Comodato -

000026

DICTAMEN Nro. AÑO 1998.-
EXPTE. Nro. 00201- 0050599-9 .-

Provincia de Santa Fe
Fiscalía de Estado

Señor Subsecretario:

Con 24 folios vienen a mi consideración las actuaciones citadas en la referencia donde la Comuna de Emilia solicita (f.1) la suscripción de un comodato respecto de un inmueble de propiedad de la Provincia donde funcionaba una Comisaría dependiente de esa Cartera.

1. Cuestiones de legalidad.

La Administración debe respetar en el ejercicio de su función administrativa, el principio de legalidad entendido como sometimiento de ella al "bloque jurídico". Es un desprendimiento del principio del Estado de Derecho que, en nuestra Constitución tiene expresa previsión normativa en su artículo 1.

No se trata sólo de sometimiento a la ley en sentido estricto como forma de producción normativa derivada de la Legislatura provincial, sino a las distintas exigencias que provienen de la Constitución, leyes, actos de eficacia equivalentes, Reglamentos, normas pactadas, etc.

En la esfera del derecho público, se dice que la Administración está vinculada positivamente al bloque de legalidad de tal suerte que se exige que los actos o contratos deben estar autorizados expresamente o en forma razonablemente implícita por el ordenamiento jurídico.

La doctrina, en relación al tema ha dicho: "El Derecho no es, pues, para la Administración una linde externa que señale hacia fuera una zona de prohibición y dentro de la cual pueda ella producirse con su sola libertad y arbitrio. Por el contrario el Derecho condiciona y determina,

de manera positiva, la acción administrativa, la cual no es válida si no responde a una previsión normativa". "La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndola al efecto poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido. Sin atribución legal previa de potestades la Administración no puede actuar, simplemente". (García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, en "Derecho Administrativo". T. 1 Civitas De. 1993, págs. 428 y 429).

Es posible, como dije, que la ley atribuya de potestades no de manera expresa sino de manera implícita en cuyo caso nos encontramos frente a los denominados "poderes inherentes" (Cátedra del Profesor Villar Palasí: "Apuntes de Derecho Administrativo", Madrid 1977, Tomo 1, pág. 165).

La doctrina de las potestades inherentes no "alude a que la fuente jurídica de una potestad administrativa sea o pueda ser algo fuera de la ley... La doctrina de la potestad inherente apunta, por el contrario a un problema estricto de interpretación finalista". "...la doctrina de las potestades inherentes es una parcela concreta de la interpretación de la ley en sede administrativa" para determinar el alcance de la potestad normativa (Ob cit. pág. 166 y sgtes).

2. Competencia del Poder Ejecutivo y de la Legislatura Provincial.

Por el art. 72° , incisos 1°; 11° y 12° de la Constitución provincial, el Poder Ejecutivo en su carácter de "Jefe superior

de la Administración pública" está facultado a "celebrar contratos con autorización o ad referéndum de la Legislatura" y a "concluir convenios o tratados con la Nación y otras provincias con aprobación de la Legislatura" y conocimiento en su caso, del Congreso Nacional.

Por su parte el Art. 55° establece como atribución de la Legislatura la de "Aprobar o desechar los convenios celebrados con la Nación o con otras provincias" (inc. 11°); y "Autorizar al Poder Ejecutivo para celebrar contratos y aprobar o desechar los concluidos "ad referéndum" de la Legislatura" (inc. 12°).

Del juego armónico de los preceptos contenidos en las precitadas normas constitucionales, en concordancia con el principio de legalidad expuesto, debo concluir prima facie que, en esencia, la potestad para otorgar plena validez a los acuerdos que comprometan a la Provincia resulta inherente a la H. Legislatura; sea autorizando al Poder Ejecutivo a celebrarlos (ley previa general o especial) o bien ratificando o aprobando los acuerdos ya suscriptos por aquél en su carácter de jefe superior de la Administración Pública (ley posterior).

De tal suerte, los convenios, tratados y contratos, resultan actos negociales que en su formación requieren para su validez y eficacia de la intervención necesaria de ambos órganos constitucionales (Legislatura y Poder Ejecutivo) el primero mediante la producción de normas habilitantes y el segundo suscribiendo el acuerdo; lo cual importa ejercicio de actividad propia de contenido administrativo.

Dentro del bloque de legalidad al que se debe sujetar la Administración pública en ejercicio de la función administrativa se

encuentran en el ámbito de derecho público local y en materia contractual o convencional con leyes autorizativas generales dirigidas al Poder Ejecutivo tendentes a la celebración de contratos en la gestión administrativa.

La Ley de Contabilidad, por ejemplo, faculta a contratar por vía de licitación pública, concurso de precios o de manera directa, la compra, ejecución de trabajos, locación de bienes y servicios, etc. (Arts. 48°; 106°; 107°, 108°; 116°; 122° y 123°), autorizando a su vez al Ejecutivo a dictar las "normas complementarias, de conformidad con su organización interna". y en su caso "autorizar o subdelegar en niveles jerárquicos subordinados las atribuciones de cumplimentar los procedimientos de ley, hasta ponerlos en condiciones de resolver".

El Poder Ejecutivo ha dictado, en este sentido y entre otros, el decreto 2809/79 aprobatorio del pliego de bases y condiciones de licitación, adjudicación, contratación, provisión y ejecución, recepción de suministro de artículos o locación de inmuebles, obras y/o servicios; cumpliendo y ejerciendo de esa manera la atribución conferida por el legislador local.

Lo mismo puedo decir de la ley 5188 y las normas generales dictadas por el Poder Ejecutivo para su aplicación a los casos concretos.

La Legislatura, en materia de habilitaciones legales y dentro del marco de competencia originaria atribuida por el constituyente (arts. 55. inc. 23° y 27°) dictó la Ley Orgánica de Ministerios N° 10.101, la que en su Art. 4° expresa: "El Gobernador, los Ministros y los Secretarios de Estado podrán delegar y, en su caso, autorizar a subdelegar funciones en

niveles jerárquicos subordinados, determinando el modo y alcance de tal delegación o subdelegación a través de reglamentaciones adecuadas que garanticen en última instancia al delegante el ejercicio de sus propias atribuciones".

Así también y en orden a la temática abordada, el art. 7° inc. 11 de citada norma legal faculta expresamente a los Ministros de Estado a "intervenir en la preparación y celebración de contratos o convenios en representación de la Provincia y de acuerdo con la ley". Esta atribución también se extiende a los Secretarios de Estado (Cfr. art. 25° ley cit.).

Destaco que esta previsión legislativa contiene una singular importancia práctica, puesto que importa en los hechos, desconcentrar la gestión del Poder Ejecutivo, derivada de su competencia constitucional de resolver per se el otorgamiento de los acuerdos propuestos por cada área de gobierno (Ministerios o Secretarías de Estado), que son muchos y variados, y en general necesarios para el cumplimiento de los cometidos públicos.

Cada órgano jerárquicamente subordinado, por tanto, en cada gestión particular deberá ajustarse al plexo de legalidad que le resulte aplicable; esto es, la Constitución, la Ley de Contabilidad, la Ley de Obras Públicas, el Decreto 2809/79 o pliegos aplicables, etc., y en su defecto en virtud de las disposiciones generales que en materia de competencia funcional le asigne la Ley Orgánica de Ministerios, o bien por aplicación al caso concreto de una ley autorizativa especial.

"En síntesis; en cada caso particular, para saber si un órgano administrativo tiene o no competencia para realizar un acto, el intérprete deberá atenerse, en primer lugar al texto de la norma pertinente; si la competencia no surge en forma concreta de la letra misma de la norma, debe entonces confrontarse dicha letra con el acto a realizar, a efectos de establecer si la competencia para llevar a cabo éste se desprende o no como una consecuencia lógica del texto de la norma y de la índole de la actividad principal del órgano o ente" (Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo, T. I., pág. 574).

De lo expuesto hasta aquí puedo extraer en materia de competencia para la celebración de contratos, convenios o tratados en el ámbito del derecho público local, las siguientes conclusiones:

i. La materia contractual no constituye una zona de actuación administrativa autónoma ajena o independiente del Poder Legislativo. La Administración pública necesita para contratar, por disposición constitucional, del concurso de la voluntad de la H. Legislatura ya sea a través de una ley autorizativa general o especial previa o de una ley posterior ratificatoria.

ii. La Administración pública debe celebrarlos, en principio, por conducto del Poder Ejecutivo que es a quien el constituyente le ha asignado la competencia para ello.

iii. Todo requerimiento a la Legislatura de autorización o de aprobación de un acuerdo suscripto, también debe realizarse por conducto del Poder Ejecutivo.

iv. Los actos negociales pueden ser suscriptos por los Sres. Ministros y Secretarios de Estado como actos preparatorios inherentes a la competencia funcional del área de gobierno a su cargo, pero sujetos a la aprobación del Poder Ejecutivo.

Es factible que no se necesite de aprobación del Poder Ejecutivo en algún tipo de contratos celebrados por inferiores en los casos que por sus montos o particularidades, se hubieran dictado normas generales o especiales fundadas en principios de desconcentración administrativa.

v. Es factible, asimismo, que la habilitación legal para la Administración no surja de manera expresa de la legalidad sino de manera implícita. Se trata de un problema de interpretación normativa, lo cual no permite conclusiones generales sino un tratamiento individualizado; es decir caso por caso, analizando el supuesto de hecho y la relación jurídica cuyo nacimiento se intenta, con todos sus elementos (sujetos, objeto y contenido) y sin prescindir, desde luego, de los fines en juego tanto en relación a los sujetos, objeto y contenido. A ese efecto, por razones de orden, sólo puede ejercitarse por conducto Poder Ejecutivo o con autorización previa del mismo. Consiguientemente, los órganos inferiores deben abstenerse de celebrar contratos o acuerdos "ad referéndum del Poder Ejecutivo", en función de atribuciones implícitas o "potestades inherentes".

3. Para el caso concreto del convenio de comodato a suscribirse por la Provincia con el Ente territorial menor, entiendo que se infiere una habilitación legal implícita para hacerlo del art. 108° inc. e) de

la Ley de Contabilidad que habilita a la Administración a contratar directamente "... la compraventa de inmuebles entre reparticiones oficiales o mixtas".

Si conforme aquella disposición legal, se puede llevar a cabo un negocio jurídico traslativo de domino de manera directa por parte de los funcionarios, puede inferirse que de forma razonablemente implícita está habilitando un contrato relacionado solamente al uso de un bien desocupado, sin un destino público aparente y sin implicancias presupuestarias o económicas.

No se afecta, en el caso, de manera directa e inmediata la titularidad o el ejercicio de función administrativa vinculada a fines públicos provinciales relacionados al bien inmueble de la Provincia. En efecto: en el inmueble funcionaba la Comisaría Dpto 18 -Emilia- URI; ella se mudó a un nuevo edificio policial construido por la cooperadora policial y está desocupado desde el 13.11.96 (f.11).

Sin embargo, desde que es posible una futura y eventual necesidad pública provincial de contar con el inmueble, recomiendo incorporar en el acuerdo una cláusula de precario en función de la cual la Provincia se reserve la posibilidad de revocar el convenio, por sí y ante sí, por razones de oportunidad, mérito o conveniencia y sin derecho a indemnización de ninguna especie en favor de la Comuna.

Consecuente con ello, por aplicación de aquella normativa, el contrato de comodato de la Administración con la repartición oficial o Ente público, no habrá de requerir ratificación por ley especial, y la competencia del órgano activo para suscribirlo en representación de la

Provincia de Santa Fe

Fiscalía de Estado

Provincia está dada implícitamente por el ordenamiento administrativo provincial.

4. Puede, si se estima conveniente, actuarse en el sentido pretendido.

DESPACHO, 13 ENE 1998

r.j.g.

JUSTO JOSÉ REYNA
ABOGADO
JEFE AREA CONTRATACIONES DEL ESTADO
FISCALIA DE ESTADO

IRMGARD E. LEPENIES
FISCAL DE ESTADO
PCIA. DE SANTA FE