

trato por sí misma, o por un tercero, a costa del contratante que no ha cumplido sus obligaciones.

En el Decreto delegado N° 1.023/01 está prevista por el Artículo 12, inciso e), que prescribe: "Facultades y obligaciones de la autoridad administrativa. La autoridad administrativa tendrá las facultades y obligaciones establecidas en este régimen, sin perjuicio de las que estuvieren previstas en la legislación específica, en sus reglamentos, en los pliegos de bases y condiciones, o en la restante documentación contractual. Especialmente tendrá: [...] d) La prerrogativa de proceder a la ejecución directa del objeto del contrato, cuando el cocontratante no lo hiciere dentro de plazos razonables, pudiendo disponer para ello de los bienes y medios del cocontratante incumplidor".

Si bien esta norma la caracteriza como una "prerrogativa", se trata en rigor de una verdadera sanción, que como dije es coercitiva y provisional.

Lo primero porque su objeto no es extinguir definitivamente el contrato, sino imponerse a la voluntad del contratante remiso, con la intención de que finalmente cumpla con sus obligaciones; lo segundo porque, a excepción de los casos en que el cumplimiento de una prestación única agote el objeto del contrato (supuesto en el cual, más que una sanción coercitiva, habrá una rescisión o una caducidad), se mantiene hasta tanto se logre "poner al día" la ejecución del contrato, luego de lo cual el contratante será reintegrado al ejercicio de sus ulteriores derechos y cumplimiento de sus obligaciones.

Por supuesto que esta medida no puede adoptarse ante incumplimientos leves del contratante, sino que deben ser graves, caso en el cual el interés público comprometido en la cuestión justifica que la Administración disponga la ejecución por sí o por un tercero, hasta tanto la situación se normalice.

## LOS CONTRATOS DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN

PEDRO J. J. COVIELLO\*

No hay tema que tanto haya movido a la polémica en tiempos no muy lejanos acerca de la posibilidad de la existencia y de la peligrosidad de una doctrina sobre los contratos administrativos. La misma doctrina de fines del siglo XIX discutía en Europa si el Estado podía contratar como cualquier particular. Unos decían que el Estado sólo podía mandar, mientras que el contrato nacía en el terreno de la igualdad. Que el Estado contratara significaba reducirlo, según algunos, al nivel propio de un particular, lo cual era inadmisibles.

En el país de origen de la doctrina del contrato administrativo, Francia, precisamente, ningún inconveniente hubo desde el principio en sostener la existencia tanto de contratos de derecho administrativo como de derecho privado de la Administración.

Ahora bien, aquí, a diferencia de otras oportunidades, donde expuse acerca de la doctrina del contrato administrativo, vengo, en cambio, a hablar de otro tema debati-

\* Abogado y Doctor en Derecho por la Universidad Católica Argentina.

En la actualidad es Juez de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. Es Profesor titular de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Argentina, donde enseña desde el año 1977. Director de la Carrera de Especialización de Derecho Administrativo Económico, de la Universidad Católica Argentina. Director del suplemento Derecho Administrativo de la revista *El Derecho*.

Ha sido Profesor de posgrado en las Universidades Austral, Católica Argentina, Católica de La Plata, Nacional de La Plata, Católica de Cuyo, Nacional de Córdoba, Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado.

Expositor en diversas Jornadas de Derecho Administrativo nacionales y provinciales. También expuso en la Universidad Católica del Uruguay, en la Universidad Católica del Sacro Cuore de Milán, en la Universidad de Florencia y en la Universidad de los Estudios Sociales de Roma.

Ha publicado un libro y trabajos de Derecho Administrativo y Filosofía del Derecho en revistas jurídicas del país y en la revista *Ius* de la Universidad del Sacro Cuore de Milán, y también en distintas obras colectivas.

do: ¿existen contratos de derecho privado de la Administración? Y entonces se presenta otro problema que también ha sido polémico, desde que en nuestro derecho se dan conflictos entre los que sostienen su existencia y quienes la niegan.

Se dice, por parte de los que los niegan, que todos los contratos que celebra la Administración son administrativos, por más que el régimen por el que se rige el respectivo ente u órgano sea de derecho privado.

¿Es posible que ello sea así? ¿Es posible que un contrato de los denominados de derecho privado de la Administración tenga siempre un rescoldo en donde aparezca el derecho público?

Bueno, hay quienes dicen que estamos en presencia de contratos "parcialmente" regidos por el derecho privado, para rotular los que normalmente se denominan de derecho privado de la Administración. Con lo cual tendríamos ya una posición intermedia en la que los contendientes doctrinarios encontrarían su punto de coincidencia.

Pero ¿es ello tan así? ¿Se puede afirmar sin más que se dará siempre tal rescoldo iuspublicista en un contrato de la Administración regido por el derecho privado? Aun así, ¿qué elementos de derecho público serán los que regulen al contrato regido principalmente o casi totalmente por el derecho privado?

Como se puede ver, la respuesta no es sencilla. Los autores en general no han dado un tratamiento extensivo a esta especie de contratos, una de cuyas excepciones es el profesor Cassagne, quien en su obra específica sobre la materia ha hecho una exposición sobre el particular<sup>1</sup>.

Estamos ante un panorama que parece otro lazareto jurídico. En efecto, el panorama de los contratos administrativos o típicamente administrativos aparece más claro que en el de los de derecho privado de la Administración, donde los límites no están perfilados o que fueron tratados de soslayo por la doctrina y la jurisprudencia.

Por supuesto que el tema que desarrollo en esta exposición no pretendo agotarlo. Solamente busco tratar algunos aspectos que considero relevantes, en punto a sembrar las semillas que permitan a otros estudiosos abonar con su ciencia una materia aún escasa en nuestro país y que, en la actual coyuntura del país, necesita florecer con solidez y seguro desarrollo.

## I. EL DERECHO COMPARADO

No se puede evitar acudir en primer término, antes de pasar a la exposición de lo que ocurre en nuestro país y a las soluciones que aventuradamente se pueden dar, al estudio de lo que sucede en otras latitudes con los contratos que celebra la Administración regidos por el derecho privado, presentándose —es inevitable— en Francia como el primer país modélico.

<sup>1</sup> Cassagne, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, 2ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005.

## El derecho francés

Con el estilo práctico que caracteriza al discurso francés, propio de su lógica cartesiana, directamente refirieron la existencia de contratos de derecho privado y de derecho administrativo. La trascendencia del pensamiento francés fue realmente la de conformar la doctrina del contrato administrativo partiendo de las bases que le daba el derecho civil<sup>2</sup>.

Pero no desdeñaron los aportes del derecho civil. Era lógico entonces que si la Administración celebraba contratos que no tenían un fin específico del servicio público o no tuvieran un régimen exorbitante (la doctrina de las cláusulas exorbitantes ha sido puesta en duda respecto a sus alcances en su país de origen, y más se orientaría hacia nuestro bien conocido "régimen jurídico exorbitante del derecho privado"<sup>3</sup>), fueran entonces las normas de derecho civil las que los rigieran.

Sin embargo, un componente que en cierto modo desvirtúa la "plenitud" del derecho privado sobre dichos contratos está dado por el hecho de que se ha llegado a admitir el denominado recurso por exceso de poder respecto a la faz precontractual del contrato de derecho privado<sup>4</sup> (es importante tener presente que dicho recurso es de mera legalidad, por lo cual la legitimación es amplia). Lo cual, desde ya, muestra que no hay mucha "pureza" privatística en dichos contratos, más allá de que en los casos de contratos celebrados en el marco de una gestión comercial o industrial se ha negado la posibilidad de interponer dicho recurso<sup>5</sup>.

Sin necesidad de profundizar el tema en el derecho administrativo francés, que en cierto modo muestra perfiles dubitativos, conviene mencionar que en un trabajo monográfico los profesores Moderne y Delvolvé señalaron la siguiente cuestión: "¿Se puede decir que los contratos de derecho privado hechos por personas públicas obedecen en todos sus puntos al derecho contractual privado? Sería seguramente excesivo, y algunos autores han establecido hace poco que las cosas estaban lejos de ser tan simples"<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> La referencia fundamental en la materia es la obra de Laubadère, André de, *Traité de Droit Administratif*, t. I, 7a. ed., París, edit. Librairie Général de Droit et de Jurisprudence (LGDJ), 1976, pp. 348 y 349, y, sobre todo, el clásico *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, 1a. ed., tres tomos, París, edit. LGDJ, 1956; y su segunda edición, con la colaboración de Frank Moderne y Pierre Delvolvé, dos tomos, París, LGDJ, 1983-84.

<sup>3</sup> Guettier, Christophe, *Droit des contrats administratifs*, París, Presses Universitaires de France (PUF), 2004, p. 100 y sigs.

<sup>4</sup> Richer, Laurent, *Droit des contrats administratifs*, 4ª ed., París, LGDJ, 2004, p. 168 y sigs. Ver también respecto a los actos separables en material contractual: Guettier, *op. cit.*, p. 427 y sigs.

<sup>5</sup> Richer, *op. cit.*, p. 170. Sobre la teoría general de los actos separables en el derecho francés, ver también: De Laubadère, *Traité*, t. I, p. 536, N° 900. Stassinopoulos, Michel, *Traité des actes administratifs*, Atenas, edic. Collection de l'Institut Français d'Athènes, 1954, p. 265. Lamarque, Jean, *Recherches sur l'application du droit privé aux services publics administratifs*, París, LGDJ, 1960, p. 175 y sigs. Delvolvé, Pierre, *L'acte administratif*, París, Sirey, 1983, pp. 81-83, nros. 166-168.

<sup>6</sup> Moderne, Frank y Delvolvé, Pierre: "Las transformaciones contemporáneas del contrato administrativo en el derecho francés", *Revista de Derecho Administrativo*, Nros. 7/8, Buenos Aires, 1991.

### El derecho español

Tanto la doctrina como la jurisprudencia española recibieron la influencia francesa en la construcción de la doctrina del contrato administrativo, y, en especial, la distinción entre contratos de derecho privado de la Administración y contratos administrativos, con la particular postura del profesor García de Enterría acerca de la modulación existente entre ambas manifestaciones contractuales, en punto a no asignar sustantividad al contrato administrativo, tema sobre el que más abajo se expondrá.

En el actual texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el real Decreto N° 2/2000, se establece en el Artículo 5° que los contratos que celebre la Administración tendrán carácter público o privado, y éstos son tomados en el apartado 3 de la norma por descarte de los que en el apartado 2 se rotulan administrativos (obras, servicios, suministro, etc., incluidos aquellos "vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla o por declararlo así una ley"), y en especial, los de compraventa, donación, permuta, arrendamiento, etc.

La faz precontractual es la que está signada por el componente iuspublicístico en los contratos de derecho privado, puesto que en el Artículo 9° se dispone que los "contratos privados" de la Administración "se regirán en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas administrativas específicas, por la presente ley y sus disposiciones de desarrollo y en cuanto a sus efectos y extinción, por las normas de derecho privado".

El orden competencial también muestra la particularidad, bajo la influencia de la doctrina de los actos separables, puesto que en el apartado 3 de dicho Artículo 9° se establece que el orden jurisdiccional civil será competente para resolver las controversias, mas "se considerarán actos jurídicos separables los que se dicten en relación con la preparación y adjudicación del contrato y, en consecuencia, podrán ser impugnados ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo".

Un autor español, que es civilista, de Solas Rafecas<sup>7</sup>, estudió especialmente el tema de la distinción de ambos tipos contractuales, pero destacó que si bien el interés público aparece más claramente perfilado en el contrato administrativo, y en mucho menor grado en el de derecho privado, lo cierto es que entre ambos existe lo que denomina, siguiendo al recordado José Antonio García-Trevijano Fos —lo mismo que la doctrina que expone a este respecto—, una "zona común" de la contratación administrativa, que serían los requisitos, elementos y preceptos referentes al sujeto administrativo, tales como la organización, el funcionamiento y formación de la voluntad; mientras que las cláusulas relativas al contenido y efecto del contrato, como

<sup>7</sup> Solas Rafecas, José María de, *Contratos administrativos y contratos privados de la Administración*, Madrid, Tecnos, 1990, p. 231 y sigs.

la rescisión, la denuncia, resolución, responsabilidad, incluso la interpretación de los contratos, únicamente serían de aplicación a los contratos administrativos *strictu sensu*, y no a los de derecho privado de la Administración<sup>8</sup>. Merece puntualizarse que el componente iuspublicista del contrato de derecho privado de la Administración es el punto de unión en el derecho administrativo español con el régimen general del contrato administrativo, que indefectiblemente debe observarse<sup>9</sup>, en la inteligencia, como de Solas Rafecas recuerda, reproduciendo palabras de García-Trevijano, que en la Administración no existe un órgano encargado del derecho público y otro del derecho privado.

### El derecho italiano

Se sabe que en el derecho administrativo italiano la figura del contrato administrativo, tal como se la conoce en Francia, es desconocida. Italia, con su criterio particular, concibió que los contratos que celebra la Administración son de derecho privado. No hay que olvidar que para los italianos el derecho administrativo regía aquellos aspectos de la relación del administrado con el Estado en el que no aparecían figuras propias del derecho común. Así, el derecho subjetivo era la figura propia del derecho privado, cómo ocurría con el contrato; en cambio, los derechos que el administrado podía invocar frente a la Administración conformaban el interés legítimo.

Sin embargo, existe un componente que escapa a esa concepción y es lo referido al momento previo a la celebración del contrato respectivo. En efecto, el momento de la selección y adjudicación del contrato es netamente el campo propicio para la aplicación del derecho administrativo. Como escribió Di Renzo: "[...] en el período precontractual el proceso formativo de la voluntad de la Administración pública es entera y exclusivamente regulado por las normas del derecho público, y esto en punto a dos finalidades: la primera finca en la necesidad de objetivar la voluntad del ente a través de un procedimiento preordenado, de modo que se despersonalice para ser considerada la voluntad del ente público; y la segunda, porque se busca en el procedimiento un elemento de garantía, de legalidad, de justo y oportuno seguimiento del interés público"<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Solas Rafecas, *op. cit.*, p. 144. El trabajo de García-Trevijano que cita es "Principios sobre los contratos de la Administración con especial referencia a la esfera local", *Revista de Estudios de la Vida Local*, N° 87, mayo-junio, 1956, p. 301 y sigs.

<sup>9</sup> González-Varas Ibáñez, Santiago, *El contrato administrativo*, Madrid, Civitas, 2003, *passim*, esp. pp. 115-118.

<sup>10</sup> Di Renzo, Francesco, *I contratti della Pubblica Amministrazione*, Milán, Giuffrè, 1975, p. 2. Landi, Guido; Potenza, Giuseppe e Italia, Vittorio, *Manuale di Diritto Amministrativo*, 11ª ed., Milán, Giuffrè, 1999, pp. 569 y 581.

Y al igual que lo que ocurre en el ordenamiento español, la competencia en la materia estará dividida: la faz precontractual será competencia del Consejo de Estado, mientras que la consecuente con la celebración corresponderá a la justicia civil<sup>11</sup>.

## II. EL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO

### La doctrina

Cuando arribamos al derecho administrativo de nuestro país nos encontramos ante un panorama que no es menos decepcionante que el del derecho comparado. Nuestra doctrina clásica, Bielsa<sup>12</sup>, Marienhoff<sup>13</sup> o Berçaitz<sup>14</sup>, no dudó sobre la existencia de contratos de derecho privado de la Administración. Sin embargo, en la década del sesenta apareció una posición en nuestro derecho que, influenciada quizás por la posición de Sayagués Laso<sup>15</sup>, puso el acento en la circunstancia de que en todos los contratos que celebra la Administración existen componentes de derecho público y de derecho privado. Estaba también la influencia de García de Enterría<sup>16</sup>, para quien, en un célebre artículo, existía una modulación en los contratos que celebra el Estado, en una cadencia que va desde el típicamente público, como sería el contrato de concesión de servicios públicos, hasta el de derecho privado o común, como el de compraventa inmobiliaria.

Siempre en esas relaciones contractuales existían en mayor o menor medida elementos de ambos. Por cierto que, a poco que se mire, ello es así; basta la lectura de la jurisprudencia de nuestra Corte que en la interpretación y ejecución de contratos administrativos acudió a los principios del derecho de las obligaciones.

Pero la existencia de dicha modulación, ¿significa que no existen contratos de derecho privado?

<sup>11</sup> Cerulli Irelli, Vincenzo, *Corso di Diritto Amministrativo*, Turín, G. Giappichelli, 2000, p. 717 y sigs.

<sup>12</sup> Bielsa, Rafael, *Derecho Administrativo*, t. II, 6ª ed., Buenos Aires, La Ley, 1964, p. 175 y sigs.

<sup>13</sup> Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III-A, 4ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, p. 44 y sigs.

<sup>14</sup> Berçaitz, Miguel Ángel, *Teoría general de los contratos administrativos*, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 146 y sigs.

<sup>15</sup> Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, 4ª ed. (sin cita de editorial), Montevideo, 1974, p. 537 y sigs.

<sup>16</sup> García de Enterría, Eduardo, "La figura del contrato administrativo", *Revista de Administración Pública*, N° 41, Madrid, mayo-agosto 1963. Criterio reproducido luego en las repetidas ediciones de su *Curso de Derecho Administrativo*, en colaboración con Tomás Ramón Fernández: v. gr. 1ª ed. argentina, anotada por Agustín A. Gordillo, correspondiente a la 11ª ed. española (Madrid, Thomson-Civitas, 2004), t. I, Buenos Aires, La Ley, 2006, p. 688 y sigs.

El profesor Gordillo en un capítulo de su *Derecho administrativo de la economía*, reproducido luego en la publicación colectiva *Contratos administrativos*<sup>17</sup>, sostuvo derechamente en la parte final, fiel a su idea de que no existen actos de derecho privado de la Administración, que los contratos celebrados por la Administración serán "siempre contratos administrativos". En la misma línea se sitúa Barra, quien en sus distintas obras y trabajos monográficos ha insistido sobre el punto<sup>18</sup>.

En la vereda opuesta –aparentemente– se sitúa el Profesor Cassagne<sup>19</sup>, quien a poco que se vea en su exposición, no está distante de la posición de Gordillo. Más bien, creo que la cuestión es nominal.

En efecto, cuando el Profesor Cassagne habla de contratos parcialmente regidos por el derecho privado, ¿no está acaso reconociendo que en realidad no son totalmente privados? Basta a mi entender como ejemplo el hecho de que cuando enuncia los elementos de dichos contratos no hace otra cosa que remontarse en cuanto a la competencia, al procedimiento y parcialmente al objeto, al contenido de los contratos administrativos, al igual que lo hace el Profesor Gordillo.

Lo cual, como dije, lleva en el fondo a una coincidencia en cuanto al fondo de la cuestión: los contratos que celebra la Administración no estarán totalmente regidos por el derecho privado.

Ahora bien, en la doctrina no vemos tampoco un desarrollo concreto del punto, en especial, en cuanto a los elementos basilares del contrato. Todos hablan de que la competencia y la forma están regidas por el derecho administrativo, mientras que el objeto por el derecho privado. Gallegos Fedriani realizó un interesante trabajo sobre el tema, en el cual planteó las dificultades que el tema presenta, sobre todo por la heterogeneidad de las normas que están en juego en esta especie de contratos<sup>20</sup>.

Ahora bien, la posibilidad de la existencia de contratos de la Administración sometidos al derecho privado aparece reconocida en el actual régimen de contrataciones de la Administración nacional, aprobado por el Decreto (delegado) N° 1.023/2001, que en su Artículo 1º, segunda parte, establece: "[t]oda contratación de la Administración nacional se presumirá de índole administrativa, salvo que de ella o de sus antecedentes surja que esté sometida a un régimen jurídico de derecho privado".

<sup>17</sup> Gordillo, Agustín A., "Contratos administrativos", en AA VV: *Contratos administrativos*, Buenos Aires, Asociación Argentina de Derecho Administrativo, 1977, p. 9 y sigs.

<sup>18</sup> Barra, Rodolfo C., *Principios de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ábaco, 1980, *passim*. *Contrato de obra pública*, t. I, Buenos Aires, Ábaco, 1984, p. 37 y sigs. *Los actos administrativos contractuales. Teoría del acto coligado*, Buenos Aires, Ábaco, 1989, *passim*.

<sup>19</sup> Cassagne, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, 2ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005, *passim*, esp. p. 43 y sigs.

<sup>20</sup> Gallegos Fedriani, Pablo, "Los contratos privados de la Administración", en AA VV: *Régimen de Contrataciones y Compre Nacional*, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2002, p. 29 y sigs.

Este régimen no contempla específicamente el tratamiento que corresponde dar a los contratos sujetos al derecho privado, ni su alcance. Barra sostiene que el nuevo régimen viene a reconocer, en definitiva, la postura de que todos los contratos que celebra la Administración son de naturaleza pública, considerando anacrónica la figura de aquella especie de contratos<sup>21</sup>.

Quizás la respuesta a la laguna esté dada por lo dispuesto en la modificación introducida al Artículo 7º, último párrafo, por el citado decreto delegado, al preceptuar: "[l]os contratos que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en el Sector Público Nacional se regirán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación directa de las normas del presente título, en cuanto fuere pertinente". Es decir, esta remisión normativa lo que nos estaría indicando es una vinculación con los principios que se han señalado en cuanto a que todo lo vinculado a la etapa pre-contractual está sujeto al derecho público, mientras que el contenido y ejecución ulterior, al derecho privado.

#### LA JURISPRUDENCIA

No resulta tarea fácil encontrar la jurisprudencia que señale un sendero en punto a la determinación del régimen aplicable a los contratos regidos por el derecho privado, de la que se puedan extraer componentes comunes para erigir una doctrina sobre ellos.

Más bien se encuentra el estudio de la materia cuando se trata de determinar la competencia, y es precisamente esta jurisprudencia la que sirvió para establecer cuándo hay contrato administrativo y nada más.

La cuestión surge en primer lugar cuando se trata de establecer, como se dijo, el régimen jurídico respectivo.

Cuando la cuestión giraba en determinar si era o no el contrato administrativo, en casos como "Cooperamet", de 1963, la Corte tenía en cuenta para qué contrataba la Administración. De esa forma, implícitamente se aceptaba la existencia de contratos que se regían por el derecho privado.

Sin embargo, el criterio exclusivo del fin público fue más tarde dejado de lado en el precedente "Albano" (1968)<sup>22</sup>, donde pese a reconocerse que el contrato celebrado con el actor para el proyecto y dirección técnica de distintas obras y los trabajos consecuentes "[...] tendían a una finalidad de interés general, ello no es suficiente por sí solo para acordar al contrato el carácter de obra pública [...]" (la bastardilla me pertenece).

<sup>21</sup> Barra, Rodolfo C., "El nuevo régimen de contrataciones y la sustantividad del contrato administrativo", *op. cit.* nota anterior, p. 13 y sigs.

<sup>22</sup> "Horacio Osmán Henne Albano c/ Transportes de Buenos Aires (en liquidación) s/ cobro de \$24.854.907,12 mn", *Fallos*: 270:446, sentencia del 22-05-1968.

Para arribar a esa conclusión, el Tribunal entendió que la entidad (autárquica) citada se había asimilado, conforme su régimen jurídico, a una empresa del Estado, regulada por la Ley N° 13.653, a la que no le eran aplicables las disposiciones de la Ley N° 13.064, de obras públicas. Es decir, más que el fin público, importaba el régimen jurídico al que se había sometido la entidad.

Tal doctrina varió luego en "Ingeniero Livio Dante Porta" (1973)<sup>23</sup>, oportunidad en la que derechamente sostuvo que un contrato de suministro de locomotoras y repuestos, y remodelación de otras, celebrado entre Ferrocarriles Argentinos y el actor era "[...] de naturaleza administrativa y, como tal, pudo ser rescindido unilateralmente por la Administración por motivos de oportunidad o conveniencia".

No obstante, en "Intecar" (1979)<sup>24</sup> la Corte sostuvo que un contrato destinado a la provisión de zorras para Ferrocarriles Argentinos no era administrativo —como así lo había dicho el juez de grado, aunque, luego, había sido revocado este criterio por la alzada— por la exclusión explícita que hacía del régimen de los contratos públicos la Ley N° 18.360. Veremos más abajo cómo este criterio variaría fundamentalmente, en oportunidad de comentar los fallos del Tribunal dictados durante el año 1984.

Es interesante advertir que en todos estos casos hubo una oscilación entre la idea de "régimen jurídico" normativo para dar naturaleza pública a un contrato y fin público. Pero si observamos bien los citados casos, se asomará una luz, especialmente en lo que respecta a la posibilidad de ejercer prerrogativas de poder público por la Administración contratante.

Así, en el caso "Albano" la Corte confirmó la demanda que había hecho lugar a la indemnización por rescisión unilateral del contrato. Para ello se sostuvo que pese a que pudiera entenderse que el contrato tendía a un fin de interés general, ello no bastaba en virtud de su régimen para considerarlo obra pública. Por lo tanto, para su rescisión había que atenerse al régimen del contrato de locación de obra del Código Civil.

Es decir, el contrato se regía por el derecho civil. Si era obra pública la rescisión hubiera sido admisible. Ello se ve confirmado en el caso "Ingeniero Livio Dante Porta"; la Corte asomó otra luz en el campo de los contratos parcialmente regidos por el derecho privado al admitir la rescisión por razones de oportunidad o conveniencia en el caso de que el contrato tuviera naturaleza administrativa.

En el caso "Intecar" hay otro componente que no puede dejarse de lado. En efecto, es importante apuntar que el juez en lo contencioso administrativo de 1ª instancia para hacer lugar a la variación de costos reclamada había sostenido que el

<sup>23</sup> "Ingeniero Livio Dante Porta y Cía. S.I.C. S.R.L. c/ EFA s/ interrumpir prescripción", *Fallos*: 286:333, del 20-09-1973.

<sup>24</sup> "Intecar S.C.A. c/ Ferrocarriles Argentinos s/ cobro ordinario sobre mayores costos", *Fallos*: 301:525, del 28-06-1979.

contrato era de obra pública "por entender que los contratos que celebran las empresas estatales son contratos administrativos", por lo que aplicó el régimen de la Ley N° 12.910.

En concreto, consideró la Corte que había que remitirse al régimen del Código Civil, puesto que éste era el previsto en la Ley N° 18.360 y a él había que atenerse. No se daba además el supuesto para aplicar en el caso la teoría de la imprevisión, y el principio era el mismo: *pacta sunt servanda* (debe aclararse que lo que la Corte quiso evitar era la aplicación automática del régimen de reajuste de la Ley N° 12.910, lo que no quitaba, a su vez, la aplicación del Artículo 1198 del Código Civil, en la medida que se diera, lo que no ocurría en el caso, por ser conocido el estado inflacionario del país al momento de contratar).

Luego de estos pronunciamientos, en el año 1984 sucedieron una serie de pronunciamientos de la Corte, respecto, precisamente, a Ferrocarriles Argentinos que sobrepasaron el régimen jurídico legal de ella y tuvieron en cuenta el fin del contrato y la presencia de cláusulas exorbitantes del derecho privado, que en algún trabajo antiguo expuse. Sin embargo me parece importante destacar uno de ellos.

En la causa "EFA c/ Inforex", de 1983, la Sala III de la CNACAF, entonces integrada por el distinguido juez Senestrari, nuestro amigo Gauna y el recordado Mordegliá, sostuvo que la acción de cobro de arrendamientos no era de competencia contencioso administrativa.

Para ello dijo:

"[...] resulta imprescindible destacar que en general acepta la doctrina la existencia de contratos de la Administración parcialmente reglados por el derecho privado, a los que acude cuando realiza una actividad industrial o comercial. En tales casos, se aplicará el derecho civil o comercial para reglar al menos el objeto del acto, aunque la competencia aparezca siempre disciplinada por el derecho administrativo".

En el caso, evaluando que el arrendamiento era de una superficie que no se vinculaba a los servicios propios de EFA, sino a una complementación de una actividad específica, por lo que en virtud de que el terreno estaba ubicado fuera de los lugares afectados a la utilidad común, no participaba de naturaleza administrativa, y por lo tanto la competencia no era contencioso administrativa.

No obstante, la Corte, siguiendo la ola de su jurisprudencia, sostuvo:

"[...] la solución del caso exige interpretar las cláusulas y condiciones previstas en la Tarifa Y 55 dictada por la Secretaría de Estado de Transporte y Obras Públicas que regula concesión de espacios y la de terrenos para la construcción de instalaciones fijas, en las estaciones, para depósito o manipuleo de cargas recibidas o para despacharse por ferrocarriles (excepto granos).

"[...] Que tal reglamentación importa reconocer a la entidad estatal más bien propia de las convenciones de derecho público, que se justifican por estar relacionadas con el cumplimiento de los objetivos del ente creado por la Ley N° 18.360".

Por ello se consideró que la causa era de competencia contencioso administrativa.

Un caso que es paradigmático en el tema es "La Buenos Aires Compañía de Seguros S.A. c/ Petroquímica Bahía Blanca S.A.", del año 1988<sup>25</sup>, que trataba de una acción de amparo deducida en el marco de una licitación convocada por la empresa estatal —una sociedad anónima con participación estatal mayoritaria— a fin de que se otorgara vista de las actuaciones correspondientes al proceso licitatorio. La sociedad estatal sostuvo que se trataba de papeles privados y no de expedientes administrativos, por lo que se afectaba la inviolabilidad de los papeles privados protegida por el Artículo 18 de la Constitución.

La Corte hizo lugar a la acción, remitiéndose al dictamen del Procurador General de la Nación, Juan Octavio Gauna, quien tuvo en cuenta, entre otras cosas, que la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, N° 19.549, en virtud de su Artículo 1°, se aplica tanto a la Administración centralizada como descentralizada, y, en este último caso, se encuentran las empresas públicas. De todo el entramado normativo de la Administración pública dedujo que aparecía un "sistema complejo presidido por disposiciones de derecho privado en lo que hace al objeto específico de actuación, atribuido a la empresa por su estatuto, y en lo relativo a su organización de gobierno [...] pero influido por normas de derecho público, en especial procedimentales, derivadas de la estatalidad del ente y de su carácter instrumental y vicarial, en todo aquello que no interfiera con el destino industrial o comercial de su actividad".

Más adelante señaló: "[...] el carácter estatal de la empresa, aún parcial, tiene como correlato la atracción de los principios propios de la actuación pública, derivados del sistema republicano de gobierno".

### III. LA BÚSQUEDA DE UN ENCUADRE JURÍDICO

Todo lo expuesto muestra algunos aspectos que no pueden dejarse de lado: los contratos que celebra la Administración sujetos al derecho privado, ¿tienen un régimen unitario? ¿Les podemos aplicar a todos ellos el mismo régimen? ¿Son contratos de derecho privado? ¿son contratos parcialmente regidos por el derecho privado?, o ¿son contratos de la Administración?

No es lo mismo que una repartición oficial, por ejemplo, alquile un predio dominical para una feria determinada —por ejemplo, para una feria de armas, que no a todos interesa— que el contrato que celebra una sociedad estatal en el cumplimiento de su cometido específico comercial o industrial —por ejemplo, la venta que Fabricaciones Militares hace de las armas que produce a un comerciante—.

¿Es la misma la posición en la que se encuentra la entidad estatal en un caso y en otro para hacer, por ejemplo, uso de sus prerrogativas de poder público?

<sup>25</sup> Fallos: 311:750.

Un camino para buscar un encuadre de este tipo de contratos es su estudio a través de los elementos comunes que en la doctrina y alguna jurisprudencia se han considerado propios de ellos.

Partimos de la base de que por vía de principio, según resulta del régimen aprobado por el Decreto N° 1.023/2001, se presume que los contratos que celebra el Estado son administrativos. Pero nada nos dice la norma, como se vio, acerca de los contratos parcialmente regidos por el derecho privado.

Obsérvese que, con buen criterio, la ley española, real Decreto legislativo N° 2/2000, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, habla de contratos privados de la Administración, y dispone en su Artículo 9° que los contratos privados "se regirán en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas administrativas específicas, por la presente ley y sus disposiciones de desarrollo y en cuanto a sus efectos y extinción por las normas de derecho privado", y la competencia es la civil (Art. 9°).

La competencia. En el caso "EFA c/ Inforex", se pudo ver una aproximación en este sentido.

En ese precedente —aunque luego revocado por la Corte— se dijo que la competencia siempre se rige por el derecho administrativo. Lo mismo se lee, entre otros, en los trabajos de Cassagne y Gordillo. El punto parece indiscutible.

Puede considerarse acertada esta visión para determinados contratos. Uno puede imaginarse un contrato de arrendamiento de un predio municipal para llevar a cabo una exposición o una reunión determinada, donde no aparezca de por medio el interés público (y aunque apareciera, la cuestión es determinar si sólo un brumoso interés público puede significar asignar naturaleza pública a un contrato). Supongamos que quien celebró el contrato con una entidad locataria no era la autoridad competente para hacerlo. Sin duda aquí podría sostenerse la invalidez por incompetencia, dado que se trata de un bien de una entidad estatal, sea o no del dominio público.

Pero supongamos un contrato que forma parte del giro comercial propio de una sociedad anónima del Estado. ¿Se podrá invocar la incompetencia cuando es una empresa pública? Más bien, sería de preguntarse si no habría que aplicar aquí los principios del derecho privado en cuanto a la capacidad o incapacidad del representante de la entidad estatal para celebrar el contrato. Claro es que se sostiene como bandera fundamental en estos casos que en el ámbito administrativo hablamos de competencia y no de capacidad. Creo que la primera, la competencia, es más clara en el primer ejemplo que expuse; menos lo es en el segundo. Por ello, cuando la "competencia" pueda aparecer un tanto confusa en el caso, cuando hubo actividad aparente del órgano respectivo del funcionario o empleado, nada impediría acudir al derecho privado, sobre todo cuando se trata de una actividad empresarial.

Lo que digo no resulta nada desdeñable si se tiene presente que en los últimos tiempos han aparecido nuevas empresas estatales, todas ellas bajo la forma de sociedades anónima estatales.

La causa y la finalidad. La actuación estatal no puede ser concebible para otro fin que no sea el bien común. El logro de éste puede ser en forma directa o indirecta. Es decir, puede actuar como poder público cuando la causa que lleva a su actuación es la realización directa del bien común o interés público. Cuando lo hace en forma indirecta, evidentemente no aparece ya clara la prerrogativa estatal.

Por ello las decisiones que se adopten aún en el ejercicio de actividades principalmente regidas por el derecho privado no pueden estar exentas de tener razón suficiente no sólo en el régimen aplicable y en los antecedentes, sino también en los fines estatales, sean directos o indirectos.

Cuando se opta por el régimen de derecho privado, se hace, siempre, por un fin que va más allá del propio interés coyuntural. Vamos al caso de las empresas públicas. La actividad estatal fincó en una necesidad propia de una época. Exagerada o no en ciertos casos, lo cierto es que la causa existía. Y para que no se crea que ello obedecía a una voracidad de absorber todo por parte del Estado, basta remontarse a lo que a mediados del siglo pasado ocurría en el resto del mundo para comprobar que lo nuestro no era un mero capricho. Bueno, cuando se habla de esa actividad que tiene en definitiva un fin público, éste se cumple mediante la vía instrumental del derecho privado. Y es lógico que así sea por el tipo de actividad que se lleva a cabo. No veo que, por ejemplo, cuando Fabricaciones Militares vendía un arado pudiera invocar cláusulas exorbitantes en el contrato de venta.

Pero creo que la causa debe siempre existir, lo mismo que la finalidad, aunque la estrictez de su exigencia pudiera amenguarse. Lo veremos en cuanto a sus razones en el elemento objeto.

El objeto. Los autores y el citado fallo sostienen que el objeto se rige por el derecho privado. En realidad, si entendemos el contenido del contrato, que es de derecho privado, lógico es que así pueda entenderse. Pero si entendemos el contenido en un sentido más amplio, incluida la legalidad, veremos que también aquí es mixto, puesto que el derecho público no deja de estar ausente en esta materia.

Vamos a explicar un poco esto: Si digo que el contrato es de derecho público, es lógico que el Estado no pueda resignar al ejercicio de sus prerrogativas, que forman parte del régimen jurídico exorbitante. Así, por ejemplo, podrá ejercer el *ius variandi*, y hasta rescindir el contrato por razones de oportunidad y mérito.

Si, en cambio, el contrato es de derecho privado, por más que se diga que se trata de contratos parcialmente regidos por el derecho privado, lo lógico es que no se pueda hacer uso de tales prerrogativas. La ley aquí es el contrato mismo.

Obsérvese que ello se dio en el caso "Intecar" y, más recientemente, en la causa "LITSA" de la Sala I de la CNACAF. En el primero, para rescindir un contrato por razones de oportunidad, la Corte acudió al encuadre como administrativo del contrato.

En el segundo, del 03-03-2005, "Líneas de Transmisión del Litoral S.A. (LITSA) c/ EBISA" (Emprendimientos Energéticos Binacionales S.A.), EBISA, una sociedad

anónima estatal, había rescindido un acuerdo de prórroga en el marco de un contrato COM (construcción, operación y mantenimiento) en el que LITSA era el operador.

El fundamento era una decisión de la asamblea de accionistas de la sociedad estatal. Los accionistas eran, de una parte, Nucleoeléctrica Argentina S.A. (NASA), una sociedad anónima de capital íntegramente estatal, con el 1%, y por la otra, con el 99%, la Secretaría de Energía y Puertos.

Se hizo lugar a la cautelar porque, por un lado, el contrato respectivo no preveía la cláusula rescisoria, y segundo, porque "lo cierto es que por tratarse de entidades estatales (por más que revistan la naturaleza de sociedades anónimas), están igualmente sujetas, como todo el Estado, al principio de legalidad".

Creo que aquí hay entonces un componente fundamental para tener en cuenta: el objeto se rige por el derecho privado. En esto están de acuerdo los autores. Pero el objeto propio de los actos estatales tampoco deja de estar presente: lo contrario significaría admitir que el aporte ético que implica el principio de la legalidad en la actuación de los poderes públicos pudiera estar ausente en los contratos que celebran las distintas entidades estatales.

Ahora bien, hay que distinguir dos cosas: una es que el objeto del contrato reúna las condiciones de validez. Otra es, si dentro del objeto comprendemos las prerrogativas estatales: podría admitirse la existencia de cláusulas exorbitantes, o, aún más, si la entidad estatal puede hacer uso de las prerrogativas, por ejemplo, rescindiendo un contrato por razones de oportunidad, mérito o conveniencia.

Si el contrato se regula por el derecho privado, más allá de que derivado esté el derecho público, la respuesta debe ser en principio negativa. Puesto que la prerrogativa existe en y para el ejercicio de la actuación dentro del marco del derecho público, que es del ejercicio de las funciones propias o específicas del Estado. En caso contrario, la respuesta sería no.

Por cierto que esto es como dije un principio, puesto que la actividad estatal es tan difusa, amplia, confusa, contradictoria y desconocida, que la sorpresa se encuentra en cada vuelta del camino de su estudio.

Las formas. Los autores refieren en común la necesidad de la observancia de las formas.

Aquí también nos encontramos ante otra limitación: ¿es exigible siempre cumplir con las formas? Creo que habría que diferenciar: cuando se trata de una actividad comercial o industrial es lógico que se aminoren. Pensemos solamente en la actividad bancaria o en la prestación de un servicio público.

Pero ¿qué pasa con las adquisiciones de las empresas públicas?, ¿necesitará llamarse siempre a licitación? ¿No afectaría ello su giro?

Si uno de los objetivos fundamentales de la actuación estatal es su legalidad y transparencia, no cabe duda de que la aplicación de los sistemas de concurrencia del régimen de las adquisiciones y las obras estatales es fundamental.

Quizás puedan organizarse sistemas que, técnicamente, permitan una mayor agilidad y rapidez para permitir su giro, dentro de esas pautas de legalidad y transparencia a las contrataciones regidas por el derecho privado mayormente.

Vamos a un ejemplo, puede admitirse que en una empresa pública, y con eficaz control, se pueda contratar mediante procedimientos expeditos. Mas no podría decirse lo mismo en la contratación que lleve a cabo una entidad estatal que no desarrolle una actividad industrial o comercial.

Obsérvese que en el marco de la Unión Europea hay una exigencia de la concurrencia en las contrataciones que lleven a cabo entidades estatales cualquiera sea la naturaleza de su actividad.

Es decir, lo que importa es que la denominada "huida del derecho público" que tanto preocupó a los españoles, a través de la aplicación de formas de derecho privado a determinadas actuaciones estatales, no signifique, en definitiva, una burla a la legalidad.

En conclusión, la circunstancia de que se puedan aplicar técnicas del derecho privado no significa abandonar la técnica del derecho público en todo aquello que signifique y requiera la observancia de la transparencia y la legalidad estatal.

#### CONCLUSIÓN

Cuando se estudia el panorama jurisprudencial desde la distancia, desde lo que se ha escrito hace más de veinte años, se llega a una apreciación o sensación, mejor, de error conceptual.

Más bien parece que se recurrió al expediente cómodo de encuadrar como administrativos determinados contratos celebrados por el Estado, sin reparar mayormente en el tipo de actividad que se amparaba en concreto. Es lógico, era más fácil ir por el camino del derecho público.

Creo que sobre este tema es conveniente fijar algunas pautas para quienes lean estas líneas y para quienes caigan en el estudio o elaboración del tema:

1° ¿Cuál es el alcance del derecho público en los contratos que celebra la Administración regidos por el derecho privado?

2° ¿Es posible "unificar" el estudio de los contratos parcialmente regidos por el derecho privado, o es necesario el estudio de cada caso particular?

3° Si se acepta la posibilidad de que exista tal tipo de contratos, ¿es posible jurídicamente que en algún momento el ente u órgano estatal invoque o use de una prerrogativa pensada para los contratos públicos?

4° ¿Puede el Estado renunciar, al autolimitarse, a la aplicación del derecho privado, al ejercicio de la prerrogativa cuando ejerce una actividad propia de los particulares?



5° ¿Podría aplicarse la doctrina de los actos separables para el juzgamiento? Me atrevo a dar mi respuesta negativa sobre el interrogante; creo que semejante criterio iría, por lo menos en nuestro ordenamiento, en contra de la unidad de jurisdicción y de la acumulación de procesos<sup>26</sup>. A mi modo de ver lo decisivo será el objeto del contrato, más que los componentes previos de su formación; y, así, un contrato cuyo objeto sea de derecho privado (v. gr., el alquiler del salón de un edificio público para un "evento" privado, como habitualmente lo vemos) será juzgado por la justicia ordinaria y no por la contencioso administrativa, aunque estuviera de por medio un vicio de incompetencia.

Éstas son sólo unas breves preguntas que uno se formula. Hay seguramente muchas más.

Pero hay algo que debemos tener en cuenta y ser cuidadosos. Si aceptamos que el Estado, en sentido lato, utilice tácticamente el derecho privado, no lo tenemos que hacer de tal forma de negar el uso de la prerrogativa cuando el bien común —el auténtico bien común— está en juego.

Por otro lado, cuando aceptamos que use esa técnica, no significa que extrapolemos el derecho público a esa actividad, en la medida que no sea necesario.

Precisamente, asistimos a una vuelta a la empresa pública, aunque bajo un ropaje netamente privado. No es una realidad exclusivamente nuestra.

Si ello es así, lo que debemos evitar es tomar esas empresas en un organismo burocrático e ineficiente más mediante una aplicación indebida del derecho público donde hay que regular mediante el derecho privado.

Tengamos presente que la eficiencia no debe, en buenos términos, confrontar con la legalidad, sino servir aunadamente para el logro del bien común.

<sup>26</sup> Ver sobre el tema el trabajo citado de Gallegos Fedriani.

## ¿CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE ENTES PÚBLICOS NO ESTATALES?

JULIO ISIDRO ALTAMIRA GIGENA\*

### 1. CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Antes de referirme a la posibilidad de los entes públicos estatales de efectuar contratación administrativa, considero conveniente comenzar por analizar —aunque sea someramente— las distintas teorías suscitadas respecto a la existencia o no de los contratos administrativos, para luego pasar a estudiar la existencia o no de los entes públicos no estatales, y como adelanto mi criterio en el sentido de su existencia, posteriormente analizaré si estas instituciones pueden ser sujetos de la contratación administrativa.

Es por todos conocido que los Órganos estatales se vinculan entre sí mediante relaciones jurídicas cuyas voluntades intervinientes apuntan a un mismo fin; o sea que tienen finalidades coincidentes, como cuando las Direcciones Nacional, Provincial y Municipal de Vialidad, se vinculan entre sí con la finalidad de colaborar para la ejecución de una obra pública, por ejemplo caminos, desagües, etc., que van a beneficiar a la comunidad.

\*Abogado (Univ. Nac. de Córdoba, 1962), Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Univ. Nac. de Córdoba, 1967).

Es Profesor Titular Plenario de Derecho Administrativo y Director del Instituto de Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro de los Tribunales de Concurso para Profesores Titulares y Adjuntos de Derecho Administrativo y de Derecho Procesal Administrativo de distintas Universidades Nacionales. Miembro de los Tribunales para evaluar Tesis Doctorales sobre Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo de distintas Universidades Nacionales. Miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Es autor de tres libros y de numerosos artículos sobre derecho administrativo y derecho procesal administrativo. Su más reciente publicación es *Lecciones de Derecho Administrativo*.