

LA JURISPRUDENCIA DE LA PROCURACIÓN DEL TESORO SOBRE LA NOCIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO SINTETIZADA EN UN ASESORAMIENTO: DICTÁMENES 239:418. Y LAS LOCACIONES DE OBRAS Y SERVICIOS (Y LAS INCOMPATIBILIDADES QUE GENERAN) COMO TELÓN DE FONDO...


Por Mg. María José Rodríguez

SUMARIO

I. Las notas definitorias de la figura del contrato administrativo:

Dictámenes 239:418 02

II. Prognosis conclusiva 04

Elucidar si un contrato reviste el carácter de administrativo tiene la importante consecuencia de definir su régimen jurídico exorbitante. En efecto, si un contrato es administrativo devienen aplicables las prerrogativas de la Administración, receptadas por el régimen de derecho administrativo aplicable, el denominado régimen exorbitante; estas denotan ciertamente una relación de supremacía jurídica de la Administración respecto del particular administrado, en la especie, el contratista del Estado.

A simple título de ejemplo, procede referenciar que entre las prerrogativas de la Administración se cuentan la potestad de interpretación unilateral y ejecutoria del contrato (Dictámenes 304:291), el *ius variandi* (Dictámenes 253:167), el deber de revocar el acto nulo de nulidad absoluta en sede administrativa, sin necesidad de acudir a la sede judicial, si en la situación examinada se verifica el conocimiento del vicio por parte del particular (v. Dictámenes 277:196), entre otras de similar trascendencia.

De consiguiente resulta de suma utilidad contar con una teoría jurídica que proporcione claramente las notas que indican cuándo determinado contrato reviste el carácter de administrativo. Estas definirán el régimen aplicable y las consecuencias jurídicas.

Con el objeto de proporcionar precisos indicadores sobre cuándo estamos en presencia de un contrato administrativo, colacionaremos el asesoramiento vertido por el Alto órgano Asesor en Dictámenes 239:418, que en nuestra opinión, constituye una verdadera síntesis de la jurisprudencia de Procuración del Tesoro de la Nación sobre las notas que definen la existencia de un contrato administrativo, y que por cierto, recepta en gran medida, la doctrina perfilada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes “Dulcamara” (Fallos 313:376), “Cinplast” (Fallos 316:212) y “Pluspetrol” (Fallos 330:2286), para citar solo los más mencionados en lo atinente a la temática.

I. LAS NOTAS DEFINITORIAS DE LA FIGURA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO: DICTÁMENES 239:418

En el expediente en el que fue emitido el precedente referenciado, la Oficina Anticorrupción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos investigaba la conducta de un funcionario con situación de revista en el Comité Federal de Radiodifusión (COMFER) por la presunta violación de la prohibición contenida en el artículo 7.º del *Régimen sobre Acumulación de Cargos, Funciones y/o pasividades para la Administración Pública Nacional*, aprobado por Decreto N.º 8566/61, modificado por su similar N.º 9677/61; ello toda vez que el aludido funcionario había celebrado un contrato de locación de obra con el Instituto Nacional de Cine y Artes Visuales (INCAA), prestando servicios simultáneos en ambos ámbitos estatales.

Requerida la opinión en los actuados de la ex Dirección Nacional del Servicio Civil de la entonces Subsecretaría de la Gestión Pública de la Secretaría para la Modernización del Estado de la Jefatura de Gabinete de Ministros, esta repartición produjo el Dictamen N.º 1379/01 en el que reiteró un criterio consolidado y reiterado a cuyo tenor los contratos de locación de obra, a diferencia de los de locación de servicios, no se encuentran alcanzados por el Régimen aprobado por el Decreto N.º 8566/61 y sus modificatorios. Añadió asimismo que el contrato de locación de obra, materia de análisis, no denotaba una manifiesta incongruencia con su propio marco legal que permitiera concluir que se trataba de una locación de servicios.

Por su parte, la Dirección de Planificación de Políticas de Transparencia de la Oficina Anticorrupción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos discrepó con la opinión reseñada. En tal sentido señaló que del contrato celebrado entre el INCAA y el profesional investigado se desprendía que se trataba del ejercicio de funciones públicas que no debieron ser instrumentadas mediante la locación de obra. Y sobre la base de que correspondía encuadrar el contrato en análisis como locación de servicios, sostuvo que el profesional investigado habría incurrido en la incompatibilidad prevista en el artículo 7.º del Régimen aprobado por el Decreto N.º 8566/61 y modificatorios.

Solicitada la opinión de la Oficina Nacional de Empleo Público, dependiente de la Subsecretaría de la Gestión Pública de la Secretaría para la Modernización del Estado de la Jefatura de Gabinete de Ministros, esta ratificó el criterio que plasmara su antecesora, la ex Dirección Nacional del Servicio Civil en el citado Dictamen N.º 1379/01, sin perjuicio de requerir a la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Subsecretaría de Asuntos Legales de la Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación, su opinión sobre el tema.

La precitada Dirección General sostuvo que, más allá de la letra del contrato, advertía la existencia de características propias de la locación de servicios, entre ellas, la tarea ejecutada, la propiedad de la obra, la remuneración y el régimen de incompatibilidades.

Con fundamento en tales particularidades, expresó que el contrato de referencia había otorgado al contratante el carácter de empleado público, que resultaba aplicable el marco normativo antes mencionado y que se habría violado la prohibición establecida en el artículo 7.º del régimen aprobado por Decreto N.º 8566/61, modificado por su similar N.º 9677/61.

Elevados los actuados a la Procuración del Tesoro, este Organismo compartió el criterio seguido por la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Subsecretaría de Asuntos Legales de la Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación, en cuanto consideró que la contratación reunía las características de una locación de servicios.

A ello, agregó que se daban en el caso los presupuestos que deben concurrir para la configuración del contrato como administrativo.

Observó al efecto, que el sujeto contratante era una persona pública estatal -INCAA-, el objeto del contrato, un fin propio de la administración -integrar el Comité de Evaluación de películas nacionales de largometraje- y la existencia de cláusulas exorbitantes del derecho común, es decir, aquellas no usuales en el derecho privado por adjudicar a las partes derechos u obligaciones ajenos a los que son susceptibles de ser libremente consentidos en el marco del derecho privado

Resulta interesante destacar que el dictamen colacionado subraya la importancia del elemento subjetivo al expresar que *“...la sola circunstancia que una de las partes contratantes sea la Administración Pública, resulta suficiente para calificar al contrato como de carácter administrativo”* agregando que *“cuando celebra un contrato el sujeto Estado Nacional, o Provincia de Buenos Aires, o Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se dan en forma automática los requisitos que lo califican como administrativo, y por ende su régimen jurídico no puede ser el del derecho privado, derecho no común para la administración.*

Por consiguiente, la Procuración del Tesoro concluyó que no obstante la denominación que las partes le dieron al contrato bajo análisis, en el caso se había verificado un típico contrato administrativo de locación de servicios, que resultaba alcanzado por el Régimen sobre Acumulación de Cargos, Funciones y/o Pasividades para el personal de la Administración Pública Nacional aprobado por el Decreto N.º 8566/61, modificado por su similar N.º 9677/61.

II. PROGNOSIS CONCLUSIVA

Para el Alto Órgano asesor, existe contrato administrativo cuando el sujeto contratante es una persona pública estatal, el objeto del contrato, un fin propio de la administración y existen cláusulas exorbitantes del derecho común, es decir, cláusulas no usuales en el derecho privado por adjudicar a las partes derechos u obligaciones ajenos a los que son susceptibles de ser libremente consentidos en el marco del derecho privado (en puridad, un régimen exorbitante).

Pero basta *“...la sola circunstancia que una de las partes contratantes sea la Administración Pública, para calificar al contrato como de carácter administrativo”*. Ello, porque *“cuando celebra un contrato el sujeto Estado Nacional, o Provincia de Buenos Aires, o Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se dan en forma automática los requisitos que lo califican como administrativo, y por ende su régimen jurídico no puede ser el del derecho privado, derecho no común para la administración”*.