

OBRA PÚBLICA Y CONTRATO DE OBRA PÚBLICA *

AGUSTÍN A. GORDILLO

Profesor Adjunto (I) de
Derecho Administrativo

I.

CONCEPTO DE OBRA PÚBLICA

La locución "obra pública" no es empleada con un significado único: la simplificación del lenguaje ha hecho que se designe con tal nombre a dos conceptos jurídicos que, si bien están relacionados en alguna medida, tienen sin embargo fundamentales diferencias entre sí.

Algunos autores extranjeros distinguen "obra pública" y "trabajo público"; dentro de la segunda expresión comprenden: a) los trabajos realizados directamente por la administración, b) los trabajos realizados por particulares mediante contratos de concesión de obra pública, c) los trabajos realizados por particulares mediante sistemas mixtos tales como el de "dirección interesada", d) los trabajos realizados por particulares mediante contratos de obra pública con la administración.¹

Esa noción no es por supuesto equivocada, aunque por lo que respecta al derecho argentino no presenta actualmente interés. En efecto, en nuestro país, a resultas de una antigua praxis estatista, no se presentan en la práctica los contratos de "dirección interesada" ni los de "concesión de obra pública"; por otra parte, los trabajos realizados directamente por la administración son igualmente escasos. A resultas de tales circunstancias, la casi totalidad de los trabajos públicos son efectuados mediante el sistema de "contratos de obra pública"; de allí entonces que los conceptos que interesa destacar y comparar, al menos

* Publicado en *Rassegna dei lavori pubblici*, Roma año 1966, mayo, Nº 5.

¹ Ver por ejemplo SANDULLI, *Atto*, *Manuale di diritto amministrativo*, Nápoles, 1957, p. 420; WALLING, MARCEL, *Droit Administratif*, 5ª ed., París, 1950, p. 439 y ss; etc.

por ahora en el derecho argentino, sean precisamente los de "obra pública" y "contrato de obra pública".

En un primer sentido la frase "obra pública" designa a un cierto tipo de muebles o inmuebles estatales afectados a fines de utilidad general: son "obras públicas", en este sentido, los puentes, caminos, edificios públicos, etc.

En un segundo sentido la frase se identifica por extensión con el concepto de "contrato de obra pública", y designa por ello a los contratos realizados por la administración con particulares para que éstos construyan, por ejemplo, tales puentes, caminos o edificios.

Aparte de la obvia distinción de que en el primer caso nos estamos refiriendo a un tipo de cosas y en el segundo a un tipo de contratos, existen otras diferencias importantes:

1) No todas las obras públicas (primer sentido) se han hecho mediante "contratos de obra pública": puede haberlas también realizadas:

a) por los contratos de "dirección interesada" o "concesión de obra pública" ya mencionados;

b) por la propia administración, directamente;

c) por particulares actuando por su propia cuenta y como obras privadas, pero que después las han traspasado al Estado por algún título traslativo de dominio,² pasando a servir un interés público.

2) No todos los "contratos de obra pública" tienen por objeto la construcción de una obra pública. Es esta tal vez la diferencia más llamativa, y comprende tres hipótesis distintas:

a) el "contrato de obra pública" puede referirse a la construcción de un mueble o inmueble que no está afectado a fines de utilidad general y el cual no será pues, una vez terminado, "obra pública" en el primer sentido;³

² Conf. en esta hipótesis SEVASTIÁN LERO, *Estudios, Tratado de derecho administrativo*, t. II, Montevideo, 1939, p. 83; MARGARITA, *Manra S., Tratado del dominio público*, Buenos Aires, 1946, p. 117; VIDAL, *Quenza, Droit administratif*, Paris, 1941, p. 467 y ss.; WALTON, *op. cit.*, p. 443 in fine. En contra CHIFFOLEU, ANTONIO, *L'appalto di opere pubbliche*, Milán, 1937, p. 6; al respecto ver infra, nota 10.

³ En sentido similar señala ANTONIO VIDALE, *Los "Lavori pubblici"*, en el *Nuovo Digesto Italiano*, t. VII, Turín, 1938, p. 300, que la obra que se ejecuta mediante este contrato puede tener carácter "dominial" o "patrimonial", es decir, pertenecer al dominio público o privado del Estado. BIELLA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, 5ª ed., t. II, Buenos Aires, 1955, p. 348, afirma lo mismo res-

b) el contrato puede también referirse a la creación de objetos incorporales, los que tampoco serán considerados "obras públicas", dado que tal concepto, según ya dijimos, está restringido a las cosas;

c) el contrato puede tener por objeto la reparación o mantenimiento de una obra pública, y en tal caso el resultado del contrato tampoco es en sí una obra pública, desde que ella existe ya con anterioridad al mismo.⁴

3) Por último, no todos los contratos de obra pública, aunque tengan por finalidad la construcción de una obra pública, dan su fruto: el contrato puede terminar por rescisión por culpa de alguna de las partes, u otras causas sobrevinientes, sin que se haya podido todavía realizar la obra pública proyectada.

En conclusión, la correspondencia entre los conceptos de "obra pública" y "contrato de obra pública" es limitada. El contrato de obra pública no implica la construcción de la cosa obra pública, y viceversa: la existencia de la cosa obra pública no presupone la ejecución de un contrato de obra pública. Dicho en otras palabras, el contrato de obra pública tiene por objeto la realización de un determinado trabajo, pero este trabajo no presupone, ni condiciona, la existencia de una "obra pública".

Esta disociación conceptual proviene en parte de que la primera noción, de "obra pública", ha sido influenciada fundamentalmente por la doctrina, tomando como base en el derecho argentino normas del Código Civil, mientras que la segunda noción, o sea "contrato de obra pública", ha sido determinada en buena medida por la práctica y el régimen de las leyes particulares que han reglamentado este tipo de contrato.

Pero, de todos modos, ni uno ni otro concepto son pacíficos en la doctrina.

pero a nuestro derecho positivo, aunque lo critica; WALINE, por su parte, sostiene que incluso puede tratarse de trabajos sobre inmuebles de propiedad de particulares (op. cit., p. 443). Comparar el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en *F. C. Barros Altes al Pacífico v. Consejo Agrario Nacional*, 1948, "La Ley", t. 42, p. 820 y ss., que admite dos conceptos de "obra pública": uno restringido, equiparable al dominio público, y otro amplio, comprensivo de toda obra hecha por el Estado; en el primer caso, el fallo coincidiría con la tesis expuesta en el texto; no así en el segundo. Ver también DUBÉ, *Passi*, y DUBÉVEL, *Gov. Traité de droit administratif*, París, 1952, p. 916 nota 3; comparar LAVALETTE, *Annuaire du Traité Administratif de droit administratif*, París, 1957, p. 789 y 801, n. 1618 y 1623.

⁴ Savatré Lazo, op. cit., p. 87, nota 2.

Los elementos de la noción de "obra pública" que aquí adoptamos son cuatro: 1) se trata de una cosa mueble o inmueble, 2) de construcción artificial, es decir, realizada por la mano del hombre (por oposición a los bienes que existen en el estado en que los ofrece la naturaleza), 3) de propiedad del Estado, 4) afectada a fines de utilidad general.

1) El primer elemento de la noción es tal vez el que da lugar a más tajantes discrepancias: mientras que en Francia el concepto de obra pública es reservado exclusivamente a los inmuebles,⁵ entre nosotros se sostiene que puede tratarse tanto de una cosa mueble como inmueble.⁶

La importancia de la cuestión reside más que nada en relación al concepto de dominio público: el artículo 2340, inc. 7º del Código Civil incluye dentro de éste a las "obras públicas, construidas para utilidad o comodidad común"; por ello la problemática pertenece en realidad al tema del dominio público.⁷ Sólo cabe aquí decir que si se toma el citado artículo del Código Civil, sería de aplicación el criterio "Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus" ya que si la ley no establece la restricción del concepto de obra pública refiriéndolo únicamente a los inmuebles, no cabe tampoco al intérprete, en este caso, hacerla.

2) El segundo elemento de la noción consiste en que "toda obra pública es siempre, indeliblemente, una creación humana"; "No hay obras públicas cuya existencia física sea extraña a la mano del hombre".⁸ De allí que la obra pública, una especie dentro del género del dominio público, forme parte del llamado dominio público artificial.⁹ Se excluyen en consecuencia del concepto de obra pública todos aquellos objetos de origen natural, es decir, cuya existencia no depende de la intervención del hombre.

3) El tercer elemento de la noción es que se trata de bienes de propiedad de un ente estatal.

No se requiere forzosamente que sea el Estado quien los haya construido ni hecho construir por su cuenta, pues puede ocurrir que los

⁵ Ver por ejemplo VASSI, op. cit., p. 672; también en otros países: CUELLO, op. cit., p. 3; SAVATÉS LARO, op. cit., p. 87.

⁶ BIELLA, op. cit., ps. 348 y 350; MARZINOFF, op. cit., ps. 93 a 98.

⁷ MARZINOFF, op. cit., ps. 93 a 98.

⁸ MARZINOFF, op. cit., p. 37.

⁹ MARZINOFF, op. loc. cit.

adquiera por compra, expropiación, o cualquier otro título translativo de dominio, de un particular que los haya ejecutado por su propia cuenta y por sus propios medios, o que a su vez los haya adquirido de un tercero;¹⁰ por ejemplo, una estatua realizada privadamente por un escultor, sin encargo previo del Estado, y que una vez terminada sea comprada o expropiada por éste y afectada al uso público como monumento, constituirá en cuanto monumento una obra pública, a pesar de no haber sido construida por el Estado ni por cuenta o encargo de él.

Pero si bien no se requiere que la obra haya sido construida directa ni indirectamente por el Estado, sí se requiere que le pertenezca. Se admite que puede tratarse tanto del Estado central como de un Estado provincial o de una entidad descentralizada; pero no puede aceptarse que sea obra pública la que pertenece a una persona no estatal, aunque sea de naturaleza pública.¹¹

El cuarto elemento, o sea el que la obra pública se halle referida a un fin de utilidad general, encuentra su fundamento positivo en el inc. 7º del artículo 2340 del Código Civil. Allí se habla de las "obras públicas, construidas para utilidad o comodidad común", concepto de gran latitud, que permite su asimilación a la noción de "utilidad general" que ofrece parte de la doctrina.

La determinación de qué es utilidad o comodidad común constituye, desde luego, un arduo problema, que depende en gran parte del análisis de cada caso concreto y no puede someterse a patrones rígidos; pero puede indicarse que nunca debe quedar como mera formulación abstracta para poder afirmar en tal o cual situación que una obra sirve a la comodidad común, será necesario demostrar en qué consiste esa comodidad de que gozan un cierto número de individuos, individualmente

¹⁰ Ver SAVANOLA LUIS, op. cit., p. 88; WALTER, op. loc. cit.; MARSHOFF, op. cit., p. 117. En contra CASERLES, op. cit., p. 6, aunque no da ningún fundamento para su criterio de que sólo hay "obra pública" cuando ella es resultado de un "trabajo público". Según lo repetimos más abajo, es de destacar que el adjetivo "público" tiene un significado distinto en cada una de las expresiones citadas: en la obra pública, "pública" se refiere al fin de la obra; en el trabajo público, en cambio, se refiere a la persona (pública) por cuya cuenta el trabajo es realizado. Se trata, pues, en el primer caso, de un elemento teleológico o finalista, y en el segundo de un elemento subjetivo u orgánico. No es posible por ello superponer ambos adjetivos y establecer una correspondencia necesaria entre las nociones de "obra pública" y "trabajo público" o "contrato de obra pública".

¹¹ Ver SAVANOLA LUIS, op. cit., p. 88. Comp. VIALA, op. cit., p. 360 y ss. No entramos aquí a la otra discusión acerca de si los bienes del dominio público pertenecen al Estado en cuanto sujeto de derecho, o al pueblo en cuanto comunidad política; al respecto puede verse VILLERAS BASAVILBASO, *Ensayos de Derecho administrativo*, t. IV, Bs. As., 1952, p. 105 y 106, y MARSHOFF, op. cit., p. 52 y ss.

consideradas, del común del pueblo; de otro modo se corre el riesgo de transformar el requisito de la "utilidad o comodidad común" en un elemento conceptual superfluo y carente de rigor científico.¹²

Con todo ello podemos llegar a la noción de obra pública: *es la cosa mueble o inmueble construida para utilidad o comodidad común, que pertenece a una entidad estatal.*

Sus diferencias conceptuales con el contrato de obra pública son:

1) La obra pública es una cosa mueble o inmueble; el contrato de obra pública puede versar sobre a) la construcción de una cosa mueble o inmueble, b) la manutención, reparación, etc., de tales cosas, c) la elaboración de un objeto incorpóreo.

2) La obra pública debe servir a la utilidad o comodidad común; el contrato de obra pública, en el derecho positivo argentino¹³, no requiere conceptualmente que su objeto sirva a esa finalidad.

Esta última diferencia demuestra que el empleo del adjetivo "público" tiene distinta significación y alcances, según sea el empleo que se dé a la locución: en el contrato de obra pública, la adjetivación "pública" no se refiere a una presunta finalidad de tal índole, que el mismo deba necesariamente perseguir, sino que tan sólo tiende a calificar la persona que lo celebra (una entidad pública, esto es, estatal)¹⁴; en la obra pública, en cambio, la adjetivación mencionada está más bien referida a la finalidad que la obra cumple (la finalidad pública o de interés general, la utilidad o comodidad común).

II

CONCEPTO DE CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

A. La finalidad pública en el contrato

Lo antedicho deja ya configurado el concepto de "obra pública", pero no pasa de ser todavía una mera aproximación al otro concepto, el de "contrato de obra pública".

¹² Comp. nuestras observaciones sobre la noción de "interés público" en *Estudios de derecho administrativo*, Ed. Ferret, Buenos Aires, 1963, p. 48 y ss.

¹³ Ver *et supra* n. 5.

¹⁴ En sentido similar, VIALLE, *op. cit.*, p. 360.

Pero en ello adelantamos ya algo del problema de fondo al cual nos vamos a referir ahora: la legislación argentina no se ajusta al concepto doctrinario de "contrato de obra pública".

En efecto, aún sin tomar en cuenta las discrepancias entre las distintas doctrinas, hay, por lo menos, una oposición fundamental entre la noción doctrinaria media y la legislativa argentina: mientras que la doctrina sostiene, en forma aparentemente concordante con la noción de "obra pública", que el "contrato de obra pública" debe tener igualmente una finalidad o destino de bien común, etc., la ley argentina exige solamente que sea financiado con fondos del Tesoro de la Nación, y no requiere finalidad alguna que el contrato deba llenar.¹⁵

Esta diferencia entre las nociones doctrinaria y legal de "contrato de obra pública",¹⁶ se debe a que la primera está referida a un sistema doctrinario (al establecer un nexo ideológico entre tal concepto y la noción de obra pública). La segunda, en cambio, constituye una caracterización eminentemente empírica, y al calificar a la labor por el dinero con que se la paga, elimina la apreciación de si ella sirve o no a un interés general.

La doctrina argentina se mantiene hasta ahora firme en negar valor científico al concepto legal¹⁷; sin embargo, éste se mantiene vigente desde 1876, en que fue sancionada la ley de obras públicas n° 775, hasta la fecha, en que rige la ley 13.064 (fecha el año 1947).

A lo largo de estos años, la práctica administrativa y la experiencia judicial han debido aplicar tales leyes, y ceñirse a tales conceptos, y si bien no han elaborado una noción que contradiga a la doctrinaria, no por ello han dejado de aplicar el criterio que surge de la ley y que, precisamente, no responde al desiderátum doctrinario. La jurisprudencia

¹⁵ Dice el art. 1 de la ley 13.064: "Considéranse obra pública nacional toda construcción o trabajo o servicio de industria que se ejecute con fondos del tesoro de la Nación, a excepción de los efectuados con subsidios, que se regirán por ley especial, y las construcciones militares que se regirán por la ley 13.757 y su reglamentación y supletoriamente por las disposiciones de la presente".

¹⁶ Advirtárase que nosotros nos hemos inclinado en principio por la noción legal al hacer la comparación entre los conceptos de obra pública y contrato de obra pública, en cuanto hemos dicho que este último no persigue necesariamente una finalidad de interés público.

¹⁷ En particular BIELSA, op. loc. cit.; GRECA, ALONSO, *Régimen legal de la construcción*, Buenos Aires, 1956, p. 210 y 211. RUISSAULO BAZZONI, José F., *Contrato de obra pública*, Buenos Aires, 1944, por su parte, superpone ambos conceptos: considera que "son obras públicas las construidas con fondos del Estado y destinada a la utilidad común" (p. 36); similar concepto de SÁENZ, CARLOS MARÍA, *Las obras públicas en nuestra legislación positiva*, en Rev. de la Fac. de Cs. Ec., Com. y Pol., Rosario, 1949, n° 58/9, p. 123.

cia no ha exigido nunca formalmente, para considerar a un contrato como de obra pública, que éste tenga finalidad determinada alguna, aunque a veces haya hablado incidentalmente de una tal finalidad.

A consecuencia de ello tenemos en la actualidad una noción práctica e informal de contrato de obra pública, que surge de la aplicación de la ley vigente y que se ha fortalecido de manera considerable a través de los años. Cierto es que tal noción adolece de obras imperfecciones, pero es de hacer notar que en algo al menos pareciera haber triunfado: en prescindir del criterio del "interés público" o "afectación al uso público", "interés general", etc., para caracterizar la labor de obra pública.

No olvidemos que el jurista no debe hacer variar los principios científicos a cada reforma ocasional de un legislador inconstante, pues con ello se reduciría a ser un mero legista, un simple hermenéuta de las palabras de la ley. Subordinarse a ello, renunciando a la vigencia universal de los principios jurídicos, reduciría a la nada su labor. Pero con todo, hay algo que llama la atención en esta legislación presuntamente científica: su perduración en el tiempo, y la pacífica aplicación que ha tenido en lo que constituye su principal oposición al criterio doctrinario. Este, en cuanto incluye la noción de "utilidad general", etc., no ha sido adoptado, sino rechazado por los que viven en la aplicación del derecho.

Igual criterio ha sido seguido por las leyes provinciales, y por los proyectos de reformas más recientes¹².

¹² En tal sentido el autor del "Proyecto de Código de Obras Públicas para la Provincia de Buenos Aires" (La Plata, 1960), el Dr. Homero C. Bilibiani, establece en el art. 1-11-1-1 (libro I, título II, capítulo I, art. 1) que "Todas las construcciones, trabajos, instalaciones y obras en general que ejecute la Provincia por intermedio de sus reparticiones, por sí o por medio de personas o entidades privadas u oficiales, con fondos propios o de aportes nacionales, municipales o de particulares, se someterán a las disposiciones de este Código". Obsérvese que se habla de fondos propios o de aportes de otros entes, pero que no se exige en modo alguno que la obra a realizarse tenga un interés público o una finalidad de interés general, etc. Y es de destacar que ninguno de los miembros de la Comisión Revisora planteó en ningún momento cuestión alguna respecto a la ausencia de tal requisito (ver "Estudios y aprobación técnica del Proyecto de Código de Obras Públicas para la Provincia de Buenos Aires", La Plata 1961). Más recientemente, en el Antiproyecto de Ley de Obras Públicas Nacionales preparado por la Comisión integrada por los Dns. Ferrer Moyano, Rodríguez Vida y Avila, se dice en el art. 1: "Constitúese obra pública nacional toda construcción o trabajo o servicio de industria:

- a) que se ejecute con fondos del Tesoro de la Nación, a excepción de los efectuados con subvenciones que se regirán por ley especial.
- b) que independientemente del origen de los fondos, se contrate con la Administración Nacional, sus dependencias descentralizadas o las empresas del Estado". Nuevamente aquí se notaría la ausencia de un requisito determinado referente a la finalidad de las obras o del contrato.

Existen también, es cierto, algunos antecedentes en los que se habla de que el contrato debe tener una finalidad pública¹⁹; pero nunca se llegó a fundar concretamente una decisión en esa circunstancia, ni en forma principal ni accesoria, por lo que en realidad no constituyen verdaderos precedentes, sino que son tan sólo "dicta" carentes de valor práctico y científico.

Todo esto no demuestra de por sí que la omisión encontrada en la noción empírica del contrato de obra pública sea mejor ni más correcta que la afirmación doctrinaria; pero sí que la noción doctrinaria no responde a las necesidades y realidades de la experiencia. Y si tomamos esta afirmación como punto de partida para una mayor elaboración, advertimos empujada que la noción empírica de contrato de obra pública seguirá en ese aspecto manteniendo su vigencia a pesar de todos los embates doctrinarios de que se la haga objeto, por las mismas razones que ha estado en pie hasta ahora; y que puede considerarse como improbable que una reforma legislativa o jurisprudencial quiera sustituir el lato criterio vigente por el más estrecho y escurridizo principio teórico del "interés general" o similares.

Ello, a nuestro juicio, debe ya ser justificación suficiente para que el jurista dedique su atención al análisis y elaboración del concepto que le ofrece el derecho positivo, para permitir a estudios posteriores, si acaso, una nueva valoración de sus bondades y defectos.

Por lo demás, cabe abrigar serias dudas, incluso en el plano doctrinario, acerca de la corrección científica del elemento "fin" en la noción del contrato analizado. Si ese elemento estuviera restringido a lo que constituya un fin público inmediato, o un uso público directo por parte de la comunidad, la distinción tendría sentido, pues en tal caso no todas las obras contratadas por la Administración servirían a esos propósitos ni serían, por ende, contratos de obra pública. Sin embargo, dado que buena parte de la doctrina no efectúa esa restricción, y expresa, que el fin público puede ser inmediato o mediano, y que el uso público que se haga de la obra podrá ser directo o indirecto, entonces tal caracterización se torna inoperante, y puede llegar a decirse, con Vitale, que poco importa caracterizar dicho fin público, ya que lo esencial es que la obra sea ejecutada por cuenta de un ente público, "el cual por el sólo hecho de la construcción no puede tener sino fines públicos"²⁰. Tal afirmación no peca de incorrecta, pero importa establecer que la fi-

¹⁹ Por ejemplo Cón. 2º de Apel. de La Plata, *Compañía General de Obras Públicas*, 1933, en "La Ley", t. 6, p. 1030, y Borneo, 1931, "La Ley", t. 12, p. 328; Comisión Arbitraria de la Ley 12.910, "Fallos", t. 1, Buenos Aires, 1932, p. 17 y n.

²⁰ VITALE, op. cit., p. 568.

nalidad pública que pueda existir en el contrato de obra pública no es en absoluto diferenciable de la finalidad pública que pueda perseguir en cualquier otra actividad que realice; que su fin es "público" por el sólo hecho de ser un este público y no un particular el que lo realiza²¹.

En sentido similar ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que "Todas las que ejecuta el Estado, como persona del derecho público, o como persona jurídica, en sus bienes públicos o en sus bienes privados, será, pues, en el sentido "genérico" de la expresión, una obra pública"; "...la verdad es que todo lo construido por cuenta de la administración pública, en cuanto obra de ella, no puede considerarse obra privada, puesto que no la especifica el exclusivo interés de los particulares en cuanto tales, sino el de la comunidad regida por la administración pública que la construye"²².

Parece ser evidente, entonces, que querer aclarar en la noción de "contrato de obra pública" que el Estado persigue una finalidad pública (interés general, etc.), al celebrarlo, no es sino una redundancia; no hay, pues, justificación doctrinaria para la inclusión de ese "requisito" en la noción respectiva.

Pero, además, es de advertir que esta *finalidad pública* que encontramos en el contrato no es en rigor la misma finalidad pública que existe en la cosa obra pública: la de la cosa obra pública es en cierta medida más concreta, y no la hallamos en todas las demás cosas del Estado; la del contrato es amplísima (como que cualifica nada más que la presencia del Estado) y la hallamos en todos los otros contratos de locación de obra efectuados por el Estado. Y eso justifica entonces que en la obra pública se hable de un fin público, pero hace innecesario hablar de finalidad pública en el contrato en sí.

En definitiva, "La distinción entre las locaciones de obra privadas y públicas reposa sobre la persona del comitente: son privadas las locaciones de obra en las cuales el comitente es un particular, públicas aquellas en las cuales el comitente es el Estado u otro ente de derecho

²¹ Esto, por supuesto, lida ya con la teoría general del derecho administrativo, y es cosa harto discutida. Lo que aquí afirmamos entronca con nuestro concepto de "función administrativa", que abarca toda la actividad de los órganos administrativos (ver nuestra *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, 1956, 2ª edición, p. 83 y m.) y también con nuestro concepto de acto administrativo, que no admite la existencia de "actos privados" de la administración (ver nuestro *El acto administrativo*, Abelardo Perrot, Buenos Aires, 1963, p. 64).

²² F. C. *Barras Aires al Pacífico c. Consejo Agrario Nacional*, 1946, "La Ley", t. 42, p. 829 y sig.

público. Es, en cambio, indiferente al destino de la obra, o una eventual conexión de ésta con otra de naturaleza pública”²².

B. Objetivo del contrato de obra pública

1) Es una locación de obra.

¿Qué es el contrato de obra pública?

¿Una locación de servicios, una locación de obra, una compra-venta, un contrato inominado?

La doctrina y la jurisprudencia argentinas se han pronunciado uniformemente en el sentido de que se trata de una locación de obra²³, y éste es el criterio que consideramos acertado. La duda, si acaso, se presentaría en relación a la locación de servicios; pues bien, a este respecto cabe recordar que los criterios propuestos para establecer la distinción entre locación de servicios o de obra son básicamente tres:

a) El criterio basado en la subordinación o dependencia que existiría en la locación de servicios y faltaría en la de obra. Este criterio, aunque compartido por varios autores en el derecho privado²⁴, no ofrece para este caso solución alguna convincente, pues si bien permite determinar que el contratista de obra pública está realmente bajo la dependencia de la Administración, y supeditado a sus órdenes y autorizaciones — lo que parecería indicar que se trata de una locación de servicios—, no alcanza a aclarar si esa subordinación se debe a la naturaleza del trabajo (hipotéticamente, locación de servicios), o a que se trata simplemente de un contrato administrativo, en el que sobrenale como nota distintiva y de principio, por lo menos en lo que respecta al derecho argentino vigente, precisamente, la subordinación jurídica del co-contratante respecto de la Administración, cualquiera sea la forma que el contrato adopte (servicios, suministros, obra)²⁵. Y la conclusión

²² RUIVO, DOMENICO, *L'Appalto*, Turín, 1938, p. 43.

²³ Ver *infra*, nota 28. Incidentalmente, es de señalar que afirmar que un contrato es “locación de obra” implica destacar la estructura interna del contrato, pero no presupone en modo alguno sostener que se trata de una locación de obra regida por el derecho privado. El concepto “locación de obra” es una noción jurídica, de la teoría general del derecho, y no es privativa del derecho civil, aunque sea éste quien la haya estudiado más.

²⁴ Por ejemplo SALVAT-ACUÑA ANSOBEAMA, *Fuentes de las Obligaciones*, t. II, Buenos Aires, 1952, p. 314, n. 1194; BORDA, GUILLERMO, *Contratos*, t. II, Buenos Aires, 1962, p. 15; SPOFFA, ALBERTO G., *Tratado de la locación de obra*, 2ª ed., t. I, Buenos Aires, 1951, p. 39, apartado d).

²⁵ BERGARETTE, MIGUEL ANGEL, *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, 1951, n. 103 y ss., p. 100 y ss., p. 214.

parece ser que esa subordinación que encontramos se debe tan sólo a que se trata de un contrato administrativo, y no a que se trate de una locación de servicios. Por lo tanto, este criterio debe ser desechado para indicar la naturaleza jurídica del contrato de obra pública.

b) El criterio basado en el modo de retribución aporta razones para considerar al presente como contrato de locación de obra, pues lo determinante sería —por contraste con la locación de servicios— que el pago se realiza en proporción a la obra ejecutada y no a la duración temporal del trabajo. Sin embargo, ello no es de por sí decisivo, pues la ley de obras públicas no exige necesariamente que el pago se efectúe de acuerdo a la obra realizada. El artículo 48 de la ley 13.064 implícitamente se refiere a este sistema de pago, por cierto, cuando dispone que los intereses a que tendrá derecho el contratista por demoras en los pagos, se liquidarán a la tasa fijada por el Banco de la Nación “para los descuentos sobre certificados de obra”; dado que los certificados de obra son, precisamente, constancias del trabajo realizado, que se emiten regularmente a fin de efectuar los pagos respectivos en proporción a ese trabajo u obra efectuado, pareciera ser que la ley está contemplando implícitamente este modo de retribución. Pero, no obstante, esa referencia tácita del artículo 48 de la ley, es terminante para esta cuestión el artículo 45 de la misma ley, el cual establece que “Las condiciones de pago se establecerán en los pliegos de condiciones generales y en los particulares de cada obra”. De allí surge que nada obsta para que en contrato determinado se establezca como modo de retribución el pago en relación al tiempo trabajado y no a la obra realizada; con lo cual pierde certeza la solución a que nos lleva el criterio de distinción analizado.

c) El criterio que analiza el resultado basado por las partes²⁷ es el que en forma más clara indica la solución a que arribamos al comienzo, y en que están contestes doctrina y jurisprudencia: que estamos ante una locación de obra.

En efecto, si lo que distingue a la locación de servicios de la locación de obra es el objeto que persiguen los contratantes, a saber: 1) el trabajo mismo, la actividad del co-contratante con independencia del resultado; la tarea en cuanto fin (locación de servicios), ó 2) la obra

²⁷ Este criterio ha sido usado a veces principalmente, p. ej. Serra, op. cit., p. 37 y 38; SALAS, ACRONI ENRICHIO, *Código Civil y leyes complementarias argentinas*, t. II, Buenos Aires, 1937, p. 926, y los fallos que cita; otras veces se lo ha usado accesorariamente, e incluso en algunos casos nada más que como criterio general orientador, p. ej. BONA, op. cit., p. 14. En la jurisprudencia y en la práctica administrativa, expresa o implícitamente, siempre ha sido éste el criterio rector para determinar la naturaleza del contrato (servicios u obra). Ver infra, nota 28.

resultante de ese trabajo, el producto terminado; el efecto del servicio o trabajo (locación de obra), entonces parece ser bastante claro que nos encontramos frente a una locación de obra, por cuanto la ley da por supuesto que el contrato de obra pública arriba a la terminación de las obras, o sea, contempla el resultado del trabajo del contratista.

Esto último se aprecia desde la denominación misma del capítulo VI, titulado "De la recepción de las obras"; allí la ley indica y acentúa que este contrato desemboca necesariamente en la terminación y entrega de un trabajo determinado, y no en la mera prestación del servicio durante un período de tiempo. El artículo 40 lo corrobora, al expresar que "Las obras podrán recibirse total o parcialmente..."; igual contenido tiene el artículo 41, al disponer que "La recepción definitiva se llevará a efecto tan pronto expire el plazo de garantía... siendo durante ese plazo, el contratista responsable de la conservación y reparación de las obras..."; lo mismo ocurre con el artículo 42, de acuerdo al cual "En los casos de recepciones parciales definitivas, el contratista tendrá derecho a que se le devuelva o libere la parte proporcional de la fianza..." Por último, la cuestión queda totalmente zanjada con los artículos 43 y 44, en los cuales la ley suprime la cancelación de la fianza a la comprobación de que la obra terminada esté correctamente ejecutada ("Si las obras no estuviesen ejecutadas con arreglo a las condiciones del contrato...", art. 43).

En conclusión, en el contrato de obra pública el resultado buscado por las partes es el producto terminado, la obra resultante del trabajo del contratista, y, por lo tanto, el mismo es una locación de obra; tal es la solución imperante en la doctrina y jurisprudencia nacionales²⁴.

2) Puede referirse a inmuebles, muebles u objetos incorporales.

Establecido que nos encontramos ante una locación de obra, se presenta ahora el problema de determinar si la misma puede referirse tanto a objetos muebles como inmuebles u objetos incorporales, según

²⁴ Cán. Civ. 1º La Plata, "Jur. Arg.", t. 19, p. 245, Gariévoz, 1932; Cán. Com. Cap., "La Ley", t. 53, p. 121, 124, Salomón, 1942; Cán. 1º de Apel. de Rosario, "La Ley", t. 57, p. 398, 396, Ragnese y Cia., 1948; Cán. Mac. Civil, sala F., "La Ley", t. 56, p. 358, "Jur. Arg." t. 1959-VI, p. 65, D'Alzano, 1959; Suprema Corte de Mendoza, "La Ley", t. 97, p. 342, Oyarri, 1959; Cán. Nac. Fed., Sala Civ. y Com., "La Ley", t. 105, p. 870, Santos, 1961; Corte Sup. Santa Fe, J. 3-123, cit. en "La Ley", rep. XVI, p. 173, *Discusiones de la Procuración del Tesoro de la Nación*, t. 49, p. 89; t. 77, p. 363; t. 78, p. 74; t. 81, p. 244, entre otros. Buzna, op. cit., t. II, p. 350; VILLANAS BASSOVINO, BUSTAMANTE, *Efectos jurídicos de la desvalorización de la moneda, producida por actos de gobierno, en los contratos de obra pública y suministros*, "La Ley", t. 1, p. 179, sec. doctrina; SALVAT-ACUÑA AMOROSO, op. cit., p. 327; BARRIOTO BASSOVI, op. cit., p. 28; nota editorial en "Jur. Arg.", t. 19, p. 270.

es la solución del derecho civil²⁰, o sí, en cambio, debe referirse exclusivamente a la construcción, reparación, etc., de un inmueble, según es la solución de gran parte de la doctrina extranjera²¹.

La cuestión dista mucho de ser meramente teórica, y puede, incluso, decirse que constituye aún hoy uno de los puntos álgidos de la práctica argentina en materia de contratos administrativos. En efecto, si concluyéramos en que contrato de obra pública es únicamente la locación de obra referida a inmuebles resultaría que numerosos contratos celebrados por el Estado para la construcción de objetos muebles (por ejemplo la construcción de locomotoras, dragas, etc.), serían contratos de suministros, regidos por la ley de contabilidad y el reglamento de compras-ventas del Estado, y no por la ley de obras públicas, a pesar de ser locaciones de obra.

Ello es importante porque en el contrato de suministros no es de aplicación en la práctica actual la teoría de la imprevisión, y los precios pactados son invariables cualquiera sea el aumento de costos que se produzca con posterioridad a la oferta; mientras que en el contrato de obras públicas, por imperio de la ley 12.910 y sus reglamentaciones, se resarce al contratista por los mayores costos que se hayan producido en los materiales y mano de obra con posterioridad a la licitación. De allí que la caracterización del contrato como suministro u obra pública tenga gran trascendencia práctica.

Desde luego, la decisión de la controversia no puede en modo alguno darla la magnitud económica de la obra, y por ello el señalar que "la obra pública puede ser tan importante o más aún sobre muebles que sobre inmuebles" no aporta argumento alguno de valor en favor de la solución que incluye a los muebles dentro del contrato de obra pública²².

Entendemos nosotros que puesto que el derecho civil se aplica subsidiariamente a la ley de obras públicas²³, a él corresponde recurrir

²⁰ Por ejemplo REZZONICO, LUIS M., *Estudio de los contratos*, 2ª ed., t. II, Buenos Aires, 1929, p. 689/1; GOLDSTEIN, MATTEO, y OSORIO y FLORIT, MARIANO, *Código Civil y leyes complementarias*, t. II, Buenos Aires, 1963, p. 59/60; SALAS, op. cit., p. 926 y ss.; BONA, op. cit., p. 76.

²¹ SERRAQUÉ LAGO, op. cit., t. II p. 926 y ss.; VARELA, op. cit., p. 671; LUDWIG, op. cit., p. p. 788/9; DEVAZ y DEBAYAT, op. cit. p. 915; CASARLOVA, op. cit., p. 3; GARCÍA OTERO, COLOM, y MARRIBON UZARRA, ENRIQUE, *Derecho administrativo*, 6ª ed., t. I, Madrid, 1957, p. 305; etc.

²² Esto con referencia a lo sostenido por BONA, op. cit., p. 390.

²³ Así lo dan a entender numerosos fallos: Corte Suprema, "Fallos", t. 182, p. 302, 347, *Secura*, 1938; Sup. Corte Buenos Aires, "La Ley", t. 102, p. 275, 276, *García*, 1960; Sup. Corte Mendoza, "La Ley", t. 97, p. 343, *Gwerit*.

para resolver la cuestión. Y dado a su vez que el derecho civil ha considerado que el contrato de locación de obra puede versar sobre inmuebles, muebles u objetos incorporados²⁸, igual principio cabe aplicar al contrato de obra pública²⁹.

Dicha solución se ve reforzada por la amplitud de la definición que ofrece la ley de obras públicas (art. 1): ésta dice claramente que "toda construcción. . ." está comprendida en el concepto, y no puede entonces entrar a diferenciarse qué construcciones son alcanzadas por la ley y cuáles no. Por otra parte, cuando la ley agrega ". . . o trabajo. . .", amplía aún más, si cabe, la noción, y subsume obviamente todo tipo de trabajo que responda al concepto de locación de obra, tratése de trabajo para hacer una cosa material, mueble o inmueble, o algo inmaterial. Y, por último, cuando la ley concluye ". . . o servicio de industria. . .", concepto híbrido y confuso que podría tal vez ser definido como una organización de medios materiales que tiene una finalidad de tipo industrial³⁰, parece, incluso, posible considerar que la ley abarca también, en este aspecto, las universalidades de hecho o de derecho.

Es de hacer notar, con todo, que bajo la vigencia de la ley 775 se interpretó judicialmente que el contrato de obras públicas se refería únicamente a inmuebles, y que un contrato que tenía por objeto la construcción de muebles era un contrato de suministro³¹. Pero este concepto se sustentaba principalmente en los antecedentes parlamentarios

1939. Cón. Nac. Civ. Sala F. "La Ley", t. 96, p. 359. *D'Addato*, 1939; Cón. 1.^o Apel. Rosario, "La Ley", t. 37, p. 298. *Bagnone y Civ.*, 1948; Cón. Fed. Mendoza, "La Ley", 49, p. 527. *Lauria*, 1948; Cón. Fed. Cap., "Jur. Arg.", t. XXVIII, p. 813. *Mévoli*, 1928. *Conf. Buita*, op. cit., t. I, edición 1938, p. 443; *Díaz en Guzmán*, *El error en los contratos administrativos*, en "Jur. Arg.", t. 38, p. 309, en nota.

²⁸ Ver la doctrina citada supra, nota 29, y sus referencias.

²⁹ En igual solución, *Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación*, t. 81, p. 244, y sus precedentes de t. 79, p. 109; t. 68, p. 110; t. 51, p. 197. Incluyen a los muebles, sin dar fundamentos concretos, y sin mencionar en uno u otro sentido a los objetos incorporales. *Buita*, op. cit., p. 350 y *Gasca*, op. cit., p. 210.

³⁰ Es el Congreso se dijo, al tratarse la ley, que el concepto de "servicio de industria" se refería a la "organización e instalación de servicios industriales como ser fábricas, talleres, etcétera" (*Diario de Sesiones, Diputados*, año 1947, t. IV, p. 887), y la Procuración del Tesoro de la Nación ha dicho que "corresponde encuadrar dentro de ese concepto los contratos en que el contratista se obliga a organizar e instalar una planta industrial que tenga por finalidad la de obtener, transformar, perfeccionar o transportar productos materiales" (*Dictámenes*, t. 87, p. 61, criterio seguido por el decreto 5.186/60, B.O. 17-8-60).

³¹ Cón. Fed. Cap., "Jur. Arg.", t. 1944-I, p. 782. *Mir Chouber y Civ. v. Gobierno Nacional*.

de la ley 775, hoy inoperantes como criterio de interpretación. En efecto, "...ese argumento no vale para la actual ley 13.064. Si se ha considerado contrato de obra pública a aquél cuyo objeto es, por ejemplo, la confección de planos y proyectos, o la dirección de una obra, o la ejecución de una escultura, no parece que pueda afirmarse que el contrato de obra pública se refiere únicamente a obras inmuebles. Y respecto al ejemplo señalado, de la confección de proyectos, es interesante señalar que la misma ley de obras públicas lo prevé en su art. 4, desvirtuando así el argumento de que ella excluya la locación cuyo objeto no sea un inmueble"⁵⁷.

Por lo demás, ya hay actualmente antecedentes jurisprudenciales en sentido contrario al del fallo recordado, y se ha aceptado expresamente que el contrato de obra pública puede también versar sobre objetos muebles (en la hipótesis del fallo, caños de hormigón)⁵⁸. Puede en conclusión afirmarse, en el derecho administrativo argentino, que el contrato de obra pública es una locación de obra que puede versar sobre cosas muebles o inmuebles u objetos incorpóreos⁵⁹.

3) Contratos de obra pública por accesoriadad.

Hasta ahora nos hemos referido a la noción propia de los contratos de obra pública, en atención a su naturaleza esencial; hemos visto que por su contenido, por su sustancia, se los puede definir como locaciones de obra.

Sin embargo, no es ésa la única hipótesis en que un contrato puede ser considerado "contrato de obra pública" en el derecho argentino. En efecto, un contrato celebrado entre la Administración y un particular puede serlo de obra pública, sea:

- a) por su naturaleza (tal como hemos visto, es decir, cuando constituye una locación de obra); o
- b) por accesoriadad a una obra pública.

Este último caso se ha planteado en base a distintos puntos de apoyo: parcialmente, el artículo 36 de la ley 13.064⁶⁰; fundamental-

⁵⁷ *Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación*, t. 81, p. 164.

⁵⁸ *Cím. 2ª Apel., Sala I, La Plata, rev. "Sancamiento"*, n. 180, p. 97 y ss., *Obras Sanitarias de la Nación c. Cospi Maca, S.A.C. e I.*, 26 de agosto de 1962.

⁵⁹ Ver *supra*, notas 34 y 38.

⁶⁰ Que establece: "Excepción de la substanciación dispuesta por el artículo 49 de la ley de contabilidad la contratación de cualquier provisión destinada a las obras públicas nacionales".

mento, el artículo 2 del decreto n° 19.324/49,⁴¹ y secundariamente, la teoría del "vínculo indivisible" entre los contratos accesorios a una obra pública y la misma, o de la "fuerza atractiva" de la noción de obra pública: doctrina ésta elaborada por la jurisprudencia y los juristas franceses, de acuerdo a la cual se consideran también contratos de obra pública los contratos accesorios a una obra pública o que tienen algún elemento, aún en sentido amplio, de obra pública.⁴²

La admisión de este principio es una firme práctica administrativa⁴³ y ha sido además recogida alguna vez en la jurisprudencia.⁴⁴ Su principal concreción normativa es el mencionado artículo 2 del decreto 19.324/49.⁴⁵ De acuerdo a esta disposición los contratos de suministros y compraventa de objetos destinados a obras públicas "hasta su habilitación integral", son alcanzados por el carácter y concepto de las mismas, en el sentido de que también se rigen por la ley de obras públicas; o, en otras palabras, que tienen el mismo régimen jurídico de los contratos de obras públicas.

La norma es algo oscura, pero tal interpretación surge de que ella expresa que a los mencionados contratos (compraventa y suministros) "les alcanzan todos los efectos correspondientes al carácter y concepto de las obras públicas", lo que ha permitido decir a la Procuración del Tesoro de la Nación que "Si el objeto del contrato, que conceptualmente sería un suministro, se transmuta por efecto de esa norma en una «obra pública», es claro entonces que todo el régimen jurídico aplicable es el de obras públicas".⁴⁶

⁴¹ El cual expresa: "a las adquisiciones y apropiaciones de inmuebles y sus medietades les alcanzan todos los efectos correspondientes al carácter y concepto de las obras públicas, como así también a las adquisiciones de materiales, maquinarias, instalaciones y elementos similares" (En construcciónes, trabajos de industria esenciales precedentemente, hasta su habilitación integral).

⁴² Ver, entre otros, Deuz y Dumas, op. cit., p. 918/9; Vernet, op. cit., p. 671/2.

⁴³ Entre otros, decretos 11.832/60 y 241/61; Direcciónes, t. 34, p. 12, 248; t. 31, p. 197; t. 67, p. 61; t. 68, p. 110; t. 70, p. 238; t. 74, p. 95; t. 75, p. 126; t. 79, p. 138; t. 81, p. 244.

⁴⁴ Cám. 1° Apel. La Plata, "La Ley", t. 45, p. 279, Com. 1946, aplicando el artículo 2316 del Código Civil.

⁴⁵ Ver supra, nota 41. Incidentalmente, es de señalar que cabe obligar al juez a dar fe sobre la legitimidad de un decreto tal, que intenta definir e interpretar el sentido de una norma legal; se lo cita y mantiene porque responde de todos modos a una doctrina que puede considerarse en líneas generales aceptable, y porque, al menos, puede estimarse obligatorio para los propios agentes de la administración.

⁴⁶ Direcciónes de la Procuración del Tesoro de la Nación t. 77, p. 126, el que a su vez además que la equiparación que hace el decreto 19.324/49 es tota

Para que la disposición comentada resulte de aplicación es necesario, según ella lo dispone, que los elementos adquiridos estén "destinados a las construcciones, trabajos o servicios de industria enunciados precedentemente, hasta su habilitación integral".

Se presentan así dos hipótesis:

- a) que los elementos estén destinados a una obra pública (en el primer sentido, como cosa) en construcción, y todavía no integralmente habilitada (aunque lo esté parcialmente);
- b) que los elementos estén destinados a un contrato de obra pública en vías de ejecución, y todavía no finalizado totalmente.

Los dos casos se superponen en cierta medida, pero cada uno abarca circunstancias que son ajenas al otro. En efecto, un edificio público que haya sido terminado ya por el constructor de la obra, y cuyo contrato haya sido liquidado definitivamente, puede todavía requerir el mobiliario imprescindible para su habilitación: en tal caso el suministro del mobiliario, aunque no está destinado accesoriamente a un contrato de obra pública, si lo está a una cosa obra pública, y el decreto 19.324 sería de aplicación. A la inversa, si por ejemplo se deben adquirir por contrato de suministro ciertas piezas accesorias para dragas (muebles) que están siendo ejecutadas por un constructor para la Administración, tendríamos que esas piezas no estarían destinadas a una obra pública, en cuyo caso el decreto 19.324 también sería de aplicación.

En uno y otro supuesto, sólo cabe hablar de contrato de obra pública "por accesoriedad", si el contrato accesorio es realmente un contrato de suministros o de compraventa; pues si el mobiliario o las piezas deben ser construidas por especial encargo, y en definitiva constituyen locaciones de obra, entonces los contratos respectivos serán de obra pública por su naturaleza propia, por su esencia, y no por accesoriedad.

Finalmente, debe recordarse que ciertos contratos que en la teoría francesa son considerados de obra pública por su accesoriedad a un inmueble que revista el carácter de tal, no encuadran en ninguna de las hipótesis que hemos mencionado para el derecho argentino: así por ejemplo la limpieza de calles, mantenimiento de caminos, etc., no son accesorios a un contrato de obra pública, ni tampoco a una obra pública no habilitada integralmente. Tales contratos, pues, sólo podrían ser considerados como de obra pública en caso de que constituyeran locaciones de obra; pero no, al menos actualmente, si se tratara por ejemplo de locaciones de servicios, o de suministros de materiales destinados a

y que en consecuencia el contrato de suministro o de compraventa de elementos destinados a una obra pública se rige íntegramente por la ley de obras públicas, en todos sus aspectos.

esas locaciones de servicios o a la realización de esos trabajos por administración. A su vez, incluso aunque el contrato se refiera a una obra pública no habilitada integralmente, no queda equiparado al régimen de las obras públicas si constituye una locación de servicios, por cuanto el decreto 19.324/49, que hace la equiparación, se refiere sólo a las compraventas y suministros destinados a aquéllas, y no menciona las locaciones de servicios.

Ese régimen del decreto 19.324/49 se mantiene vigente, a nuestro criterio, a pesar del dictado del decreto 6900/63, referido a los contratos de suministro. El artículo 3 del decreto 6900/63 expresa: "Las contrataciones de suministros de materiales o servicios destinados a obras públicas nacionales se sujetarán a las disposiciones que se aprueben por autoridad competente con arreglo a las normas contenidas en la legislación en vigor sobre la materia o, en su defecto, a las disposiciones de este Reglamento".

Al establecer esta norma que los suministros para obras públicas se sujetarán a "las disposiciones que se aprueben por autoridad competente", queda necesariamente remitida, a pesar de haber algo oscuro en el futuro, al decreto 19.324/49 que es el que establece el régimen en vigor.⁴¹ Con respecto al funcionamiento de aquellos principios en la práctica, cabe agregar que no siempre la Administración utiliza los pliegos correspondientes al contrato de obras públicas, cuando celebra este tipo de contratos accesorios a una obra pública. A menudo se han utilizado pliegos que contenían cláusulas de invariabilidad de precios —típicas del simple contrato de suministros—, y ello ha originado dificultades al advertirse con posterioridad al perfeccionamiento del contrato la verdadera naturaleza del mismo; el Tribunal de Cuentas de la Nación sostuvo en algunas oportunidades que en tales casos no debía aplicarse el régimen de las obras públicas sino el de suministros, y que en consecuencia la cláusula de invariabilidad de precios debía aplicarse rígidamente, sin efectuarse los reconocimientos de mayores costos que son de rigor en los contratos de obra pública.

Pero la Procuración del Tesoro de la Nación consideró que ante la obligatoriedad de dicho decreto para las reparticiones administrativas, "una vez tipificado un contrato como de obra pública es obligatorio para los organismos estatales reconocer los mayores costos que se hubieran producido y son inválidas las cláusulas contractuales que tienden a negarlo";⁴² pues "...la actuación de las reparticiones públicas en lo

⁴¹ Desde luego, es fácil advertir que quienes redactaron este decreto 6.900/63 no tuvieron presente la existencia del decreto 19.324/49 y su correspondiente interpretación; pero esa omisión o desconocimiento no quite que éste exista y, sea, en el sentido de aquella norma, disposición aprobada por autoridad competente para regir los contratos de suministros para obras públicas.

⁴² *Dividencias*, t. 81, p. 244.

que respecta a licitaciones de obras, no es discrecional; al contrario, tal actividad se encuentra reglada por distintas leyes y decretos. Así, en nuestro caso, las variaciones de precios que puedan modificar la ecuación económico-financiera del contrato de obra pública, han sido previstas por la ley 12.910 y su decreto reglamentario y las reparticiones públicas deben ceñirse a sus normas y reconocer tales diferencias a los contratistas, ya que ello no es potestativo para las reparticiones públicas sino obligatorio".⁴⁹ Y en definitiva tal fue el criterio que imperó en la administración nacional, pues el Poder Ejecutivo dictó decretos de insistencia para dejar sin efecto las observaciones del Tribunal de Cuentas.⁵⁰

Por ello es dable concluir también que aunque un contrato de obra pública por accesoriidad se haya realizado en base a pliegos o cláusulas propias de contratos de suministros, por ejemplo, las soluciones que cabe aplicar son siempre las del contrato de obras públicas.

C. Sujetos del contrato de obra pública

Llega por último el momento de referirse a los sujetos del contrato y también al mentado y criticado "elemento financiero" del contrato de obra pública.

Son dos cuestiones que deben analizarse conjuntamente, y que en definitiva desembocan en una sola. Desde que la ley 13.064, siguiendo en lo esencial a la anterior, 775, definió al contrato como toda construcción, etc., "que se ejecute con fondos del tesoro de la Nación", mucho se ha atacado y criticado a este concepto. Pero nosotros no vamos a agregar aquí una nueva crítica, sino que bien por el contrario intentaremos analizar con criterio constructivo el principio legal, y eventualmente demostrar que bajo esa caracterización hay un plausible razonamiento que a su vez permite completar racionalmente la noción de contrato de obra pública.

"¿Qué significa, en efecto, y qué alcances tiene, el requisito de que la obra se ejecute "con fondos del tesoro de la Nación?" Los casos en que cabría analizar si hay o no un contrato ejecutado con fondos del tesoro de la Nación, pueden agruparse en las siguientes categorías:

- 1) cuando contrata la administración nacional;
- 2) cuando contrata un ente descentralizado de la administración nacional (ente autárquico, empresa del Estado);

⁴⁹ *Disidencias*, t. 81, p. 244 y sus precedentes: t. 34, p. 265 y 268; t. 47, p. 11; t. 51, p. 197; t. 57, p. 149; t. 67, p. 61; t. 68, p. 110; t. 70, p. 238; t. 74, p. 93; t. 79, p. 138.

⁵⁰ Decreto 11.832/60, B.O. 9/IX/61, insistido por decreto 261/61, B. O. 1/III/61.

3) cuando contrata una provincia, o una entidad pública o privada, con subsidios otorgados por la Nación o un ente descentralizado de la Nación;

4) cuando contrata una provincia o cualquier otra entidad pública o privada, mediante préstamos otorgados por la Nación o un ente descentralizado de la misma.

En ese orden analizaremos los casos enunciados:

1) Cuando es la administración nacional la que contrata, siempre se emplean necesariamente fondos del Tesoro nacional; aunque un particular o un organismo internacional done fondos para alguna obra que ejecuta el Estado, siempre esos fondos se irán a confundir con el tesoro nacional: incluso aunque integren alguna cuenta diferenciada, el mero hecho de que la administración intervenga implica a su vez, siquiera parcialmente, el empleo de fondos públicos; en tales hipótesis, por el carácter de lo principal y lo accesorio, lo que debe primar es siempre el hecho de que se emplean fondos del tesoro nacional. El resultado, observamos que toda vez que quien contrata es el Estado central, se emplean, en cualquier circunstancia, fondos del Tesoro nacional, y, lo que puede afirmarse que —tratándose de una locación de obra— dicho contrato será necesariamente un contrato de obra pública, de acuerdo al artículo 1 de la ley (ya que los fondos son "del tesoro nacional").

Desde luego, lo que afirmamos se refiere únicamente a aquellos casos en que la Administración contrata en nombre propio. En efecto, corresponde excluir ciertos contratos que a veces se presentan, en los cuales, y a resultas de convenios previos entre la Nación y alguna Provincia, la Nación contrata en nombre y por cuenta de aquella la ejecución de alguna obra provincial, cuya íntegra financiación estará a cargo de la Provincia; en estos casos, la Nación percibe de la Provincia un porcentaje de honorarios por sus tareas de representación, dirección e inspección de las obras. En tales hipótesis, la Nación no contrata por sí misma, sino por cuenta de un tercero; su responsabilidad no se halla comprometida; el empleo de sus funcionarios se halla especialmente remunerado por la Provincia, etc. En tales circunstancias, el contrato no es obra de obra pública nacional.²¹ Y aquí conjugan armónicamente la noción de "Tesoro nacional" y de "Estado nacional", ya que, al par que no se financia la obra con parte del Tesoro nacional, ni se compromete a éste de otra manera (por lo que no se da el elemento "Tesoro nacional"), tampoco actúa la Nación por cuenta propia, en nombre propio (con la que tampoco se da el elemento "contrato de la Nación"); de allí se sigue entonces, como dijimos, que toda vez que una locación de obra es contratada por el Estado nacional (aceptando como supuesto

²¹ *Derechos*, t. 75, p. 60.

previo, que lo hace a nombre propio), estamos en presencia de un contrato de obra pública.

2) Entes descentralizados: a) entes autárquicos. Cuando quien contrata es un ente autárquico de la administración nacional, empleando fondos de su patrimonio propio, podría tal vez entenderse que ellos no forman parte del Tesoro nacional; pero es bien evidente que ello no es así, por cuanto la afectación legal de recursos que da origen a tal patrimonio ha sido hecha por la Nación, sea con fondos propios o con fuentes de recursos que pertenecen al Tesoro nacional.

En tal sentido, ya la Cámara Civil 2ª de la Capital Federal había declarado que los contratos de locación de obra celebrados por una entidad autárquica nacional (en el caso una Sociedad de Beneficencia creada por la Provincia de Buenos Aires y luego transmitida al Estado nacional como entidad descentralizada del mismo⁶³) eran "contratos de obra pública" regidos por la ley 775: "...no puede negarse que aun cuando los fondos que la sociedad de Beneficencia administra, lo sean con la autonomía propia de una persona jurídica, ellos forman parte del tesoro de la Nación, como lo corrobora el hecho de que dicha sociedad se encuentra sometida a todas las disposiciones y obligaciones emergentes de la ley de contabilidad, y debe, como lo recordaba la Suprema Corte en el fallo citado, rendir cuenta de su gestión a la Contaduría General de la Nación".⁶⁴

Con criterio similar, la Procuración del Tesoro de la Nación ha sostenido que "...también las entidades autárquicas a falta de precepto expreso en contrario se hallan regidas por la ley 13.064, aun cuando la obras que ejecuten sean solventadas con fondos propios, pues pese al hecho de que la ley les asigne un patrimonio especial no por ello dejan aquéllas de ser fondos del Estado".⁶⁵

En conclusión, toda entidad descentralizada del Estado nacional,

⁶³ La Sociedad de Beneficencia aquí mencionada es la creada por un decreto del 2 de enero de 1833 por la Provincia de Buenos Aires, transmitida a la Nación por otro decreto del 15 de diciembre de 1880 y calificada como "dependencia administrativa del Estado" y como "entidad moral, a la que se entregó... una rama de la administración pública". Ver Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Pallier", t. 114, p. 315, 323, *Folio de Buenos Aires e. Gobierno Nacional s/ reivindicación del inamovible Colegio de la Merced*, 1911. Fuera de estos casos de excepción, por supuesto, una sociedad de beneficencia es una entidad privada, y en tales supuestos sus contratos no sería en modo alguno contratos de obra pública.

⁶⁴ Cám. Civ. 2ª, Cap. *Figini e. Svanborg*, 1912, *Gaceta del Foro*, t. 103, p. 112.

⁶⁵ *Disidencias*, t. 77, p. 157; t. 80, p. 30 y 116. *Precedentes expuestos o implícitos*, t. 76, p. 183; t. 82, p. 112; t. 61, p. 253; t. 53, p. 322; t. 66, p. 312; t. 42, p. 81.

cuyos fondos hayan nacido de una afectación legal de recursos hecha por la Nación, o que de cualquier modo esté sometida al régimen de la ley de contabilidad y deba rendir cuentas a la Nación del empleo de sus fondos a través del contralor del Tribunal de Cuentas,⁶⁶ debe considerarse, a los efectos de la ley 13.064, como parte del Tesoro nacional; por lo que los contratos de locación de obra que realice serán "contratos de obra pública".

b) Empresas del Estado. En cuanto a las empresas del Estado,⁶⁷ igual ha sido el criterio expresado en el referido dictamen de la Procuración del Tesoro, en el cual se estableció: "En mi opinión, todas las obras públicas ejecutadas por el Estado, sea por sus dependencias centralizadas o por las descentralizadas o autónomas, están comprendidas dentro de la ley 13.064. Ello como principio general que sólo puede ser objeto de excepción mediante una norma expresa que disponga la exclusión, tal como lo ha hecho la ley n° 13.653, sobre organización de Empresas del Estado, cuyo art. 8 dispone que a su respecto "no serán de aplicación las leyes 12.961 y 13.064 y toda otra disposición legal que se oponga a lo prescripto en la presente ley".⁶⁸ Ahora bien, dicha norma de la ley 13.653 fue modificada por la ley 15.023, que dispuso: "En todo cuanto no prevea la presente ley, los estatutos específicos de cada empresa y las reglamentaciones pertinentes, serán de aplicación la ley de contabilidad y la de obras públicas 13.064"; ello significa que, salvo disposición en contrario de los estatutos, la ley 13.064 es perfectamente aplicable a las empresas del Estado; y que, si bien los estatutos específicos de la empresa pueden establecer excepciones a algunas disposiciones de la ley 13.064, no pueden en cambio despojar a sus contratos del carácter de "contratos de obra pública" que la ley 15.023, por su remisión a la 13.064, les asigna.

De allí se sigue que todos los contratos de locación de obra efectuados por empresas del Estado entran también dentro del criterio de "fondos del tesoro de la Nación" y de "contrato de obra pública".

3) En cuanto se refiere a las obras realizadas por particulares, por entidades públicas no estatales, o por entes provinciales o interprovinciales, con fondos que les hayan sido suministrados por la Nación como ayuda gratuita al efecto de realizar la obra de que se trate, es evidente que tales fondos constituyen subsidios, y les alcanza en con-

⁶⁶ Que es el organismo que realiza actualmente las funciones de contralor anteriormente ejercidas por la Contaduría General de la Nación.

⁶⁷ Que son aquellas regidas por las leyes 13.653, 14.180 y 15.023.

⁶⁸ *Disidencias*, t. 77, p. 157.

⁶⁹ Como alguna vez se ha dicho, sin obviar mayores razonamientos: ver *Buzas*, op. cit., p. 349; *García*, op. cit., p. 210/1.

seguridad la exclusión que de ellos efectúa la propia ley 13.064. Dicha ley, en efecto, luego de definir como contratos de obra pública a los que se ejecuten "... con fondos del tesoro de la Nación..." agrega a continuación "... a excepción de los efectuados con subsidio, que se regirán por ley especial..." (art. 1).

Se desprende de tal disposición, que todos los casos mencionados, en que entes provinciales o particulares reciben subsidios (aportes, ayudas, contribuciones, etc., con carácter de donación) para la realización de una obra pública, no son "contratos de obra pública" regidos por la ley 13.064. En la ley 775, que decía que se regían por ella las obras efectuadas "por cuenta de la Nación", podía haber existido alguna duda. El factor de que la obra fuera en algún sentido hecha por cuenta de la Nación, unido a que se hubiera hecho un aporte, podía hacer pensar que aunque el contrato lo celebrara por ejemplo una provincia, el mismo era un "contrato de obra pública" regido por la ley nacional 775. Pero la situación ha cambiado en la ley 13.064, que ha suprimido el requisito de que la obra sea "por cuenta" del Tesoro nacional, estableciendo tan sólo que sea "con fondos" del mismo: ello, unido a la expresa exclusión legal de los subsidios, lleva a la conclusión ineludible de que tales contratos no están comprendidos en la ley 13.064. Por ello, cuando la Nación da subsidios a entes que no integran la administración nacional centralizada o descentralizada, para que realicen determinada locación de obra, no por ello se altera el régimen jurídico propio de ésta, y por lo tanto ella se rige por las normas que les sean pertinentes (si es una provincia, la ley de obras públicas local; si es una entidad privada, el Código Civil); esto es así, al menos, mientras no se dicte la "ley especial" a que hace referencia el artículo 1º de la ley 13.064.

4) Nos queda finalmente por considerar el caso en que cualquiera de los entes recién mencionados realizara una locación de obra en base a un préstamo del Tesoro nacional. La respuesta es fácil: los fondos no son en tal caso técnicamente de la Nación, pues han pasado a ser de propiedad del ente que recibe el préstamo, y se han transformado simplemente en un derecho creditorio del Estado contra él; el contrato no está pues regido por la ley 13.064.

Resumiendo, advertimos: 1) que todas las locaciones de obra contratadas por cuenta propia por la administración nacional centralizada o descentralizada, son contratos de obra pública, sin distinción alguna; 2) que todas las locaciones de obra efectuadas por otros entes que no sean la administración nacional centralizada o descentralizada (Provincias, entes provinciales, entes públicos no estatales, entes o personas privadas) se rigen por sus regímenes específicos y naturales (leyes provinciales de obras públicas; Código Civil), aunque empleen en la financiación de la obra subsidios o préstamos del Tesoro nacional; o sea, que

el empleo de parte de los fondos del tesoro de la Nación no significa, en ninguno de estos casos, que el contrato se rija por la ley 13.064.

En conclusión, las obras que se realizan con fondos del Tesoro nacional son, dentro del concepto de la ley 13.064, únicas y exclusivamente las que contrata el Estado nacional, centralizado o descentralizado, en su nombre y cuenta propia.

D. Definición de contrato de obra pública

De todo lo que antecede surge que el contrato de obra pública nacional, por su naturaleza, se caracteriza por los siguientes elementos:

- 1) es una locación de obra;
- 2) puede referirse a inmuebles, muebles, u objetos incorporales (a diferencia del derecho comparado, en que sólo se refiere por principio a inmuebles);
- 3) no requiere tener ningún fin público especial (a diferencia del concepto doctrinario, que exige siempre que la obra tenga "un fin público");
- 4) es celebrado por la administración pública nacional, centralizada o descentralizada, en nombre y cuenta propia (lo que equivale a decir que "... se ejecuta con fondos del Tesoro de la Nación..."). Ello significa a nuestro juicio que la crítica tan insistente y vieja, respecto a la presente incorrección científica del concepto contenido en la ley 13.064, es inexacta; pues es bien evidente que bajo esa aparente noción "financiera" puede encontrarse y desarrollarse, mediante una razonable investigación, una noción jurídica clara y concreta: la de que son contratos de obra pública todas las locaciones de obra celebradas en nombre y por cuenta propia por el Estado nacional, centralizado o descentralizado, con otro sujeto de derecho.

Por ello no consideramos que pueda criticarse al criterio legal por errado o ajurídico,⁵⁵ y entendemos que sólo puede decirse que es una defectuosa expresión de un correcto criterio; y que lo que corresponde es tan sólo dejar de lado la expresión aparentemente "financiera" y los otros defectos técnicos de la norma, pero manteniendo el criterio jurídico que la ley ofrece y que surge al análisis detenido de la misma.