EL LEGADO DE LA OBRA PÚBLICA ROMANA AL DERECHO ARGENTINO

IRIS E. ASOREY[1] Y EZEQUIEL F. PARDO[2]

I. INTRODUCCIÓN

Hoy los ojos del mundo se siguen sorprendiendo por esas majestuosas obras del ayer que los antiguos romanos supieron erigir.

La perfección de esos trabajos que aún captan la atención de miles de antropólogos, historiadores y turistas o que pueden observarse en cualquier libro de la materia, revelan no solo una extrema precisión en arquitectura sino también el trasfondo jurídico que hizo posible la realización de las mismas.

A medida que se construían obras para satisfacción del interés colectivo y, para extender a las tierras que se iban conquistando –romanización– se fueron cimentando las bases del Instituto de la Obra Pública.

En este proceso evolutivo, la locatio conductio *y sus modalidades o subtipos trascendieron las barreras del* Ius Privatum *para desarrollar otras figuras contractuales, pero dentro del* Ius Publicum[3].

Así interviniendo el Estado en su función administrativa, se hizo frecuente en Roma la contratación de obra pública donde la Administración por si, o con la colaboración de particulares o sociedades privadas celebraron auténticos contratos públicos que hoy se encuentran admitidos dentro del Derecho Administrativo.

---

[1] Abogada. Profesora en la Universidad Abierta Interamericana (UAI) Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Profesora adjunta de la Cátedra de Derecho Administrativo titular: Dr. Juan Carlos Cassagne. Miembro Evaluador de Trabajos Finales -Tesis– (UAI). Autora de variado material de estudio para educación terciaria a distancia.

[2] Abogado. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA) y la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Abierta Interamericana (UAI).

[3] Es Derecho público el que se refiere al estado de la cosa pública, privado el que atañe a la utilidad de los particulares, pues hay cuestiones de interés público y otras de interés privado (*Publicum ius est quos ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim).* En: Ulpiano (D. 1, 1, 1, 2), reproducido en las Instituciones de Justiniano (I. 1, 1, 4).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0758

Primando la utilidad pública por encima de la de los particulares, la locatio conductio *más* particularmente la locatio conductio operis[4]*, forjó los lineamientos de un procedimiento contractual que, dentro de la esfera pública con normas y principios propios fue adoptado por las legislaciones modernas de otros Estados.*

Hoy en Argentina el Instituto de la Obra Publica se encuentra regulado por la Ley N.º 13.064 y sus Decretos Reglamentarios. Circunscrito por el Derecho Administrativo Nacional es un típico contrato que celebra la administración para satisfacer las necesidades colectivas.

II. LA OBRA PÚBLICA EN LA ROMA CLÁSICA

(1) Concepto

Para introducirnos en el tema resulta imprescindible abordar el concepto de Obra Pública que empleaba la civilización Romana.

En ese sentido es oportuno recurrir a la concepción de Vitruvio Polión (I, 3,2)[5], célebre arquitecto de la época, quién relacionaba a la obra pública con tres finalidades que debía perseguir: la Defensa, la Religión y por último la comodidad del Pueblo[6].

Siguiendo estos lineamientos, las obras realizadas para la defensa y seguridad de las ciudades romanas se veían reflejadas en las murallas, torres y en las puertas pesadas de madera que evitaban el asalto de los enemigos.

El fin religioso se satisfacía con erigir templos y toda otra clase de edificios sagrados en honor a los dioses inmortales. Finalmente, la comodidad del pueblo determinaba la construcción de lugares de uso público como puertos, plazas, baños, termas, teatros y paseos, entre otras obras.

Pero si bien este concepto deviene incompleto al referirse solamente a elementos o infraestructura para la ciudad, soslayando al resto del territorio y a los servicios como los transportes y las comunicaciones, entre otros; es evidente que la obra pública está íntimamente ligada con la *finalidad pública*, es decir *servir y satisfacer las necesidades de los ciudadanos*; lo que nos pone en presencia ante uno de los rasgos característicos del *Ius Publicum*[7].

(2) La ciudad

Como ya se señalara, a lo largo de su historia los romanos mostraron una gran preocupación por mejorar las condiciones de vida y la seguridad de sus ciudadanos. Da fe de ello las esplendorosas obras que hasta el día de hoy subsisten.

---

[4] *Locatio conductio operis* o Arrendamiento o Locación de Obras: contrato consensual mediante el cual una de las partes es obligada a efectuar una obra determinada, por encargo de otra, y ésta a pagar un precio por ella.

[5] Marco Vitruvio Polión. Arquitecto romano, vivió durante la época de Julio César y Octavio Augusto. Autor del tratado *De architectura*, en 10 libros (probablemente escrito entre los años 27 a. C. y 23 a. C.). la única obra de estas características que se conserva de la Antigüedad clásica.

[6] De la Peña Olivas, J. M. *Diferencia del concepto de obra pública actual y en la Roma clásica*. Revista de Ing. Civil n°141, CEDEX M° de Fomento, 2007.

[7] Se pone de resalto el concepto de Opera Pública hallado en *D. 50.10 y CJ 8.12*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0758

Con esa intención y utilizando los materiales más resistentes que la época les ofrecía, como la piedra o el ladrillo[8] erigieron verdaderas obras arquitectónicas como modelos a seguir por otras civilizaciones.

Sus ciudades eran provistas de agua y drenajes gracias a los arquitectos e ingenieros que mostraron sus capacidades en la construcción de acueductos, puentes y sistemas de alcantarillado, aplicando conocimientos de ingeniería hidráulica, surgiendo así los conocidos acueductos romanos.

Los puentes también eran obras particularidades de la época, permitiendo el comercio y la comunicación, piedras angulares del apogeo Romano que, levantados sobre los desniveles del terreno o sobre ríos, e integrados por grandes bloques de piedras encajados sin argamasa[9] les permitía acercarse a zonas de difícil acceso.

En ese contexto, hay que destacar la infraestructura de la ciudad romana, ***Urbs,*** porque refleja la intención de los arquitectos por atender el aspecto práctico por sobre el estético, proponiendo así a la construcción de una *civilización*[10] urbana dotada de una calidad de vida ciudadana ostensiblemente superior a la de otras civilizaciones contemporáneas.

Modelo de urbanización eficiente, que Roma fue extendiendo a los territorios conquistados, sobre todo al Mediterráneo Occidental que se encontraba habitado mayoritariamente por pueblos rurales. En las tierras conquistadas reformaban las ciudades existente o las fundaban como *colonias,* siguiendo el modelo hipodámico[11], técnica que les permitió controlar y uniformar culturalmente a las poblaciones sometidas, «romanizándolas», es decir pasar de un modelo de vida totalmente rural a otro orientado a lo urbano.

Queda claro que la conquista de un pueblo no conllevaba su destrucción, por el contrario se homogeneizaban sus formas de vida para ayudar a la identificación social romana.

(3) Los edificios públicos

Los templos eran los edificios públicos más importantes de las ciudades romanas. Similares a los de los griegos aunque, levantados sobre un pedestal o plataforma rectangular, se hallaban rodeados por una hilera de columnas y en su parte superior un tejado a dos aguas completaba la estructura. En el interior de los mismos se encontraban las imágenes de sus divinidades y se solía representar escenas mitológicas. El aspecto exterior era elemental porque desde allí los romanos rendían culto a sus dioses.

Dentro de los edificios administrativos y comerciales eran célebres las «basílicas», amplios recintos rectangulares terminados en un ábside donde se impartía justicia o se hacían negocios[12]. Pero también la «curia y los mercados» eran ámbitos trascendenta-

[8] (*opus caementicium*).

[9] Argamasa mezcla de cal, arena, agua y pequeñas piedras: el *opus caementicium*(cemento). Este material revolucionó las técnicas constructivas por ser tan resistente como la piedra, pero más dúctil y sobre todo más barato.

[10] La palabra civilización está relacionada con la palabra ciudad y ambas proceden de *civis* «ciudadano».

[11] Modelo de plano urbano que organiza el diseño de las calles en ángulo recto, creando zonas cuadradas o rectangulares, como una cuadrícula. Las ciudades que presentan este tipo de planeamiento urbano, en toda su superficie o solo en parte, tienen una morfología urbana perfectamente distinguible.

[12] Posteriormente los cristianos copiaron esta planta para sus templos, dando lugar a un tipo de iglesia.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0758

les, en el primero se reunía el Senado romano y en los mercados, divididos en locales comerciales se vendían todo tipo de bienes[13].

Como parte de la infraestructura, los monumentos con su carácter honorífico o funerario se alzaban en los lugares o caminos más importantes de la ciudad. Las *estatuas* también cobraron protagonismo y se encontraban presentes en todas las ciudades romanas en honor a dioses, emperadores, ciudadanos ilustres, o magistrados con la intención de fomentar el orgullo nacional y mantener intacto el respeto a los antepasados. Obeliscos y columnas ornamentaban las calles romanas, a modo de reminiscencia de alguna campaña militar gloriosa. Los arcos de triunfo completaban el paisaje urbano, enormes puertas de uno o varios vanos que se levantaban en honor de algún general en jefe y en celebración de alguna victoria o hecho solemne.

III. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ROMANA Y EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

Nada de lo revelado ut supra hubiese sido posible sin la presencia activa de la Organización Política e Institucional Romana, precursora del concepto de Estado. Para lograr la expansión se requirió de una administración que organizara y planificara su crecimiento; que programara el mantenimiento edilicio y que interpretara las necesidades sociales en materia de obras públicas, es decir, una ordenación burocrática que concibiera obras e invirtiera en servicios básicos para uso y disfrute a todos los ciudadanos.

Los sistemas de Organización Política e Institucional Romanos fueron variando de acuerdo a la evolución histórica, así es que en la Monarquía el responsable directo de la planificación y promoción de las obras y servicios era el Rey, no siendo significativo para el presente trabajo tal período puesto que como bien señala Juan Manuel Blanch Nougues en su obra «La Concesión de Obra Pública y su Financiación en el Derecho Romano[14], se aplicaba el sistema servicios obligatorios o *munera* a cargo de los integrantes de la comunidad (*populus*)[15], no así en la época republicana cuando los Cónsules, Censores[16] y Ediles eran quienes en la medida de sus competencias, detentaban esa función[17] [18].

[13] En Roma, por sus grandes dimensiones, se crearon foros especiales para las verduras como el *forum holitorium* o para la carne, *forum boarium*.

[14] Catedrático de la Universidad CEU de San Pablo.

[15] Vmilazzo V.F. *La realizzazione delle opere pubbliche in Roma arcaica e repubblicana* (munere e ultra tributa). Edizione Scientifiche Italiane,Napoli, 1993.

[16] (*Dig., 39, 4, 15*). El censor, al dar en arriendo canteras de piedra de afi lar en la isla de Creta, dejó establecida esta ley: «nadie, salvo el arrendatario, arranque, ni extraiga, ni transporte piedras de afi lar de la isla de Creta después de los idus de Marzo»

[17] *Polibio 6, 17, 1-4*: De igual manera, el pueblo romano está subordinado al Senado y está obligado a tomar en consideración sus deseos, tanto en lo que concierne a los asuntos públicos como a los privados. Los contratos, demasiado numerosos para detallarlos, son adjudicados por los censores en toda Italia para la reparación o la construcción de edificios públicos, y también se obtienen ingresos de muchos ríos, puertos, jardines, minas, tierras de labor. Todo queda bajo control del gobierno de Roma y de todos estos encargos participa la gran mayoría de la gente, de modo que es difícil encontrar a quien no esté interesado en ello, bien como contratista o bien como empleado en los trabajos. Unos obtienen los contratos adjudicados por los censores; otros son sus socios; otros aseguran como avalistas a los contratistas, o bien responden con sus propiedades particulares ante el tesoro público.

[18] Ferrer Maestro, J.J. *Los contratos públicos y el poder privado en la república romana*, POTESTAS. Revista

https://doi.org/10.55104/FRDC_0758

Durante el Principado, operó sobre la administración un cambio ostensible. Augusto innovó de forma significante la burocracia romana y nombró dentro de sus nuevos funcionarios a los «*curatores*» como responsables directos en materia de obras y servicios quienes, según sus funciones eran llamados de diversas formas por ejemplo los «*curatores cloacarum*» eran los encargados de los drenajes, las redes de alcantarillas y cloacas.

Luego, con la caída del imperio romano de occidente, su desmembramiento y la irrupción territorial de los bárbaros, finaliza la época de esplendor de obras produciéndose la decadencia en esta materia, por lo cual, no solo ya no se construían, sino las obras erigidas cayeron en desuso.

Esta evolución romana también influyó en la concepción de la figura del empleado público. Es recién a partir del Principado que surge la figura del funcionario, si bien dicho término no fue utilizado por la tradición jurídica, tal vez en contraposición a lo que ocurría con la concepción del magistrado, *magistratus*, republicano, los funcionarios no tuvieron un carácter jurídico unitario, por lo que se les atribuyeron denominaciones específicas como *praefecti* o *curatores*[19]. Eran sujetos, que desarrollaban una actividad pública en la Cancillería Imperial o en los distintos entes provinciales o locales y que, cuyas actuaciones estaban regladas en un estatuto que contenían aspectos diversos como ser jerarquización, carrera administrativa, racionalidad y estabilidad, como así también un sistema de responsabilidades por infracciones administrativas, entre otras particularidades.

Pero lo cierto es que, indistintamente de la época que se trate, tanto la administración central como los entes locales menores: ciudades, municipios y colonias; tuvieron competencia para celebrar contratos de obra publica con empresarios privados, los *publicani* o incluso con sociedades – *societates publicanorum*[20].

Se trataban de auténticos contratos administrativos celebrados entre la Administración y los particulares para la construcción de las obras públicas infraestructurales necesarias tales como acueductos, cloacas, calzadas; en la fas religiosa templos; en aspectos propagandísticos y honorarios, estatuas y monumentos y en lo cultural, anfiteatros, teatros y circos, además de la reparación y mantenimiento de cualquiera de ellas[21].

IV. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN EL DERECHO ARGENTINO

Consolidado el Derecho Administrativo como rama autónoma del derecho público, ingresa al mundo jurídico el instituto de las contrataciones administrativas.

---

del Grupo Europeo de Investigación Histórica, No 2 2009 ISSN: 1888-9867 Págs. 12-13. Universidad Jaume I Castellón. 2008.

[19] Blanch Nougues, J.M. *La concesión de obra pública y su financiación en el Derecho Romano*. Pág. 13,RGDR IUSTEL. 2007.

[20] Ferrer Maestro, J.M. «*Los contratos públicos y el poder privado en la República Romana*» Pags.17 y 18. *POTESTAS*. Revista del Grupo Europeo de Investigación Histórica, No 2 2009 ISSN: 1888-9867.

[21] *Los contratos públicos y el poder privado en la República Romana*» Juan José Ferrer Maestro. *POTESTAS*. Revista del Grupo Europeo de Investigación Histórica, No 2 2009 ISSN: 1888-9867. P13, se refiere a «opera publica facienda et sarta tecta tuenda» y menciona Polibio, 6, 17, 2; Dion. Hal., 3, 67, 5. Sobre el uso y procedencia de las expresiones sarta tecta y ultro tributa, véase Mateo (1999: 38 y n. 81, 82, 83).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0758

Con sus características propias y extrañas al derecho privado, se cimenta un régimen normativo para que la administración satisfaga las necesidades de los habitantes, razón de los contratos públicos.

Discutida la preexistencia de estos contratos, stricto sensu, por reconocidos doctrinarios algunos, enrolados en la teoría positiva sostienen que éstos existen siempre que una de las partes sea el Estado en ejercicio de sus funciones; que su fin sea satisfacer la utilidad pública y que contengan cláusulas exorbitantes de derecho privado. Por el contrario los que niegan su existencia argumentan la falta de autonomía de voluntad dado que las normas están preestablecidas[22]; la desigualdad entre las partes al estar la administración por encima del contratista y porque versan sobre objetos que están fuera del comercio, característica esta última que esta prohibida en los contratos comunes o del derecho privado (teoría negativa)[23].

Pero dejando de lado a la doctrina dividida, debe reconocerse que la administración requiere de alguna figura o herramienta legal a través de la cual pueda brindar bienes y servicios a la comunidad a la que sirve.

En un sentido amplio puede definirse al contrato administrativo como aquel en que la Administración ejerce prerrogativas, *-régimen de exorbitancia-*, en cuanto a su interpretación, ejecución y extinción, cuidando de no alterar la ecuación financiera del mismo. El objeto de este acuerdo se rige por normas del derecho público y participa un órgano estatal en ejercicio de su función administrativa.

Para profundizar el concepto de contrato administrativo puede recurrirse a las definiciones de prestigiosos juristas, por ejemplo el doctor Cassagne los define como «*todo acuerdo de voluntades, generador de obligaciones, celebrado por un órgano estatal en ejercicio de la función administrativa, caracterizado por un régimen exorbitante del derecho privado susceptible de producir efectos con relación a terceros*». Haciendo su aporte Dromi manifiesta: «*es toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre 2 personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa*».

Ahondando en el tema hay que poner en resalto que, al intervenir el Estado en su función administrativa y en calidad de contratante, éstos contratos tienen características propias como la «*formalidad*» de la cual la administración no puede apartarse, es decir debe cumplir durante todo el procedimiento contractual con las formalidades exigidas por la ley. La «*legislación*» deben aplicarse las normas administrativas especificas en materia, por ejemplo el Decreto N.º 1.023/2001 y el recién inaugurado Decreto Nacional N.º 1.030/2016 y su Manual de Procedimiento[24] que disciplinan las contrataciones de la Administración Nacional. Otro aspecto sobresaliente son «*los efectos jurídicos*» los que recaen de forma individual sobre cada una de las partes y pueden ser opuestos a terceros y, por último las tan cuestionadas «*clausulas exorbitantes*», inusuales en el derecho privado, que facultan a la administración a ejercer sobre el contratista, sea una persona

[22] Lo que es asociado con los contratos de adhesión del derecho privado y que el Código Civil y Comercial define en su artículo 984 de la siguiente forma: *«el contrato por adhesión es aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a clausulas generales predispuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción»*.

[23] No faltan quienes propician que se trate de una sucesión de actos administrativos, desconociendo entonces la figura del contrato administrativo.

[24] Disposición 62-E/2016. B.O 29/9/2016

https://doi.org/10.55104/FRDC_0758

privada física o jurídica, nacionales o extranjeras[25], un control de alcance excepcional como ser: modificar unilateralmente las condiciones del contrato *ius variandi*; dar directivas a la otra parte; declarar extinguido el contrato por sí y ante sí; imponer sanciones contractuales, etc.

Los principios fundamentales que persiguen estos contratos son la *mutabilidad* que refiere al poder del Estado para modificar las condiciones del contrato a través de sus clausulas exorbitantes, y el principio de *continuidad,* característica substancial que impone que la ejecución de los contratos no pueden interrumpirse o suspenderse, salvo excepciones[26], porque prevalece el interés público.

En relación a los elementos esenciales son impuestos por la ley en forma imperativa y deben estar para que exista el contrato, de lo contrario sería inexistente o carecería de valor, estos son: los sujetos; voluntad y consentimiento; competencia o capacidad según se trate del sujeto administrativo o del sujeto particular respectivamente; el objeto; la causa o motivo y la forma.

La legislación positiva acepta también la presencia de elementos naturales y accidentales, -clasificación tripartita de los elementos del contrato-. Los naturales, son aquellos que ordinariamente existen en todo contrato y forman parte de él de pleno derecho, pero que los contratantes pueden lícitamente excluir por una cláusula expresa sin afectar la existencia del contrato. Los elementos accidentales normalmente no se encuentran en el contrato pero las partes pueden válidamente incluir en él[27].

En la formación del contrato pueden evidenciarse claramente dos etapas. La primera, la «precontractual o interna» solo interviene la administración no participan los administrados, oferentes o terceros interesados. Comprende pues los estudios de factibilidad física, jurídica, contable, financiera, económica y política de la futura contratación, la imputación previa del crédito presupuestario disponible y la preparación de los pliegos de bases y condiciones generales y particulares y, de corresponder las especificaciones técnicas.

Se determina el sistema que la ciencia jurídica impone para seleccionar al contratista o cocontratante; se publica la convocatoria y se reciben las ofertas de los interesados en la fecha y lugar indicado en la publicación. Posteriormente se realiza el Acto de Apertura de las ofertas (las mismas se entregan en sobre cerrado) que serán evaluadas por una Comisión Evaluadora designada para tal fin. Le continúa un período para las posibles impugnaciones, y finalmente se concluye el procedimiento con la emisión del acto administrativo de adjudicación emitido por la autoridad competente del organismo contratante.

En la segunda etapa, la de «ejecución del contrato» se perfecciona el mismo con la firma, aunque técnicamente corresponde decir que se materializa con la emisión de la orden de compra a favor del/los contratistas.

El Decreto N.º 1.023 impone el sistema de selección del cocontratante y menciona como obligatorios los siguientes medios o sistemas que la doctrina clasifica en: «libre elección», la administración elige directamente y en forma discrecional a la persona

[25] La Administración puede celebrar un contrato administrativo con otro órgano estatal. Son los contratos interadministrativos, en estos casos el imperiun de ambos órganos quedan asimilados.

[26] Fuerza mayor, hecho del príncipe, hecho de la administración, imprevisión, muerte del contratista.

[27] Comadira, J.R (Director) – en prensa– *Curso de Derecho Administrativo*. Pág. 393

https://doi.org/10.55104/FRDC_0758

con la que va a contratar debiendo cumplir con los requisitos de publicar y justificar el motivo de esa elección.

La segunda modalidad es la de «restricción o restringida» que refiere a la licitación pública[28] o privada; a la contratación directa; al concurso público y a la subasta o remate público.

La licitación pública tiene por finalidad seleccionar en concurrencia la mejor oferta para celebrar un contrato. La Administración invita a los interesados a que, sujetos a las bases y presupuestos fijados en el pliego de condiciones formulen sus propuestas, de las cuales seleccionará y aceptará (adjudicación) la más ventajosa o más conveniente.

La diferencia entre la licitación pública y la privada radica, en la cantidad de los posibles oferentes. En la pública concurren un número indeterminado de personas por eso se la considera como un procedimiento abierto, mientras que en la privada la convocatoria es dirigida a personas o grupos de personas determinadas.

La contratación directa es el mecanismo que la Administración utiliza para casos específicos y contemplados en la ley. Selecciona discrecionalmente a una determinada persona física o jurídica con la cual procurará llegar a un acuerdo conveniente, sobre las bases establecidas para la contratación a realizarse[29].

El remate público, es la compra y venta de bienes en subasta pública sin límite de concurrencia y al mejor postor. Sólo procede en los casos previstos por el ordenamiento normativo administrativo, es un procedimiento no común, que se aplica sólo en situaciones que lo justifiquen.

El concurso es el procedimiento de oposición que se lleva a cabo para elegir al cocontratante que la administración pública necesita para que trabaje bajo su esfera. Importa la capacidad científica, técnica, cultural, artística, etc., de las personas que se presentan a él, quedando seleccionada la que tenga la mayor capacidad. Es decir priman las condiciones personales de los candidatos por sobre el factor económico.

Concluyendo los aspectos generales de los contratos administrativos queda por revelar como se extinguen los mismos. En principio llegan al fin de «forma normal» cuando se cumple con el objeto contractual o con el plazo acordado. Pero existen circunstancias «anormales» que dan por finalizado al contrato: rescisión bilateral o unilateral, rescate si se tratare de un servicio publico, desaparición del objeto, fuerza mayor; hecho del príncipe o de la administración; muerte del contratista salvo que se haya pactado que sus sucesores cumplan con la obligación contractual; quiebra de la parte contratada; imprevisión; caducidad o renuncia.

(1) El contrato de obra publica en particular

Alcanzado por los aspectos contractuales generales, el contrato de Obra Pública es un típico o nominado contrato administrativo que por sus características pro-

[28] En algunos países extranjeros a la licitación pública suelen denominarle «remate público»; así ocurre en Italia, donde se le llama «asta pubblica». En España le llaman «subasta» o «subasta pública» y en Francia «adjudication» («ouverte», a la pública, y «restreinte» a la privada).

[29] La contratación directa no debe ser confundida con el sistema de libre elección, no obstante su aparente similitud.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0758

pias se encuentra regulado en el ámbito nacional por la Ley de Obras Publicas N.º 13.064[30].

Dicha ley en su artículo 1.º define a la obra pública de la siguiente forma: «*considérese obra publica nacional toda construcción o trabajo o servicio de industria que se ejecute con fondos del Tesoro de la Nación, a excepción de los efectuados con subsidios, que se regirán por ley especial, y las construcciones militares, que se regirán por la Ley 12.737 y su reglamentación y supletoriamente por las disposiciones de la presente*».

El contrato de obra pública regula la ejecución del trabajo público. Es la herramienta jurídica a través del cual la Administración le encarga a una persona -física o jurídica– que realice una determinada obra destinada al uso colectivo, sea en forma directa o indirecta y a cambio de un precio en dinero. Se trata de un contrato consensual, bilateral porque de él surgen obligaciones para las dos partes; oneroso; formal y nominado.

El objeto recae sobre inmuebles, muebles (no fungibles ni consumibles) y objetos inmateriales, estos últimos conocidos como por accesoriedad que nacen como consecuencia de la extensión del contrato principal y que resultan necesarios para que la obra pueda realizarse, como por ejemplo la confección de planos o la realización del proyecto de obra, entre otros. (Art. 56.º).

Objeto, que es ampliado y clarificado por el Decreto Reglamentario N 19.324/49 que incluye en su art. 1.º a las construcciones viales, de diques; los trabajos de ampliación, reparación y/o conservación de bienes públicos; etc.

Es particular de estos contratos la forma de establecer el precio de la obra. La ley contempla: el sistema de: a) por unidad de medida, la obra se divide en etapas con un precio para cada una de ellas[31], b) por ajuste alzado, la obra se contrata por un precio «total fijo» e indicado en el contrato, es decir que antes de empezar la obra ya se calculó el precio total c) Coste y Costas, se entiende por coste todos los gastos de la construcción por ejemplo mano de obra, materiales y por costas la utilidad del empresario y d) sistemas excepcionales que puedan establecerse[32]. Al tratarse de obras que perduran en el tiempo es dable que los costos deban actualizarse y para ello se aplica el sistema de Redeterminación de Precios.

La selección del cocontratante o contratista suele ser bajo la modalidad de licitación pública[33], salvo para los casos en donde la ley indique otro procedimiento, sea por el bajo monto de la obra, por tratarse de trabajos urgentes o se exija la capacidad técnica o artística del contratado. Es requisito que el contratista esté inscripto en el Registro Nacional de Constructores de Obras Públicas.

Los derechos del contratado, iguales a los que genéricamente se le reconocen en los demás contratos administrativos en general, son: 1) derecho a que la administración pública dé cumplimiento a las obligaciones asumidas contractualmente; 2) derecho a

[30] Obras Públicas – Ley N.º 13.064 del 13 de octubre de 1947

[31] Para que el pago se concrete, resulta necesario proceder a medir y certificar el avance de lo que se hubiere realizado, en un todo de acuerdo a lo estipulado en el contrato. Dicho certificado constituye la constancia de que el contratante efectivamente realizó tal o cual parte o porción de la obra, sobre cuya conformación se liquidará la parte del precio que corresponda. El certificado es en principio transferible por el cocontratante a un tercero. Serán parciales, de final de obra o de variación de costos.

[32] Articulo 5.º Ley N.º 13.064

[33] Ibídem Artículo 13.º

https://doi.org/10.55104/FRDC_0758

percibir el precio de la obra en las condiciones pactadas; 3) derecho a suspender la ejecución o prestaciones del contrato cuando existan graves razones fundadas en el incumplimiento de la contratante (*exceptio non adimpleti contractus*); 4) derecho a pedir la rescisión del contrato en los supuestos previstos; 5) derecho a ser resarcido cuando la extinción del contrato obedezca a razones de oportunidad, mérito o conveniencia, o culpa de la Administración; 6) derecho al mantenimiento del equilibrio contractual o a la ecuación económico–financiera del contrato (teoría de la imprevisión, hecho del príncipe, etc.); 7) derecho a que la Administración reciba la obra de acuerdo a lo estipulado contractualmente.

En cuanto a los derechos y prerrogativas de la Administración se pueden mencionar: exigir al contratista el cumplimiento en tiempo y forma de lo convenido; reclamar la continuación de la ejecución del contrato, salvo que el cocontratante tuviere derecho a oponerse; ejercer el derecho de dirección y control sobre la ejecución del contrato; potestad de modificar las condiciones; poder de rescindir el contrato y aplicar sanciones cuando correspondiere, además de otros derechos que se hayan plasmado en el pliegos de bases y condiciones.

La recepción de la obra por parte del órgano administrador puede ser de forma parcial o total y tendrá carácter provisional porque está condicionado al plazo de garantía al que el contratista esta obligado para responder por vicios ocultos. La otra forma que prevé la ley es la recepción definitiva, pasado el plazo de garantía se recibe la obra en forma concluyente, y a partir de ese momento el contratista solo será responsable por ruina de la obra[34]

V. LA LICITACIÓN PÚBLICA DE AYER Y LA LICITACIÓN PÚBLICA HOY EN EL DERECHO ARGENTINO

La puja u oposición competitiva de ofertas, como técnica público-contractual, era usada en la antigua Roma[35].

En las primeras épocas el botín que se obtenía de la guerra era ofrecido públicamente al mejor postor y, en el lugar donde se realizaba dicha venta se plantaba una «asta», bajo la cual se realizaba la operación Sub-Asta o subasta[36]. Más tarde, y plasmado en el Código Justiniano, se popularizo la venta en «asta publica», como procedimiento aplicable a todas las ventas de bienes fiscales y posteriormente a los contratos de obra publica. Modalidad de selección del contratista que alude a la licitación pública y que forja el principio de libre concurrencia que hoy se aplica en las contrataciones estatales.

Una vez detectada la necesidad, para la ejecución de los trabajos se requería de fondos públicos [37]y eran los censores quienes estimaban los costos y solicitaban la asigna-

[34] Ibídem 40.º y 41.º

[35] Ferrer Maestro, J. *Los contratos públicos y el poder privado en la república romana. Pag.15. POTESTAS*. Revista del Grupo Europeo de Investigación Histórica, No 2 2009 ISSN: 1888-9867 – pp. 5-35.

[36] del latín *sub*, bajo y *hasta*, lanza; cuando los soldados terminaban la batalla, clavaban la lanza y debajo bajo ella todo el botín que era vendido al mejor postor.

[37] Los censores efectuaban una previsión de ingresos que provenían de la recaudación de impuestos y tasas.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0758

ción de la suma de dinero al Senado quien tenía la responsabilidad de aprobar el gasto de la obra. En la dominante ley de Obra Pública el articulo 7.º prescribe «no podrá llamarse a licitación ni adjudicarse obra alguna que no tenga crédito legal».

Las condiciones de adjudicación de los diferentes arrendamientos públicos (*locationes*) venían expresadas con gran detalle en las *leges censoriae*. Leyes que se contenían en unos edictos promulgados por los censores, y su articulado legal al caso solía respetarse de un lustro a otro salvo circunstancias excepcionales que justificaran su modificación. Puede relacionarse ese antiguo documento con los Pliegos de Bases y Condiciones Generales que hoy las administraciones modernas redactan para plasmar las clausulas a las que se van a sujetar las partes. Constituye la ley de la licitación o ley del contrato, porque es en él donde se especifican el objeto de la contratación y los derechos y obligaciones del licitante, de los oferentes y del adjudicatario[38]

Los interesados presentaban las ofertas en papiros o pergaminos enrollados y lacrados (en el derecho moderno en sobres cerrados, para respetar los principios de transparencia e igualdad), presentación que sustancia la manifestación de la voluntad contractual. Las propuestas o cotizaciones se presentaban en forma individual y en el caso de las *societates* era el representante legal quien lo hacia (*manceps*), luego de ser estudiadas, los censores adjudicaban el contrato a la propuesta que reuniese la mejor relación calidad-precio.

Los censores presidian estos actos formales auxiliados por un heraldo (*praeco*) y varios amanuenses (*scribae*), que se encargaban respectivamente de anunciar las subastas (la publicidad es la garantía de que todo se hará correctamente– principio-), y de confeccionar un acta con los detalles de cada oferta y su correspondiente adjudicación, o de las características del proceso[39]. Funciones que en el derecho Argentino actual se realizan de forma concatenada, al momento del Acto de Apertura de Ofertas y ante tres miembros de la administración[40] y en la oportunidad donde interviene la Comisión Evaluadora[41] que otorga un orden de merito a cada una de las ofertas y emite su dictamen de evaluación, opinión no vinculante.

Mediante un edicto, (*summovere ab hasta*) los censores estaban facultados para restringir el acceso a las licitaciones de aquellos contratistas que hubiesen reclamado ante el Senado por disconformidad con las condiciones de adjudicación de obras o servicios anteriores o excluir a las personas insolventes (*minus idonae*), tutores, *curatores*, deudores del Estado y menores de veinticinco años. Actividad que hoy cometen modernos organismos estatales a través del Sistema de Información de Proveedores del Estado; el Registro de Constructores del Estado, la Oficina Nacional de Contrataciones, etc.

El Senado era quien tenía las facultades para ratificar cada una de las adjudicaciones y a su vez quien podía desestimar (*inducere locationes)* las ofertas no convenientes[42]. Rol

[38]Comadira, J. *Algunos Aspectos de la Licitación Pública en Contratos Administrativos*. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral. Ediciones RAP, Buenos Aires, 2010. Pág. 384

[39] Ferrer Maestro, J. *Los contratos públicos y el poder privado en la república romana*. Pág.16. POTESTAS. Revista del Grupo Europeo de Investigación Histórica, No 2 2009 ISSN: 1888-9867 – pp. 5-35.

[40] Decreto Nacional N.º 1.030/16 artículo 59.

[41] Ibídem artículo 62 y sgs.

[42] Ferrer Maestro, J. *Los contratos públicos y el poder privado en la república romana.* Pág.17. *POTESTAS*. Revista del Grupo Europeo de Investigación Histórica, No 2 2009 ISSN: 1888-9867 – pp. 5-35.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0758

que hoy realiza la autoridad competente del órgano estatal que convoca la contratación, y que se expide mediante actos administrativos donde declara su voluntad administrativa.

Ejerciendo su imperiun el Senado disponía de la potestad para conceder prorrogas, rescindir contratos o cancelar deudas ante imprevist**os**. Punto que el derecho contractual argentino admite bajo las clausulas exorbitantes, en especifico el *ius variandi* y con el principio de mutabilidad del contrato; siempre que se respeten los limites constitucionales y las normas que reglamentan el Sistema de Contrataciones de la Administración Pública.

Al momento de la adjudicación del contrato se exigía la presentación de alguna garantía personal (*praes*) o real (*obligatio praedorum*), que respondiera por el cumplimiento de los trabajos a realizar. Tecnicismo que fue recepcionado por la legislación Argentina que prevé varias clases de garantías obligatorias, como ser la de «mantenimiento de oferta» que se constituye al momento de presentar la oferta, y que es devuelta al oferente; la de «cumplimiento de contrato» que se integra cuando se perfecciona el contrato; de impugnación al dictamen de evaluación de las ofertas o de impugnación al dictamen de preselección[43].

Los contratistas antes de cobrar el precio concertado debían esperar a que los censores recibieran las obras de plena conformidad (*probare*) y así lo hicieran constar en sus registros (*censoriae tabulae*), y todo ello dentro del plazo de finalización de obra fijado en el contrato. Como ya se ha aludiera, en el derecho nacional remite a la recepción total o parcial y definitiva, previo las certificaciones que acrediten el estado de la obra.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Puede razonarse que la experiencia administrativa de la antigua organización romana en materia de obras públicas, ha forjado los primeros lineamientos procedimentales para la celebración de contratos públicos. Directrices que luego fueron asimiladas por la legislación positiva de diferentes Estados para crear un régimen contractual que permitiera a los entes públicos cumplir con sus fines estatales.

Al Estado de ayer como al de hoy le incumbe velar por el bienestar de sus habitantes es por eso que, investido con las prerrogativas de poder público debe servir al pueblo habilitando mecanismos modernos y superadores para esos fines.

En esta evolución y siguiendo las nuevas tendencias los contratos administrativos en Argentina han tenido que adaptarse a nuevas exigencias, a nuevas modalidades, a nuevos requerimientos y han experimentando mutaciones imprescindibles para regir las relaciones jurídicas entre el Estado y los particulares que colaboran con él, con el fin último de satisfacer las necesidades de todos los miembros de la sociedad a través de un derecho determinado y actualizado.

[43] Decreto Nacional 1.030/2016 artículo 78.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0758

RESUMEN: Los contratos de Obra Pública en este tiempo se han convertido en un Instituto fundamental del Derecho Público. Las características particulares como sus principios rectores, requieren de un buen andamiaje jurídico para que la Administración Pública satisfaga el interés general.

Este trabajo tiene por objeto valorar la incidencia del modelo de la *locatio conductio* en la gestación de la estructura jurídica de los contratos de «Obra Publica» del Derecho Administrativo Argentino.

PALABRAS CLAVES: contrato administrativo, obra pública.

ABSTRACT: The legacy of Rome's Public Works to Argentine Law

Currently Public Works contracts have become into a fundamental Public Law institute. Its main characteristics as well as its guiding principles require a good legal framework in order to Public Administration meets general interest.

This paper aims at appreciating the impact of the locatio conductio model during the setting up of the legal framework for the Public Works contracts in Argentinian administrative law.

KEY WORDS: administrative contract, public works.

BIBLIOGRAFIA

CASSAGNE, J., *Derecho Administrativo,* Buenos Aires, Lexis Nexis, 2003.

DI PIETRO, A., LAPIEZA ELLI, Á., *Manual de Derecho Romano,* Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005 1.º edic.

DROMI, J., *Manual de Derecho Administrativo,* Buenos Aires, Astrea, 1987.

FERNANDEZ de BUJAN, A., *Derecho Publico Romano,* Aranzadi (17.ª edición) en línea. Recuperado enero 2018.

MARIENHOFF, M., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot. 1998, Tomo III-A.

Decreto Delegado N.º 1.023/2001 Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional.

Decreto Nacional N.º 1.030/2016 Reglamentación del Decreto Delegado N.º 1.023/01.

Ley N.º 13.064 de Obras Públicas (1947).

PÁGINAS WEB CONSULTADAS

FERRER, J. En Revista del Grupo Europeo de Investigación Histórica. Los contratos públicos y el poder privado en la republica romana. No 2 2009 ISSN: 1888-9867.

http://historiasdelahistoria.com/2016/06/29/adjudicaciones-obra-publica-la-antigua-roma-la-solucion-los-sobrecostes.

BLANCH NOUGUES, J. *La concesión de obra pública y su financiación en el Derecho Romano*. Pág. 13,RGDR IUSTEL. 2007

https://doi.org/10.55104/FRDC_0758

https://doi.org/10.55104/FRDC_0758