

La contratación pública en el sector ferroviario argentino

Public procurement in the Argentine railway sector

Álvaro Bautista FLORES*

RESUMEN: La creciente intervención del sector público en el ámbito ferroviario argentino se ha dado con la creación de diversas empresas públicas, a través de las cuales, se ejecutan las principales actividades que involucran al sector ferroviario. En este contexto, la eficiencia de la operación de los servicios se encuentra íntimamente relacionada con la forma en la que se estructuran los regímenes contractuales de las empresas públicas ferroviarias, los cuales serán conjugados con los principios de la política ferroviaria y la condición de servicio público que reviste la actividad. Por tales razones, la determinación de los lineamientos y reglas aplicables en materia de contrataciones aparece como uno de los desafíos del sector, puesto a que, su porvenir en gran medida dependerá del dinamismo y flexibilidad que pueda tener, para consolidar el desenvolvimiento del sistema ferroviario argentino.

* Abogado, Procurador y Escribano por la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de La Plata (FCJ-UNLP). Magister en Contrataciones Públicas por Universidad de Castilla-La Mancha (España). Especialista en Derecho Administrativo (FCJ-UNLP). Especialista en Contratos Administrativos por la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación. Docente de grado y posgrado en diversas Casas de Estudio (UNLP, UBA, Austral, Belgrano, ECAE, ONC, entre otras). Director de la Revista de Contrataciones Públicas de la Editorial IJ Editores. Contacto: <alvarobflores@hotmail.com>. Fecha de aprobación: 13/07/2021. Fecha de aprobación: 28/10/2021.

PALABRAS CLAVE: Derecho administrativo; contratación pública; servicios públicos; transporte ferroviario; sector público.

ABSTRACT: The growing intervention of the public sector in the Argentine railway sector has resulted in the creation of various public companies, through which the main activities involving the railway sector are carried out. In this context, the efficiency of the operation of services is closely related to the way in which the contractual regimes of public railway companies are structured, which will be combined with the principles of railway policy and the condition of public service. that covers the activity. For these reasons, the determination of the guidelines and rules applicable in the area of contracting appears as one of the challenges of the sector, since its future will largely depend on the dynamism and flexibility that it may have, to consolidate the development of the railway system Argentinian.

KEYWORDS: Administrative Law; Public Procurement; Public Utilities; Rail Transportation; public sector

I. ASPECTOS PREVIOS

El sistema ferroviario, en cualquier lugar del globo, representa una actividad sumamente compleja, en la cual, el sector público asume un papel protagónico. Las vicisitudes que ha afrontado el ferrocarril desde su irrupción decantaron en la necesidad de una participación activa del Estado para su desenvolvimiento, ya sea en términos regulatorios o en materia de inversiones, principalmente en lo que atañe a la construcción y al mantenimiento de la infraestructura ferroviaria, y asimismo, en la operación de los servicios.

En la República Argentina se verifica con nitidez el contexto sucintamente descrito, atento a que, el Estado Nacional¹ mantiene un rol activo en el sistema ferroviario, desde la denominada “nacionalización” en el año 1948. El fracaso del sistema de concesiones ferroviarias, el cual había sido instado con el paradigma de la reforma del Estado², decantó en una progresiva reasunción de la actividad estatal en el sistema, sobre todo, desde el año 2008. Así las cosas, el reordenamiento del sector ferroviario se manifestó -entre otros aspectos- con la creación de entidades empresariales públicas a las cuales se les encomendaron los cometidos claves,

¹ Cabe tener presente que, al igual que los Estados Unidos Mexicanos, la República Argentina es una Estado Federal (conf. Art. 1° de la Constitución Nacional) integrado por veintitrés (23) estados autónomos (denominados como Provincias) y por una (1) Ciudad autónoma (Ciudad de Buenos Aires).

² A través de la Ley N° 23.696, se decidió iniciar un proceso de privatizaciones en el Sector Público Nacional, el cual llevó -en el caso del sector ferroviario- al inicio del proceso de liquidación de la entidad Ferrocarriles Argentinos, la cual tenía a su cargo la operación integral de los servicios de cargas y pasajeros. Por su parte, el Decreto N° 666/1989 perfiló el esquema concesional por el cual se abrió la posibilidad de que participen en la actividad ferroviaria el sector privado, discriminando -en este caso- los segmentos de cargas y de pasajeros a los efectos de conferir los respectivos títulos habilitantes.

como lo representan la administración de la infraestructura y la operación de los servicios.

Ante esta coyuntura, resurge con mayor ahínco la necesidad lograr un estándar de eficiencia adecuado en los diversos segmentos que conforman la actividad ferroviaria, en aras de garantizar una correcta y segura operación de los servicios a prestar. En este marco es donde se inserta el despliegue de las competencias de las entidades empresarias creadas, lo cual permite a comenzar a explicar la trascendencia que habrán de tener sus regímenes de contrataciones, los cuales permitirán satisfacer las necesidades comprometidas.

Estas breves reflexiones nos introducen en la temática que pretendemos abordar en el presente trabajo, en el cual se buscará poner de manifiesto los aspectos principales de las contrataciones celebradas en el sector ferroviario nacional, con especial referencia a lo que acontece en las empresas públicas del sistema. Como lo hemos sostenido en otro trabajo³, aparece como compleja la misión de esbozar los lineamientos y principios aplicables a las contrataciones que celebran las formas empresariales o societarias que conforman al sector. En este escenario, se intentarán desentrañar las aristas salientes de la contratación en el sector ferroviario, el cual -como se irá examinando- se encuentra sujeto a interesantes particularidades.

II. LA ORGANIZACIÓN DEL SECTOR FERROVIARIO NACIONAL. LAS CARACTERÍSTICAS Y LOS PRINCIPIOS APLICABLES A LA ACTIVIDAD FERROVIARIA

Como se adelantase, a partir del año 2008 es donde se verifica una progresiva intervención del Estado Nacional en el sistema

³ FLORES, Álvaro B., “El régimen de contrataciones en las formas empresariales del Estado”, *Revista de Contrataciones Públicas, IJ Editores*, núm. 1, Julio 2019. IJ-DCCLII-86.

ferroviario. En este sentido, la Ley de reordenamiento ferroviario (ref. Ley N° 26.352) y la Ley de política de reactivación del ferrocarril de pasajeros y de cargas (conf. Ley N° 27.132) -sancionada en el año 2015-, han reconfigurado al sistema en nuestro país, estableciendo las reglas bajo las cuales se desarrolla la actividad ferroviaria.

Si bien la normativa más reciente en la materia (cfr. Ley N° 27.132) hace alusión al término “Sector Ferroviario Nacional” (SFN)⁴, ni ella ni sus reglamentaciones (conf. Decreto N° 1924/2015) ensayan una definición sobre el vocablo. Sin perjuicio de ello, un análisis del marco normativo vigente y del espíritu de las Leyes Nros. 26.352 y 27.132, nos permite colegir que la conformación del Sector Ferroviario Nacional es la siguiente: el Ministerio de Transporte de la Nación; La Comisión Nacional de Regulación de Transporte (CNRT); Ferrocarriles Argentinos Sociedad del Estado (FASE); Administración de Infraestructura Ferroviaria Sociedad del Estado (ADIF SE); Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado (SOF SE); Belgrano Cargas y Logística S.A (BCyL S.A.); Desarrollo de Capital Humano Ferroviario Sociedad Anónima con Participación Estatal Mayoritaria (DECAHF SA-PEM); los Concesionarios de transporte ferroviario de pasajeros; los Concesionarios de transporte ferroviario de cargas; las personas físicas o jurídicas que se inscriban en el Registro de Operadores de Cargas y Pasajeros; los sindicatos; los usuarios.

Por las razones antes explicadas, en esta ocasión, centraremos nuestro interés en el funcionamiento de las empresas públicas del SFN, es decir FASE, ADIF SE, SOFSE, BCyL S.A., y DECAHF SA-PEM. A raíz de ello, es menester precisar brevemente cuáles son sus atribuciones en el ámbito ferroviario.

⁴ Sobre esta cuestión, ampliar en FLORES, Álvaro B., “Lineamientos en torno a las competencias en el sector ferroviario nacional”, *Revista de Derecho Público de Rubinzal Culzoni*, 2020, t. II, pp. 453 y ss. (Cita online: RC D 3318/2020).

La Ley N° 26.352 introdujo, tomando las experiencias registradas en el derecho comparado⁵, el sistema de separación vertical del sector ferroviario⁶, en virtud del cual, quedaban escindidas las dos principales actividades: la infraestructura y la operación de los servicios. La normativa vigente, establece que la separación vertical consiste en “...la separación total entre el administrador de la infraestructura y los operadores de servicios de transporte ferroviario”⁷.

En este escenario, fueron creadas ADIF SE y SOFSE (bajo el régimen de la Ley N° 20.705, por la cual se regulan las Sociedades del Estado). ADIF SE tiene como incumbencia principal la administración de la infraestructura ferroviaria actual, la que se construya en el futuro, su mantenimiento y la gestión de los sistemas

⁵ En los antecedentes parlamentarios, se invoca expresamente a la Ley N° 39/2003 de España, aunque en rigor de verdad, el origen de este modelo puede ubicarse en las regulaciones de Suecia a finales de la década de 1980.

⁶ Sobre esta temática, ver FLORES, Álvaro B., “El modelo de separación vertical en el sistema ferroviario argentino”, *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 133, Editorial Thompson Reuters, pp. 65 y ss.; STORTONI, Gabriela, “La política ferroviaria en el concierto comparado. Apuntes para pensar las políticas públicas”, *Revista Derechos en Acción*, a 5, núm. 14 Verano 2019-2020, 21 diciembre a 20 marzo, pp. 455-479; STORTONI, Gabriela y FERREIRO, Martín, “El régimen jurídico del sistema ferroviario”, en AA.VV. Julio ALAK, Julio, MINICELLI, Alessandra, BIBILONI, Homero, STORTONI, Gabriela, *Nuevo Estado, nuevo derecho: aportes para repensar el derecho público argentino*, pp. 340 y ss.; STORTONI, Gabriela, “Los sistemas de gestión de los ferrocarriles en Argentina y el sistema comparado: consideraciones para la construcción de un sistema eficiente a largo plazo”, *Revista de Derecho Administrativo*, 2006, núm. 57, p. 691 y ss.; OLMOS, José María, *Los Ferrocarriles Metropolitanos: intervención estatal en el servicio público ferroviario del Área Metropolitana de Buenos Aires*, Ediciones RAP, 2016; BARBOSA MOREIRA, Marcio, “La nueva configuración: El modelo organizacional de la Ley de Reordenamiento Ferroviario”, en *Ferrocarriles Argentinos: casi dos siglos de historia*, 2014, pp. 44 y ss.

⁷ Art. 1 “in fine” del Anexo del Decreto N° 1027/2018.

de control de circulación de trenes. Desde luego, estas atribuciones implican una celebración y ejecución constantes de diversos contratos de infraestructura. Por su parte, SOFSE tiene como objeto principal la prestación de servicios de transporte ferroviario de pasajeros, que en todas sus formas, que le sean asignados por el Ministerio de Transporte de la Nación, el cuál -como se verá-detenta dicha atribución. Asimismo, SOFSE tendrá a su cargo el mantenimiento del material rodante, el mantenimiento de la infraestructura ferroviaria que utilice para la operación del servicio ferroviario a su cargo y la gestión de los sistemas de control de circulación de trenes, estas dos últimas funciones en caso de que les sean asignadas por ADIF SE.

BCyL S.A. fue creada en virtud del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 566/2013 bajo el régimen de la ley 19.550 de Sociedades Comerciales, y sus modificatorias, tiene por objeto la prestación y explotación comercial del servicio, la operación y logística de trenes, por sí, por intermedio de terceros o asociada a terceros, la atención de estaciones, el mantenimiento del material rodante, equipos, terminales de carga, servicios de telecomunicaciones, el mantenimiento de la infraestructura ferroviaria y la gestión de los sistemas de control de circulación de trenes, estas dos últimas funciones en caso de que les sean asignadas por ADIF SE.

FASE, creada por la Ley N° 27.132, se erige como la sociedad controlante de las empresas anteriormente mencionadas, teniendo como principal cometido articular y coordinar el funcionamiento de aquellas. La empresa DECAHF SAPEM⁸ fue oportunamente creada con la realización de la Asamblea General Ordinaria y Extraordinaria -ordenada por el Art. 2 del Decreto N° 28/2018⁹- en fecha 27 de febrero de 2018, la cual tiene como principal misión la capacitación para el personal ferroviario.

⁸ La conformación del paquete accionario quedó distribuida de la siguiente manera: 99 % para el Ministerio de Transporte y 1 % para la ADIF SE.

⁹ B.O. 11/1/2018.

La comprensión del régimen contractual de las empresas públicas ferroviarias no puede soslayar dos tópicos de suma relevancia. El primero de ellos es el carácter de servicio público que consagra la normativa vigente (ref. Ley General de Ferrocarriles N° 2873 y su normativa complementaria¹⁰) a la actividad ferroviaria¹¹.

El otro aspecto por considerar, son los principios rectores de la política ferroviaria nacional, consagrados en la Ley N° 27.132 (conf. Art. 2°). Estas directrices son las siguientes: a) La administración de la infraestructura ferroviaria por parte del Estado nacional; b) La participación pública y privada en la prestación y operación de los servicios de transporte público ferroviario; c) La interconexión de los sistemas ferroviarios y la intermodalidad de los servicios de transporte; d) La maximización de las inversiones y de los recursos empleados para la prestación de un servicio ferroviario en condiciones de eficiencia y seguridad; e) La incorporación de nuevas tecnologías y modalidades de gestión que contribuyan al mejoramiento de la prestación del servicio ferroviario; f) La protección de los derechos de los usuarios, con atención especial a las personas con discapacidad o con movilidad reducida, garantizando sus derechos al acceso a los servicios de transporte ferroviario en adecuadas condiciones de calidad; g) La promoción de condiciones de libre accesibilidad a la red nacional ferroviaria de cargas y de pasajeros, basada en los principios de objetividad, transparencia y no discriminación.

¹⁰ Entre ellas podemos citar al Decreto N° 90.325/1936 (Reglamento General de Ferrocarriles Nacionales), al Decreto-Ley N° 8032/1957, al Decreto N° 10.300/1965, al Decreto N° 1141/1991, entre muchas otras.

¹¹ Ver FLORES, Álvaro B., “Servicio público y sector ferroviario”, *Suplemento de Derecho Administrativo “El Derecho”*, Febrero 2021 (Cita Digital: ED-MXIV-85).

III. APUNTES ACERCA DEL FUNCIONAMIENTO DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS EN ARGENTINA

Un somero repaso de las entidades empresariales públicas que componen al sistema ferroviario permite corroborar la disparidad de figuras utilizadas, ya sea por el Congreso o por el Poder Ejecutivo, para regular a las empresas ferroviarias estatales. Así las cosas, adelantando algunas de las apreciaciones que seguidamente se desarrollarán, es posible advertir que en el SFN coexisten Sociedades del Estado (FASE, ADIF SE, y SOFSE), “Sociedades Anónimas Estatales” (BCyL S.A.), y Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria (DECAHF SAPEM). Es por ello que, un correcto encuadre del tema nos obliga a efectuar un sintético repaso de las diversas manifestaciones del denominado “Estado Empresario” en nuestro país, el cual no tiene un tratamiento uniforme¹².

De acuerdo con ello, el ordenamiento jurídico argentino contempla a las Sociedades de Economía Mixta (Decreto-Ley N° 15.349/46), las Empresas del Estado (Ley N° 13.653), las Sociedades Anónimas con participación estatal mayoritaria (SAPEM, arts. 308 a 314 del Decreto-ley N° 19.550/72), las Sociedades del Estado (Ley N° 20.705), y las Sociedades Anónimas del Estado¹³.

Sin perjuicio de la disparidad normativa, en esencia, las entidades empresariales públicas -desde la óptica de la organización administrativa- se hallan integradas en el Sector Público Nacional (conf. Art. 8 inc. b de la Ley N° 24.156 de Administración

¹² Este temperamento no ocurre en otros países de Latinoamérica, como por ejemplo, Brasil (conf. Art. 173 de la Constitución de Brasil).

¹³ Este tipo de entidades han sido denominadas como “Sociedades Anónimas bajo injerencia estatal” (SABIE). Al respecto, ampliar en CARBAJALLES, Juan José *Sociedades anónimas bajo injerencia estatal (SABIE)*. Ediciones RAP ASTREA. Año 2014

Financiera)¹⁴. Por tales razones, amén de las dificultades que se presentan en su funcionamiento, la incidencia de las buenas prácticas a nivel internacional respecto de la organización de las empresas públicas¹⁵, decantó en la aparición de la Decisión Administrativa N° 85/2018¹⁶ por la cual se aprobaron los “Lineamientos de Buen Gobierno para Empresas de Participación Estatal Mayoritaria de Argentina”, cuyo ámbito de aplicación se extiende a las empresas y sociedades consignadas en el artículo 8°, inciso b) de la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional N° 24.156 y para todos aquellos Organismos Descentralizados cuyo objetivo esencial sea la producción de bienes o servicios.

Los lineamientos representan un conjunto de buenas prácticas de gobernanza y gestión de empresas en donde el Estado tiene participación, siendo su principal objetivo comunicar a las empresas las expectativas que el Estado tiene con relación a cómo las mismas deben organizarse y funcionar accionista¹⁷, sin reemplazar las competencias legales establecidos en los instrumentos normativos aplicables a las empresas de propiedad mayoritaria estatal. Entre sus principales preocupaciones se encuentran las “Políticas de Compras y Abastecimientos” (Lineamiento 6), en donde se perfilan las políticas y procesos de abastecimiento orientados a la generación de ahorros y a la adquisición de bienes y servicios de

¹⁴ Esta cláusula establece que el Sector Público Nacional está integrado por “(...) Empresas y Sociedades del Estado que abarca a las Empresas del Estado, las Sociedades del Estado, las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria, las Sociedades de Economía Mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias”.

¹⁵ Aquí podemos mencionar a las “Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas”.

¹⁶ B.O. 14/2/2018.

¹⁷ DATES, Luis E, “Lineamientos de buen gobierno para Empresas con Participación Estatal Mayoritaria”, *LA LEY 2018-A, 1166*

calidad, lo cual constituye un pilar crítico para el buen gobierno de empresas en donde el estado es accionista mayoritario¹⁸.

IV. LOS “ACTOS” DE LAS ENTIDADES EMPRESARIALES DEL ESTADO¹⁹

¹⁸ Las recomendaciones que se vierten sobre esta temática apuntan a la planificación de las contrataciones; la adopción de medidas para evitar estrategias de cartelización por parte de proveedores; la promoción de la competencia libre y justa, en aras de reducir costos y aumentar la calidad; la elaboración de la metodología de evaluación de ofertas en forma previa al pliego o documento de la contratación; la digitalización de los procesos de compras; la integridad de los procesos y del comportamiento de los integrantes de las empresas involucrados en la adquisición de bienes y servicios; las evaluaciones de desempeño interno; el monitoreo permanente de la conducta y labor de los proveedores, lo cual implica evalúe regularmente su desempeño según criterios e indicadores preestablecidos

¹⁹ Sobre este tema, ampliar en en ZAYAT, Valeria, “Los actos emanados de empresas y sociedades del Estado”, en TAWIL, Guido Santiago *Acto administrativo*, Abeledo Perrot, 2014, pp. 987 y ss.; MATA, Ismael, “Los actos de empresas y sociedades del Estado”, en AA.VV “*Cuestiones de acto administrativo, reglamento y otras fuentes del Derecho administrativo*”, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Rap, Buenos Aires, 2009, p. 25; MATA, Ismael, “Empresas y sociedades estatales: pautas de organización y responsabilidad”, en *Ensayos de derecho administrativo*, Ediciones RAP, 2009, p. 590; HALPERIN, David, “El procedimiento administrativo y las empresas públicas” en POZO GOWLAND, Héctor y HALPERIN, David, AGUILAR VALDEZ, Oscar, CANOSA, Armando, LIMA, Juan (dirs.), *Procedimiento Administrativo*, La Ley, Año 2013. Tomo II. Pág. 349; MAIRAL, Héctor A., “Las sociedades del Estado o los límites del derecho administrativo”, en La Ley 1981-A-790; BARRA, Rodolfo, “Acerca de la naturaleza jurídica de las sociedades del Estado”, “El Derecho”, Tº 67, p. 601; CASSAGNE, Juan Carlos, “La actuación estatal bajo la forma mercantil”, “El Derecho” Tº 69, p. 83; LINARES, Juan F., “Las sociedades del Estado unipersonales”, LA LEY 1981-D-1146; FANELLI EVANS, Guillermo, “Las Sociedades

Ante la inexistencia de un encuadre común de las entidades empresariales del Estado, se ha generado una marcada incertidumbre respecto a la naturaleza y régimen de sus actos. Generalmente, se ha sostenido a nivel doctrinario que las actuaciones inherentes a su giro comercial o de industria estarán regidas por normas y principios del derecho privado. Sin embargo, la jurisprudencia administrativa y judicial viene consolidando una solución opuesta, en la cual los principios del derecho público no pueden soslayarse al momento de examinar el funcionamiento -y los actos- de las entidades empresariales estatales

Siguiendo estos lineamientos, si uno repara en las normas de creación de las empresas públicas ferroviarias, puede advertirse un denominador común. En efecto, se estipula que la actuación de este tipo de organizaciones no se encuentra alcanzada por las previsiones de LNPA, el régimen de contrataciones de la Administración, la Ley de Obra Pública N° 13.064, y en general, de las normas o principios de derecho administrativo (conf. Art. 10 del DNU N° 566/2013; Art. 6 de la Ley N° 20.705). Sin embargo, esta aparente regla, luce mitigada por las mismas normas de creación y por la naturaleza del sistema ferroviario. En esta inteligencia, tanto en la Ley N° 26.352 (Art. 13) como la Ley N° 27.132 (Art. 12), prevén que la gestión de los asuntos de ADIF SE, SOFSE y FASE, respectivamente, deberán garantizar la transparencia en la toma de decisiones, la efectividad de los controles y promover mecanismos de participación de los diversos sectores de la actividad y de la sociedad. Al mismo tiempo, las normas constitutivas de cada

del Estado”, *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 19, p. 47; DROMI, José R., *Derecho Administrativo Económico*, Astrea, 1977; BALBÍN, Carlos F., “Régimen jurídico de las actividades empresariales del Estado. Las sociedades absorbidas por el Estado”, en AA.VV., *Organización administrativa, función pública y dominio público, Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2005, pp. 626 y ss.; GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, t. 11, “Marchas y contramarchas en economía y derecho administrativo”, Fundación de Derecho Administrativo, 2015.

una de las empresas, sin perjuicio de ser una cuestión redundante, destacan que se encontrarán estarán sometidas a los controles interno y externo del sector público nacional en los términos de la Ley N° 24.156²⁰.

En este escenario es donde se desarrolla la labor diaria de las empresas públicas ferroviarias, en el cual aparece -en forma recurrente- el dilema respecto de si su funcionamiento u organización, responde a principios de derecho privado o público. A raíz de ello, es menester hallar una solución que permita conjugar el principio de eficiencia en la gestión, la prestación de los servicios involucrados (cuya naturaleza se compadece con las exigencias de servicio público), y el cumplimiento de las normas de derecho público que son transversales a cualquier forma o manifestación de organización administrativa.

En lo que a este trabajo interesa²¹, en virtud de los tipos empresariales de las que hemos llamado “empresas públicas ferroviarias”, se ha entendido que las SAPEM –siempre y cuando no tengan prerrogativas de carácter público- dictarán y celebrarán –respectivamente– actos y contratos “privados”. En la inteligencia descripta, las Sociedades del Estado –por imperio del Art. 6 de la Ley N° 20.705– no emitirían actos administrativos (y por añadidura contratos de la misma índole), salvo cuando tengan expresas prerrogativas de interés público o se erijan como prestatarios de servicios públicos²². La regla descripta anteriormente resultaría de aplicación a las Sociedades Anónimas del Estado o bajo injerencia estatal.

Más allá de estas apreciaciones, la complejidad se presenta al momento de discriminar cuáles son aquellos actos que podrían

²⁰ Conf. Art. 13 de la Ley N° 26.352, Art. 12 de la Ley N° 27.132, y Art. 10 del DNU N° 566/2013.

²¹ Seguimos en este paraje a las ideas anteriormente vertidas en nuestro trabajo FLORES, Álvaro B., *op. cit.*

²² MAIRAL, Héctor A. “Las sociedades del Estado o los límites del derecho administrativo”, *LA LEY 1981-A-790*.

erigirse como “privados”, máxime cuando las empresas públicas ferroviarias tienen un cometido preponderantemente público, fundamentalmente, por el hecho de prestar un servicio público. Sin embargo, esta borrosa distinción no es meramente académica o teórica, atento a que, es el propio ordenamiento jurídico el que la termina imponiendo.

Así las cosas, acentuando la relativización del aspecto preponderantemente privado de las organizaciones empresariales, la aparición del texto ordenado del Reglamento de Procedimientos Administrativos (Conf. Decreto N° 1883/1991) estableció que “... *los actos administrativos definitivos o asimilables que emanaren del órgano superior de empresas o sociedades de propiedad total o mayoritaria del Estado nacional serán recurribles mediante recurso de alzada previsto en el arto 94 del régimen aprobado por decreto 1759 de fecha 3 de abril de 1972. Este recurso no procederá contra los actos inherentes a la actividad privada de la empresa o sociedad en cuestión*” (Conf. Art. 4°)²³.

Huelga decirlo, la cuestión estará dada -en la práctica- por deslindar (de manera razonable) los actos que se considerarán como “privados”, teniendo en consideración -al como se irá viendo- que en gran parte de la actividad puede encontrarse comprometido el erario público. Por ello, comenzaron a plantearse inquietudes o interrogantes respecto de la inaplicabilidad irrestricta de normas o principios del derecho público. Así las cosas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) comenzó a resaltar la aplicación de los principios de derecho público a las entidades empresariales públicas, por ejemplo, a la hora de sustentar la solicitud de vista

²³ Sobre la posibilidad de incoar recursos administrativos ante actos de entidades empresariales o societarias estatales, ver LINARES, Juan F. “El recurso de alzada contra actos de sociedades del Estado y otras”, *LA LEY 1980-A*, 721; POLEMANN, Eduardo M., “El ámbito del recurso de alzada de acuerdo al régimen del artículo 98 bis del decreto 1759/72 incorporado por el decreto 3700/77”, *LA LEY 1979-B-959*.

en expedientes donde tramitaban contrataciones²⁴, o al momento de justificar el acceso a la información pública²⁵.

La Procuración del Tesoro de la Nación (PTN) también comenzó a ensayar tesituras de similar tenor²⁶, al señalar que el funcionamiento de este tipo de estructuras no puede prescindir completamente de los principios del derecho constitucional²⁷, lo cual impide asimilarlas completamente como personas privadas, máxime cuando existe una asignación periódica de fondos públicos para su funcionamiento. Por tales razones, la Procuración postuló -cuanto menos- la aplicación analógica²⁸ de las máximas del derecho público a las entidades empresariales del estado.

Las consideraciones expuestas permiten colegir que, por tratarse de sociedades de propiedad estatal, tal condición impide abstraerlas por completo del derecho público, cuestión que se acrecienta aún más cuando aquellas entidades persiguen intereses generales (Ej.: explotación de servicios públicos), como ocurre en las empresas que integran el SFN.

La cuestión asume ribetes aún más complejos -como veremos seguidamente- a partir de la modificación que introduce el Decreto Delegado N° 1023/2001 en el Régimen de Procedimientos Administrativos (Decreto-Ley N° 19.549/72), en la cual se establece que *“Los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en el Sector Público Nacional se regirán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación directa de las normas del presente título, en cuanto fuere pertinente”*. Amén de reconocer la autonomía de las entidades para dictar sus propias reglamentaciones, da lugar a la aplicación a un régimen típico de derecho público, consolidando de este modo una penetración de las reglas del acto administrativo y del procedimiento administra-

²⁴ Fallos 311:750 (1988).

²⁵ Fallos 338:1258 (2015).

²⁶ Dictámenes 301:049 (2017).

²⁷ Ej.: Arts. 1 y 36 de la C.N.

²⁸ Dictámenes 301:049 (2017).

tivo en las contrataciones que celebran las entidades empresariales públicas.

V. LA NOCIÓN DE “CONTRATO PÚBLICO”²⁹ Y SU IMPACTO EN LAS FORMAS EMPRESARIALES DEL ESTADO

Las consideraciones vertidas nos empujan a retratar el aspecto que hace al meollo de este trabajo, el cual consiste en dirimir la influencia que habrá de tener la construcción realizada en torno a la figura del contrato público en las formas empresariales públicas, con especial relevancia de las que integran el sector ferroviario en Argentina. Como se sostuvo en otro trabajo³⁰, esta coyuntura permite formular algunos interrogantes: ¿Puede hablarse de una regulación estrictamente privada de los Contratos que celebran las entidades empresariales? ¿El régimen contractual de éstas organizaciones se asimila, en cualquier supuesto, al que le resulta aplicable a los “Contratos Administrativos”? ¿Podrían extenderse principios básicos comunes de aplicación a los diversos formatos o ropajes jurídicos de las entidades empresariales del Estado?³¹.

²⁹ Seguimos en este concepto a las consideraciones realizadas por el Dr. Coviello (vid., COVIELLO, Pedro J. J. “¿Contratos administrativos o contratos públicos? La actualidad jurídica de los contratos estatales”, en *Derecho Administrativo Iberoamericano*, IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo, 2010, Mendoza, Argentina, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2011, pp. 49-70).

³⁰ Cfr. FLORES, Álvaro B., *op. cit.*

³¹ Cabe mencionar que Stortoni al referirse a los Contratos que celebran las Sociedades del Estado, se plantea las siguientes preguntas, las cuales, pueden ser extendidas a la situación de las restantes entidades contractuales: ¿Siempre y en todos los casos los actos y contratos de las empresas y sociedades del Estado son contratos públicos? ¿Se refiere a un género de contratos suscriptos por una persona jurídica estatal, sin que defina el régimen jurídico? ¿Hablamos de contratos públicos en sociedades del Estado cuando se trata de la aplicación de reglas de derecho público? (STORTONI, Gabriela, “¿Contratos Públicos de

Más allá de que el contrato representa un instituto clásico de la ciencia jurídica, con prescindencia de la rama en la cual se lo trate, lo cierto es que, cuando participa el Estado (en cualquiera de sus manifestaciones) adquiere modulaciones particulares³². En el campo del Derecho Administrativo, participamos del criterio postulado por Coviello, quien bajo el término “Contratos Públicos” incluye a toda la gama de contratos celebrados por el Estado (incluyendo aquí a las entidades empresariales del Estado).

A su vez, esta categoría puede subdividirse³³ en “Contratos Administrativos” y “Contratos Privados de la Administración o parcialmente regidos por el derecho privado”³⁴. Los contratos administrativos son aquellos acuerdos que se caracterizan por la

las sociedades del Estado?, en AA.VV *Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos Jornadas organizadas por la Universidad Austral*. Ediciones RAP, 2013, p. 240).

³² La CSJN se sirvió de indicar que existen diferencias de fondo que determinan que tengan un régimen especial y sus efectos no sean los mismos que los de los contratos civiles (Fallos 315:158).

³³ Dicha división no es unánimemente aceptada por la doctrina nacional. Entre sus detractores se encuentran, por ejemplo, el Dr. Rodolfo Barra (BARRA, Rodolfo *Principios de Derecho Administrativo*, Ábaco, Buenos Aires, 1980, p. 131; “La sustantividad del Contrato Administrativo”, *El Derecho* t. 182, p. 1029).

³⁴ Para un análisis del tema, ver COVIELLO, Pedro J.J., “Los contratos de derecho privado de la Administración”, en AAVV: *Cuestiones de Contratos Administrativos*, (En homenaje a Julio R. Comadira), Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Buenos Aires, RAP, 2007, pp. 225-240; GALLEGOS FEDRIANI, Pablo O., “Los contratos privados de la Administración”, en *Régimen de contrataciones y compre nacional*, Buenos Aires, RAP, 28:29, 2002; GALLI BASUALDO, Martín, “El contrato de derecho privado de la administración”, en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Tratado de los Contratos Públicos*, t. I, La Ley, 2013, p. 363.

presencia de los siguientes rasgos³⁵: a) la presencia de una persona pública estatal; b) un objeto o cometido público; c) una finalidad pública; d) la existencia de un régimen exorbitante. En otro orden de ideas, los “Contratos Privados de la Administración o regidos parcialmente por el Derecho Privado” -amén de las críticas que puedan corresponder- son aquellos que, en una suerte de exclusión, no detentan las características inherentes a los Contratos Administrativos, especialmente, la referida a la finalidad y al objeto propio de la función administrativa, la inexistencia de cláusulas exorbitantes, y la distinción acerca del régimen jurídico aplicable, el cual sería preponderantemente de derecho privado³⁶.

Ahora bien, en sintonía con lo explicado en los acápites anteriores, la CSJN ha reconocido -en líneas generales- la aplicación de regímenes de derecho público para las contrataciones celebradas por las entidades empresariales públicas, y más precisamente, cuando se involucraban estructuras organizativas del sector ferroviario. Así las cosas, en el precedente “Livio Dante Porta”³⁷, el Máximo Tribunal le atribuyó naturaleza “administrativa” al contrato de diseño, provisión y remodelación de locomotoras existentes (a la cual se le atribuyó la categoría de “locación de obra”) a los efectos de justificar una rescisión unilateral por parte de Ferrocarriles Argentinos. Del mismo modo, también sostuvo en otro caso que correspondía aplicar reglas del derecho público al examinar contingencias en torno a concesiones de uso de bienes de dominio público, propiciadas por Ferrocarriles Argentinos³⁸.

También se siguió el mismo temperamento para resolver cuestiones de competencias, señalando que, si en los regímenes

³⁵ De acuerdo a la doctrina sentada en *Fallos* 313: 376; 315:158; 316:212; 329:809; 330:2268.

³⁶ Fallos 341:289. Ampliar en CASSAGNE, Juan Carlos y LAPLACETTE, Carlos J., “La Corte Suprema y el derecho aplicable a las donaciones de inmuebles al Estado”, *LA LEY 2018-E*, 185.

³⁷ Fallos 286:333

³⁸ Fallos 295:1005; 312:696.

contractuales aparece un régimen exorbitante, será la justicia contencioso administrativa la que habrá de entender en tales supuestos.³⁹

Tal como se abordará *infra*, un repaso somero por los regímenes contractuales de las entidades empresariales públicas permite observar la inclusión de potestades exorbitantes (dirección y control de la contratación, *ius variandi*, potestad de revocar los contratos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia entre otras). Asimismo, en muchos casos, se propende la satisfacción de necesidades públicas y no estrictamente comerciales o industriales. Estas particularidades son las que se presentan en el seno de las empresas públicas ferroviarias, en las cuales –además de hallarse involucradas en la operación de servicios públicos– sus marcos contractuales estipulan de manera expresa las cláusulas exorbitantes a las que se han hecho alusión.

Esta posición parecería tener en la actualidad sustento normativo⁴⁰, con la inclusión que ha realizado el Decreto Delegado N° 1023/2001 a la Legislación de Procedimientos Administrativos, conforme se señalara anteriormente. Por tales razones, sin entrar a discutir en esta ocasión acerca de la naturaleza de sus actos, los regímenes contractuales de las entidades empresariales

En consecuencia, los regímenes de compras y contrataciones de las organizaciones empresariales y societarias del Estado, sin detenernos en la naturaleza de los actos que deberán cumplir con los requisitos esenciales de cualquier acto administrativo (com-

³⁹ Fallos 305:1011; 306:328; 306:333 y 313:971.

⁴⁰ Al respecto, Barra ha sostenido que las convenciones celebradas por las entidades empresariales se hallen sustancialmente regidas por el derecho administrativo (cfr. BARRA, Rodolfo, “La sustantividad del Contrato Administrativo”, *op. cit.*, p. 1031; “La reforma de la ley de procedimientos administrativos y la sustantividad del contrato administrativo”, publicado en POZO GOWLAND, Héctor, HALPERIN, David, AGUILAR VALDEZ, Oscar, CANOSA, Armando y LIMA, Juan (dirs.), *Procedimiento Administrativo*, t. I, Buenos Aires, La Ley, 2013, p. 369.

petencia, forma, objeto, causa, motivación, debido procedimiento adjetivo) a la hora llevar adelante sus procesos⁴¹. Sin embargo, y es aquí donde reside el gran desafío, al mismo tiempo, estas entidades deberán combinar la operatividad y dinámica empresarial, con la transparencia de los procesos, sobre todo, en los casos en los cuales se gestionan recursos públicos⁴². Probablemente sea este tópico el que acreciente la necesidad de asegurar la competencia, la publicidad y la transparencia de los procedimientos.

Por estas razones, devienen aplicables los preceptos referidos a la “zona común de la contratación administrativa”⁴³. Debido a ello, como se sostuvo en otra oportunidad⁴⁴, los contratos celebrados por las entidades empresariales, en forma preponderante, adquieren la calidad de “públicos”, por la presencia de reglas y principios del derecho administrativo o público en sus regímenes contractuales, y fundamentalmente, por la incidencia que detentan la normativa nacional (de carácter público) en su desarrollo.

⁴¹ Con referencia a esta cuestión en las contrataciones de empresas públicas, ver CASSAGNE, Juan Carlos, “La categoría de contratos de objeto privado de las empresas del Estado”, *El Derecho*, 102-33.

⁴² Vale traer a colación la causa “Cippec” (Fallos 337:256) en la cual se sustentó un pedido de acceso a la información pública por hallarse comprometida la distribución de fondos públicos. A nivel doctrinario, Mairal ha sostenido que “*Si el Estado utiliza la estructura del derecho privado como lo es la sociedad anónima, será lógico concluir que la validez de los actos de ésta se rige por ese derecho. Pero también siempre se podrá argumentar que, tratándose en definitiva de recursos estatales, son ineludibles las salvaguardias con las que el derecho público rodea a la gestión estatal en defensa del interés general. Cuando ambos razonamientos son igualmente defendibles, el derecho calla y permite que la elección entre ellos se defina por cuestiones extrajurídicos*” (MAIRAL, Héctor A., “El Estado como empresario”, en PIAGGI, Ana (dir.), *Tratado de la empresa*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2010, p. 595).

⁴³ CASSAGNE, Juan Carlos, “El Contrato Administrativo”, 3ª ed., Abeledo Perrot, 2008, pp. 25 y ss.

⁴⁴ FLORES, Álvaro B., *op. cit.*

Esto es así, a raíz de que, se aplican en todos los casos aspectos inherentes a la competencia del órgano, y a su vez, presuponen la existencia de un procedimiento de selección (Licitación, Concurso o contrataciones directas).

Desde otro punto de vista, no puede perderse de vista que, las empresas públicas deben ser competitivas, principalmente, para no quedar rezagadas en el mercado en el cual se hallaren insertas y para evitar la dependencia del giro de fondos presupuestario para su sostenimiento. Por tales razones, teniendo en consideración la actividad que realicen cada una de las entidades empresariales comprometidas, sus contrataciones habrán de adquirir un matiz eminentemente privado. Para explicar este fenómeno, adquiere relevancia examinar a los contratos que aquellas celebran desde la óptica de la contabilidad pública. Recordando las enseñanzas de Atchabahian⁴⁵, los contratos que celebra el Estado de acuerdo a su repercusión financiera pueden clasificarse del siguiente modo: a) Contratos de los cuales se derivan gastos financieros (Ej.: contratos de obras, consultorías, adquisición de bienes, etc.); b) Contratos de los cuales derivan entradas de dinero, creando fuentes de dinero en sentido financiero (Ej.: concesiones de uso, venta o locación de bienes); c) Contratos mixtos, que generan entradas y salidas de dinero (Ej.: empréstitos); d) Contratos en los cuales no interviene el dinero (Ej.: Permutas)

Siguiendo tal razonamiento, los contratos que originan entradas o recursos (los descritos en el apartado b) quedarían englobados en las operaciones que representan el giro comercial o habitual de las organizaciones empresarias y societarias del Estado. En estos casos, quedarían desplazadas las reglas del derecho público -no sin desaparecer por completo-, adquiriendo relevancias las regulaciones propias del derecho privado. Estos lineamientos son vitales para comprender la naturaleza de los contratos que celebra SOFSE para la prestación del servicio de pasajeros, los cuales

⁴⁵ ATCHABAHIAN, Adolfo, *Régimen de la Gestión y del Control en la Hacienda Pública*, 2ª ed., La Ley, 2013, pp. 584 y ss.

ingresan en la órbita de la normativa de derecho del consumidor, y BCyL con operadores externos, los cuales se regularán por las previsiones del Código Civil y Comercial⁴⁶.

Resultaría ilógico someter dichas operaciones a un régimen que persiga la misma lógica que una contratación pública tradicional, debido a que, irían en detrimento de las posibilidades de competencia (e incluso de subsistencia) de las empresas públicas⁴⁷. Sin perjuicio de ello, subsistirá la obligación de rendir cuentas, y tampoco estarán relevados de la intervención de los órganos de control y de fiscalización, e inclusive, ante el órgano al que se vinculen por las relaciones de tutela.

VI. EL AVANCE DEL DERECHO PÚBLICO EN LAS CONTRATACIONES DE LAS ENTIDADES EMPRESARIALES DEL ESTADO

La extensión de los principios iuspublicistas a las contrataciones celebradas por las empresas públicas es un fenómeno que se viene advirtiendo en la gran mayoría de los sistemas de contrataciones a nivel mundial. A modo de ejemplo, países como España⁴⁸, Pa-

⁴⁶ Arts. 1296 a 1318.

⁴⁷ Cfr. FLORES, Álvaro B., *op. cit.*

⁴⁸ Sobre la temática en el Reino de España, ver CHINCHILLA MARÍN, Carmen “Las sociedades mercantiles públicas. Su naturaleza jurídica *privada* y su personalidad jurídica *diferenciada*: ¿Realidad o ficción?”. *Revista de Administración Pública*, núm. 203, mayo-agosto, España, 2017, pp. 17-56, en especial p. 27 y ss.; GARCÍA MOLINERO, Álvaro, “Aplicación de la LCSP a las entidades de su libro tercero. Régimen jurídico. Necesarias interpretaciones de su regulación legal”, en *Un año de compra pública con la LCSP 2017*, “Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha”, núm. Extraordinario, vol. I, Marzo 2019, p. 119; Díez Sastre, Silvia, “La contratación de los entes del sector público que no son Administración Pública”, *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2017*, pp.

namá⁴⁹, México⁵⁰, Paraguay⁵¹, Perú⁵², entre otros, incorporan en el ámbito de aplicación de sus regímenes de contrataciones a las empresas de participación estatal mayoritaria⁵³, quedando de tal modo regidas por principios de derecho público. Recientemente la nueva normativa de contratos de obra pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ha adoptado un temperamento similar⁵⁴.

Sin perjuicio de la complejidad que reviste la temática para los operadores, principalmente para aquellos que no son profesionales de la ciencia jurídica, la irrestricta vigencia del principio de juridicidad o legalidad nos empujan a mencionar algunas de las normas de derecho público que impactan en la tramitación

305-347; BLASQUEZ LIDOY, Alejandro, “*Los poderes adjudicadores no Administración Pública ante la Ley de Contratos del Sector Público*, 2018 (Ley 9/2017).

⁴⁹ Ley N° 22/2006, Art. 1.

⁵⁰ Ley de adquisiciones, arrendamientos y servicios del Sector Público, Art. 1.V.

⁵¹ Ley N° 2051, Art. 1 inc. b.

⁵² Ley N° 30.225, Art. 3.1.g.

⁵³ En el régimen mexicano, las adquisiciones, arrendamientos y servicios que contraten las empresas productivas del Estado y sus empresas productivas subsidiarias quedan excluidos de la aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público. Vale mencionar que en la categoría citada, se encuentran las dos empresas más grandes de México: Petróleos Mexicanos (Pemex) y la Comisión Federal de Electricidad (CFE). Ampliar en PÉREZ RAMÍREZ, José Luis, AUMADA, Karla, y RAMÍREZ, Paola, “Las empresas productivas del Estado”, publicado en *Revista de Derecho de la Empresa*, núm. 16, México, otoño 2018.

⁵⁴ Conf. Ley N° 6246. En el Art. 2° se indica que “...*Las contrataciones de obra pública encomendadas por el Poder Ejecutivo a las empresas y sociedades del estado, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedades de economía mixta, y todas aquellas organizaciones empresariales donde el Estado de la Ciudad tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias deberán regirse por la presente ley en la medida en que sean financiadas con partidas presupuestarias asignadas al Poder Ejecutivo en la Ley de Presupuesto General de la Ciudad de Buenos Aires*”.

de los contratos celebrados por las entidades empresariales. Así las cosas, como se adelantara anteriormente, éstas deberán encuadrar sus contrataciones mediante procedimientos de selección -en principio- competitivos, garantizando su publicidad y difusión⁵⁵. Al respecto, vale mencionar que Las empresas públicas también se encuentran alcanzadas (en su gran mayoría) por el Sistema de Gestión Electrónica (Conf. Decreto N° 561/2016 y sus normas complementarias y modificatorias)⁵⁶.

La normativa que centra su preocupación en la transparencia de las contrataciones se extiende a los procesos impulsados por las empresas públicas. En efecto, resultarán de aplicación los Decretos Nros. 201/2017 y Decreto N° 202/2017 (los cuales apuntan a evitar la configuración de conflictos de intereses en los procedimientos de selección), y la 27.401, por la cual se exige -en ciertos supuestos- la presentación de Programas de Integridad.

La gestión de los bienes inmuebles (y por añadidura los contratos que los involucren) ingresan en la esfera de aplicación del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 1382/2012 (por la cual se crea a la Agencia de Administración de Bienes del Estado), el cual ha implicado una limitación de facultades a las entidades empresariales públicas⁵⁷, con la salvedad de las exclusiones particulares previstas en el DNU (Por ej., en lo que concierne a la infraestructura ferroviaria) o en su Decreto Reglamentario N° 2670/2015.

Las contrataciones de las entidades empresariales públicas quedan alcanzadas por el Régimen de Compra Nacional (Ley N°

⁵⁵ Art. 42, 2ª parte, de la Constitución Nacional; Art. 3º inc. 5 de la Convención Interamericana contra la Corrupción (Ley N° 24.759); Arts.7 y 9 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Ley N° 26.097); Art. 2 inc. h) de la Ley N° 25.188.

⁵⁶ Sobre estas cuestiones, ampliar en FLORES, Álvaro B., “Las transformaciones del expediente administrativo. El impacto de las TICS en los procesos administrativos”, *Revista de Derecho Público*, Rubinzal Culzoni, 2018, t. II, p. 215.

⁵⁷ Sobre esta cuestión, ver Dictámenes 305:340 y 306:023.

27.437 y su normativa complementaria, Decreto N° 800/2018 y Resolución N° 91/2018), y por las previsiones de la Ley de “Contrate Nacional” (Decreto-Ley N° 18.875/70). Ambas normativas implican una ordenación del poder de compra estatal, mediante el establecimiento de regímenes de preferencia para la adquisición de bienes considerados de origen nacional, o a través de “reservas de mercado”. Si bien el análisis de su impacto en las organizaciones societarias públicas excedería los límites del presente trabajo, es probable que la extensión irrestricta del régimen a las empresas públicas pueda distorsionar la competitividad de las mismas, lo cual –*ex lege ferenda*– obligue a revisar sus alcances a estos tipos de entidades. Esta situación es la que se da en el ámbito ferroviario, en el cual, al existir una necesidad constante de elementos importados (rieles, repuestos para material rodante, insumos de señalamiento y seguridad operativa, entre otros).

VII. ALGUNAS PARTICULARIDADES DE LA CONTRATACIÓN EN EL SECTOR FERROVIARIO

El corolario de los puntos reseñados se condensa en los diversos sistemas de contrataciones que poseen las entidades empresariales públicas, en este caso, el de las que componen el Sector Ferroviario Nacional. En tal inteligencia, más allá de que las normas de creación o estatutos pregonen la aplicación del derecho privado (o en todo caso la “inaplicabilidad de disposiciones de derecho administrativo o público”), en la práctica, se corrobora una situación diametralmente opuesta.

Esta situación se explica en virtud de la inserción de cláusulas exorbitantes⁵⁸ en los regímenes de contrataciones de ADIF SE⁵⁹, SOFSE⁶⁰, FASE⁶¹, BCyL S.A.⁶² y DECAHF SAPEM⁶³ las cuales conllevan a un esquema que impacta en la igualdad entre las partes, que como va de suyo, es el que predomina en el ámbito del derecho privado. Desde luego, esta circunstancia aparece como un valladar para la aplicación de principios del derecho privado a este tipo de contrataciones⁶⁴.

En otro orden de ideas, el sistema ferroviario se caracteriza por una necesidad constante -la cual debería ser acompañada con una adecuada planificación- de insumos que son indispensables para la operación de los servicios. Así las cosas, los repuestos,

⁵⁸ Cabe señalar que tradicionalmente en Argentina, los esquemas contractuales de las empresas públicas incluían cláusulas exorbitantes en sus regímenes. Al respecto, ver LUQUI, Roberto E., *Normas de Contrataciones Administrativas*, vol. III, Centro de Investigación de Información Legal, CONICET-UBA, 1986.

⁵⁹ Disponible en <https://www.argentina.gov.ar/sites/default/files/manual_de_compras_y_contrataciones_2020.pdf>. (13 de septiembre de 2021).

⁶⁰ Disponible en <<https://www.argentina.gov.ar/transporte/trenes-argentinos/institucional/contrataciones>> (13 de septiembre de 2021).

⁶¹ Disponible en <https://fase.gov.ar/documentos_compras/Manual%20version%20Final%20FASE%204.6.2021.pdf> (13 de septiembre de 2021).

⁶² Disponible en <https://www.argentina.gov.ar/sites/default/files/af-010_8_norma_de_compras.pdf> (13 de septiembre de 2021)

⁶³ Disponible en <<https://www.argentina.gov.ar/trenes-argentinos-capital-humano/transparencia/compras-y-contrataciones>> (13 de septiembre de 2021).

⁶⁴ Al respecto, Cassagne señala que quedarán sometidas al derecho público las contrataciones que utilizaran prerrogativas de derecho público (Con CASSAGNE, Juan Carlos, “Las empresas públicas y el régimen de sus actos y contratos”, en PIAGGI, Ana, (dir.), *Tratado de la empresa*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2010, p. 87.

conjuntos y subconjuntos del material rodante⁶⁵, los elementos que hacen al mantenimiento de las vías férreas (durmientes, tirafondos, piedra balasto, aparatos de corazones, eclisas, rieles), entre otros, tienen una dinámica constante en el sector. Por ello, cualquier vicisitud que se presente en cuanto al abastecimiento oportuno de aquellos bienes repercutirá en la eficiencia de la prestación de los servicios.

A la coyuntura descrita se le añade otra cuestión de no menor importancia, atento a que, en muchos de los rubros de la industria ferroviaria no existe una gran concurrencia, lo cual decanta en situaciones oligopólicas, y hasta en algunos casos, escenarios donde solamente existe un único proveedor. Esto es así, debido a la necesidad de garantizar la seguridad de la operación, lo cual se traduce en la indispensable interoperabilidad de los elementos a adquirir, y evitar con ello que se resienta el desenvolvimiento de los segmentos comprometidos. Ante este escenario, además de la programación de las adquisiciones a realizar (las cuales no necesariamente deberán ser anuales)⁶⁶, el diseño de los mecanismos contractuales debería contemplar una adecuación de los principios rectores a las particularidades que reviste la actividad ferroviaria, y asimismo, regular en forma expresa procedimientos de selección que se adaptan a las circunstancias anteriormente señaladas. Del mismo modo, teniendo en consideración la insuficiencia de la industria local para hacer frente a las exigencias del sector, y no caer en la cautividad de ciertos proveedores, los esquemas de

⁶⁵ El material rodante está constituido por las Locomotoras, coches (para el servicio de pasajeros), las Unidades Eléctricas Múltiples (llamada EMU, utilizadas para el servicio de pasajeros), vagones y furgones (para servicios de cargas),

⁶⁶ En el caso del material rodante, la vida útil del mismo establece los momentos en los cuales habrán de ejecutarse los mantenimientos (en los cuales deberán sustituirse o reemplazarse elementos), que pueden ser bianuales, pentanuales o decanuales.

transferencia de tecnología⁶⁷ cumplen un rol determinante, para garantizar una mayor oferta de soluciones a las entidades empresariales que integran el sistema ferroviario.

A modo de ejemplo, el mantenimiento o reparación de unidades de material rodante es un tipo contractual para prestar atención, por ser característico en el ámbito ferroviario. Al respecto, como lo hemos señalado en otra ocasión⁶⁸, al tratarse de obligaciones de resultado -básicamente por las cuestiones de seguridad involucradas- este tipo de prestaciones asume la naturaleza de un contrato de obra⁶⁹. Por tales razones, resulta indispensable que esta cuestión sea debidamente comprendida por los operadores internos del sistema de contrataciones ferroviario, en aras de lograr -huelga decirlo- la eficiencia de las demandas perseguidas.

VIII. EPÍLOGO

El derrotero efectuado en los puntos anteriores ha intentado desentrañar la actualidad acerca de la naturaleza, los principios, las reglas y regímenes aplicables para los sistemas de contrataciones en las empresas públicas ferroviarias. A nuestro juicio, se ha evidenciado un intento infructuoso de la denominada “huida del derecho administrativo”, lo cual se manifiesta en la aplicación de normas y principios del derecho público en el desenvolvimiento de las entidades empresariales estatales.

⁶⁷ En Argentina, la Ley N° 22.426 regula la transferencia de tecnología, previendo -entre otros aspectos- franquicias tributarias para fomentar los cometidos de la norma.

⁶⁸ FLORES, Álvaro B., “Los contratos de obra sobre bienes muebles”, *Revista de Contrataciones Públicas*, Editorial IJ Editores, núm. 3, junio 2020 (IJ-CMXVIII-535).

⁶⁹ Al respecto, la CSJN en la causa “Livio Dante Porta” (Fallos 286:333) se sostuvo que las reparaciones a realizar sobre locomotoras encuadraban en las previsiones de un contrato de locación de obra.

Sin embargo, el principal reto que tienen las empresas del SFN, y que a la vez fue el gran déficit del sistema en nuestro país, es lograr estándares adecuados de eficiencia. Por ello, sus sistemas deben propender –bajo el respeto de los postulados anteriores–, a la flexibilidad y agilidad de sus procesos, los cuales no resultan incompatibles con las mandas del derecho constitucional.⁷⁰

Por tal motivo, los sistemas de contrataciones deberán propiciar la inclusión de cláusulas que permitan cumplimentar tales objetivos, sin renunciar a los postulados de publicidad y transparencia, a los cuales se le debe añadir las características del servicio ferroviario, y los principios de la política ferroviaria antes mencionados.

Estos tópicos son solamente algunos de los disparadores que pueden aparecer en el sistema contractual de las empresas públicas ferroviarias, el cual cumplirá –sin duda alguna– una labor trascendental en el desarrollo que pueda tener el sector en los próximos años.

⁷⁰ Dictámenes 301:049.

