

Deer. 3869/71: Las firmas de los representantes o responsables de las entidades aseguradoras, contenidas en las pólizas correspondientes a los seguros de caución a que se refiere el decreto 411/69, deberá certificarse por escribano público.

Deer. 15.727/49: No se efectuará retención para el fondo de reparos en certificados por mayores costos.

Deer. 5742/54: Autoriza la inclusión en pliegos de una cláusula para sustituir el fondo de reparos en efectivo por fianza bancaria (ver p. 444).

Deer. 8919/59: Permite sustituir el fondo de reparos en efectivo por títulos o bonos nacionales.

Deer. 1360/60: El fondo de reparos no excederá del 5 %.

Deer. 22.340/54: Autoriza el pago de intereses a los certificados de diferencia de jornales y materiales.

Deer. 13.477/57: El Banco de la Nación dará a conocer las tasas de interés.

Advertimos que existen otras disposiciones que rigen, en alguna medida, la obra pública, pero las omitimos por no ser esenciales; sin embargo, algunas de ellas figuran en el apéndice legal y todas se citan, en su oportunidad, en el texto.

Finalmente, agregamos que las obras públicas provinciales se rigen por la legislación específica de cada provincia, y esto resulta lógico, ya que en nuestra legislación el derecho administrativo tiene carácter local. Cada provincia tiene su propio derecho administrativo y, por tanto, su propia ley de obras públicas; esta característica legal surge de nuestra Constitución nacional y responde a nuestra forma federal de gobierno. Las municipales por las leyes orgánicas de los municipios y ordenanzas respectivas; las obras internacionales se rigen por los tratados respectivos y las leyes de cada uno de los países ejecutantes, estas últimas en la medida en que resultan aplicables en sus propios territorios según los contratos internacionales.

4. OBRA PÚBLICA Y OBRA DE UTILIDAD PÚBLICA. DEFINICIONES.

Si bien ambas obras apuntan específicamente a la utilidad y el interés colectivos, no toda obra de utilidad pública es obra pública. La diferencia sustancial reside en el carácter estatal o no que inviste el sujeto que dispone y ejecuta la obra.

Por último, diremos que la obra pública puede ser de uso común directo o indirecto (inclusive la colectividad puede igno-

rar su existencia; obra pública estratégica secreta). En cambio, a nuestro juicio, la obra de utilidad pública nunca es secreta y su uso es directo, y sólo circunstancialmente puede ser indirecto.

Definiciones. — A continuación reproducimos las siguientes definiciones de autores nacionales y extranjeros:

RAFAEL BIELSA¹⁵: "Es obra pública toda construcción integral y reparación realizada sea por la Administración pública, sea por concesionarios, sobre cosas (inmuebles o muebles) directa o indirectamente afectadas al uso público".

MANUEL MARÍA DIEZ^{15 bis}: "La obra pública puede definirse diciendo que son los bienes muebles o inmuebles, que se ejecutan con un fin de utilidad general, sea por el Estado, directa o indirectamente, sea por un particular".

ALCIDES GRECA¹⁶: adopta la definición de BIELSA.

JOSÉ F. RIEFFOLO BESSONE¹⁷: considera "obras públicas las construídas con fondos del Estado y destinadas a la utilidad común".

AGUSTÍN ALBERTO GORDILLO^{17 bis}: "Es la cosa mueble o inmueble construída para utilidad o comodidad común, que pertenece a una entidad estatal".

CARLOS M. SÁENZ¹⁸: "Obra pública nacional es toda construcción, trabajo o servicio de industria, de utilidad común, que se ejecuta con fondos del tesoro de la Nación".

MAURICIO DURRIEU¹⁹: "Son aquellos trabajos llevados a cabo en un inmueble por cuenta de una persona pública y con un fin de utilidad pública".

En el anteproyecto de "Ley de obras públicas por contrato" de la comisión designada por el P. E. nacional en el año 1963, se expresa: "Todas las construcciones, instalaciones y obras en

¹⁵ *Derecho administrativo*, Ed. Depalma, Bs. As., 1955, t. II, p. 349.

^{15 bis} *Derecho administrativo*, t. II, p. 592.

¹⁶ *Régimen legal de la construcción*, Ed. Víctor P. de Zavaglia, Bs. As., 1956, p. 210.

¹⁷ *Contrato de obra pública*, Ed. "El Ateneo", Bs. As., 1946, p. 36.

^{17 bis} *Obra pública y contrato de obra pública*, "Rassegna dei lavori pubblici", extracto del número del 5 mayo 1964.

¹⁸ *Las obras públicas en nuestra legislación positiva*, publicación de la "Revista de Ciencias Económicas, Comerciales y Políticas", n.º 58/59, año 1949.

¹⁹ *Técnica de la ingeniería y la arquitectura, e ingeniería y arquitectura legal*, ed. del autor, Bs. As., p. 54.

general que contrate la Administración nacional por intermedio de sus dependencias centralizadas o descentralizadas, y empresas de Estado, se considerarán obras públicas y se regirán por las disposiciones de la presente ley...

CARLOS GARCÍA OVIEDO²⁰: "Son obras públicas las ejecutadas por un órgano administrativo o por su encargo con un fin inmediato de utilidad pública". Este autor considera que la obra pública es siempre inmueble.

RECAREDO FERNÁNDEZ DE VELAZCO²¹: "Se entiende por obra pública las que sean de general uso y aprovechamiento y que se hallen a cargo del Estado, las provincias o los pueblos". Para FERNÁNDEZ DE VELAZCO la obra pública es inmueble (p. 87).

VICENTE SANTAMARÍA DE PAREDES²²: Sigue los conceptos de las leyes españolas del 13/4/1877 y 10/1/1879, expresando conceptos donde evidentemente ha bebido FERNÁNDEZ DE VELAZCO, y que por su similitud no reproducimos.

ENRIQUE SAYAGÜES LASO²³: "Son ciertos trabajos sobre bienes inmuebles que la Administración ejecuta o que se realizan por su cuenta".

ANTONIO CIANFLONE²⁴: Obra pública es la "realizada por el Estado u otro ente público, y destinada a un servicio público".

ALFREDO DE ALMEIDA PAIVA²⁵: "Son las obras costeadas y ejecutadas por el poder público destinadas a atender el funcionamiento de un servicio público o en vista a un interés general o público".

El proyecto del CIMOP en su art. I expresa: "Se consideran obras públicas sometidas a las disposiciones de la presente ley, todos los estudios y proyectos, construcciones, conservaciones, instalaciones, trabajos, obras en general que realice la provincia por intermedio de sus reparticiones centralizadas o descentralizadas, autónomas o autárquicas, empresas o sociedades anónimas estatales o mixtas, por concesiones a terceros o por entidades de bien público, cualquiera sea el origen de los fondos que se inviertan".

²⁰ *Derecho administrativo*, 6ª ed., Madrid, 1957, t. I, p. 504.

²¹ *Los contratos administrativos*, Madrid, 1927, p. 80.

²² *Curso de derecho administrativo*, Madrid, 1914, p. 707.

²³ *Tratado de derecho administrativo*, Montevideo, 1959, t. II, p. 86.

²⁴ *L'appalto di opere pubbliche*, Ed. Giuffrè, Milano, 1950.

²⁵ *Aspecto do contrato de empreitada*, Ed. "Revista Forense", Rio de Janeiro, 1955, p. 150.

Nuestra definición. — Es una cosa mueble o inmueble cuya construcción integral o reparación está destinada a la utilidad común directa o indirectamente, perteneciendo su titularidad al Estado nacional, provincial, municipal o entidad descentralizada (puede ser incorporal).

A continuación expresamos algunos conceptos referidos a la definición precedente:

a) La titularidad de la obra pública debe pertenecer siempre a una entidad estatal, aun cuando eventualmente pueda suceder que la obra no sea construida por el Estado ni por su cuenta y comienza siendo privada, pero luego se destina a la utilidad común²⁶; también puede suceder el caso inverso.

b) Puede realizarla directamente el Estado o por su cuenta mediante contratista o concesionarios de obras.

c) Recae sobre cosas muebles o inmuebles; aunque es más corriente la obra pública inmueble, no procede hacer ninguna limitación al respecto, tanto más si la consideramos en un sentido lato e independiente (com., ps. 100 y ss.). La Procuración Nacional del Tesoro ha dictaminado: "La obra pública puede ser mueble o inmueble, corporal o incorporal" (t. 81, p. 244).

El concepto de "incorporal" aparece explicado, en alguna medida, por el art. 2311 del C. Civ. (modificado), que establece: "Se llaman cosas en este Código los objetos materiales susceptibles de tener un valor."

"Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación".

El artículo transcrito es el que rige actualmente, después de la reforma del C. Civ. de 1968 (ley 17.711, del 26/4/68).

d) A pesar de lo dispuesto por el art. 1 de la ley 13.064 opinamos que una obra pública puede financiarse con fondos que no pertenezcan al Tesoro de la Nación; lo que le da el carácter de tal no es el origen de los fondos sino la titularidad del ente estatal y el destino de utilidad común.

e) La utilidad común puede ser satisfecha directa o indirectamente: caminos librados al uso común; caminos puramente estratégicos, no librados al uso común.

Con la definición que hemos desarrollado precedentemente,

²⁶ Conf.: SAYAGÜES LASO, ob. cit., t. II, p. 87, n. 2.

estimamos resumir, dentro de lo posible, una comprensión cabal de los conceptos que informan la obra pública.

Se ha resuelto: obra pública son los bienes, muebles o inmuebles, que se ejecutan con un fin de utilidad general, sea por el Estado, directa o indirectamente, sea por un particular ("L. L.", t. 130, p. 661).

5. CLASIFICACIÓN DE LAS OBRAS PÚBLICAS.

En esta materia, lo mismo que en otros aspectos (educación, justicia, régimen impositivo, etc.), la Nación, las provincias y los municipios tienen facultades concurrentes o simultáneas (arts. 1, 67, inc. 16, y 104 de la Constitución nacional). Esto significa que el gobierno nacional puede realizar, también, obras públicas en jurisdicciones provinciales, conforme al régimen de la ley 13.064.

Como una consecuencia de lo expresado existe, en nuestro país, una ley nacional de obras públicas y, a su vez, cada provincia ha dictado su respectiva legislación de la materia.

A estos aspectos hay que sumar las disposiciones municipales.

Atento a lo expuesto, clasificamos las obras públicas en nacionales, provinciales y municipales, teniendo en cuenta el ente administrativo que las ejecuta directa o indirectamente. En cambio, disintimos con quienes formulan clasificaciones teniendo como base el origen de los recursos empleados. Reiteramos, nuevamente, que el origen de dichos fondos no concede a la construcción, reparación o conservación el carácter de obra pública (ver com., ps. 56 y ss.).

RIEFOLO BESSONE divide también las obras públicas, según las necesidades que satisfacen, en civiles y militares²⁷.

Recordamos las obras públicas internacionales, es decir, aquellas que puedan construirse con esfuerzo y fondos comunes a dos o más naciones. Estas obras tienen, generalmente, origen en tratados internacionales y responden a reglamentaciones que escapan a las leyes específicas de la materia. Los aportes suelen graduarse según los beneficios de utilidad pública que recibe de la obra cada uno de los entes intervinientes. También diremos que el derecho internacional público no permanece ajeno a la reglamentación de este tipo de obras²⁸.

²⁷ Ob. cit., p. 38.

²⁸ Conf.: CIANFLORE, ob. cit., p. 7.

Con el criterio anteriormente expuesto, dentro del régimen federalista de nuestro país, puede hablarse de obras públicas interprovinciales y aun intermunicipales.

6. IMPORTANCIA DE LA OBRA PÚBLICA.

La importancia económica, social y política de las obras públicas no necesita comentarios demostrativos. Conjuntamente con las obras privadas han dado origen a una industria pujante llamada industria de la construcción²⁹. En nuestro país es la más importante después de la agropecuaria, por sus equipos, inversiones, sueldos y jornales que en ella se pagan, etc.

²⁹ HOMERO C. BIBILONI expresa respecto de la industria de la construcción en *Leyésación de obras públicas...* etc., t. III, ps. 13 y ss.: "Si de acuerdo con la lengua, ha de entenderse por industria al conjunto de operaciones materiales ejecutadas para la obtención, transformación o elaboración, en cualquiera de sus grados o etapas, de los productos naturales, la construcción es una industria."

"En efecto, utilizando materias primas naturales y prefabricadas, las acomoda y elabora para constituir con ellas estructuras funcionales tales como caminos, edificios, diques, muelles, etc."

"También los juristas, especializados en derecho comercial, y la jurisprudencia de nuestros tribunales, han llegado a la misma conclusión."

"Entre los argentinos, Segovíe, Malagarriga y Siburu consideran que la construcción es una verdadera «empresa de fábrica», y en cuanto a la jurisprudencia, sus vacilaciones anteriores al fallo plenario de las Cámaras Civiles y Comercial de Apelaciones de la Capital, recaído en la contienda de competencia que se planteó en el concurso civil de Alfano, se inclinaron por fin en favor de la buena tesis."

"Con el mismo criterio, la Dirección General de Censo y Estadística de la Nación clasifica en treinta y seis grupos a las industrias nacionales, incluye entre ellas a la de la construcción, y le asigna entre todas el primer lugar en orden de importancia, tanto por número de empleados y obreros que ocupa como por el monto de sueldos y jornales que abona."

"Sus características. Aun cuando cada industria o grupo de ellas pueda presentar algunas características que le son propias, la industria de la construcción es tal que la mayoría de sus rasgos la diferencian nítidamente de la generalidad."

"En efecto, una empresa constructora se distingue de otras empresas industriales en los siguientes aspectos:

"1. No puede dar a su actividad un emplazamiento determinado; ella tiene origen, por lo general, en una licitación o remate de precios escapando a su contralor la elección del lugar en que ha de desarrollarla desde que tal lugar o emplazamiento de la obra queda librado al resultado de las licitaciones en que interviene."

"2. Concentra sus actividades en la ejecución de un limitado número de obras. Atendiendo a la capacidad de su organización no puede pensar

Se la ha llamado de planta móvil en oposición a las obras industriales de planta fija. En efecto, el industrial de obra tiene toda su actividad donde instala el obrador. Allí permanecerá el tiempo que demande la terminación de la obra u obras respecto de las cuales ha empeñado sus esfuerzos. En consecuencia, cada nuevo contrato significará un nuevo traslado del obrador.

En cambio, las obras industriales tienen plantas estables por lo que producen sale en busca de mercados, o pasa a manos de adquirentes o consumidores distintos; en definitiva, el resultado de la actividad empleada se desparrama sin quedar fijo en el lugar de producción.

No cabe duda de que la industria que nos ocupa tiene estructuras muy especiales que la diferencian de otras actividades. Por ello, el ingeniero CÉSAR M. POLLEDO —citado por LUIS DE CARLI³⁰— ha podido decir “que el valor o capital de una empresa constructora no es otro que el del valor de su equipo humano; integrado por los ingenieros, capataces, ayudantes y obreros. Es por eso que las empresas constructoras ni se compran ni se venden, porque ese capital no es susceptible de ser adquirido o enajenado por una transacción de esta naturaleza”.

El impacto de las obras públicas en los pueblos es muy importante, porque ellas constituyen el quehacer principal de los gobiernos. Los países sin obras públicas son exponentes de extrema pobreza, de subdesarrollo o decadencia.

La base principal de la importancia de las obras que nos ocupan radica en su carácter trascendente, es decir, en sus proyecciones de interés colectivo y bienestar social. Puede de-

en concurrir a nuevas licitaciones hasta tanto no se hallen terminadas o en vías de terminación las obras que tiene en construcción.

“Razón por la cual su acción no tiene carácter continuo y permanente sino esporádico.

”8. Con excepción de un reducido número de empleados u obreros que ejercen funciones directivas o muy especializadas, la casi totalidad de su personal es adventicia, como consecuencia de la falta de continuidad y de la dispersión característica de sus actividades.

”4. Carece esencialmente de talleres permanentes y centralizados. Sus talleres son las propias obras en construcción y terminan con ellas.

”5. El proceso de elaboración de las estructuras que ella produce exige el empleo de largos períodos de tiempo, que se extienden a varios años para la mayoría de las obras públicas”.

³⁰ *Obras por administración directa y por contrato*, estudio presentado a la consideración del Sexto Congreso Panamericano de Carreteras.

cirse que reflejan ideales de servicios desprovistos de los afanes de lucro de las iniciativas privadas.

Son factor innegable de riqueza, y con frecuencia se recurre a ellas como reguladoras de las economías nacionales o como armas de combate contra la desocupación y el pauperismo. Las grandes inversiones que reclaman provocan inquietudes financieras y despiertan las economías más adormecidas.

JACOBO WAINER³¹, en prólogo escrito para una obra de ARTHUR D. GAYER, expresa: “El autor propugna la utilización de las obras públicas como un agente de estabilización económica, dentro de un sistema económico inestable. Sugiere que debieran ser planificadas y presupuestadas con la suficiente anticipación, de modo que sean realizadas de acuerdo con un plan flexible que permita que puedan ser aceleradas en los períodos de prosperidad, en relación inversa con los movimientos cíclicos económicos generales. La política de los gobiernos de emprender grandes obras públicas en épocas de prosperidad, debido a la abundancia de fondos y a una mayor exigencia del público, y la dificultad de llevarlas a cabo en tiempo de crisis, a causa de la falta de dinero y de la dificultad en lograr empréstitos, ocasiona serias perturbaciones. En el primer caso, la expansión de la construcción aumenta la presión en el mercado por la demanda de materiales y de trabajo, alentando las tendencias inflacionistas; en el segundo, la reducción de los gastos públicos acentúa la reducción de los gastos privados. Muchos autores sostienen que un sistema elástico de obras públicas corregiría ambos males, estimulando o controlando, cuando sea necesario, la actividad económica. Pero, el éxito de tal política depende del volumen de obras públicas que pueda ser fácilmente adelantado o postergado. Esto depende, a su vez, de la exactitud de los planes financieros y técnicos de ingeniería, previos. La planificación y cálculo presupuestario previos son indispensables para evitar las numerosas dificultades administrativas, técnicas y financieras que pueden presentarse. El autor proporciona, mediante una revisión histórica, descriptiva y analítica, el elemento básico necesario para evaluar la posibilidad de utilizar las obras públicas planificadas como un medio de lograr la estabilización económica”.

³¹ *Obras públicas en la prosperidad y en la crisis*, Editorial Argentina de Finanzas y Administración, Buenos Aires, 1942.

La industria de la construcción, donde ubica la obra pública, impulsa grandes sectores sociales y económicos. A su vez viven numerosas industrias coadyuvantes con sus respectivos gremios que exceden al número de ciento cincuenta; su incidencia se hace notar, también, sobre el resto de la economía general, influyendo sobre los transportes, energía, combustibles, recaudaciones impositivas, seguro, etc. Desde el punto de vista laboral anotamos que es la industria que emplea más obreros. Su desarrollo normal mediante un régimen financiero eficaz es factor de tranquilidad política, aliento demográfico y sedimentación de cultura.

Por ello ha podido llamarse a la construcción la "industria del bienestar humano", y difundirse el *slogan* de que cuando "ella va bien todo va bien".

Finalmente, diremos que la obra pública se halla íntimamente vinculada al problema de la vivienda y su repercusión sobre los valores humanos. En efecto, vivienda y valores humanos son dimensiones que deben apreciarse conjuntamente, y según se aquilaten o relajen, aumentan o disminuyen las posibilidades colectivas.

El problema de la vivienda debe alcanzar la preocupación estatal de la obra pública. Los capitales de la Nación, que en definitiva son los del pueblo, deben servir a la vivienda como sirven a los caminos, diques, usinas, etc. Sin embargo, una importante diferencia debe señalarse entre ambas circunstancias, pues la segunda significa sólo inversiones de interés colectivo, mientras que en la primera se sirve también intereses de la colectividad, pero con un plan de recuperación a plazo, de los fondos invertidos por el Estado. En consecuencia, lo que empuja por ser obra pública terminará por convertirse en obra o propiedad privada, a medida que se vaya otorgando los títulos a los adjudicatarios que han prestado las garantías indispensables.

Construir viviendas por el camino de la obra pública significa que el Estado hace posible todo lo que el individuo aislado no puede alcanzar: terreno, garantía, avales, créditos, plazos, acopios, selección constructiva, facilidad de controlar por intermedio de agentes especializados, etc.

7. CONTRATO DE OBRA PÚBLICA.

Previamente haremos una breve distinción entre acto administrativo y contrato administrativo. Se trata de dos aspectos jurídicos diferentes³².

En efecto, el acto administrativo es un acto unilateral que produce efectos jurídicos y que emana de la Administración.

Pero el Estado no siempre interviene administrativamente, imponiendo su voluntad unilateral. Para ello busca la colaboración por el camino del convenio. En esta búsqueda encuentra el contrato administrativo, cuya esencia es la bilateralidad destinada a producir efectos jurídicos. Por tanto, no es una simple declaración sin consecuencias para las partes.

En definitiva, diremos que los actos administrativos integran, siempre, los contratos administrativos. Pero los actos administrativos, independientemente, no constituyen contratos.

Nos ubicamos doctrinalmente en la situación de que el contrato de obra pública es un contrato administrativo. Así lo consideramos por sus características, cuyo análisis hacemos en el transcurso de esta obra; igualmente porque así lo nomina el art. 21 de la ley 13.064, al llamarlo expresamente "contrato administrativo".

Se ha resuelto: El contrato de obra pública es una locación de obra en cuya ejecución la Administración procede como poder administrativo, razón por la cual debe considerárselo por su objeto, fin y régimen de ejecución, como un contrato administrativo con régimen propio ("I.T.A.C.", Industrial, Técnica, Artística, Comercial *v.* Prov. de Buenos Aires; Sup. Corte Bs. As., 20/4/65, "J. A.", 1965-VI, p. 221).

En consecuencia, nos separamos de expreso de las largas discusiones respecto de si el contrato administrativo existe o no como tal; si sus atributos contractuales son sólo del derecho privado, si esta figura jurídica es ajena al derecho público, etc.

Penetramos en su estudio con la amplitud de criterio suficiente para advertir la virtualidad innegable de categorías contractuales que no por exorbitar los moldes clásicos del derecho privado, dejan de ser, por ello, verdaderos acuerdos de voluntades destinados a producir efectos jurídicos. Nos separamos

³² Ver: AGUSTÍN A. GORDILLO, *El acto administrativo*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968.

Ver, también: GABINO FRAGA, *Derecho administrativo*, ps. 269 y ss., Ed. Porrúa S.A., México, 1962.

deliberadamente de "la ceguera jurídica y axiológica" de que habla SPOTA³³, para aceptar la evidencia que no necesita demostración.

Estudiamos el contrato de obra pública como una especie nominada de la locación de obra (*locatio conductio operis*), a la que consideramos el género contractual. Estimamos que es una especie nominada por la ley 13.064, que se refiere reiteradamente a él, lo mismo que el decreto-ley de contabilidad 23.554/56.

Se ha resuelto: El contrato de obra pública configura, en sustancia, una locación de obra por su estructura jurídica, aun cuando en su ejecución la Administración actúe como poder (Sup. Corte Es. As., 3/3/70).

MARTÍNEZ ALCUBILLA³⁴ da la siguiente definición de contrato de obra pública: "Dase este nombre a los contratos y remates que por medio de subasta, o en casos excepcionales sin ella, celebran el Estado, los establecimientos públicos, las Diputaciones provinciales y los Ayuntamientos para ejecutar alguna obra pública o prestar algún servicio público".

Por otra parte, consideramos oportuno dejar aclarada la diferencia entre contrato de obra pública y contrato de concepción de obra pública. El primero tiene por objeto, exclusivamente, la ejecución de una obra pública; en cambio, el segundo se concierne con la finalidad ulterior de la prestación de servicios públicos, pudiendo haber o no, según el caso, construcción de obra pública.

Nuestra definición. — Consideramos que es el acuerdo común de voluntades destinado a producir efectos jurídicos, celebrado entre la Administración nacional, provincial, municipalidad o entidad descentralizada, con otro sujeto de derecho, mediante un precio, para la construcción, reparación o conservación, parcial o total de una obra inmueble o mueble.

A continuación expresamos algunos conceptos referidos a la definición precedente:

a) Es un contrato de locación de obra, mejor dicho una especie de la primera que constituye el género; por tanto, participa de los caracteres generales de la locación de obra (ver "Caracteres generales", p. 27).

³³ Ver nota en "J.A.", t. 1946-III, p. 764.

³⁴ MARCELO MARTÍNEZ ALCUBILLA, *Diccionario de la administración española*, 5ª ed., Madrid, t. III, p. 410.

b) No basta sólo el acuerdo de voluntades, que puede constituir una simple declaración bilateral sin efectos jurídicos; es necesario que tales efectos jurídicos se produzcan por el enfrentamiento o la disparidad de los intereses de las partes.

c) Pueden contratar una o más personas de derecho privado de existencia visible o ideal, y una o más entidades estatales, debiendo siempre tener el contrato administrativo efectos jurídicos entre las partes.

d) Puede tratarse de una construcción integral o parcial, de una simple reparación o de los trabajos de mantenimiento de una obra pública ya realizada.

e) El contrato de obra pública es a título oneroso, y el precio es la contraprestación objetiva a cargo del Estado, cuyo pago legisla el capítulo VII de la ley 13.064; el precio debe pagarse en pesos moneda nacional, salvo que se haya previsto pagos en moneda extranjera, especie, títulos estatales, etc.

Se ha resuelto: "El contrato realizado entre un particular y la Administración pública mediante el cual aquél se compromete a realizar los trabajos de estudios y proyectos de una obra pública, sujeto —en general— a las instrucciones que ésta le imparta, o, en su defecto, a las normas corrientemente utilizadas por las reparticiones técnicas administrativas, recibiendo como contraprestación los honorarios establecidos por el Consejo de Ingenieros y aprobados por el Consejo de Obras Públicas, es de naturaleza administrativa, y de obra pública".

En disidencia votó el Dr. Largaña (Ravizzini, Hugo D., v. Prov. de Santa Fe; Corte Sup. Just. Santa Fe, 24/6/65, "J.A.", 1966-I, p. 380).

El contrato de obra pública debe considerarse, tanto por su objeto y fin como por el régimen de ejecución, como un contrato administrativo con régimen propio (Cám. Nac. Fed., sala civ. y com., 28/12/66, "La Ley", t. 126, p. 780, y "J.A.", t. 1967-V, p. 289).

ELEMENTOS. — *Sujetos en el contrato de obra pública.* Por supuesto, son dos: uno que indefectiblemente es la Administración o un organismo estatal; otro que es el empresario o contratista, es decir, una persona de derecho privado de existencia visible o ideal; nada obsta que este sujeto sea también un organismo estatal.

La ley de obras públicas italiana, al establecer el régimen de la suplencia (ver p. 356), ha creado, en nuestra opinión, un

sujeto en expectativa. En efecto, el suplente podrá ser llamado a sustituir al empresario (sujeto originario) en caso de que éste quede imposibilitado de actuar por muerte, falencia, o incapacidad absoluta.

Objeto en el contrato de obra pública. — Es, precisamente, la obra pública identificada y configurada a través de las bases de la licitación, el contrato, pliegos de condiciones y demás piezas contractuales. EIELSA³⁶ considera el objeto referido al contratista como "todas las prestaciones que constituyen la ejecución de la obra pública"; y considera el precio en dinero como el objeto referido a la Administración.

La obra pública, como objeto del contrato respectivo, es jurídicamente indivisible en cuanto a su unidad, específicamente variable en cuanto a su monto, y puede versar sobre muebles, inmuebles o aspectos incorporales.

En efecto, la entrega de la obra constituye una obligación de resultado, y por ello debe cumplirse enteramente. Se trata de una obligación indivisible, y así surge de lo dispuesto por los arts. 670 y 680 del C. C., aplicables conceptualmente a lo que hemos expresado; recomendamos la lectura de la nota que el codificador ha puesto al citado art. 670.

A su vez, es variable específicamente en cuanto a su monto, como lo determinan los arts. 29 y 30 de la ley 13.064. Las variaciones quedan limitadas, en más o en menos, a un 20 % del monto de la obra, cuidando de que ellas no alteren las bases del contrato.

Debemos entender por alteración de las bases del contrato todo aquello que se refiere a la naturaleza de la obra, a su estructura constructiva fundamental, a los conceptos medulares de la concepción arquitectónica; en fin, a todas aquellas circunstancias que hagan variar la noción primaria y el esfuerzo de realización introduciendo un cambio esencial en la concepción de origen. Finalmente, cuando se obligue al contratista a afrontar lo que no pudo estar en sus cálculos ni en el subsuelo contractual cuando la obra fue licitada, adjudicada y contratada.

En cuanto al precio referido al objeto de la Administración es, también, variable en virtud de lo dispuesto por las leyes 12.910 y 15.285, de mayores costos, sancionadas para tener vigencia dentro de la órbita de la obra pública; y contrariamente

³⁶ Ob. cit., p. 355.

a lo que sucede con el objeto-obra, el objeto-precio es siempre divisible.

Por último, diremos que los conceptos de licitud y posibilidad del objeto tiene respecto de la cuestión que nos ocupa el mismo alcance que en la obra privada, y por ello son aplicables los arts. 953 y 1167 del C. C.³⁷

CARACTERES GENERALES. — Hemos dicho que el contrato de obra pública es una especie de la locación de obra; en consecuencia, resulta lógico que participe de los caracteres generales de ésta, a saber: consensual de buena fe (ver p. 22), que tiene lugar por el solo consentimiento de las partes sin que se requiera formalidades especiales para su perfeccionamiento (arts. 1140, 1144 y 1628, C. C.); el consentimiento debe ser expreso en materia de contratos de obras públicas; bilateral o sinalagmático: que impone a las partes obligaciones recíprocas (arts. 1138 y 1493, C. C.); oneroso: que establece ventajas recíprocas para cada una de las partes (arts. 1139, 1493, 1627 y 1636, C. C.); conmutativo y no aleatorio: que las prestaciones a que se obligan las partes se tienen como equivalentes y no dependen de un hecho incierto (art. 2051, C. C.); algunos autores estiman que cuando se conviene una obra en forma global por ajuste alzado, puede considerarse el contrato de construcción como accidentalmente aleatorio frente al encarecimiento eventual de los mate-

³⁷ Art. 953: "El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean im- posibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conforme a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto".

Art. 1167: "Lo dispuesto sobre los objetos de los actos jurídicos y de las obligaciones que se contrajeren, rige respecto a los contratos, y las prestaciones que no pueden ser el objeto de los actos jurídicos, no pueden serlo de los contratos".

La Procuración Nacional del Tesoro ha dictaminado: "el contrato de obras públicas que tenía por objeto la construcción de un monumento a una figura del régimen depuesto, pierde automáticamente su causa y su objeto a partir del momento en que se realiza la revolución que derroca el régimen, por lo que debe tenerse rescindido por causa de fuerza mayor" (t. 86, p. 103).

riales o de la obra de mano³⁸; refirmamos nuestro criterio que aun cuando se construya por ajuste alzado o en forma global, el contrato sigue siendo conmutativo, pues el álea que puede invocarse no constituye un elemento fundamental de la esencia del convenio y, en consecuencia, no varía su naturaleza³⁹; por otra parte, las leyes de mayores costos 12.910 y 15.285, al contemplar el encarecimiento por eventuales aumentos de los materiales, obra de mano, gastos improductivos, etc., han hecho desaparecer casi totalmente el álea que invocan quienes creen que en el contrato que nos ocupa hay mucho de aleatorio; tampoco puede alegarse la facultad del Estado de aumentar o disminuir el monto de obra (20%), pues tal situación ha debido tenerla en cuenta el empresario en el momento de contratar (art. 53, inc. a); además, es de tracto sucesivo, pues la prestación del empresario consiste en una obligación de hacer cuyo cumplimiento responde a una ejecución sucesiva; es un contrato en marcha, como se le ha llamado⁴⁰; al contrario, la prestación del comitente consiste en una obligación de dar, la cual puede cumplirse de una sola vez; aclarando el concepto, diremos que existe prestación de tracto o ejecución sucesiva cuando se cumple, progresivamente, durante el trascurso del tiempo, y existe ejecución escalonada cuando se trata del cumplimiento de una prestación que, por su propia naturaleza, puede cumplirse en forma instantánea, y se difiere mediante plazos periódicos⁴¹; se celebra *instituta personae*, es decir, teniendo en cuenta cualidades y calidades especiales, solvencia, técnica, económica y moral, las cuales son condiciones, particularmente, examinadas por la Administración (art. 626, C. C.)⁴²; esta característica aparece en cierto modo disminuída cuando observamos que el Estado puede, por cuenta del empresario, hacer

³⁸ E. V. DE MIRANDA CARVALHO, *Contrato de empreitada*, Río de Janeiro, 1958, p. 18; COSTA SENA, *Da empreitada no direito civil*, p. 40. En el mismo sentido, de que el contrato de construcción no es aleatorio, JOSÉ SÁNCHEZ FONTÁNS, ob. cit., t. I, p. 60.

³⁹ Conf.: SÁNCHEZ FONTÁNS, ob. cit., t. I, p. 61.

⁴⁰ ENRICO PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, Roma, 1917, t. I, n.º 150.

⁴¹ Conf.: SÁNCHEZ FONTÁNS, ob. cit., t. I, p. 61.

⁴² Art. 626: "El hecho podrá ser ejecutado por otro que el obligado, a no ser que la persona del deudor hubiese sido elegida para hacerlo por su industria, arte o cualidades personales". Ver, también, MANUEL OSSORO Y FLORETT, *Contrato instituta personae*, en *Enciclopedia Omeba*, t. IV, ps. 530 y ss.

construir la obra por un tercero y aun realizarla por sí mismo; esto en razón de que cuando el *instituta personae* es verdaderamente intenso, la obligación de hacer no puede cumplirla sino la persona elegida previamente; finalmente, estimamos que el contrato de obra pública es una especie nominada de la locación de obra, a la que consideramos el género contractual.

Ahora bien: observando el art. 2 del decreto 19.324/49 (ver p. 439) podemos registrar una suerte de accesoriidad en materia de contratos de obras públicas; en consecuencia, debe aceptarse la existencia de este tipo de contratos en la materia que nos ocupa.

CARACTERES ESPECÍFICOS. — A continuación mencionamos algunos caracteres específicos de los contratos administrativos y, por tanto, del contrato de obra pública: a) la Administración, por regla general, carece de la libertad que tiene el comitente privado, ya que no puede contratar sino con el empresario o contratista que resulta determinado después de un trámite selectivo impuesto por la ley; b) como contrapartida a esta limitación, una vez que aparece el contratista y se lleva a cabo el convenio, éste queda sujeto a cierta preeminencia o subordinación estatal que nace de la disparidad valorativa de los intereses diferentes que animan a las partes.

JURISPRUDENCIA. — "La característica especial que distingue al contrato de obra pública de otros similares de derecho público y de derecho privado, es la de que aquél versa sobre la necesidad pública, justificada por una razón actual, y que la Administración dirige la obra por medio de sus técnicos con facultad de impartir órdenes al contratista, aplicar por sí las sanciones previstas, sustituirse provisionalmente al contratista, y hasta declarar la rescisión del contrato en caso de incumplimiento, conforme a lo previsto en el cap. VII de la ley 775" ("J. A.", t. 1942-II, p. 828, con nota de SPOTA).

"El contrato administrativo tiende siempre a asegurar el funcionamiento de un servicio público, siendo el contratante un colaborador en ese funcionamiento.

"En el contrato administrativo prevalece un interés de carácter general, consistente en un regular y continuado servicio público, sobre el interés de particulares.

"La Administración tiene la facultad de tomar las medidas que considere necesarias para garantizar el buen funcionamiento

del servicio público, controlando, aumentando o disminuyendo la extensión de las prestaciones a cargo del contratante y hasta poniéndoles fin a las mismas prestaciones" ("L. L.", t. 62, p. 661).

"Cuando aparece la utilidad general y su afectación al uso de la colectividad, hay un contrato de obra pública" ("L. L.", t. 100, p. 724).

PREMINENCIA ESTATAL. — Todas las obras públicas están, desde su origen, llamadas a servir, directa o indirectamente, intereses colectivos. Además, están destinadas por su naturaleza y fines, a la utilidad pública y, casi siempre, al uso público.

Las circunstancias anotadas anteriormente hacen que las partes contratantes no se conduzcan en la misma forma que en la contratación de obras privadas. Al contrario, el Estado en su carácter de custodio y entidad rectora de la colectividad reñene, como comitente, derechos y facultades que no se observan en el locatario de construcción privada. GASTON JÉZE⁴³ dice al respecto: "El contrato de obra pública contiene siempre una indicación precisa de la obra a efectuar. La Administración ha hecho preparar por sus ingenieros un presupuesto con dibujos, planos, croquis, trazados, tipos, modelos, etc. Pero una vez que se ha entregado al empresario esos documentos no se lo deja en libertad de construir la obra bajo reserva de un examen del trabajo al concluirse. Se trata de una obra pública de interés general, en el cual el empresario sólo es un participante, un colaborador, no el director de ese trabajo. El papel de director corresponde a los agentes de la Administración..."

Dentro de este orden de ideas, anota GRECA⁴⁴: "Las partes deben cumplir el contenido de las cláusulas contractuales, pero cabe advertir que la Administración aparece en la situación de preeminencia respecto del contratista en ciertos aspectos previstos en el texto de la ley. Contrariamente a lo que ocurre en los contratos entre particulares, en el contrato de obra pública la Administración puede alterar unilateralmente las condiciones del contrato".

En efecto, el Estado dispone alteraciones en el proyecto que "producen aumentos o reducciones de costos o trabajos contratados" (ver com. arts. 30 y 53, inc. a); impone el empleo

⁴³ Ob. cit., t. IV, ps. 408 y ss.

⁴⁴ Ob. cit., p. 216.

de materiales pertenecientes al Estado cuando fuere conveniente para él y sin que se encuentre nada estipulado en los pliegos contractuales (ver com. art. 33); suspende las obras por tres meses en todo o en parte (ver com. arts. 34 y 53, inc. b); goza de la mora automática por el solo hecho del transcurso del plazo o plazos estipulados en el contrato (ver com. art. 35, *in fine*).

Las circunstancias anotadas con anterioridad, sin perjuicio de otras que se estudian en el desarrollo de esta obra, ponen de manifiesto la preeminencia estatal que hemos destacado en los párrafos anteriores.

Esto explica, también, ese conjunto de verdaderas medidas disciplinarias que el comitente administrativo puede tomar contra el empresario y que son inaceptables en el derecho privado.

En efecto, la Administración para asegurar el éxito de la ejecución de una obra pública dispone de una gama de medidas coercitivas que van desde la intimación, apercibimiento o advertencia hasta la multa, ejecución directa, pérdida de depósitos de garantía, y rescisión contractual. Sólo existe un objetivo: la realización de la obra.

En cambio, en la construcción privada, prescindiendo de lo que las partes hayan podido pactar (art. 1197, C. C.) y de la rescisión contractual, la cuestión se orienta hacia una reparación en dinero, de los "daños e intereses" que menciona el art. 519 del Código Civil.

Recordamos, nuevamente, que el Estado en su actuación administrativa carece de afanes de lucro y sólo persigue el cumplimiento de finalidades de interés colectivo, las cuales no pueden ser suplicadas por ninguna clase de indemnización o reparación económica.

Debemos, pues, aceptar lo expuesto, lo que nace frente a la disparidad de situación de las partes en ambos contratos. En efecto, el contratista defiende intereses particulares que atañen, exclusivamente, a su empresa; en cambio, el comitente defiende intereses atinentes a la felicidad y bienestar colectivos. Resulta lógico aceptar la preponderancia de estos últimos, preponderancia que cobra vigencia de verdadero deber, irrenunciable, por parte de los representantes de la Administración.

Por último, expresamos que la preeminencia atañe más al modo de ejecución o realización de la obra y a las facultades rescisorias administrativas, que a la naturaleza, características o esencia de las prestaciones que nacen del contrato de obra pública.

En definitiva, diremos que tales circunstancias constituyen prerrogativas otorgadas por la ley al Estado y no a los funcionarios; en consecuencia, son irrenunciables por éstos, ya que no son titulares de ellas. El principio de "*quod propriam turpitudinem allegans non est audiendus*" no debe aceptarse cuando la Administración actúa dentro de la órbita del derecho público, pues esta última está al margen de las torpezas, nulidades o renunciamentos en que pudieren incurrir sus representantes legales⁴⁵.

No obstante lo expuesto, la preeminencia, subordinación o preponderancia a que nos venimos refiriendo, no pueden destruir las estructuras básicas de la contractualidad, las cuales gravitan indiscutiblemente en el quehacer administrativo. Tampoco se puede avasallar, llegado el caso, la intangibilidad patrimonial a que tienen derecho todos los habitantes de la Nación en virtud de fundamentales principios constitucionales (art. 18, C. N.).

Lo expuesto precedentemente nos lleva a considerar que lo arbitrario y lo antijurídico no puede tener cabida en ninguna forma contractual y mucho menos en el contrato de obra pública donde la buena fe tiene carácter prominente, como lo ha expresado en forma reiterada la Corte Suprema nacional.

Por tanto, la preeminencia estatal no puede conducir a procedimientos antijurídicos que ocasionen lesiones patrimoniales y aun morales a los empresarios, sobre todo cuando ellos se originen en virtud de la protección de "seudos intereses de la comunidad ya que no puede haber institución, autoridad ni mandato por encima y en manifiesta oposición a los principios, derechos y garantías que acuerda la Constitución nacional a todos los habitantes del país; ni que niegue los principios sustanciales del derecho, estén o no especificados en las normas"^{45 bis}.

En consecuencia, expresamos que las circunstancias anteriormente expuestas ocasionan el nacimiento de acciones resarcitorias en favor del empresario perjudicado por actos del comitente, carentes de apoyo jurídico y equidad.

⁴⁵ Conf. BERCAITZ, ob. cit., ps. 200 y ss.

^{45 bis} Doctor CARLOS A. ZAVALLA: "La preeminencia administrativa. Discrecionalidad y arbitrariedad en los contratos administrativos de obras y trabajos públicos". Este trabajo fue presentado en la XII Reunión de Abogados de la Cámara y Empresas Asociadas, celebrada en Paraná (Entre Ríos) del 14 al 18 de agosto de 1973.

Jurisprudencia. — Se ha resuelto que "la Administración pública goza de privilegio respecto del particular que con ella contrata la ejecución de la obra pública; preferencia que surge del interés colectivo emergente del contrato administrativo; interés que el poder gubernamental debe tutelar, para lo cual se lo inviste de facultades especiales" ("L. L.", t. 10, p. 1164).

La subordinación jurídica del contratista en el contrato administrativo de obra pública no se refiere, en realidad, a la naturaleza o clase de la prestación, sino al régimen de ejecución y rescisión del contrato (Cía. Arg. de Construcciones v. Prov. de Santa Fe, Corte Sup. Santa Fe, 18/12/64, "J. A.", 1965-I, p. 424).

A su vez, la Procuración Nacional del Tesoro ha dictaminado: "el Estado goza respecto del contratista de una situación de supremacía con prerrogativas que escapan al plano del derecho privado" (t. 78, p. 74); pero ello no autoriza a la Administración "a modificar unilateralmente las disposiciones contractuales estipuladas sobre el precio de las obras..." (t. 90, p. 228).

"La preeminencia estatal que origina modificaciones en la obra da derecho al contratista a resarcimiento pecuniario cuando el ejercicio de tal preeminencia afecte sus derechos" (t. 90, p. 223).

Se ha resuelto que "la Administración pública, en el ejercicio de su poder discrecional no puede obrar caprichosa ni arbitrariamente. La acción es caprichosa cuando está dictada exclusivamente por impulsos subjetivos sin conexión con fines objetivos; y es arbitraria si no respeta la ley ni busca la realización del interés público" ("E.D.", t. 20, p. 463).

COMPETENCIA Y CAPACIDAD. — *Competencia.* La aptitud legal o capacidad para contratar referida a la Administración se llama *competencia*.

La Administración carece de libertad completa para contratar en materia de obras públicas. Su competencia se halla limitada por razones de territorio, materia, monto económico, idoneidad de los oferentes, etc.

Por ello, BERCAITZ⁴⁶, siguiendo a JEZE⁴⁷, concreta lo siguiente: en el orden civil, "la capacidad es la regla, las incapaci-

⁴⁶ Ob. cit., p. 221.

⁴⁷ Ob. cit., t. III, p. 189.

ciudades la excepción; deben hallarse consignadas en forma expresa. Una persona mayor de edad puede hacer todo lo que no esté prohibido en forma terminante. En el orden administrativo ocurre lo contrario: un organismo administrativo, un funcionario administrativo no pueden hacer sino lo que expresamente están facultados para hacer.

"Puede decirse, entonces, que la competencia se determina en forma positiva y la capacidad en forma negativa. En la primera se establece lo que se puede hacer; en la segunda lo que no se puede hacer".

Capacidad.— La aptitud legal para contratar referida al empresario se llama *capacidad*.

Rigen los principios del derecho privado (art. 1160, C. C., y demás concordantes). El artículo citado precedentemente expresa: "No pueden contratar los incapaces por incapacidad absoluta, ni los incapaces por incapacidad relativa en los casos en que les es expresamente prohibido, ni los que están excluidos de poderlo hacer con personas determinadas, o respecto de cosas especiales, ni aquellos a quienes les fuese prohibido en las disposiciones relativas a cada uno de los contratos, ni los religiosos profesos de uno y otro sexo, sino cuando comprasen bienes muebles a dinero de contado, o contratasen por sus conventos; ni los comerciantes fallidos sobre bienes que correspondan a la masa del concurso, si no estipularen concordatos con sus acreedores".

El texto transcrito hace una enumeración de los incapaces para contratar. Pero, advertimos que la capacidad para contratar se halla condicionada, en materia de obras públicas, por algunas circunstancias especiales.

En efecto, el contratista o empresario, para que se le permita celebrar contratos de obras públicas, no sólo no debe tener ninguna de las incapacidades previstas en el art. 1160, sino que debe ajustarse a las siguientes condiciones, que de no cumplirse constituyen verdaderas inhabilidades:

a) inscripción en el Registro Nacional de Constructores (art. 13 de la ley 13.064, y art. 1 del decreto reglamentario 12.180 de fecha 7 de noviembre de 1966)⁴⁸; esta exigencia aparece establecida solamente en el citado decreto, al margen de la

⁴⁸ Ver apéndice, ps. 466 y ss.

ley mencionada, lo que significa que va, a nuestro juicio, más allá de lo simplemente reglamentario (ver com. art. 13, ps. 138 y ss.).

El "Pliego Tipo de Bases y Condiciones" de la Secretaría de Estado de Obras Públicas establece lo siguiente respecto de la cuestión que nos ocupa:

Art. 5: "Los proponentes deberán tener capacidad civil para obligarse.

"Si la oferta estuviera formulada por una sociedad nacional o extranjera, ésta deberá acompañarse con una copia autenticada del contrato social y la constancia, en su caso, de que posee matrícula de comerciante, así como de que dichos documentos han sido inscritos en el Registro Público de Comercio.

"La duración de la sociedad deberá alcanzar por lo menos hasta el término del plazo de garantía y conservación de las obras licitadas.

"Los representantes legales de las sociedades comprobarán que están facultados para contratar en su nombre".

Art. 6: "La capacidad técnica se establecerá indistintamente: 1) mediante los antecedentes que las empresas registren en el Ministerio; 2) por certificado que acredite que han ejecutado en forma satisfactoria trabajos análogos a los licitados; 3) por cualquier otro medio que la repartición juzgue conducente.

"La capacidad financiera resultará de los elementos de juicio que obren en poder del Ministerio, de los que aporten los mismos proponentes o de información suministrada por establecimientos bancarios o comerciales de notoria seriedad".

Cabe recordar que la antigua ley 775 exigía, además de la capacidad civil para obligarse, que los oferentes no estuvieran apremiados como deudores del tesoro público, ni hubieren faltado, anteriormente, a contrataciones celebradas con el gobierno de la Nación.

La disposición precedente ha sido reemplazada por el art. 13 de la ley 13.064, que crea el "Registro Nacional de Constructores de Obras Públicas". En dicho Registro se recopila y ordena todos los antecedentes que califican la actividad y conducta contractual de los empresarios, antecedentes que debidamente valorados determinan también el acceso o no de los aspirantes a contratar con el Estado.

8. DERECHO APLICABLE.

Hemos ubicado el contrato de obra pública dentro del derecho administrativo, lo que vale decir en el derecho público. Ello surge de la presencia como titular del contrato que nos ocupa, del Estado nacional, provincial, municipal o entidad descentralizada.

No resulta extraño, entonces, que el derecho público regle específicamente el contrato que estudiamos.

La Procuración Nacional del Tesoro ha dictaminado: "Siendo el contrato de obras públicas un contrato administrativo, las relaciones entre el Estado y el adjudicatario se rigen por el derecho público" (t. 57, p. 71).

"El derecho público es el derecho del Estado y de sus instituciones auxiliares; derecho privado es el derecho de los individuos y de las personas jurídicas. Pero, considerando que aun el Estado y los entes públicos, cuando desarrollan actividad patriomonal, pueden someterse a las normas del derecho privado, el criterio expuesto se precisa con la indicación de la calidad específica de los sujetos que deben ser el Estado y los entes públicos como tales, o sea, como entes investidos de supremacía e imperio"⁴⁹.

Diremos que las normas jurídicas que le son aplicables escapan a la rigidez del derecho contractual privado, acogido por la voluntad de las partes en el momento en que el mutuo consentimiento hace nacer el contrato. Podría decirse que la voluntad expresada antaño es la que sigue rigiendo hogaño como ley inmovible de las partes.

En cambio, el derecho administrativo brinda a la contratación de obras públicas una verdadera flexibilidad que trasunta no el olvido del pasado, sino un modo de anteponer las necesidades colectivas a las preocupaciones de orden individual que encuentran respaldo, exclusivamente, en el derecho privado.

Lo expuesto nos lleva a expresar que las soluciones jurídicas que haremos de dar en el trascurso de esta obra las buscaremos, principalmente, en el derecho público.

Como dice HOMERO C. BIBILONI⁵⁰ "la legislación de obras

⁴⁹ GUIDO ZANOBINI, *Parte general*, Ed. Arayú, Bs. As., 1954, t. I, ps. 37 y siguientes.

⁵⁰ *La hermenéutica jurídica en la legislación de obras públicas*, publicación en revista "Construcciones", n.º. 137/138, p. 163, de la Cámara Argentina de la Construcción.

públicas es indudable que tiene en su esencia objeto específico y fines propios. En consecuencia, debe tratar de cumplirse en el campo de su hermenéutica el siguiente postulado: «problemas propios, soluciones propias»".

En efecto, estos "problemas propios" reclaman soluciones que escapan al derecho privado; por ello BIELSA⁵¹ ha podido decir: "la inaplicabilidad de la norma de derecho privado en el orden de relaciones que tratamos deriva de su insuficiencia", es decir, que el derecho público exorbita o extralimita el derecho privado.

BERCAIRZ⁵², aún más terminantemente, expresa: "el régimen del contrato administrativo es exorbitante del derecho privado, está fuera de la órbita de éste, repugna a sus principios que impiden la modificación unilateral de las obligaciones pactadas, la solución por mano propia de los conflictos que se suscitan en su ejecución, la extensión de sus efectos a terceros ajenos al convenio, etc."

Con las reflexiones y citas formuladas anteriormente, estimamos haber ubicado el problema en su justo término; pero la cuestión no termina ahí; por el contrario, se abren algunos interrogantes que circunscribiremos a la obra pública, contestándolos en el siguiente orden:

a) ¿La legislación de obras públicas resuelve todos los problemas que le son atinentes?

Debemos contestar en forma negativa, no sólo por su insuficiencia, sino porque resultando el contrato de obra pública una especie de la locación de obra a la que consideramos el género contractual, encontraremos siempre sus bases estructurales en el derecho privado. Por otra parte, el derecho administrativo no puede repetir normas que le harían volver a los moldes privados de donde ha salido.

b) ¿El derecho público puede brindarnos todas las soluciones que reclama la diversidad y amplitud de los problemas que nos ocupan?

Respondemos, también, negativamente, pues resulta imposible, y además sería desconocer "la doctrina universal, domi-

⁵¹ *Relaciones del Código Civil con el derecho administrativo*, 1923, p. 61.

⁵² *Ob. cit.*, p. 213.

nante, que entiendo que una parte de la actuación de los órganos administrativos se rige enteramente por el derecho privado"⁵³.

Advertimos, pues, que no porque se recurra a la aplicación de normas del derecho privado, el contrato de obra pública dejará de ser un contrato administrativo.

c) ¿Qué soluciones deben arbitrarse ante la ausencia de normas de derecho público?

Con frecuencia los autores emplean una dialéctica agresiva expresando que los principios aplicables al contrato administrativo de obra pública "repugnan" al derecho privado. Consideramos que tal "repugnancia" no existe; se trata sólo de enfoques conceptuales distintos, y en ciertas oportunidades, es el mismo derecho administrativo quien olvida las diferencias para encontrar soluciones en el derecho común, sin que por ello los actos y contratos administrativos dejen de ser tales.

Ante esta situación aceptamos al derecho privado como supletorio del derecho público que rige la materia que estudiamos, cuando no existe en este último nada que se oponga a su aplicación y cuando no aparecen en las piezas contractuales disposiciones que contemplan los entredichos o controversias que puedan suscitarse. No olvidemos que esta orientación aparece consagrada por el mismo Código Civil en su art. 1502, cuyo texto dice: "Los arrendamientos de bienes nacionales, provinciales o municipales, o bienes de corporaciones, o de establecimientos de utilidad pública, serán juzgados por las disposiciones del derecho administrativo o por las que le sean peculiares. Sólo en subsidio lo serán por las disposiciones de este Código".

SAYAGUÉS LASO⁵⁴ expresa: "El contrato de obra pública tiene analogía con el arrendamiento de obras del derecho privado, pero se rige en primer término por leyes y reglamentos que consagran normas de derecho público, aplicándose las reglas del derecho civil en lo no previsto por aquéllas y cuando no contraríen los principios generales del derecho administrativo".

Claro está que las normas de preeminencia y el sentido de presente y futuro que informan nuestros problemas, no pueden dejarse de lado como índice determinativo de la medida de aplicación de normas fundamentales del derecho privado.

⁵³ AGUSTÍN A. GORDILLO, *El acto administrativo*, p. 64 (citando a VON TUNEG, p. 112; BENDER, p. 94; ANTONELLI, p. 195; DIEZ, p. 112), Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1968.

⁵⁴ Ob. cit., t. II, p. 92. "T. L.", t. 97, ps. 342 y ss.

Por otra parte, la estabilidad de los derechos reclama soluciones jurídicas que encontramos en última instancia en la aplicación del art. 16 del C. C.⁵⁵.

La disposición mencionada debe tenerse como implícitamente vigente en la legislación de obras públicas; no obstante, pensamos que su incorporación explícita a las leyes de la materia que nos ocupa sería beneficiosa. El criterio de incorporación que formulamos, permitirá evitar equívocos en la elección de las normas a que se debe recurrir cuando se trata de interpretar o integrar el derecho aplicable.

Lo anteriormente expuesto aparece materializado en el art. 5 del Proyecto del CIMOP. Nos complacemos en destacar que en la primera edición de esta obra (1966) ya preconizamos estos conceptos^{55 bis}.

JURISPRUDENCIA. — El contrato administrativo de obra pública —*locatio operis*— se halla especialmente regido por principios de derecho público que regulan la génesis y ejecución de los contratos que celebra la Administración, entre ellos la licitación y sus efectos ("J. A.", t. 29, p. 245).

El contrato de obra pública se rige por los principios del derecho público y no le son aplicables los arts. 1152 y concordantes del Código Civil ("J. A.", t. 47, p. 712).

El contrato por el cual se adjudica la construcción de una obra pública es un contrato administrativo, acto mixto de gestión y autoridad, y al cual le son aplicables las reglas del derecho público, siendo de naturaleza contencioso-administrativa las cuestiones sobre interpretación y cumplimiento ("J. A.", t. 1945-II, p. 111).

Cuando la autoridad administrativa contrata una obra pública de cualquier naturaleza, sus relaciones con el contratista están regidas por el derecho administrativo, por lo que todas las cuestiones que puedan surgir con motivo de ese contrato son

⁵⁵ Art. 16: "Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso".

^{55 bis} Proyecto del CIMOP. — Art. 5: "Cuando una cuestión no pueda resolverse ni por las palabras ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; los principios generales del derecho administrativo y supletoriamente a las normas del derecho común".

de naturaleza contencioso-administrativa ("J. A.", t. 1947-II, p. 443).

Los contratos de obras públicas se rigen por el derecho administrativo, y sólo en forma supletoria se aplica el derecho común en cuanto no contrarie las normas y fines de aquél ("L. L.", t. 49, p. 527).

Aunque el contrato de obras públicas tiene una estructura y un régimen jurídico especiales, atendiendo al interés público, como contrato está sometido a los principios generales que regulan los contratos ("L. L.", t. 57, p. 298).

Las disposiciones del C. C. tienen vigencia en el ámbito administrativo en tanto principios generales y en cuanto no existan normas específicas que las contradigan, como son, en el caso, las previstas en el art. 42, ley 775, relativo a la indemnización del perjuicio y al lucro cesante ocasionado al contratista por modificaciones introducidas en el contrato de obras públicas ("J. A.", t. 1963-V, p. 339).

En el contrato de obra destinada al servicio público, son los principios del derecho administrativo los que deben predominar ("L. L.", t. 10, p. 1164). Otro fallo establece que "aun cuando en los contratos de obras públicas prevaleciese la naturaleza de un contrato de derecho público, no podrían desconocerse sus efectos puramente civiles, como son los que atañen al interés patrimonial exclusivamente privado" ("L. L.", t. 6, p. 401).

Si bien todo lo relacionado con el contrato de obra pública se halla regido por normas legales propias y sometido a reglas particulares estipuladas en el documento, cuando no se prevé una situación determinada son aplicables supletoriamente las disposiciones del Código Civil (Cám. Fed. Cap., sala Cont. Adm., 9/12/69, Marcuzzi S.R.L. v. Dir. Nac. de Vialidad, "J. A.", t. 5-1970, p. 469; "L. L.", t. 136, p. 1128).

9. LEGISLACIÓN. RECOPIACIÓN. CODIFICACIÓN.

Consideramos los conceptos precedentes con referencia a las obras públicas.

Legislación. — Restrictivamente⁵⁶, debemos entender por tal el conjunto de leyes destinadas a reglar una materia deter-

⁵⁶ Decimos restrictivamente porque, generalizando, puede abarcar-se también todas las leyes del país.

minada. Dicho conjunto no obedece a ningún plan ni ordenamiento. Lo integran normas jurídicas dictadas en distintas oportunidades cuando las necesidades las han reclamado. Pueden ser más o menos numerosas y no tiene otra conexión entre sí que los problemas comunes que las vinculan.

Es evidente que en nuestro país está legislada la materia que nos ocupa tanto en el orden nacional como en las esferas provinciales y municipales. En consecuencia, existe una legislación de obras públicas.

Recopilación. — Desde un punto de vista jurídico significa colección u ordenamiento de las leyes, decretos u ordenanzas destinados a reglar una materia determinada.

En concreto, es la legislación existente en un momento dado, la que es coleccionada u ordenada sin más exigencia, habitualmente, que respetar el orden cronológico en que se la dictado, observando la vigencia de las distintas disposiciones.

Se trata de una labor informativa tendiente a facilitar la compulsa de los textos legales.

Al respecto, el Ministerio de Obras y Servicios Públicos de la Nación dispone recopilaciones periódicas como la publicada, últimamente, bajo el título de "Ley de Obras Públicas y Anexos, año 1964"; igualmente sucede con la obra del doctor HOMERO C. BIBLONI, *Legislación de obras públicas de la provincia de Buenos Aires y disposiciones de carácter general para la industria y el comercio*, 3 tomos, Ed. Moreno, La Plata, 1951.

Codificación. — Es el resultado de recopilar en forma metódica y sistemática la legislación vigente sobre determinada materia.

Es indudable que teniendo como base una preocupación metódica y sistemática nos hallamos frente a una labor científica. Ella consiste, a nuestro juicio, en separarse de la labor, simplemente informativa, de las recopilaciones para obtener con el material legislativo a codificar: profundidad de conjunto, facilidad interpretativa, condensación armónica y correlación de los textos. El codificador debe superar, con frecuencia, la legislación que se le brinda para penetrar con espíritu creador en la sistematización de las tareas que se ha impuesto. Tiene la misión de fijar, ordenadamente, captando en esencia el contenido de una rama del derecho en un momento de su vida positiva.

"El fenómeno de la codificación representa en la actualidad el aspecto culminante de la cultura histórica-jurídica de la mayor parte de los países excepto los que aplican el *common law*.

"Es una tendencia universal que se relaciona con los antecedentes históricos, con el derecho vigente, con el derecho comparado y con las aspiraciones jurídicas para el porvenir. En ese sentido, y abarcando los tres aspectos señalados, la codificación contemporánea tiende a ser una elaboración científica del derecho. Por lo demás, esta labor legislativa especial, de reunir en cuerpos orgánicos y sistemáticos, las normas a regir en una determinada rama del derecho, presenta las características de una constante histórica, que bien se ha dicho, puede parangonarse con una ley natural del desarrollo de las ideas jurídicas" ⁵⁷.

FRANÇOIS GÉNY ⁵⁸ da la siguiente definición: "Código es un conjunto de disposiciones legales que versan sobre una materia de legislación positiva, influido en su estructura por una idea general, a la que ordinariamente se refiere el título que al mismo código se da".

En nuestro país, además de los códigos de fondo vigentes en el orden nacional, existen códigos de forma o procedimientos para lo nacional y en las distintas provincias. Además encontramos en nuestra legislación códigos de faltas, de aguas, fiscal, de edificación, etc.

Ahora cabe preguntarse si la legislación de obras públicas puede ser codificada. La respuesta es afirmativa. Se trata de una codificación parcial dentro del campo del derecho administrativo, donde ubica la legislación de obras públicas. Pero, observamos que salvo en el orden nacional y en la provincia de Buenos Aires y una que otra provincia, los elementos con que se puede contar no son suficientemente idóneos.

VILLEGAS BASAVILBASO ⁵⁹ analiza los inconvenientes que se han destacado en contra de la codificación del derecho administrativo: "(a) la movilidad de la norma jurídico-administrativa, que por su misma naturaleza está sujeta a continuadas modificaciones, particularmente las que atañen a la actividad social

⁵⁷ R. De RUGGIERO, *Instituciones de derecho civil, Parte general*, Madrid, vol. I, párr. 16, citado en el comentario a la voz "Codificación", en *Enciclopedia jurídica Oméba*, t. III, ps. 108 y ss.

⁵⁸ *Método de interpretación y fuentes en el derecho privado positivo*, Madrid, 1902, ps. 58 y ss.

⁵⁹ BENJAMÍN VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho administrativo*, Tipografía Editora Argentina, 1950, t. I, p. 397.

de la administración; b) la multiplicidad de las normas jurídico-administrativas, por cuanto es un hecho indiscutible la vastedad de la materia regulada; c) la falta de orden que acusa la legislación administrativa, que hace imposible su clasificación y ordenamiento".

Luego el mismo autor concluye expresando que "no existen inconvenientes, insalvables, para la codificación parcial" ⁶⁰.

BIELSA ⁶¹, que ha estudiado a fondo el problema, expresa, también: "si se examinan con sereno espíritu crítico las objeciones contra la codificación, bien pocas quedan en pie...". En definitiva, el citado jurista piensa que con material adecuado puede llevarse a cabo la codificación.

Otro autor dice, considerando la cuestión en modo más acorde con lo que específicamente tratamos en esta obra: "Para llegar a la codificación lo que hay que tratar de lograr es codificar los principios generales, así como también las grandes leyes que presiden la actividad administrativa en cada materia concreta. Si tal intento se persiguiera podría llegarse a algún resultado práctico" ⁶².

MIGUEL S. MARIENHOFF también se muestra partidario de la codificación al referirse que puede haber "un código nacional para regir en jurisdicción de la Nación y tantos códigos provinciales como provincias existan, los cuales regirán dentro del territorio de cada una de ellas" ^{62 bis}.

En cambio, SARRÍA ⁶³ se pronuncia en contra de la codificación total o parcial del derecho administrativo.

Recordamos que desde hace varias décadas existe codificación del derecho administrativo en Portugal y Filipinas.

Por último, podemos afirmar que la corriente jurídica que propicia la codificación del derecho administrativo se ha afirmado fuertemente.

Así es como en el año 1973 el doctor Homero C. Bibiloni, con el título "Bases para la codificación del derecho administrativo y de su capítulo Legislación de obras públicas", formuló en la XIª Reunión de Abogados de la Cámara y Empresas Asociadas la siguiente ponencia: "La codificación del derecho ad-

⁶⁰ Ob. cit., t. I, p. 407.

⁶¹ Ob. cit., t. I, p. 126.

⁶² MANUEL MARÍA DIEZ, *Derecho administrativo*, Ed. Bibliográfica, Bs. As., 1968, t. I.

^{62 bis} *Tratado de derecho administrativo*, t. I, p. 319.

⁶³ Ob. cit., ps. 64 y ss.

ministrativo, mediante diversos cuerpos legales ha de representar un paso positivo en su perfeccionamiento y posibilidades de mejor aplicación"; el citado autor formula también la siguiente conclusión: "El estado actual del derecho administrativo determina, a nuestro juicio, dejar de lado la discusión sobre si hay o no que codificarlo, debiendo entrarse en una nueva fase en la que debe discutirse qué es lo que hay que codificar y sobre qué bases técnicas"⁶³ 317.

*Proyecto de código de obras públicas*⁶⁴. — En nuestro país la primera iniciativa de codificación en la materia que nos ocupa, se debe al doctor HOMERO C. BIBILONI, catedrático de Ingeniería Legal de la Universidad Nacional de La Plata.

Se trata del "Proyecto de Código de Obras Públicas para la Provincia de Buenos Aires" que le fue encomendado por el Consejo de Obras Públicas, según resolución del 21 de abril de 1960.

Es un trabajo serio y meditado que abre una brecha enco- miable, desde todo punto de vista, en el campo del derecho administrativo. La crítica lo ha estimado como una contribución de verdadera importancia. Aun aquellos que no lo consideran suficientemente completo⁶⁵, lo estiman como una iniciativa trascendente y de verdadera utilidad.

El autor ha dividido el código en cinco partes: El libro I contiene la referente a la "Parte general", y consta de diez títulos, referidos a las obras públicas en sus distintos aspectos de ejecución.

El libro II, denominado "Parte especial", trata lo relativo a aspectos específicos de la actividad administrativa, tales como la infraestructura aeronáutica, obras hidráulicas, de saneamiento urbano, de provisión de agua, de pavimentación, de vialidad, eléctricas y de riego.

⁶³ 318. XIª Reunión de Abogados de la Cámara y Empresas Asociadas realizada en Paraná (Entre Ríos) del 14 al 18 de agosto de 1978.

⁶⁴ Este trabajo, bajo la denominación de "Proyecto de ley sobre consolidación y complementación de la legislación de la Provincia", tuvo entrada en el Senado en la sesión del 20 de febrero de 1964; posteriormente no ha tenido movimiento de trámite legislativo.

⁶⁵ ARMANDO EMILIO GRAU, *Observaciones sobre el proyecto de Código de Obras Públicas para la provincia de Buenos Aires*, publicado en "Revista de la Escuela Superior de Ciencias Administrativas", Universidad Nacional de La Plata, nº 6, 1961, ps. 49 y ss.

El libro III se refiere a la "Organización administrativa centralizada", y trae disposiciones sobre las funciones y organización del Ministerio de Obras Públicas y de sus dependencias, tales como el Consejo de Obras Públicas, Dirección de Hidráulica, Dirección de Obras Sanitarias, Dirección de Aeronáutica, Dirección de Arquitectura, Dirección de Equipos y Talleres, Dirección de Fábricas y Canteras, y Dirección de Pavimentación. Simultáneamente se consignan aquellas normas que referidas a obras públicas son atinentes al Ministerio de Educación.

El libro IV concierne a la "Organización administrativa autárquica", y contiene normas sobre el Banco de la Provincia de Buenos Aires, Dirección de Vialidad y Dirección de Energía.

El libro V agrupa las normas sobre "Procedimientos administrativos y disposiciones finales"⁶⁶.

Finalmente diremos que importantes iniciativas como la del doctor BIBILONI reclaman entre otras circunstancias la amplitud y sedimentación que actualmente tiene la legislación de obras públicas de la provincia de Buenos Aires, la cual marcha a la vanguardia, en la materia, en nuestro país.

Al respecto, el doctor JOSÉ MARÍA ÁVILA ha expresado, comentando elogiosamente el trabajo de BIBILONI: "Para que sea posible en un tiempo y en un lugar dados la obra de codificación, es necesario que se reúnan una serie de circunstancias concurrentes: en primer lugar que la materia legal se preste a ello, que el derecho esté consolidado, la existencia de vocación por la legislación, un adelanto suficiente en la doctrina y en la jurisprudencia, una evolución jurídica cumplida y estabilizada, la existencia de suficientes y abundantes elementos de información nacionales y del derecho comparado, y un acopio adecuado de elementos científicos y prácticos que definan los límites de las posibilidades de la tarea que se debe abordar".

Todas estas circunstancias se dan en materia de obras públicas respecto de la provincia de Buenos Aires.

Por lo expuesto, pensamos que ha de pasar todavía bastante tiempo para que otras provincias puedan suscribir trabajos parecidos. Mientras tanto, en el orden nacional se debe promover las investigaciones técnico-jurídicas necesarias para codificar la materia que estudiamos.

⁶⁶ Ver artículo de M. Córpora, *Código de Obras Públicas*, publicado en "Construcciones", nº 168, ps. 513 y ss.

Existe una iniciativa en el sentido que dejamos expresado. Se trata de la resolución 328 —exp. 378/68—, dictada por el entonces secretario de Estado de Obras Públicas, don LUIS DE CARLI, mediante la cual se designó una comisión que debía encargarse de recopilar, unificar y metodizar la legislación nacional de obras públicas; ignoramos la suerte corrida por tal iniciativa.

10. CONTRATO DE OBRA PÚBLICA Y CONTRATO DE OBRA PRIVADA.

Ambos contratos son especie de la locación de obra (*locatio conductio operis*), a la que consideramos el género contractual; pero, no obstante tener un entroncamiento común, los separan marcadas diferencias. A continuación presentamos las más importantes:

a) Están ubicados en órbitas jurídicas distintas; el contrato de obra pública se rige por el derecho administrativo (derecho público), y sólo excepcional y supletoriamente por el derecho privado. El contrato de obra privada se rige, exclusivamente, por el derecho privado.

b) En el primero el Estado ejerce cierta preeminencia o subordinación sobre el empresario, que encuentra respaldo en la disparidad valorativa de los intereses que mueven a las partes contratantes; en cambio, en el segundo la igualdad es de la esencia contractual.

c) El primero es mutable, en cierta medida, en cuanto su objeto y continuidad, por voluntad unilateral de la Administración; el segundo es rígido, es decir, inmutable sin el consentimiento de las partes contratantes.

d) En el primero el comitente está restringido en cuanto a su libertad para elegir al empresario, pues debe ajustarse a las exigencias de la ley (13.064); en cambio, el comitente privado goza de plena libertad.

e) El primero es casi un contrato de adhesión, respecto del cual el presunto contratante ofrece solamente el precio que le parece conveniente; en principio, no existen tratativas precontractuales; en el segundo, las tratativas o intercambios de opiniones previas al contrato no están limitadas.

f) El primero debe ser escrito indefectiblemente; el segundo puede ser escrito, verbal, y aun puede tenarse por celebrado tácitamente.

g) En el primero el caso fortuito o de fuerza mayor está a cargo de la Administración; en el segundo es siempre a cargo del empresario, salvo que se pacte lo contrario.

h) En el primero no se acepta el lucro cesante; en cambio, en el segundo sí.

i) El primero se celebra *interita personae*; el segundo, por su naturaleza, no lo es, pero el *interita personae* campea, permitidamente, por el sello personal que cada empresario o constructor puede llegar a imprimir a la construcción de una obra privada.

j) Gozan de jurisdicciones distintas: uno, la contencioso-administrativa (de derecho público); el otro, la jurisdicción ordinaria de derecho privado; sin embargo, la jurisdicción penal es común para ambos contratos y surge de lo dispuesto por el art. 174, inc. 4. del Código Penal, que establece: "Sufrirá prisión de dos a seis años... el empresario o constructor de una obra cualquiera o el vendedor de materiales de construcción que cometiére, en ejecución de la obra o en la entrega de los materiales, un acto fraudulento capaz de poner en peligro la seguridad de las personas o de los bienes del Estado".

La Procuración del Tesoro de la Nación ha dictaminado:
"Un contrato de obra privada puede transformarse en un contrato de obra pública si es traspasado a una entidad pública" (t. 85, p. 132).

11. LEGISLACIÓN DE OBRAS PÚBLICAS Y ORDEN PÚBLICO.

Se ha expresado, reiteradamente, que el derecho público se halla impregnado de principios de orden público.

Ahora bien: ¿qué debe entenderse por orden público? En este "standard jurídico", como se ha dado en llamarlo conjuntamente con las "buenas costumbres", "culpa", "buena fe", etc., los autores penetran cautelosamente. Se trata de algo poco asible, variable, pero que, sin embargo, tiene vigencia y presencia en la evolución jurídica de los pueblos. Es algo más tangible que una simple categoría de derecho. El orden público está íntimamente ligado al orden jurídico, pero no tienen entre sí una correlación de interdependencia permanente, ya que puede violarse el orden jurídico sin lesionarse el orden público: muchas veces, se resiente la vida contractual privada y no por eso se resiente el orden público.

RAYMUNDO SALVAT⁶⁷ lo define como "el conjunto de principios de orden superior, político, económico, morales y hasta religiosos, a veces, a los cuales una sociedad considera vinculada la existencia y conservación de la organización social establecida".

Para M. A. RISOLIA⁶⁸ es "la disposición, acomodación de la realidad social, conforme a un sistema de normas jurídicas o el orden, armonía, paz y bien común obtenidos mediante ese plan".

ADOLFO POSADA expresa que "es aquella situación de normalidad en que se mantiene y vive un Estado cuando se desarrollan las diversas actividades individuales y colectivas, sin que se produzcan perturbaciones o conflictos"⁶⁹.

En consecuencia, este standard jurídico aparece como un conjunto de principios, un estado de cosas, relativos a la armonía, paz, bien y conservación de la colectividad. Por eso resulta forzado hablar en especial de leyes de orden público, lo que no sucede, a nuestro juicio, si expresamos que tal o cual legislación está imbuída o presidida por los principios que informan el orden público.

Es más, refirmando nuestra opinión, diremos que los principios que considerados en un momento como de derecho público, pueden no serlo *a posteriori*, o viceversa.

Sin embargo, son muchas las leyes que se declaran a sí mismas como de orden público, circunstancia que puede aceptarse desde un punto de vista práctico a los fines de evitar contradicciones o dudas, aunque nos parece impropio estudiarla la cuestión desde un ángulo estrictamente teórico. Sólo debe aceptarse como una expresión de alerta respecto a que determinada disposición legal se vincula con el concepto de orden público y no serlo; contrariamente, puede no decir nada y estar imbuída por tales principios.

EUGENIO OSVALDO CARDINI⁷⁰ en su interesante monografía sobre el tema, se pregunta, parafraseando gráficamente a Marañón: ¿qué jurista avezado no "olfatea" cuando está o no en juego el orden público? No obstante lo expresado por el citado

⁶⁷ *Derecho civil, Parte general*, p. 142, n.º 328 y ss.

⁶⁸ *Orden público y derecho positivo*, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Martínez Paz*, Bs. As., 1957, ps. 105 y ss.

⁶⁹ *Enciclopedia jurídica. Setis*, t. XXIII, voz "Orden público".

⁷⁰ *Orden público*, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1959, ps. 32 y ss.

autor, recordamos que los foros están integrados por abogados que en su mayoría no alcanzan las condiciones relevantes que dicho autor parece atribuir al "jurista avezado".

En este estado, cabe preguntarse si las leyes que rigen la obra pública deben considerarse imbuídas por principios de orden público. Respondemos afirmativamente, porque rigen una materia administrativa en la cual los intereses colectivos están desprovistos de afanes de lucro y persiguen el bienestar común superando beneficios o exigencias privadas; la "*ratio publicae utilitatis*" aparece en el derecho administrativo como el objetivo inmediato. Por ello, en algunas leyes provinciales de obras públicas se hace expresa declaración respecto de sus objetivos de orden público.

Finalmente, para aclarar conceptos diremos que muchas leyes que atañen al derecho privado pueden considerarse pene-tradas por el concepto de orden público (familia, capacidad, etc.).

Al respecto, el art. 21 del C. C. establece: "Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres". El art. 3 del mismo código dice: "A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aun a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas-existentes. No tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales."

"A los contratos en curso de ejecución no son aplicables las nuevas leyes supletorias".

A su vez, la jurisprudencia ha fijado posiciones expresando que los principios que hemos considerado son irrenunciables⁷¹; pueden aplicarse de oficio⁷²; son nulas las convenciones que los contrarian⁷³; etc.

⁷¹ "L.L.", t. 11, p. 947; "J.A.", t. 38, p. 1041.

⁷² "J.A.", t. 33, p. 1192; t. 50, p. 116; "L.L.", t. 11, p. 144.

⁷³ "J.A.", t. 62, p. 494.