebles al Estado con fines de interés público.

La falta de una adecuada constitución en mora por el incumplimiento de un cargo (se intimó a la restitución del inmueble en lugar de al cumplimiento del cargo) fue motivo para el rechazo de la demanda en el caso "Estado Mayor General del Ejército c. provincia de Tucumán" (22).

En esta última sentencia, se resumió la posición de la Corte Suprema sobre el derecho aplicable a las donaciones: "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 están regidas por el derecho público... En este caso no cabe apartarse de este principio, habida cuenta del propósito de fin público perseguido y el carácter de las partes intervinientes. Ello permite concluir que el convenio se ubica en ese ámbito y que, ante la laguna normativa para reglamentar dicho supuesto, son aplicables por vía analógica los preceptos del Código Civil en materia de donaciones (arts. 1849 y 1850 y conds.), que constituyen un régimen jurídico adecuado al caso...". Palabras similares se utilizan en la sentencia que motiva este comentario.

En el caso "Estado Mayor General del Ejército c. Provincia de Buenos Aires" (23), la Corte Suprema debía resolver si la donación de un inmueble al Estado nacional debía considerarse perfeccionada con el acta de posesión, o si, en cambio, debía considerarse revocada por un decreto posterior de la provincia.

El tribunal reiteró su doctrina de casos anteriores, Fallos 102:77, 130:91, 181:257, a la cual ya hemos hecho referencia aquí, afirmando que cuando se trata de una donación efectuada al Estado "no es necesario el requisito de escritura pública para la existencia y validez de la donación cuando esta ha sido aceptada por un decreto o acto administrativo y la afectación de los terrenos al uso público se ha realizado" (consid. 16).

De esa premisa resultaría, citando a Bielsa y a Borda, que "la oferta de donación hecha al Estado debe ser aceptada en forma expresa mediante decreto del Poder Ejecutivo u otro acto administrativo. En efecto, la aceptación por la autoridad administrativa competente de donación de un inmueble de dominio público, mediante resolución o decreto, debe considerarse que lo ha sido en instrumento público (art. 979, inc. 2º del Cód. Civil), pues tiene autenticidad y fecha cierta, y por esto, para la Administración, vale como la escritura pública" (consid. 17).

En el caso se concluyó que la Provincia había revocado la oferta de donación mediante un decreto emitido días antes de que el Estado nacional emitiera una resolución aceptando la donación; "[p]or tanto, el donante pudo —en virtud de la regla genérica del art. 1792 citado— revocar válidamente la promesa de donación que todavía no había sido aceptada por el donatario" (consid. 20).

El tribunal también desecha dos argumentos de la Nación. Por un lado afirmó que la conclusión alcanzada no se modifica por "la fecha en que la demandada notificó el decreto que revocó la donación, ya que las ofertas pueden ser retractadas mientras no hayan sido aceptadas y en el supuesto de que la parte que hubiera aceptado la oferta ignorando la retractación del proponente, y que a consecuencia de su aceptación hubiese hecho gastos o sufrido pérdidas, solo tendría derecho a reclamar pérdidas e intereses (conf. arts. 1150, 1156 y 1793 del Cód. Civil)" (consid. 21).

Por otro lado, se aparta de la conclusión a la que podría arribarse si se aplicasen los principios del Código Civil, al afirmar que sostener que no se opone a lo anterior "el hecho que se haya otorgado la posesión del inmueble... en el año 1981, ya que esa conducta no puede ser entendida como una aceptación tácita del Estado Nacional que perfeccione el contrato en los términos previstos en los arts. 1792 y 1793 del Cód. Civil... si bien en el ámbito privado la recepción de la cosa donada podría indicar que la donación es aceptada tácitamente y que en consecuencia el acto es perfecto (BIELSA, ob. cit., t. 111, p. 461); en el caso no puede llegarse a la misma conclusión por dos órdenes de razones: a) los antecedentes reseñados demuestran de manera evidente

que el propio Estado Nacional entendió que la entrega del bien no había importado aceptación tácita, en tanto y en cuanto a través de la nota 7804 del 03/06/1986, le hizo saber a la Provincia de Buenos Aires que a pesar del tiempo transcurrido estaba en condiciones de revocar la donación ya que no se habían cumplido todos los trámites legalmente exigibles para tener por perfeccionado el contrato, lo que demuestra su contradicción y b) al inmueble no se le asignó el uso público para el que fue donado".

Como resumen de esta doctrina, a la cual se suma, sin desentonar, la sentencia comentada, es posible considerar que la donación de bienes al Estado no es un contrato de donación propio del derecho privado, sino más bien un contrato administrativo innominado, al cual, frente al vacío normativo, la Corte Suprema aplica las previsiones del Código Civil en forma analógica. De allí que, por ejemplo, la escritura pública no sea un requisito para considerar perfeccionada la donación, y que se admita que la aceptación del Estado tenga lugar mediante decretos, resoluciones, ordenanzas u otro acto de naturaleza administrativa, pero que resulte insuficiente la mera tradición de la cosa.

(*) Profesor emérito de la UCA, profesor titular consulto de Derecho Administrativo de la UBA, profesor honorario de la Universidad de Nuestra Señora Mayor del Rosario de Bogotá, de la Pontificia Universidad Javeriana de Colombia, de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(**) Doctorando en derecho en la UBA, docente de posgrado de derecho constitucional en la Universidad Austral, Universidad Católica Argentina y en la Universidad del Salvador.

(1) Fallos 310:606 y 311:421.

(2) Entre otros, Fallos 325:2935, 326:1263; y 336:1127.

(3) Concepto más amplio que el de legalidad pues supone la exclusión de la razonabilidad y de la justicia (o de los principios de la justicia material como son los principios generales del derecho); ver nuestro libro "Los grandes principios del derecho público", Ed. La Ley, Buenos Aires 2015, p. 158.

(4) Fallos 330:2849 y sus citas.

(5) Fallos 338:1455, "Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires". La Corte Suprema destaca allí que "una situación jurídica agotada o concluida bajo el régimen anterior (...), por el principio de la irretroactividad, obsta a la aplicación de las nuevas disposiciones".

(6) MAIRAL, Héctor A. - VERAMENDI, Enrique V., "Los contratos del Estado luego de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación", en Ramón D. PIZARRO, Ramón D. - Alfonso BUTELER, Alfonso (dirs.), El Código Civil y Comercial de la Nación y el impacto en el derecho administrativo, Ed. La Ley, ps. 285 y ss., especialmente ps. 305-311.

(7) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho civil", Madrid 1984, p. 31.

(8) Vid LINARES, Juan Francisco, "El caso administrativo no previsto y la analogía en la jurisprudencia de la Corte Suprema nacional", LA LEY 24-178.

(9) Puede ampliarse en "El método de la tópica y los principios generales del derecho en el derecho público", LA LEY 2017-D, 1189.

(10) Fallos 181:257.

(11) La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido desde antiguo que el principio constitucional de la seguridad jurídica (Fallos, 252:134) constituye una de las bases principales de sustentación de nuestro ordenamiento, y que su tutela compete a los jueces (Fallos, 242:501).

(12) La sala en lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional del Reino de España, en su sentencia del 23/01/2013, destacó que: "es posible que la Administración se aparte del precedente administrativo de forma motivada, lo contrario congelaría la posibilidad de todo cambio de criterio, aunque apreciase la ilegalidad del precedente. Ahora bien, este cambio de criterio debe hacerse de forma motivada y exhaustiva, como garantía que permita constatar que no existe un trato discriminatorio injustificado o una actuación arbitraria de la Administración...".

(13) Brewer-CARÍAS, Allan, "Notas sobre el valor del precedente en el derecho administrativo, y los principios de la irretroactividad y de la irrevocabilidad de los actos administrativos", <http://www.allanbrewer.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea2/Content/I,%201,%201009.%20SOBRE%20EL%20VALOR%20DEL%20PRECEDENTE%20EN%20EL%20DERECHO%20ADMINISTRATIVO%20IX%20FIDA.%20Mendoza%20último%20ingreso%2005/06/2015>.

- (14) Fallos 258:17; 268:446; 305:283; 315:984, entre muchos otros.
- (15) Fallos 81:28, 36 (1899).
- (16) Fallos 98:341, 348 (1904).
- (17) Fallos 102:77 (1905).
- (18) Fallos 130:91 (1919).
- (19) Fallos 181: 257 (1938).
- (20) Fallos 321:714 (1998).
- (21) Fallos 325:2935 (2002).
- (22) Fallos 326:1263 (2003).
- (23) Fallos 336:1127 (2013).