

OBRA PÚBLICA Y CONTRATO DE OBRA PÚBLICA
(1964)

SUMARIO

1. Concepto de obra pública	819
1.1. Distintas acepciones de la locución “obra pública”	819
1.2. Elementos de la noción de obra pública	821
1.3. Definición y comparación con el contrato de obra pública	823
2. Concepto de contrato de obra pública	824
2.1. La finalidad pública en el contrato	824
2.2. Objeto del contrato de obra pública	828
2.2.1. Es una locación de obra	828
2.2.2. Puede referirse a inmuebles, muebles u objetos incor- porales	830
2.2.3. Contratos de obra pública por accesoriedad	832
2.3. Sujetos del contrato de obra pública	836
2.3.1. La administración nacional	837
2.3.2. Entes descentralizados	837
2.3.2.1. Entes autárquicos	837
2.3.2.2. Empresas del Estado	839
2.3.2.3. Sociedades del Estado	839
2.3.3. Entes no estatales y provinciales	840
2.3.4. Conclusiones	841
2.4. Definición de contrato de obra pública	841

OBRA PÚBLICA Y CONTRATO DE OBRA PÚBLICA¹ (1964)

1. *Concepto de obra pública*

1.1. *Distintas acepciones de la locución “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.²

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 prédica 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 interese destacar y comparar, al menos por ahora en el derecho argentino, sean precisamente los de “obra pública” y “contrato de obra pública.”

¹ Publicado originalmente en la revista *Rassegna dei Lavori Pubblici*, n° 5, Roma, 1964, p. 485 y ss.; reproducido y actualizado en *Contratos administrativos. Regímenes de pago y actualización*, t. I, Buenos Aires, Astrea, reimpresión 1982, p. 43 y ss.

² Ver por ejemplo SANDULLI, ALDO, *Manuale di diritto amministrativo*, Nápoles, 1957, p. 420; WALINE, MARCEL, *Droit Administratif*, 5ª ed., París, 1950, p. 439 y ss.; etc.

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 estos 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,³ pasando a servir un interés público.

2) No todos los “contratos de obra pública” tienen por objeto la construcción de una obra pública. Es ésta, 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 esté afectado a fines de utilidad general* y el cual no será pues, una vez terminado, “obra pública” en el primer sentido;⁴

³ Conf. en esta hipótesis SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, Montevideo, 1959, p. 87; MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado del dominio público*, Buenos Aires, 1960, p. 117; VEDEL, GEORGES, *Droit administratif*, París, 1961, p. 667 y ss.; WALINE, *op. cit.*, p. 443. *in fine*. En contra CIANFLONE, ANTONIO, *L'appalto di opere pubbliche*, Milán, 1957, p. 6; al respecto ver *infra*, nota 11.

⁴ En sentido similar señala ANTONINO VITALE, voz “*Lavori pubblici*,” en el *Nuovo Digesto Italiano*, t. VII, Turin, 1938, p. 560, 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. BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, 5ª ed., t. II, Buenos Aires, 1955, p. 549, afirma lo mismo respecto 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. Buenos Aires al Pacífico v. Consejo Agrario Nacional*, 1946, LL, 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 DUEZ, PAUL y DEBEYRE, GUY, *Traité de droit administratif*, París, 1952, p. 916, nota 1; comparar LAUBADÈRE, ANDRÉ DE, *Traité élémentaire de droit administratif*, París, 1957, p. 799 y 801, núms. 1618 y 1623.

b) el contrato puede también referirse a la creación de objetos incorpóreos, 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.⁵

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.

1.2. Elementos de la noción de obra pública

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 dá lugar a más tajantes discrepancias: Mientras que en Francia el concepto de obra pública es reservado exclusivamente a los inmuebles,⁶ entre nosotros se sostiene que puede tratarse tanto de una cosa *mueble* como *inmueble*.⁷

⁵ SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, p. 87, nota 2.

⁶ Ver por ejemplo VEDEL, *op. cit.*, p. 672; también en otros países: CIANFLONE, *op. cit.*, p. 3; SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, p. 87.

⁷ BIELSA, *op. cit.*, pp. 349 y 350; MARIENHOFF, *op. cit.*, pp. 93-98.

La importancia de la cuestión reside más que nada en relación al concepto de dominio público; el art. 2340, inc. 7° 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.⁸ 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, indefectiblemente, una creación humana;” “No hay *obras públicas* cuya existencia física sea extraña a la mano del hombre.”⁹ De allí que la obra pública, una especie dentro del género del dominio público, forme parte del llamado dominio público artificial.¹⁰ 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 adquiera por compra, expropiación, o cualquier otro título traslativo 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;¹¹ 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, si se requiere que le pertenezca. Se admite que puede tratarse tanto del Estado central como de un Estado provincial o de una entidad

⁸ MARIENHOFF, *op. cit.*, pp. 93-98.

⁹ MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 37.

¹⁰ MARIENHOFF, *op. loc. cit.*

¹¹ Ver SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, p. 88; WALINE, *op. loc. cit.*; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 117. En contra CIANFLONE, *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.”

descentralizada; pero no puede aceptarse que sea obra pública la que pertenece a una persona *no estatal*, aunque sea de naturaleza pública.¹²

4) El cuarto elemento, o sea el que la obra pública se halle referida a un fin de utilidad general, encuentra cierto fundamento positivo en el inc. 7° del art. 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 considerados 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.¹³

1.3. *Definición y comparación con el contrato de obra pública*

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 incorporal.

¹²Ver SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, p. 88. Comp. VITALE, *op. cit.*, p. 560 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 poítica; al respecto puede verse VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, *Derecho administrativo*, t. IV, Buenos Aires, 1952, pp. 105 y 106, y MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 52 y ss.

¹³En realidad, a pesar de que es el mismo Código Civil el que da sustento sustento para una distinción teleológica entre bienes del Estado destinados a la utilidad o comodidad común, y bienes del Estado que no estén destinados de tal modo, todo parece indicar que esa distinción carece de sustento táctico y teórico suficiente. Por de pronto y como señalamos en *Derecho administrativo de la economía*, Buenos Aires, 1967, p. 360, prácticamente todos los bienes del Estado se encuentran en la primera condición y no en la segunda, dado que usualmente se interpreta que no sólo debe comprenderse el uso directo y general de los habitantes, sino también el uso indirecto que se realiza a través de los servicios públicos. (Así MARIENHOFF, *Tratado del dominio público*, Buenos Aires, 1960, p. 114.) Repetimos así nuestra pregunta de entonces, si todos los bienes del Estado afectados a un uso público directo o indirecto integran el dominio público, ¿qué bienes tiene el Estado que no estén directa o indirectamente afectados al uso público, qué bienes que no sirvan a la utilidad o comodidad común? Ya que el Estado, por definición teórica al menos, se concibe solamente como organización destinada a satisfacer el bien común y no intereses privados “suyos” como persona jurídica... Ver también nuestro *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1974, t. I, cap. VI, § 3, *in fine*.

2) La obra pública debe servir a la utilidad o comodidad común; el contrato de obra pública, en el derecho positivo argentino,¹⁴ 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);¹⁵ 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.)

2. *Concepto de contrato de obra pública*

2.1. *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.”

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.¹⁶

Esta diferencia entre las nociones doctrinaria y legal de “contrato de obra pública,”¹⁷ 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 le paga, elimina la apreciación de si ella sirve o no a un interés general.

¹⁴ Ver *infra*, § 9.

¹⁵ En sentido similar, VITALE, *op. cit.*, p. 560.

¹⁶ Dice el art. 1º de la ley 13.064: “Considérase 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 12.737 y su reglamentación y supletoriamente por las disposiciones de la presente.”

¹⁷ Adviértase 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.

La doctrina argentina se mantiene hasta ahora firme en negar valor científico al concepto legal;¹⁸ 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. (Desde 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 que, precisamente, no responde al desiderátum doctrinario. La jurisprudencia 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. Ciertamente es que tal noción adolece de obvias 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 olvidamos 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 acientífica: 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 recientes.¹⁹

¹⁸ En particular BIELSA, *op. loc. cit.*; GRECA, ALCIDES, *Régimen legal de la construcción*, Buenos Aires, 1956, p. 210 y 211. RIÉFFOLO BESSONE, JOSÉ F., *Contrato de obra pública*, Buenos Aires, 1946, por su parte, superpone ambos conceptos: Considera que “son obras públicas las construidas con fondos del Estado y destinadas a la utilidad común” (p. 36): Similar concepto da SÁENZ, CARLOS MARÍA, “Las obras públicas en nuestra legislación positiva,” en *Rev. de la Fac. de Cs. Ec., Com. y Pol.*, 1949, n° 58/9, p. 123.

¹⁹ 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. BIBILONI, establece en el art. 1-11-1-1 (libro I, título II, cap. 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

Existen también, es cierto, algunos antecedentes en los que se habla de que el contrato debe tener una finalidad pública;²⁰ 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 de 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 enseguida 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 al 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 *mediato*, 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 VÍTALE, que poco importa caracterizar dicho fin público, ya que lo esencial es que la obra sea ejecutada por cuenta de

“Estudios y aprobación técnica del Proyecto de Código de Obras Públicas para la Provincia de Buenos Aires,” La Plata, 1961.)

Más recientemente, en el Anteproyecto de Ley de Obras Públicas Nacionales preparado por la Comisión integrada por los doctores FERRER MOYANO, RODRÍGUEZ VIDA y AVILA, se dice en el art. 1: “Considérase 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 subsidios 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 es notoria la ausencia de un requisito determinado referente a la finalidad de las obras o del contrato.

²⁰ Por ejemplo Cám. 2ª de Apel. de La Plata, *Compañía General de Obras Públicas*, 1937, en *LL*, t. 6, p. 1050, y *Borneo*, 1938, *LL*, t. 12, p. 326; Comisión Arbitradora de la ley 12.910, *Fallos*, t. I, Buenos Aires, 1952, p. 17 y ss.

un ente público, “el cual por el sólo hecho de la construcción no puede tener sino fines públicos.”²¹ Tal afirmación no peca de incorrecta, pero importa establecer que la finalidad 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 ente público y no una particular el que lo realiza.²²

En sentido similar ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que “Todas las que ejecute 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.”²³

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 existía 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 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 público. Es en cambio indiferente al destino de la obra, o una eventual conexión de ésta con otra de naturaleza pública.”²⁴

²¹ VITALE, *op. cit.*, p. 560.

²² Esto, por supuesto, linda 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 nuestro *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1974, t. I, cap. VII) y también con nuestro concepto de acto administrativo, que no admite la existencia de “actos privados” de la administración (ver nuestro *El acto administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969, y el t. III del *Tratado*, cap. II, § 10.

²³ *F. C. Buenos Aires al Pacífico c. Consejo Agrario Nacional*, 1946, LL, t. 42, p. 820 y ss.

²⁴ RUBINO, DOMENICO, *Lppalto*, Turin, 1958, p. 43.

2.2. Objeto del contrato de obra pública

2.2.1. Es una locación de obra

¿Qué es el contrato de obra pública? ¿Una locación de servicios, una locación de obra, una compraventa, un contrato innominado?

La doctrina y la jurisprudencia argentinas se han pronunciado uniformemente en el sentido de que se trata de una locación de obra,²⁵ y ése 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 privado,²⁶ 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 sobresale 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, suministro, obra.)²⁷ Y la conclusión 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, que 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

²⁵ 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.

²⁶ Por ejemplo SALVAT-ACUÑA AZORENA, *Fuentes de las Obligaciones*, t. II, Buenos Aires, 1952, p. 324, n° 1194; BORDA, GUILLERMO, *Contratos*, t. II, Buenos Aires, 1962, p. 15; SPOTA, ALBERTO G., *Tratado de la locación de obra*, 2ª ed., t. I, Buenos Aires, 1952, p. 39, apartado d).

²⁷ BERÇAITZ, MIGUEL ANGEL, *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, 1952, n° 103 y ss., p. 200 y ss., p. 214.

el pago se efectúe de acuerdo a la obra realizada. El art. 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 art. 48 de la ley, es terminante para esta cuestión el art. 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 al criterio de distinción analizado.

c) El criterio que analiza *el resultado buscado por las partes*²⁸ 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 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 cap. 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 art. 40 lo corrobora, al expresar que “Las obras podrán recibirse total o parcialmente...;” igual contenido tiene el art. 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 art. 42, de acuerdo al cual “En los casos de recepciones parciales definitivas, el

²⁸ Este criterio ha sido usado a veces principalmente, p. ej., SPOTA, *op. cit.*, p. 37 y ss.; SALAS, ACDEEL ERNESTO, *Código Civil y leyes complementarias anotadas*, t. II, Buenos Aires, 1957, p. 926, y los fallos que cita; otras veces se lo ha usado accesoriamente, e incluso en algunos casos nada más que como criterio general orientador, p. ej. BORDA, *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.

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 arts. 43 y 44, en los cuales la ley supedita 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 nacionales.²⁹

2.2.2. Puede referirse a inmuebles, muebles u objetos incorporeales

Establecido que nos encontramos ante la locación de obra, se presenta ahora el problema de determinar si la misma puede referirse tanto a objetos muebles como inmuebles u objetos incorporeales, según es la solución del derecho civil,³⁰ o si en cambio debe referirse exclusivamente a la construcción, reparación, etc., de un *inmueble*, según es la solución de gran parte de la doctrina extranjera.³¹

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 compraventas 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 era de aplicación hasta la ley 21.391 el reajuste de precios, 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

²⁹ Cám. Civ. 1° La Plata, *JA*, t. 39, p. 245, *Gutiérrez*, 1932; Cám. Comp. Cap., *LL*, t. 53, p. 121, 124, *Salamone*, 1942; Cám. 1ª de Apel. de Rosario, *LL*, t. 57, p. 298, 306, *Bugnone y Cía.*, 1948; Cám. Nac. Civil, sala F., *LL*, t. 96, p. 358, *JA*, t. 1959-VI, p. 65, *D'Amato*, 1959; Suprema Corte de Mendoza, *LL*, t. 97, p. 342, *Omatti*, 1959; Cám. Nac. Fed., Sala Civ. y Com., *LL*, t. 105, p. 670, *Savino*, 1961; Corte Sup. Santa Fe, J. 3-325, cit. en *LL*, rep. XVI, p. 173. PTN, *Dictámenes*, t. 49, p. 89; t. 77, p. 363; t. 78, p. 74; t. 81, p. 244, entre otros. *BIELSA*, *op. cit.*, t. II, p. 350; *VILLEGAS BASAVILBASO*, *BENJAMÍN*, “Efectos jurídicos de la desvalorización de la moneda, producida por actos de gobierno, en los contratos de obra pública y suministros,” *LL*, t. 1, p. 139, see. doctrina; *SALVAT-ACUÑA ANZORENA*, *op. cit.*, p. 327; *RIEFFOLO BESSONE*, *op. cit.*, p. 26; nota editorial en *JA*, t. 19, p. 270.

³⁰ Por ejemplo *REZZONICO*, *LUIS M.*, *Estudio de los contratos*, 2ª ed., t. II, Buenos Aires, 1959, p. 680/1; *GOLDSTEIN*, *MATEO* y *OSSORIO Y FLORIT*, *MANUEL*, *Código Civil y leyes complementarias*, t. II, Buenos Aires, 1963, p. 59/60; *SALAS*, *op. cit.*, p. 926 y ss.; *BORDA*, *op. cit.*, p. 76.

³¹ *SAYAGUÉS LASO*, *op. cit.*, t. II, p. 926 y ss.; *VEDEL*, *op. cit.*, p. 671; *LAUBADÈRE*, *op. cit.*, p. 798-9; *DUEZ* y *DEBEYRE*, *op. cit.*, p. 915; *CIANFLONE*, *op. cit.*, p. 3; *GARCÍA OVIEDO*, *CARLOS* y *MARTÍNEZ USEROS*, *ENRIQUE*, *Derecho administrativo*, 6ª ed., t. I, Madrid, 1957, p. 505; etc.

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 pública.³²

Entendemos nosotros que puesto que el derecho civil se aplica supletoriamente a la ley de obras públicas,³³ a él corresponde recurrir 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 incorporales,³⁴ igual principio cabe aplicar al contrato de obra pública.³⁵

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, trátase 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 industrial,³⁶ parece incluso posible considerar que la ley abarca también, en este aspecto, las universalidades de hecho o de derecho.

³² Esto con referencia a lo sostenido por BIELSA, *op. cit.*, p. 350.

³³ Así lo dan a entender numerosos fallos: Corte Suprema, *Fallos*, t. 182, p. 502, 547, BESANA, 1938; Sup. Corte Buenos Aires, *LL*, t. 102, p. 275, 276, *García*, 1960; Sup. Corte Mendoza, *LL*, t. 97, p. 343, *Omatti*, 1959; Cám. Nac. Civ., Sala F, *LL*, t. 96, p. 359; *D'Amato*, 1959; Cám. 1ª Apel. Rosario, *LL*, t. 57, p. 298, *Bugnone y Cía.*, 1948; *Cám. Fed. Mendoza, LL*, 49, p. 527, *Lauría*, 1948; Cám. Fed. Cap., *JA*, t. XXVIII, p. 813, *Moroni*, 1928. Conf. BIELSA, *op. cit.*, t. I, ed. 1938, p. 443; DÍAZ DE GUIJARRO, ENRIQUE, “El error en los contratos administrativos,” en *JA*, t. 38, p. 309, en nota.

³⁴ Ver la doctrina citada *supra*, nota 29, y sus referencias.

³⁵ En igual solución, PTN, *Dictámenes*, 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, BIELSA, *op. cit.*, p. 350 y GRECA, *op. cit.*, p. 210.

³⁶ En 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, etc.” (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 obligue a organizar e instalar una planta industrial que tenga por finalidad la de obtener, transformar, perfeccionar o transportar productos materiales.” (*Dictámenes*, t. 67, p. 61, criterio seguido por el decreto 5.186/60, *B.O.*, 17-6-60.)

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 suministro.³⁷ Pero este concepto se sustentaba principalmente en los antecedentes parlamentarios 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."³⁸

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.)³⁹ Puede en conclusión afirmarse, en el derecho administrativo argentino, que el contrato de obra que puede versar sobre cosas muebles o inmuebles u objetos incorporales.⁴⁰

2.2.3. *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.

³⁷ Cám. Fed. Cap., JA, t. 1944-1, p. 782, *Mir, Chaubel y Cía. v. Gobierno Nacional*.

³⁸ PTN, *Dictámenes*, t. 81, p. 244.

³⁹ Cám. 2ª Apel., Sala I, La Plata, rev. *Saneamiento*, nº 190, p. 97 y ss., *Obras Sanitarias de la Nación c. Crespi Hnos. S.A.C. e I.*, 26 de agosto de 1962.

⁴⁰ En cuanto al contrato de obra pública de objeto incorporal, un ejemplo está ya incluido en el art. 4 de la ley 13.064, que prevé el contrato "para la elaboración de proyectos," sea por concurso o directamente. A partir de ese caso, que ha sido también considerado contrato de obra pública, se ha comenzado a desarrollar en los últimos años la locación de obra pública intelectual, o contrato de consultoría, que ha ido adquiriendo algunos caracteres que permiten especificarlo como un caso particular de obra pública. Al respecto ver MATA, ISMAEL, "Régimen jurídico de la consultoría," en el *Boletín del Instituto de Derecho Administrativo Rafael Bielsa*, nº 6, Buenos Aires, 1972, pp. 27-40.

Este último caso se ha planteado en base a distintos puntos de apoyo: Parcialmente, el art. 56 de la ley 13.064;⁴¹ fundamentalmente, el art. 2 del decreto n° 19.324/49,⁴² y secundariamente, la teoría del “vínculo indivisible” entre los contratos accesorios o 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 o que tienen algún elemento, aun en sentido amplio, de obra pública.⁴³

La admisión de este principio es una firme práctica administrativa⁴⁴ y ha sido además recogida alguna vez en la jurisprudencia.⁴⁵ Su principal concreción normativa es el mencionado art. 2 del decreto 19.324/49.⁴⁶ 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 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.”⁴⁷

Para que la disposición comentada resulte de aplicación es necesario, según ella lo dispone, que los elementos adquiridos estén “destinados a las construc-

⁴¹ Que establece: “Exeptuáse de la substanciación dispuesta por el artículo 49 de la ley de contabilidad la contratación de cualquier provisión destinada a las obras públicas nacionales.”

⁴² El cual expresa: “A las adquisiciones y expropiaciones de inmuebles y sus medianeras les alcanzan todos los efectos correspondientes al carácter y concepto de las obras públicas, como así también a las adquisiciones de materiales, maquinarias, mobiliario y elementos destinados a las construcciones, trabajos y servicios de industria enunciados precedentemente, hasta su habilitación integral.”

⁴³ Ver, entre otros, DUEZ y DEBEYRE, *op. cit.*, p. 918-9; VEDEL, *op. cit.* p. 671-2.

⁴⁴ Entre otros, decretos 11.832/60 y 261/61; *Dictámenes*, t. 34, p. 265, 268; t. 51, p. 197; t. 67, p. 61; t. 68, p. 110; t. 70, p. 258; t. 74, p. 95; t. 77, p. 126; t. 79, p. 138; t. 81, p. 244.

⁴⁵ Cám. 1ª Apel. La Plata, *LL*, t. 45, p. 279, *Comte*, 1946, aplicando el art. 2316 del Código Civil.

⁴⁶ Ver *supra*, nota 41. Incidentalmente, es de señalar que cabe abrigar algunas dudas sobre la legitimidad de un decreto tal, que intenta definir e incluso extender 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 estimárselo obligatorio para los propios agentes de la administración. Respecto al alcance de la potestad reglamentada ver nuestro *Tratado de derecho administrativo*, *op. cit.*, t. I, cap. V, § 15.

⁴⁷ PTN, *Dictámenes*, t. 77, p. 126, en el que se precisó además que la equiparación que hace el decreto 19.324/49 es total, 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.

ciones, 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 estén parcialmente);

b) que los elementos estén destinados a un *contrato de obra pública* en vías de ejecución, y todavía no finiquitado 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 de mobiliario, aunque no está destinado accesoriamente a un contrato de obra pública, sí 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, pero sí a un contrato de 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 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 5.720/72, referido a los contratos de suministros. El art. 3 del decreto 5.720/72 expresa: “Las contrataciones de suministros de materiales o servicios destinados a obras públicas nacionales se sujetarán a lo establecido por autoridad competente con arreglo a las normas contenidas en la legislación en vigor sobre la materia o en su defecto, a las disposiciones del reglamento aprobado por este decreto.”

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 hablar algo oscuramente en futuro, al decreto 19.324/49 que es el que establece el régimen en vigor.⁴⁸ 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;”⁴⁹ pues “...la actuación de las reparticiones públicas en lo 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

⁴⁸ Desde luego, es fácil advertir que quienes redactaron este decreto 5720/72 no tuvieron presente la existencia del decreto 19.324/49 y su correspondiente interpretación; pero ese olvido o desconocimiento no quita 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.

⁴⁹ *Dictámenes*, t. 81, p. 244.

las reparticiones públicas sino obligatorio.”⁵⁰ 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.⁵¹

Por ello es dable concluir también que aunque un contrato de obra pública por accesoriedad 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.

2.3. *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);
- 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.

⁵⁰ *Dictámenes*, 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, pl. 110; t. 70, p. 258; t. 74, p. 95; t. 79, p. 138.

⁵¹ Decreto 11.832/60, *B.O.* 9-IX-61, insistido por decreto 261/61, *B.O.* 1-III-61.

2.3.1. *La administración nacional*

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 criterio de lo principal y lo accesorio, lo que debe primar es siempre el hecho de que se emplean fondos del tesoro nacional. En conclusión, observamos que toda vez que quien contrata es el Estado central, se emplean, en cualquier circunstancia, fondos del tesoro nacional, por lo que puede afirmarse que —tratándose de una locación de obra— dicho contrato será necesariamente un contrato de obra pública, de acuerdo al art. 1º 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 aquélla 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 de obra pública nacional.⁵² 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 previo, que lo hace a nombre propio), estamos en presencia de un contrato de obra pública.

2.3.2. *Entes descentralizados*

2.3.2.1. *Entes autárquicos*

Cuando quien contrata es un ente autárquico de la administración nacional, empleando fondos de su patrimonio neto, podría tal vez entenderse que ellos no

⁵² *Dictámenes*, t. 75, p. 60.

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, sean con fondos propios o con fuentes de recursos que pertenecen al tesoro nacional.

En tal sentido, ya la Cámara Civil 2^a 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 el Estado nacional como entidad descentralizada del mismo)⁵³ (eran “contratos de obra pública” regidos por la ley 775: “...no puede negarse que aún 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.”⁵⁴

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, aún cuando las 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 aquéllos de ser fondos del Estado.”⁵⁵

En conclusión, toda entidad descentralizada del Estado nacional, 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,⁵⁶ 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.”

⁵³ La Sociedad de Beneficencia aquí mencionada es la creada por un decreto del 2 de enero de 1823 por la Provincia de Buenos Aires, transferida 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, *Fallos*, t. 114, p. 315, 322, *Pcia. de Buenos Aires c. Gobierno Nacional s/ reivindicación del inmueble 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 serán en modo alguno contratos de obra pública.

⁵⁴ Cám. Civ. 2^a, Cap., *Figún c. Strassburger*, 1932, *Gaceta del Foro*, t. 103, p. 112.

⁵⁵ *Dictámenes*, t. 77, p. 157; t. 80, p. 30 y 116. Precedentes expresos o implícitos, t. 76, p. 183; t. 62, p. 112; t. 61, p. 252; t. 53, p. 322; t. 46, p. 312; t. 42, p. 81.

⁵⁶ Que es el organismo que realiza actualmente las funciones de contralor anteriormente ejercidas por la Contaduría General de la Nación.

2.3.2.2. *Empresas del Estado*

En cuanto a las empresas del Estado,⁵⁷ igual ha sido el criterio expresado en el referido dictamen de la Procuración del Tesoro, en el cual se establecía: “En mi opinión, todas las obras públicas ejecutadas por el Estado, sea por sus dependencias centralizadas o por las descentralizadas o autárquicas, 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.»⁵⁸ 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.”

2.3.2.3. *Sociedades del Estado*

En cuanto a las sociedades del Estado regidas por la ley 20.705 o a las sociedades anónimas “con participación estatal mayoritaria” regidas por la ley 19.550 en las cuales no haya participación privada, la cuestión es algo distinta. Dado que las propias leyes que regulan estas sociedades excluyen, expresamente en el primer caso e implícitamente en el segundo, la aplicación de la ley 13.064, no cabría interpretar en principio que una locación de obra celebrada por ellas fuera un contrato de obra pública. Sin embargo, puede ocurrir y de hecho ocurre con frecuencia que tales sociedades al contratar elaboran complejos regímenes de contratación, en un todo semejantes a los que rigen a la administración pública, e incorporan así a sus contratos todo un régimen de cláusulas exorbitantes al derecho privado, con lo cual automáticamente dichos contratos pasan a ser contratos administrativos y por ende contratos de obra pública. En tales casos la aplicación de la ley 13.064. en forma supletoria al régimen de contratación,

⁵⁷ Que son aquellas regidas por las leyes 13.653, 14.380 y 15.023. Ampliar en nuestro libro *Empresas del Estado*, Buenos Aires, 1966.

⁵⁸ *Dictámenes*, t. 77, p. 157.

administrativo, de cada sociedad, es inevitable. También puede darse la aplicación de la ley 13.064 por la remisión de los pliegos a la ley 12.910 y a la ley 13.064, lo cual es más frecuente de lo que pudiera parecer.

Algo similar ocurre con empresas estatales en las cuales la ley de creación pretende excluir la aplicación de la ley de obras públicas a sus contratos, por ejemplo Ferrocarriles Argentinos, respecto de la cual la ley 18.360 (B.O. 25-IX-69) en su art. 41 establece que no le será de aplicación la ley 13.064: No obstante esa aparentemente clara determinación legal, la solución doctrinaria y práctica sigue siendo que dicha empresa realiza y puede realizar contratos de obra pública.⁵⁹

2.3.3. *Entes no estatales y provinciales*

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 consecuencia 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 subsidios, 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,

⁵⁹ Al respecto ver BARRA, RODOLFO CARLOS, “Acerca de los contratos de obra pública que celebra la Empresa Ferrocarriles Argentinos y la aplicabilidad de la ley nacional de procedimientos administrativos,” en *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, n° 6, Buenos Aires, 1973, p. 33 y ss.

al menos, mientras no se dicte la “ley especial” a que hace referencia el art. 1º de la ley 13.064.

Nos queda finalmente por considerar el caso en que cualquiera de los entes recién mencionados realizare 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.

2.3.4. Conclusiones

Resumiendo, advertimos: *a)* 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; *b)* 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, única y exclusivamente las que contrata el Estado nacional, centralizado o descentralizado, en su nombre y cuenta propios.*

2.4. 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:

- a) Es una locación de obra,
- b) puede referirse a inmuebles, muebles, u objetos incorporales (a diferencia del derecho comparado, en que sólo se refiere por principio a inmuebles);
- c) no requiere tener ningún fin público especial (a diferencia del concepto doctrinario, que exige siempre que la obra tenga “un fin público”);
- d) 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 presunta 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,⁶⁰ 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.

⁶⁰ Como alguna vez se ha dicho, sin ofrecer mayores razonamientos: Ver BIELSA, *op. cit.*, p. 349; GRECA, *op. cit.*, p. 210-1.