

**CONTRATACIONES SIN RELACION DE DEPENDENCIA. DECRETO N° 92/95\*. HONORARIOS. VENCIMIENTO DEL CONTRATO. PRESTACIONES DE HECHO. RECLAMO.**

Para reconocer las prestaciones cumplidas como empleados de "hecho" o de "facto" deben concurrir en forma simultánea tres requisitos: a) Preexistencia de funciones de "iure", es decir que el cargo, empleo o función debe hallarse establecido en una norma. Pues "si la función no existe, no puede hablarse de funcionario"; b) Que haya existido un efectivo desempeño de las funciones; y c) Que la función se haya desempeñado bajo apariencia de legitimidad.

En el sub exámine las alegadas prestaciones por las cuales se reclama un legítimo abono no provienen del desempeño de un cargo, empleo o función preexistente establecido en una norma, sino que se habrían realizado con la expectativa de una relación contractual sin relación de dependencia que no llegó a concretarse.

El contrato que había ligado al reclamante con la Jefatura de Gabinete de Ministros había finalizado el 31/12/99 y, el propio instrumento contractual, en su Cláusula Tercera determinaba que "...este contrato no importa una expectativa o derecho a prórroga a beneficio del contratado, pudiendo ser prorrogado o renovado únicamente de común acuerdo entre las partes mediante la suscripción de otro contrato. La continuación en la prestación de los servicios, una vez operado el vencimiento del contrato, no importará en modo alguno tácita reconducción del mismo, aún cuando las tareas fijadas en los términos de referencia excedan el plazo del presente contrato".

No se trató entonces del ejercicio de una función que existiera legalmente en la organización estatal (requisito a) y que hubiera sido cumplida bajo apariencia de legitimidad (requisito c), sino que, por el contrario, fueron prestaciones supuestamente cumplidas en relación a un vínculo contractual inexistente y que, además, nunca llegó a celebrarse.

No existiendo ninguna relación que lo vinculara con la Administración Pública, la decisión acerca de realizar o no ciertas tareas dependía de su exclusiva voluntad, ya que las autoridades que menciona no tenían competencia para disponer su continuidad sin amparo de previsión legal que lo contemplara.

Nótese que a diferencia de los casos reseñados sobre funcionarios de hecho, en los cuales se trataba del ejercicio de un cargo con existencia legal en la Administración, en la especie median prestaciones que no están previstas por ninguna norma sino que, por el contrario, su realización útil se justifica sólo a partir de la celebración de un contrato de locación de servicios personales que las contemplen por determinado tiempo.

Si alegando expectativas fundadas en afirmaciones verbales de funcionarios, los contratados que ven concluida su relación convencional continuaran con su prestación con la posibilidad luego de tramitar un reconocimiento por legítimo abono estarían, de hecho, forzando una prórroga del vínculo contractual, inhibida, en este caso, por el propio instrumento de la relación que había fenecido.

En lo que respecta al recaudo de buena fe exigido por la Procuración del Tesoro de la Nación, surge palmariamente su inexistencia en el presente caso, ya que conocía perfectamente que su contrato había terminado, que éste no era prorrogable sino con la suscripción de uno nuevo y que las tareas que había cumplido en el marco del anterior convenio carecían de amparo legal que pudiera hacer justificable su continuidad.

En materia de vinculación contractual sin relación de dependencia, si no hay contrato no existe legalmente función a ser desarrollada.

**Los funcionarios que, probadamente, favorecieron o toleraron la continuidad de prestaciones sin vínculo contractual habilitante deberán sujetarse a los procedimientos sumariales necesarios para determinar su responsabilidad en la especie.**

**El reclamante no reúne los requisitos necesarios para ser considerado un funcionario de hecho y habilitar, de ese modo, el procedimiento instaurado en el inciso d) del artículo 1º del Decreto N° 101/85 (t. según Dto. N° 276/90).**

**(\*) La Subsecretaría de Presupuesto de la Secretaría de Hacienda del Ministerio de Economía, en virtud de la facultad de interpretación del régimen de contrataciones aprobado por Decreto N° 92/95, coincidió al concluir que "el reclamo se torna ilegítimo en virtud de la disposiciones contenidas en la norma por la que se instrumentó el contrato de locación de servicios".**

BUENOS AIRES, 12 de Junio de 2002

SEÑOR SUBSECRETARIO:

I.— Por los presentes actuados, el señor ... reclama que se le reconozcan los honorarios por los servicios que afirma haber prestado durante los meses de enero y febrero de 2000 en la Subsecretaría de la Gestión Pública, por lo que intima a que en el plazo de 10 días se le abone la suma de PESOS OCHO MIL SEISCIENTOS CUARENTA (\$ 8.640) por dichas tareas.

Manifiesta al respecto que el 29/12/98 el entonces Jefe de Gabinete de Ministros acordó con él una locación de servicios para la realización de tareas con relación al proyecto Unidad Ejecutora 2000, enmarcada dentro de la ex Subsecretaría de Tecnologías Informáticas de la ex Secretaría de la Función Pública. Y que si bien dicho contrato expiró el 31/12/99, el entonces Subsecretario de la Gestión Pública ... y el "Director ..." le solicitaron que continuara sus labores con la promesa de firmar un nuevo contrato o de prorrogar el fenecido, alternativas que nunca se cumplieron. Adjunta como prueba el contrato que menciona (fs. 1/8).

Luego, el Director de Personal de la Jefatura de Gabinete de Ministros adjunta los antecedentes que posee en relación al reclamo incoado (fs. 10). Obran entonces:

- La Resolución del Jefe de Gabinete de Ministros N° 10 del 12/1/98 que había aprobado, entre otros, el contrato de locación de servicios celebrado con el señor ... como Consultor A Rango III, con una retribución mensual de PESOS CUATRO MIL OCHOCIENTOS SESENTA (\$ 4.860) y anual de PESOS CINCUENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS VEINTE (\$ 58.320) (fs. 11/14);

- El contrato de locación de servicios anexo a la citada Resolución, celebrado el 1/1/98, con una duración de doce meses, por lo que finalizaba el 31/12/98, según la Cláusula Tercera, la que además disponía: "Queda establecido que este contrato no importa una expectativa o derecho a prórroga a beneficio del contratado, pudiendo ser prorrogado o renovado únicamente de común acuerdo entre las partes mediante la suscripción de otro contrato. La continuación en la prestación de los servicios, una vez operado el vencimiento del contrato, no importará en modo alguno tácita reconducción del mismo, aún cuando las tareas fijadas en los términos de referencia excedan el plazo del presente contrato" (fs. 15/20);

- La Resolución del Jefe de Gabinete de Ministros N° 22 del 22/1/99 que aprobó, junto a otros treinta y nueve, el contrato de locación de servicios con el señor ... como Consultor A Rango II, con una retribución mensual de PESOS CUATRO MIL TRESCIENTOS VEINTE (\$ 4.320) y anual de PESOS CINCUENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS CUARENTA (\$ 51.840), a partir del 1/01/99, con una duración de doce meses y fecha de vencimiento el 31/12/99 (fs. 22/27);

- El propio contrato de locación de servicios a que hace mención el reclamante, con una finalización establecida para el 31/12/99, según la Cláusula Tercera, la que además también dispuso:

"Queda establecido que este contrato no importa una expectativa o derecho a prórroga a beneficio del contratado, pudiendo ser prorrogado o renovado únicamente de común acuerdo

entre las partes mediante la suscripción de otro contrato. La continuación en la prestación de los servicios, una vez operado el vencimiento del contrato, no importará en modo alguno tácita reconducción del mismo, aún cuando las tareas fijadas en los términos de referencia excedan el plazo del presente contrato" (fs. 28/33);

- Y curriculum vitae del señor ... (fs. 35/43).

Seguidamente, se ha expedido la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación. Dicho órgano de asesoramiento considera aplicable al caso la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación sobre funcionario de hecho o de facto, y cita al respecto el Dictamen N° 257/90 (PTN 194:097). En base a aquel dictamen y la opinión de Marienhoff concluye que corresponde aplicar al caso, por analogía, el procedimiento establecido en el artículo 1º, inciso d) del Decreto N° 101/85 a efecto de determinar si existió una efectiva prestación de servicios, con los recaudos allí previstos, para, de corresponder, acceder al reconocimiento de un legítimo abono que no reviste carácter remuneratorio sino resarcitorio, y que encuentra fundamento en razones ético jurídicas vinculadas con la teoría de enriquecimiento sin causa más que en una contraprestación (fs. 45/47).

En ese estado, la Coordinación de Asesoramiento Técnico de la Jefatura de Gabinete de Ministros solicita la intervención de esta Oficina Nacional de Empleo Público (fs. 50).

II.1.— El Dictamen N° 257/90 (194:097) de la Procuración del Tesoro de la Nación, en base al cual el órgano preopinante concluye que en la especie corresponde seguir el procedimiento previsto por el artículo 1º, inciso d) del Decreto N° 101/85 a fin de determinar la procedencia de reconocer un legítimo abono, recayó en un caso en el que se analizaba si correspondía pagar las remuneraciones al ex Presidente de la Comisión Normalizadora de la Obra Social de la ex Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Nación.

De los antecedentes surgía que el reclamante venía desempeñándose legalmente en dicho cargo y, ante la proximidad del cambio de autoridades nacionales elevó su renuncia al señor Ministro, quien la aceptó mediante Resolución N° 469/89, estableciendo que tendría vigencia a partir del cese de esa Administración.

Dicha Resolución fue notificada al renunciante el 21 de julio de 1989, es decir, con posterioridad a la fecha en que asumieron las nuevas autoridades, pese a la cual el funcionario continuó hasta el 7 de agosto de 1989, en que se hizo cargo de la Obra Social citada el nuevo Interventor.

Al respecto, el Alto Órgano de asesoramiento del Poder Ejecutivo entendió que "la situación del reclamante desde que la aceptación de su renuncia le fue notificada, hasta la fecha en que dejó de ejercer las funciones, fue la de un funcionario "de hecho" ya que concurrieron en el caso los extremos comúnmente exigidos por la doctrina para encuadrar la situación dentro de tal figura, esto es: a) la existencia legal de la función, b) el ejercicio real de la misma y, c) su ejercicio bajo apariencia de título o autoridad".

De tal modo, continúa el Dictamen citado, "la existencia de buena fe —apreciada con razonable amplitud de criterio— unida a una efectiva y útil prestación de servicios, constituye una conjunción de elementos suficientes para considerar que en el caso se ha dado la figura del funcionario de hecho, cuyas tareas el Estado, por elementales razones de equidad, no debe dejar de retribuir, en la medida en que con ellas se ha beneficiado".

Puntualmente, en lo que atañe al recaudo de la buena fe del reclamante, se resaltó que "tanto en la renuncia que elevó oportunamente al Ministro del área, como en la nota por la que reclamó el pago de haberes, manifestó que continuaría en funciones hasta que fuera designado su sucesor "para evitar dejar acéfala en forma irresponsable la conducción de la Obra Social...". Ello, en la creencia de que esa era su obligación a tenor de la resolución de la aceptación de su renuncia, en la que se especificó que ella tenía vigencia "...a partir del cese de la actual Administración..."; esta expresión si bien haría referencia a la finalización de las funciones del entonces Ministro del ramo y del Secretario firmante, como consecuencia de la asunción del

nuevo gobierno, puede interpretarse también como referida a la designación de su reemplazante". Y, en base a ello, tuvo por acreditada la buena fe.

2. Interesa señalar que esta Subsecretaría de la Gestión Pública, mediante Dictámenes ex D.N.S.C. N° 2327/97 y O.N.E.P. N° 796/02, se expidió en casos de funcionarios de hecho pronunciándose tanto sobre la posibilidad de reconocer el pago de tales servicios como el procedimiento para hacerlo.

En el primero de los casos citados, se trató de las prestaciones cumplidas por una persona en un cargo de la planta transitoria nivel "D" de la Secretaría General de la Presidencia de la Nación, hasta su designación que en definitiva se efectuó.

El segundo versaba sobre los ex Interventores de las Direcciones Técnica y de Administración del Teatro Nacional Cervantes quienes, habiendo cesado en sus cargos por imposición del Decreto N° 25/02, continuaron prestando servicios hasta la asunción de las nuevas autoridades del organismo.

En ambos casos, se sostuvo que para reconocer las prestaciones cumplidas como empleados de "hecho" o de "facto" deben concurrir en forma simultánea tres requisitos (con basamento en el "Tratado de Derecho Administrativo" T. III – B, p. 139/140 y 150/153 del Dr. Miguel S. Marienhoff; Abeledo Perrot, Bs. As. 1978). Estos son:

a) Preexistencia de funciones de "iure", es decir que el cargo, empleo o función debe hallarse establecido en una norma. Pues "si la función no existe, no puede hablarse de funcionario".

b) Que haya existido un efectivo desempeño de las funciones.

c) Que la función se haya desempeñado bajo apariencia de legitimidad. A tal fin, deberá investigarse si su ejercicio ha sido público, pacífico, si se ha efectuado de manera normal (en los locales oficiales, utilizando registros y sellos oficiales etc.), si las autoridades respectivas la trataban como tal, etc.

En cuanto a los derechos del empleado "de facto", la doctrina es pacífica en que no puede reclamar el sueldo asignado al empleo respectivo, pues el sueldo es inherente al funcionario de "iure" y sólo se lo concibe respecto a éste.

Pero puede ocurrir que como consecuencia del ejercicio de la función por un agente de "facto" se haya enriquecido el patrimonio administrativo. En este supuesto, tendrá derecho a reclamar que se le paguen los derechos pecuniarios que le correspondan; pero, a tal fin, no podrá invocar su título irregular sino el principio del enriquecimiento sin causa (cfr. Díez, Manuel María, "Derecho Administrativo", T. III, págs. 560/1. Y Marienhoff, op. cit. págs. 164/167).

3. Ahora bien, en el sub exámine las alegadas prestaciones por las cuales se reclama un legítimo abono no provienen del desempeño de un cargo, empleo o función preexistente establecido en una norma, sino que se habrían realizado con la expectativa de una relación contractual sin relación de dependencia que no llegó a concretarse.

En efecto, el contrato que había ligado al reclamante con la Jefatura de Gabinete de Ministros había finalizado el 31/12/99 y, el propio instrumento contractual, en su Cláusula Tercera determinaba que "...este contrato no importa una expectativa o derecho a prórroga a beneficio del contratado, pudiendo ser prorrogado o renovado únicamente de común acuerdo entre las partes mediante la suscripción de otro contrato. La continuación en la prestación de los servicios, una vez operado el vencimiento del contrato, no importará en modo alguno tácita reconducción del mismo, aun cuando las tareas fijadas en los términos de referencia excedan el plazo del presente contrato".

No se trató entonces del ejercicio de una función que existiera legalmente en la organización estatal (requisito a) y que hubiera sido cumplida bajo apariencia de legitimidad (requisito c), sino

que, por el contrario, fueron prestaciones supuestamente cumplidas en relación a un vínculo contractual inexistente y que, además, nunca llegó a celebrarse.

Las afirmaciones del reclamante en torno a que el entonces Subsecretario de la Gestión Pública ... y el "Director ..." le habrían solicitado que continuara sus labores con la promesa de firmar un nuevo contrato o de prorrogar el fenecido, no modifican la circunstancia de que no existiendo ninguna relación que lo vinculara con la Administración Pública, la decisión acerca de realizar o no ciertas tareas dependía de su exclusiva voluntad, ya que las autoridades que menciona no tenían competencia para disponer su continuidad sin amparo de previsión legal que lo contemplara.

Nótese que a diferencia de los casos reseñados sobre funcionarios de hecho, en los cuales se trataba del ejercicio de un cargo con existencia legal en la Administración, en la especie median prestaciones que no están previstas por ninguna norma sino que, por el contrario, su realización útil se justifica sólo a partir de la celebración de un contrato de locación de servicios personales que las contemplen por determinado tiempo.

Tal como se especificó en el primer apartado del presente, la contratación del señor ... sin relación de dependencia hasta el 31/12/99 fue aprobada junto a otras treinta y nueve, siendo usual las celebraciones de contratos de locación de servicios personales de la Administración Pública, en base al régimen específico, con prestadores independientes; en consecuencia, si alegando expectativas fundadas en afirmaciones verbales de funcionarios, los contratados que ven concluida su relación convencional continuaran con su prestación con la posibilidad luego de tramitar un reconocimiento por legítimo abono estarían, de hecho, forzando una prórroga del vínculo contractual, inhibida, en este caso, por el propio instrumento de la relación que había fenecido.

En tal sentido, en lo que respecta al recaudo de buena fe exigido por la Procuración del Tesoro de la Nación, surge palmariamente su inexistencia en el presente caso, ya que el señor ... conocía perfectamente que su contrato había terminado, que éste no era prorrogable sino con la suscripción de uno nuevo y que las tareas que había cumplido en el marco del anterior convenio carecían de amparo legal que pudiera hacer justificable su continuidad; es que en materia de vinculación contractual sin relación de dependencia, si no hay contrato no existe legalmente función a ser desarrollada.

Por otra parte, se advierte que no es ajeno a las consideraciones que anteceden que los funcionarios que, probadamente, favorecieron o toleraron la continuidad de prestaciones sin vínculo contractual habilitante deberán sujetarse a los procedimientos sumariales necesarios para determinar su responsabilidad en la especie.

III.— Por las razones expuestas, se concluye que el reclamante no reúne los requisitos necesarios para ser considerado un funcionario de hecho y habilitar, de ese modo, el procedimiento instaurado en el inciso d) del artículo 1º del Decreto N° 101/85 (t. según Dto. N° 276/90).

IV.— Sin perjuicio de lo expuesto, atento que la materia de interpretación del régimen de contrataciones aprobado por Decreto N° 92/95 —de acuerdo con el cual se había instrumentado la contratación original del reclamante— tenía competencia el Ministerio de Economía, se entiende pertinente recabar su intervención.

#### **SUBSECRETARÍA DE LA GESTIÓN PÚBLICA**

**EXPEDIENTE N° 944/02. JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS -  
SUBSECRETARIA DE LA GESTION PUBLICA.**

**DICTAMEN DE LA OFICINA NACIONAL DE EMPLEO PUBLICO N° 1105/02**