

Título: El Elemento Subjetivo en los Contratos Administrativos
Autor: Bosch, Martín
Fecha: 24-06-2011
Publicación: IJ Editores
Cita: IJ-XLIV-442

Ver Voces

Contrato Administrativo - Bienes del Estado - Concurso de Precios - Pliego de Bases y Condiciones - Contrato de Obra Pública - Contrato de Concesión Pública



Ver documentos citados

Ley 19550 - Actualizada - Sociedades Comerciales

Artículo 8 - Artículo 9

Código Civil - Libro I - De las Personas

Artículo 33

Cinplast IAPSA c/ENTel s/Ordinario

02-03-1993 (Anterior) - Corte Suprema de Justicia de la Nación

Davaro, Saúl c/Telecom SA s/Juicio de Conocimiento

08-09-1992 (Anterior) - Corte Suprema de Justicia de la Nación

Dulcamara SA. c/ENTel. s/Cobro de pesos

29-03-1990 (Anterior) - Corte Suprema de Justicia de la Nación

Schirato, Gino c/Nación Argentina

15-06-1982 (Anterior) - Corte Suprema de Justicia de la Nación



Ver documentos relacionados

El Acto Administrativo - Actos Administrativos, Reglamentos y Contratos Administrativos (Gordillo, Agustín A.)

Parte General - Clasificación de los Contratos Administrativos (Gordillo, Agustín A.)



Indice

I.- El contrato administrativo y sus elementos - II.- El elemento subjetivo en los Contratos Administrativos en la jurisprudencia - III.- Concepto de persona jurídica estatal[31] - IV.- Conclusiones

El Elemento Subjetivo en los Contratos Administrativos

Por Martín Bosch

I.- El contrato administrativo y sus elementos [arriba] -

La función administrativa[1] aparece siempre cumplida por personas jurídicas estatales, y comprende toda la actividad de los órganos administrativos aunque también la de los órganos legislativo y judiciales en la medida en que no se refiera a sus funciones específicas[2].

Se desprende de allí que “para explicar una relación jurídica administrativa resulta necesario un requisito subjetivo ineludible: debe intervenir una persona jurídica estatal”[3]. Analizaremos este requisito subjetivo en el marco de los contratos administrativos. La cuestión reviste de importancia ya que debe señalarse, siguiendo a Gauna, que en la realidad ciertos cometidos de esa función administrativa son cumplidos por personas jurídicas privadas, es decir en definitiva, que hay ejercicio privado de funciones públicas o administrativas[4]. Y una de las formas jurídicas mediante la cual la Administración Pública ejerce la función administrativa es el contrato administrativo.

Por medio de los contratos el Estado desarrolla buena parte de su actividad a los fines del cumplimiento de sus cometidos. En los últimos años el ejercicio de la actividad estatal por medio de contratos administrativos se ha intensificado, fundamentalmente debido al incremento en la inversión de fondos en obra pública.

Ya Marienhoff nos advertía sobre la dificultad de dar una definición precisa de contrato administrativo. La dificultad radica en los sujetos intervinientes, el objeto sobre el cual recaen esos contratos y los fines inmediatos que se persiguen. Este autor se volcó por establecer una definición genérica en los siguientes términos: es el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones y derechos, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer necesidades públicas[5].

Por su parte, Coviello señala – con cita de los fallos correspondientes – que para la Corte Suprema de Justicia de la Nación el contrato administrativo “es un acuerdo de voluntades generador de situaciones jurídicas subjetivas ... en el que una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal ..., cuyo objeto está constituido por un fin público o propio de la Administración y contiene explícita o implícitamente, cláusulas exorbitantes del Derecho privado ...”[6].

La Procuración del Tesoro de la Nación, por su parte, lo ha caracterizado como un acuerdo de voluntades generador de relaciones jurídicas subjetivas, en que una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, cuyo objeto está constituido por un fin público o propio de la Administración y que contiene, explícita o implícitamente cláusulas exorbitantes del derecho privado[7].

Como vemos, con matices, la doctrina y jurisprudencia coincide en que en los contratos administrativos existen por lo menos estos elementos: (a) acuerdo de voluntades, (b) una de las partes celebrantes es persona jurídica estatal, (c) el objeto debe ser un fin propio de la Administración y (d) contiene cláusulas exorbitantes del derecho privado.

En este trabajo analizaremos cómo ha sido tratado el elemento subjetivo del contrato administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, la cual, a nuestro criterio, no es coincidente.

II.- El elemento subjetivo en los Contratos Administrativos en la jurisprudencia [arriba] -

La posición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación frente a la cuestión sobre el elemento subjetivo en los contratos administrativos, no ha sido siempre la actual sino que ha sufrido un viraje importante hacia una interpretación restrictiva de dicho elemento.

Si bien en un primer acercamiento parecería que – como señala Coviello – la presencia del Estado es el primer e indispensable requisito para la determinación del carácter administrativo de un contrato, lo cierto es que en doctrina se ha planteado una discusión en torno a la existencia de contratos administrativos celebrados únicamente entre particulares, si una de ellas desarrolla actividades propias de la Administración[8].

Marienhoff también advierte sobre la existencia de tal planteo afirmando que hay quienes consideran que puede haber contrato administrativo cuando lo celebra una persona pública no estatal (pública o privada), siempre que el contrato traduzca el ejercicio de una función propiamente administrativa que le hubiere sido asignada a la entidad no estatal[9].

Sin embargo, este mismo autor indica que la presencia de la Administración Pública como una de las partes de un contrato, no es un requisito de todo contrato administrativo sino un presupuesto elemental de su existencia, es decir, queda sobreentendido[10].

Se ha señalado también que si bien los contratos celebrados por personas públicas no estatales y las personas privadas que ejercen funciones públicas no suelen ser incluidos en la categoría de contratos administrativos, los prestadores de servicios públicos están sometidos a algunos requisitos propios de la contratación pública[11].

La discusión queda entonces planteada en torno a la posibilidad de que, bajo ciertas circunstancias particulares, se considere que existe contrato administrativo aun cuando ninguna de las partes firmantes del mismo sea una entidad estatal. Esa discusión ha sido resuelta por la Corte Suprema con una doctrina clara y contundente al respecto, la cual, como veremos, no es estrictamente la que sostiene la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.

a. El Fallo "Schirato"[12]

En este fallo del año 1982, la Corte Suprema confirmó la sentencia que había condenado al Estado Nacional a abonar a la parte actora una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la rescisión ilegal de un contrato de obra pública.

Según surge del relato de la Corte, la Ley Nº 16.727 creó en el ámbito nacional un Fondo Escolar Permanente para dar solución al deterioro sufrido por los edificios escolares, autorizando al Ministerio de Cultura y Educación, que manejaría el Fondo, a hacer uso de las atribuciones y derechos que surgen de la Ley de Obras Públicas y a requerir la intervención de entidades intermedias públicas (provincias y municipalidades) y privadas (cooperadoras y cooperativas escolares) para lograr una administración directa y ágil.

Bajo ese régimen, las entidades intermedias (en el caso particular, una

cooperadora o escolar) podían contratar a privados para la ejecución de obras en las escuelas nacionales, utilizando fondos aportados y manejados por el citado Ministerio. Para ello, debían suscribir un convenio de colaboración con el Ministerio, comprometiéndose a realizar la fiscalización directa de los trabajos, contratar materiales y mano de obra, etc., pero rindiendo cuentas de la gestión y de la correcta aplicación de los fondos a una Dirección del citado Ministerio, quien a la vez se reservaba derechos de supervisión, inspección y contralor desde el aspecto técnico como el administrativo.

En ese marco, la Cooperadora Escolar de la Escuela Nº 15 contrató al Sr. Schirato para la ejecución de las obras, rescindiendo luego en forma intempestiva el contrato.

La Corte sostuvo que si bien el contrato se había formalizado entre la asociación cooperadora y el actor, la cooperadora había obrado "gestionando intereses ajenos, recayendo el objeto del convenio sobre la mejora de un bien público, posibilitada por el aporte emanado de una manera preponderante del Tesoro Nacional" y que no surgía de la normativa aplicable que "el Estado Nacional fuera, como pretende, un tercero en las relaciones contractuales", sino que más bien, quedaba claro que "actuaría por delegación de facultades a través de las entidades intermedias".

Señaló además que "por la delegación expresa emanada de las leyes que regularon la materia, la cooperadora escolar asumió una gestión de conformidad con el especial sistema que se adoptó para ayudar a la acción del Estado en uno de sus fines específicos".

Se extrae de la doctrina sentada en este fallo que para la Corte el contrato suscripto entre la cooperadora escolar y el Sr. Schirato, dos personas privadas, era un contrato administrativo. En ese sentido explicaba Gauna que al asumir la obra la asociación cooperadora (aunque no cambie su naturaleza jurídica de derecho privado), se aleja de la órbita privada para adentrarse en la pública, lo cual acarrea la aplicación del derecho público a ciertas relaciones que van a vincular a la entidad con terceros y a la asociación con la Administración Pública. El contrato tenía una clara finalidad pública, con lo que desde esa "perspectiva teleológica aparecía como discreto y razonable caracterizar al contrato como administrativo"[13].

Por su parte, Barra describía la relación entablada entre ambos sujetos privados a través de la figura de la "delegación transestructural de cometidos", definiéndola como aquella que "permite al ente privado tomar el lugar del sujeto público en la relación jurídica administrativa, lugar que este último hubiera ocupado de no mediar tal delegación transestructural"[14]. Para este autor, en estos casos la relación jurídica entablada estará regida por el derecho administrativo salvo en aquello que se muestre como esencialmente contradictorio con la naturaleza jurídica privada del ente, y los contratos de locación que celebren estos entes como comitentes de las obras que tengan relación directa e inmediata con el cometido público delegado, tendrán la naturaleza del contrato de obra pública.

b. El Fallo "Davaro"[15]

Diez años después la CSJN sentó una nueva posición, aunque sin hacer referencia

en forma directa al elemento subjetivo de los contratos administrativos.

En efecto, en oportunidad de analizar la naturaleza de un contrato celebrado entre una empresa privada prestadora del servicio de telefonía pública y un usuario en el marco de un conflicto de competencia[16], la Corte Suprema, compartiendo y haciendo suyo el dictamen del Procurador General, puso de resalto que al no aparecer cuestionados actos emanados de la Administración nacional o de entes públicos estatales, el proceso judicial iniciado no podía considerarse comprendido dentro de las causas contencioso administrativas.

En base a ello y a que, en definitiva entendió que la cuestión suscitada trataba de relaciones jurídicas entre particulares, decidió que en la causa debía conocer la justicia nacional en lo civil y comercial federal[17].

Puede derivarse de lo expuesto que el Máximo Tribunal en "Davaro" modifica la doctrina sentada diez años antes de "Schirato", rechazando así que pueda existir "contrato administrativo cuando un particular actúa por delegación transestructural de cometidos, caso concreto, explotando una concesión de servicios públicos"[18]. La Corte adhiere, así a la posición que sostiene que la relación contractual entre un usuario y un prestador de un servicio público, es una vinculación entre privados.

Sin embargo, cabe mencionar que al respecto se han planteado diversas posiciones. Así, se ha señalado que "la caracterización de la relación subjetiva existente entre usuarios y concesionarios no ha sido una tarea sencilla para la doctrina administrativa", y que mientras no hay disenso respecto de que la relación estado - concesionario "es netamente de derecho público, de contenido contencioso administrativo", "la vinculación existente entre el usuario y el prestador presenta características que impiden realizar una definición tan categórica"[19].

Budassi[20] señala que están aquellos autores que opinan que se trata de una vinculación privada, regida por el Derecho Privado, más allá de las reglamentaciones específicas del servicio (posición que habría adoptado la Corte en el fallo "Davaro"); quienes sostienen que se trata de una relación que es pública (entre los cuales menciona a Barra y Farrando[21]) y finalmente, a quienes consideran que la relación usuario-concesionario es mixta (entre los defensores de esta posición cita a Ariño Ortiz y Cassagne).

Cabe por último señalar que en "Davaro" los miembros de la Corte Fayt y Barra mantuvieron - en voto en disidencia - la doctrina sentada en "Schirato", al sostener que la privatización del servicio de telefonía importaba la transferencia, desde el sector público al privado, del ejercicio de la competencia que la administración tiene respecto de esa actividad, y que "el cambio del sujeto prestador del servicio público (como en el caso), no debe importar para el tercero (usuario), una modificación sustancial de su status garantizado ... que se plasma en relaciones jurídicas regidas -en principio y en aquéllo que se refiera a dicho aspecto sustancial de su status garantizado- por el derecho público en general y el administrativo en particular".

Sustentaron ello señalando que la relación definitoria del régimen aplicable era la que vinculaba a la Administración (delegante) con el usuario a través del delegado

(concesionario) y que en esas condiciones no podía sino admitirse que en lo esencial la relación entre usuario y concesionario se regía por el derecho administrativo[22].

c. Fallos "Dulcamara"[23] y "Cinplast"[24]

Es interesante señalar que ya antes de "Davaro", el Dr. Fayt en su voto en el fallo "Dulcamara" había adelantado que "en principio, cabe señalar que los contratos administrativos constituyen una especie dentro del género de los contratos, caracterizados por elementos especiales, tales como que una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, que su objeto está constituido por un fin público o propio de la Administración y que llevan insertas explícita o implícitamente cláusulas exorbitantes del derecho privado".

El dato es relevante a nuestro criterio, por dos razones: en primer lugar, porque dos años antes del mencionado fallo "Davaro" un miembro de la Corte ya señalaba como uno de los elementos esenciales de los contratos administrativos, el que una de las partes debía ser de una persona jurídica estatal; pero, en segundo lugar, porque esa posición podría interpretarse como una aparente contradicción a lo que ese mismo Juez (junto con Barra) expusiera en su posterior voto en disidencia en el fallo "Davaro" donde, a grandes rasgos sostuvieron que el contrato entre un usuario y el prestador de un servicio público se regía por las normas del derecho administrativo. Creemos que la contradicción no es tal puesto que la oración arriba transcrita extraída del voto del Dr. Fayt en "Dulcamara" está precedida por la frase "en principio", lo cual relativiza bastante la exigencia de los elementos que luego describe, y supone la posibilidad de que existan casos en los cuales tales elementos no necesariamente se configuren.

En el fallo "Cinplast" del año 1993, la Corte Suprema tomó e hizo suya la doctrina sentada por Fayt en "Dulcamara" al afirmar que en principio, los contratos administrativos tienen elementos especiales tales como que una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, que su objeto está constituido por un fin público o propio de la Administración y que llevan insertas explícita o implícitamente cláusulas exorbitantes del derecho privado.

d. Fallo "Pluspetrol"[25]

Con la actual integración, la Corte ha ratificado en forma clara y contundente que sólo hay contrato administrativo cuando por lo menos una de las partes es la Administración Pública o alguno de sus organismos. La doctrina de la Corte en este fallo se encuentra desarrollada en el dictamen de la Procuradora Fiscal, Dra. Laura M. Monti, cuyos fundamentos y conclusiones la Corte comparte y da por reproducidos.

La actora (generadora de energía, actividad desregulada de acuerdo a lo previsto en la Ley N° 24.065) había suscripto con una empresa privada que presta el servicio de transporte de energía eléctrica en alta tensión (actividad regulada bajo el régimen de servicio público), un contrato de construcción, operación y mantenimiento (COM) para la construcción e instalación de un banco de capacitores en una estación transformadora.

Como el precio del contrato fue fijado en dólares, al dictarse la Ley N° 25.561 y el

Decreto Nº 214/02, se suscitó una controversia en torno a las disposiciones aplicables al caso particular. La controversia exigía – como bien destaca la Procuradora en su dictamen – determinar si a los contratos COM celebrados entre dos empresas privadas les resultaban aplicables las normas del cap. II de la Ley Nº25.561 (arts. 8 y 9) o bien el art. 11 de igual ley, junto con los Decretos Nº 214/02 y 320/02, y en consecuencia, del Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER) al precio.

Cabe recordar que ley diferenció en dos capítulos distintos los regímenes aplicables según el tipo de relaciones que vinculaba a las partes. Mientras en el cap. II se dispuso que los contratos celebrados por la Administración Pública bajo normas de derecho público quedaban sujetos a la pesificación de las tarifas (en una equivalencia de \$ 1 = U\$S 1) y se autorizó al Poder Ejecutivo Nacional a renegociar esos contratos, el cap. III (art. 11) previó la conversión a pesos de todas las obligaciones de dar sumas de dinero expresadas en monedas extranjeras de las obligaciones de dar sumas de dinero en una equivalencia de \$ 1 = U\$S 1, cualquiera fuera su origen o naturaleza, debiéndose aplicar a las mismas el CER. El régimen previsto, según la norma que resultara aplicable, era sustancialmente distinto.

La Corte entendió que las renegociaciones de contratos a las que alude la ley en sus arts. 8 y 9, comprende a los convenios donde la Administración Pública es parte, pero no las obligaciones originadas en los contratos entre particulares.

Al analizar en el caso cómo debía definirse al contrato COM, la Procuradora Fiscal destacó que la Administración Pública no era absolutamente ajena a los contratos COM, sino que tenía un papel destacado antes, durante y después de la incorporación de esta nueva infraestructura al sistema de transporte de energía eléctrica, y que era indudable que concurrían en ese contrato elementos de carácter público.

Así, si bien admitió que en lo esencial, las relaciones entre el comitente y el ejecutor de la obra, se encontraban sustancialmente regidas por el derecho público, la Administración Pública no fue parte del contrato COM, y que por esa razón que no podía asignársele el carácter de contrato administrativo. En ese sentido, indicó que sin perjuicio de que el contrato en cuestión estaba sustancialmente regido por el derecho público, desde el momento en que no fue celebrado por una persona jurídica estatal, carecía del elemento subjetivo esencial que caracteriza a tales contratos[26].

En conclusión, a los efectos del encuadramiento como contrato administrativo, para la Corte fue definitorio el hecho de que ninguna de las partes del contrato era una persona jurídica estatal. Y partiendo de esa definición, no podía sino concluir que al contrato COM no le resultaban aplicables los arts. 8 y 9 de la Ley Nº 25.561 que se refieren a los contratos celebrados por la Administración, sino el art. 11 de la misma que comprendía a las obligaciones de dar sumas de dinero existentes al 6/1/2002, expresadas en dólares estadounidenses u otra moneda extranjera, no vinculadas al sistema financiero.

Con este fallo de la de la Corte en su actual composición, la cuestión sobre el elemento subjetivo de los contratos administrativos parece definida: no hay contrato administrativo si, por lo menos una de las partes no es un persona

jurídica estatal.

e. Un caso en la jurisprudencia de la SCBA. El fallo "Utilducto" [27]

La jurisprudencia de la SCBA ha reconocido la existencia de contratos administrativos celebrados entre un privado y una sociedad anónima con participación pública. ¿Debe interpretarse que la SCBA se aparta así del criterio de la Corte Nacional? Para tomar posición al respecto es necesario analizar el fallo del Tribunal Provincial y luego definir si debe considerarse que una sociedad anónima con participación estatal mayoritaria, como es ABSA[28], es persona jurídica estatal.

En el caso resuelto por la Corte Provincial ("Utilducto") se encontraba en discusión la competencia del fuero contencioso administrativo provincial en relación a un contrato suscripto por la prestadora del servicio público de agua potable y saneamiento, Aguas Bonaerenses S.A., con Utilducto S.A., para el reemplazo de una cañería de agua en la ciudad de La Plata.

Utilducto S.A. interpuso en el citado fuero, una demanda solicitando que se declarara la nulidad de la rescisión unilateral del contrato que la unía con ABSA, así como un resarcimiento por los presuntos daños y perjuicios derivados de tal rescisión. ABSA, al contestar demanda, planteó la incompetencia del fuero contencioso administrativo, sosteniendo que debía intervenir la justicia civil y comercial.

La Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de La Plata analizó primeramente si el contrato en cuestión constituía "un acuerdo privado regido por el derecho civil, o por el contrario, si los comportamientos que se impugnan provienen de un sujeto en ejercicio de la función administrativa, en cuyo caso" la competencia correspondería al fuero contencioso administrativo.

El tribunal de alzada entendió que la causa correspondía a la competencia de la justicia administrativa, ya que esa es la competencia otorgada por el art. 166 de la Constitución Provincial para los casos originados por la actuación u omisión de la Provincia, los entes descentralizados "y otras personas", en el ejercicio de funciones administrativas, y que la rescisión unilateral dispuesta por ABSA debía ser encuadrada en el marco del ejercicio de la actividad administrativa, dado que "de ninguna manera hubiera podido la concesionaria abordar la rescisión contractual en forma unilateral, sino y únicamente por efecto de la delegación de atribuciones enmarcadas en tal ámbito público estatal, que le fueran conferidas conforme al Marco Regulatorio ...".

Agregó el tribunal que "la cuestión suscitada entre las partes únicamente puede tener solución por aplicación de los principios que rigen en materia de contratos administrativos, pues mas allá de la condición de persona pública o privada del sujeto contratante ... no puede dejar de advertirse que la contratación se realizó en ejercicio de funciones administrativas y que su contenido encuadra precisamente en el criterio general de determinación de la competencia material de este fuero".

El voto mayoritario de la Cámara ni siquiera analizó la naturaleza jurídica de las empresas involucradas y en particular, de ABSA[29].

La Suprema Corte provincial confirmó el fallo de la Cámara, avalando la posición de la alzada en cuanto a la aplicación del derecho administrativo al contrato que vinculaba a ABSA con Utilducto. Indicó en ese sentido el Alto Tribunal que del plexo normativo que rige la prestación del servicio público a cargo de ABSA, surge que la actuación del prestador del servicio público "tiene por objeto la satisfacción de un interés colectivo y el cumplimiento de cometidos públicos" y además allá de la intervención de una sociedad anónima en el contrato "teniendo en consideración que su objeto y finalidad ... guardan una relación directa con la prestación del servicio público de provisión de agua potable domiciliaria, el caso es de aquellos que integran la materia contencioso administrativo", ya que "se ha originado por la actuación de una persona jurídica en el ejercicio de funciones administrativas en un marco contractual público vinculado con la gestión del servicio público de prestación de agua potable que se encuentra regido por normas del derecho administrativo".

Y recordó que en un caso anterior[30] la misma SCBA había entendido que "el art. 166 de la Constitución provincial no reconoce límites a la configuración de la materia por la posición procesal de la persona que ejerce funciones administrativas ... ni por la naturaleza pública o privada del sujeto demandado, determinando que eran propios de la competencia contencioso administrativa ... los casos originados por la actuación u omisión de personas privadas en el marco de un contrato administrativo".

Como corolario expresamente sostuvo que "si bien en la relación jurídica que motiva las presentes actuaciones contrato de locación de obra intervienen dos personas jurídicas no estatales, la finalidad pública que posee el objeto del contrato determina la intervención de los órganos del fuero en lo contencioso administrativo".

Podemos extraer de este fallo de la SCBA las siguientes conclusiones en la materia que nos interesa: en primer lugar, que asigna naturaleza administrativa a los contratos en razón de su objeto y el ejercicio de funciones administrativas, sin otorgar mayor importancia al elemento subjetivo (sujeto contratante); en segundo lugar, que aclara en forma expresa que en el caso intervienen dos personas jurídicas no estatales, y aun así considera que el caso se encuentra regido por las normas del derecho administrativo.

Si bien disentimos con el criterio de la SCBA en cuanto a que ABSA es una persona jurídica no estatal, lo cierto es que la doctrina de la SCBA que surge de este fallo "Utilducto" se aparta del concepto de elemento subjetivo de los contratos administrativos que definió la Corte nacional en "Davaro" y "Pluspetrol", pues la SCBA entiende que existe contrato administrativo aun cuando las partes celebrantes son ambas personas no estatales.

III.- Concepto de persona jurídica estatal[31] [arriba] -

Hemos visto que la Corte nacional sostiene que para que haya contrato administrativo, una de las partes debe ser una persona jurídica estatal. Definir qué es una persona jurídica estatal no es una tarea simple.

Podría intentarse una aproximación, equiparando a persona jurídica estatal con el concepto de Administración Pública, pero esto nos lleva a la dificultad de definir los límites de ese concepto: no hay consenso de los estudiosos en torno a qué porción del Estado es merecedor de tal designación, existiendo criterios diversos de lo que debe entenderse por Administración Pública[32].

Cassagne enseña que "las personas jurídicas públicas son o no estatales según pertenezcan o no a los cuadros de la Administración Pública conforme a las normas vigentes sobre organización administrativa". Completa el criterio aclarando que estas entidades deben ser de creación estatal, perseguir fines de bien común y, en principio, gozan de ciertas prerrogativas de poder público, además de hallarse sujetas a un control estatal de cierta intensidad[33].

Definir qué es la Administración Pública puede ser simple en relación a – como grafica Bianchi – los planetas que giran cerca del astro mayor (el Estado Nacional), pero se vuelve más dificultoso a medida que se analizan planetas más alejados de ese centro, es decir, "a medida que se va intensificando en ellos la aplicación del Derecho Privado, y se va perdiendo o haciendo más tenue la injerencia del Derecho Administrativo"[34].

La cuestión reviste de importancia puesto que concluir que una entidad es estatal implica que se le aplican las consecuencias del régimen administrativo, sus decisiones son actos administrativos, las personas que trabajan en la misma son funcionarios públicos, su responsabilidad se hace efectiva por los procedimientos del derecho público[35], y – según el criterio adoptado por la CSJN en cuanto al elemento subjetivo – puede suscribir contratos que se regirán por los principios del derecho administrativo. Sin embargo, como adelantamos, no hay consenso al respecto.

Sayagués Laso[36] señala que toda entidad estatal es, salvo raras excepciones, creada por ley aunque luego relativiza la importancia de ese dato como para distinguir una entidad estatal de una no estatal. También indica que ni el análisis de los fines de esas entidades ni la existencia de potestades públicas y contralor del Estado, son índices definatorios para distinguir una persona estatal de una que no lo es. Concluye que hay que examinar el conjunto de circunstancias o características que establece el legislador al crear una entidad estatal, es decir, que para distinguir unas de otras hay que estar en primer término a la voluntad legislativa expresada, lo cual tampoco es a su criterio definatorio en estos aspectos.

Linares entiende que son personas públicas estatales aquellas de propiedad estatal de sus bienes[37], mientras Marienhoff señala que la doctrina encontró como notas esenciales para distinguir entre una persona jurídica pública estatal de una no estatal, el encuadramiento del ente en la estructura del Estado, es decir su pertenencia a la organización administrativa del mismo, como así los "fines" cuya satisfacción tiene a su cargo dicho ente[38].

Gordillo, por su parte, indica que las entidades estatales son siempre públicas, aunque puedan en ciertos casos estar parcialmente regidas por el derecho privado[39], pero luego señala que si el capital de la entidad pertenece sólo parcialmente al Estado y en otras partes a personas privadas, no puede darse al ente el carácter de estatal: será una sociedad de economía mixta, o una sociedad

anónima de capitales mixtos, etc[40].

En opinión contraria, se ha dicho que las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria son entes estatales, no obstante lo cual no tienen los privilegios de los entes públicos: sus actos no gozan de ejecutoriedad, sus bienes no son inembargables, no se requiere reclamación administrativa previa para demandarlas judicialmente, no emiten actos administrativos ni celebran contratos administrativos[41].

Teniendo en cuenta lo expuesto hasta aquí y volviendo al objeto del presente trabajo, a efectos de determinar si la doctrina sentada por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en "Utilducto" se aparta de la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación, debemos dilucidar si una sociedad anónima como ABSA, cuyo capital accionario se encuentra en un 90% en poder del estado provincial y el resto en manos privadas, es una persona estatal. Para la SCBA no lo es.

Tal como surge del art. 33, inc. 1º del Cód. Civ., el Estado Nacional, las Provincias y los Municipios son personas jurídicas de carácter público. Con el objeto de darle a los entes estatales una mayor flexibilidad mediante la aplicación, al menos en parte, de normas del derecho privado, nacieron las sociedades del Estado y las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria[42]. Grandes discusiones se han generado en relación a estas sociedades, su calificación como sujetos de derecho público o de derecho privado[43], y el régimen jurídico que les es aplicable.

Personalmente, seguimos la tesis expuesta por Bianchi que sostiene que las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria integran la Administración Pública[44]. Ello se ve sustentado por el hecho de que estas sociedades forman parte del Sector Público Nacional, definido en el art. 8 de la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional Nº 24.156[45] y del Sector Público Provincial definido en el art. 8 de la Ley Provincial Nº 13.767 (Ley de Administración Financiera y el sistema de Control de la Administración General del Estado Provincial)[46].

Esta es por otro lado, la posición de la Procuración del Tesoro de la Nación que en un reciente dictamen entendió que una sociedad anónima con capital mayoritario estatal es una entidad descentralizada del Estado Nacional[47], y que en oportunidades anteriores, sostuvo que cuando se trata de entidades del Estado constituidas bajo forma jurídica privada en las que el Estado conserva su poder de decisión, se impone la superación de la personalidad del ente frente a la realidad estatal de la propiedad, lo que justifica la relativización de los conceptos tradicionales sobre la personalidad privada de esta especie de sujetos del Estado. Específicamente, indicó que estas sociedades, aun con el más amplio grado de descentralización, integran en última instancia la organización administrativa del Estado[48].

IV.- Conclusiones [arriba] -

A modo de conclusión, podemos decir que para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es requisito esencial de todo contrato administrativo que una de las partes sea una persona jurídica estatal. De lo contrario, no existe contrato

administrativo.

Este criterio parece no ser compartido por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, que entiende que puede existir un contrato administrativo, aun cuando ninguna de las partes sea una persona estatal.

[1] La función administrativa ha sido definida – según el criterio objetivo o material – como “aquella actividad que en forma inmediata, permanente, concreta, práctica y normalmente espontánea, desarrollan los órganos estatales para alcanzar el bien común conforme a regímenes jurídicos de derecho público” (Cassagne, Juan Carlos, Derecho Administrativo, Sexta Edición actualizada, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1998, Tomo I, pág. 82).

[2] Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Parte General - Clasificación jurídica de la función administrativa, IJ-XXXIII-232.

[3] Gauna, Juan Octavio, “El ejercicio privado de funciones públicas”, La Ley 1990-D, 1205.

[4] Gauna, Juan Octavio, ob. cit.

[5] Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Cuarta Edición actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, Tomo III-A, págs. 33 y 34. Etchebarne por su lado, definía al contrato administrativo como el acuerdo de voluntades, destinado a establecer una relación jurídica, crear, conservar, modificar, transferir o aniquilar derechos, entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo, o con un particular, o con un administrado, para satisfacer finalidades públicas (Etchebarne Bullrich, Conrado, “El contrato administrativo: ¿es un acuerdo de voluntades?”, LL 1986-A, 943).

[6] Coviello, Pedro J., “La teoría general del contrato administrativo a través de la jurisprudencia de la CSJN”, en La Contratación Pública, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007, Tomo 1, pág. 89 y ss.

[7] Dictámenes 232:146 y 251:557.

[8] Coviello, ob. cit., pág. 91.

[9] Marienhoff, ob. cit., pág. 34, nota (a).

[10] Marienhoff, ob. cit., pág. 46.

[11] Gordillo, Agustín A., Tratado de Derecho Administrativo, Parte General - Clasificación de los Contratos Administrativos, IJ-XXXIII-282.

[12] Fallos 304:490, “Schirato, Gino c/ Nación Argentina”, sentencia del 15.04.1982.

[13] Gauna, Juan O., ob. cit.

[14] Barra, Rodolfo C., “Los sujetos auxiliares de la administración en el contrato de obra pública”, La Ley 1982-D, 356, en comentario al fallo “Schirato”. Es muy interesante esta opinión de Barra, pues luego la deja plasmada en el voto en disidencia que, junto con Fayt, suscribe en el fallo “Davaro” que se comenta más adelante.

[15] Fallos 315:1883, “Davaro, Saúl c/ Telecom S.A. s/ juicio de conocimiento”, sentencia del 08/09/1992.

[16] El conflicto de competencia se suscitó entre juzgados nacionales de los fueros Comercial, Civil y Comercial Federal y Contencioso Administrativo Federal, todos los cuales se declararon incompetentes para entender en la demanda, planteada por el usuario por diferencias en la facturación del servicio.

[17] En sentido semejante, véase Fallos 320:46, “Rodríguez, Hugo Manuel v. Aguas Argentinas s/ amparo ley 16986”, sentencia del 6/02/1997. Allí la Corte, también remitiéndose al dictamen del Procurador, sostuvo que en el caso – el cual giraba alrededor de una amenaza de corte del servicio por parte de la empresa privada a cargo del servicio público de agua potable – no existía una causa contencioso administrativa, en tanto se trataba de una acción incoada por el usuario directamente contra el concesionario, a raíz de una desinteligencia puramente comercial entre ambas partes del contrato, y no había intervención alguna ni aparecían cuestionados actos emanados de la administración nacional o de entes públicos estatales.

[18] Coviello, Pedro, ob. cit.

[19] Cicero, Nidia K., “La reforma de la Ley de Defensa del Consumidor y su impacto en el régimen de los servicios públicos”, Lexis Nº 0003/014297, JA 2009-I-1198. Cicero afirma al respecto que “la caracterización de la relación subjetiva existente entre usuarios y concesionarios no ha sido una tarea sencilla para la doctrina administrativa”, y que mientras hay autores que “consideran que se trata de una relación de derecho privado pero con incidencia del derecho público administrativo en los aspectos reglamentarios de la actividad”, y otros que “alojan la relación en el ámbito del derecho público, enfatizando que el usuario carece de libertad de elección para la selección del prestador y para la determinación de las condiciones bajo las cuales gozará del servicio, así como que aquél queda sujeto al permanente control público”, también hay

quienes "afirman que se trata de una relación de derecho privado y los que sostienen que aunque el status del usuario sea reglamentario, ello no impide que en todo aquello que no esté previsto por la ley o el reglamento la relación tenga caracteres contractuales".

[20] Budassi, Iván F., "Responsabilidad de los concesionarios: ¿Derecho Común?", Lexis Nº 0003/011615, JA 2005-III-1094.

[21] De acuerdo con la cita de Budassi, Farrando sostiene que "si el servicio es en sustancia una 'prestación pública', en la medida en que se considera servicio público por satisfacer necesidades públicas en forma concreta, consideramos que su régimen debe ser también de Derecho Público" (Farrando, Ismael (h) "La relación jurídica del usuario con el concesionario de servicios públicos", cap. II de la obra colectiva "Los servicios públicos", 1994, Ed. LexisNexis-Depalma).

[22] Fuera de lo expuesto en el citado voto en disidencia, en relación con la especial condición de los prestadores de un servicio público y a la naturaleza de los actos que emiten, la doctrina nacional ha expresado que: "El concesionario es nada más que eso: un 'concesionario', o sea, un 'cocontratante' en un contrato administrativo ajeno y distinto por completo al de 'función pública' o 'empleo público. El concesionario, técnicamente, no es un órgano de la 'Administración Pública'. Tal es el principio, que en nada se altera cualquiera sea la naturaleza de la persona o ente que actúe como concesionario. (...)

Correlativamente, y por obvia consecuencia, cuando el concesionario sea una persona privada -individual o jurídica- sus actos no son administrativos sino de derecho privado, regidos por el derecho común. Sólo los agentes públicos -funcionarios o empleados- emiten actos administrativos

¿Qué decir cuando el concesionario sea un ente público estatal? ¿Se altera o modifica el principio precedente? (...) Estimo que tampoco este tipo de concesionario es agente público (funcionario o empleado) y que, por tanto, sus actos no son administrativos, sino actos de derecho privado, con todas sus implicancias" (Miguel Santiago Marienhoff, ob. cit, Tomo III-B, p.600).

[23] Fallos 313:376, "Dulcamara S.A. c/ ENTel", sentencia del 29/03/1990.

[24] Fallos 316:212, "Cinplast I.A.P.S.A. c/ ENTel s/ ordinario", sentencia del 2/03/1993.

[25] CSJN, 22/05/07, "Pluspetrol Energy S.A. c/ ENRE Resolución Nº 458/02".

[26] Para adoptar esa conclusión, cita según la doctrina de la Corte en doctrina de Fallos 313:376 ("Dulcamara"), disidencia del Dr. Carlos S. Fayt; 316:212 ("Cinplast") y doct. de Fallos 315:1883 ("Davaro").

[27] SCBA, 8/07/2008, "Utiliducto SA contra Aguas Bonaerenses SA s/ Pretensión anulatoria".

[28] El 90% del paquete accionario de ABSA corresponde al Estado provincial, mientras que el 10% restante pertenece a los trabajadores, nucleados a través del Sindicato de Obras Sanitarias de la Provincia de Buenos Aires. Ello surge del Decreto provincial Nº 517/02 por medio del se constituyó una sociedad anónima para que asumiera la prestación del servicio de captación, potabilización, transporte, distribución y comercialización de agua potable; la colección, tratamiento, disposición y eventual reutilización y/o comercialización de desagües cloacales, en determinadas zonas y partidos.

[29] En cambio, en su voto, el Dr. Scaparotel sostiene que ABSA es una "empresa constituida como sociedad anónima, bajo un régimen jurídico privado, que se integra principalmente con capital social estatal, y con el fin exclusivo de brindar servicios públicos directos", pero que sin perjuicio de esa calidad de ente privado "re luce innegable la presencia estatal quién no sólo se reservó el control patrimonial sino el modo de elegir al directorio".

En relación a la existencia de contrato administrativo, el Dr. Scaparotel indica que "la exclusión a la sociedad demandada del régimen de contrataciones de la administración pública, en modo alguno permite colegir que el contrato celebrado por ABSA deba tipificarse como de derecho privado, en tanto su contenido y su finalidad, -vinculada a un fin público relevante, esto es la concesión del servicio público que gerencia-, proyecta un régimen jurídico sustantivo y singular que exorbita el derecho privado".

Finalmente, destaca que "aún prescindiendo de las particularidades subjetivas de la sociedad demandada, es reconocida la posibilidad de que determinados contratos celebrados entre particulares puedan asumir carácter administrativo cuando una de las partes ... desarrolle actividades propias de la administración".

[30] SCBA, causa B. 64.745, "Consorcio de Gestión del Puerto de Bahía Blanca", sentencia del 23/10/2002.

[31] Sobre la distinción entre persona pública estatal y no estatal, puede verse un resumen de las distintas posturas doctrinarias en Echen, Diego E., "Naturaleza jurídica de los actos emanados de los colegios y/o consejos profesionales", elDial.com - DCBD1, publicado el 8/10/2007. Además, puede verse también Canosa, Armando N.: "Algunas reflexiones acerca de las denominadas personas públicas no estatales", El Derecho, 19 mayo de 1993.

[32] Bianchi, Alberto B., "Anotaciones sobre los conceptos de Administración Pública y Función Administrativa", El Derecho 129-267.

[33] Cassagne, Juan Carlos, ob. cit. pág. 223.

[34] Bianchi, Alberto B., ob. cit.

[35] Sayagués Laso, Enrique, "Distinción entre personas públicas y privadas", en Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de La Plata, Tomo XXI, año 1962, págs.. 17/28.

[36] Sayagués Laso, Enrique, ob. cit.

[37] Linares, Juan F., "Las Sociedades del Estado unipersonales", LL 1981-D, 1146. Este autor señala además que la cuestión de los conceptos "persona pública" y "persona pública estatal", es controvertida, pues mientras para Villegas Basavilbaso, cabe el distinguo en personas públicas y privadas y de las primeras en estatales y no estatales, para Marienhoff, la persona pública puede ser estatal y no estatal, y admite que hay personas públicas estatales de propiedad parcial del Estado. Mairal propone una división del concepto "estatal", en sus especies, de "entes públicos" y "entes privados" (ambos estatales), y descartaría que haya entes no estatales de derecho público especialmente porque el art. 33 del Cód. Civil no los reconoce.

[38] Marienhoff, Miguel S., "Naturaleza jurídica de los organismos internacionales binacionales. La Comisión

Técnica Mixta de Salto Grande. Respuesta a una objeción. (El encuadramiento del ente en la estructura u organización administrativa del Estado. La índole de la actividad que desarrolla el ente)", La Ley 1992-B, 110.

[39] Gordillo, Agustín A., Tratado de Derecho Administrativo, Parte General - Clasificación de los entes públicos, IJ-XXXIII-234

[40] Este autor denomina entidad estatal a aquella cuyo patrimonio pertenece exclusivamente al Estado, y entiende que la distinción para determinar si un ente es estatal o no "sólo puede basarse racionalmente en un único y exclusivo carácter: si el capital de la entidad pertenece sólo parcialmente al Estado y en otras partes a personas privadas, entonces no puede darse al ente el carácter de estatal: será pues una sociedad de economía mixta, o una sociedad anónima de capitales mixtos, etc" (Gordillo, Agustín A., IJ-XXXIII-234).

[41] Etchebarne Bullrich, Conrado, ob. cit. Disentimos con la opinión del autor en cuanto a que no pueden firmar contratos administrativos, pues si son consideradas entes estatales, teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Corte citada en este trabajo, esta clase de sociedades podrían suscribir contratos administrativos.

[42] Balbín, Carlos F., Régimen Jurídico de las actividades empresariales del Estado. Las empresas absorbidas por el Estado, en obra colectiva "Organización Administrativa, función pública y dominio público", RAP, Buenos Aires, 2005, págs. 625/37.

[43] En ese sentido, Somaglia, Héctor G., Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria (SAPEM) ¿Personas jurídicas públicas o privadas?, DJ 2005-1,89. El autor indica que autores como Barra, Bianchi y Linares han calificado a estas sociedades como sujetos de derecho público, mientras que Mairal y Cassagne las caracterizaron como sujetos de derecho privado. Al respecto puede verse Linares, Juan F., La tutela sobre los entes descentralizados, La Ley 1983-B, 982 y Curá, José María y Bello Knoll, Susy Inés, La sociedad anónima con participación estatal mayoritaria (su naturaleza jurídica a la luz de un fallo clarificador), La Ley 1991-A, 365, en los que se reflejan las dos posiciones contrapuestas.

[44] Este autor explica que cuando se produce la fusión entre capitales privados y públicos para la formación de sociedades, son los particulares quienes invierten su patrimonio en un sector de la Administración Pública (Bianchi, Alberto B., ob. cit.).

[45] Esta norma dice que el Sector Público Nacional está integrado por, entre otras, las empresas y sociedades del estado que incluyen a las empresas del estado, las sociedades del estado, las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria y de economía mixta y aquellas organizaciones empresariales donde el Estado nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias. Asimismo, la Ley de creación del Sistema Nacional de Inversiones Públicas N° 24.354, también menciona a las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria como parte del Sector Público Nacional.

[46] De acuerdo a lo previsto en el art. 8 de la Ley Provincial N° 13.767 (Ley de Administración Financiera y el sistema de Control de la Administración General del Estado Provincial), el Sector Público Provincial está integrado por administración pública provincial (que incluye a la administración central y las entidades descentralizadas), las Empresas y sociedades del Estado provincial (que abarca a las empresas públicas, las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, las sociedades de economía mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado provincial tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias) y los fondos fiduciarios integrados total o mayoritariamente con bienes y/o fondos del Estado Provincial.

[47] Dictámenes 276:121, del 24 de febrero de 2011. En el caso, la Procuración analizó si un conflicto suscitado entre Nucleoeléctrica Argentina Sociedad Anónima (una sociedad anónima con capital mayoritario estatal), y la Dirección General de Aduanas, debía ser resuelto mediante el régimen de solución de conflictos interadministrativos previsto por la Ley N° 19.983 o acudiendo al poder judicial. La Procuración expresamente sostuvo que "el carácter estatal de los entes involucrados y la existencia de una disputa sobre una suma de dinero, determinan la aplicación del régimen especial previsto por la Ley N° 19.983", y que en consecuencia, correspondía aplicar ese régimen pues en la especie se trataba "de una disputa de contenido pecuniario suscitada entre dos entidades descentralizadas del Estado Nacional (una sociedad anónima con capital mayoritario estatal -v. Dto. N° 1540/94, B.O. 2-9-94- y una entidad autárquica)".

[48] Dictámenes 268:333, del 18 de marzo de 2009. Cita allí también Dictámenes 207:317 y 210:217, entre otros.