

Bahía Blanca, 12 de junio de 2023.-

Al Sr. Intendente de la Municipalidad

De Bahía Blanca

Hector Gay

S / D

PLANTEA NULIDAD DEL CONTRATO DE COMODATO CELEBRADO ENTRE LA MUNICIPALIDAD DE BAHIA BLANCA Y LA FUNDACIÓN PARA LA PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ, DESARROLLO EDUCATIVO Y DEL MOVIMIENTO SCOUT FUNDEMOS- FUND SCOUT.-

Norma Alicia TORRE, DNI [REDACTED] Maria del Carmen Aure, Dni [REDACTED], Hugo Argat, DNI [REDACTED] Enrique Gandolfo DNI [REDACTED] Monica Colaianni DNI [REDACTED] Silvia Romero DNI [REDACTED], Fernanda Negrín DNI [REDACTED] y Dante Patrignani L.E. [REDACTED], con el patrocinio letrado del Dr. Leandro Aparicio, abogado, inscripto bajo el Tomo VIII, Folio 126, C.A.B.B., legajo Previsional N° 60046/0, Monotributista, C.U.I.T. e Ingresos Brutos: [REDACTED] constituyendo domicilio procesal en Alsina 184, Piso 6, Oficina 8, de la Ciudad de Bahía Blanca, nos presentamos y respetuosamente decimos:

I.-OBJETO.-

Que venimos por la presente planteando la nulidad del Contrato de Comodato celebrado entre la Municipalidad de Bahía Blanca y la Fundación para la Protección de la Niñez, Desarrollo Educativo y del Movimiento Scout Fundemos- Fund Scout con fecha 08 de febrero de 2023, aprobado por decreto 336/2023, por adolecer el mismo de un vicio en su objeto y/o existir un vicio en la voluntad de la administración que lo hace nulo, de nulidad absoluta.

II.- FUNDAMENTOS.-

A) VICIO EN EL OBJETO. VICIO EN LA VOLUNTAD.-

Conforme surge del expediente administrativo N° 1-310-877-2023, el intendente de la Municipalidad de Bahía Blanca, Héctor Norberto Gay, suscribió un contrato de comodato de un inmueble propiedad del municipio denominado como “Colonia Municipal de Bahía Blanca Agustín de Arrieta”, sito en calle Av. Gral, San

Martín y Galileo Galilei de la localidad de Sierra de la Ventana, Partido de Tornquist, Provincia de Buenos Aires, cediéndole gratuitamente por el plazo de cinco (5) años a la Fundación para la Protección de la Niñez, Desarrollo Educativo y del Movimiento Scout- FUNDEMOS-FUND SCOUT, CUIT 30-71711820-7, para la realización de sus reuniones de Grupo y/o actividades recreativas. Dicho acto fue ratificado mediante el decreto municipal N° 336/2023, de fecha 8 de febrero de 2023.

Establece el art. 1533 del Código Civil y Comercial que *“Hay comodato si una parte se obliga a entregar a otra una cosa no fungible, mueble o inmueble, para que se sirva gratuitamente de ella y restituya la misma cosa recibida”*. En el caso que nos ocupa no estamos en presencia de un contrato civil sino de un contrato administrativo, entendiendo como tal, según el Dr. Rafael Bielsa, *la convención que el Estado, obrando como sujeto de Derecho Público, realiza con otro (público o privado) con un fin público* (conf. Rafael Bielsa, Principios de Derecho Administrativo, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1966, p. 171). 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”*. Decimos que el referido contrato de comodato es un contrato administrativo en tanto se encuentran reunidas las notas que lo caracterizan, ya que fue celebrado por el Estado (municipal), en ejercicio de función administrativa y destinado a un fin público.

Como se dijo, el acto en cuestión, fue ratificado mediante el dec. 336/2023. Son elementos esenciales del acto administrativo: Competencia, voluntad, objeto y forma. El **objeto o contenido del acto** es aquello que el acto decide, certifica u opina. Puede estar viciado: a) Por ser prohibido por la ley; b) por no ser el objeto determinado por la ley para el caso concreto, o ser un objeto determinado por la ley para otros casos que aquel en que ha sido dictado (apartamiento de las facultades regladas); c) por ser impreciso u obscuro; d) por ser imposible de hecho; e) **por ser irrazonable (contradictorio, desproporcionado, absurdo, ilógico)**; f) por ser inmoral o no ético.

De la sola lectura de la cláusula décimo sexta del referido contrato, surge palmariamente la **irrazonabilidad** de la misma, puesto que concede al comodatario- la Fundación para la Protección de la Niñez, Desarrollo Educativo y del Movimiento Scout- FUNDEMOS-FUND SCOUT facultades exorbitantes, y fuera de toda lógica,

llegando a adjudicarle hasta la atribución de “modificación o sustitución del comodato”, y “el poder de control, inspección y dirección del presente convenio”.

O sea que le brinda facultades casi ilimitadas al comodatario, pudiendo llegar hasta apartarse de los fines para los cuales se le confirió el uso y goce del inmueble si así lo deseara (a saber, la realización de reuniones de su grupo y/o actividades recreativas) porque no habrá autoridad alguna que tenga el poder de controlar lo que hace y deja de hacer. Más aun, se le brinda la posibilidad de sustituir y modificar el comodato a su antojo.

Textualmente la **cláusula décimo sexta** del Contrato de Comodato dice: **El COMODATARIO se reserva las siguientes facultades: 1.- La prerrogativa de interpretar el convenio, resolver las dudas que ofrezcan su cumplimiento, necesidad de modificarlo por razones de interés público, su rescisión o resolución y determinar los efectos de éstas. Los actos administrativos que se dicten en consecuencia tendrán caracteres y cualidades otorgadas por la Ordenanza General N° 267. El ejercicio de tales prerrogativas será comunicado por medio fehaciente al COMODANTE. 2.- La revocación, modificación o sustitución del comodato por razones de oportunidad, mérito o conveniencia no generará derecho a indemnización en concepto de lucro cesante. 3.- El poder de control, inspección y dirección del presente convenio. Las decisiones que se tomen en el curso del convenio revestirán la condición de actos administrativos, debiendo ser eventualmente recurridos en los términos y condiciones establecidos en la Ordenanza General N° 267. Vencidos los plazos pertinentes dichas decisiones harán cosa juzgada administrativa.-**

La irrazonabilidad es un vicio del acto, con múltiples hipótesis, también en los vicios de la voluntad del acto, según Agustín A. Gordillo (Agustín A. Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III - 10a ed. - Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 201, Cap. VIII, pág. 22). En el caso que nos ocupa, asume la forma de contradicción y de absurdo. Siguiendo a este destacado jurista, existe contradicción del acto, en cuanto resuelva cosas que son antitéticas, disponga en la parte resolutive lo contrario de lo que expresaba en los considerandos en caso de contradicción. Dice Gordillo que sólo puede razonablemente entenderse que los artículos contrapuestos se derogan mutuamente. Siendo ambos artículos simultáneos en el tiempo y pensando en un posible efecto derogatorio de uno sobre otro, su igual jerarquía y coincidencia temporal llevan necesariamente a la conclusión de que ambos se derogan recíprocamente y el acto es inexistente en esa parte. Es lo que pasa por ejemplo al contraponer a la referida cláusula decimosexta la cláusula quinta, donde el comodante “se reserva el derecho de inspeccionar el inmueble, cada vez que lo estime conveniente, a fin de verificar el cumplimiento de las obligaciones que emergen del presente contrato”.

Según esto, en la cláusula decimosexta se le otorga el poder de control, inspección y dirección al comodatario, y en la cláusula quinta al comodante, pues entonces ¿quién lo tiene en verdad? En la cláusula decimo tercera se reserva al comodante la facultad de autorizar al comodatario a ceder, transferir total o parcialmente el contrato al comodatario, sin embargo en la cláusula decimosexta se le da al comodatario la facultad de revocar, modificar o sustituir el comodato, lo que incluye las alternativas antes enunciadas. De nuevo, ¿quién tiene esa facultad finalmente? ¿Comodante o comodatario?.

Por otra parte, lo dispuesto en la cláusula decimo sexta resulta absurdo porque se aparta totalmente de las exigencias del interés público a la que debe estar supeditado todo acto de la administración, más aun porque involucra un bien del Estado municipal, al bridarle facultades casi ilimitadas al comodatario respecto del mismo. Al decir de Gordillo en la obra citada ut supra, la absurdidad del objeto vicia el acto. Cabe tener presente que un acto absurdo no es necesariamente un acto risible o ridículo (aunque pueda serlo) y que la absurdidad también puede estar presente bajo las apariencias de la mayor seriedad y/o dogmatismo: ello no disminuye, sin duda, el vicio que el acto tiene.

Es necesario también destacar que el principio constitucional de razonabilidad (art. 28 CN) funciona como límite a la discrecionalidad y arbitrariedad administrativa. En punto a la discrecionalidad, si se reconoce que alguna zona de la actividad del Estado- particularmente los juicios técnicos o de oportunidad que lleva a cabo la Administración- se encuentra exenta del control jurisdiccional, no habría tutela judicial pues ésta sería sólo formal y carente de efectividad. Tal y como sostiene Orlando D. Pulvirenti, respecto de la discrecionalidad administrativa en materia de comodato de bienes de dominio público como el que nos ocupa: *“La discrecionalidad, que se convierte y en el mejor de los casos, ante la falta de criterios de selección objetivo y parámetros normativos adecuados, en discriminación al momento de acceder y acordar uso de bienes de dominio del Estado; y 2) simultáneamente y en paralelo, la manifiesta negligencia de los mismos funcionarios encargados de velar por esos bienes, respecto de la custodia que de ellos hacen, sin que normalmente dicho actuar acaree determinación de responsabilidades personales” (conf Orlando D. Pulvirenti, “Confirmado: ¡Existen negocios en la Administración Pública!, Cap. XIII, pág. 243-244, LL, 2007-B, 477).*

Apartarse del principio rector de interés público en el ejercicio de la actividad administrativa no aparece como razonable para la administración municipal, y afecta el interés general de los habitantes de la ciudad de Bahía Blanca.

Existe otra posibilidad también, con el mismo resultado- la nulidad del acto en cuestión-: que la voluntad de la administración al otorgar el contrato de comodato cuestionado se haya encontrado viciada, habiendo CONSIGNADO POR

ERROR que las importantes facultadas de la cláusula decimosexta se le conferían al COMODATARIO cuando en realidad debió decir COMODANTE.

Al decir de Agustín Gordillo, el error es un vicio de la voluntad de la administración, y para causar la nulidad del acto debe versar sobre un aspecto importante de este y ser de tal magnitud como para permitir afirmar que la administración no tuvo en verdad intención de dictar tal acto (Agustín A. Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas, Tomo III, Acto Administrativo, Cap. 9, pág. 53.55). Entendemos que, en todo caso, no debe haber sido voluntad de la autoridad municipal otorgarle al comodatario las facultades exorbitantes de la cláusula decimosexta, y se pudo haber tratado de un error de tipeo, porque sostener lo contrario sería atentar contra el interés público y general de los vecinos de Bahía Blanca, pudiendo traer consecuencias graves y no deseadas si el comodatario decidiera hacer uso de ellas.

B) CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DEL ART. 1535 DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL (Ex art. 2262 del Código Civil).-

Establece el art. 1535 del Código Civil y Comercial: “***No pueden celebrar contrato de comodato: a) los tutores, curadores y apoyos, respecto de los bienes de las personas incapaces o con capacidad restringida, bajo su representación; b) los administradores de bienes ajenos, públicos o privados, respecto de los confiados a su gestión, excepto que tengan facultades expresas para ello***”.

Resulta de gran utilidad para el esclarecimiento de dicha norma lo expuesto por el Dr. Esteban Centanaro: “*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, 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, y parecería oponerse a lo normado por el art. 953 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 de 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”(conf. Esteban Centanaro, 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 “EL CONTRATO ADMINISTRATIVO Y SU RELACIÓN CON LAS NORMAS CIVILES”, pág. 15).

En un interesante fallo la Cámara Federal, La Plata, Sala 1ª, en fecha 23 de julio de 1964 en autos “Gobierno Nacional c/Campolo, Felipe”, resolvió sobre la materia: *“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 comodato”*.

Desconociendo esta parte si el Sr. Intendente de la ciudad de Bahía Blanca, Héctor Norberto Gay, contaba con Poder Especial para dar en comodato el inmueble denominado “Colonia Municipal de Bahía Blanca Agustín de Arrieta”, sito en calle Av. Gral, San Martín y Galileo Galilei de la localidad de Sierra de la Ventana, Partido de Tornquist, Provincia de Buenos Aires, desconociendo si la ordenanza de creación de la colonia Agustín de Arrieta autoriza este tipo de contratación y desconociendo si en la escritura traslativa de dominio se imponen condiciones para el funcionamiento y/o en su caso el traspaso de la colonia y por no surgir dicha información del contrato de comodato celebrado, solicitamos se exhiba los mismos, a efectos de tener por cumplida la exigencia del art. 1535 del CYC.

III.- PETITORIO.-

I.- Se nos tenga por presentados.-

II.- Se tenga por planteada la nulidad.-

III.-Se corra traslado y oportunamente se declare nulo el acto cuestionado.-

IV.- Se exhiba copia de la Ordenanza de creación de la colonia Agustín de Arrieta, de lo escritura traslativa de dominio y de poder especial requerido.-

Proveer de conformidad,

SERÁ JUSTICIA.-