

Título: La transmisión de derechos personales y reales en el derecho administrativo. Relaciones con el Código Civil

Autor: Cassagne, Juan Carlos

Publicado en: LA LEY1984-B, 741

Cita: TR LALEY AR/DOC/22317/2001

Sumario: SUMARIO: I. Consideraciones generales acerca de la aplicación de las normas del Código Civil al derecho administrativo. - II. Imposibilidad de aplicar, en subsidio, las normas del Código Civil que regulan la transmisión de los derechos en general al derecho administrativo. - III. Peculiaridades de la transmisión en el derecho administrativo: El Estado transmisor y receptor, acreedor y deudor. Distintas situaciones. IV. Transmisiones convencionales. El principio de la insensibilidad del contrato administrativo. Lo atinente a la sub-contratación. - V. Transferencias forzosas. Expropiación. Ocupación temporánea. Requisición. Decomiso. - VI. El Estado como heredero o legatorio.

I. Consideraciones generales acerca de la aplicación de las normas del Código Civil al derecho administrativo

Sobre el tema de la transmisión de los derechos personales y reales en el derecho administrativo y las relaciones que en esta materia existen con el Código Civil, es muy poco lo que se ha escrito y casi siempre se encuentra disperso en las obras generales de nuestra disciplina.

Hasta podría decirse que el derecho administrativo, de formación eminentemente doctrinaria hasta hace algunos años, no había advertido la necesidad de formular una teoría general acerca de esta cuestión, frente, por un lado, a la incompatibilidad que se plantea con la aplicación directa de normas del Código Civil y, por el otro, a la insuficiencia o ausencia de disposiciones para regular las situaciones jurídicas subjetivas y relaciones pertenecientes al derecho público.

Una parte de la doctrina ha intentado separar totalmente al derecho civil del derecho administrativo, desconociendo la unidad del ordenamiento jurídico. Para esta postura, el Estado actúa siempre en el campo del derecho público, negando la aplicación de preceptos que, se dice, se hallan fundados en la filosofía individualista. Por ello, los autores que representan esta concepción no admiten los contratos de la Administración regulados por el derecho privado, como la locación de cosas.

Tal posición doctrinaria, inspirada en las tendencias socialistas de muchos juristas franceses de las primeras décadas de este siglo, como Duguit, tiene hoy una mayor significación y trascendencia ante el avance desmedido del Estado sobre esferas de actuación antes reservadas a la iniciativa de los particulares.

Otra tendencia sostiene, en cambio, la posibilidad de una doble actuación por parte del Estado. En el campo del derecho público, cuando lleva a cabo su función administrativa.

Por el contrario, se regulan sus actos y contratos, salvo la competencia, por el derecho privado, cuando los mismos fueren de naturaleza civil o mercantil. Así lo han postulado, entre otros, Villegas Basavilbaso, Marienhoff y hasta el mismo Bielsa si bien este jurista creía, erróneamente, como lo ha demostrado casi toda la doctrina nacional y comparada, en la existencia de una doble personalidad del Estado.

La desemejanza entre el derecho privado y el derecho público no se funda exclusivamente en el ámbito subjetivo al cual se aplican las normas de uno y de otro, sino que se basa fundamentalmente en una profunda y sustancial distinción entre los principios que inspiran ambos ordenamientos, en cuanto a la naturaleza, fines y posición de las partes de la relación jurídica.

De esa manera, mientras el derecho privado se inspira en las ideas de autonomía, igualdad y protección de los intereses individuales, el derecho administrativo se articula con normas y principios que tienen su razón de ser en la posición preeminente del Estado, cuya causa final se encuentra en los intereses comunes que debe tutelar y promover.

Por esta razón, en contraste con lo que acontece en el derecho privado, los sujetos y órganos estatales gozan del poder jurídico genérico de crear obligaciones, por su sola voluntad, cuyo cumplimiento puede el Estado reclamar a los particulares siempre que el acto administrativo del cual ellas surjan se dicte dentro de la competencia del órgano o sujeto estatal y se cumplan todos los demás recaudos que impone el ordenamiento jurídico administrativo (causa, finalidad, objeto y forma).

Es cierto entonces que las soluciones que brinda el Código Civil no pueden aplicarse directamente a las relaciones en que es parte el Estado, sin tener en cuenta las peculiaridades que reviste el mismo como persona moral perfecta y soberana que, al perseguir el bien común, se encuentra por encima de los intereses particulares.

Pero de allí a sustentar la tesis de la aplicación exclusiva del derecho público a todas las relaciones con

particulares en que es parte el Estado, directa o indirectamente a través de sus entidades, media un abismo, cuyo peligro radica precisamente en que se desemboque en un estado de inseguridad jurídica, antesala de la disminución o supresión de los demás derechos.

Al razonarse de este modo no se piensa que el derecho administrativo vernáculo, si bien encuentra la base de sus preceptos en el derecho constitucional de raíz anglo-sajona, ha ido incorporando instituciones, principios y normas provenientes de los modelos de tres naciones de Europa Continental (Francia, Italia y España), donde el derecho administrativo fue modelándose en un proceso de adaptación progresiva de las soluciones que brindaba un derecho civil de similar configuración que el nuestro.

El avance de la codificación en el derecho administrativo no varía el alcance de la posición que se deja expuesta ya que se trata de una codificación parcial que sólo rige para actos y contratos administrativos, no aplicándose para los llamados actos y contratos privados de la Administración. En este campo seguirá rigiendo el Código Civil, con excepción de la competencia, regulada siempre por el derecho público.

Lo mismo acontece, por expresas prescripciones del derecho positivo, en materia de los derechos y obligaciones que se refieren a los bienes del dominio privado del Estado.

Pero las normas del Código Civil, al cual debe nuestro país la estabilidad jurídica necesaria que afirmó los derechos esenciales de propiedad y de libertad -con las debidas limitaciones impuestas por el bien común- no se aplican de un mismo modo ni tienen todas ellas idéntica sustancia.

En el Código Civil, en relación con el derecho administrativo, hay que advertir la existencia de cuatro clases de normas:

a) Normas que no pertenecen, exclusivamente, al derecho civil, sino que están destinadas a todas las ramas del derecho, tales como las prescripciones contenidas en los títulos preliminares del Código Civil. En este caso, no hay autointegración sino aplicación directa de normas jurídicas que en su conjunto, integran la llamada parte general de derecho y que, por una razón histórica, se encuentran en el Código Civil.

Sin embargo, hay que advertir que debido a la naturaleza local que posee el derecho administrativo, con fundamento en lo prescripto en el art. 104 de la Constitución Nacional, tanto las Provincias como la Nación han dictado numerosas disposiciones de rango legislativo que han desplazado la aplicación supletoria de las pertinentes soluciones que traía el Código Civil.

Así, antes de la sanción de la ley nacional de procedimientos administrativos o de la ley 7647 de la Provincia de Buenos Aires (Adla, XXXIX-C, 2339; XXX-C, 3822), el principio era que los plazos, salvo en lo atinente a los recursos administrativos, se computaban por días corridos. En la actualidad, en la mayoría de los ordenamientos administrativos existentes en nuestro país, los plazos se computan por días hábiles administrativos ([1](#)).

b) Normas de derecho administrativo ubicadas en el Código Civil (v. gr.: Condición jurídica de las personas y de las cosas, arts. 33 y 2340, Cód. Civil -Adla, XXVIII-B, 1799-). Este tipo de normas aparece como consecuencia de la función demarcadora que tienen esas instituciones que, al establecer los límites entre el derecho público y el derecho privado, pueden perfectamente ubicarse en uno de los Códigos de fondo que el Congreso dicta en virtud de lo dispuesto en el art. 67, inc. 11 de la Constitución Nacional, el cual, por la naturaleza de las normas en juego, no puede ser otro que el Código Civil.

Si no se legislara en el Código Civil sobre determinadas materias que marcan los límites entre el derecho civil y el derecho administrativo, podría generarse una verdadera anarquía legislativa, en la medida en que cada ordenamiento establecería sus propias regulaciones, convirtiendo en público lo que para otro es privado y viceversa.

Al ser normas de derecho administrativo, ubicadas necesariamente en el Código Civil, las mismas no pueden ser objeto de derogación por los ordenamientos locales, debiendo reputarse que implícitamente integran el contenido de la delegación efectuada por las Provincias en el Congreso Nacional para hacer los Códigos de fondo (art. 67, inc. 11, Constitución Nacional).

Por esta causa, no puede sostenerse que se trata de normas que se aplican en forma supletoria o subsidiaria y eso las distingue de las normas del grupo mencionado en primer término.

c) Normas del Código Civil que exceden su marco propio y que pertenecen exclusivamente al ordenamiento administrativo.

La doctrina administrativa argentina, particularmente a partir de la obra de Bielsa, ha destacado la inconstitucionalidad de este tipo de regulaciones, postulando la necesidad de encerrar al derecho civil en sus límites naturales.

Tal es el caso del art. 2512 del Cód. Civil, que pretende regular la llamada expropiación de urgencia, que no es otra cosa que la figura que actualmente se conoce como ocupación temporánea, regulada en la ley nacional de expropiaciones 21.499 (Adla, XXXVII-A, 84), sancionada en el año 1977.

Lo mismo acontece con el precepto contenido en el art. 2511 del Cód. Civil que pretende regular la indemnización que debe abonar el Estado al expropiado, lo cual es materia propia del derecho administrativo y no del derecho civil, como lo sostiene la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia a partir del año 1958 [\(2\)](#).

d) Finalmente, se encuentran las normas del Código Civil que, por pertenecer exclusivamente al derecho privado, se aplican también al derecho administrativo, en el supuesto de carencia de normas o existencia de lagunas en el ordenamiento administrativo.

En este caso, la aplicación de las normas del Código Civil -se lleva a cabo a través del procedimiento de la analogía y no mediante la técnica de la subsidiariedad.

La distinción entre analogía y subsidiariedad, sustentada por un sector de la doctrina [\(3\)](#) no se encuentra todavía difundida suficientemente en el ámbito jurídico, pese a que ha sido recogida en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Esta distinción es, sin embargo, la que mejor explica la desigual manera en que se aplican las disposiciones del Código Civil al derecho administrativo.

En efecto, en el supuesto de la aplicación subsidiaria no existe propiamente una carencia de normas, supliéndose el vacío normativo con la aplicación directa de la norma proveniente de otro ordenamiento o de un ordenamiento general supletorio, tal como ocurre con las disposiciones del Código Civil que regulan lo atinente a los plazos o modos de contar los intervalos del derecho.

Por el contrario, la aplicación de normas civiles al derecho administrativo requiere de una previa adaptación a los principios y normas de esta rama del derecho público interno, tal como lo ha reconocido nuestro más Alto Tribunal al sostener que la aplicación por analogía de las disposiciones del Código Civil al derecho administrativo en materia de nulidad, debía llevarse a cabo "con las discriminaciones impuestas por la naturaleza de lo que constituye la sustancia de esta disciplina"[\(4\)](#).

II. Imposibilidad de aplicar, en subsidio, las normas del Código Civil que regulan la transmisión de los derechos en general al derecho administrativo

La técnica legislativa seguida por el Codificador, apartándose de las tendencias imperantes en otros Códigos, reunió en un título un conjunto de normas de aplicación general en materia de transmisión de derechos.

Pero al ser pocas las disposiciones generales del título preliminar del Libro Cuarto del Código Civil en comparación a las disposiciones especiales que se encuentran dispersas en las instituciones y contratos que él regula, ello hace que el régimen general sobre las transmisiones deba siempre correlacionarse con las normas ubicadas en otras partes del Código.

Aún así, cabe preguntarse, antes de entrar al análisis concreto de algunas transmisiones peculiares del derecho administrativo, de qué manera se aplican las disposiciones del Título Preliminar del Libro Cuarto del Código Civil a las transmisiones en derecho administrativo y cuáles son las peculiaridades -en caso de existir- que obstan a una aplicación generalizada de sus disposiciones.

Las diferentes estructuras y fines que tienen y persiguen, respectivamente, el derecho administrativo y el derecho civil, proyectan en esta materia de la transmisión de los derechos sus diferencias específicas, lo cual no es óbice, sin embargo, a que ciertas normas del Código Civil puedan aplicarse por analogía.

Veamos algunas de esas diferencias sustanciales:

a) Mientras la intransmisibilidad de los derechos puede considerarse excepción en el derecho privado, en el derecho administrativo es la regla para la transmisión del derecho de propiedad del Estado sobre bienes del dominio público natural, hallándose condicionada, en principio, la transmisión de derechos en los derechos personales que reconocen su fuente en los contratos administrativos, a la aprobación previa de la Administración Pública.

b) Si bien es cierto que en el derecho privado tampoco son transmisibles las potestades (v. gr.: la potestad marital y la patria potestad) la cantidad de éstas en el derecho administrativo es mucho mayor y prácticamente todos los actos que produce la Administración Pública constituyen el ejercicio de una potestad (reglamentaria, jerárquica, disciplinaria, ejecutiva y jurisdiccional).

Esta circunstancia ha llevado a la doctrina italiana [\(5\)](#) a precisar la distinción con el derecho subjetivo,

respecto del cual la potestad contrasta en los siguientes aspectos:

1. La potestad no hace relación jurídica alguna sino del ordenamiento jurídico que la reconoce.

2. Ella no versa sobre contenidos específicos determinados sino que tiene un objeto genérico y consiste -no en una prestación individual- sino en la posibilidad abstracta de generar efectos jurídicos, aunque de su ejercicio puedan nacer relaciones jurídicas singulares.

3. No genera deberes concretos sino una situación de sometimiento o sujeción a sufrir los efectos jurídicos que de ella emanan. No hay sujeto obligado sino lo que se ha denominado una situación pasiva de inercia [\(6\)](#).

c) En el ámbito del derecho público, el derecho que se transmite puede cambiar de estructura o esencia, por efecto de la transmisión de un bien al dominio público, que como tal es imprescriptible e inalienable.

d) La regla del art. 3270 del Cód. Civil no rige en materia de transmisiones forzosas cuya causa sea una expropiación, por cuanto el Estado recibe un derecho mucho más extenso que el que tenía el expropiado como consecuencia de que quedan rescindidos los contratos de locación [\(7\)](#).

e) Respecto de los sucesores particulares, el Estado puede invocar la fecha cierta de los documentos públicos de carácter administrativo en que intervino el transmisor. Ello por aplicación analógica del propio art. 1035 del Cód. Civil y la presunción de legitimidad inherente a toda la actuación administrativa [\(8\)](#). Eso no significa, sin embargo, que todos los documentos públicos sean instrumentos públicos [\(9\)](#). En cambio, en el derecho civil, el art. 1034 estatuye que "los instrumentos privados, aun después de reconocidos, no prueban contra terceros o contra los sucesores por título singular, la verdad de la fecha expresada en ellos".

f) En derecho administrativo la regla de que la posesión de buena fe vale título no rige respecto de los bienes muebles que integran el dominio público del Estado.

Este principio que aparece recogido por el Codificador en el art. 2415, aunque con una incorrecta terminología pues allí se refiere a los bienes muebles del Estado General o de los Estados particulares, comprende sólo a los bienes dominiales debiéndose excluir a los bienes privados del Estado, que no participan de ninguno de los caracteres del dominio público y que se hallan sometidos a los mismos principios que reglamentan la transmisión de los bienes de propiedad de los particulares.

Confirma tal interpretación la propia fuente del art. 2415, tomado de Aubry e Rau. Estos autores expresan al respecto que "la máxima precitada no se aplica aun tratándose de bienes corporales sino a las cosas que están en el comercio. Ella es pues extraña a aquellas que forman parte del dominio público. Las cosas de esta naturaleza pueden ser reivindicadas cualquiera sean las circunstancias por consecuencia de las cuales ellas han pasado a las manos de un particular sin que el poseedor pueda oponer a su reivindicación ninguna defensa ni prescripción?" [\(10\)](#).

Como conclusión de lo hasta aquí expuesto, puede decirse que las normas del Título Preliminar del Libro Cuarto del Código Civil no resultan directamente aplicables al derecho público y en aquellos supuestos en que lo sean, frente a una carencia de normas, habrá que recurrir a la analogía, adaptando la disposición legal a los principios que informan el derecho administrativo y que constituyen la sustancia de esta rama del derecho.

III. Peculiaridades de la transmisión en el derecho administrativo: el estado transmisor y receptor, acreedor y deudor. Distintas situaciones

En el derecho administrativo existe una categoría de transmisiones que se encuentran regidas por especiales principios de derecho público, las cuales implican un apartamiento total de las reglas que rigen las transmisiones en el campo del derecho civil, cuyas normas no resultan aplicables, ni siquiera por analogía.

Se trata de las transmisiones que se llevan a cabo en el campo de las llamadas relaciones inter-administrativas, es decir, aquellas vinculaciones jurídicas que se traban entre personas públicas estatales [\(11\)](#) las cuales tienen un régimen especial de transmisión [\(12\)](#), dado que si, en definitiva, el transmisor y receptor constituyen el Estado, en sentido amplio, no corresponde la aplicación de las disposiciones del Código Civil.

Lo mismo ocurre cuando el cedente de un crédito contra el Estado nacional sea una entidad descentralizada, pues en tal caso, siendo el deudor cedido la Nación misma, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que no cabe distinguir entre los bienes de una y otra, no pudiendo la entidad estatal invocar a su favor lo prescripto en el art. 1481 del Cód. Civil [\(13\)](#).

Ahora bien, el Estado como transmisor de derechos, al ser una persona jurídica, no puede transmitir derechos "mortis causa", siendo imprescindible, además, que el órgano o sujeto que realiza la transmisión tenga la competencia necesaria para realizar el pertinente acto jurídico y que se cumplan las formas que en cada caso prescribe el ordenamiento administrativo.

La competencia desempeña en el derecho público una función similar a la capacidad en el derecho privado y consiste en la aptitud legal del órgano o sujeto estatal para emitir el acto administrativo, pudiendo surgir, conforme lo prescribe el art. 3° de la ley nacional de procedimientos administrativos, de la Constitución Nacional, de la ley o de un reglamento.

La falta de competencia o vicio de incompetencia determina la nulidad absoluta del correspondiente acto administrativo, cuando se trata de incompetencia en razón de la materia, del tiempo o del territorio (14). Tales nulidades, erigidas en atención a los principios del llamado orden público administrativo, no son susceptibles de saneamiento.

De este modo se consagra en el derecho público, el imperio de uno de sus principios fundamentales: el carácter objetivo de la competencia, introducido en la Francia de Napoleón, por el cual se abandona la discrecionalidad y el consecuente carácter subjetivo que caracterizó a la atribución de competencia durante el absolutismo de los primeros años de la Revolución.

En lo que concierne al Estado receptor, su carácter de persona jurídica hace que sólo pueda heredar "mortis causa" mediante testamento, debiendo hallarse atribuida la respectiva competencia por norma objetiva de rango constitucional, legal o reglamentario y cumplirse los procedimientos previos y demás formas del acto administrativo (formas de declaración y publicidad).

En las transmisiones de derechos el Estado, aun actuando en el campo del derecho público, puede ser acreedor o deudor y encontrarse regido, en principio, por el derecho administrativo, aplicándose las normas del Código Civil a través de la analogía.

Interesa poner de resalto que el Estado goza en tales situaciones, de algunos privilegios:

- a) la creación unilateral de los títulos que acreditan la deuda;
- b) la existencia de una vía procesal especial (el juicio de apremio) para el cobro de las deudas cuyo título tenga fuerza ejecutiva;
- c) el efecto declarativo de la sentencia que haga lugar al reclamo del acreedor particular (art. 7°, ley 3952 -Adla, 1889-1919, 490-);
- d) el régimen de privilegio que tienen los créditos del Fisco y de las Municipalidades sobre los bienes del deudor (art. 3879, inc. 2°) por impuestos públicos, directos o indirectos.

En materia de compensación de deudas y créditos entre los particulares y el Estado, la norma contenida en el art. 823 del Cód. Civil prescribe que no son compensables en los siguientes casos:

* si las deudas de los particulares proviniesen de remates de cosas del Estado o de rentas fiscales o si proviniesen de contribuciones directas o indirectas, o de alcance de otros pagos que deban hacerse en las aduanas como derechos de almacenaje, depósito, etcétera;

* si las deudas o créditos no fuesen del mismo departamento o ministerio;

* en el caso que los créditos de los particulares se hallen comprendidos en la consolidación de los créditos contra el Estado que hubiese ordenado la ley.

En la nota al art. 823, Vélez recuerda los antecedentes que existían en la codificación romana, especialmente ley de partida (ley 26, título 14, art. 5°) que no permitían oponer la compensación al Fisco.

La imposibilidad legal de invocar la compensación reconoce un fundamento importante, como lo señala Marcel Waline (15) ya que de hacerse ella posible, sería tanto como compeler al Estado a ejecutarse a sí mismo, lo cual va en contra de la regla según la cual los bienes del Estado están cubiertos, en principio, del procedimiento de ejecución.

En cuanto al ámbito de aplicación del art. 823 del Cód. Civil, cabe recordar que ya Bielsa precisó que el mismo comprendía al Estado "lato sensu", es decir, a la Administración Pública Nacional, Provincial o Municipal (16).

IV. Transmisiones convencionales. El principio de la incesibilidad del contrato administrativo. Lo atinente a la sub-contratación

Sin detenerse en la casuística que ofrece el derecho administrativo nacional y provincial, con su multiplicidad de regímenes y de disposiciones, pueden señalarse algunos de los principios que rigen en determinadas transmisiones convencionales que tienen relación con el Estado.

El Código Civil establece la prohibición de ceder ciertos créditos contra la Nación o la Provincia, según sea el caso, en los arts. 1443 y 1449.

El primero de ellos prohíbe toda cesión a los Ministerios del Estado, gobernadores de Provincia, empleados de las Municipalidades, de créditos contra cualquier establecimiento público, corporación civil o religiosa y de créditos contra la Provincia en que se desempeñen los gobernadores o de créditos contra las Municipalidades a los empleados en ellas.

El segundo de esos preceptos, el art. 1449, prohíbe la cesión de montepíos y de pensiones civiles o militares, con la sola excepción de la parte que por disposición de la ley pueda ser embargada para satisfacer obligaciones.

Se trata de prohibiciones a la cesión de créditos que si bien contribuyen al imperio de la moralidad dentro de la Administración, se ha estimado conveniente incorporarlas al Código Civil, asignándole un alcance mayor e integrándolas en el orden público.

Por esa causa, y porque en definitiva esas prohibiciones son convenientes para el régimen civil de la cesión de créditos, hay que advertir que se trata de normas de naturaleza privada y que, como tales, ellas se aplican en el ámbito nacional, provincial y municipal.

Ahora bien, el principio fundamental que marca el rasgo peculiar en esta materia es el de la incesibilidad del contrato administrativo, principio reconocido por casi toda la doctrina nacional [\(17\)](#) y extranjera [\(18\)](#) y el propio derecho positivo.

El fundamento del principio de la incesibilidad del contrato administrativo es algo que todavía sigue suscitando el desacuerdo doctrinario, mientras en la doctrina francesa se sostiene que el mismo radica en el carácter personal que asume la ejecución del contrato administrativo [\(19\)](#) un sector de nuestra doctrina considera que el Estado, al procurar el bienestar general, debe contratar con quienes revisten condiciones morales satisfactorias [\(20\)](#).

Por su parte, se ha señalado también que el principio de la incesibilidad del contrato administrativo nada tiene que ver con la moral ni con los antecedentes del tercero sino que se sustenta en los contenidos de interés público que hacen que las relaciones que surgen de estos contratos no queden a merced del contratista del Estado [\(21\)](#).

Las opiniones de estos juristas trasuntan ideas afines, susceptibles de integrarse en un único fundamento, si se parte de la idea de la Administración como gestora del bien común o interés público.

En efecto, al perseguir con sus funciones el bien común, causa final del Estado, la Administración tiene, por de pronto, una potestad-deber de contratar con aquellas personas que reúnan condiciones morales imprescindibles tanto para colaborar con la función administrativa (contratos de colaboración) como para recibir las ventajas que el contrato atribuye (contratos de atribución). Al propio tiempo, para cumplir con sus cometidos específicos la Administración tiene en cuenta las calidades personales de todo tipo de su co-contratante (v. gr. : idoneidad técnica y capacidad financiera), no debiendo perseguir, al seleccionarlo, un interés de índole patrimonial.

Ello da sustento al principio enunciado, que la doctrina y el ordenamiento administrativo vigente han extendido a la sub-contratación, prescribiendo la prohibición de llevarla a cabo.

Pero tanto la prohibición de ceder el contrato como de realizar una sub-contratación, no hacen a la esencia del contrato administrativo sino a su naturaleza, por cuya causa, el órgano competente puede autorizar tanto una como otra, con fundamento en razones de bien común de rango superior.

En tal caso, el sub-contratista autorizado tiene una acción directa contra la Administración, pudiendo invocar en su favor el art. 1645 del Cód. Civil [\(22\)](#).

Si el co-contratante procediera a ceder el contrato o a sub-contratar sin estar autorizado por la Administración, ello configuraría un supuesto que tornaría posible decretar la caducidad del pertinente contrato administrativo, aplicándose lo dispuesto en el art. 21 de la ley nacional de procedimientos, norma que también prevé el procedimiento que debe observarse para declarar la caducidad del contrato por parte de la Administración Pública.

Otra peculiaridad que presenta aquí el derecho administrativo está dada por la circunstancia de que, aun habiendo autorización genérica en el contrato para que el contratista realice la transferencia del mismo, igualmente se requiere la conformidad de la Administración Pública, no obstante que en tal supuesto la oposición del órgano competente no resulta discrecional y menos puede ser arbitraria [\(23\)](#) habida cuenta que una oposición insuficientemente motivada (sin expresar la causa jurídica) convertiría a la autorización en algo semejante a una condición totalmente potestativa.

El ordenamiento positivo nacional estatuye la prohibición de ceder o sub-contratar en la contratación administrativa en dos supuestos:

(a) En el art. 23 de la ley de Obras Públicas, al prescribir que el contratista no podrá transferir su contrato ni cederlo en todo o en parte a otra persona o entidad, ni asociarse para su cumplimiento sin autorización de la autoridad competente. De hacerlo la Administración puede rescindir el contrato, según el art. 50, inc. d);

(b) en el reglamento de las contrataciones del Estado, inc. 86 de la reglamentación al art. 61 de la ley de contabilidad, al estatuirse que el respectivo contrato no podrá ser transferido ni cedido por el adjudicatario, sin la previa anuencia de la autoridad competente, estableciendo también como causal de rescisión el incumplimiento de este precepto.

V. Transferencias forzosas. Expropiación. Ocupación temporánea. Requisición. Decomiso

Las transferencias forzosas de derechos reales y personales, particularmente del derecho real de dominio, constituyen una consecuencia de las limitaciones impuestas a la propiedad privada en interés público, que se rigen por el derecho administrativo (24).

La transmisión forzosa constituye una aplicación del "imperium" estatal sobre el particular o administrado a fin de transferir determinados derechos al Estado por razones de bien común, lo cual ha de llevarse a cabo respetando las garantías constitucionales y conforme a los procedimientos establecidos en las leyes.

Este tipo de transmisiones presenta características singulares, en punto al modo y forma de la transmisión y efectos sobre terceros, según cuál sea la clase de limitación de interés público a que ella responda, lo que conduce al análisis de las peculiaridades más significativas, a saber:

A) Expropiación: Al respecto, la ley nacional estatuye que "se entenderá que la expropiación ha quedado perfeccionada cuando se ha operado la transferencia del dominio al expropiante mediante sentencia firme, toma de posesión y pago de la indemnización" (25).

También se prescribe que "para la transferencia del dominio de inmuebles al expropiante no se requerirá escritura pública otorgada ante Escribano, siendo suficiente al efecto la inscripción en el respectivo Registro de la Propiedad del decreto que apruebe el avenimiento o, en su caso, de la sentencia judicial que haga lugar a la expropiación" (26).

La manera en que están redactados los arts. 29 y 32 de la ley 21.499, ha motivado las críticas de Oyhanarte, quien sostiene que el perfeccionamiento de la expropiación quedaría subordinado a la existencia de requisitos que no se registran, como son el pago y la toma de posesión, entendiéndose que debe haber un auto del juez declarando transferida la propiedad (27).

Sin embargo, debe distinguirse el perfeccionamiento de la expropiación de los requisitos concernientes a la transferencia del dominio ya que tal perfeccionamiento jamás puede quedar subordinado al cumplimiento de requisitos que no se registran.

Lo que prescribe el art. 29 es que la expropiación queda perfeccionada con la transferencia del dominio. ¿Cómo se opera ésta? También surge del propio artículo, pues debe mediar:

- a) Sentencia judicial firme.
- b) Toma de posesión.
- c) Pago de la indemnización.

Tratándose de inmuebles (y por extensión de muebles registrables) el art. 32 preceptúa que basta con la inscripción en el Registro de la Propiedad de la sentencia judicial o del decreto que apruebe el avenimiento. Pero, va de suyo que, el oficio judicial o administrativo, según el caso, deberá acreditar el cumplimiento de los recaudos que impone el art. 29, para que pueda transferirse el dominio y quedar perfeccionada la expropiación.

Ahora bien, el hecho de que no se exija la escritura pública para la transferencia de inmuebles expropiados no significa que no pueda recurrirse a ella por aplicación del principio de que el exceso de formalidades no vicia el acto (28).

Otro rasgo característico de la expropiación lo constituye el hecho de que los terceros que tuvieren derechos sobre el bien o la cosa que se expropia no son partes en el juicio expropiatorio. Este principio que ya reconocía la anterior ley 13.264 (Adla, VIII, 145), cuya constitucionalidad había aceptado la Corte Suprema de Justicia de la Nación (29), ha sido reiterado en el art. 28 de la ley 21.499 al prescribir que "ninguna acción de terceros podrá impedir la expropiación ni sus efectos. Los derechos del reclamante se considerarán transferidos de la cosa a su precio o a la indemnización, quedando libre de todo gravamen".

A su vez, el art. 26 de la ley citada sienta otro principio peculiar al disponer la resolución de los arrendamientos, una vez que ha sido otorgada la posesión judicial del bien al Estado. En tal caso, la norma referida acuerda a los inquilinos u ocupantes un plazo de treinta (30) días para que procedan a desocupar el

inmueble.

Los derechos de los terceros deben hacerse valer en juicio separado, con el particular expropiado, y en ese juicio pueden solicitar las medidas cautelares consiguientes para asegurar el cobro de su crédito (30).

B) Ocupación temporaria: Es sabido que la ocupación temporánea -una de cuyas especies legisló Vélez Sarsfield en el art. 2512 del Cód. Civil- constituye una limitación a la propiedad en interés público, por la cual la Administración toma posesión de un bien del particular en forma transitoria (31).

Su fundamento es similar al de la expropiación pues el particular sacrifica transitoriamente su derecho de usar y gozar de la propiedad, en virtud de una causa de utilidad pública.

Existen dos clases de ocupación temporánea: normal y anormal. La primera requiere de una ley que declare la utilidad pública, no pudiendo exceder del plazo de dos (2) años (32). Ella apareja el derecho a ser indemnizado, aplicándose, en subsidio, las reglas vigentes en materia de expropiación (33).

En cambio, la ocupación temporánea anormal la decreta la autoridad administrativa para responder a una necesidad urgente, imperiosa o súbita, por el lapso estrictamente indispensable para satisfacer la respectiva necesidad. Ella no da lugar a indemnización (34).

En la ocupación temporánea, tanto normal como anormal, no se opera la transferencia de dominio a favor del Estado. Al vencer el plazo de dos (2) años el particular debe intimar la devolución del bien, pudiendo deducir la acción de expropiación irregular si la Administración no le devuelve el bien, después de los treinta (30) días computados a partir de la intimación (35).

Aun cuando la ley no lo prescriba, va de suyo que el propietario también se hallará legitimado para reclamar la devolución del bien en sede judicial, pues la posibilidad de promover la acción de expropiación irregular es una facultad que le confiere la ley que, en modo alguno, disminuye ese poder jurídico que emana de su derecho de propiedad.

C) Requisición: A diferencia de la expropiación y de la ocupación temporánea, la requisición es la ocupación o adquisición forzosa de un bien con el fin de satisfacer una necesidad de utilidad pública, producida por una situación de carácter general que afecta a toda la sociedad o a un sector de ella (36).

Si bien se aplican las reglas generales que rigen en materia expropiatoria, la doctrina excluye del objeto de la misma a la adquisición de bienes inmuebles, respecto de los cuales sólo se puede requisar su uso (37).

La ley de defensa nacional 16.970 (Adla, XXVI-C, 1474) del año 1966 regula genéricamente la figura de la requisición, utilizando una "fórmula ambigua y vaga", según lo ha señalado la doctrina vernácula, lo cual podría dar lugar a un ejercicio ilegítimo de la pertinente potestad (38).

En efecto, no obstante que el art. 36 de la ley de referencia estatuye que "cuando necesidades de la seguridad lo impongan podrá recurrirse a la requisición", tal norma no autoriza por sí misma a la requisición, dado que no puede aceptarse que esa fórmula imprecisa constituya la ley formal que declara la utilidad pública, conforme lo impone el art. 17 de la Constitución Nacional.

D) Decomiso: También llamado "comiso", consiste en una limitación a la propiedad privada en interés público, por la cual la Administración Pública se apodera de una cosa mueble, como sanción de policía por razones de seguridad, moralidad o salubridad.

A su vez, el decomiso configura una sanción de carácter penal administrativo aplicable en materia aduanera.

El decomiso -que debe hallarse autorizado por ley formal- se dispone mediante el dictado de un acto administrativo que goza de ejecutoriedad, pues la Administración puede incautarse de la cosa mueble, sin necesidad de acudir a la justicia. Por principio general, no da lugar a indemnización, ya que al aplicarse el decomiso como sanción de policía, la cosa decomisada no se destina al uso público sino a su destrucción, en mérito al carácter nocivo que representa para la comunidad. Por tal causa, se sostiene que no puede invocarse la afectación de la garantía constitucional de la propiedad, pues la misma no se encontraría en "estado legal" (39).

El decomiso importa la pérdida de la propiedad de la cosa. ¿En qué momento? Al respecto hay que distinguir el decomiso como sanción genérica de policía del que establece la legislación aduanera. En el primer caso, la propiedad se pierde en el momento en que la cosa es incautada, siempre que no se trate de un acto que adolezca de nulidad o ilegalidad manifiesta.

Esto último abre la posibilidad de deducir la acción de amparo de la ley 16.986 (Adla, XXVI-C, 1491) sin perjuicio de la posibilidad de demandarse la responsabilidad de la Administración en juicio separado, si el acto ha sido ilegítimo.

En el caso de decomiso aduanero, no impuesto como sanción de policía, la propiedad de la cosa mueble

decomisada se pierde en el momento en que el acto administrativo que lo dispuso queda firme o es consentido, en sede administrativa o judicial.

E) Secuestro: El secuestro no implica transferencia de dominio al Estado sino tan solo la incautación provisoria de una cosa mueble tendiente a asegurar el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias e, inclusive, como medida previa al decomiso (40).

La doctrina pone de manifiesto su carácter meramente provisorio y cautelar, tal como ocurre cuando la municipalidad dispone el secuestro de un automóvil para obligar al propietario al pago de la patente (41).

VI. El Estado como heredero o legatario

Quizás por el hecho de que el Estado, particularmente la Administración Pública, se preocupa más de dictar normas cuando tiene prestaciones que ejecutar, que cuando recibe bienes a título de heredero o legatario, son escasas las disposiciones administrativas que regulan la aceptación de herencias o legados, no obstante las responsabilidades inherentes al acto de aceptación de ellos.

El derecho administrativo prescribe, en tales casos, recaudos de forma y competencia, encontrándose las pertinentes disposiciones en el decreto 411/80 (Adla, XL-A, 170), que se refiere a la representación judicial del Estado.

Del juego de las normas aplicables (42) se desprende que para que los representantes judiciales acepten herencias o legados deben requerir el dictado de un acto administrativo expreso de autorización.

Esa autorización sólo puede ser dada por órganos administrativos de cierta jerarquía (43) pudiendo los respectivos funcionarios solicitar que la autorización sea otorgada por el Poder Ejecutivo, cuando la importancia del asunto o sus consecuencias justifiquen la intervención del Jefe de la Administración Pública Nacional.

El citado reglamento deja a salvo la posibilidad que el Poder Ejecutivo se avoque a la competencia delegada para aceptar herencias y legados (art. 1º, "in fine") disposición totalmente superflua frente al principio que consagra el art. 3º de la ley nacional de procedimientos administrativos, el cual prescribe la procedencia de la avocación en tanto no se encuentre prohibida expresamente.

Queda por último, la llamada "sucesión vacante", institución suficientemente estudiada en las obras generales y especiales, que han comentado los respectivos textos del Código Civil.

En la sucesión vacante el Estado no es propiamente un heredero sino un sucesor especial y atípico, legitimado por su derecho de soberanía, que aunque tiene los mismos derechos y obligaciones que los herederos, sólo responde por la suma que importan los bienes (44).

Así lo enseña el propio Vélez en la sobria y fundada nota puesta al art. 3588 al expresar que "El Estado, en realidad no es un heredero ni un sucesor en el sentido técnico de la palabra, porque él adquiere los bienes de un muerto, precisamente en virtud de un título que supone que no haya herederos? Es en virtud de su derecho de soberanía que el Estado adquiere los bienes sin dueño, que se encuentren en su territorio, sean muebles o inmuebles, pues no se puede permitir que un Estado extranjero ejerza en el territorio un acto de soberanía, apropiándose bienes sin dueño conocido?"

(1) Art. 1º, inc. e) de la ley 19.549 (Adla, XXXIX-C, 2339).

(2) Fallos, t. 241, ps. 73 y sigts. (Rev. LA LEY, t. 92, p. 85).

(3) GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción al derecho", p. 265, Buenos Aires, 1967.

(4) Caso "Los Lagos c. Gobierno nacional", t. 190, p. 151 de la colección de Fallos de la Corte Suprema de justicia de la Nación (Rev. LA LEY, t. 23, p. 251).

(5) ROMANO SANTI, "El ordenamiento jurídico", p. 175, traducido del italiano, Madrid, 1973.

(6) Conf. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón; "Curso de derecho administrativo", t. I, p. 278, Madrid, 1974.

(7) Art. 26 de la ley 21.499.

(8) Art. 12 de la ley 19.549.

(9) CASSAGNE, Juan Carlos, "Derecho administrativo", t. II, ps. 311 y sigts., Buenos Aires, 1982.

(10) Conf. AUBRY e RAU, "Cours de Droit Civil Français", p. 115, 4ª, ed., París, 1873).

(11) V. gr. el Estado nacional y una entidad autárquica.

(12) Sobre el concepto de relación jurídica interadministrativa, MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de derecho administrativo", t. I, ps. 120 y sigts., Buenos Aires, 1965.

- (13) Caso "Gómez, Gerardo c. Comisión Administradora de Emisoras Comerciales y L.S. 82 TV Canal 7", del 28/2/69, publicado en E. D., t. 29, p. 186.
- (14) Art. 14, inc. b) de la ley 19.549.
- (15) "Manuel Élémentaire de Droit Administratif, p. 531, Paris, 1946.
- (16) BIELSA, Rafael, "Relaciones del Código Civil con el derecho administrativo", p. 75, Buenos Aires, 1923; en contra: COLMO, Alfredo, "De las obligaciones en general", p. 565.
- (17) MARIENHOFF, Miguel S., op. cit., t. III-A, ps. 317 y sigts., Buenos Aires, 1970; FIORINI, Bartolomé A. "Derecho administrativo", ps. 605 y 607, Buenos Aires, 1976.
- (18) LAUBADERE, André de, "Traité théorique et pratique des contrats administratifs", t. II, ps. 103 y sigts., Paris, 1956; JEZE, Gastón, "Principios generales de derecho administrativo", t. IV, ps. 204 y sigts., traducido del francés, Buenos Aires, 1950.
- (19) LAUBADERE, André de, op. cit., p. 318.
- (20) MARIENHOFF, Miguel S., op. cit., t. III, ps. 322 y 324.
- (21) FIORINI, Bartolomé A., op. cit. p. 606.
- (22) MO, Fernando F., "Régimen legal de las obras públicas" ps. 230 y 239, Buenos Aires, 1966.
- (23) BIELSA, Rafael, "Derecho Administrativo", t. II, p. 284, Buenos Aires, 1955, respecto de la concesión de los servicios públicos.
- (24) Art. 2611 del Cód. Civil.
- (25) Art. 29, "in fine", de la ley 21.499.
- (26) Art. 32 de la ley 21.499.
- (27) OYHANARTE, Julio, "Aspectos del nuevo régimen expropiatorio", en Revista Argentina de Derecho Administrativo ps. 37 y 38, núms. 15 y 16, Buenos Aires, 1977.
- El sistema en esta materia también ha sido objeto de la crítica por parte de MAIORANO, Jorge Luis, "La expropiación en la ley 21.499", p. 98, Buenos Aires, 1978; y VILLEGAS A., Walter, "La ley general de expropiaciones 21.499 con relación a su precedente", en Revista Argentina de Derecho Administrativo, p. 28, núms. 15 y 16, Buenos Aires, 1977.
- (28) MARIENHOFF, Miguel S., "Otra vez respecto a la ley nacional de expropiaciones 21.499, en Rev. LA LEY, t. 1978-D, p. 1231.
- (29) Fallos, t. 245, ps. 73 y sigts., en el caso "Administración General de Obras Sanitarias de la Nación c. Honorio Tonini y Gez", de fecha 21 de octubre de 1959 (Rev. LA LEY, suplemento diario del 5/5/60, fallo 4377-S).
- (30) Art. 27 de la ley 21.499.
- (31) MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de derecho administrativo", t. IV, p. 404, Buenos Aires, 1973.
- (32) Art. 64 de la ley 21.499.
- (33) Art. 62, 1ª parte de la ley 21.499.
- (34) Arts. 58, 59 y 60 de la ley 21.499.
- (35) Art. 64 de la ley 21.499.
- (36) MARIENHOFF, Miguel S., op. cit. t IV p. 444.
- (37) MARIENHOFF, Miguel S., op. cit., t. IV, p. 450.
- (38) MARIENHOFF, Miguel S., op. cit., t. IV, p. 453.
- (39) Conf. MARIENHOFF, Miguel S., op. cit., p. 487.
- (40) v. gr.: cuando existieren dudas acerca de la naturaleza nociva de determinadas cosas muebles.
- (41) Véase MARIENHOFF, Miguel S., op. cit., t. IV, p. 508.
- (42) Arts. 8º "in fine" y 1º del decreto 411/80.
- (43) V. gr.: Ministros, Secretarios de Estado, Presidente de entidad autárquica, etcétera.
- (44) Art. 3589 del Cód. Civil.

