

## **El elemento subjetivo en los contratos administrativos según un fallo de nuestra Corte Suprema (breves anotaciones al caso "Pluspetrol") (1) - [EDA, 2007-307]**

*Por Coviello, Pedro José Jorge*

1. En la causa "Pluspetrol Energy", fallada el 22-5-07, el Alto Tribunal se remitió al dictamen de la señora Procuradora Fiscal Laura Mercedes Monti, fijando o ratificando una doctrina expuesta en distintos precedentes, de acuerdo con la cual –entre otros aspectos que en el presente estudio no son relevantes– los contratos administrativos son aquellos en los que una de las partes es la Administración Pública, negando la posibilidad, cuanto menos en el orden nacional, de calificar como tal al celebrado entre particulares.

Se trataba de un contrato COM por Pluspetrol y Central Térmica G&uuml;emes, como comitentes, y la compañía de transporte de energía Transener, como contratista, sin que interviniera la parte estatal.

2. La doctrina expuso tradicionalmente el requisito de la presencia del Estado como el primero de los que sirven para así rotularlo, puesto que, de lo contrario, no tendría tal especificación el respectivo contrato(2).

Sin embargo, la posibilidad de que determinados contratos celebrados entre particulares puedan ser administrativos fue expuesto por Barra para aquellos casos en los que una de las partes desarrolle actividades propias de la Administración, a cuyo fin sostiene que encuadrarían como administrativos los contratos en los que una de las partes cumple una "delegación transestructural de cometidos"(3). Éstos serían los supuestos en los que los particulares "delegados" ejercerían funciones propiamente administrativas cada vez que cumplieran el cometido estatal que les fue atribuido. Entre tales supuestos estarían los contratos celebrados por los concesionarios de obra o de servicios públicos cuando ponen en ejecución la potestad concreta que les fue delegada, como cuando cobran la tarifa del peaje o ejecutan el servicio público concedido.

3. El profesor Marienhoff, por su lado, se opuso a tal posibilidad, especialmente en la concesión de servicio público, negando a este fin que los concesionarios puedan dictar actos administrativos, con estas palabras enfáticas, que caracterizaron su prosa: "El concesionario –sea quien fuere– nunca actúa como ""órgano"" del Estado, sino como ""cocontratante"" del mismo, es un contrato distinto al de función o empleo públicos. Por tanto, mal puede ser considerado ""funcionario"" del Estado, con las consecuencias respectivas"(4).

4. Un caso que Barra ha expuesto como modelo de su tesis es el registrado en Fallos, 304:490(5). Se trataba de una demanda promovida a raíz de la rescisión de un contrato de obra que fue calificada en ambas instancias como ilegal, condenándose al Estado a resarcir los daños y perjuicios. El Estado invocó entonces la falta de legitimación pasiva.

La Corte, sin embargo, entendió que de acuerdo con el sistema instituido por las leyes 16.727, 17.764 y otras normas que las reglamentaron y complementaron, el Estado no aparecía como un tercero en las relaciones contractuales que se formalizarían, sino que actuaba la cooperadora escolar "por delegación de facultades a través de las entidades intermedias, correspondiendo su responsabilidad por la forma de financiar la obra, por su destino y por el contralor que ejercería de los bienes, así como por las atribuciones que

poseía". Tuvo en cuenta, entre otros aspectos que si bien era cierto que el acuerdo se había formalizado entre la Asociación Cooperadora y el actor, "no lo es menos que aquélla obró gestionando intereses ajenos, recayendo el objeto del convenio sobre la mejora de un bien del dominio público, posibilitada por el aporte emanado de manera preponderante del Tesoro Nacional, con imputación presupuestaria e intervención del Tribunal de Cuentas".

5. Tiempo después, en el caso "Davaro" se quiso sostener a través de los votos en disidencia de los jueces Fayt y Barra una doctrina similar, pero no tuvo buen resultado. Se trataba de una cuestión de competencia surgida entre el Juzgado Nacional de Comercio Nº 11, el Juzgado Nacional en lo Civil y Comercial Federal Nº 7 y el Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal Nº 3, a raíz de una acción sumarísima (art. 321, cod. proc. civ. y com.) promovida a fin de impugnar las facturaciones por prestación del servicio público telefónico que la empresa Telecom atribuía al actor(6).

La Corte, por mayoría, adhirió al dictamen del Procurador General, quien consideró que la causa no era de las catalogadas como "contencioso administrativas", por no aparecer "cuestionados actos emanados de la Administración nacional o de entes públicos estatales", sino de una cuestión "suscitada, en forma directa, en el marco de relaciones jurídicas contractuales entre particulares". La disidencia de los jueces Barra y Fayt atribuyó competencia contencioso administrativa, por entender que se había configurado un caso de "delegación transestructural de cometidos".

6. Ahora bien, la Corte, en forma constante desde los precedentes –entre otros– de Fallos, 263:510(7), 306:328(8), 315:158(9), 316:212(10), estableció esta doctrina: "En tales contratos una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, su objeto está constituido por un fin público o propio de la Administración y contiene, explícita o implícitamente, cláusulas exorbitantes del derecho privado" (el énfasis es añadido).

Y por lo que se puede apreciar en el caso comentado, la doctrina no ha variado, puesto que en el octavo párrafo del acápite VII del dictamen, al sostener la Subprocuradora –con sustento en los precedentes "Dulcamara", voto del juez Fayt, "Cinplast" y "Davaro"– que "desde el momento en que [dicho contrato] no fue celebrado por una persona jurídica estatal, carece del elemento subjetivo esencial que caracteriza a tales contratos", no hace otra cosa que afirmar dicha doctrina sobre el mantenimiento del criterio subjetivo.

7. En definitiva, este pronunciamiento sirve como una guía sobre la materia que acredita que, hasta ahora, no ha variado el criterio en materia de la necesidad de la concurrencia de dicho elemento subjetivo en el contrato administrativo. Ciertamente, pretender que esa es la línea que debe perdurar y mantenerse –aunque personalmente la comparto– sería pecar de obcecación, puesto que otras voces se han manifestado favorables a la admisión de la existencia de contratos administrativos celebrados entre particulares, y nada impide que dentro de ciertos márgenes pueda aceptarse tales encuadramientos.

En ese sentido, menciono el excelente trabajo de Fabián Canda, El elemento subjetivo en la contratación administrativa: ¿Necesariamente una de las partes debe ser el Estado?(11), donde expuso con erudición distintos regímenes y casos, nacionales y extranjeros, en los que se admitió tal posibilidad. También, en el mismo sentido que Canda, cito la monografía de Santiago González-Varas Ibáñez, El contrato administrativo(12), en el que plantea la extensión de la figura del contrato administrativo a

ciertos acuerdos celebrados entre particulares (aunque es necesario tener presente que la extensión sería producto, como también lo apunta Canda, más por la necesidad de superar el "velo del derecho privado" del contrato estatal, para así permitir que no encuadre en el ámbito de la normativa comunitaria sobre contratos públicos).

Por ello el tema no aparece concluido y, sin duda, el futuro, a través de la jurisprudencia o de la propia legislación, y de las contribuciones doctrinarias que las sigan, nos dará la respuesta.

voces: servicios públicos - contratos administrativos - derecho administrativo - contencioso administrativo - competencia

**1 - Este comentario se basa en otros trabajos que publicó; en ED, 111-845, 1984, bajo el título El criterio de contrato administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y luego ampliado en La teoría general del contrato administrativo a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, publicado en el número especial de la Revista de la Procuración del Tesoro de la Nación, titulado 130 años de la Procuración del Tesoro de la Nación, y más recientemente con el mismo título y actualizado, en AA.VV., La contratación pública, bajo la dirección de Juan Carlos Cassagne y Enrique Rivero Isern, Buenos Aires, Hammurabi, 2006, págs. 89 y sigs.**

**2 - Bielsa, Rafael, Derecho Administrativo, 4ª ed., Buenos Aires, El Ateneo, 1947, t. I, págs. 296 y 297. Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, 1ª reimpr., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1974, t. III-A, págs. 46 y 47. Escola, Hector J., Tratado integral de los contratos administrativos, Buenos Aires, Depalma, 1977, t. I, págs. 197 y 198 y bibliografía citada.**

**3 - En estos casos, sostiene Barra, "el Estado —Administración Pública—transfiere el ejercicio del cometido en favor del ente privado, sin renunciar a la titularidad del mismo". Pero se trata —refiere el autor—de una delegación que trasciende a la estudiada en materia de organización administrativa porque trasciende la estructura del delegante y la relación que se mantiene con el administrado en lo que es materia propia de la delegación, "por estar dentro del campo propio de la función administrativa, el derecho administrativo es el régimen jurídico que le resulta aplicable" (Barra, Rodolfo Carlos, Principios de Derecho Administrativo, 1ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1980, pág. 247 y sigs.; y también, del mismo autor: Contrato de obra pública, 1ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984, t. 2, pág. 116 y sigs.). La misma idea ha sido sostenida en Francia por Prosper Weil: "Cuando los poderes públicos confieren la gestión de un servicio público —sea éste administrativo, o industrial y comercial— a una persona privada, sería normal aceptar que los contratos que ella celebrare dependieran del criterio general: son ellos, en definitiva, contratos que se insertan en la actividad administrativa bajo el mismo título que aquellos celebrados**

**por personas públicas realizando misiones del mismo orden", La crisis del criterio de contrato administrativo, trad. esp. de Eduardo Soto Kloss, Revista de Derecho Público nº 39-40, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, enero-diciembre de 1986.**

**4 - Tratado de..., cit., t. III-B, p´gs. 586 y 587.**

**5 - "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa ""Schirato, Gino c. Estado Nacional (Ministerio de Cultura y Educaci´n) y Cooperativa Escolar de la Escuela Nº 14 (Distrito Escolar Nº 15)""", sentencia del 15-4-82; Fallos, 304:490.**

**6 - "Davaro, Sa´l c. Telecom S.A. s/juicio de conocimiento", sentencia del 8-9-92; Fallos, 313:376.**

**7 - "Cooperamet" (1965).**

**8 - "Gas del Estado c. lindero" (1985).**

**9 - "YPF c. Provincia de Corrientes" (1992).**

**10 - "Cinplast" (1993).**

**11 - Publicado en AA.VV., Contratos administrativos. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral. Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ciencias de la Administraci´n, 2000, p´g. 65 y sigs.**

**12 - Madrid, Civitas, 2003, passim, esp. p´gs. 74, nota 59, y 75 y sigs.**

