

MIRIAM MABEL IVANEGA

# Control público

*Administración. Gestión. Responsabilidad*

**Presupuesto público y rendición de cuentas. Transparencia**

**Controles interno y externo. Servicios jurídicos**

**Responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos**

  
ASTREA

*Ediciones*  


## OBRAS DE NUESTRO SELLO

**ALBERTSEN Y OTROS:** *Procedimiento administrativo.* A 20 años de la reforma constitucional. Jornadas organizadas por Universidad Austral. Facultad de Derecho.

**AMAYA:** *Control de constitucionalidad.* Modelos y sistemas. Control judicial. Cuestiones políticas. Tribunales constitucionales. Doctrina contramayoritaria. Inconstitucionalidad de oficio. Rol de las cortes supremas. Reformas constitucionales y derechos políticos. Interpretación constitucional.

**BELFER - ORTEGA:** *Régimen ambiental de establecimientos industriales.* Ley 11.459 de la provincia de Buenos Aires.

**CANOSA:** *Procedimiento administrativo: recursos y reclamos.*

**CARBAJALES:** *Sociedades anónimas bajo injerencia estatal (SABIE).* Una nueva modalidad de "empresa pública". Legitimidad y límites constitucionales.

**CARDACI MÉNDEZ:** *Revocación del contrato de obra pública.* Cuestiones de oportunidad, mérito o conveniencia.

**CREO BAY - HUTCHINSON:** *Amparo por mora de la Administración pública.*

**CUADROS:** *Administración y Constitución.* Contenido y aplicaciones de la división del derecho en público y privado.

**LAVALLE COBO:** *Derecho de acceso a la información pública.*

CONTROL  
PÚBLICO

[www.astrea.com.ar](http://www.astrea.com.ar)

[www.revistarap.com.ar](http://www.revistarap.com.ar)

MIRIAM MABEL IVANEGA

# Control público

*Administración. Gestión. Responsabilidad*

Presupuesto público y rendición de cuentas. Transparencia

Responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos

Auditorías. Control externo. Servicios jurídicos



BUENOS AIRES - BOGOTÁ - PORTO ALEGRE

2016



Ivanega, Miriam M.

*Control público* / Miriam M. Ivanega - 1ª ed.

Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea, 2016.

312 p.; 14x20 cm.

ISBN 978-987-706-119-2

1. Derecho Administrativo. I. Título

CDD 342

© EDITORIAL ASTREA SRL

Lavalle 1208 - (C1048AAF) Ciudad de Buenos Aires. (54-11) 4382-1880 - 0800-345-ASTREA (278732)  
www.astrea.com.ar - editorial@astrea.com.ar

© EDICIONES RAP SA

Talcahuano 758 - PB - B - (C1013AAP) Ciudad de Buenos Aires. (54-11) 4374-0661 (líneas rotativas)  
www.revistarap.com.ar - consulta@revistarap.com.ar

La edición de esta obra se realizó en EDITORIAL ASTREA, y fue impresa en su taller, Berón de Astrada 2433, Ciudad de Buenos Aires, en la segunda quincena de mayo de 2016.

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

I M P R E S O E N L A A R G E N T I N A

## PRESENTACIÓN

Referirse al control público obliga a precisar su alcance: qué es controlar y qué es hacerlo sobre "lo público".

El primer término remite a una función o actividad que involucra un sinfín de procedimientos y técnicas a cargo de organismos, entes, asociaciones y ciudadanos.

El segundo alude "a la sociedad"; lo público es aquello que pertenece a todos, sin que pueda identificarse con un solo objeto o materia, pues es tan amplio como la comunidad y sus necesidades. Será cada especie o tipo de control el que determinará qué sector de "lo público" constituye su propósito.

En esta concepción amplia ("el control de lo público") se sujetan a él todos los poderes del Estado, sus organismos y entes y los privados que por diversos títulos jurídicos ejercen funciones administrativas o perciben, custodian, administran o tienen la disposición de bienes y fondos públicos.

Con esa perspectiva, el control abruma y vulgarmente diríamos: "control no falta". Pero es indudable que todo dependerá del cristal con que se mire, pues no siempre aquél constituye un verdadero y efectivo elemento de la gestión pública; a veces sólo aparenta serlo.

Equivocados o no, la realidad nos insta a ser recurrentes en su análisis, reconociendo la necesidad de revisar y volver a formular criterios, en aras de arraigar sus raíces en los derechos fundamentales.

Por ello, estas páginas principalmente abordan cuestiones del control en general, como el relato de nociones comunes, los mitos que lo rodean, los principios generales que le sirven de sustento en todas sus modalidades, las formas, alcances y procedimientos de los controles internos y externos, las particularidades de las asesorías jurídicas y la dinámica del control social, dentro del cual el acceso a la información cobra especial virtualidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Del sistema nacional sólo se incorporan las particularidades de la ley 24.156 y las características de la función de la Procuración del Tesoro de la Nación.

Por último, se regresa a la responsabilidad patrimonial del funcionario público; y su replanteo a partir de un interrogante: ¿debe instituirse como política pública?

Más allá de propiciar una respuesta afirmativa, la realidad muestra los vaivenes del Estado de derecho, que tras conquistar terrenos en el campo de los derechos humanos, parece traer consigo una serie de obstáculos para encuadrar a la responsabilidad del funcionario como un deber constitucional.

El ser y el deber ser encuentran aquí un ámbito fértil para luchar por un lugar en el análisis de las causas y consecuencias del accionar de los funcionarios y de la sociedad. Entre ambos, se abre un camino de avances y retrocesos, de buenas intenciones y de ineficiencia.

La responsabilidad patrimonial de los agentes públicos -entendida como la que se deriva de la existen-

cia de un daño económico al Estado- se encuentra bastante alejada del "deber ser", situación que la ley 26.944 no ha mejorado.

En síntesis, tenemos motivaciones para reflexionar sobre estos temas. Entre la ilusión y la verdad nos zambullimos en las profundas aguas del control de la gestión pública. Y para ello, nada más apropiado que las palabras del matemático y científico Alan Mathison Turing: "Podemos saber poco del futuro, pero lo suficiente para darnos cuenta de que hay mucho que hacer".

MIRIAM MABEL IVANEGA

## AGRADECIMIENTOS

Agradezco especialmente la generosidad de las editoriales RAP y ASTREA, que aceptaron desde el inicio la propuesta de este libro. Particularmente a la familia Mertehikian, sostén inquebrantable de quienes incurSIONAMOS en el derecho público.

También mi especial agradecimiento a aquellos que quizás sin saberlo, a partir de su experiencia alimentaron los análisis que me propusiera para desentrañar los recovecos del control. Me refiero a los profesores Pablo Gutiérrez Colantuono, José Roberto Sappa y Verónica Arias.

## ÍNDICE GENERAL

<i>Presentación</i> .....	V
<i>Agradecimientos</i> .....	IX

### CAPÍTULO PRIMERO

#### CONCEPTOS FUNDAMENTALES

§ 1. Introducción .....	1
§ 2. Breves comentarios sobre la Administración pública .....	2
§ 3. Acerca de las ciencias de la administración .....	6
§ 4. Sector público nacional .....	13
§ 5. La gestión pública. Concepto y alcance .....	15
a) La nueva gerencia pública .....	22
b) La gestión por resultados .....	29
§ 6. La "buena administración" .....	32
§ 7. El presupuesto público y la rendición de cuentas .....	35
a) El presupuesto público: caracteres .....	37
b) El ciclo presupuestario. Las competencias .....	39
c) El gasto público .....	43
d) Gastos, recursos públicos y derechos fundamentales .....	45
e) La rendición de cuentas .....	49
f) La rendición de cuentas y el control externo .....	54

## CAPÍTULO II

### EL CONTROL PÚBLICO

§ 8.	El control público en el siglo XXI .....	63
	a) Los mitos .....	64
	b) Los principios y los requisitos del control actual .....	67
§ 9.	El problema de la independencia de los controladores .....	73
	a) El principio de transparencia como presupuesto de la independencia .....	73
	b) Idoneidad y ética .....	75
	c) Imparcialidad, objetividad y neutralidad ..	81
	d) La independencia en los controles interno y externo de la administración financiera ..	84
	e) Nuestra opinión .....	88
§ 10.	Las clasificaciones del control público .....	92
	a) Control de convencionalidad y de constitucionalidad .....	92
	b) Control administrativo, legislativo, judicial y jurisdiccional. El caso de los tribunales de cuentas .....	95
	c) Control previo, preventivo, concomitante y posterior .....	101
	d) Autocontrol y heterocontrol .....	104
	e) Control global y parcial .....	104
	f) Control especializado y genérico .....	104
	g) Control de cumplimiento, financiero-contable, de gestión .....	105
	h) Control de procedimiento y de revisión ..	106
	i) Control jerárquico y control de tutela .....	106
	j) Control interno y externo .....	108
	k) Control de oficio, a instancia de parte .....	108
	l) Control de legitimidad y oportunidad .....	109
	m) El control de gestión .....	110

§ 11.	Figuras y técnicas del control público .....	112
	a) Vigilancia .....	113
	b) Autorización .....	113
	c) Aprobación .....	114
	d) Avocación .....	114
	e) Suspensión .....	114
	f) Intervención administrativa .....	115
	g) Observación legal .....	116
	h) Recursos y reclamos .....	116
	i) Inspección .....	117
	j) Monitoreo .....	117
	k) Evaluación .....	117
	l) Auditoría .....	118

## CAPÍTULO III

### CONTROLES INTERNO Y EXTERNO

§ 12.	El sistema anterior a la ley 24.156 .....	123
§ 13.	Introducción a la ley 24.156 .....	127
§ 14.	Delimitación de la noción de control interno ..	132
§ 15.	El control interno en el marco de la administración financiera. Las Normas COSO .....	133
§ 16.	El control interno en la ley 24.156 .....	137
§ 17.	La Sindicatura General de la Nación .....	140
	a) Naturaleza jurídica. Composición .....	140
	b) Competencias .....	142
	c) Dos ejemplos de funciones de control previo y asesoramiento: la consolidación de deudas y el sistema de precios testigos ...	147
§ 18.	Las Unidades de Auditoría Interna .....	151
§ 19.	El sistema de control externo .....	153
	a) Criterios generales .....	153
	b) Los tribunales de cuentas .....	155
	c) La Auditoría General de la Nación .....	157

d) El colegio de auditores. Conformación política .....	160
e) Competencia .....	165
§ 20. Características de los trabajos de auditoría. Las recomendaciones. La resolución 26/16 de la SIGEN .....	170
§ 21. La cuenta de percepción e inversión .....	176

#### CAPÍTULO IV

#### OTRAS MANIFESTACIONES DEL CONTROL

§ 22. La abogacía pública .....	183
a) Desafíos en el siglo XXI .....	183
b) Verdad material y buena fe .....	186
§ 23. Actividad consultiva y de control. El dictamen .....	189
§ 24. Los abogados del Estado. La Procuración del Tesoro de la Nación .....	194
§ 25. El control social .....	201
a) Transferencia .....	203
b) Acceso a la información pública .....	210
c) Cuatro fallos, una sola consecuencia: acceder a la información .....	220
d) La participación ciudadana .....	231

#### CAPÍTULO V

#### RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

§ 26. Responsabilidad del Estado y responsabilidad patrimonial del funcionario .....	247
--	-----

§ 27. La responsabilidad patrimonial frente a la ley 26.944 y al Código Civil y Comercial .....	252
a) La ley 26.944 .....	252
b) La responsabilidad patrimonial en el ámbito provincial y nacional y los plazos de prescripción .....	255
§ 28. Características de la responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos .....	259
§ 29. Presupuestos de la responsabilidad patrimonial .....	263
§ 30. Las particularidades del sistema de la ley 24.156 .....	265
a) Régimen reglamentario .....	266
b) Síntesis de la interpretación de la PTN ...	277
§ 31. El extraño caso del decreto 196/2015 .....	281
<i>Bibliografía</i> .....	285

## CAPÍTULO PRIMERO

### CONCEPTOS FUNDAMENTALES

#### § 1. INTRODUCCIÓN

La diversidad de manifestaciones del control público impide abarcar todas las regulaciones y procedimientos que implica.

Con esa limitación y priorizando algunas de sus especies, creemos apropiado abordar en forma concisa ciertas figuras que se vinculan con el ejercicio de aquella función.

En primer lugar nos referiremos a los conceptos de Administración pública y gestión, para desmitificar la idea de que se trata de nociones disociadas o incompatibles y, a su vez, para entender cómo ambas se convierten en un objeto de especial atención de los controles no judiciales.

Este abordaje no tiene otro objetivo que recordar la complejidad que la Administración involucra y la existencia de conceptos que complementan su realidad. Entre ellos, el de gestión, denominación que proviene de disciplinas ajenas al derecho administrativo, y que en las últimas décadas aparece incorporada a éste, aunque muchas veces para contraponerla al modelo burocrático.

En realidad, se trata de diversas miradas sobre un mismo objeto.

Luego, se consideran al presupuesto y la rendición de cuentas, ya que se trata de instrumentos esenciales -y complementarios entre sí- donde confluyen todos los poderes del Estado y, directa e indirectamente, los diversos controles. Por ejemplo, el Poder Legislativo encuentra en ambos instrumentos las herramientas para verificar el grado de cumplimiento de las políticas públicas diseñadas por él y el Poder Ejecutivo. También este último organiza su plan de acción de gobierno en el proyecto de presupuesto y evalúa su ajuste o desvíos al preparar las rendiciones de cuentas.

Pero existe otra nota que nos obliga a referenciarlos: ambos son herramientas de información sobre los objetivos, la obtención y la aplicación de fondos públicos; datos fundamentales en un Estado democrático.

¿Dónde se ubica el control? En todos los circuitos, en toda la gama de sistemas y procedimientos, dictámenes, informes, actos, cada uno con su propia modalidad.

## § 2. BREVES COMENTARIOS SOBRE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Si bien el control al que nos vamos a referir no comprende a la Administración como único objeto de verificación y evaluación, las competencias a su cargo y el protagonismo que adquirió en las últimas décadas por la influencia de la participación ciudadana obliga a acercarnos, aunque someramente, a algunos de los estudios realizados en su ámbito.

Introducirse en el desarrollo de esta organización es siempre un desafío, y es utópico pretender agotar los caminos que la historia, la sociología, la economía, las ciencias de la administración, el derecho, han

trazado para explicarla, entenderla, criticarla, etcétera. Sigue siendo una especie de *Leviatán* de contornos indefinidos, discutibles y, por supuesto, con rasgos de omnipotencia.

Traemos nuevamente a colación el pensamiento de Joan Subirats, respecto de que "administración significa distintas cosas desde los diferentes observatorios que se escojan, no permitiendo un significado unívoco ni desde el punto de vista teórico ni desde el punto de vista práctico"<sup>1</sup>.

En su relación con el Estado, el término "administración" se aplica en dos sentidos: *a*) una clase de actividad (objetivo), y *b*) los entes que la desarrollan, la estructura o aparato administrativo (subjetivo).

A partir del segundo de ellos, recuérdese el debate generado respecto de si la noción comprende todos los órganos que ejercen función administrativa (con prescindencia de su ubicación institucional, es decir, aun aquellos que pertenecen a los poderes Legislativo y Judicial) o solamente aquellos que se ubican en el ámbito del Poder Ejecutivo.

A su vez, respecto de este último criterio, corresponde interrogarse si incluye a todos los órganos o entes que lo conforman, con prescindencia del tipo de función que ejercen (en el supuesto que se aceptara el ejercicio de funciones materialmente jurisdiccionales y legislativas).

Este cuestionamiento se completa con otras incertidumbres como -en el caso argentino- si las sociedades y empresas del Estado, los entes cooperadores, entre otros, forman o no parte de la Administración.

<sup>1</sup> Subirats, *La Administración pública como problema. El análisis de políticas públicas como propuesta*, "Documentación Administrativa", n° 224-225, oct. 1990 - marz. 1991, p. 17.

El Código Civil y Comercial unificado –vigente desde 2015– parece despejar las dudas acerca de la naturaleza jurídica de las sociedades estatales.

Si bien se trata de una solución normativa con la que hemos disentido, el art. 149 es claro al indicar que *“la participación del Estado en personas jurídicas privadas no modifica el carácter de éstas. Sin embargo, la ley o el estatuto pueden prever derechos y obligaciones diferenciados, considerando el interés público comprometido en dicha participación”*.

En cierto modo, la experiencia en el país nos indica que durante las épocas de emergencia<sup>2</sup>, por aplicación de la doctrina del “velo de la personalidad”, las empresas y sociedades de Estado –en cualquiera de sus formas– fueron alcanzadas por las restricciones propias de esas etapas, con lo cual no descartamos que tal interpretación continúe aplicándose.

En ese sentido, la utilización por parte del Estado nacional de figuras empresariales o societarias a las cuales se las exime de las reglas propias de la Administración pública –sujetándolas al derecho privado– no puede constituir una valla a la concreción de derechos fundamentales, tales como el acceso a la información. Así lo interpretó la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Giustiniani, Rubén H. c/YPF SA s/amparo por mora”, del 10 de noviembre de 2015 al insistir en que *“la información no pertenece al Estado sino que es del pueblo de la Nación Argentina”* y que, por lo tanto, la naturaleza jurídica de una sociedad creada por el Estado no puede ser obstáculo para gozar de ese derecho.

<sup>2</sup> La ley 25.561 (modif. por ley 25.820) declaró la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, y fue prorrogada desde el año 2004.

Por ley 27.200 la prórroga se extendió hasta el 31 de diciembre de 2017.

Sin dejar de reconocer la recurrente importancia de la conformación de las administraciones públicas, nos interesa recalcar que se trata de una organización ante la cual el ser humano se presenta vistiendo distintos ropajes jurídicos: el usuario, el consumidor, el oferente, el proveedor, el jefe y jefa de hogar, el agente público; en definitiva, el ciudadano en todas sus manifestaciones.

Y en ese ámbito, confluyen una gama de peticiones, consultas y reclamos, junto con otra variación de notas internas, circulares, dictámenes y decisiones, sumadas al abrumador silencio que pueden presentar los efectos negativos.

Hay una particularidad que siempre estará presente en su existencia: la idea del servicio<sup>3</sup> y la satisfacción de derechos fundamentales, como fines que la justifican.

Por tal razón, los controles que sobre ella se ejerzan deben mirar esta realidad, en la comprensión de que resultan medios esenciales dirigidos a tales cometidos.

En cuanto a su estudio, la Administración pública ha sido objeto de análisis a través de variadas vertientes, cuya consideración excede este trabajo. Sólo se acercarán referencias que indican los estudios multidisciplinarios de esta materia.

<sup>3</sup> García de Enterría y Fernández la consideraron como “una organización servicial de la comunidad de ciudadanos y no una instancia superior y extraña a ellos”; “La Administración pública no es representante de la comunidad, sino una organización puesta a su servicio, lo cual es en esencia distinto. Sus actos no valen por eso como propios de la comunidad –que es lo característico de la ley, lo que presta a ésta su superioridad y su irresistibilidad–, sino como propios de una organización dependiente y necesitada de justificarse en cada caso en el servicio de la comunidad a la que está ordenada” (*Curso de derecho administrativo*, t. I, p. 30 y 31 y t. II, p. 18).

### § 3. ACERCA DE LAS CIENCIAS DE LA ADMINISTRACIÓN

Tanto las ciencias de la administración y sus manifestaciones en Europa y los Estados Unidos de América, como el derecho administrativo, recorrieron caminos en los que se sucedieron estudios que entrelazaban nociones tales como legalidad, gobierno, política e interés general.

A modo referencial, cabe mencionar que se reconocen a Turgot y Bonnin como los reformadores administrativistas del Estado absolutista francés e inspiradores del nacimiento de la ciencia de la administración.

El primero, en su carácter de intendente de Limoges entre 1761 y 1774 y luego como Contralor General de Finanzas, tuvo la experiencia y conocimientos suficientes para forjar los cimientos de lo que luego sería aquella ciencia.

Los estudios de su vida y obra indican una visión acerca de la necesidad de iniciar la reforma administrativa francesa de esa época, la que a su criterio debía partir de la reforma municipal, la libertad económica, la supresión de restricciones y desigualdades sociales, una normal y eficiente administración de un territorio nacional único y homogéneo. Francia debía reencauzarse hacia el sistema republicano y para ello debían adoptarse medidas para organizar la Administración.

En su "Memoria" sobre las municipalidades expone la necesidad de regenerar la autonomía de las comunas y las competencias que el monarca debía devolverles; ideas reformistas que sin embargo disgustaron al rey y que llevaron a su caída en 1776. El absolutismo del siglo XVI había suprimido los poderes intermedios, entre ellos, la autonomía municipal, por lo tanto no había in-

terés en volver sobre aquellos viejos esquemas. Pero su proyecto fue reflatado por otros ministros, como Colonne, aunque sin éxito<sup>4</sup>.

Es así como la ciencia de la administración reconoce sus cimientos en Turgot, aunque es concretamente hija de la Revolución Francesa.

La obra de Bonnin, *Principes d'administrative publique* -que data de cien años antes que los estudios de Taylor y Fayol- es considerada el libro fundacional de la ciencia de la administración pública, puesta al servicio del Estado revolucionario, lo más importante escrito en la materia y uno de los monumentos intelectuales más relevantes de las ciencias sociales<sup>5</sup>.

Aquel pensador francés es quien desecha la palabra policía utilizada en Francia para identificar la administración. Ésta, mezclada con el gobierno, encarnó la llamada policía y sus estudios la "ciencia de la policía", extendida principalmente en el siglo XVIII.

Policía y administración no son lo mismo en aquella época; la policía era una tecnología administrativa pero no administración<sup>6</sup>. Aquella idea fue superada por Bonnin, quien sin desterrar el espíritu de la policía, la sustituye implementando un sistema que pretendía desterrar la arbitrariedad y la discreción ilimitada del gobernante<sup>7</sup>.

La policía había identificado a las épocas absolutistas. El esquema autoritario que ella imponía en la regulación de los procesos de gobierno tuvo un impor-

<sup>4</sup> Guerrero, *La teoría de la Administración pública*, p. 45 a 52.

<sup>5</sup> Guerrero, en Bonnin, *Principios de la Administración pública*, p. 9 a 14.

<sup>6</sup> Guerrero, *La teoría de la administración pública*, p. 59.

<sup>7</sup> Guerrero, *Estudio introductorio*, en Bonnin, *Principios de la Administración pública*, p. 18 y 19.

tante desarrollo en Francia, aunque no alcanzó el estatus de ciencia como en Alemania.

Cabe recordar que en este país la formación y el desarrollo de la Administración debe buscarse en las ciencias de la administración. Sus antecedentes fueron las disciplinas administrativas conocidas como "cameralística".

Dentro de estas ciencias camerales se ubicaba la ciencia de la policía. La "Cámara" se convirtió en el centro de la Administración prusiana, para posteriormente convertirse en el modelo de la organización gubernamental colegiada y cameral, con funciones en materias como las finanzas, la política internacional, la administración, la justicia, e incluso se dedicó a cuestiones de comercio, industria, guerra, según las épocas<sup>8</sup>.

El desarrollo durante tres siglos de la administración cameral prusiana comienza a extinguirse lentamente a partir de Federico Guillermo II (1786-1797) y ya en el siglo XIX se consolida la administración burocrática.

Otro de los grandes reformadores del Estado absolutista fue el Barón von Stein, cuya obra —análoga a la de Turgot y Bonnin— sentó las bases para la reorganización de la Administración prusiana. Un aspecto para destacar de sus propuestas fue que la burocracia debía ser marginada de las grandes tareas del Estado y sustituirse por la participación ciudadana<sup>9</sup>.

En Francia, depuesto el absolutismo, el espíritu republicano recuperó las tradiciones romanas de gobierno basadas en la ley, dando cauce al Estado de derecho. En este proceso, la Revolución Francesa tuvo un especial protagonismo. La desarticulación de la anti-

<sup>8</sup> Nieto García, *El mito de la Administración prusiana*, p. 29 a 32.

<sup>9</sup> Guerrero, *La teoría de la Administración pública*, p. 126 a 128.

gua estructura de los dos componentes generales (gobierno y administración) marcó un cambio progresivo, gradual, que incluso reconoció sus inicios en la muerte de Luis XIV (1715) y que sufrió cambios y conflictos de diversa naturaleza.

Los efectos positivos que surgen de la caracterización de la Administración pública a partir del siglo XVIII no implican negar su existencia desde la antigüedad y el hecho de que el Estado administraba; sin embargo, esa administración era anónima, incógnita y confundida con otras manifestaciones de aquél.

En ese sentido, bien se sostiene que administrar implicaba ejercitar actos de autoridad, con presencia de una arbitrariedad absoluta en la Administración. Los principios eran reglas precarias que cambiaban con los hombres que las ejercitaban, "haciendo de los ciudadanos un juguete de las pasiones, del orgullo, la envidia o la negligencia de quienes ocupaban cargos públicos y se sucedían en ellos"<sup>10</sup>.

Así, la evolución de la Administración pública, la influencia de la Revolución Francesa y el protagonismo de Napoleón fueron terreno fértil para su estudio a través de la llamada "ciencia de la Administración" o "ciencia del administrador", como también la ha denominado Bonnin, reconocido como su mentor, apoyándose ya en 1809 en la estadística, mediante la cual estudia la población, los productos territoriales y la industria.

En sus términos, esta ciencia "establece las relaciones entre la sociedad y los administrados, y los medios de conservar esas mismas relaciones por la acción de la autoridad pública sobre las personas y propiedades en todo lo que interesa al orden social, llevando siem-

<sup>10</sup> Guerrero, *La teoría de la Administración pública*, p. 99 y 100.

pre en consonancia el interés público con el privado"<sup>11</sup>. La divide en administración general y administraciones especiales.

Son ilustrativos los estudios de Charles Debbasch, con el análisis que realiza de la Administración en la ciencia administrativa europea, el que es revalorizado a principios del siglo XIX por autores de formación diversa, surgidos de profesiones técnicas, como Henry Ford, o jurídicas, como Macarel, F. Laferriere, Aucoc o Von Stein. Debbasch advierte que no debe confundirse la ciencia administrativa con el derecho administrativo<sup>12</sup>, pero admite que a pesar del convencimiento de la necesidad de una ciencia administrativa, se iba a presentar un monopolio de aquel derecho durante más de un siglo. Así, "la enseñanza y la investigación se realizan exclusivamente sobre el derecho administrativo. Esta orientación jurídica se explica por la inclinación natural de las facultades de derecho, que hasta inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial se habían negado a extender sus enseñanzas a la economía, a la política y a lo social". Desde una óptica histórica, se explica que prevaleció el estudio de los privilegios y los elementos jurídicos por sobre la investigación del funcionamiento concreto de la Administración.

El despertar de la ciencia administrativa que había estado ignorada, data de la segunda mitad del siglo XX,

<sup>11</sup> Bonnin, *Principios de Administración pública*, p. 317.

<sup>12</sup> Para este autor, "la primera comprende a la vez la parte reglamentaria y técnica de la administración y del propio derecho administrativo, y además, los grandes principios de la administración y los conocimientos accesorios que forman al verdadero administrador y le preparan en su perfeccionamiento; el segundo, mucho más limitado en su objeto, comprende los derechos respectivos y las mutuas obligaciones de la administración y de los administrados" (Debbasch, *Ciencia administrativa. Administración pública*, p. 30 a 34).

cuando los cambios sociales muestran un atraso en la reforma de las estructuras administrativas.

En cuanto al enfoque desde el derecho administrativo, se reconoce que de los gobiernos que sucedieron a la Revolución Francesa surgió una Administración pública personificada que se caracterizó por la adopción del principio de la competencia objetiva<sup>13</sup>.

En el período anterior caracterizado como Estado de policía, según ya se señaló, el afianzamiento y consolidación del poder del príncipe se apoyaba en el *ius politiae*, que lo facultaba a ejercer sobre los administrados el poder suficiente para procurar el orden público y el bienestar general. La institución de la expropiación por causa de utilidad pública reconoce su origen en esas etapas<sup>14</sup>.

En definitiva, la identidad que se le otorgó a la Administración pública a partir de la Revolución Francesa no fue obstáculo para reconocer su carácter histórico, dialéctico y propio del devenir de las instituciones, con antecedentes anteriores. Pero su consolidación en

<sup>13</sup> Cassagne, *Derecho administrativo*, t. I, p. 129 y 130, quien reconoce al derecho administrativo como una categoría histórica y critica a quienes sostienen que tuvo su génesis en la Revolución Francesa, sin perjuicio de la caracterización que toma la Administración a partir de dicha época. En tal sentido, la disciplina toma un gran número de técnicas y principios provenientes del derecho regio, aun cuando no existía una elaboración orgánica de normas y principios. En tal sentido, Gordillo afirma que en cuanto conjunto de normas que regulan las relaciones del Estado con los particulares, existió siempre desde el nacimiento del Estado. "Pero ello no ha sido suficiente *ab origine* para la creación de una disciplina", pues esa época era la de las monarquías absolutas, en las cuales el derecho administrativo se agotaba en un único precepto: "Un derecho ilimitado para administrar; no se reconocen derechos del individuo frente al soberano; el particular es un objeto del poder estatal, no un sujeto que se relaciona con él" (Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, cap. II-1).

<sup>14</sup> Cassagne, *Derecho administrativo*, t. I, cap. II-1.

el vocabulario jurídico está presente luego de aquella Revolución<sup>15</sup>.

Entre sus finales y el segundo Imperio se construye el derecho administrativo como "régimen administrativo" con las particularidades de una Administración fuertemente centralizada, jerárquica, un conjunto de prerrogativas atribuidas a ella, a consecuencia del poder jurídico, y con el juzgamiento de la actividad administrativa ilegal a cargo de tribunales administrativos.

Así, en sus orígenes, el derecho administrativo fue el derecho de la Administración. Estas características identificaron un sistema continental europeo, que se expandió a otras latitudes.

La ruptura de esa ecuación se produce por la injerencia progresiva de la disciplina a esferas que eran exclusivas del derecho privado, además de regular nuevas conductas y situaciones sin regulación. De esta forma, la Administración pública dejó de constituir un concepto delimitador del contorno y contenido del derecho administrativo<sup>16</sup>.

Por último, si se ha aludido a las ciencias de la administración, justo es mencionar a Estados Unidos de América y su inicio con Woodrow Wilson (1884), y sus diferentes etapas.

En sus orígenes la tesis exclusiva identificaba a la administración del Estado con la de los negocios privados. Esta concepción, junto a la diferenciación que se hacía entre administración y política, eran pilares de esos estudios. En salvaguarda de los derechos y libertades individuales, se entendía que era necesario que los servicios públicos y sus agentes estuvieran sometidos

<sup>15</sup> Santofimio Gamboa, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, p. 32 a 35.

<sup>16</sup> Cassagne, *Derecho administrativo*, t. I, p. 131 a 133.

dos en las relaciones jurídicas a las normas de derecho común. Consecuentemente, imperaron los criterios de que la Administración debía cumplir sus tareas como lo haría un particular, de que era necesario identificar la eficacia de aquellas con las que se cumplía en las empresas privadas, evitando que la función pública se separara del mundo del trabajo<sup>17</sup>.

El desarrollo de la ciencia jurídica de la administración contiene en Estados Unidos tendencias muy variadas. Tradicionalmente, su evolución se divide en cinco períodos: a) etapa inicial u ortodoxa; b) *New Deal*: -mitad del siglo xx-; c) décadas de los cincuenta y los sesenta; d) los años setenta y ochenta, y e) los años noventa<sup>18</sup>.

Pero, ¿qué es lo que se pretende demostrar con esta apretadísima síntesis y el relato de una ínfima parte de la evolución de las administraciones? Pues su complejidad.

Desde sus orígenes la Administración pública ha sido objeto de conspicuos estudios e investigaciones, en los que confluyeron -y continúan haciéndolo- el derecho, la economía, la sociología, la política, la tecnología, ya sea para analizar su evolución histórica, o para explicar su funcionamiento y las relaciones que en ella se desarrollan.

#### § 4. SECTOR PÚBLICO NACIONAL

La ley 24.156, modificada por la ley 25.565, incorpora la noción de sector público nacional (SPN). El art. 8° describe su composición.

<sup>17</sup> Debbasch, *Ciencia administrativa. Administración pública*, p. 33 y 34.

<sup>18</sup> Ivanega, *Principios de la Administración pública*, cap. II.

a) Administración central y los organismos descentralizados, que comprenden estos últimos las instituciones de seguridad social.

b) Empresas y sociedades del Estado que abarcan 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 tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias. Serán aplicables las normas de esta ley, en lo relativo a la rendición de cuentas de las organizaciones privadas a las que se haya acordado subsidios o aportes y a las instituciones o fondos cuya administración, guarda o conservación esté a cargo del Estado nacional a través de sus jurisdicciones o entidades.

c) Entes públicos excluidos expresamente de la Administración nacional, que abarca a cualquier organización estatal no empresarial, con autarquía financiera, personalidad jurídica y patrimonio propio, donde el Estado nacional tenga control mayoritario del patrimonio o de la formación de las decisiones, incluyendo aquellas entidades públicas no estatales donde el Estado nacional tenga el control de las decisiones.

d) Fondos fiduciarios integrados total o mayoritariamente con bienes o fondos del Estado nacional.

Por decr. 1344/07 se reglamentó la ley, fijando que se consideran incluidos en la Administración central a los poderes Ejecutivo, Legislativo, Judicial y al Ministerio Público. Asimismo, prevé que "para el funcionamiento de sus sistemas de administración financiera y de control, las universidades nacionales, en virtud de su carácter de organismos descentralizados, están encuadradas en las disposiciones de la ley y de este reglamento, independientemente del tratamiento presupues-

tario que reciban los aportes que les otorgue el Tesoro Nacional".

El criterio utilizado para definir e integrar el SPN es eminentemente presupuestario. Administración central, descentralizada, figuras empresariales del Estado, entes no estatales y fondos, confluyen en una noción que permite cumplir con el principio de universalidad del presupuesto público<sup>19</sup>.

Ello encuentra sustento, además, en una de las características básicas de la ley, al definir, a los efectos de los sistemas de administración financiera, los conceptos de entidad y jurisdicción. Son jurisdicciones las siguientes unidades institucionales: a) Poder Legislativo; b) Poder Judicial, y c) Presidencia de la Nación, los ministerios y secretarías del Poder Ejecutivo nacional<sup>20</sup>.

Se entiende como entidad "toda organización pública con personalidad jurídica y patrimonio propio", de acuerdo al art. 9° de la ley 24.156, complementado por el regl. parcial 3. Por lo tanto son entidades cada uno de los organismos descentralizados y cada una de las empresas públicas.

## § 5. LA GESTIÓN PÚBLICA. CONCEPTO Y ALCANCE

Según indicamos, el término gestión pública se introdujo en las últimas décadas como otra forma de identi-

<sup>19</sup> Este principio implica que todo aquello que constituya materia del presupuesto debe ser incorporado, necesariamente, en él.

<sup>20</sup> Reglamentado por el decr. 1344/07, art. 9°: "Los créditos presupuestarios de la Administración central para atender las erogaciones de la deuda pública se incluirán en la Jurisdicción 90 - Servicio de la Deuda Pública y aquellos otros gastos originados por los compromisos asumidos por el Tesoro Nacional y que por sus características específicas no puedan asignarse a las jurisdicciones indicadas en la ley, se consignarán en la Jurisdicción 91 - Obligaciones a cargo del Tesoro".

ficar a la Administración pública. Nació en un contexto distinto del que rodeó la tradicional organización administrativa, llevando consigo ciertas incógnitas acerca de si se está frente a un campo de estudio independiente, de una escuela o de investigaciones pasajeras<sup>21</sup>.

Durante la segunda mitad del siglo xx, el enfoque jurídico-tradicional de la Administración pública comienza a ser puesto en tela de juicio, ante la necesidad de comprender las complejidades del Estado, máxime frente a la ampliación de su intervención en diversos sectores de la economía, durante la etapa identificada como la del Estado benefactor u omnipresente. En esta época aparece la "escuela de las políticas públicas" como un nuevo contexto de análisis, que pretende aprehender una realidad compleja, difusa y multifacética, que va a interesarse por la gestión pública.

Luego, el paso hacia el Estado regulador a fines de la década de los setenta, implicó una nueva configuración del aparato gubernamental, transformación que también llevó a replantear los criterios anteriores, en particular por el cambio del rol del Estado a quien los asuntos públicos ya no le correspondían con exclusividad. La sociedad pasó a tener una incidencia directa en el manejo de aquéllos.

Esta realidad deriva en una serie de estudios de la gestión y de la gerencia pública, en los cuales los enfoques parten de entender, analizar y describir un sistema de redes de dependencias gubernamentales, cómo se interrelacionan entre sí y con el usuario, manejan los recursos públicos, se redefinen sus misiones, etcétera.

En síntesis, los orígenes de la gestión pública tienen contornos poco definidos, pues se trata de un término

<sup>21</sup> En ese sentido, ver Cabrero Mendoza, *Estudio introductorio*, en Bozeman (coord.), "La gestión pública. Su situación actual", p. 19 a 36.

y de las disciplinas que la estudian que resultaron producto de una evolución institucional, más que de un desarrollo intelectual. Es así que como campo de estudio parece haber surgido a finales de los años setenta y comienzos de los ochenta, en dos ámbitos distintos: a) las escuelas comerciales, y b) las escuelas de políticas públicas. Por ello, se presentan dos versiones de gestión pública, que en cierta forma se han entendido como rivales<sup>22</sup>.

Las primeras reconocen una cercanía con la noción de Administración pública histórica y se preocupan por desarrollar la teoría empírica, centrándose en identificar y explicar las diferencias reales y concretas entre organizaciones públicas y privadas. Es un enfoque orientado hacia los procesos, la gestión estratégica, el diseño de las organizaciones, el personal, el presupuesto, preocupándose más por el administrador público de carrera que por el político.

Las escuelas de políticas públicas que tradicionalmente rechazaron la vieja concepción de la Administración pública se orientaron a un análisis cuantitativo formal, aplicado principalmente a la economía. Pero ello constituyó una limitación en el sector público, que casi no demandaba tal tipo de análisis, lo que llevó a que, sin renunciar a la idea de apartarse del campo anticuado de la Administración, se comenzara —a mediados de la década de los setenta— a emplear el término "gestión pública". Por esta razón, se entiende que para estas escuelas, dicho término fue la respuesta a un problema más que una idea, lo cual lo torna nebuloso. Luego, adquirió su propia identidad, centrándose en la llamada "gestión de las políticas de alto nivel", cuyo

<sup>22</sup> Bozeman, *Introducción: dos conceptos de gestión pública*, en Bozeman (coord.), "La gestión pública. Su situación actual", p. 37 a 48.

objeto de estudio no recae en la administración diaria de las dependencias, sino en los ejecutivos políticos, como señala Bozeman.

La utilización de las denominaciones "gerencia" y "gestión" públicas se basa en estos enfoques. La primera identificó el estudio de las escuelas de negocios que recuperan los conceptos básicos de la administración de empresas, con menos rigurosidad para distinguir las esferas pública y privada. En cambio, la noción de gestión pública es utilizada por las escuelas de políticas públicas.

Ahora bien, recuérdese que éstos son criterios que surgieron en el contexto estadounidense y que, por lo tanto, respondieron a realidades y condiciones de las dependencias gubernamentales de ese país, las que marcaron el contenido y objetivos de las nuevas disciplinas<sup>23</sup>.

Estas apreciaciones no son menores si se pretende transpolar tales estudios a la realidad latinoamericana, ámbito en el que los problemas de la gestión pública son ciertamente diferentes a los que transcurren en su país de origen.

En síntesis, la gestión pública y todo lo que ella involucra (modalidades, reformas, consecuencias) ha sido particularmente objeto de estudios doctrinarios, y también de programas y proyectos de organismos internacionales. El término fue incorporado en reformas constitucionales, legales y aplicado para identificar nuevas estructuras de organización.

La preocupación por sus implicancias y la necesidad de entender qué se pretendía con los nuevos sistemas de gestión llevó al dictado de documentos internacionales que contienen objetivos y propuestas.

<sup>23</sup> Cabrero Mendoza, *Estudio introductorio*, en Bozeman (coord.), "La gestión pública. Su situación actual", p. 29 a 32.

Las Cartas Iberoamericanas aprobadas en el marco del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) son ejemplo de ello.

En 1998, su Consejo Científico elaboró un documento doctrinario denominado "Una nueva gestión pública para Latinoamérica", aprobado en sesión del 14 de octubre de ese año por el Consejo Directivo.

Allí se exponen las dificultades de las administraciones públicas de los países latinoamericanos y la necesidad de promover la reforma gerencial de dichos Estados. A partir de la reconstrucción estatal y la recuperación de la capacidad de gestión, los países podrían enfrentar en forma más exitosa los problemas de la redemocratización, del desarrollo económico y de la distribución de la riqueza. Si bien se admite que el modelo gerencial tiene su inspiración en las transformaciones organizacionales del sector privado (modificándose la forma burocrático-piramidal de administración, flexibilizando la gestión, disminuyendo los niveles jerárquicos, aumentando la autonomía de decisión de los gerentes y priorizando los resultados efectivamente producidos), se propicia que debe adecuarse al contexto político democrático en el cual está inserto el sector público.

En años posteriores, se suceden una serie de consensos, cartas y códigos, que ponen énfasis en diversos aspectos de la nueva gestión pública (participación, calidad, gobierno electrónico, buen gobierno, función pública)<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> Carta Iberoamericana de la Función Pública, respaldada por la XIII Cumbre Iberoamericana, Bolivia, noviembre de 2003; Código Iberoamericano de Buen Gobierno, respaldado por la XVI Cumbre Iberoamericana, Uruguay, noviembre de 2006; Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico, adoptada por la XVII Cumbre Iberoamericana, Chile, noviembre de 2007; Carta Iberoamericana de Calidad en la Ges-

Nos interesa destacar la Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública del año 2008, la que se inscribe en la propuesta de adecuar el funcionamiento de las Administraciones públicas, para garantizar que sean instrumentos útiles, efectivos y confiables al servicio de las sociedades.

Vincula, en el Preámbulo, la calidad en la gestión pública con dos propósitos fundamentales de un buen gobierno democrático: "1) toda gestión pública debe estar referenciada a la satisfacción del ciudadano, ya sea como usuario o beneficiario de servicios y programas públicos, o como legítimo participante en el proceso, formulación, ejecución y control de las políticas públicas bajo el principio de corresponsabilidad social; 2) la gestión pública tiene que orientarse para resultados, por lo que debe sujetarse a diversos controles sobre sus acciones, suponiendo entre otras modalidades la responsabilización del ejercicio de la autoridad pública por medio del control social y rendición periódica de cuentas".

Con posterioridad, se dictó la Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, aprobada en el año 2013, que incluyó principios y criterios con fundamento en las Cartas anteriores vinculadas a la gestión pública.

Es allí donde se define a la *buena administración* como un derecho fundamental y, por ende, arraigado en la dignidad del hombre.

tión Pública, adoptada por la XVIII Cumbre Iberoamericana, El Salvador, octubre de 2008; Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública, adoptada por la XIX Cumbre Iberoamericana, Portugal, diciembre de 2009; Gestión Pública Iberoamericana para el Siglo XXI, documento aprobado por la XL Reunión Ordinaria del Consejo Directivo del CLAD, Santo Domingo, República Dominicana, noviembre de 2010; Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, aprobada por el Consejo Directivo, Caracas, octubre de 2013.

Ahora bien, la importancia de analizar, mejorar y evaluar la acción de la Administración pública y los métodos por ella aplicados, no puede llevar a confusión respecto del rol que tienen los otros poderes del Estado. Una simple lectura de los principios y objetivos que caracterizan una gestión pública de calidad, confirma que estamos frente a exigencias del actual Estado de derecho.

En efecto, son los tres poderes estatales los que en el marco de sus competencias, deben propender al cumplimiento de los principios que permitan la satisfacción de los derechos del ciudadano, y que hagan posible la participación, la rendición de cuentas, la igualdad, la transparencia, etcétera.

Si bien la gestión directa está a cargo de la Administración, el marco constitucional y legal que delimitan sus acciones, y el control judicial sobre éstas, conforman un sistema integrado.

Por otra parte, frente a la proliferación de los instrumentos internacionales, y a que la mayoría de los países latinoamericanos ha incorporado a sus Constituciones disposiciones vinculadas a los componentes de la gestión pública moderna (en particular los relativos a la eficiencia, eficacia, la participación ciudadana, la rendición de cuentas, entre otras), el panorama actual nos muestra que esa noción y los elementos que la conforman se encuentran suficientemente arraigados en el orden jurídico, aspecto que podría suponer una fácil implementación.

Sin perjuicio de ello, y sin ánimo de teorizar, convencidos de que ningún sistema o modelo tiene atributos de perfección y de que, en general, su aplicación no suele tener todos los efectos positivos que pretendían quienes los formularon, sabemos que los países continúan presentando deficiencias de gestión de diversa ín-

dole, que marcan un continuo devenir en el que los ordenamientos jurídicos se convierten en utopías.

a) *LA NUEVA GERENCIA PÚBLICA*. Los estudios acerca de la gestión o gerencia pública que hemos indicado encuentran en la década de los setenta del siglo xx, una corriente conocida en estas latitudes como "La nueva gerencia pública". En esa época se acrecienta la preocupación por la dimensión, el costo y la eficacia del gobierno. Las quejas de la sociedad se centran en la insatisfacción de los servicios públicos, el aumento del gasto estatal y la existencia de estructuras gubernamentales sobredimensionadas que no logran satisfacer las mínimas demandas sociales.

Esa realidad fue el origen de un movimiento que instó la aplicación, al sector público, de modelos y técnicas propias del ámbito privado, con el objeto de paliar los efectos negativos de la ineficiencia de la organización estatal.

El *new public management* -nueva gestión o gerencia pública- conformó un movimiento que introdujo el *management* como eje central de los cambios que necesitaban las administraciones públicas.

La nueva gestión pública (NGP) puede significar "tantas cosas como personas interpreten y utilicen el concepto"<sup>25</sup>.

Esta corriente renovadora de la Administración pública surgió en un conjunto de países desarrollados (como Reino Unido, Estados Unidos, Australia, Nueva Zelanda y Canadá), para luego aplicarse a niveles de gobierno y sectores de actividad pública de diversos países.

<sup>25</sup> Peters, *De cambio en cambio: patrones de continuidad en la reforma administrativa*, "Reforma y Democracia", n° 24, oct. 2002, p. 46.

Los defensores de las técnicas y principios del *management* entendieron que resultaba una respuesta válida para los problemas de la gestión pública de distintas naciones. Esta forma de gestión resultaba útil para ideologías políticas contrapuestas, "ofreciéndose como un conjunto de instrumentos, con los que se puede lograr, tanto el desmantelamiento como la defensa del Estado del bienestar"<sup>26</sup>.

La tradicional caracterización de este movimiento es tanto el logro de la eficiencia, mediante técnicas de gestión similares a las aplicadas en el sector privado, como el intento de diseñar organizaciones públicas más participativas. Así, comprende: 1) la desregulación; 2) la agencialización; 3) la gerencialización, 4) la privatización; 5) la externalización; 6) la ética en la gestión pública, y 7) la participación ciudadana.

Con estas técnicas se intenta vertebrar un nuevo paradigma que se ha denominado "posburocrático". Por eso, la NGP no sólo es un conjunto de instrumentos para la mejora de la gestión, sino también un conjunto de valores ideológicos y administrativos<sup>27</sup>.

La gestión por resultados es una característica de este movimiento. Como indicaremos más adelante, el administrador público debe saber qué se espera de su gestión, de qué forma va a alcanzar los objetivos propuestos, la clase de beneficios que obtendrá y las sanciones que se le aplicarán durante su desempeño.

La consecuencia de su aplicación es un cambio de valores en el ámbito administrativo, pasando de la regularidad y la conformidad procedimental al rendimien-

<sup>26</sup> Echebarría, *Responsabilización y responsabilidad gerencial*, en Echebarría y otros, "Responsabilización y evaluación de la gestión pública", p. 292.

<sup>27</sup> Peters, *De cambio en cambio: patrones de continuidad en la reforma administrativa*, "Reforma y Democracia", n° 24, oct. 2002.

to. A ello se suma la presencia de un nuevo protagonista: el directivo, que desplaza progresivamente al viejo administrador político y que ocupa su terreno<sup>28</sup>.

La dimensión ideológica del *management* se acompaña de la construcción de un nuevo marco de responsabilidad con el consiguiente reordenamiento de las funciones políticas y administrativas que permitan legitimar los valores de eficacia y eficiencia en la gestión.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad gerencial son, según el autor citado en la última nota: 1) el rendimiento es un valor central de la buena gestión; 2) como actores centrales de la gestión se otorga poder y discrecionalidad a los directivos; 3) se delimitan los subsistemas de gestión como el ámbito propio del trabajo de los directivos, lo que incluye la introducción de una lógica de mercado real o simulada para promover la responsabilización, y 4) se establecen sistemas de control por resultados, asociados a incentivos y sanciones.

Los conceptos que conforman la NGP son, fundamentalmente, la eficacia y la eficiencia. La primera consiste en lograr o alcanzar los objetivos propuestos, las metas programadas o los resultados deseados. De esta forma, una actividad, un proyecto o un programa serán efectivos en la medida en que los propósitos o metas sean obtenidos o logrados<sup>29</sup>.

La eficacia es propia de la naturaleza de toda organización, dado que no podría concebirse organismo o ente público que careciera de objetivos, finalidades o propósitos que justifiquen su existencia.

<sup>28</sup> Echebarría, *Responsabilización y responsabilidad gerencial*, en Echevarría y otros, "Responsabilización y evaluación de la gestión pública", p. 292.

<sup>29</sup> Ivanega, *Mecanismos de control público y argumentaciones de responsabilidad*.

Es importante para lograr eficacia en la gestión que las metas propuestas sean mensurables, claras y precisas<sup>30</sup>.

De la idea de eficacia se desprende el carácter permanente de la Administración, "que realiza una actividad continuada requerida por el no agotamiento de las aspiraciones y necesidades sociales del interés general"<sup>31</sup>.

El problema de la eficacia estatal no es nuevo en la ciencia jurídica, pero actualmente se plantea en términos novedosos, no tradicionales. La exigencia de la consecución de efectos, resultados tangibles y reales, ocupa un primer plano por la prevalencia de lo que se denomina eficacia, efectividad o productividad<sup>32</sup>.

Ella ha sido incorporada a documentos internacionales e incluso como principio general de la "buena administración".

Para aquellos que aplican criterios sistémicos, lograr una Administración eficaz y profesional implica examinar la compleja interacción que puede resultar de un proceso que se inicia con una estrategia y concluye con el desarrollo de las medidas necesarias para llevar

<sup>30</sup> En este aspecto, los "presupuestos por programas" permiten establecer las metas proyectadas por cada entidad pública.

<sup>31</sup> Sanz Larruga, *La Administración pública española: su naturaleza jurídica*, en Rodríguez-Arana Muñoz (dir.) - Calvo Charrola (coord.), "La Administración pública española", p. 210. El autor cita la decisión del Tribunal Constitucional que admitió "con normalidad la naturaleza jurídica del principio de eficacia referido a las administraciones públicas que debe predicarse, no sólo de cada Administración pública, sino del entero entramado de los servicios públicos, y que forma parte del régimen jurídico determinante del estatuto general de la acción de la Administración en cuanto poder público y, concretamente, las potestades generales que se atribuyen a la misma" (STC, 22/1984).

<sup>32</sup> Parejo Alfonso, *La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración pública*, "Documentación Administrativa", nº 218-219, 1989, p. 15 y 16.

a la organización a dónde se pretende ir. Por eso, se considera a la eficacia un problema del sistema<sup>33</sup>.

La eficiencia es un criterio que relaciona la productividad de las operaciones o actividades con una medida, criterio o estándar de desempeño; está "unida a un modelo de rendimiento y se configura a través de la relación entre la productividad -insumos y resultado- y el modelo o patrón de rendimiento". Bajo este enfoque, su aplicación en la función pública encuentra sustento en el orden constitucional, al constituir un valor imprescindible para obtener el bienestar general y la prosperidad del país, pudiendo apreciarse respecto de la estructura de la Administración pública, desde un punto de vista estático y dinámico. El primero permite saber cómo se combinan sus componentes para producir el resultado esperado; la óptica dinámica lleva a considerar la actitud del aparato para responder a nuevas necesidades, con acciones adheridas al fin<sup>34</sup>.

En la práctica de las organizaciones públicas se han distinguido diversos tipos de eficiencia<sup>35</sup>: 1) eficiencia técnica y eficiencia económica, que apuntan, la primera a la relación entre los recursos y los resultados físicos; la segunda a la relación entre costes de utilización de los recursos con el valor de los resultados; 2) dentro de la eficiencia económica, se conocen la eficiencia en la asignación y la eficiencia productiva, según se trate de la distribución óptima de los recursos disponi-

<sup>33</sup> Uranga Cogollos, *El principio de eficacia en la organización administrativa*, "Documentación Administrativa", n° 218-219, 1989, p. 104 y siguientes.

<sup>34</sup> Mata, *Legalidad y eficiencia en la Administración pública*, en Cardón, "Estudios sobre tribunales de cuentas y de control público", p. 340, 341 y 343.

<sup>35</sup> Parejo Alfonso, *La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración pública*, "Documentación Administrativa", n° 218-219, 1989, p. 97 y 98.

bles, o del rendimiento en la utilización de los recursos disponibles, producción a mínimo coste, lo que implica una buena gestión, y 3) eficiencia operativa y adaptativa; la operativa se vincula con la planificación a largo plazo, con la formulación precisa de objetivos y de estándares de actividad; la segunda se relaciona con un entorno evolutivo y cambiante y, por ende, con la reformulación de objetivos mediante la flexibilidad.

Entre las nociones de eficacia y eficiencia existe un estrecho vínculo, pues mientras "la eficacia alude a la producción real o efectiva de un efecto, la eficiencia se refiere más bien a la idoneidad de la actividad dirigida a tal fin", según señala el mismo autor.

Ahora bien, la aplicación de la NGP en Latinoamérica tuvo diferentes resultados y ha sido objeto de algunos cuestionamientos.

Las reformas del Estado implementadas a partir de la década de los ochenta se enfocaron en tres áreas: 1) estrategias de recorte del gasto público, comenzando por la reducción de personal; 2) la privatización de empresas públicas, y 3) la descentralización, que implicó transferir a los gobiernos locales responsabilidades en la provisión de servicios y mayor poder fiscal. Luego se introdujeron los conceptos de efectividad, eficiencia, equidad y entorno como formas de mejorar el desempeño administrativo<sup>36</sup>.

Las administraciones públicas, de fuerte raigambre europea continental, sustentadas en modelos de organización burocráticos, se sumaban a una tradición *caudillista* que plasmaba una cultura política en la cual el empleo público presentaba una realidad que necesitaba

<sup>36</sup> Nickson, *Transferencia de políticas y reforma en la gestión del sector público en América Latina: el caso del New Public Management*, "Reforma y Democracia", n° 24, oct. 2002, p. 115.

de reformas sustanciales, aunque reconociendo las idiosincrasias de las sociedades.

Con sumo acierto se sostuvo que "las reformas se han caracterizado por un amplio rango de 'soluciones' y por una variedad de estilos de intervención... Pero aún tenemos que preguntarnos hasta qué punto se puede aplicar a esta situación el aforismo 'mientras más cambia' (*plus çachange*). Es decir, al margen de todas las reformas –sean éstas exitosas o no– continúan existiendo una serie de problemas en la Administración pública en estos países, y algunos de esos problemas constituyen justamente el producto de los procesos previos de reforma"<sup>37</sup>.

La implementación de este modelo de gestión llevaba a la necesidad de que debiera definirse previamente el modelo de Estado, a efectos de implementar luego los instrumentos de gestión de acuerdo a aquel modelo seleccionado.

El hecho de que en los países latinoamericanos su aplicación no haya dado los resultados esperados, se debió en buena parte a que no se produjo un debate político sobre el modelo de Estado a implantar. Se decidió implementar un nuevo instrumental de gestión de la mano de la NGP, de carácter neoempresarial, que parte de unos valores ideológicos y administrativos que acaban, con el tiempo, por definir el nuevo modelo de Estado<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> Peters, *De cambio en cambio: patrones de continuidad en la reforma administrativa*, "Reforma y Democracia", n° 24, oct. 2002, p. 67. El autor se refiere tanto a los países de Europa, como a Estados Unidos de América y a los países latinoamericanos.

<sup>38</sup> Ramió Matas, *Los problemas de la implantación de la nueva gestión pública en las administraciones públicas latinas: modelo de Estado y cultura institucional*, "Reforma y Democracia", n° 21, oct. 2001, p. 75 a 116.

Es decir, el *cómo* (forma de gestionar) terminó definiendo el *qué* (modelo de Estado). La íntima vinculación de la nueva gestión con el diseño institucional de estos países y el intento de implantar a naciones con diferentes diseños institucionales –como, por ejemplo, los países latinos– los instrumentos de aquel modelo, según Ramió Matas, "pierden buena parte de sus supuestas bondades y se transforman en estrategias que dificultan, generando disfunciones, la consecución de eficacia y eficiencia en las instituciones públicas que han decidido 'importar' estas estrategias modernizadoras".

El nombre "gerencia pública" no constituye un "elixir milagroso para el campo de la Administración pública"<sup>39</sup>.

b) *LA GESTIÓN POR RESULTADOS*. Se trata de un modelo que propone la administración de los recursos públicos centrándose en el cumplimiento de las acciones estratégicas definidas en el plan de gobierno, durante un período de tiempo determinado, como explica Makon. La gestión y la evaluación de la acción de las organizaciones estatales se vinculan con las políticas públicas definidas para atender las demandas de la sociedad.

Al ponerse el acento en la medición del desempeño de la gestión pública, se distinguen productos y resultados. Los organismos públicos, responsables de una determinada producción pública, utilizan insumos financieros, humanos y materiales (que se asignan a través del presupuesto) para la producción de bienes y servicios –productos– destinados a conseguir los objetivos de política pública –resultados–. En estos términos, mientras la medición de productos puede asociarse a

<sup>39</sup> Rainey, *Gerencia pública: desarrollos recientes y perspectivas actuales*, en Lynn - Wildavsky (comps.), "Administración pública", p. 241.

un proceso continuo, al interior de las organizaciones, la medición de resultados tiene consecuencias que trascienden el ámbito de una institución<sup>40</sup>.

La gestión por resultados implica una administración de las organizaciones públicas, focalizada en la evaluación del cumplimiento de acciones estratégicas definidas en el plan de gobierno. En ese contexto, este modelo incentiva una fuerte descentralización en la toma de decisiones de gestión, para que la Administración pública pueda responder a las demandas sociales eficazmente, sin renunciar a la transparencia de la gestión. Esta descentralización –continúa explicando el autor citado– se apoya en un plan estratégico formulado en estrecha vinculación con el presupuesto del organismo, que precisa un conjunto de indicadores medibles y un sistema de incentivos racional.

Este sistema se ha implementado en diversos países, con el principal objetivo de incrementar la eficacia y el impacto de las políticas del sector público aumentando la responsabilización de los funcionarios por los resultados de su gestión.

Los antecedentes en la República Argentina vinculados con la implantación de un modelo de gestión por resultados en el ámbito de la Administración pública nacional, han sido calificados en dos categorías: las relacionadas con la reforma del Estado y las relativas al sistema presupuestario, financiero y de control de las acciones del gobierno.

En la primera se ubican la ley 24.629 –denominada de segunda reforma del Estado–, de 1996, en las que se regulan aspectos de reorganización administrativa, racio-

<sup>40</sup> Makon, *El modelo de gestión por resultados en los organismos de la Administración pública nacional*, V Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y la Administración Pública, República Dominicana, 2000.

nalización y eficiencia de las acciones de los funcionarios públicos.

El decr. 928/96 intenta establecer un modelo de gestión por resultados, y la obligatoriedad para los organismos descentralizados de diseñar planes estratégicos y el “nuevo rol” del Estado orientado al ciudadano, a la medición de resultados y a la jerarquización y participación de los recursos humanos<sup>41</sup>.

La segunda de las categorías se refiere a las leyes 24.156 y 25.152, de responsabilidad fiscal, que centra el análisis en la calidad de gasto público, instituyendo un Programa de Evaluación de la Calidad del Gasto administrado por la Jefatura de Gabinete de Ministros, la que tiene la facultad de celebrar acuerdos-programa con las organizaciones de la Administración pública nacional.

Por tales acuerdos, los organismos adquieren ciertas flexibilidades para la administración de sus recursos materiales y humanos, y facultades para modificar sus estructuras organizativas con sistemas de premios y castigos. Como contraprestación, las organizaciones se comprometen al cumplimiento de políticas, objetivos y metas debidamente cuantificadas, respetando los niveles acordados de gastos.

<sup>41</sup> Señala Makon que “como consecuencia de la aplicación del decr. 928/96, se encuentra una serie de normas de similar jerarquía que aprueban planes estratégicos para algunos organismos descentralizados. Si bien este cuerpo normativo colocó en la agenda pública los tópicos propios del modelo de gestión por resultados, pecó de formalista porque no priorizó el fortalecimiento de las capacidades gerenciales que permiten generar organizaciones creativas, alineadas estratégicamente y preocupadas por lograr resultados relevantes para el ciudadano” (*El modelo de gestión por resultados en los organismos de la Administración pública nacional*, V Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y la Administración Pública, República Dominicana, 2000).

Coincidimos en que resulta necesario profundizar los procesos de modernización, y superar los viejos esquemas burocráticos, en la medida en que su implementación no constituya un modelo único sino un conjunto de herramientas, con diferentes modalidades de implementación, sujetas al contexto político, social y económico de cada país y a la profundidad con que se pretenda aplicar<sup>42</sup>.

Es en sí misma un instrumento, un medio, nunca podrá ser un fin, pues para comprender y organizar a la Administración y todo el despliegue que involucra, deben articularse un conjunto de mecanismos que confluyan en mejorar su funcionamiento para satisfacer sus objetivos, esto es, la satisfacción de los derechos fundamentales en el marco del interés general.

#### § 6. LA "BUENA ADMINISTRACIÓN"

En los tiempos actuales, las fórmulas del "deber ser" de la Administración se relacionan con los conceptos de gobernanza y buena administración, denominaciones en las cuales se han reunido una serie de derechos en cabeza de los ciudadanos y un listado de deberes de cumplimiento obligatorio para la Administración y los gobiernos.

Hace quince años que la llamada *buena administración* fue consagrada como un derecho en la Carta Europea de los Derechos Fundamentales del año 2000, concepción que implica un derecho del ciudadano y un deber de la Administración.

<sup>42</sup> Ampliar las etapas y composición de ese modelo en Makon, *El modelo de gestión por resultados en los organismos de la Administración pública nacional*, V Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y la Administración Pública, República Dominicana, 2000.

Hay una larga nómina de principios y derechos que le dan sustento: ubicado cerca del ciudadano, ese modelo exige calidad de la organización pública, ética, eficacia, eficiencia, transparencia, comunicación con la sociedad, objetividad, responsabilidad de los funcionarios, rendición de cuentas, y así podemos continuar con una extensa lista de componentes que adquirirán significado en la medida en que la actividad administrativa se proyecte hacia el individuo y los núcleos sociales que éste conforma.

En este marco, los derechos fundamentales muestran una dimensión diferente, pues de una posición de "adversaria", la Administración pública pasa a tener una función de "guardiana"<sup>43</sup>.

Bajo este rol, tiene la directa responsabilidad de equilibrar derechos individuales y necesidades de la sociedad en su conjunto, ya que se trata de un ámbito en el cual bien individual e interés general aparecen opuestos en más de una ocasión. Superadas las viejas concepciones basadas en una Administración autoritaria, limitadora de los derechos fundamentales y libertades públicas, ella se presenta como eje central en la reformulación de la relación con el ciudadano.

En el año 2013, el CLAD aprobó la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, la que tiene una visión dinámica y sistémica en el abordaje de dicho vínculo y que abarca los diversos elementos que componen la Administración, entre ellos: los procedimientos (contables, administrativos, técnicos), los recursos presupuestarios, los servicios tecnológicos, los ser-

<sup>43</sup> Bacellar Filho, *Dignidad de la persona humana, garantía de los derechos fundamentales, derecho civil, derechos humanos y tratados internacionales*, "Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo", año 9, n° 9, 2009, p. 150.

vidores públicos, los controles y evaluaciones y, por supuesto, la interacción con el ciudadano.

En ese instrumento se consagra el derecho fundamental a la *buena administración*, definida en el Capítulo Tercero como aquella en la que los asuntos de naturaleza pública son "tratados con equidad, justicia, objetividad, imparcialidad, siendo resueltos en plazo razonable al servicio de la dignidad humana. En concreto, el derecho fundamental a la buena Administración pública se compone, entre otros, de los derechos señalados en los artículos siguientes, que se podrán ejercer de acuerdo con lo previsto por la legislación de cada país".

El Preámbulo de la Carta expresa que tal derecho adquiere una triple funcionalidad: *a*) principio general de aplicación a la Administración pública y al derecho administrativo; *b*) obligación de toda Administración pública derivada de la definición del Estado social y democrático de derecho y, *c*) desde la perspectiva de la persona, un genuino y auténtico derecho fundamental del que se derivan una serie de derechos concretos, que definen el estatuto del ciudadano en su relación con las administraciones públicas.

Con base en los objetivos y con el fin de lograr un efectivo reconocimiento, se enumeran veintitrés principios que privilegian la relación con el ciudadano al imponer reglas vinculadas al funcionamiento interno y a los procedimientos administrativos (celeridad, debido proceso, objetividad), la actuación de los servidores públicos (responsabilidad, imparcialidad, independencia, buena fe), el trato que debe recibir el ciudadano (amabilidad, igualdad), la transparencia (previsibilidad, participación ciudadana, publicidad, prohibición del abuso o exceso de poder, acceso a la información), los servicios públicos (universalidad, asequibilidad y calidad), entre otros.

## § 7. *EL PRESUPUESTO PÚBLICO Y LA RENDICIÓN DE CUENTAS*

En la actualidad, ya no se discute que se trata de un instrumento que cristaliza la relación política-administración.

Recuérdese que la política siempre va a implicar la toma de decisiones para resolver problemas y el presupuesto refleja cuáles serán las decisiones prioritarias que meritan estar previstas en un ejercicio determinado.

Sin perjuicio del significado y del sentido histórico asignado a la política, ella condiciona a los tres poderes del Estado. Decisiones políticas y administrativas están interrelacionadas, a punto tal que se diluyen sus contornos, aparejando sombras en aspectos tales como la definición y distinción entre funcionarios políticos y administrativos<sup>44</sup>.

En materia presupuestaria, ese vínculo se refleja tanto en el proceso de formación, sanción, promulgación y ejecución de esa ley como en su contenido.

El presupuesto no es un fin en sí mismo; es un instrumento que traduce el cumplimiento de los objetivos económicos y sociales de un país.

Por eso, desde la óptica de la política económica, abre el camino para alcanzar esas metas, con el objetivo adicional de efectuar la asignación de recursos más apropiada y conveniente.

Por otro lado, y dado que los recursos de los países son limitados y la cantidad de ingresos obtenidos de la mayoría de la población no es equivalente a la cantidad que se destina en beneficio de aquélla, el presupuesto se convierte en un mecanismo de redistribución

<sup>44</sup> Ivanega, *Diseño y determinación de las políticas públicas: su control judicial*, en "Cuestiones de control de la Administración pública", p. 739.

y asignación de recursos. Todo enmarcado en el proceso político que los fines presupuestarios y las asignaciones definitivas suponen<sup>45</sup>.

También ha sido identificado como un acto contable, jurídico y económico, cuyos caracteres son los siguientes<sup>46</sup>.

a) Se trata de una autorización conferida por el Poder Legislativo para realizar gastos por cuenta y a cargo del Estado. Se autoriza al poder administrador para realizar gastos que serán afrontados con fondos del Tesoro nacional.

b) Es limitativo de los conceptos y montos a gastar; es una limitación cuantitativa y cualitativa de los gastos a efectuar durante el ejercicio financiero. El presupuesto define en qué se gastará y el límite del importe que se podrá gastar. Se aclara que este principio no significa que el Poder Ejecutivo esté obligado a gastar hasta los límites máximos previstos, pues se trata de una autorización y no de una obligación en ese sentido. Entre los gastos hay algunos facultativos y otros obligatorios, éstos pueden serlo por imperio de la ley o del contrato (lo son los emergentes del cumplimiento de la deuda pública). El Poder Ejecutivo no podrá omitir realizar los gastos obligatorios, pero en cambio podrá ordenar, o no, los gastos facultativos.

c) También es un acto periódico, pues tiene un período de vigencia y de ejecución, denominado "ejercicio financiero", que tradicionalmente es anual.

d) Constituye una estimación de recursos. Calcula el rendimiento probable de las diversas fuentes de

<sup>45</sup> En ese sentido, Premchand - Antonaya, *Aspectos del presupuesto público*.

<sup>46</sup> Atchabahian, *Régimen jurídico de la gestión y del control en la hacienda pública*, p. 170 a 173.

ingresos del Estado, sean originarias o derivadas, es decir, patrimoniales o resultantes del ejercicio de su potestad tributaria. Respecto de los recursos, cabe indicar que carecen de los aspectos cuantitativo y cualitativo de los gastos. Su cálculo tiene carácter de estimativo sobre hechos futuros, lo que le da carácter de incierto. Existe una pluralidad de variables en juego (crecimiento, consumo, inversión, etc.) que inciden en su cálculo, aun cuando existen medios técnicos para precisarlos<sup>47</sup>.

a) *EL PRESUPUESTO PÚBLICO: CARACTERES.* Desde la óptica constitucional, el presupuesto es un instrumento del Estado actual para el logro de sus objetivos, no sólo por constituir un ámbito en el cual el principio de separación de poderes encuentra protagonismo, sino porque -aun cuando la norma fundamental no incluya reglas específicas sobre su contenido, como el caso argentino- las políticas que a través de él se aprueban ponen de manifiesto el grado de compromiso con los derechos y garantías del individuo y la sociedad.

En ese contexto, se argumenta que la Constitución nacional provee las bases para el plan de desarrollo que se pone en práctica a través del presupuesto público. De esta forma se convierte en una herramienta de estímulo a la economía, en la búsqueda de los fines constitucionales<sup>48</sup>.

Estos enfoques no son incompatibles con otros que postulan -y con los que coincidimos- la estrecha rela-

<sup>47</sup> Corti, *Derecho constitucional presupuestario*, p. 294 y 295.

<sup>48</sup> Lifschitz *La evolución del pensamiento jurídico financiero en América. Las finanzas públicas como expresión del constitucionalismo latinoamericano*, en "Del derecho de la hacienda pública al derecho tributario. Estudios en honor de Andrea Amatucci", t. III, p. 49 y 50.

ción entre presupuesto y derechos fundamentales, tal como indicaremos más adelante<sup>49</sup>.

Las disposiciones constitucionales argentinas que aluden al presupuesto, lo hacen para referirse básicamente a las competencias de los poderes estatales, con excepción del inc. 8 del art. 75, que al aludir a las atribuciones del Congreso nacional, expresa que aquél se basará en el programa general de gobierno y en el plan de inversiones públicas<sup>50</sup>.

El inc. 2 de dicho artículo refiere a las contribuciones directas e indirectas, y a que *“la distribución entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires y entre éstas, se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas contemplando criterios objetivos de reparto; será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional”*.

El inc. 9 otorga facultades para *“acordar subsidios del Tesoro nacional a las provincias, cuyas rentas no alcancen, según sus presupuestos, a cubrir sus gastos ordinarios”*.

En el marco de las funciones del Poder Ejecutivo nacional, el art. 99 de la Const. nacional manifiesta que: *“supervisa el ejercicio de la facultad del jefe de Gabinete de Ministros respecto de la recaudación de las rentas de la Nación y de su inversión, con arreglo a la ley o presupuesto de gastos nacionales”* (inc. 10).

<sup>49</sup> Ver Corti, *Ley de presupuesto y derechos fundamentales: los fundamentos de un nuevo paradigma jurídico-financiero*, en “Revista Jurídica de Buenos Aires”, ene. 2010, p. 637 a 690.

<sup>50</sup> Art. 75, inc. 8: *“Fijar anualmente, conforme a las pautas establecidas en el tercer párrafo del inc. 2 de este artículo, el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la Administración nacional, en base al programa general de gobierno y al plan de inversiones públicas y aprobar o desechar la cuenta de inversión”*.

Por su parte, el jefe de Gabinete de Ministros, conforme al art. 100, debe *“enviar al Congreso los proyectos de ley de Ministerios y de Presupuesto nacional, previo tratamiento en acuerdo de gabinete y aprobación del Poder Ejecutivo”* (inc. 6), así como *“hacer recaudar las rentas de la Nación y ejecutar la ley de Presupuesto nacional”* (inc. 7).

b) *EL CICLO PRESUPUESTARIO. LAS COMPETENCIAS.* El ciclo presupuestario está constituido por una serie de etapas que se cumplen en los poderes Ejecutivo y Legislativo.

1) La elaboración del proyecto de ley: la preparación del presupuesto involucra una serie de tareas de índole técnica, a cargo de órganos especializados del Poder Ejecutivo. La justificación de que esta etapa sea competencia de tal Poder, radica en que la Administración pública conoce las necesidades de los departamentos y que los legisladores no pueden tener el conocimiento ni la información total y pormenorizada de los requerimientos financieros de todas las oficinas públicas.

En el marco operativo, la ley 24.156 asigna a la Oficina Nacional de Presupuesto el carácter de órgano rector del sistema presupuestario del sector público nacional, cuyas competencias comprenden tanto el dictado de normas técnicas, la formulación de los lineamientos para la preparación de los presupuestos, la coordinación de los procesos de ejecución presupuestaria, como la elaboración del proyecto de ley de presupuesto general y su contenido<sup>51</sup>.

2) La aprobación del presupuesto está a cargo del Poder Legislativo. De acuerdo al art. 26 de la ley

<sup>51</sup> La organización del sistema presupuestario y lo concerniente a la incumbencia de la oficina presupuestaria se incluyen en los arts. 16 y 17 de la citada ley.

24.156, el Poder Ejecutivo debe presentar el proyecto de ley a la Cámara de Diputados de la Nación antes del 15 de septiembre del año anterior para el que regirá.

La reforma constitucional de 1994 instituyó que el jefe de Gabinete de Ministros presenta el presupuesto al Congreso (art. 100, inc. 6, párr. 2º), competencia que a nuestro criterio no modifica la Cámara iniciadora para examinar el proyecto<sup>52</sup>.

Acerca de la competencia del Legislativo para modificar el proyecto remitido por el Poder Ejecutivo, existen algunas divergencias. Para cierto sector de las finanzas públicas, razones de orden financiero marcan cierta restricción a las facultades legislativas, tanto para el aumento de gastos como para la supresión de ingresos.

La ley 24.156 en forma indirecta postularía este enfoque, dado que en el art. 28 ordena que para todo incremento del total de presupuesto de gastos, contemplado en el proyecto del Ejecutivo, debe contarse con el financiamiento respectivo. De forma concordante, el art. 38 estipula que toda ley que autorice gastos no previstos en el presupuesto deberá especificar las fuentes de los recursos a utilizar para su financiamiento. Respecto de los recursos, la situación es diferente, dado que el presupuesto se limita a su cálculo base o piso. Sin embargo, los legisladores podrían suprimir o rebajar impuestos, o establecer tributos de otra naturaleza que los contenidos en el proyecto de ley.

La promulgación es competencia del Poder Ejecutivo, conforme a los preceptos constitucionales<sup>53</sup>.

<sup>52</sup> En igual sentido, Atchabahian, *Régimen jurídico de la gestión y del control en la hacienda pública*, p. 271.

<sup>53</sup> Art. 78, Const. nacional: "Aprobado un proyecto de ley por la Cámara de su origen, pasa para su discusión a la otra Cámara. Aprobado por ambas, pasa al Poder Ejecutivo de la Nación para su examen; y si también obtiene su aprobación, lo promulga como ley".

El Poder Ejecutivo también tiene el derecho de veto, como en el caso de cualquier ley<sup>54</sup>.

Si bien el veto puede ser parcial o total, es difícil que se presente en la práctica este segundo supuesto, pues el Poder Ejecutivo se encontraría sin presupuesto. El caso sería muy hipotético, pues siendo este Poder el que prepara el proyecto, el veto total sólo tendría lugar en el caso de que el Legislativo hubiese modificado o sustituido íntegramente la propuesta original<sup>55</sup>.

3) La ejecución corresponde al Poder Ejecutivo o al funcionario con atribuciones para ello. Es una etapa en la cual el conjunto de operaciones o actos reglamentarios se ejecutan con el objeto de recaudar los recursos públicos y realizar las operaciones e inversiones previstas en el presupuesto<sup>56</sup>.

Conforme al art. 100, inc. 7, de la Const. nacional, el jefe de Gabinete de Ministros es el responsable de hacer recaudar las rentas de la Nación y ejecutar dicha ley.

4) El control puede ser fijado como una cuarta etapa. Sin embargo, se trata de una función que está presente en toda la ejecución presupuestaria. Bajo esta perspectiva, se sostiene que tal control posee una finalidad técnico-legal que se vincula a la comprobación sistemática de la regularidad de cumplimiento de actos de gestión y el adecuado manejo de fondos públicos<sup>57</sup>.

<sup>54</sup> Giuliani Fonrouge, *Derecho financiero*, p. 267.

<sup>55</sup> En ese sentido, Villegas, *Manual de finanzas públicas*, p. 417. En el caso en que el presupuesto no fuera sancionado al inicio del ejercicio, regirá el del año anterior en los términos del art. 27 de la ley 24.156 ("reconducción del presupuesto").

<sup>56</sup> Giuliani Fonrouge, *Derecho financiero*, p. 272; Villegas, *Manual de finanzas públicas*, p. 425.

<sup>57</sup> Villegas, *Manual de finanzas públicas*, p. 432.

En síntesis, resaltamos que gastos y recursos públicos son determinados en la primera etapa del proceso presupuestario. Allí se fijan las prioridades de la organización estatal y de la sociedad, para ser cumplidas en el ejercicio siguiente.

Al decir de la doctrina, en las finanzas modernas la estimación de recursos y gastos sólo puede basarse en la prioridad de los objetivos, fines económicos, sociales y políticos que persigue el Estado<sup>58</sup>.

Esta etapa inicial del ciclo presupuestario resulta fundamental en cuanto a la determinación de los derechos a satisfacer, pues en ella podrán verificarse que recursos se destinarán a tales fines. Es decir, aquí se reflejan las metas, las políticas que se pretende alcanzar.

Sancionado el presupuesto, durante su ejecución se deberá poner en marcha el conjunto de operaciones, procedimientos, actos tendientes a recaudar los recursos públicos y realizar las acciones e inversiones previstas en el presupuesto<sup>59</sup>.

Por último, a nivel normativo, las leyes 25.152 y 25.917 constituyen cuerpos jurídicos de especial importancia en materia presupuestaria.

La primera, denominada "ley de solvencia fiscal", instituye directivas a las que los poderes del Estado nacional (invitando a la ciudad de Buenos Aires y a las provincias a que apliquen el sistema) deben ajustarse en cuanto a la administración de recursos públicos. El equilibrio presupuestario es el principio sobre el cual gira el régimen. La ley 25.917, sobre régimen fede-

<sup>58</sup> Giuliani Fonrouge, *Derecho financiero*, p. 211, con cita de Duverger.

<sup>59</sup> Giuliani Fonrouge, *Derecho financiero*, p. 272; Villegas, *Manual de finanzas públicas*, p. 425.

ral de responsabilidad fiscal, tuvo por objeto establecer reglas generales de comportamiento fiscal y dotar de mayor transparencia a la gestión pública<sup>60</sup>.

c) *EL GASTO PÚBLICO*. El presupuesto público despliega toda su eficacia jurídica respecto de los gastos públicos, cuya naturaleza tradicionalmente se ha considerado que implica al mismo tiempo una autorización y un límite al Poder Ejecutivo.

Pero centrar su análisis en ese sentido es parcializar su importancia, pues su concepto debió adaptarse para reflejar su relevancia en el actual Estado de derecho, máxime por los efectos directos que posee sobre la actividad socioeconómica estatal. No es nuestra intención exponer en estos párrafos las variadas definiciones que, desde las finanzas públicas, se han desarrollado, sino solamente reflexionar en torno a su naturaleza multifacética y a su vínculo directo con los derechos fundamentales.

La realidad social muestra el continuo conflicto entre cantidad y calidad del gasto, enfrentándose quienes ponen el acento en sus montos con los que atienden a su cualificación. Pero no existen fórmulas mágicas, por eso continúa configurando un tema central de la economía mundial, en el que factores económicos, fiscales, políticos, jurídicos, sociales, culturales, históricos, interactúan a la hora de determinar su monto y su "destino"<sup>61</sup>.

<sup>60</sup> Ver el análisis de los principios y contenido de ambas normas en Atchabahian, *Régimen jurídico de la gestión y del control en la hacienda pública*, p. 308 a 327.

<sup>61</sup> Giuliani Fonrouge, *Derecho financiero*, p. 185. Para este autor, *gasto público* es "toda erogación generalmente en dinero que incide sobre las finanzas del Estado y se destina al cumplimiento de fines administrativos o económicos sociales".

Recuérdese que el gasto público constituye un factor relevante de redistribución del ingreso y del patrimonio nacional, de estabilización económica, de incrementos decisivos sobre aspectos tales como la plena ocupación, el consumo, el ahorro y la inversión. Por eso, su noción y alcance están ligados a la nueva concepción de la misión del Estado.

Ya no se discute que estamos frente a un tema que trasciende con creces el tecnicismo presupuestario, pues —como expresamos— el gasto público se inserta en los fines del Estado y en el logro de los derechos constitucionales. Equidad, eficacia, eficiencia son reglas y exigencias que debe cumplir el diseño y ejecución del gasto público.

Recordemos en tal sentido, a la Constitución española, que en su art. 31.2 fija que “el gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y eficacia”.

En definitiva, es una llave para cumplir con los designios constitucionales, aunque también puede convertirse en un arma letal para destruirlos.

En esos términos, resulta interesante traer a colación la interpretación del llamado “gasto social”, identificado como gasto de inversión para el desarrollo, que prioriza tres ejes:

- 1) El medio ambiente (hábitat y recursos naturales).
- 2) La educación.
- 3) La información y los medios de comunicación<sup>62</sup>.

<sup>62</sup> Lifschitz, *La evolución del pensamiento jurídico financiero en América*, en “Del derecho de la hacienda pública al derecho tributario. Estudios en honor de Andrea Amatucci”, t. III, p. 56.

Ello no obsta a nuevas miradas en el terreno de las finanzas públicas, que hacen referencia a la “hacienda posmoderna”, que en el terreno del gasto público son partidarias del replanteamiento de las funciones estatales, eliminando la distinción tradicional entre economía pública y economía privada<sup>63</sup>.

d) *GASTOS, RECURSOS PÚBLICOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES*. En línea con lo expresado, si el contenido del gasto público no puede escindirse de la satisfacción de los derechos del individuo, la operatividad de éstos no puede quedar desplazada por la limitación de los recursos.

Si bien en el contexto de las economías y las finanzas de los países, el principio de que los recursos son limitados juega un rol principal, la efectividad de los derechos fundamentales encuentra un punto de equilibrio en la distribución de los fondos públicos y en las medidas que los Estados adoptan para paliar las deficiencias.

El carácter expansivo de los derechos fundamentales en la República Argentina se produce con la reforma constitucional de 1994, aun cuando ya existían precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El otorgamiento de rango constitucional a un conjunto de tratados internacionales de derechos humanos (art. 75, inc. 22) implicó la inmersión del derecho interno en dicho sistema internacional, con las consecuencias que ello apareja, como la importancia del bagaje conceptual<sup>64</sup>.

<sup>63</sup> Plazas Vega, *Teoría general del gasto público. Algunos comentarios sobre la normativa colombiana*, “Revista Jurídica de Buenos Aires”, 2010, p. 491 a 529.

<sup>64</sup> Corti, *Ley de presupuesto y derechos fundamentales: los fundamentos de un nuevo paradigma jurídico-financiero*, “Revista Jurídica de Buenos Aires”, ene. 2010, p. 642.

El cuadro es complejo y si bien excede el ámbito del presupuesto, es indudable que éste constituye un instrumento ordenador que permite limitar el actuar del gobierno y conocer la magnitud y el destino de los fondos.

Las tendencias normativas y doctrinales indican como principios del gasto público: la reserva de ley, justicia, progresividad, solidaridad, eficiencia, eficacia, transparencia, razonabilidad, subsidiariedad, planificación y competencia.

Decíamos que el aumento del gasto público es una preocupación constante de los gobernantes y que el razonable equilibrio entre el deber de satisfacer los derechos y la afectación de recursos públicos implica siempre una elección, en la que se evalúan restricciones presupuestarias y necesidades a cubrir.

Peter Häberle interroga sobre si los derechos fundamentales deben darse "sólo en la medida de la capacidad de prestaciones económicas del Estado, o el Estado debe ser prestacional en la medida en que reseñan sus derechos fundamentales"<sup>65</sup>.

Desde esa perspectiva, insistimos en la necesidad de superar el *Estado de derecho presupuestario*, en el cual los derechos se supeditan a que "el gasto que demandan se encuentre presupuestado" o "si estaba incluido en el presupuesto, si los recursos resultan suficientes para afrontar la erogación".

En definitiva, el Estado al elegir prioridades presupuestarias ha de implementar políticas públicas razonables, y realizar el máximo esfuerzo conforme al art.

<sup>65</sup> Häberle, *Los derechos fundamentales en el Estado de bienestar*, en "Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta", p. 212.

2° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>66</sup>.

Los procesos de formulación y ejecución presupuestaria resultan esenciales en términos del gasto público, por ser un claro indicador de la actividad desplegada por el Estado para cumplir con sus fines y satisfacer los imperativos constitucionales. La gestión que se despliegue durante la ejecución presupuestaria será determinante para verificar el cumplimiento de los mandatos constitucionales.

De esta forma, la atención por parte del Estado de las necesidades públicas mediante el gasto presupone dos valoraciones previas: 1) la selección de esas necesidades, aspecto variable y ligado a la concepción sobre el rol del Estado, y 2) la comparación entre la intensidad y urgencia de esas necesidades y la posibilidad material de satisfacerlas.

Lo relevante es que la dignidad humana es el centro de toda regulación jurídica.

Por ello, coincidimos con el criterio que sentara la CSJN en el año 2011<sup>67</sup>, al alejarse -sin perjuicio de la valiosa interpretación de los derechos fundamentales involucrados en el caso- de los estereotipos que consideran al presupuesto en términos parciales, pues lo ubica como un verdadero instrumento de gestión en el contexto del Estado de derecho actual.

<sup>66</sup> "Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos".

<sup>67</sup> CSJN, Fallos, 335:452. Ivanega, *Reflexiones acerca de los derechos fundamentales, la Administración pública y el presupuesto público*, RAP, n° 421, p. 27 a 34.

Como bien se expresó, ello no implica que la autoridad estatal "tenga obligaciones más allá de sus reales capacidades económicas, ni tampoco que las limitaciones de recursos no deban ser tenidas en cuenta al momento de determinar el alcance de sus deberes, pero sí implica que aquél debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo por satisfacer sus deberes, y no el afectado que ve sus derechos insatisfechos" (consid. 14).

Las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su punto 9 expresan: "Un Estado incurre en una violación del Pacto cuando no cumple lo que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales denomina 'una obligación mínima esencial de asegurar la satisfacción de por lo menos los niveles mínimos esenciales de cada uno de los derechos... Por ejemplo, incurre *prima facie* en una violación del Pacto un Estado parte en el cual un número significativo de personas se ven privados de alimentos esenciales, atención básica de salud, habitación y vivienda mínima o las formas más básicas de enseñanza'. Estas obligaciones mínimas esenciales son aplicables independiente de la disponibilidad de recursos en el país de que se trate o cualquier otro factor o dificultad"<sup>68</sup>.

Estos argumentos se complementan con los principios de la Convención Interamericana contra la Corrupción, pues no existe discrecionalidad en el manejo de los fondos públicos, dado que el gasto innecesario o superfluo, el descuido en la administración de bienes

<sup>68</sup> La CSJN reparó en lo aquí planteado en varias oportunidades, recordándose, por ejemplo, los fallos "Rodríguez Karina", 7/3/06; "Olmedo, Dominga N. c/Provincia de Santa Fe", 30/5/06; "Floreancig, Andrea C. y otro por sí y en representación de su hijo menor H., L. E. c/Estado nacional s/amparo" y "Quiñone, Alberto J. c/Buenos Aires, Provincia de s/amparo", 11/7/06; "Durante de Mondot, María L. c/Anses s/reajustes varios", 15/8/06; "Badaro, Adolfo V. c/Anses s/reajustes varios", 8/8/06.

públicos y la realización de proyectos inútiles, encuadran en las prohibiciones de dicha Convención<sup>69</sup>.

Por último, esta particular naturaleza del gasto público obliga a que el control que sobre él se ejerza deba encontrarse a la altura de las circunstancias. Es decir, los sistemas que se implementen para controlarlo deben contemplar la realidad que circunda su formación y aplicación.

El límite cuantitativo que autoriza el Poder Legislativo al sancionar la ley de presupuesto, no puede implicar el único o más relevante parámetro de control; éste debe ampliar su horizonte para permitir que aquel gasto cumpla con los objetivos constitucionales. Por eso, reiteramos que en materia de derechos fundamentales el problema no reside exclusivamente en el monto de la erogación que involucran, sino también en el "cómo" se gasta.

e) *LA RENDICIÓN DE CUENTAS*. Si la información fuera perfecta y el ejercicio del poder transparente, no habría necesidad de exigir cuentas. El deber de rendir cuentas, para hacer transparentes hechos y razones, surge por la opacidad del poder.

A su vez, si el mundo fuese completamente transparente, "no tendría sentido molestar a los políticos con preguntas sobre qué han estado haciendo o planeando y por qué". La apertura a una relación de diálogo entre los actores que exigen y los que rinden involucra un debate público. En consecuencia, la rendición de cuentas es opuesta al ejercicio mudo del poder, tanto como a los controles mudos y unilaterales del poder<sup>70</sup>.

<sup>69</sup> Gordillo, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, t. I, Parte general, VI-17.

<sup>70</sup> Schedler, *Qué es la rendición de cuentas*, "Cuadernos de Transparencia", 03, México, 2004, p. 32.

Este sentido de la rendición de cuentas encuentra su cauce en el principio de transparencia, porque ésta “no implica un acto de rendir cuentas a un destinatario específico, sino la práctica de colocar la información en la ‘vitrina pública’, para que los interesados puedan revisarla, analizarla y, en su caso, usarla como mecanismo para sancionar en caso de que haya anomalías en su interior... es sólo un instrumento de un sistema global de rendición de cuentas”<sup>71</sup>.

En el Código Iberoamericano de Buen Gobierno del año 2006 se destaca que la responsabilización y la transparencia deben ser particularmente válidas “para el alto escalafón gubernamental, de tal manera que los patrones de calidad y comportamiento ético deben ser respetados por todos aquellos que ocupan cargos públicos y no sólo por los funcionarios de carrera”.

Sin la apertura hacia la sociedad, es imposible concebir la rendición de cuentas en el sistema democrático.

Una Administración pública abierta al acceso a la información muestra como mínimo cinco ventajas: 1) un público mejor informado puede participar de mejor manera en el proceso democrático; 2) el Congreso, la prensa y el público deben ser capaces de dar seguimiento y vigilar adecuadamente las acciones de gobierno, ámbito en el cual los actos secretos son un impedimento mayor para la rendición de cuentas; 3) los agentes públicos toman decisiones importantes que afectan a muchas personas, de manera que para estar sujetos a rendición de cuentas, la Administración debe ofrecer amplios flujos de información acerca de sus actividades; 4) mejores flujos de información generan un ejer-

<sup>71</sup> Ugalde, *La rendición de cuentas en los gobiernos estatales y municipales*, p. 10 y siguientes.

cicio de gobierno más efectivo y contribuyen a un desarrollo más flexible de las políticas públicas, y 5) mejora la colaboración pública con el gobierno<sup>72</sup>.

Ahora bien, a partir de ese enfoque amplio y de que la democracia lleva ínsita el deber aquí comentado, la primera idea rectora que se desprende de su naturaleza es que a través de ella se controla el poder político, sin eliminarlo. Es decir que presupone el ejercicio de poder, aunque aspira a sacarlo a la luz. De ahí que los ejercicios confidenciales de rendición de cuentas, que se realizan a puertas cerradas, carecen de credibilidad. “La falta de publicidad los convierte en farsas, en caricaturas de rendición de cuentas”. Por ello, siempre ha de estar sujeta a estándares de transparencia, austeridad y eficiencia<sup>73</sup>.

Estas ideas ya estaban incorporadas en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, cuyo art. 15 fijaba que “la sociedad tiene el derecho de pedir cuentas a todo agente público de su administración”.

Ya en concreto, y vinculado a la obligación que tiene todo funcionario de rendir cuenta de la gestión de bienes y recursos que no le son propios, pues pertenecen a la sociedad, cabe admitir que tal práctica en ciertas ocasiones implica formular y responder preguntas incómodas. Una síntesis básica –según Schedler– del contenido general de la rendición de cuentas sería: se exige a los funcionarios que *informen* sobre sus decisiones o que las *expliquen*; se pregunta por hechos (dimensión informativa de la rendición de cuentas) y

<sup>72</sup> Pope, *Enfrentando la corrupción: los elementos de un sistema de integridad nacional*, cap. 24, “El derecho a la información. Información, atención pública y registros públicos”.

<sup>73</sup> Schedler, *Qué es la rendición de cuentas*, “Cuadernos de Transparencia”, 03, México, 2004, p. 29 y 14.

por razones (dimensión argumentativa de la rendición de cuentas).

El término rendición de cuentas deriva de la traducción de la palabra inglesa *accountability*, que como otros en inglés, no tiene un equivalente preciso en castellano, ni un único significado. A veces se lo interpreta como control, otras como fiscalización o responsabilidad; sin embargo, la traducción más común es la de *rendición de cuentas*, que significa estar sujeto a la obligación de reportar, explicar o justificar algo, ser responsable ante alguien de algo<sup>74</sup>.

Las diferencias se mantienen incluso a la hora de fijar los elementos que forman parte de la noción, distinguiéndose diferentes posturas<sup>75</sup>. Una entiende que la rendición de cuentas es un concepto de dos dimensiones: la obligación de los políticos y funcionarios de informar y justificar sus actos y la capacidad para imponer sanciones negativas a los que violen normas de conducta.

Otra percepción se orienta a que la responsabilidad no se trata de un contenido moral, sino que incluye un estrato social-jurídico de ser responsable de algo ante alguien; que implica el sentido de información obligada y de información sobre el cumplimiento o incumplimiento de la responsabilidad.

<sup>74</sup> Olivos Campos, *Rendición de cuentas en la Administración municipal*, en Cisneros Farías - Fernández Ruiz - López Olivera (coords.), "Control de la Administración pública", p. 288 y 289; Schedler, *Qué es la rendición de cuentas*, "Cuadernos de Transparencia", 03, México, 2004, p. 11; Márquez Gómez, *Un paradigma antiguo en materia de rendición de cuentas: el Tribunal de Cuentas*, en Cisneros Farías - Fernández Ruiz - López Olivera (coords.), "Control de la Administración pública", p. 243.

<sup>75</sup> Olivos Campos, *Rendición de cuentas en la Administración municipal*, en Cisneros Farías - Fernández Ruiz - López Olivera (coords.), "Control de la Administración pública", p. 290 y 291.

Un tercer enfoque apunta a la obligación de los mandatarios o agentes para informar, a sus mandantes o principales, de los actos que llevan a cabo como resultado de una delegación de autoridad, que implica sanciones en caso de incumplimiento.

Los recientes desarrollos conceptuales dan cuenta de una amplia gama de modalidades y formas de rendición de cuentas, entre las que pueden señalarse las más tradicionales, como la rendición de cuentas horizontal y vertical, hasta aquellas que establecen interacciones institucionales y sociales denominadas como diagonal o transversal, social, híbrida, mutua, legal y sobre resultados, que en algunos casos hacen perder de vista las múltiples particularidades institucionales y sociales que condicionan y determinan la eficacia de la rendición de cuentas<sup>76</sup>.

Por último, hay quienes incluyen tres maneras diferentes para prevenir y corregir abusos de poder: 1) obliga al poder a abrirse a la inspección pública; 2) lo fuerza a explicar y justificar sus actos, y 3) lo supedita a la amenaza de sanciones. Los tres aspectos en su conjunto -información, justificación y castigo- convierten a la rendición de cuentas en una empresa multifacética<sup>77</sup>.

Puede comprobarse que, en algunos de estos criterios, el acto de rendir cuentas va unido a las actividades de control y a la responsabilidad.

<sup>76</sup> Una definición de las diferentes formas de rendición de cuentas puede consultarse en Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo -PNUD-, "Promover la rendición de cuentas social: De la teoría a la práctica", 2010, <http://www.undp.org/content/dam/undp/library/Democratic%20Governance/OGC/dg-ogc-Fostering%20Social%20Accountability-Guidance%20Note-ES.pdf.pdf>, p. 10 y siguientes.

<sup>77</sup> Schedler, *Qué es la rendición de cuentas*, "Cuadernos de Transparencia", 03, México, 2004, p. 13.

Es claro que rendir cuentas es una de las formas de combatir la corrupción y también de permitir el control y que su afianzamiento, como eslabones de una cadena, permite dar credibilidad a la gestión pública.

Sin embargo, la rendición de cuentas no es control en sentido estricto, éste se ejercerá una vez cumplido aquel deber; es decir, la rendición facilita el control. Tampoco deriva necesariamente en una responsabilidad para quien rinde. Hay sí una responsabilidad de rendir, pero esa obligación de responder originada en el deber de la rendición de cuentas no implica que una vez practicada exista *necesariamente* responsabilidad disciplinaria, penal o patrimonial del funcionario.

Estamos ante deberes y consecuencias que se vinculan estrechamente, con base en el principio de transparencia, y que se presentan como notas del sistema republicano de gobierno<sup>78</sup>, pero son separables y traducen distintos momentos.

En síntesis, preferimos considerar la rendición de cuentas desde dos perspectivas: la primera, vinculada al acceso a la información y al deber de poner en conocimiento de la sociedad la actuación de todos los funcionarios; la segunda, que surge de las normas legales que obligan a determinados funcionarios públicos a rendir cuenta de su gestión ante organismos de control.

f) *LA RENDICIÓN DE CUENTAS Y EL CONTROL EXTERNO.* El régimen anterior a la ley 24.156 contenía reglas claras

<sup>78</sup> Aun cuando no se refiere a la rendición de cuentas, es similar al sentido otorgado por la CSJN en "Actuar Agrupación Consultores Técnicos Universitarios Argentinos SA, y otros c/Agua y Energía Eléctrica Sociedad el Estado s/contrato administrativo", Fallos, 325:1787.

respecto de la rendición de cuentas. El cap. XI del decr. ley 23.354/56 fijaba la obligación de rendir cuentas de los responsables de las distintas jurisdicciones en los poderes del Estado, los plazos, los supuestos de cese de funciones de los agentes, las bases de los reparos y la formulación de cargos del Tribunal de Cuentas de la Nación, organismo que dictaba las reglamentaciones en la materia, incluso las vinculadas al procedimiento administrativo denominado juicio de cuentas (cap. XII).

El nuevo sistema trajo diversas consecuencias, ya que la ley 24.156 nada prevé al respecto, aun cuando insistimos en que ello no es obstáculo para exigir tal deber de los agentes públicos y terceros que manejen, recauden, autoricen, dispongan o administren bienes públicos.

El art. 8° de dicha norma establece que serán aplicables las normas de esta ley en lo relativo a la rendición de cuentas de las organizaciones privadas a las que se acordaron subsidios o aportes y a las instituciones o fondos cuya administración, guarda o conservación está a cargo del Estado nacional, a través de sus jurisdicciones o entidades.

Algunos autores la identifican con la cuenta de inversión (art. 95; ley 21.156)<sup>79</sup>, mientras que otros consideran que no puede ser equiparable a ésta, pues esta última es de carácter informativo con efectos jurídicos limitados y la rendición de cuentas, en cambio, es la justificación detallada de la administración de recursos ajenos, que define o extingue las obligaciones fijadas al constituirse la administración.

Ahora bien, sin perjuicio de la naturaleza y efectos sobre los que reposa la rendición de cuentas, lo

<sup>79</sup> Cassagne, *La cuenta de inversión*, en "La cuenta de inversión", p. 153 y siguientes.

cierto es que en el ámbito nacional no existe un régimen general y uniforme que establezca dicha obligación de manera periódica o, por lo menos, al concluir la gestión.

Esta omisión no libera al funcionario, pero como no existe una reglamentación específica que fije la oportunidad, modalidad y ante quién debe rendir cuentas, en el caso de alejarse del cargo la explicación del desarrollo y consecuencias de su gestión dependerá de alguna solicitud judicial, ya que el control a través de la cuenta de inversión es selectivo, fuera de tiempo y abarca la gestión global de un ente, organismo o programa.

Distinto es el caso de la Ciudad de Buenos Aires, ámbito que tomó como modelo el régimen nacional, pero en el que se previó que "los/las responsables de programas y proyectos y sus superiores jerárquicos cuando se alejen de sus cargos deben redactar un informe final sobre su gestión.

Dicha presentación no puede demorar más de un mes, debiendo recibir la colaboración de quienes fueron sus asistentes y prestándola a quien legítimamente lo/la suceda. La tarea es remunerada" (art. 25, ley 70).

Esta norma fue reglamentada por el decr. 1000/99. Por disp. 23/07 de la Dirección General de la Oficina de la Gestión Pública y Presupuesto de la Ciudad se fijó el contenido del informe final y la obligación de publicar su aprobación.

Podrá aludirse que estos preceptos legales no satisfacen todos los supuestos de rendición de cuentas; pero es un avance importantísimo en la materia, que merece destacarse.

En cambio, la intención que parece haberse plasmado en la ley 24.156 de incluir a la rendición de cuen-

tas como un deber permanente, ínsito a la función, no sujeto a las viejas formalidades<sup>80</sup>, ha fracasado y los resultados están a la vista.

Porque, por sobre todo, no estamos ante una simple transmisión de información, sino frente a la explicación del uso de todos los recursos de los que dispuso un funcionario.

Tal vacío no se presenta en las provincias, que siguen aplicando el sistema anterior.

En ellas, el llamado juicio de cuentas es de naturaleza contable-documental y tiene su origen en: 1) la falta de rendición de cuentas, o 2) una rendición de cuentas defectuosa (observaciones realizadas a las cuentas presentadas)<sup>81</sup>.

Ahora bien, en general y respecto de la competencia que le corresponde a las Entidades Fiscalizadoras Superiores (EFS)<sup>82</sup>, la Declaración de Principios de Rendición de Cuentas -XIX Asamblea General de la OLACEFS, realizada en Asunción, Paraguay, en octubre de 2009- proclamó a la rendición de cuentas como un principio fundamental para la gobernabilidad, la legitimidad y la generación de confianza social. Se reconoce en su práctica un instrumento para la toma de decisiones más transparentes que se traduce en decisiones políticas de mayor calidad, pues permite corregir comportamientos y mejorar las prácticas institucionales.

<sup>80</sup> Nos referimos al procedimiento de rendición de cuentas y su control, llevado a cabo por el disuelto Tribunal de Cuentas de la Nación, a cargo del cual se encontraba el juicio de cuentas.

<sup>81</sup> Terraf, *El control externo en Argentina*, en Fortini - Ivanega (coords.), "Mecanismos de control interno e sua matriz constitucional", p. 239 a 245.

<sup>82</sup> Bajo esa denominación se agrupan las entidades de control externo (tribunales de cuentas, contralorías, auditorías).

En este sentido, la rendición institucional de cuentas constituye la esencia misma del control externo, por la responsabilidad de las EFS en garantizar la vigilancia de la inversión de recursos del erario y la disponibilidad de herramientas para auditar y evaluar el desarrollo de las funciones de los agentes gubernamentales. A eso se agrega la competencia de aquéllas para mostrar los resultados de su gestión ante el Poder Legislativo y los ciudadanos.

La Declaración de Asunción de 2009 plantea también las condiciones para que el proceso de rendir cuentas “funcione de manera óptima”. Entre ellas, las EFS reconocen la necesidad de adoptar y difundir ocho principios de la rendición de cuentas resumidos en: 1) reconocimiento de la rendición de cuentas como la base de un buen gobierno; 2) obligación de informar y justificar; 3) integralidad de la rendición de cuentas; 4) transparencia de la información; 5) sanción ante el incumplimiento; 6) participación activa de la ciudadanía; 7) fortalecimiento de los marcos legales para la rendición de cuentas, y 8) liderazgo de las EFS y estrategias de cooperación entre los países de la región para aumentar las potencialidades en esta materia.

Las normas internacionales de las EFS, como las ISSAIS 20 y 21, emitidas por la INTOSAI en 2010, reafirman esos principios. En 2013, con el auspicio de la Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ), la OLACEFS desarrolló la investigación “Alcances del control institucional y la rendición de cuentas en América Latina”, con el propósito de facilitar la comprensión del tema por parte de sectores gubernamentales, legislativos y ciudadanos, y de ampliar las posibilidades de fortalecer las prácticas de buena gobernanza y rendición de cuentas. Como resultado de esta investigación, se detectaron situaciones que de-

terminan la efectividad de la rendición de cuentas y la calidad de la gobernanza<sup>83</sup>.

En primer lugar, la rendición de cuentas tiene un enfoque esencialmente financiero, situación que limita el potencial transformador para el mejoramiento de la gestión pública. Con ese condicionamiento, se olvida la importancia de explicar los beneficios o mejoras “en los indicadores de desarrollo humano alcanzados gracias a la gestión institucional y la ejecución de los fondos”. En segundo lugar, muchas de las limitaciones se originan en el proceso de planificación gubernamental, en aspectos tales como los siguientes: 1) el presupuesto público exhibe deficiencias en las estructuras programáticas, impactando particularmente en la ejecución y el control; 2) la falta de integración entre los sistemas y subsistemas que componen la administración financiera, para efectos del registro contable en una misma plataforma tecnológica de información, que facilite la preparación y presentación de reportes únicos o consolidados; 3) la imposibilidad de cruzar información entre objetivos propuestos y alcanzados, con los recursos asignados y ejecutados. Esta situación limita el análisis de la gestión y su resultado; 4) la ausencia de estándares y criterios objetivos para interpretar y evaluar los resultados de la gestión de los programas de inversión; 5) los formatos para la presentación de información son complejos, dificultando su interpretación y utilización por parte de otros usuarios; 6) el enfoque de la rendición de cuentas está limitado al período fiscal anual, situación que impide conceptualizar sobre la sostenibilidad de las políticas públicas, etcétera.

<sup>83</sup> Ver Insausti - Velásquez Leal, *Las entidades fiscalizadoras superiores y la rendición de cuentas*.

Con base en las mejores prácticas de buena gobernanza y rendición de cuentas identificadas en la región, fueron elaboradas dos herramientas técnicas para mejorar su calidad y contribuir para que los países de la región institucionalicen prácticas en tal sentido, las cuales fueron sometidas en 2014 a un proceso de consulta y validación conducido por la Comisión Técnica de Prácticas de Buena Gobernanza (CTPBG) de la OLACEFS y la Corporación Acción Ciudadana Colombia. Ello permitió la incorporación de nuevos aportes y comentarios provenientes de Belice, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Puerto Rico, Uruguay y Venezuela.

El Consejo Directivo de la OLACEFS aprobó mediante acuerdo 115/11/2014 en la ciudad de Cusco, el documento técnico "Las Entidades Fiscalizadoras Superiores y la Rendición de Cuentas: Generando un terreno común para el fortalecimiento del control externo en América Latina", que brinda una nueva perspectiva de la rendición de cuentas, desde el análisis de su alcance, sus elementos constitutivos, las dimensiones y los ámbitos de competencia, a partir de las realidades y experiencia de los entes de control y de los gobiernos.

La primera herramienta consiste en una Guía para la Implementación de los Principios de Rendición de Cuentas de la Declaración de Asunción de 2009, instrumento de apoyo para fortalecer las estrategias para mejorar la calidad de tal obligación.

La herramienta número dos es una Guía para la Rendición Pública de Cuentas a la Ciudadanía, dividida en tres secciones: 1) las EFS y los principios de la rendición de cuentas-Declaración de Asunción; 2) ejes temáticos para una efectiva rendición de cuentas de las

EFS a la ciudadanía, y 3) recomendaciones para mejorar la comunicación con actores interesados<sup>84</sup>.

<sup>84</sup> En 2015, como parte de la etapa de difusión de las herramientas aprobadas por la OLACEFS, AC-Colombia, se inició un proceso orientado al reconocimiento de los principios de rendición de cuentas, por parte de los gobiernos de la región con el objetivo de fortalecer la capacidad de los Estados y promover la instauración de prácticas que mejoren la calidad de la gobernanza. Con la participación de aproximadamente treinta delegaciones de organizaciones civiles y otros actores de los miembros de la OEA, el Foro de la Sociedad Civil aprobó la propuesta de "generar sinergias entre las instituciones y entidades fiscalizadoras superiores para el buen gobierno, la transparencia y el acceso a la información pública, con base en los principios de rendición de cuentas de la Declaración de Asunción de 2009", la que fuera presentada como recomendación a los jefes de Estado y de Gobierno reunidos en la VII Cumbre de las Américas, Desafíos para las Entidades Fiscalizadoras Superiores.

## CAPÍTULO II

### EL CONTROL PÚBLICO

#### § 8. *EL CONTROL PÚBLICO EN EL SIGLO XXI*

La complejidad y la pluralidad social van exigiendo, y a su vez generando, instrumentos de control de diversa naturaleza, formales e informales, espontáneos o no; es el juego democrático del actual Estado de derecho.

Hay, detrás de esta realidad, una "función social" del control público, que no suele ser considerada a la hora de evaluar su importancia.

Pero como ya indicamos, el ser humano tiende a rechazar el control, huye de las revisiones de sus conductas o actividades, teme que lo invadan en sus esferas individuales y propias. Quiere controlar pero no ser controlado, olvidando que la sujeción a las normas, su vida en sociedad, los deberes que tiene respecto de ésta y del Estado, lo obligan a convivir con el control.

El agente público, indudablemente comprendido en ello, tiene un doble rol como "controlado", pues en el ejercicio de sus funciones no pierde su condición de ciudadano (en todas sus manifestaciones).

Por otro lado, al insertarse en el quehacer social y en los fines públicos, el control no puede apartarse del marco del *bien común*, entendido en términos de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (Corte IDH) como "un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos... de ninguna manera podrían invocarse el orden público o el bien común como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de su contenido real... Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones estrictamente ceñidas a las 'justas exigencias' de 'una sociedad democrática' que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención"<sup>1</sup>.

En esa línea argumental, creemos primordial comprender que el control "genera información", la que cumple un doble cometido: es un insumo fundamental para poder ejercer tal función y a su vez el principal producto que origina.

Por eso, aquella información debe ser puesta a disposición de otros organismos de control, de los controlados y esencialmente de la sociedad.

He aquí el principal justificativo para enfrentar ciertas "creencias" sobre su ejercicio, que resultan engañosas y terminan por desvirtuar los medios y fines constitucionales.

a) *Los mitos*. Rodean al control público una serie de mitos formados por diversas causas: la confusión entre las especies y modelos que presenta, las ideolo-

<sup>1</sup> Opinión consultiva OC-5/85, 13/11/85, serie A, n° 5, párrs. 66 y 67.

gías con las que pretende enmarcarlo, el desconocimiento acerca de los fines que con su ejercicio se persigue, los temores por las consecuencias que pueden derivarse de él, etcétera.

Se trata de creencias, a veces elevadas a la categoría de verdad absoluta, que en la realidad son total o parcialmente falsas. Si bien son predicables de toda especie, en la mayoría de los casos consideraremos a los controles interno y externo.

Veamos algunas de ellas.

1) *Controlar es sinónimo de persecución e intromisión*. Indudablemente ello no es así. El control en general se manifiesta en dos direcciones concretas. Plantea el ejemplo a seguir, es decir, muestra el "deber ser". A consecuencia de ello, también contribuye a modificar las conductas que se apartan tanto de los objetivos, como de los medios apropiados para obtenerlos. Resulta indiscutible en esta idea todas las modalidades de control, es decir las que ejercen los tres poderes del Estado.

2) *El control judicial es el único que garantiza la satisfacción de los derechos fundamentales*. Sin descartar la importancia fundamental que este control, como pilar de Estado de derecho, tiene en la concreción de los derechos del individuo y de la sociedad, debe aceptarse que no es la única especie que contribuye a ello.

Cada uno de los sistemas de control coadyuva, directa o indirectamente, a cumplir con dichos objetivos. Controlar a los poderes del Estado a través de los diversos procedimientos y procesos va a incidir (o debería hacerlo) en el ejercicio de las funciones estatales, de forma tal que aquellos responsables de adoptar políticas públicas y de llevarlas a la práctica tienen el deber de articular los medios para corregir acciones, subsanar omisiones y fundamentalmente evitar la reiteración de

los desvíos e irregularidades que fueron detectadas, según el tipo de control de que se trate.

3) *El control externo tiene mayor relevancia (en cuanto a sus efectos y trascendencia en el marco del Estado de derecho) que el control interno.* Es falso. Ambos tienen un rol esencial como instrumentos necesarios para la satisfacción de los derechos fundamentales y la preservación de la institucionalidad.

4) *El control interno es inútil, padece de un "vicio in natura": la dependencia entre controlado y controlante.* Como exponremos, tal condicionamiento tiene su límite en la transparencia, la idoneidad ética y técnica.

5) *Nadie es perfecto y por ende no se está exento de cometer errores, lo que implica que el control siempre derivará en responsabilidades para los gestores.* Hay cierto grado de certeza en esta idea. La gestión de recursos y bienes públicos se inserta en una estructura y organización que no es perfecta y que generalmente otorga una impronta incompatible con la eficiencia. Pero no puede desconocerse que los controles preventivos, oportunos, evitan la comisión de irregularidades o, por lo menos, las peores consecuencias que devendrían si no existieran aquéllos.

6) *La independencia del organismo de control externo es plena cuando se encuentra ubicado en el ámbito del Poder Legislativo.* La experiencia nos indica que en esos casos existe una fuerte influencia y dependencia de los actores políticos, incluso ajenos a dicho Poder.

7) *La progresiva creación de organismos de control en los tres poderes del Estado asegura una mayor eficiencia y eficacia en la gestión.* La cantidad de organismos no es garantía de un mejor control, ni garantiza una eficaz gestión. Por el contrario, la multiplicidad suele derivar en la superposición de competencias, la que su-

mada a las influencias que producen los propios controlados y a la descoordinación entre los entes, acrean una pronunciada ineficiencia.

8) *Cada uno de los entes de control interno y externo, en forma coordinada, comparten información o "retroalimentan" sus trabajos a partir de los resultados del control ejercido por el otro.* La realidad muestra descoordinación entre los entes de control, a punto tal de que se presentan ante la sociedad como opuestos y no complementarios, llegando a representar una lucha de poder, circunstancia que desvirtúa los propios objetivos constitucionales y legales.

9) *El control previo es la única modalidad efectiva para detectar y corregir las irregularidades en la gestión. El control posterior es inútil y llega tarde.* El control previo es una herramienta esencial en términos de prevención, pero no constituye la única especie a dichos efectos. Cada uno de los controles, ejercidos conforme a los principios constitucionales, la normativa específica aplicable y cumpliendo con sus objetivos, puede ser un instrumento efectivo en tal sentido. Incluso el posterior, el cual muchas veces se convierte en concomitante. Sobre ello volveremos al considerar los principios del control.

En síntesis, aun cuando no podemos negar que en algún momento también caímos bajo el influjo de algunas de estas "creencias", en estos tiempos resulta necesario despojar de prejuicios al control público en general –y en particular, a las modalidades llamadas "interno" y "externo"– a fin de otorgarles su verdadera dimensión en el Estado constitucional y democrático.

b) *LOS PRINCIPIOS Y LOS REQUISITOS DEL CONTROL ACTUAL.* Conforme a lo expresado, y en particular a nuestra posición acerca de los efectos expansivos que tienen los

controles de convencionalidad y social, entendemos que el control en el siglo XXI ha de reunir una serie de condiciones y principios, los cuales son extendidos a todas las modalidades, pero que respecto de las que aquí nos convoca revisten un carácter especial.

El primer paso en el cumplimiento de aquéllos debe darlo el legislador. Éste, al crear el organismo, atribuirle competencia, regular cómo y a quién controlará, ha de dotarlo de las funciones, autonomías y técnicas suficientes para hacer posible la aplicación de tales principios. Esta exigencia comprende también al Poder Ejecutivo, en particular respecto del control interno.

Sin embargo, no ha de recaer toda la responsabilidad en estos poderes, pues el mismo órgano o ente de control debe propender a ajustar su actuación a reglas que le permitan ejercer sus atribuciones de acuerdo con los designios constitucionales, teniendo siempre en mira que, a través del ejercicio de su competencia, coadyuva a la satisfacción de los derechos fundamentales y al fortalecimiento del sistema democrático.

Bajo estos términos, el control debe ser:

1) *Eficiente*. Es decir, utilizar los métodos y procedimientos idóneos para cumplir con su objetivo; evitar los formalismos, para poder aplicar todas las técnicas que le permitan cumplir con sus funciones. No podemos negar que los organismos del Estado, incluso los de control, son proclives a la máxima "siempre se hizo así y ello nunca fue objetado". Por lo tanto, ser eficiente es también vencer las barreras de la costumbre, y salir del retrato de la inoperancia y del *statu quo*, exigencia que se interrelaciona directamente con las condiciones de constructivo y educativo.

2) *Eficaz*. Vinculado con el principio anterior, el control debe cumplir con sus propios objetivos. El actual Estado de derecho exige que no solamente se re-

quiera eficacia del controlado: este principio debe ser una regla imprescindible para el controlante.

Existe, por lo tanto, un triple enfoque de la eficacia: por un lado, el relacionado con el fin específico de la técnica de control que se realiza, sea éste previo, posterior, de legalidad, de gestión, etcétera. Es decir, cada uno de los controles que se practica ha de ajustarse a sus cometidos.

Luego, existe una eficacia que se vincula con la especialidad del órgano o ente y que deberá complementar al anterior. En ese sentido, será fundamental la competencia asignada y el grado de autonomía para que la ejerza.

Por último, este principio también debe medirse en función de los derechos fundamentales del individuo y el compromiso que asumen quienes controlan.

Los tres aspectos conforman un bloque integrado, que permitirá interpretar si el control es *útil*, en términos de los fines considerados al momento de su creación.

Sobre este punto, adelantamos que el conflicto que se plantea a partir de las observaciones y recomendaciones producidas en las auditorías (ya que no resultan obligatorias para los organismos controlados) debe ser resuelto a la luz de la eficacia. La obligatoriedad de las recomendaciones omitida en la regulación legal (ley 24.156) como característica de esa especie ha de encontrar sustento en tal principio y en el ejercicio de la competencia de los organismos.

3) *Transparente*. El control público dejó de constituir un ámbito cerrado, reservado a unos pocos sujetos controlados o controlantes, para instituirse en una garantía democrática. Este principio comprende dos perspectivas de análisis: por un lado, el control debe "transparentar" la gestión pública; es, justamente, un instrumento al servicio de la transparencia. Por el otro,

el control en sí mismo debe cumplir con ese principio constitucional. De ahí que los métodos utilizados y los resultados deben darse a publicidad y estar disponibles para la sociedad: los informes, resoluciones, disposiciones, han de constituir los insumos necesarios del control social. Como sostuvimos, el control produce información trascendente para la sociedad.

4) *Ético*. Este principio debe ser enfocado también en dos sentidos.

El primero, en cuanto a la conducta de aquellos que ejercen el control. Este requisito involucra a todos los que tienen funciones en tal materia, quienes deberán evitar situaciones de conflictos de intereses y cumplir las normas éticas que les corresponden como a todo agente público, a las que se agregan las propias de su institución.

Pero también postular un control ético es propender a un control que no se desvíe de sus objetivos, ni oculta fines espurios.

Se trata de la aplicación de la figura de la "desviación del poder", desarrollada por los franceses y que en el derecho administrativo ha sido entendida como un vicio en el elemento *finalidad* del acto administrativo.

Se trata de una desviación "en el empleo de las competencias estatales respecto de las finalidades que inspiraron su atribución por el ordenamiento jurídico superior y que se encuentran en la Constitución y en la ley". Frente a una finalidad perseguida y determinada por la ley, caben dos posibilidades: el *cumplimiento* de ese fin o el *apartamiento* de él. En la primera opción, se presentan dos supuestos: que ese cumplimiento sea *normal*, ajustado a la norma y a su objetivo, o que –por el contrario– sea llevado a cabo con *desproporción* en su aplicación, entre la conducta desarrollada y esa finalidad que –en principio– se está cumpliendo de un

modo defectuoso, desvirtuando el contenido de la norma. A este vicio de los actos administrativos se lo denomina "irrazonabilidad" o "falta de razonabilidad". En la segunda opción, el apartamiento del fin, también encontramos dos posibilidades: que éste sea *total*, al extremo de perseguir un objetivo personal o de grupo, de índole privado, o *parcial*, cuando el agente se haya fijado como meta otra finalidad pública, pero distinta –según su personal criterio– de la contemplada por la norma que le otorgó la competencia. En ambos casos, con distinto nivel de gravedad, hay "desviación de poder"<sup>2</sup>.

5) *Independiente y objetivo*. Estas condiciones serán tratados en párrafos posteriores.

6) *Constructivo y educativo*. El control –en cualquiera de sus manifestaciones– debe construir puentes entre el "deber ser" y el "ser"; su ejercicio ha de promover la aplicación de mecanismos para corregir las deficiencias propias de la gestión.

Entender el control bajo una perspectiva educativa no implica renunciar a sus fines ni poner en juego su independencia; por el contrario, presupone la articulación de instrumentos y procedimientos que ayuden a lograr una actuación pública ajustada al orden constitucional y legal.

7) *Comprensivo de la realidad y las circunstancias sociales, económicas, culturales, que rodean al sujeto, al ámbito y al objeto del control*. Advertimos que no se trata de controlar bajo influencias extrañas a la función, ni justificar acciones irregulares u omisiones de las autoridades públicas sustentadas en la idiosincrasia

<sup>2</sup> Pérez Hualde, *Desviación de poder como "sistema" y un instrumento necesario: las lealtades personales*, en XI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Santo Domingo, 2012, p. 107 a 129.

de la comunidad; sino de comprender que las singularidades de la sociedad y de sus miembros deben ser valorados a la hora de determinar las herramientas de control más efectivas.

8) *Oportuno*. ¿Qué significa que un tipo de control se cumpla con oportunidad? La respuesta es simple: que sea ejercido en tiempo razonable, según corresponda a su modalidad.

Si bien existen reglamentaciones que fijan plazos para practicar determinados controles (p.ej., el caso de la intervención previa de los tribunales de cuentas), lo cierto es que los efectos de un control oportuno tienen especial importancia en el control posterior.

Las críticas de las que ha sido objeto esta especie se centran en considerar que llega tarde, ya que solamente sirve "para hacer jugar la responsabilidad de los funcionarios públicos intervinientes, en cambio la clave es que estos organismos tengan un control preventivo, en forma efectiva, es decir, con potestades de carácter paralizante del acto que se va a instrumentar, porque de nada vale tener un control posterior cuando ya el acto se ejecutó y se produjo perjuicio a la comunidad y al interés público"<sup>3</sup>.

Por eso, es importante romper con el mito que señalamos anteriormente y considerar que, aun en el control posterior, la oportunidad es una exigencia constitucional; a nuestro entender, los controles inoportunos son ineficientes y se convierten en meros formalismos.

Se trata, en definitiva, de exigir el principio del tiempo razonable en los procedimientos de control, en aras de cumplir con las competencias y lograr los objetivos ínsitos en esa función.

<sup>3</sup> Sesin, *Control previo. Naturaleza y alcance. Vinculación con las funciones jurisdiccionales*, "Revista El Control Público", n° 98, ene.-jun. 2002, p. 31 a 34.

Es fácil comprobar que todas las manifestaciones del control público deben ajustarse a estas consignas, incluyendo el Poder Legislativo y el Judicial, pues en realidad estamos en presencia de reglas que interactúan y conforman un marco que constitucionaliza la función.

Como cierre de una cadena de elementos que van conformando un complejo universo, los límites que el control impone al ejercicio de la autoridad pública derivan de los derechos fundamentales.

Una interpretación equilibrada de derechos y facultades -de forma tal que las limitaciones estatales a los derechos individuales se ciñan estrictamente a las "justas exigencias" de "una sociedad democrática"<sup>4</sup>- obliga a que el control se ubique en un lugar privilegiado, como instrumento para preservar dicho equilibrio.

#### § 9. *EL PROBLEMA DE LA INDEPENDENCIA DE LOS CONTROLADORES*

Creemos que el problema de la independencia y las incertidumbres que se plantean sobre la relación entre el controlado y el controlador encuentra una principal vía de interpretación en la transparencia.

a) *EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA COMO PRESUPUESTO DE LA INDEPENDENCIA*. Pesa sobre todas las modalidades, en más o en menos, la duda existencial de la "dependencia", incluso sobre el control judicial, el cual se ve afectado en tal sentido desde el momento en que se ha puesto en tela de juicio la elección de los funcionarios que ejercen la magistratura judicial.

<sup>4</sup> En ese sentido, ver la opinión consultiva CIDH, OC-5/85, 13/11/85, serie A, n° 5, párrs. 66 y 67.

Por lo tanto, ninguno está exento de las dudas que aparejan estas cuestiones, aun cuando en esta ocasión pongamos más atención en el control interno:

Como consecuencia de ello, interpretar y en su caso valorar el grado de independencia obliga a remitirse al principio de transparencia, pues en general el cuestionamiento a la dependencia está referido al "rumbo" que se imprime al control, a las influencias que se ejercen sobre quien controla y al ocultamiento de la información que se obtiene.

La transparencia es inherente al control y a cada una de sus etapas, con lo cual desde la elección de las autoridades y el personal, hasta los resultados de la función, han de evidenciar su presencia, la que se convierte en una muralla de contención a las influencias a las que pueda estar sometido el controlador.

Por supuesto que sería dogmático analizar los vínculos en los órganos y entes suponiendo la existencia de una independencia absoluta. Ésta no parece factible, dado que sobre cada uno de los que conforman una organización -cualquiera sea el rol que ocupe- pesan diversos factores, que influyen en tal condición.

Creemos, entonces, que el problema radica en el alcance que cabe asignarle a tal requisito, en valorar razonablemente las causas que puedan afectarla, en analizar los límites para soportar las presiones que se puedan ejercer y exigir el máximo grado de transparencia en su ejercicio.

En ese sentido, se ha indicado -con relación a la labor del auditor- que quien controla debe ser independiente y también parecerlo, hay incluso una independencia mental y una imagen de ella -independencia aparente-<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Fowler Newton, *Tratado de auditoría*, t. I, p. 175 y 176.

De acuerdo con los criterios y normas elaborados para los auditores, la independencia es analizada, como "una libertad de las presiones y otros factores que comprometen o que razonablemente podría preverse que comprometan la capacidad del auditor para tomar decisiones que no estén sesgadas", conforme a la Independence Standards Board (2000), sin perjuicio de la distinción entre independencia mental<sup>6</sup> y aparente<sup>7</sup> (Código de Ética de la Federación Internacional de Contadores).

b) *IDONEIDAD Y ÉTICA*. Dependier implica estar subordinado, sujeto a algo o alguien.

La "no dependencia" en términos de control se relaciona también con ciertas condiciones como la imparcialidad, integridad, objetividad, neutralidad y, por supuesto, ética.

El primer factor que salvaguarda a quien controla de posibles influencias es su propio conocimiento, es decir, la capacitación, la idoneidad y la aplicación de criterios científicos y técnicos.

La incumbencia profesional será imprescindible para ejercer un control lo más alejado posible de factores de presión, requisito que debe atender también a las funciones que desarrolla el organismo o el ente controlado: mal puede controlarse aquello que se desconoce.

<sup>6</sup> "El estado mental que permite la expresión de una conclusión sin estar afectado por influencias que comprometan el juicio profesional, permitiendo que un individuo actúe con integridad y ejercite la objetividad y el escepticismo profesional".

<sup>7</sup> "La evitación de hechos y circunstancias que sean tan significativos como para que un tercero razonable e informado, teniendo conocimiento de toda la información relevante, incluyendo las defensas aplicadas, pudiera concluir razonablemente que han sido comprometidas la integridad o el escepticismo profesional de una firma o de un miembro del equipo de aseguramiento".

En esta línea, tanto organizaciones privadas como públicas fijan requisitos de esta naturaleza.

Las Normas Generales de Control Interno para el Sector Público Nacional, aprobadas en el año 2013 por la SIGEN, siguiendo el Informe COSO (Principio 4, "Competencia del personal") señalan que la organización debe disponer de políticas y procedimientos apropiados para la gestión del capital humano, los que "deben contemplar la incorporación de personal, el desarrollo de carrera, la evaluación y los mecanismos de motivación para retener personal competente. En todas estas fases del proceso de gestión del capital humano, deben tenerse en consideración los objetivos de la organización. La gestión del capital humano debe contemplar la capacitación del personal, apuntando al desarrollo de las competencias necesarias para los distintos puestos de trabajo, de modo de contribuir con el logro de los objetivos organizacionales. Estas actividades de capacitación deben reforzar asimismo, los valores y códigos de conducta de la organización".

Por res. 17/06, el síndico general de la Nación aprobó el "Perfil del auditor interno titular". Entre sus disposiciones se establece que la SIGEN tiene que emitir opinión técnica previa a la designación de los auditores internos. Éstos deberán acreditar *estudios* (poseer título universitario nacional en ciencias económicas, derecho o acorde con las incumbencias u objeto principal de la jurisdicción, entidad u organismo auditado, correspondiente a una carrera con un plan de estudios no menor a cinco años) y *experiencia* (cinco años de actuación profesional; tres años en el ejercicio de la auditoría interna o externa en el sector público o privado; conducción de grupos de trabajo).

En cuanto a la capacitación, en el año 2010, por decr. 279/10 se creó el Instituto Superior de Control de la Gestión Pública, bajo la supervisión del Instituto

Nacional de la Administración Pública, que tiene por objeto "el desarrollo de la formación, capacitación y perfeccionamiento técnico específico del personal del sector público nacional en materia de control, con un enfoque transdisciplinario". Se desconoce la efectividad de esta norma.

Respecto de las exigencias éticas, recordemos que la Convención Interamericana contra la Corrupción, en el artículo III, "Medidas preventivas", establece que los Estados partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer: "3) Instrucciones al personal de las entidades públicas, que aseguren la adecuada comprensión de sus responsabilidades y las normas éticas que rigen sus actividades".

Asimismo, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en su Preámbulo, alude a la preocupación de los Estados partes "por la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley".

A nuestro entender, *idoneidad sin ética* es sinónimo de corrupción. *Ética sin idoneidad* es signo de inoperancia y también de corrupción, en la medida en que quien ejerce una función sabe que no cuenta con los conocimientos suficientes.

La preocupación que se plantea ha sido lo suficientemente considerada por entidades profesionales vinculadas con el control, de la mayoría de los países, y por asociaciones internacionales<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Por ejemplo, por el INTOSAI (Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores), que aprobó el Código de Ética, ISSAI, 30.

En realidad, todos los colegios e instituciones profesionales han dictado códigos y regímenes especiales que regulan normas de conducta éticas de sus asociados.

Una sistematización interesante de la actuación ética del profesional es aquella que entiende que –como otras personas– aquél debe orientar su actuación hacia el bien, respetar al prójimo y las normas que debe cumplir.

A su vez, en relación con las personas que contrataron sus servicios o los utilizan, debe preocuparse por una prestación cuidadosa, responsable y eficaz y por ejercer discreción en el manejo de la información que obtiene en sus tareas<sup>9</sup>.

Ya no resulta posible analizar la aplicación de principios éticos exclusivamente a la función pública; toda organización exige el cumplimiento de valores que configuran una ética corporativa.

En lo que hace al abanico de normas que contienen principios, definiciones y guías de actuación en el control interno del sector privado y público, merecen mención las citadas Normas Generales de Control Interno para el Sector Público Nacional de la SIGEN, que dentro del componente “Ambiente de control”<sup>10</sup> prevén

<sup>9</sup> Fowler Newton, *Tratado de auditoría*, t. I, p. 238.

<sup>10</sup> Este componente se encuentra constituido por el conjunto de procesos, estándares y estructuras que proveen la base para la ejecución del control interno en la organización. El establecimiento de un ambiente de control (Normas Internacionales de las EFS que dicta la INTOSAI) coadyuva a estimular e influenciar el desempeño del personal de la organización con respecto al cumplimiento de los objetivos del control interno. Abarca desde el estilo y conductas de las autoridades en la implantación del control interno, hasta la definición de las expectativas organizacionales respecto de los valores y estándares de conducta del personal.

el principio de “Demostrar compromiso con la integridad y valores éticos”<sup>11</sup>.

Se trata de reglas aplicadas a la propia organización. El primer aspecto que se prevé está vinculado con la necesidad de todos los agentes de la organización que definan y comuniquen apropiadamente los valores y los códigos de conducta. Se expresa que “las autoridades superiores deben procurar la internalización de los valores, difundirlos y propiciar actividades de capacitación al respecto”.

La importancia de estas consignas radica, a nuestro entender, en el compromiso que deben asumir las autoridades en la implementación de sistemas para informar y concientizar al personal sobre tales valores. Ésta es, en sí misma, una regla de ética pues presupone que el superior debe “dar el ejemplo” de las conductas que exige a los agentes.

Las referidas Normas de Control, paralelamente, establecen que deben existir mecanismos para evaluar metódicamente la adhesión a los valores y la aplicación de los códigos de conducta, así como para adoptar las medidas en caso de desvíos o incumplimientos. “Estos aspectos, además de conformar sólidas bases para el funcionamiento del control interno, constituyen elementos muy importantes para generar motivación y sentido de pertenencia para el personal que se desempeña en la organización”.

Tales directivas son independientes de las normas específicas que se aplican a los empleados públicos (en el ámbito nacional, la ley 25.188, el decr. 214/06 –con-

<sup>11</sup> La organización debe regirse por valores de ética e integridad, los cuales deben constar en los *valores organizacionales, códigos de conducta, políticas y procedimientos*, así como en planes y otros documentos internos, y deben reflejarse en las decisiones, acciones y comportamiento en todos los niveles de la organización.

venio colectivo de trabajo para la Administración pública nacional- y el decr. 41/99 -Código de Ética de la Función Pública-) y por supuesto de las convenciones interamericana y de las Naciones Unidas contra la corrupción.

Respecto del control externo, las Normas ISSAI 100 de la INTOSAI establecen que los principios éticos deben estar presentes en la conducta profesional de un auditor y que las EFS han de tener políticas para abordar los requerimientos éticos y destacar la necesidad de que los auditores cumplan con ellos. La orientación acerca de los principios éticos de integridad, objetividad, competencia profesional y diligencia debida, confidencialidad y conducta profesional, se rige por la ISSAI 30 -Código de Ética-. Éste se dirige al auditor individual, al titular de la EFS, a los responsables ejecutivos y a todas las personas que trabajen al servicio de tales entidades o en representación de ésta y que intervengan en la labor de auditoría. Se trata de exigencias propias de la función que realizan.

De esta forma, el agente público que controla (interna o externamente) debe cumplir con las reglas éticas como profesional, funcionario y también con las vinculadas a la actividad específica que desarrolla.

En realidad, la ética ha dejado de ser demandada solamente en el ámbito público estatal, para convertirse en un orden impuesto a toda organización.

Hace ya varios años que existe una nueva sensibilidad en el mundo de los negocios que pasan a adoptar una concepción ética en su desarrollo, cobrando un valor especial en diversos frentes.

Incluso tal tendencia es entendida como una estrategia empresarial, que configura un valor agregado.

Así, la dimensión ética de las organizaciones se impone como un centro de atención de directivos y em-

presarios. Hay tras esta concepción la idea de responsabilidad social empresarial, que se proyecta en las relaciones con los trabajadores, los consumidores y los ciudadanos en general<sup>12</sup>.

c). *IMPARCIALIDAD, OBJETIVIDAD Y NEUTRALIDAD.* Son tres categorías interrelacionadas, que están unidas en el principio de independencia, aun cuando su delimitación conceptual presenta varias dificultades. En general se suelen utilizar indistintamente, e incluso quienes plantean diferencias las asemejan en cuanto a sus resultados<sup>13</sup>.

La *imparcialidad* es la "falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud", de acuerdo a la definición de la Real Academia Española. Es identificada con la independencia para ejercer una función sin presiones ni preconcepciones. Por eso, suele ser equiparada con la objetividad y la neutralidad.

Ser *objetivo*, según esa misma institución, es analizar un objeto en sí mismo, con independencia de la forma de pensar o de sentir; implica a su vez una situación de desinterés, desapasionamiento.

La doctrina española ha estado muy atenta a estas nociones, en particular porque el art. 103.1 de la Constitución de 1978 establece que la Administración pública "sirve con objetividad los intereses generales".

Sin entrar a profundizar en estos temas, es interesante traer a colación los diversos enfoques que giraron alrededor del funcionario público y que son aplicables directamente al análisis aquí formulado.

<sup>12</sup> Rodríguez Fernández - Zarco Martín, *La dimensión ética de las organizaciones*, "Revista de Psicología General y Aplicada", nº 52, 1999, p. 351 a 369.

<sup>13</sup> Ver también el Código de Ética del INTOSAI, ISSAI 30.

Así, por ejemplo, se entiende que la *objetividad* en el sistema español "se ofrece como lo contrario a parcialidad y, especialmente, la parcialidad propia del partidismo político y de intereses económicos y, en general, sociales concretos distintos de los definidos como generales. De ahí justamente la previsión constitucional de la regulación por ley de las garantías para la imparcialidad de los funcionarios públicos, es decir, de los principales medios personales de la Administración en el ejercicio de sus funciones"<sup>14</sup>.

También en el rol del funcionario, y partiendo de la fidelidad a la Constitución, el profesor Embid Irujo sostiene que "el principio de objetividad de la Administración significaría la neutralidad política del funcionario público, porque solo con la imparcialidad en el ejercicio del cargo podría hacerse realidad el carácter servicial y objetivo de la Administración"<sup>15</sup>.

A su vez, se entendió que en el ámbito de la Administración opera el principio de legalidad, que define el modo como ha de quedar vinculada aquélla a la ley, que "se traduce en el deber general del funcionario de interpretar y aplicar la ley en adecuación a la voluntad normativa, alejado, consiguientemente, de cualquier valoración personal y subjetiva"<sup>16</sup>.

En esa línea de pensamiento, la objetividad fue diferenciada de la imparcialidad, en los términos de la Constitución española, cuyo art. 103.3 establece que

<sup>14</sup> Parejo Alfonso, *La eficacia como principio jurídico de la acción administrativa*, "Documentación Administrativa", n° 218-219, INAP, p. 428 y siguientes.

<sup>15</sup> Embid Irujo, *La fidelidad de los funcionarios a la Constitución. (Un estudio a los derechos alemán y español)*, p. 153 y siguientes.

<sup>16</sup> García Costa, *Delimitación conceptual del principio de objetividad: objetividad, neutralidad e imparcialidad*, "Documentación Administrativa", n° 289, p. 21 a 42.

"la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos... y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones". De esta garantía "son destinatarios no sólo los funcionarios, sino también los ciudadanos a los que la Administración pública sirve, pues aquéllos son los destinatarios últimos de la actuación administrativa en que se insertan tales funciones". Entendida la imparcialidad en este ámbito de las relaciones Administración-administrados, se identifica con la buena Administración, como señala García Costa.

Ahora bien, trayendo estas nociones al ámbito del control, nos parece apropiado considerar que quien controla con objetividad, atiende a la materia controlada conforme las disposiciones técnicas-legales aplicables, en cuyo análisis se despoja de intereses ajenos a ella.

Se trata de actuar alejado de subjetividades, de prejuicios, a la hora de interpretar y analizar el objeto, los fines y los mecanismos de gestión. Es decir, a nuestro criterio, la objetividad en el terreno del control abarca un campo mucho más amplio que la legalidad comentada. Por supuesto que quienes verifican diferencias entre estas nociones apuntan a los diversos roles que cumplen, al evaluar la actuación del funcionario frente a la política, a las interferencias y los objetivos de la Administración.

La neutralidad comparte las particularidades de los principios analizados. Neutral es quien "no participa de ninguna de las opciones en conflicto"; noción que en el ámbito del control -asimilado a la imparcialidad- nos acerca a la idea de "mantenerse al margen" de las posibles colisiones de intereses que el control puede involucrar.

Pero también nos inclinamos por el criterio que considera que la *neutralidad* opera en el ámbito de las relaciones entre la Administración y el gobierno, defi-

niendo la forma en la que queda vinculada la Administración al poder de dirección del gobierno. Ello se traduce en deberes del funcionario, de carácter negativo (no interferencia y disponibilidad plena) y positivo (colaboración leal y eficaz)<sup>17</sup>.

Aplicado al control interno, tal principio debería verificarse respecto del vínculo con el organismo al cual pertenece, cuya autoridad no podrá dirigir el control o influir sobre dicha función presionando y limitando el accionar de quien controla. En este esquema, el superior deberá tanto abstenerse de interferir en tal actividad como colaborar para que el control se concrete.

En forma consecuente, hablar de neutralidad política es referirse al comportamiento de los funcionarios públicos y la necesidad de abstenerse de apoyar al gobierno de turno.

d) *LA INDEPENDENCIA EN LOS CONTROLES INTERNO Y EXTERNO DE LA ADMINISTRACIÓN FINANCIERA.* La condición de ser independientes es un tema recurrente para estas especies de control, en particular respecto del primero, pues en el caso de organismos con competencias específicas (v.gr., contralorías, contadurías, sindicaturas) tales condiciones se convierten en una referencia de su propia eficiencia y eficacia.

Habrán gestores que privilegien este tipo de control e incluso faciliten la evaluación interna de procedimientos, procesos, actos, operaciones, sin "dirigir" al controlador, ni ocultar información. En estos casos, se priorizará el efecto positivo que tiene la detección de los problemas que internamente puede presentar la or-

<sup>17</sup> García Costa, *Delimitación conceptual del principio de objetividad: objetividad, neutralidad e imparcialidad*, "Documentación Administrativa", n° 289, p. 21 a 42.

ganización, con el objeto de adoptar los mecanismos para corregirlos y evitar su reiteración.

Pero otros preferirán "influir" en quienes lo ejercen, "orientándolos" para evitar que se introduzcan en ámbitos que pueden comprometerlos. En tales supuestos, el controlado bajo un aparente control interno efectivo preferirá "disfrazar" su gestión bajo un halo de "cuasiperfección", ocultando datos.

En consecuencia, reafirmamos que *ser independiente y actuar con transparencia* configuran una unidad en el ejercicio del control interno.

Las Normas Generales de Control Interno del año 2013 -SIGÉN- Componente del control interno 1, Ambiente de control, incluyen como principio 2: "la selección y designación de funcionarios debe realizarse mediante mecanismos transparentes que ponderen las competencias de cada puesto de trabajo, respetando -en particular para los puestos con altas responsabilidades sobre la gestión- el principio de independencia que evite incompatibilidades y conflictos de intereses, y busque asegurar objetividad en la toma de decisiones".

Estas disposiciones indican la relación que existe entre la forma de elección del funcionario, la transparencia y la independencia. En ese texto normativo, también se establece que las Unidades de Auditoría Interna (UAI) deben cumplir con sus funciones "presentando la necesaria independencia y objetividad para desarrollar la actividad" (Componente de control interno 5, principio 16).

La independencia en el control interno se configura por un conjunto de condiciones, no se limita a la ausencia de incompatibilidades y conflictos de intereses, en los términos de normas que prevén estas situaciones, pues también incide directamente el rol que asume quien controla, frente a las influencias que pueda recibir del controlado.

Comprender el complejo tema del control interno desde estas premisas, nos permite incorporarlo con un rol preventivo y capacitador, sin renunciar a sus objetivos y a su carácter independiente.

Respecto de la independencia en el control externo, tal requisito está establecido en la res. A/66/209 de las Naciones Unidas, que indica que las Entidades Fiscalizadoras Superiores (EFS) "pueden cumplir sus tareas objetiva y efectivamente, sólo si son independientes". Una de las condiciones para dar credibilidad a tal principio es la objetividad.

En el año 2014, en la 69ª Asamblea General de Naciones Unidas se aprobó una nueva res. A/RES/69/228, sobre "Promoción y fomento de la eficiencia, la rendición de cuentas, la eficacia y la transparencia de la Administración pública mediante el fortalecimiento de las Entidades Fiscalizadoras Superiores", en la cual se pone énfasis en la independencia y en la necesidad de reforzarla, instando a los Estados miembros a darle la debida consideración, junto a la creación de capacidades de sus EFS.

Allí también se promueve la aplicación de los principios de las Declaraciones de Lima y México.

Según las ISSAI<sup>18</sup> 100, Declaración de México (2007), de la INTOSAI<sup>19</sup>, el escepticismo profesional significa mantener la distancia profesional y una actitud de aler-

<sup>18</sup> Las ISSAI son las Normas Internacionales de las EFS que dicta la INTOSAI, cuyo objetivo es promover una auditoría independiente y eficaz por parte de tales entidades.

<sup>19</sup> INTOSAI es la organización central para la fiscalización pública exterior. Es un organismo autónomo, independiente y apolítico, creado como una institución permanente para fomentar el intercambio de ideas y experiencias entre las EFS de los países miembros, en lo que se refiere a la auditoría gubernamental. Tiene su sede en Viena, Austria.

ta y de cuestionamiento al evaluar la suficiencia e idoneidad de la evidencia obtenida durante toda la auditoría. También implica permanecer abierto y receptivo a todos los puntos de vista y argumentos. El juicio profesional conlleva la aplicación del conocimiento, habilidades y experiencia colectivas en el proceso de auditoría. A su vez, diligencia debida significa que el auditor debe planear y conducir las auditorías de manera diligente. En síntesis, los auditores deben evitar cualquier conducta que pueda desacreditar su trabajo.

Tales normas enumeran ocho principios en la materia, a ser aplicados por las EFS, referentes al estatus, los recursos, los nombramientos, la planificación, el acceso a la información, la comunicación de los resultados, la publicación y la supervisión de las recomendaciones.

Estos pilares de la independencia son esenciales, y presuponen que deben ser respaldados por las acciones concretas.

Resulta importante entender que tales principios individualmente considerados no garantizan debidamente la independencia, es decir, no se es más o menos independiente por cumplir con alguno de ellos, sino que por el contrario configuran un bloque de reglas mínimas, que debe ser exigido en la formación y actuación de quien controla. Ellos son:

1) La existencia de un marco constitucional, reglamentario o legal apropiado y eficaz, así como de disposiciones para la aplicación de facto de dicho marco.

2) La independencia de la autoridad superior de la EFS, y de los "miembros" (para el caso de instituciones colegiadas), incluyendo la seguridad en el cargo y la inmunidad legal en el cumplimiento normal de sus obligaciones.

3) Un mandato suficientemente amplio y facultades pleniamente discrecionales en el cumplimiento de las funciones de la EFS.

4) Acceso irrestricto a la información.

5) El derecho y la obligación de informar sobre su trabajo.

6) Libertad de decidir el contenido y la oportunidad (momento) de sus informes de auditoría, al igual que sobre su publicación y divulgación.

7) La existencia de mecanismos eficaces de seguimiento de las recomendaciones de la EFS.

8) Autonomía financiera y gerencial/administrativa, al igual que disponibilidad de recursos humanos, materiales y económicos apropiados.

e) *NUESTRA OPINIÓN.* Nos interesa destacar cuatro aspectos vinculados a estos principios, que consideramos sensibles en esta materia.

1) *La independencia de quien controla* es una de las exigencias más importantes a la hora de evaluar la efectividad de la función, pero también una de las más difíciles de conseguir.

Ya planteamos que no es posible interpretar esta condición en términos absolutos, y que pretender cierto grado "inmaculado" en tal sentido es desconocer la propia condición humana. Pero también es cierto que la ética y la idoneidad son determinantes a la hora de exigir y evaluar tal independencia y si bien la perfección no existe, resulta innegable que aquellos valores, la profesionalización y la capacitación son elementos no escindibles a la hora de exigirla.

En tal sentido, el nombramiento de los titulares de las EFS y de los miembros de los órganos colegiados constituye un ámbito sensible, no sólo por la preven-

ción de conflictos de intereses, sino por las influencias políticas que se verifican durante los procedimientos de elección de las autoridades.

Un ejemplo a tener en cuenta es el que se verifica en la mayoría de las EFS europeas, en las cuales no es posible ser designado para posiciones de responsabilidad después de haber sido miembro del gobierno o de un partido político.

Desde otro ángulo cabe responder al interrogante de quién designa al funcionario. Se considera que el sistema más adecuado es el pluralista: la confirmación por el Parlamento sobre una base consensual, y la designación por el jefe de Estado en sesión del gabinete. El nombramiento mediante mayoría simple en el Parlamento, regla general en Europa, parece ser menos protector de lo que sería una elección mediante una mayoría calificada (p.ej., una mayoría de dos tercios).

Respecto de este tema, también entendemos que ningún sistema de elección es perfecto. Aun en los modelos de designación pluralistas, cuando quien ejerce el Poder Ejecutivo pertenece al mismo partido político que cuenta con la mayoría de las bancas en la Legislatura, se desdibuja la pretendida "pluralidad".

Sin embargo, la exigencia de mayorías especiales para tales designaciones y la participación ordenada y constructiva de la sociedad, parecen ser medios adecuados para asegurar la mayor transparencia.

A ello agréguese otro aspecto no menor: la duración de la tenencia del cargo, ya que si el período es muy corto, la independencia es frágil. Por el contrario, si es demasiado extenso, la rutina o la colusión pueden afianzarse.

2) En el *ejercicio del control que se precie de ser independiente*, deben evitarse "áreas" (operaciones, procedimientos, etc.) *exentas* de aquél. Las excepciones

han de ser tales y nunca abarcar ámbitos que razonablemente deberían ser controlados. Es decir, frente a la duda sobre si se está o no sujeto a control, la respuesta debe ser afirmativa.

Esta interpretación, entendemos que también debe ser considerada por el legislador, a fin de que evite vedar al controlador el ejercicio de su función sobre algunos sectores o materias públicas.

Hay tras este enfoque una impronta constitucional, tal como se indicó al inicio. El control envuelve un anhelo social basado en la satisfacción de los derechos fundamentales.

Bajo esta perspectiva, por ejemplo, creemos que YPF SA (ley 26.741) no puede estar excluida del control de la ley 24.156 y tampoco del control social. Respecto de este último, el ya citado fallo "Giustiniani" de la CSJN, del 10 de noviembre de 2015, reconoció que la libertad de información es un derecho humano fundamental, que abarca el derecho a reunir, transmitir y publicar noticias, y contempla la protección del derecho de acceso a la información con el control del Estado. Aquél tiene por objeto asegurar que toda persona pueda conocer la manera en que sus gobernantes y funcionarios públicos se desempeñan.

3) Las recomendaciones contenidas en los informes de auditoría se convierten en "expresiones de deseos", en la medida en que es discrecional del controlado aplicarlas, tal como adelantamos al analizar ciertos mitos del control. La importancia está plasmada en las Normas de Auditoría Gubernamental de la GAO (Oficina de la Contraloría General de los Estados Unidos) -Premisas Básicas- donde se señala que "los informes de auditoría gubernamental son importantes elementos de control y responsabilidad pública. La auditoría le otorga credibilidad a la información presentada por

la gerencia u obtenida de ella, al conseguir y evaluar objetivamente la evidencia" (punto 1.13.f).

4) La *autonomía presupuestaria-financiera* es esencial. Aplicamos aquí el criterio que vale para todo organismo y ente estatal: si la pretensión es que éstos no cumplan con sus competencias o lo hagan parcialmente, basta con limitar su presupuesto y restringir sus atribuciones para obtener recursos propios.

El control no está libre de ello: si un gobierno quiere evitar ser controlado, seguramente, previo a una reforma legislativa optará por asignar menos partidas presupuestarias al organismo de control, ponerle vallas al ejercicio de funciones de recaudación o limitar el uso de sus recursos.

Hay, por lo tanto, un estrecho vínculo entre recursos y eficacia del control, en la medida que para el cumplimiento de los objetivos constitucionales y legales pueden estar supeditados a decisiones del propio controlado.

Por último, advertimos que estos conceptos resultan aplicables a quienes ejercen control interno -en todas sus manifestaciones- en el ámbito público. Incluso, las exigencias de integridad, objetividad y escepticismo deben ser interpretadas bajo ópticas más estrictas de cara a la gestión de bienes y recursos públicos, en la medida que están involucrados los intereses de la sociedad y sus derechos.

En estos ámbitos, el funcionario que controla mantiene su principal relación con la sociedad, sin desconocer el vínculo institucional con el poder u órgano dentro del cual se ubica.

Por supuesto que todo ello supeditado a la modalidad de la que se trate. En última instancia, de acuerdo con lo señalado, la transparencia en el ejercicio de esta función será una aliada fundamental para asegurar su efectividad.

#### § 10. LAS CLASIFICACIONES DEL CONTROL PÚBLICO

Variadas clasificaciones se han desarrollado en torno al control público; las que principalmente tienen una utilidad teórica.

Uno de los problemas que se presenta respecto del tema, es que ni siquiera el dato identificador que sirve para elaborarlas es interpretado en forma uniforme por la doctrina (veremos varios ejemplos a continuación), con lo cual con la misma denominación se designan diferentes tipos de control.

Las consecuencias de ello no son menores, máxime cuando el legislador aplica técnicas legislativas deficientes y, por ejemplo, expresa ambiguamente las funciones de los órganos y entes.

Por lo tanto, postulamos que en la interpretación de las funciones de control se acuda a criterios que integren la letra de la ley con la especialidad del ente, la ubicación institucional, la relación con otros organismos; entre otros.

a) *CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y DE CONSTITUCIONALIDAD*. El control de convencionalidad es aquel que se ejerce al comparar las normas internas de los países con el Pacto de San José de Costa Rica y otras convenciones de derechos humanos.

Tiene su origen en el voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, en el "caso Myrna Mack Chang"<sup>20</sup>, y lo reitera en el "caso Tibi vs. Ecuador"<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Corte IDH, "Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala", 25/11/03, Serie C, n° 101.

<sup>21</sup> Corte IDH, "Caso Tibi vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas", 7/9/04, Serie C, n° 114.

La Corte IDH recepciona esa noción en los casos "Almonacid Arellano" y "Trabajadores Cesados"<sup>22</sup>, al señalar el carácter oficioso con que los jueces deben aplicar el control de convencionalidad<sup>23</sup>.

Si bien la terminología de "control de convencionalidad" es utilizada por la Corte a partir de dichas decisiones, desde siempre hizo una comparación entre ambos esquemas, destacando la prioridad de la regla supranacional. Lo que sucede es que a partir de esas decisiones se utiliza tal denominación<sup>24</sup>.

Una de las particularidades de este control radica en que se practica en dos ámbitos, uno internacional y otro interno.

El primero se deposita en la Corte IDH y consiste en juzgar en casos concretos si un acto o una norma de derecho interno son incompatibles con la Conven-

<sup>22</sup> Corte IDH, "Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile", 26/9/06, Serie C, n° 154, párr. 124; íd., "Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú", 24/11/06, Serie C, n° 158, párr. 128.

<sup>23</sup> Ampliar en Carbonell, *Introducción general al control de convencionalidad*, González Pérez - Valadés (coords.), en "El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo", p. 67 a 95; Sagüés, *El control de convencionalidad. En particular sobre las Constituciones nacionales*, LL, 2009-B-762; Gelli, *Constitución de la Nación Argentina -comentada y concordada-*, t. II, p. 218 a 234; Bazán, *Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas*, "Revista Europea de Derechos Fundamentales", n° 18, 2° semestre 2011, p. 63 a 104; Bianchi, *Una reflexión sobre el llamado control de convencionalidad*, LL, 2010-E-1090. Para este autor, el control de convencionalidad, ejercido de acuerdo con los precedentes de la Corte IDH, es "un complemento del control de constitucionalidad tradicional, al que puede acudir la Corte Suprema si entiende que tales precedentes resultan de aplicación".

<sup>24</sup> Hitters, *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación*, "Estudios Constitucionales", vol. 7, n° 2, 2009, p. 109 a 128.

ción Americana de Derechos Humanos. En su caso, dispondrá la reforma o la abrogación de dichas prácticas o norma, en aras de proteger los derechos humanos y preservar la vigencia suprema de tal Convención y de otros instrumentos internacionales fundamentales. También procede cuando el Estado no cumple con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (art. 2, CADH) para garantizar el efectivo ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la Convención. Allí la Corte, por vía jurisdiccional, exige al Estado la adopción de medidas legislativas o de otro carácter para satisfacer tal finalidad<sup>25</sup>.

El otro contexto –el interno– se encuentra a cargo de los magistrados locales (involucrando a todas las autoridades públicas). Consiste en la obligación de verificar que las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos se adecuan al Pacto y demás tratados internacionales de derechos humanos, así como a las reglas interpretativas que la Corte Interamericana elabora, acorde con lo señalado por Bazán.

Dan muestra de la posición asumida, los sucesivos casos en los que se va reafirmando el alcance del control, a la vez que se agregan nuevos elementos de su configuración; ejemplo de ello son “La Cantuta c/Perú”, 29/11/06; “Boyce y otro c/Barbados”, 20/11/07; “Fermín Ramírez y Raxcacó Reyes c/Guatemala”, 9/5/08.

En “La Cantuta”, la Corte interpreta los efectos *erga omnes* de sus decisiones para el derecho interno. A su vez, en la decisión “Cabrera García y Montiel Flores c/México”, del 26 de noviembre de 2010 –luego reiterado en “Gelman c/Uruguay”, del 24 de febrero de 2011– acentúa la expansión del control al interpretar

<sup>25</sup> Bazán, *Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas*, “Revista Europea de Derechos Fundamentales”, n° 18, 2° semestre 2011, p. 67 y 68.

que están obligados a practicarlo “todos sus órganos –del Estado– incluidos sus jueces”.

Las pautas de interpretación extendidas no sólo al Poder Judicial, sino también a todos los órganos estatales, nos obliga a dirigir la mirada a los otros tipos de control público.

Bajo estas perspectivas, las interpretaciones que surgen a partir del control de convencionalidad nos obligan a reflexionar sobre su expansión en el ámbito de la Administración pública, en dos direcciones: 1) la exigencia de que ésta cuente con una organización idónea para facilitar la satisfacción de los derechos fundamentales, y 2) la necesidad de fortalecer los controles internos, como herramienta preventiva de situaciones violatorias de los derechos constitucionales.

Respecto del control de constitucionalidad, sólo hemos de indicar que su ejercicio involucra una comparación entre la Constitución y las demás normas de rango inferior, dando prevalencia a la ley fundamental.

Existen modelos de control concentrado y difuso; en el primer caso la revisión constitucional la realiza un órgano con competencias específicas; mientras que en el segundo puede ser ejercida por todos los magistrados judiciales, sean nacionales, estatales o provinciales.

b) *CONTROL ADMINISTRATIVO, LEGISLATIVO, JUDICIAL Y JURISDICCIONAL. EL CASO DE LOS TRIBUNALES DE CUENTAS.* Esta clasificación ha sido articulada según la competencia atribuida a los tres poderes constitucionales, sin dejar de considerar los enfoques desarrollados para definir las funciones del Estado<sup>26</sup>.

<sup>26</sup> Tradicionalmente, los criterios doctrinales se clasificaron en: subjetivo u orgánico; objetivo o material; residual; mixto. Cassagne,

En este sentido, nos inclinamos por el criterio mixto (orgánico-material)<sup>27</sup>, con lo cual el control administrativo estará presente en los tres poderes del Estado, como una de las manifestaciones de ese tipo de función.

A su vez, si lo contraponemos a los controles ejercidos por los poderes Legislativo y Judicial comprobamos que en la noción de control administrativo se ubican un sinnúmero de otras clasificaciones (jerárquico, de tutela, financiero, de cumplimiento, de gestión, preventivo, posterior, etcétera). Por lo tanto, no existe un concepto uniforme que comprenda todos los supuestos, aun cuando la mayoría de las veces se lo identifique con el jerárquico o de tutela.

El control legislativo se reconoce esencialmente como un control político, encontrándose prevista en las constituciones una serie de mecanismos de diversos alcances, a través de los cuales se materializan pedidos de informes, interpelaciones, juicios políticos, control de las cuentas de inversión, investigaciones de comisiones parlamentarias, votos de censura.

Respecto del control judicial, corresponde considerar las diferencias con el llamado control jurisdiccional, el cual suele identificar el control que practican tribunales especiales que se ubican fuera del Poder Judicial. Si bien la doctrina hace referencia al control jurisdiccional para englobar todos los sistemas, cabe distinguirlos.

La cuestión deviene de las formas de controlar a la Administración: 1) el denominado sistema francés, administrativo, mediante el cual se atribuye dicho con-

*Derecho administrativo*, t. I, p. 104 a 107. Gordillo, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, t. 1, p. IX-7 y siguientes.

<sup>27</sup> Gordillo, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, t. 1, IX-10 y siguientes.

trol a un organismo administrativo, con independencia de criterio, separado de la administración activa. Conforman el llamado sistema dualista, por coexistir una jurisdicción ordinaria y común y una especializada; dos órdenes con idénticas jerarquía e independencia entre sí; 2) el sistema judicial, o de jurisdicción única, que consiste en atribuir tal control al órgano judicial. Aquél puede atribuirse a los tribunales ordinarios, como es en general –con excepciones– el caso del Reino Unido y de Estados Unidos de América, o a tribunales judiciales especializados, como es el caso del Reino de España, de Colombia, Uruguay, etc., y también, aunque en menor grado, el argentino<sup>28</sup>. También existe el sistema mixto, una combinación de ambas formas de control: judicial para los derechos subjetivos, administrativo para los intereses legítimos, como el caso de Italia<sup>29</sup>.

Si bien tienen similitudes, los países con un modelo de jurisdicción administrativa le han otorgado características propias, como por ejemplo el caso de México, cuyo sistema contencioso administrativo durante la mayor parte del siglo xx fue de la mano del derecho tributario, con la creación del Tribunal Fiscal de la Federación; recién en el año 2000 se incluye la materia administrativa como tal, transformándose esa institución en el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Hutchinson, *El sistema argentino de control judicial de la Administración*, "Anales", año 7, n° 40, 2009-2010, p. 152 a 179. El autor aclara que en varias provincias el contencioso administrativo está a cargo del máximo tribunal que entiende en todas las materias (sea por vía de casación, de recursos extraordinarios o por demandas originarias).

<sup>29</sup> Sobre el tema, ver Rodríguez Rodríguez, *La justificación de las jurisdicciones administrativas especializadas*, en Delpiazzo, "Estudios jurídicos en homenaje al profesor Mariano R. Brito", p. 532 a 558.

<sup>30</sup> Bejar, *La dualidad jurisdiccional en la materia administrativa en México*, en "Contenciosos administrativos en Iberoamérica", p. 273 a 287.

Ahora bien, este sistema es ajeno al contexto constitucional argentino y, por lo tanto, no puede asimilarse al sistema de los tribunales de cuentas de nuestro país.

En primer término, no corresponde equiparar la "jurisdicción administrativa" de raigambre francesa con el marco general que presenta el control provincial. Los antecedentes histórico-jurídicos que le dieron origen a una y otro son diferentes, aspecto cuyo análisis excede los objetivos de estas líneas. Son realidades y sistemas de control distintos.

Por otra parte, debe desmitificarse el alcance de tales conceptos, pues la relevante y significativa función que desarrollan los tribunales de cuentas no se ve afectada por la discusión que pueda generarse sobre la existencia de facultades jurisdiccionales. La importancia de aquéllos no radica en el término "jurisdicción", sino en la efectividad de sus funciones.

Es cierto que los tipos de procedimientos que tramitan caen bajo una denominación general de "facultad jurisdiccional", porque se vinculan con la determinación de la responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos o la formulación de cargos por omisión o deficiencia en la rendición de cuentas, materias que revisten particularidades signadas por el régimen legal que los consagran.

Pero nos parece que los datos más significativos de estos tribunales (que proponemos como eje principal de análisis), en atención a la realidad constitucional argentina, son las condiciones que deben reunir en cuanto a independencia, neutralidad, elección de sus autoridades, competencias asignadas, eficiencia concreta del ejercicio de éstas, etcétera.

Es indudable que existen organismos administrativos a los que la ley les otorgó facultades jurisdiccionales o

"cuasijurisdiccionales"<sup>31</sup>, pero también lo es que se generó un largo debate en torno a la constitucionalidad de tales normas y los límites del ejercicio a partir de la noción del control judicial suficiente y de la interpretación de la CSJN.

Con rigor, Agustín Gordillo ha explicado la problemática del otorgamiento de funciones jurisdiccionales a la Administración, marcando la imprecisión de la CSJN al utilizar los términos "jurisdicción administrativa", en cuatro sentidos: asimilado a la exclusión total de la revisión judicial salvo recurso extraordinario; luego, como materia prohibida a la Administración; como una "jurisdicción administrativa" siempre sujeta a revisión judicial, y finalmente, para limitar tal revisión de la "jurisdicción administrativa".

La posibilidad de diferenciarla de la "jurisdicción judicial" también fue rechazada, pues referirse a ésta es sobreabundante; "hablar de 'jurisdicción judicial' es una redundancia, pues judicial significa lo relativo a la judicatura, esto es, a los jueces: los órganos que ejercen la función jurisdiccional" y "hablar de 'jurisdicción administrativa'... implica una *contradictio in terminis*, pues si hay jurisdicción no hay administración y viceversa"<sup>32</sup>.

La CSJN parece cerrar la diferencias en la decisión "Ángel Estrada", al interpretar que "el otorgamiento de

<sup>31</sup> Hutchinson utiliza la denominación "cuasi jurisdiccionales" para referirse "a la facultad otorgada a organismos administrativos de resolver controversias entre partes aplicando el derecho, por cuanto en nuestro ordenamiento jurídico, las facultades jurisdiccionales, entendidas como aquellas relativas a la resolución definitiva de tales controversias, están reservadas a los órganos judiciales, por las razones y con fundamento en las normas constitucionales apuntadas" (*El sistema argentino de control judicial de la Administración*, "Anales", año 7, n° 40, 2009-2010, p. 154 a 156).

<sup>32</sup> Gordillo, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, t. 1, IX-15 y 35.

facultades jurisdiccionales a órganos de la administración desconoce lo dispuesto en los arts. 18, que garantiza la defensa en juicio de la persona y sus derechos, y 109 de la Const. nacional que... prohíbe en todos los casos al Poder Ejecutivo ejercer funciones judiciales. *Tales principios constitucionales quedan a salvo siempre y cuando los organismos de la Administración dotados de jurisdicción para resolver conflictos entre particulares hayan sido creados por ley, su independencia e imparcialidad estén aseguradas, el objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador para crearlos (y restringir así la jurisdicción que la Constitución nacional atribuye a la justicia ordinaria) haya sido razonable y, además, sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente*<sup>33</sup>.

De esta forma, salvo que los organismos reúnan los requisitos que el máximo tribunal determina en el citado precedente, se descarta cualquier posibilidad de que puedan admitirse facultades jurisdiccionales a cargo de la Administración.

Respecto de los tribunales de cuentas, ha de discutirse si su grado de independencia es significativo como para excluirlos de la Administración, y por lo tanto descartar las limitaciones evaluadas por la Corte.

En síntesis, aun cuando se identificara como función jurisdiccional ("materialmente") a la tramitación de los procedimientos o juicios de cuentas y de responsabilidad patrimonial, tales organismos no configuran, en sentido estricto, tribunales con jurisdicción administrativa, conforme al diseño de los países que continuaron el modelo francés, según se indicó.

<sup>33</sup> CSJN, 5/4/05, "Ángel Estrada y Cía. SA s/res. 71/96", Fallos, 328:651, consid. 12, el destacado es nuestro.

c) *CONTROL PREVIO, PREVENTIVO, CONCOMITANTE Y POSTERIOR*. Es una clasificación que atiende a la oportunidad en la que se ejerce.

Esta modalidad plantea un interrogante: previo o posterior ¿a qué?

La contestación puede ser diversa, por ejemplo, a un acto administrativo de designación de un funcionario, de adjudicación de un contrato, del llamado a licitación pública, etc., a la suscripción de un contrato, a una orden de pago, a un reglamento que autoriza un incremento tarifario de un servicio público; a la recepción provisoria o definitiva de una obra, a la conformidad de un servicio.

Es decir que aquello que consideramos control previo puede ser entendido también como posterior o concomitante; todo dependerá de la ocasión de su ejercicio con relación a su objeto.

Lo que sucede es que estos tipos de control han estado relacionados con las funciones de organismos específicos en la materia (tribunales de cuentas, contralorías, auditoría), e incluso con otras clasificaciones (v.gr., interno y externo), circunstancia que llevó a la confusión de las nociones.

Por ello, la prudencia en la interpretación de las normas será fundamental, para evitar que a través de las definiciones se distorsionen las funciones asignadas a los organismos.

En general, control previo es aquel que se practica antes de la emisión del acto administrativo considerado definitivo, e incluso antes de un pago debido por la Administración.

En el supuesto del acto administrativo, ubicamos en este tipo de control al que realizan los servicios jurídicos permanentes u oficinas legales que controlan la

legalidad de un procedimiento que plasma en un dictamen (tal el caso del dictamen jurídico obligatorio previsto como requisito del procedimiento administrativo nacional según el art. 7° de la ley 19.549 -LNPA-).

También lo realiza cualquier órgano de control interno cuando, antes del acto, evalúa la tramitación del procedimiento.

El preventivo es aquel que se practica sobre los actos administrativos ya dictados, previo a su eficacia. Ingresan en esta categoría las intervenciones de los organismos de la hacienda pública o de administración financiera, de control interno y externo. La llamada intervención previa y observación legal de los tribunales de cuentas son ejemplo de ello.

Es interesante considerar la doctrina que también aplica esta especie a los poderes Legislativo y Judicial, dependiendo del régimen jurídico aplicable.

Así, por ejemplo, en sede judicial se considera que hay control preventivo en las medidas cautelares que disponen la suspensión de los efectos del acto administrativo<sup>34</sup>.

El control concomitante es el que se ejerce en forma simultánea con la gestión; se desarrolla junto a la actividad que se controla. Un caso típico es el que se practica durante la ejecución de un contrato (p.ej., el que lleva a cabo la Auditoría General de la Nación sobre las obligaciones emergentes de los contratos de concesión de servicios públicos -art. 117, ley 24.156-).

El control posterior -que cierta doctrina, como Araujo - Juárez, denomina sucesivo- procede una vez ejecutados los actos administrativos, las órdenes de pa-

<sup>34</sup> Araujo - Juárez, *La teoría del control público de la Administración del Estado. Noción y clasificación*, en "El control y la responsabilidad en la Administración pública", p. 59 a 80.

go, los contratos, etcétera. Es decir, será "posterior a...", tomando una referencia que le permite tener tal carácter.

Repárese que entre éste y el concomitante existe una estrecha relación, llegando a superponerse. Así, el control sobre la recepción provisoria de una obra puede ser entendido como posterior a la obra y, por supuesto, al acto de adjudicación, y también concomitante en la medida que el procedimiento de ejecución del contrato no concluye hasta la recepción definitiva.

Si bien estos dos últimos casos generalmente se identifican con la técnica de auditoría, nada impide que se concreten mediante otros procedimientos, característica que se visualiza por ejemplo en los contratos de obras públicas o de suministros cuya ejecución se divide en etapas, que se controlan individualmente para verificar que las entregas se ajusten a los pliegos de bases y condiciones y al contrato. Es un control posterior o concomitante, pero también previo, porque las reglamentaciones suelen exigirlo para permitir el pago correspondiente al contratista.

Con ello, comprobamos la imposibilidad de referirnos en forma deliberada a uno u otro control, pues resulta necesario ubicarlo en el contexto de la normativa, el objeto controlado, las funciones del controlador y sus consecuencias.

El control judicial a través de acciones y recursos es identificado como posterior. Sin embargo, puede cuestionarse tal tipología cuando nos referimos a las medidas cautelares. Por ejemplo, el apdo. 1 del art. 3° de la ley 26.854 establece que "previa, simultáneamente o con posterioridad a la interposición de la demanda se podrá solicitar la adopción de las medidas cautelares que de acuerdo a las reglas establecidas en la presente resulten idóneas para asegurar el objeto del proceso".

El control que ejerce el Poder Legislativo, en oportunidad de revisar la cuenta de percepción e inversión de fondos públicos (art. 85, Const. nacional), es también posterior, de la misma forma que lo es el juicio político.

d) *AUTOCONTROL Y HETEROCONTROL*. Se clasifica así según sea ejercido por el propio autor del acto o por una entidad u órgano extraño a él.

Esta clasificación no siempre puede relacionarse con el control interno y el externo, es posible que exista un modelo de control interno que sea ejercido por un órgano distinto del que decide y que de esta forma pueda ser considerado como "heterocontrol".

En cambio, el autocontrol es el que mejor muestra el verdadero sentido del control interno, uniéndose con la gestión.

e) *CONTROL GLOBAL Y PARCIAL*. Será global o parcial dependiendo de que abarque toda la actividad de una entidad o sólo un sector de ella.

f) *CONTROL ESPECIALIZADO Y GENÉRICO*. El control será de uno u otro tipo, según sea ejercido por una entidad con facultades específicas de control (v.gr., auditorías generales, tribunales de cuentas, contadurías, contralorías) o si es llevado a cabo por entes o sujetos que no tienen como objetivos principales el ejercicio del control (incluimos ciertas formas de control social).

Esta tipología atiende a la finalidad que se persigue con el control: se dirija a prestar autorización al controlado (p.ej., para continuar con un procedimiento o con la ejecución de un acto o contrato) o a la aplicación de sanciones o a la determinación de responsabilidades.

En este punto, cabe traer a colación el criterio de Linares respecto de lo que denomina "control represivo", pues hace referencia a su sentido sancionatorio aunque con diferente alcance. Expresa que se trata del control que procura impedir que, dictado dicho acto, quede firme o produzca sus efectos, por lo que "su virtualidad sancionatoria es la revocación por ilegitimidad del acto y a veces su sustitución"<sup>35</sup>. Esta clasificación le permite contraponerlo con lo que llama control preventivo, que tiende a impedir el acto irregular -o sus efectos-.

Una vez más, comprobamos que con el mismo vocablo pueden identificarse realidades que, aunque no son contrapuestas, sí por lo menos son de diferente alcance.

g) *CONTROL DE CUMPLIMIENTO, FINANCIERO-CONTABLE, DE GESTIÓN*. Así se clasifican según la naturaleza, el objeto y criterios normativos. El primero se ejerce para verificar si una entidad ha cumplido con la normativa constitucional y legal. Es otra denominación del control de legalidad o juridicidad.

A través del control financiero o contable se analiza si los estados contables e informes financieros se confeccionaron de acuerdo a los principios de contabilidad generalmente aceptados y si representan la realidad económica del organismo.

El control de gestión es tratado en párrafos posteriores. Tiene como objetivo examinar los programas, los planes, los proyectos y las operaciones de una organización o ente público, para de esta forma medir el logro de los objetivos previstos, si los recursos públicos se han utilizado en forma económica y eficiente, y se cumplieron con las normas jurídicas.

<sup>35</sup> Linares, *Derecho administrativo*, p. 319.

h) *CONTROL DE PROCEDIMIENTOS Y DE REVISIÓN.* Mediante el primero se busca verificar si la acción a cumplir, que se está cumpliendo o ya cumplida, se ajusta a determinados parámetros que, como fundamentos o metas, inciden sobre lo controlado como elemento de comparación valorativamente considerado positivo. Es un tipo de control inseparable del proceso administrativo, es previo a la toma de decisión, concomitante a su gestación, que no está dirigido especialmente a controlar, pero que sin duda controla. El control de revisión es posterior a la emisión del acto e implica la impugnación de éste por el administrado afectado, en el ámbito administrativo o judicial<sup>36</sup>.

i) *CONTROL JERÁRQUICO Y CONTROL DE TUTELA.* El control jerárquico es consecuencia de un principio de la organización administrativa: la jerarquía. El órgano superior puede practicarlo bajo diferentes modalidades, incluso mediante mecanismos informales: a través de la resolución de los recursos que se interponen contra los actos del inferior, pero también mediante de evaluaciones y verificaciones de la gestión de los órganos inferiores.

Respecto de la relación de tutela, se ha hecho referencia a que ella –también denominada dirección gubernamental– se establece entre el ente público mayor (el Estado) y los llamados entes públicos menores que surgen de la descentralización. La intensidad de las potestades que conforman esa tutela puede variar, según el grado de autonomía que gozan los entes públicos menores, de manera que habría una relación inversamente proporcional entre las potestades de la

<sup>36</sup> Barra, *El rol de los institutos centrales de control en los ordenamientos jurídicos: el modelo argentino*, "Revista de la Administración Pública", n° 259, jun. 2000, p. 11.

dirección intersubjetiva que ejerce el Estado –en aras de asegurar la unidad de mando– y el grado de autonomía que ostentan los entes públicos menores. Se trata de una relación intersubjetiva que excluye la jerarquía propia de las relaciones interorgánicas, pues debe respetar la autonomía que posee cada uno de los entes públicos menores<sup>37</sup>.

A partir de la doctrina continental europea, se analizan los vínculos de tutela administrativa y los alcances del control que realiza la Administración central sobre las entidades descentralizadas, distinguiéndolo del jerárquico y caracterizado por: 1) su objeto, que se limita a controlar la legitimidad del acto del ente descentralizado, no pudiéndose examinar la oportunidad, mérito o conveniencia, y 2) el acto que se revisa no puede ser modificado, sino aceptado o rechazado<sup>38</sup>.

Sin embargo, en el sistema nacional argentino los alcances de ese control se han vinculado con la creación del ente por ley o por decreto del Poder Ejecutivo. El decr. 1759/71 –reglamentario de la LNPA– establece en el art. 97 que si la entidad fue creada por el

<sup>37</sup> Jinesta, *Tutela y descentralización administrativas*, en "Retos de la organización administrativa contemporánea. X Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, El Salvador, 2011", p. 2 a 25. El autor aclara que "el término tutela administrativa es totalmente inadecuado, puesto que evoca la institución dogmática del derecho de familia en la que el menor de edad –sin capacidad de obrar– tiene un tutor o representante. Debe quedar claro, que los entes públicos menores no son incapaces como para estar sometidos a una relación de tal naturaleza. Adicionalmente, en el derecho privado es sabido que la tutela se estableció en interés de la persona tutelada, sin embargo en el derecho administrativo se da no en interés del ente tutelado sino en función de los intereses públicos. Probablemente, el origen de la expresión proviene de la distinción clásica entre el ente público 'mayor' (Estado) y los entes públicos 'menores', por ser los segundos una creación del primero".

<sup>38</sup> Cassagne, *Derecho administrativo*, t. I, p. 339 y 340.

Congreso nacional en ejercicio de sus facultades constitucionales propias, sólo procede el control de legitimidad, salvo que la ley autorice el control amplió. En cambio, si la entidad fue creada en ejercicio de facultades concurrentes por el Congreso o por el Ejecutivo, el control podrá versar sobre la oportunidad, mérito o conveniencia.

La concepción europea se mantiene, pues el citado artículo dispone que la Administración, al ejercer el control de tutela mediante el recurso de alzada, sólo podrá revocar el acto impugnado; su modificación o sustitución será con carácter excepcional si se presentan fundadas razones de interés público que lo justifiquen<sup>39</sup>.

j) *CONTROL INTERNO Y EXTERNO*. El interno se ejerce por órganos que forman parte de la organización del ente controlado; el externo es ejercido por entes que se encuentran fuera de aquél.

Al respecto nos remitimos al cap. III.

k) *CONTROL DE OFICIO, A INSTANCIA DE PARTE*. Ello está vinculado con quien lo promueve. En realidad, que el control sea instado por el organismo con tales funciones o por los particulares no configura una tipología independiente, sino que constituye características de otras especies de control.

La revocación de oficio del acto administrativo es ejemplo del primero; pero también hay control de oficio cuando el organismo de control ejerce sus funciones evaluando, verificando, requiriendo información, auditando la actividad estatal.

La presentación de recursos, reclamos o denuncias de un ciudadano, de una asociación defensora de dere-

<sup>39</sup> Cassagne, *Derecho administrativo*, t. I, p. 339 y 340.

chos colectivos, o incluso el Defensor del Pueblo son categorías del segundo supuesto.

El control provocado es una especie de este control a instancia de parte, que puede obligar a la Administración a iniciar investigaciones y puede configurarse ante las denuncias de los particulares sobre irregularidades cometidas por funcionarios públicos.

l) *CONTROL DE LEGITIMIDAD Y OPORTUNIDAD*. El primero tiene por objeto comprobar si el controlado actúa conforme al ordenamiento jurídico. Es indudable que hay control de legitimidad en otros controles; como de tutela, o el interno y previo que cumplen los servicios jurídicos permanentes en ocasión de dictaminar.

Cabe recordar el criterio de Gordillo, al diferenciarlos de las facultades reglada y discrecional. El control de legitimidad abarca no sólo el ejercicio de las facultades regladas, sino también el de las discrecionales. A su vez, el concepto de oportunidad es un concepto más restringido que el de facultad discrecional, "con lo que, en definitiva, el control judicial y administrativo de la 'legitimidad' abarca la totalidad de las facultades regladas de la administración y también buena parte de sus facultades discrecionales". El juicio de oportunidad solamente entra en juego cuando no se han violentado los principios jurídicos limitativos de la discrecionalidad (razonabilidad, desviación de poder, principios generales de derecho).

El Poder Judicial podrá revisar los actos y ejercer control de legitimidad y anularlo, pero no podrá hacerlo por considerarlo meramente inoportuno o inconveniente, "sólo cuando lo estime ilegítimo puede hacerlo.

La Administración, en cambio, puede revocar sus propios actos tanto si los considera ilegítimos como si

los reputa meramente inconvenientes; a ella no la limita el mismo principio que rige la revisión judicial. De allí entonces que existan dos clases de revocación por la administración: por ilegitimidad y por inoportunidad, mientras que la anulación judicial lo es sólo por razones de ilegitimidad"<sup>40</sup>.

m) *EL CONTROL DE GESTIÓN*. El control de gestión, tanto interno como externo, es una de las manifestaciones más importantes de estas últimas décadas.

Superada la tendencia a efectuar controles formales, esta modalidad permitió a los organismos competentes introducirse en la verificación y análisis de fines y objetivos.

Este avance es un paso hacia una mayor transparencia de la gestión, y que beneficia a la organización y a la sociedad, en la medida que puede brindarse información sobre objetivos y medios para cumplirlos.

Dado que la gestión pública, como alternativa de Administración pública, alude a la capacidad de manejar variados problemas, contrarrestando las diferentes eventualidades, su control comprende la economía, eficiencia y eficacia.

Como señalamos en el capítulo anterior, se ha considerado que la implantación de un modelo de gestión por resultados persigue el objetivo de centrar la gerencia pública en el control en los resultados y no sólo en los procedimientos.

En este marco, los indicadores de resultado se convierten en un insumo central, que permitirán medir el logro de los objetivos, metas y resultados alcanzados. Por ello, se requiere un "sistema de control de gestión

<sup>40</sup> Gordillo, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, t. 1, X-31-33.

que monitoree el desarrollo de las operaciones y el desempeño de los gerentes públicos"<sup>41</sup>.

Aplicado al control interno, la modalidad aquí comentada contribuye a la toma de decisiones de quienes dirigen la organización, ya que obtienen información cierta para corregir los desvíos y falencias una vez detectados.

Se puede comprobar, en la realidad, que una parte significativa de las falencias en la gestión, que se traducen en el cumplimiento deficiente de las competencias -con el consecuente perjuicio para la sociedad-, se origina en la inexistencia o irregular implementación del control interno.

Variadas fallas en el funcionamiento de la Administración, demoras en las tramitaciones, irregularidades en los procedimientos administrativos, insatisfacción de demandas sociales, podrían evitarse o por lo menos prevenirse, si el control interno de gestión actuara como retroalimentador de las políticas públicas.

Por último, corresponde recordar que control y gestión constituyen funciones esenciales de toda administración, "cualquiera sea su grado de complejidad, nuevas técnicas en gestión y en control no hacen sino repetir las mismas caras de una sola moneda, la de generar recursos para aplicarlos en forma regular y con la mayor eficacia, introduciendo el control para que así sea"<sup>42</sup>.

Todo ello implica un análisis permanente para evaluar si se desarrolló una gestión adecuada. De ahí la

<sup>41</sup> Makon, *El modelo de gestión por resultados en los organismos de la Administración pública nacional*, V Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y la Administración Pública, República Dominicana, 2000.

<sup>42</sup> Rodríguez - Vetulle, *El control público moderno*, "Antología Revista OLACEFS", 1997.

importancia del control de gestión que, en un sentido amplio, incluye no solamente las conocidas tres "E", sino cinco "E": economía, eficacia, eficiencia, entorno, equidad<sup>43</sup>. En ese sentido, este control necesita que se matice entre lo que hay que hacer y cómo hacerlo, exigiendo objetivos claros así como un conjunto de sistemas idóneos para desarrollar las acciones<sup>44</sup>.

### § 11. FIGURAS Y TÉCNICAS DEL CONTROL PÚBLICO

Varias de las clasificaciones antes mencionadas constituyen, en realidad, modalidades o técnicas a través de las cuales el control se ejerce.

Por eso, insistimos en que la diversificación de especies o tipos de control responde a criterios no uniformes, pues ponen atención a distintos parámetros: el sujeto que controla o el controlado, el objeto, y por supuesto la técnica que utiliza para concretarlo, superponiéndose entre sí.

Incluso, el lector podrá comprobar que algunas de las figuras que aquí mencionaremos bien pueden constituir una nueva forma de clasificación.

Sin perjuicio de ello, nos parece importante incorporar ciertas modalidades<sup>45</sup>, que si bien se vinculan con el control administrativo, pueden ser extendidas a los otros tipos de control y abarcar diversos supuestos y objetos.

<sup>43</sup> Faura Llimós, *La auditoría pública*, "Revista de los Órganos Autonómicos de Control Externo", n° 12, 1997.

<sup>44</sup> Las Normas de Control Externo dictadas por la Auditoría General de la Nación contemplan como tipos de auditoría de gestión, la auditoría de economía y eficiencia y la auditoría de eficacia.

<sup>45</sup> Linares, *Derecho administrativo*, p. 321.

a) **VIGILANCIA.** Vigilar es "observar algo o a alguien atenta y cuidadosamente", según la definición de la Real Academia Española.

Vinculado principalmente con el llamado control administrativo jerárquico, abarca diversas acciones: desde la atribución que tiene el superior a informarse sobre la actividad del inferior -mediante la solicitud de informes-, hasta la inspección, investigaciones, etcétera.

Es posible verificar que esta figura también está presente en el control de tutela, y en el que ejercen organismos específicos como los de control interno y externo.

b) **AUTORIZACIÓN.** Es un término utilizado para diversas realidades. Por un lado, se trata de una especie de aval para que un órgano u organismo administrativo emita un acto, suscriba un contrato, etcétera. No está reservada a un tipo de control, ya que autoriza el superior, quien ejerce tutela, un organismo de control interno o externo -según sus facultades- e incluso puede otorgarse entre los poderes constitucionales (p.ej., la que otorga el Congreso al Presidente de la Nación para salir del país).

Pero tal término también es propio de la técnica de limitación de derechos privados por causa de interés público, categoría genérica, integrante tanto de la noción de policía como del denominado régimen administrativo de la propiedad privada. Bajo este ángulo, la autorización opera sobre la libertad de ejercer una facultad o poder jurídico levantando una condición exigida para su ejercicio o "puesta en práctica del derecho que preexiste al acto de autorización"<sup>46</sup>.

<sup>46</sup> Cassagne, *Derecho administrativo*, t. II, p. 329 y 330.

c) *APROBACIÓN*. Es un acto de control que puede referirse a la legitimidad, al mérito, oportunidad o conveniencia del acto de que se trate.

Dentro de ella, se identifica al "visto bueno", que se ha relacionado solo con la "legalidad" del acto y con el asentimiento -por ajustarse a derecho- que los órganos administrativos otorgan a un acto del controlado.

d) *AVOCACIÓN*. Se trata de una forma de distribución de competencia, que la doctrina administrativista suele incluir como una modalidad de control administrativo. Su alcance es individual, y consiste en un proceso inverso a la delegación, pues el superior ejerce la competencia que corresponde al inferior.

En el ámbito nacional, la avocación siempre es procedente "a menos que una norma expresa disponga lo contrario" (art. 3º, LNPA).

Además de esta excepción, la PTN ha diferenciado dos supuestos limitativos del ejercicio de la avocación: que la competencia hubiera sido atribuida al inferior en virtud de una idoneidad especial, y que hubiera sido atribuida al inferior en forma exclusiva<sup>47</sup>.

e) *SUSPENSIÓN*. Consiste en la paralización de los efectos de un acto administrativo o de la Administración, en el marco del procedimiento en el cual fue dictado. A través de ella se evita la ejecución de un acto ilegal, dañoso o incluso inoportuno o inconveniente. Ejemplo de ello es el art. 12 de la LNPA, que prevé que la Administración puede, de oficio o a petición de parte, mediante decisión fundada, suspender la ejecución

<sup>47</sup> PTN, *Dictámenes*, 246:364, con cita de dictámenes 167:253. El propio RNLPA, en su art. 2º, prohíbe a los ministros y órganos directivos de los entes descentralizados avocarse al conocimiento y decisión de un asunto cuando una norma le hubiera atribuido una competencia exclusiva al inferior.

de un acto administrativo por razones de interés público; para evitar perjuicios graves al interesado o porque se alega fundadamente una nulidad absoluta. Otro ejemplo de este tipo de figura está presente en los regímenes de medidas cautelares, como la ley 26.854.

f) *INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA*. Se realiza mediante la designación de un funcionario que sustituye a otro, o lo vigila, en el ejercicio de su función.

En general, se considera una medida excepcional, sustentada en una situación anormal continuada, no excepcional o aislada. La intervención preventiva implica que el funcionario sobre el cual se dispone, deba someterse a las instrucciones del órgano que decidió la intervención. En el caso del interventor sustitutivo, éste ejerce directamente las funciones administrativas del intervenido, que es desplazado.

A nivel nacional, el art. 2º del reglamento de la ley de procedimientos administrativos (decr. 1798/72 -t.o. 1991-) prevé que los ministros, secretarios de la Presidencia de la Nación y órganos directivos de entes descentralizados podrán intervenir a los órganos inferiores jerárquicos.

Así como la intervención administrativa dentro de la Administración pública no ofrecería mayores discusiones, su ejercicio respecto de entidades privadas es más cuestionado y tendría carácter excepcional, sin contar con una normativa uniforme, en particular en materia contractual<sup>48</sup>.

La palabra intervención también se utiliza para referirse a una de las formas de control de órganos como los tribunales de cuentas o contadurías.

<sup>48</sup> Ampliar en Muratorio, *Intervención administrativa de empresas prestadoras de servicios públicos*, en "Cuestiones de intervención estatal", p. 31 a 42.

Así, la expresión "intervenido conforme" se asimila al visto bueno, pero se aleja de la noción central de la intervención administrativa con el alcance aquí incluido.

g) *OBSERVACIÓN LEGAL*. Si bien estamos frente a uno de los efectos que puede presentar determinado tipo de control, su inclusión obedece a que traduce una técnica específica vinculada a la autorización y la suspensión.

Se presenta, principalmente, en el marco de las facultades de los tribunales de cuentas o las contadurías generales provinciales y también correspondía al desaparecido Tribunal de Cuentas de la Nación.

Se trata de una manifestación concreta de la actividad administrativa de control. En el caso nacional, frente a la violación de normas legales o de perjuicios ocasionados al Fisco por actos administrativos, el Tribunal debía observar el acto administrativo que se llevaba a su conocimiento. La "observación legal" suspendía la ejecución del acto, el que sólo podía recobrar eficacia si los órganos competentes insistían en ello (el denominado "decreto de insistencia" del Poder Ejecutivo). En este caso, se ejecutaba pero bajo la exclusiva responsabilidad del insistente.

h) *RECURSOS Y RECLAMOS*. Considerados como modos de control de la actividad administrativa, Linares recuerda que se ponen en funcionamiento a iniciativa de los particulares y no de la Administración, y que las razones político-arquitectónicas que justifican su existencia son tres: 1) la exigencia de legitimidad y protección de intereses y derechos de los administrados contra los abusos de la Administración; 2) la contribución que significa para la eficiente administración, y 3) la preparación de una instancia administrativa previa a una eventual etapa judicial.

i) *INSPECCIÓN*. Al igual que el monitoreo y la evaluación, constituye un término utilizado en el control fiscal, aunque no exclusivo de él.

Es una de las formas que permiten detectar irregularidades en el manejo fiscal, caracterizándose por verificaciones *in situ*, donde existe una relación de desconfianza entre el inspector y el funcionario que es inspeccionado. Entran en esta categoría las actividades de las oficinas fiscales, comisiones especiales y legislativas, y los entes reguladores de servicios públicos.

j) *MONITOREO*. Se trata de un "procedimiento empleado para comprobar la efectividad y eficiencia del proceso de ejecución de un proyecto, mediante la identificación de los aspectos limitantes y/o ventajosos que culmina recomendando medidas correctivas para optimizar los resultados deseados"<sup>49</sup>.

k) *EVALUACIÓN*. Comprende la aplicación de métodos rigurosos para determinar el progreso de un proyecto en el proceso de alcanzar su objetivo durante su ejecución, o bien para determinar si logró y cómo logró, o no, dicho objetivo. Utiliza herramientas de la estadística, economía y antropología, basándose fundamentalmente en conceptos y procedimientos de la metodología de investigación científica.

Esta figura ha sido definida como "un escrutinio -lo más sistemático y objetivo posible- de un proyecto, programa o política en ejecución o terminado, y sus di-

<sup>49</sup> En el seno del Banco Interamericano de Desarrollo se dictaron diversos manuales y guías para evaluación y proyectos, entre ellos el del año 1997 con el objeto de asegurar que los proyectos que financia y asigna a la expansión del desarrollo económico y social de determinadas regiones tengan un desempeño efectivo en el logro de las metas propuestas.

mensionese de diseño, ejecución y resultados. El propósito es determinar la pertinencia y logro de los objetivos y la eficiencia, efectividad, impacto y sustentabilidad del desarrollo". Lo importante es que la evaluación debe proporcionar información creíble y útil, para permitir la incorporación de la experiencia que se vaya adquiriendo en el proceso de adopción de decisiones<sup>50</sup>.

1) *AUDITORÍA*. Es una técnica de control posterior, que puede ser dividida en subespecies: interna, externa, de cumplimiento, financiera, de gestión.

A partir de su acepción más antigua, la auditoría ha experimentado cambios, para pasar a vincularse con la moderna economía y administración.

En países de cultura latina y en particular en España, fue utilizada en el ámbito del derecho militar y del canónico.

El concepto moderno se remonta a los siglos XVIII y XIX, habiendo formado parte de la decadencia de los poderes absolutistas de las monarquías y del surgimiento de las democracias populares. Ello es así en la medida que comenzó a forjarse la necesidad de que las autoridades públicas rindieran cuenta al pueblo. Como profesión, es reconocida en Gran Bretaña por la ley de sociedades de 1862, estableciéndose la conveniencia de que las empresas tuvieran un sistema metódico contable, así como efectuar una revisión independiente de sus cuentas. Así, diecisiete años después, se obliga a las entidades bancarias inglesas a someter sus cuentas anuales al juicio de un auditor independiente.

<sup>50</sup> Definición aportada por un grupo de expertos en Evaluación de Programas de Asistencia Internacional de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico/Comité de Asistencia para el Desarrollo (OCDE/CAD).

En 1880 la reina Victoria le confirió a los auditores independientes de Inglaterra y Gales el derecho de llamarse "Chartered Accountants".

En Francia, una ley de 1867 regula la figura del Comisario de Cuentas, el cual debía presentar a la Junta General de la Sociedad un informe acerca de las cuentas anuales preparado por los administradores.

En Italia, el Código de Comercio de 1881 implicó un avance en el control de las sociedades mercantiles a través de los auditores independientes. Ya se reconocía un antecedente en Venecia, donde se había fundado la primera asociación de auditores en 1851.

El objetivo de la auditoría en sus comienzos consistió primordialmente en la detección y divulgación de fraudes, acarreando la imagen del auditor policía o detective. En el sector privado, el trabajo de los auditores se centraba en el balance que los empresarios tenían que presentar a sus banqueros en oportunidad de solicitar un préstamo.

Posteriormente, evoluciona en cuanto a su objetivo, tendiendo a analizar la rectitud de los estados financieros, la razonabilidad de éstos al reflejar la situación patrimonial y financiera de la empresa y el resultado de las operaciones.

En el sector privado se habla de auditoría como término genérico, relacionado con la aplicación de procedimientos que pretenden obtener una seguridad razonable acerca de la contabilidad en general, y que las cuentas anuales y demás estados financieros expresen fielmente el resultado de la gestión y su adecuada realidad patrimonial, de acuerdo con las normas y principios generalmente aceptados. La particularidad que reviste radica en que aplica determinadas técnicas o procedimientos, que se encuentran a cargo de "auditores" ajenos a las operaciones controladas.

La auditoría interna es la que se encuentra en el ámbito de la entidad, mientras que la externa es la llevada a cabo por un auditor independiente que no tiene relación de jerarquía con el ente auditado.

Los principales destinatarios de la información que brinda la auditoría interna son el nivel directivo en la toma de decisiones, el operativo para mejorar los procesos, el auditor externo cuando se apoya en este tipo de auditoría como fuente o base para elaborar sus papeles de trabajo, y la sociedad cuando esos informes se dan a conocer fuera del ámbito del ente.

Las diferencias entre auditorías de cumplimiento, financiera, de gestión, comprensiva, responden a los mismos parámetros que la clasificación del control general: la primera permite verificar si una entidad ha cumplido con la normativa legal que le es aplicable. Los auditores señalarán los incumplimientos producidos, analizando las causas y posibles daños causados.

La financiera o contable es aquella mediante la cual se analiza si los estados contables e informes financieros se confeccionaron conforme a los principios de contabilidad generalmente aceptados y si representan la realidad económica del organismo.

La auditoría de gestión materializa la necesidad de profundizar el control sobre la gestión de los bienes públicos; sobre ella hemos realizado comentarios anteriormente.

La auditoría comprensiva o integral abarca a las auditorías financiera y de gestión.

Al progresar el objetivo de la auditoría, hasta concebir la auditoría integral, evolucionaron las técnicas, los procedimientos y en general las metodologías para alcanzar nuevos propósitos. Esto no impide que el trabajo de auditoría realizado adecuadamente y por profesionales idóneos contenga la posibilidad de detectar

irregularidades o ilícitos, aun cuando no tengan como misión principal ese descubrimiento en sí mismo.

La auditoría integral exige nuevos roles para el auditor y renovados enfoques del proceso de la auditoría, pues aquel se presenta como un facilitador.

### CAPÍTULO III

## CONTROLES INTERNO Y EXTERNO

#### § 12. *EL SISTEMA ANTERIOR A LA LEY 24.156*

Hasta la sanción de la citada ley, el control de la hacienda pública estaba a cargo de la Contaduría General de la Nación (CGN), órgano ubicado en la órbita de los ministerios de economía o hacienda, según la denominación que se otorgara a estos organismos, y –desde mediados del siglo xx– del Tribunal de Cuentas de la Nación (TCN).

La historia institucional, en particular de la CGN, ha pasado por varias etapas, caracterizadas por un importante cúmulo de atribuciones en las primeras décadas, en particular las previstas por las leyes 217 (de la Confederación), 428 (1870-1947), 12.961 (1947-1956)<sup>1</sup>.

Con la creación del Tribunal de Cuentas y la Corporación y Sindicatura de Empresas Públicas se imprime un viraje en el modelo de esos tiempos, para dar paso a un régimen en el cual el control externo cobra un especial protagonismo.

<sup>1</sup> Ver Sappa, *El control interno como instrumento contra la corrupción*, en Fortini - Ivanega (coords.), "Mecanismos de controle interno e sua matriz constitucional", p. 185 a 201.

Durante los períodos iniciales la Contaduría General no sólo fue la responsable de la contabilidad del Estado, sino también el eje del control administrativo de la hacienda pública, con funciones en las que conflúan el control interno y la fiscalización externa.

La ley 217, llamada Reglamento General de Pagos, fue una verdadera ley de contabilidad y estuvo vigente desde 1859 hasta 1870, año en que fue reemplazada por la ley 428, que tuvo una importancia significativa en la organización financiera del Estado, fijándose un sistema presupuestario y otro contable.

Junto a los primeros lineamientos de control, este organismo concentraba las funciones de llevar a cabo la contabilidad central del presupuesto, la del Tesoro Público, el registro de bienes inmuebles y buques del Estado, y la preparación de la cuenta de inversión para ser sometida anualmente al Congreso<sup>2</sup>. En materia de control, le correspondía la intervención de las órdenes de pago, los contratos celebrados por el Ejecutivo, la observación legal de los actos administrativos de éste, la tramitación del juicio administrativo de cuentas, atribuciones que posteriormente pasarían al Tribunal de Cuentas de la Nación (TCN).

Las modificaciones introducidas por la ley 12.961 atendieron a la materia presupuestaria, la cuenta general del ejercicio y a la organización y competencias de la CGN. Con una mejor sistematización, y ampliando sus funciones, tenía a su cargo el examen de las rendiciones de cuentas, la inspección de la contabilidad en sus distintas ramas y del régimen de inventario patrimonial estatal, contando con delegados en las distintas jurisdicciones. Además del juicio administrativo

<sup>2</sup> Sappa, *El control interno como instrumento contra la corrupción*, en Fortini - Ivanega (coords.), "Mecanismos de controle interno e sua matriz constitucional", p. 185 a 201.

de cuentas, se instituye el juicio de responsabilidad patrimonial, ambos bajo su competencia.

La transformación de este sistema, caracterizado por un organismo en el cual se unificaban atribuciones de diversa naturaleza y cuyos miembros eran designados y removidos por el Poder Ejecutivo, se produce con el decr. ley 23.354, vigente desde el 9 de enero de 1957.

Este régimen, en su art. 73 (ratificado por la ley 14.467), pone en cabeza de la CGN principalmente funciones de registro, control interno, asesoramiento, así como la intervención en la emisión y distribución de los valores fiscales y la preparación de la cuenta general del ejercicio. Es quien lleva la contabilidad central de la ejecución del presupuesto, movimiento de fondos y valores, gestión del patrimonio y responsables.

El control externo es asignado a un nuevo organismo, el Tribunal de Cuentas de la Nación.

El decr. 5506/58, reglamentario del citado artículo, especificó las funciones de la CGN: "El contralor interno de la hacienda pública comprenderá: a) el registro de las operaciones y la formulación de balances y estados relativos a las mismas; b) la auditoría interna, que podrá ser integral o por el sistema de 'muestras' y que se ejercerá en la sede de los servicios administrativos para controlar la correcta registración de las distintas contabilidades, sin que ello signifique formular juicio de mérito acerca de la documentación respectiva; c) el análisis de la organización administrativo-contable, en los casos que se considere necesario, informando acerca de las conclusiones a que arribe a los funcionarios que corresponda o al Ministerio de Hacienda proponiendo las medidas que procediere adoptar".

En el año 1974, la ley 20.558 creó la Corporación de Empresas Nacionales, cuyo objeto era ejercer la conducción y control de las empresas y sociedades del

Gobierno nacional. Éstas pasaron del ámbito de competencia del Tribunal de Cuentas al control de una dependencia específica de la Corporación, denominada Sindicatura General, con funciones tales como el control de la gestión empresarial y el control de la legalidad de los actos de las empresas<sup>3</sup>.

La ley 21.801 reemplazó a esa Corporación por la Sindicatura General de Empresas Públicas (SIGEP).

El TCN quedó con el control externo de la hacienda pública, con facultades que se han denominado "jurisdiccionales", consistentes en la sustanciación de los juicios administrativos de responsabilidad patrimonial o de cuentas.

La efectiva transformación del control se produce en 1992, con la ley 24.156.

Ya se había hecho patente que la amalgama de funciones a cargo de la CGN, y la dilación que producía la intervención previa y legal del TCN no constituía un sistema óptimo para medir los resultados de la gestión, motivo por el cual resultaba necesaria una modificación sustancial en el rol que debía cumplir cada organismo de control.

La mencionada ley diferencia las facultades del sistema de contabilidad de las que corresponden estrictamente al control interno, y asigna las competencias centrales o rectoras a dos organismos distintos (las primeras a la CGN, las otras a la SIGEN). Además, transforma sustancialmente el modelo de control externo, pues crea un ente en el ámbito del Poder Legislativo, con atribuciones diferentes de las que ejercía el TCN.

A nivel provincial, los modelos coinciden en ubicar el control interno de la hacienda pública en las conta-

<sup>3</sup> Arias, *Principales lineamientos del modelo del control público estatuido en la República Argentina por la ley 24.156*, en Fortini - Ivanega (coords.), "Mecanismos de controle interno e sua matriz constitucional", p. 307 a 323.

durías generales y el externo en los tribunales de cuentas, aun cuando no exista uniformidad en las competencias asignadas.

### § 13. INTRODUCCIÓN A LA LEY 24.156

Esta ley, de administración financiera y de sistemas de control de la hacienda pública, tuvo su origen en el Sistema Integrado Modelo de Administración Financiera para América Latina y el Caribe (SIMAFAL).

Los objetivos prioritarios al momento de la sanción de la ley fueron:

- a) Lograr una gestión eficiente, eficaz y económica.
- b) Contribuir a que la Administración pública posea instrumentos suficientes para generar información oportuna y confiable para la toma de las decisiones.
- c) Permitir que la administración de las finanzas públicas nacionales se realice en un marco de transparencia.
- d) Interrelacionar los sistemas que componen la administración financiera, a efectos de integrarlos entre sí y con los sistemas de control interno y externo.

La cultura presupuestaria y la reorganización de la Administración pública nacional fueron dos pilares para estructurar un modelo sustentado en la eficiencia, eficacia y economía.

La ley 24.156 define la administración financiera en su art. 2º, la que se configura a partir de dos principios: por un lado, la aplicación de la teoría general de sistema, y por otro lado, la centralización normativa y la descentralización operativa<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Art. 2º - "La administración financiera comprende el conjunto de sistemas, órganos, normas y procedimientos administrativos que ha-

La concepción de la *teoría general de sistemas* se basa en que "las propiedades y naturaleza de los procesos en los niveles superiores no son explicables por la suma de las propiedades y naturaleza de sus componentes, si éstos se toman aisladamente. Ahora bien los niveles superiores son deducibles a partir de sus componentes, si conocemos el conjunto de éstos y de las relaciones que los ligan".

El sistema recuerda la expresión aristotélica de que "el todo es más que la suma de las partes", definición básica de los sistemas. En ese sentido, un sistema consiste en: *a*) unos elementos que lo componen (los subsistemas), integrados en aquél, que poseen propiedades determinadas; *b*) una interrelación entre todos y cada uno de los elementos; *c*) un todo (el sistema) que es distinto de la simple suma de los elementos, y cuyas propiedades son propias de él y no de sus elementos componentes, y *d*) una subordinación de los elementos (subsistemas) al todo organizado (sistema) que los comprende<sup>5</sup>.

Su inclusión en la ley 24.156 se traduce en una administración financiera como macro-sistema, mediante el cual la planificación, obtención, asignación, utilización, registro, información y control tienen como objetivo una gestión eficiente de los recursos financieros de la Nación.

Se trata de un conjunto de sistemas interrelacionados, de lo cual se deriva que el desarrollo y funcionamiento eficaz y eficiente de cada uno de ellos influye obligatoriamente en los otros. En ese sentido, las re-

cen posible la obtención de los recursos públicos y su aplicación para el cumplimiento de los objetivos del Estado".

<sup>5</sup> González Navarro, *El derecho administrativo español*, p. 514 y 515, cita del autor y nota 121.

formas que se encaren en un sistema condicionan, necesariamente, a los restantes.

Por tanto, la interrelación de las metodologías, normas y procedimientos es un requisito necesario e imprescindible para el desarrollo de sistemas integrados de información de la gestión financiera pública, base fundamental para la toma de decisiones a fin de lograr el funcionamiento eficiente del aparato administrativo público. Dichas decisiones deben sustentarse en informaciones oportunas, pertinentes y fidedignas, producidas en todos los niveles del aparato administrativo y centralizadas a nivel del organismo contable central.

La *centralización normativa* implica reunir en un órgano -dentro de cada sistema-:

*a*) La definición de políticas generales que enmarquen el funcionamiento de cada uno de ellos.

*b*) La elaboración y aplicación de normas, metodologías y procedimientos generales y comunes que regulen la operación de cada sistema, sin perjuicio de las adaptaciones que deban realizarse, de acuerdo con las características particulares y especificidades de los distintos tipos de organismos públicos.

*c*) El diseño de normas, metodologías y procedimientos dentro de cada sistema, considerando las características y contenidos de las diseñadas para los otros sistemas.

La *descentralización operativa* se presenta en función de la capacidad de administración de cada sistema, por las propias instituciones públicas.

Esta descentralización cumple con dos requisitos básicos: *a*) su determinación, para un sistema, debe estar estrechamente relacionada con la establecida para los otros, y *b*) al estar debidamente reglamentada, quedan establecidas las facultades, normas y procedimientos.

tos que competen a los organismos centrales y a los diversos organismos periféricos.

A los fines de concretar la centralización normativa y descentralización operativa, la ley crea la figura de los órganos rectores en el ámbito de cada sistema, que se encuentran bajo la coordinación de un organismo supervisor y coordinador de la aplicación de la administración financiera: la Secretaría de Hacienda.

En síntesis, la responsabilidad de cada órgano rector consiste principalmente en el diseño, elaboración y evaluación del cumplimiento de las políticas aplicables, así como en el dictado de normas, metodologías y procedimientos que deben ser aplicados por los organismos públicos. Centraliza también la información proveniente de los órganos periféricos, que son los responsables de operar cada uno de los sistemas, en cada ministerio, ente, etc., según las definiciones del órgano central (sin perjuicio de las adaptaciones que en cada caso puedan formularse, de acuerdo con las características de las jurisdicciones).

En la ley no se incluyó lo relacionado con la administración tributaria, cuya especificidad técnica y jurídica justificaba un tratamiento independiente, sin descuidar por ello la interrelación que presentan los recursos y los sistemas que la componen. Originariamente tampoco se contemplaron los sistemas de contrataciones<sup>6</sup>, administración de bienes<sup>7</sup> e inversión pública<sup>8</sup>,

<sup>6</sup> Decr. 1545/94, decisión administrativa 344/97 y decrs. 436/00, 673/01, 1023/01 y, actualmente, 893/12.

<sup>7</sup> Por decr. 1382/12 se creó la Agencia de Administración de Bienes del Estado, que tiene a su cargo la administración, control y disposición en forma integrada de los referidos bienes.

<sup>8</sup> La ley 24.354 crea el Sistema Nacional de Inversiones Públicas, estableciendo sus objetivos y alcances, la forma de integración del Plan Nacional de Inversión Pública. El decr. 720/95 designa como autori-

los que fueron creados y reglamentados por normas posteriores<sup>9</sup>.

Los cuatro sistemas previstos en la norma son: presupuesto, deuda pública, contabilidad y tesorería.

El sistema de contabilidad gubernamental es integrador de la información financiera del SPN, motivo por el cual su estructura fue diseñada para reflejar los resultados de la gestión presupuestaria y económica y la situación patrimonial de aquel sector.

La Sindicatura General de la Nación (SIGEN) y la Auditoría General de la Nación (AGN) son los órganos rectores de los sistemas de control interno y externo, respectivamente. Según el decr. 1344/07, art. 7º, en el carácter de órganos normativos, de supervisión y coordinación de aquellos sistemas, son la autoridad de aplicación e interpretación, en el ámbito de sus competencias, y quedan facultados para dictar las normas interpretativas, aclaratorias o complementarias que fueran necesarias.

El control a cargo de estos entes presenta modalidades diferentes de las aplicadas con anterioridad a 1993, aunque la auditoría ya constituía una técnica específica que podía ejercer la CGN y la SIGEP, la que además tenía competencia para realizar controles de gestión.

dad de aplicación de la ley a la Secretaría de Política Económica y como órgano responsable del sistema a la Dirección Nacional de Inversión Pública (DNIP). También crea en el ámbito de la DNIP el Banco de Proyectos de Inversión Pública (BAPIN).

<sup>9</sup> A nuestro criterio, el llamado Sistema de Empleo Público -SINEP- creado por decr. 2038/08 no responde a los lineamientos de la ley 24.156. Reemplazó al SINAPA y su configuración como sistema tiene como objeto establecer las modalidades de empleo, derechos, deberes, obligaciones, etcétera. Pero, en realidad, su puesta en funcionamiento y su desarrollo suelen involucrar decisiones (v.gr., designaciones) que se adoptan prescindiendo de los otros sistemas de la ley 24.156.

#### § 14. *DELIMITACIÓN DE LA NOCIÓN DE CONTROL INTERNO*

Reconocemos las dificultades de elaborar una acepción unívoca, por lo que identificaremos al control interno como aquel que se ejerce *desde adentro de la organización controlada*.

Este criterio amplio permite incluir a aquel que se inserta en la misma gestión –tal como expusimos en el capítulo anterior– y al que practican determinados órganos o entes especializados que forman parte del controlado.

Ello no es óbice para la formulación de subclasificaciones, atendiendo a los objetivos, alcance, técnicas que se utilizan, etc.; pero cada uno ha de ser ubicado en el justo lugar que le corresponde en la organización.

Esto por dos motivos: para delimitar en forma precisa su ámbito de aplicación y poder así diferenciarlo del control externo, y también para incluir en su acepción sus variadas manifestaciones<sup>10</sup> (como se expondrá en el capítulo siguiente, existen una serie de organismos que ejercen control interno y que se rigen por normas distintas de la ley 24.156).

El eje sobre el cual giran todas sus formas está dado por la idea de que constituye una cultura dentro de la organización, con la pretensión del mejoramiento continuo, previendo los riesgos, obstáculos y hasta posibles incumplimientos de las normas. Ello sin perjuicio de las diversas modalidades bajo las cuales se manifiesta: en forma previa, concomitante, posterior;

<sup>10</sup> Barra hace referencia al control interno “intrínseco” como aquel que es connatural de cada organización y como actividad aneja a las competencias jerárquicas. Ello conforme al art. 101 de la ley 24.156 (*Tratado de derecho administrativo*, t. 4, p. 696 a 698).

mediante técnicas de intervención preventivas, dictámenes, informes, observaciones legales, etcétera.

Desde ya, cabe advertir que no todo control interno tiene como objetivo la gestión, resultando un ejemplo de ello el que ejerce el servicio jurídico de los organismos, asesorías especiales o las comisiones evaluadoras de las contrataciones públicas. En efecto, cada una de las intervenciones que le corresponden, en el marco de un procedimiento administrativo, traduce un control interno de legalidad que contribuirá a detectar y prevenir irregularidades administrativas.

#### § 15. *EL CONTROL INTERNO EN EL MARCO DE LA ADMINISTRACIÓN FINANCIERA. LAS NORMAS COSO*

Sin perjuicio de analizar más adelante el sistema de la ley 24.156, cabe resaltar el principio contenido en el art. 101 que determina que “la autoridad superior de cada jurisdicción o entidad dependiente del Poder Ejecutivo nacional será responsable del mantenimiento de un adecuado sistema de control interno”.

En el marco de sus atribuciones, la SIGEN fue regulando el modelo de este control siguiendo los esquemas que inspiraron la ley.

En el año 2014 aprobó las Normas Generales de Control Interno para el Sector Público Nacional, que reemplaza las directivas del Informe COSO 2013 –que reemplazó al creado en 1992<sup>11</sup>–, incluyendo objetivos y prin-

<sup>11</sup> La Treadway Commission, National Commission on Fraudulent Financial Reporting, creó en 1985 un grupo de trabajo bajo la sigla COSO (Committee of Sponsoring Organizations). El grupo estaba constituido por representantes de las siguientes organizaciones: American Accounting Association, American Institute of Certified Public

ceptos aplicables a toda organización pública bajo su competencia.

Se partió de dos ópticas: una definición de control interno que fuera aceptada como un marco común, y el diseño de una estructura que facilitara la evaluación de cualquier sistema en toda organización.

El control interno es caracterizado como un proceso integrado a los procesos básicos de planificación, ejecución y supervisión, y no a un conjunto de mecanismos burocráticos añadidos a ellos, efectuado por el consejo de la administración, la dirección y el resto del personal de una entidad, diseñado con el objeto de proporcionar una garantía razonable para el logro de objetivos incluidos en las siguientes categorías: *a)* eficacia y eficiencia de las operaciones; *b)* confiabilidad de la información financiera, y *c)* cumplimiento de las leyes, reglamentos y políticas.

Este enfoque desplazó la idea del control interno contable, para ubicarse en un plano integrador, aglutinante de todas las modalidades de control interno.

Configurado como un proceso, presupone lo siguiente:

*a)* Se trata de un medio para alcanzar un fin y no un fin en sí mismo.

*b)* Lo ejercen las personas que actúan en todos los niveles, no se trata solamente de manuales de organización y procedimientos.

*c)* Sólo puede aportar un grado de seguridad razonable, no la seguridad total, a la conducción.

*d)* Está pensado para facilitar la consecución de objetivos en una o más de las categorías señaladas, las que, al mismo tiempo, suelen tener puntos en común.

Accountants, Financial Executive Institute, Institute of Internal Auditors e Institute of Management Accountants.

El logro de sus objetivos se alcanza mediante la conformación de cinco componentes interrelacionados, que serán los mismos para todas las organizaciones (públicas o privadas):

1) *Ambiente de control.* Son los valores y filosofía de la organización y tiene influencia directa en el personal y su visión respecto al control.

2) *Evaluación de riesgos.* Consiste en la identificación y el análisis de los riesgos relevantes para el logro de los objetivos de la organización; ello tiene utilidad para determinar la forma en que aquéllos deben ser gestionados.

3) *Actividades de control.* Son las acciones, políticas, normas y procedimientos que permiten a la dirección manejar y afrontar los riesgos identificados.

4) *Información y comunicación.* Constituyen los medios y sistemas mediante los cuales el personal de la entidad capta e intercambia la información necesaria para desarrollar, gestionar y controlar sus operaciones.

5) *Supervisión y monitoreo.* Es un proceso para verificar el desarrollo y desempeño del sistema de control interno en el transcurso del tiempo. Es decir, evalúa la calidad del control interno en el tiempo<sup>12</sup>.

El mencionado informe COSO 2013 tuvo por objeto ayudar a las organizaciones a diseñar y poner en

<sup>12</sup> En el año 2004 se publica el estándar "Enterprise Risk Management - Integrated Framework" -COSO II-, marco integrado de gestión de riesgos, que según su propio texto no contradice al COSO I, pues ambos constituyen marcos conceptualmente compatibles. Si se amplía el concepto de control interno a la gestión de riesgos, involucrando necesariamente a todo el personal, incluidos los directores y administradores. A su vez, amplía la estructura de COSO I a ocho componentes, agregando: establecimiento de objetivos; identificación de eventos que pueden tener impacto en el cumplimiento de objetivos; respuesta a los riesgos: determinación de acciones frente a los riesgos.

práctica este tipo de control, ampliando su aplicación y aclarando los requisitos para lograr un control interno efectivo.

Específicamente, la pretensión un aumento de la agilidad de los sistemas de gestión de riesgos para adaptarse a los entornos y a los rápidos cambios, una mayor confianza en la eliminación de riesgos y consecución de objetivos, y claridad en cuanto a la información y comunicación. Se trata de proveer un enfoque integral y herramientas para la implementación de un sistema de control interno efectivo y en pro de la mejora continua, y con ello reducir a un nivel aceptable el riesgo de no alcanzar un objetivo de la entidad.

Se parte de los cinco componentes originarios antes mencionado, y se formalizan diecisiete principios, a implementar por la Administración, y que son incorporados por la SIGEN en sus Normas Generales de Control Interno.

Por el significado que adquieren tales principios en el contexto de la gestión actual, merita ser mencionados.

*a) Ambiente de control.* Principio 1: Demostrar compromiso con la integridad y valores éticos. Principio 2: El consejo de administración ejerce su responsabilidad de supervisión del control interno. Principio 3: Establecimiento de estructuras, asignación de autoridades y responsabilidades. Principio 4: Demuestra su compromiso de reclutar, capacitar y retener personas competentes. Principio 5: Retiene a personal de confianza y comprometido con las responsabilidades de control interno.

*b) Evaluación de riesgos.* Principio 6: Se especifican objetivos claros para identificar y evaluar riesgos para el logro de los objetivos. Principio 7: Identificación y análisis de riesgos para determinar cómo se deben mitigar. Principio 8: Considerar la posibilidad del

fraude en la evaluación de riesgos. Principio 9: Identificar y evaluar cambios que podrían afectar significativamente el sistema de control interno.

*c) Actividades de control.* Principio 10: Selección y desarrollo de actividades de control que contribuyan a mitigar los riesgos a niveles aceptables. Principio 11: La organización selecciona y desarrolla actividades de controles generales de tecnología para apoyar el logro de los objetivos. Principio 12: La organización implementa las actividades de control a través de políticas y procedimientos.

*d) Información y comunicación.* Principio 13: Se genera y utiliza información de calidad para apoyar el funcionamiento del control interno. Principio 14: Se comunican internamente los objetivos y las responsabilidades de control interno. Principio 15: Se comunican externamente los asuntos que afectan el funcionamiento de los controles internos.

*e) Actividades de monitoreo.* Principio 16: Se llevan a cabo evaluaciones sobre la marcha y por separado para determinar si los componentes del control interno están presentes y funcionando. Principio 17: Se evalúan y comunican oportunamente las deficiencias del control interno a los responsables de tomar acciones correctivas, incluyendo la alta administración y el consejo de administración.

La completa definición que brindan los últimos informes COSO y los diecisiete principios que se incorporan, muestran que este control puede ser llevado a cabo en forma previa, concomitante y posterior.

#### § 16. *EL CONTROL INTERNO EN LA LEY 24.156*

Nos referiremos al control interno del Poder Ejecutivo, sin descartar que los principios incluidos en la ley

24.156 resulten aplicables a todos los poderes del Estado y que en cada uno de éstos deban implementarse mecanismos y crearse órganos para cumplir con tales funciones.

El sistema en la ley es complejo, confluyendo el control interno que denominamos "en sentido estricto", el control ejercido por órganos con competencia específica ubicados en cada jurisdicción o entidad (UAI) y el practicado por un órgano rector (SIGEN).

Es decir, por un lado, como ya se indicó, el responsable de mantener un adecuado sistema de control es la autoridad superior de cada jurisdicción o entidad dependiente del Poder Ejecutivo nacional, debiendo incluir los instrumentos de control previo y posterior incorporados en el plan de organización y en los reglamentos y manuales de procedimiento de cada organismo y la auditoría interna<sup>13</sup>.

A ello se suman las funciones que cumplen la SIGEN y la UAI, con competencias específicas otorgadas por la ley 24.156 y otras normas complementarias.

El modelo de control es caracterizado como integral e integrado, al abarcar los aspectos presupuestarios, económicos, financieros, patrimoniales, normativos y de gestión, y porque forma parte de los procedimientos que se establezcan para la toma de decisiones (conf. art. 103).

El régimen permite que quien resulte responsable de la toma de decisiones en los organismos públicos, cuente con información veraz, oportuna y confiable sobre la gestión administrativa.

<sup>13</sup> William Chapman ha señalado, con referencia a estas características, que "las fallas de control interno son evidencias de defectuosa administración, y sus consecuencias pueden serle imputables a la autoridad superior" (*Crónica resumida del proceso de control gubernamental y comentarios sobre la nueva ley de reforma del régimen de la administración financiera del Estado nacional*, RAP, n° 169, 1992, p. 7).

La ley instituye principalmente el mecanismo denominado "auditoría". Ésta, en el ámbito interno, es "un servicio a toda la organización consistente en un examen posterior de las actividades financieras y administrativas de las entidades a que hace referencia esta ley, realizada por los auditores integrantes de las unidades de auditoría interna. Las funciones y actividades de estos auditores internos deben mantenerse desligadas de las operaciones sujetas a su examen" (conf. art. 102).

El sistema merece variadas críticas, en particular por la relación entre el titular del control interno y la autoridad controlada.

Sin embargo, tal particularidad no contradice principios generales de tal actividad ni desvirtúa los fines que se persiguen con su ejercicio. Son controles técnicos, interdisciplinarios, constructivos, que persiguen alimentar la toma de decisiones eficientes por parte de los gestores y de quienes adoptan las políticas públicas. Por eso, la independencia y la objetividad basadas en la idoneidad de quienes controlan son condiciones ineludibles, así como lo son la complementariedad de los otros controles internos y externos.

La estructura que la ley imprime a esa modalidad refleja la presencia de instrumentos de control previo (no intervención previa) y posterior, que se incorporan en el plan de organización y en los manuales de procedimientos de cada organismo, y en la auditoría interna.

Se comprueba aquí una visión integradora de los tipos de control, sin perjuicio de que la ley 24.156 haya sido tajante a la hora de eliminar el control previo, como función principal de organismos específicos, tal como estaba estructurado en épocas del TCN.

En el mensaje del Poder Ejecutivo correspondiente al proyecto de la ley 24.156 se señala que "no se com-

padece con los modernos esquemas de administración financiera en el sector público la práctica del 'control previo' por instituciones exógenas al propio organismo o repartición pública. El ejercicio del control previo se encuadra, como se ha indicado anteriormente, dentro de la 'estructura de control interno' que es una de las responsabilidades que compete a la alta dirección de cada jurisdicción y entidad del sector público. Se trata de reconocer la función de 'gerencia responsable, a tiempo completo', dentro de la cosa pública dejando aparte, por inadmisibles en la teoría y *praxis* de la Administración pública en un Estado moderno, la filosofía de control de sector público imperante inmediatamente antes y después de la crisis de los años treinta".

El control previo, en el sistema de la ley comentada, se verifica en situaciones puntuales, con efectos diferentes y características propias, como los son los casos en materia de consolidación de deuda.

### § 17. LA SINDICATURA GENERAL DE LA NACIÓN

Es el órgano rector del sistema de control interno y, como tal, tiene competencias normativas, de coordinación y de supervisión. El control puede ejercerlo con su propio personal o mediante estudios de consultoría y auditoría (art. 105).

a) *NATURALEZA JURÍDICA. COMPOSICIÓN.* Ha sido creado como un ente descentralizado, autárquico, en el ámbito dependiente del Presidente de la Nación.

Recuérdese que la descentralización administrativa se basa en la capacidad de todo ordenamiento para calificar a los sujetos que lo conforman, dotando de personalidad jurídica propia a determinados sectores de una organización. Una de sus especies es la entidad

autárquica, que cuenta con recursos propios que pueden ser aplicados a sus fines institucionales; tiene un patrimonio estatal de afectación y puede ser titular de bienes del dominio público.

*Autarquía* no significa independencia absoluta frente al poder administrador central, ya que el ente se sujeta a ese poder, que fija los lineamientos, principios de conducta y políticas administrativas generales que alcanzan a la Administración en su conjunto.

La reglamentación aprobada por decr. 1344/07 aclaró que el régimen de autarquía administrativa y financiera acordado a la SIGEN "implica que la programación de la ejecución física y financiera de los presupuestos de gastos que tramite la misma, en los términos del art. 34 de la ley 24.156, será aprobada por la Secretaría de Hacienda o la Subsecretaría de Presupuesto hasta el total del crédito aprobado. Una vez aprobada, en caso de disminuciones en la recaudación del Tesoro Nacional que importen una disminución general de cuotas para toda la Administración nacional, la Secretaría de Hacienda podrá reducir las cuotas aprobadas a la Sindicatura General de la Nación en la proporción aplicable al resto de la Administración nacional".

Esta norma nos muestra lo considerado en capítulos anteriores, en el sentido de que la autonomía funcional de un ente tiene las limitaciones de la autarquía y de los recursos presupuestarios que se le asignan.

En cuanto a su composición, se trata de un organismo unipersonal -síndico general de la Nación- cuyo titular es designado por el Poder Ejecutivo nacional, de quien depende directamente. Es asistido por tres adjuntos -que lo sustituirán en caso de ausencia, licencia o impedimento- designados también por el Poder Ejecutivo, a propuesta del síndico general, quienes deben contar con título universitario y similar experiencia que éste.

Desde el año 1999, se exige para ser designado síndico general poseer título universitario con incumbencias en ciencias económicas o derecho y una experiencia en administración financiera y auditoría no inferior a ocho años (art. 109).

Coincidimos en que la ubicación institucional de la SIGEN y su relación con el Poder Ejecutivo nacional no implica una subordinación jerárquica, pues ello sería contradictorio con la naturaleza orgánico-funcional de la actividad de control. Por eso, la dependencia que indica el art. 97 de la ley debe ser entendida como "en jurisdicción de"<sup>14</sup>.

b) *COMPETENCIAS*. El régimen legal no deja mayores dudas en cuanto a las atribuciones asignadas, ni a su carácter expansivo en el marco del art. 104.

Además de la nómina de facultades que esta disposición incluye, el decr. 1344/07 le encomendó, en la reglamentación de dicho artículo: "n) Ejercer las funciones de control derivadas de la ley 23.982 y normas concordantes y complementarias. o) Verificar la efectiva adopción, en las jurisdicciones y entidades sujetas a su control, de las medidas tendientes a la prosecución oportuna en sede judicial del resarcimiento de los daños patrimoniales causados por los responsables, realizando un seguimiento permanente de las respectivas causas".

Las competencias en control las cumple en forma directa a través de auditorías o de los otros mecanismos, como en el caso de los procedimientos de consolidación de deudas.

Sin perjuicio de ello, existe un control indirecto al ejercer las otras funciones de supervisión y coordinación de las UAI (art. 104, incs. e y g).

<sup>14</sup> Barra, *Tratado de derecho administrativo*, t. 4, p. 652 y 653.

En su carácter de órgano rector del sistema, dicta normas en materia de control y auditoría interna, las que deben ser aplicadas por el organismo y las UAI, respectivamente<sup>15</sup>.

Además, presta asesoramiento al Poder Ejecutivo y a las autoridades de sus jurisdicciones y entidades. Esa opinión no es vinculante, ni reemplaza al dictamen del servicio jurídico exigido por las normas de procedimiento administrativo<sup>16</sup>.

En cuanto a la información necesaria para cumplir con sus funciones, puede requerirla a la CGN y a los organismos comprendidos en el ámbito de su competencia. "Para ello todos los agentes y/o autoridades del sector público nacional prestarán su colaboración, considerándose la conducta adversa como falta grave" (art. 106).

La reglamentación a esta disposición estableció que la Sindicatura tendrá acceso a todos los registros documentales y magnéticos, documentación de respaldo y lugares de trabajo (oficinas, centros de procesamiento de la información, archivos, almacenes, entre otros) necesarios para el cumplimiento de su misión de control.

A su vez, tiene el deber de informar según indica el art. 107: a) al Presidente de la Nación, sobre la gestión financiera y operativa de los organismos que controla; b) a la AGN, sobre la gestión cumplida por los entes –"sin perjuicio de atender consultas y requeri-

<sup>15</sup> Ha dictado, entre otras, las Normas Generales de Control Interno para el Sector Público Nacional (2014), Normas de Control Interno para Tecnologías de Información (2005), Normas Mínimas de Control Interno para el Buen Gobierno Corporativo en Empresas y Sociedades del Estado (2006), Normas de Auditoría Interna (2002), Manual de Control Interno Gubernamental (2011).

<sup>16</sup> En sentido similar, Barra, *Tratado de derecho administrativo*, t. 4, p. 678 y 679.

mientos específicos formulados por el órgano externo de control"-; c) a la opinión pública, en forma periódica.

Entendemos que, aun cuando esta imposición no fuera expresa, informar es un deber ínsito que debe cumplir por aplicación y expansión de los principios de transparencia y de acceso a la información pública.

En cuanto a los sujetos, el decr. 1344/07 también (al reglamentar el art. 98 de la ley) aclaró que su competencia alcanza al sector público nacional, definido en el art. 8° de la ley 24.156.

Por ende, se ejerce respecto de las jurisdicciones que componen el Poder Ejecutivo nacional, los organismos descentralizados, empresas y sociedades del Estado que dependen de él, sus métodos y procedimientos de trabajo, normas orientativas y estructura orgánica. Los actos del Presidente de la Nación están exentos de su control<sup>17</sup>.

La ley 25.565 previó el control de la SIGEN sobre el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados.

En cambio, respecto de YPF, el temperamento ha sido diferente, pues la ley 26.741 excluyó a dicha sociedad -la ley declaró de utilidad pública y sujeto a expropiación el 51% del patrimonio de esa sociedad- de la aplicación de legislación o normativa administrativa "que reglamente la administración, gestión y control de las empresas o entidades en las que el Estado nacional o los Estados provinciales tengan participación".

De acuerdo al art. 114 de la ley 24.156, en el caso de sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, la SIGEN propondrá a los organismos que ejerzan los derechos societarios del Estado nacional, la designación de los síndicos que integrarán las comi-

<sup>17</sup> PTN, *Dictámenes*, 236:354

siones fiscalizadoras, de acuerdo con sus propios estatutos. "También los propondrá al Poder Ejecutivo nacional en los casos en que deban asignarse síndicos por el capital estatal en empresas y sociedades en que el Estado nacional, por sí o mediante sus organismos descentralizados, empresas y sociedades del Estado, tengan participación igualitaria o minoritaria. Dichos funcionarios tendrán las atribuciones y deberes previstos por la ley 19.550, en todo lo que no se oponga a la presente".

El decreto reglamentario diferenció los supuestos de las sociedades e instituciones financieras en las que el Estado nacional tenga participación, de las empresas y entidades. En el primer caso, los síndicos que las representan serán propuestos por la Sindicatura; en el segundo, designados por ésta. En ambos casos, los síndicos informarán de su gestión en los plazos y formas que la Sindicatura establezca<sup>18</sup>.

Por otra parte, el decr. 1278/12 organizó la administración de las tenencias accionarias del Estado en empresas donde era socio minoritario, como así también en aquellas sociedades donde el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas poseyera tenencias accionarias o de capital. En tal caso, autorizó a la Secretaría de Política Económica y Planificación del Desarrollo de dicho Ministerio a impartir instrucciones a las que deberán ajustar su actuación los representantes del Estado nacional en las asambleas o reuniones de socios. Dentro de dicha manda debía incluirse la orden de proponer y votar los síndicos cuya nómina debía remitir la SIGEN.

<sup>18</sup> En el año 2006, mediante res. 37/06, se aprobaron las "Normas Mínimas de Control Interno para el Buen Gobierno Corporativo en Empresas y Sociedades del Estado", regulando que en éstas funcionará un Comité de Auditoría, colegiado, compuesto por tres o más miembros del Directorio, con facultades de supervisión y consultivas.

10. Ivanega.

El ejercicio del control sobre los bancos oficiales -Banco Central de la República Argentina y Banco de la Nación Argentina- ha sido materia de diversas interpretaciones.

La Procuración del Tesoro de la Nación (PTN) entendió que "no existe disposición legal que autorice a la Sindicatura General de la Nación a acceder a la información secreta del Banco Central de la República Argentina... La aplicación al Banco Central de la República Argentina del régimen de control interno establecido por el art. 96 y ss. de la ley 24.156 se traduce, en la práctica, dadas sus características, en un desmedro de las facultades de los síndicos instituidos por el art. 36 de la Carta Orgánica de esa entidad bancaria y el control que a ellos les corresponde, cuyo carácter prioritario dimana del rango constitucional que el art. 75, inc. 6, de la Const. nacional acuerda a esa institución... La obligación de mantener el secreto bancario no es exclusiva de las entidades financieras que la manejan, sino que afecta también a las propias autoridades estatales"<sup>19</sup>.

En similar sentido se expidió respecto del Banco de la Nación Argentina, considerando que la SIGEN carece de facultades, conforme al art. 104 de la ley 24.156, para recabar información a esa entidad bancaria, al encontrarse amparada por el secreto bancario. Ello así por cuanto no tiene asignada expresamente dicha atribución. La importancia que reviste el instituto del secreto bancario y el interés comprometido en el mantenimiento de su vigencia exigen que las excepciones a la obligación de preservarlo sean puntual y expresamente establecidas por el legislador. Por amplias que puedan ser las normas referidas, en modo alguno ellas autorizan a interpretar que permiten flexionar el secreto

<sup>19</sup> PTN, *Dictámenes*, 237:501.

bancario por fuera de las posibilidades taxativamente enumeradas. Por esta razón debe descartarse que dicha facultad surja implícita en la atribución genérica para solicitar informes que le reconoce el art. 106 de la ley 24.156, la que encuentra su límite en la especialidad de las normas que rigen el instituto<sup>20</sup>.

c) *DOS EJEMPLOS DE FUNCIONES DE CONTROL PREVIO Y ASESORAMIENTO: LA CONSOLIDACIÓN DE DEUDAS Y EL SISTEMA DE PRECIOS TESTIGOS.* La consolidación de deudas se vincula, en primer lugar, con el régimen de ejecución de sentencias, donde se condena al Estado a pagar una suma de dinero. Encuadrada la obligación estatal en la categoría de "consolidada" y luego de cumplir con los requisitos legales, el particular debe instar un procedimiento administrativo para ver satisfecha su acreencia.

En ese contexto, nos encontramos con un sistema más proclive al mundo kafkiano que al ámbito de la eficiencia administrativa. Las regulaciones y los sucesivos trámites van creando un estado de incertidumbre y desasosiego, que termina por agotar al más valiente defensor de los derechos reconocidos en una sentencia.

Ingresa en esa realidad el control que ejercen las UAI y la SIGEN, que si bien se ha identificado como previo al pago<sup>21</sup>, es también posterior al reconocimiento administrativo o judicial. Tal intervención es obligatoria en el trámite de los formularios de requerimiento de pago, conforme los regímenes de consolidación.

<sup>20</sup> PTN, *Dictámenes*, 236:362.

<sup>21</sup> Arias, *El procedimiento de consolidación de deuda pública*, en "Procedimiento administrativo. A 20 años de la reforma constitucional", p. 127 a 145. Arias aclara que en los casos de intimaciones judiciales, dicha intervención se efectuará con posterioridad a la cancelación de la deuda, en virtud de los arts. 101 y 102 de la ley 24.156, tal como se expone en el punto V, titulado "Los plazos vigentes en el procedimiento administrativo de consolidación".

Coincidimos con Arias en que este sistema refleja un "fenómeno de hipertrofia normativa", caracterizado por la complejidad de las normas emitidas, las cuales, en muchas ocasiones, se encuentran diseminadas en las distintas leyes de presupuesto.

A nivel nacional se dictaron dos regímenes de consolidación, la ley 23.982, en 1991, reglamentada por el decr. 2140/91 (procedimientos para obligaciones de causa o título anterior al 1 de abril de 1991), y la ley 25.344, en el año 2000, reglamentada por el decr. 1116/00 (procedimientos para obligaciones no previsionales de causa o título posterior al 1 de abril de 1991 y anterior al 1 de enero de 2000, y para obligaciones previsionales originadas en el régimen general vencidas o de causa o título posterior al 31 de agosto de 1992 y anterior al 1 de enero de 2000).

Existen por lo menos otras veinticinco normas a las que se suman disposiciones especiales, tales como la res. MEyP 462/04 que aprueba el procedimiento administrativo abreviado para los beneficiarios de la indemnización establecida por la ley 25.471 (YPF - Programa de Propiedad Participada). Por si ello no alcanzara, completa el panorama la existencia de procedimientos administrativos no formalizados, ante la ausencia de normas que contemplen la forma de tramitación y de resolución de un caso concreto<sup>22</sup>.

De ellas, sólo mencionaremos la res. 200/02, mediante la cual la SIGEN aprobó los procedimientos y pautas de control para los funcionarios competentes de la Sindicatura que firmen los formularios de requeri-

<sup>22</sup> Arias explica con claridad la problemática que plantea el sistema y los inconvenientes de las dilaciones innecesarias y sus efectos sobre los derechos constitucionales (*El procedimiento de consolidación de deuda pública*, en "Procedimiento administrativo. A 20 años de la reforma constitucional").

miento de pago de deudas consolidadas por las leyes 23.982 y 25.344. En el anexo de tal resolución se describen los procedimientos de tramitación de los formularios y sistemas de aprobaciones.

Excede este trabajo analizar lo que encierra tal estructura; sólo apelamos a insistir en la necesidad de regular con uniformidad los procedimientos de consolidación de deudas. La realidad es violatoria de los derechos de los ciudadanos y de los principios de transparencia, debido proceso y tiempo razonable, entre otros.

Respecto del Sistema de Precios Testigos, su aplicación corresponde a la SIGEN conforme al art. 241 del decr. 893/12 y de acuerdo con la última parte del art. 26 del decr. 558/96.

El citado régimen de contrataciones establece que en los casos en que la Oficina Nacional de Contrataciones (ONC) fije un precio máximo para las ofertas, de conformidad con lo previsto en el Capítulo VII del Título VII<sup>23</sup> no se requerirá el informe de precios testigo.

El citado art. 26 del decr. 558/96 estableció que las compras y contrataciones realizadas en los ministerios y secretarías de la Presidencia de la Nación, organismos centralizados y descentralizados de la Administración pública nacional, cuyos montos superaren las escalas determinadas por la SIGEN, debían someterse al control del Sistema de Precios Testigo.

Por res. 122/10, ese organismo rector aprobó un nuevo régimen, en cuyos considerandos, entre otras cuestiones, puntualiza que la intervención que le corresponde en la materia tiene "el carácter de no vincu-

<sup>23</sup> Este es el caso de la llamada "modalidad con precio máximo", que se configura cuando se determine el precio más alto que las jurisdicciones o entidades contratantes pueden pagar por los bienes o servicios requeridos. La ONC es la competente para fijar dicho precio (art. 224).

lante, debiendo considerarse como una herramienta de control en la etapa de evaluación de ofertas, cuyo objeto es contribuir en la determinación de la razonabilidad de los precios ofrecidos al momento de analizar los distintos parámetros”.

Entre otros aspectos, en dicha norma se determinan los casos que serán sometidos a ese sistema (compras o contrataciones cuyo monto estimado supere determinado monto), así como las contrataciones excluidas: *a)* las regidas por la ley 13.064 y su decr. regl. 19.324/49 y por la ley 17.520, modificada por la ley 23.696; *b)* las relacionadas con la compra o alquiler de inmuebles, en función de la competencia asignada al Tribunal de Tasaciones de la Nación; *c)* las directas por exclusividad; *d)* las directas entre organismos del Estado; *e)* las compras de bienes y contrataciones de servicios que no respondan a las condiciones de “normalizados o de características homogéneas” o “estandarizados o de uso común”, quedando alcanzadas por el “control del Sistema de Precios Testigo” aquellas cuyas características técnicas puedan ser inequívocamente especificadas e identificadas (art. 3°).

Tampoco proporciona “precio testigo, valor de referencia ni valor indicativo, cuando exista imposibilidad material para ello o cuando razones debidamente fundadas impidan o dificulten su elaboración, o el cumplimiento de los objetivos del Sistema”.

Sin perjuicio de estas excepciones al sistema de precio testigo, la SIGEN puede seleccionar y analizar cualquier otra actuación, incluso las expresamente excluidas. Esta previsión es compatible con su competencia central de control interno, la cual no puede quedar solapada o sustituida por aquellas funciones. A eso cabe agregar los servicios previstos en el art. 7°, consistentes en el análisis de pliegos, control de recepción de bie-

nes, de calidad, o determinación de valor indicativo de mercado, los que sin embargo su prestación se encuentra arancelada.

#### § 18. *LAS UNIDADES DE AUDITORÍA INTERNA*

Estos órganos desconcentrados han sido objeto de críticas, en particular por la vinculación con el controlado.

Pero es necesario evaluar el sistema, a partir de la revalorización del control interno de gestión.

Por imposición legal, son creadas en cada jurisdicción y entes del PEN, dependen jerárquicamente de la autoridad superior de cada organismo y no gozan de estabilidad. Esta última particularidad ha sido cuestionada, considerándose que afecta la independencia del auditor, y, si bien se trata de un cargo extraescalafonario, debe someterse a los requisitos reglados que toda remoción exige. Por ende, debe respetar las exigencias del art. 7° de la LNPA<sup>24</sup>.

En este tema, nos remitimos a la condición de independencia, neutralidad y objetividad analizada en los capítulos anteriores.

El perfil del auditor interno debe ajustarse a las condiciones fijadas por la SIGEN; aquéllos serán nombrados, previa opinión técnica de la Sindicatura, la que tendrá carácter no vinculante. Sin embargo, en el supuesto de que la autoridad competente designe al auditor interno apartándose de la opinión de la SIGEN, deberá expresar en el acto de nombramiento los fundamentos que sustentan tal proceder.

En el cap. II se ha mencionado que tal perfil fue aprobado por res. 17/06.

<sup>24</sup> Barra, *Tratado de derecho administrativo*, t. 4, p. 690 y 691.

La autoridad superior de cada jurisdicción o entidad será responsable de que las UAI y sus integrantes se ajusten a sus actividades específicas en forma exclusiva.

A cargo de tales órganos se encuentra el examen posterior de las actividades financieras y administrativas, bajo la supervisión y coordinación técnica de la Sindicatura General.

Deben verificar el cumplimiento de las políticas, planes y procedimientos establecidos por la máxima autoridad del organismo del que dependen, revisar y evaluar la aplicación de los controles operativos, contables, de legalidad y financieros, controlar el ajuste de las erogaciones a las normas legales y de contabilidad, produciendo informes sobre las actividades que desarrollan y formulando recomendaciones u observaciones.

De acuerdo con el decr. 1344/07, las UAI, "en apoyo a la dirección y sirviendo a toda la organización, actuarán en función de las normas vigentes y con independencia de criterio". Tienen el deber de informar "fielmente y de inmediato" a la SIGEN y a la autoridad superior de cada jurisdicción o entidad, la falta de cumplimiento de cualquiera de las normas que rigen la administración financiera y los sistemas de control<sup>25</sup>.

La autoridad superior de cada jurisdicción o entidad dependiente del PEN requerirá opinión previa favo-

<sup>25</sup> Art. 100: "En las jurisdicciones y entidades comprendidas en el art. 8° de la ley 24.156 que por su importancia relativa no justifiquen la existencia de una Unidad de Auditoría Interna, la Sindicatura General de la Nación asignará las funciones de auditoría interna a otra Unidad de Auditoría Interna constituida dentro de la jurisdicción respectiva, la cual deberá elaborar el correspondiente plan anual de trabajo. En los organismos interjurisdiccionales, la Sindicatura General de la Nación convendrá con las respectivas autoridades las modalidades de su intervención a los efectos de supervisar y coordinar la actividad de la correspondiente Unidad de Auditoría Interna".

rable de la correspondiente UAI, para la aprobación de los reglamentos y manuales de procedimientos.

Conforme a esa reglamentación, tales Unidades deben realizar todos los exámenes de las actividades, procesos y resultados de la jurisdicción o entidad a la cual pertenezcan.

Resulta destacable que, coincidiendo con el espíritu de la ley, los informes resultantes de las auditorías que llevan a cabo provienen de tareas realizadas por equipos de trabajo interdisciplinarios.

Las Normas Generales de Control Interno para el Sector Público Nacional de la SIGEN (2014) fijan pautas, criterios y principios vinculados a la actuación de las UAI.

Se ha sostenido que no resultaría contrario a derecho que éstas acudan eventualmente al instrumento de la "intervención previa", si la autoridad superior de quien dependen así lo requiere con carácter general o particular, pero sí lo sería si esa misma "intervención previa" la ejercitara la SIGEN. Ello sin perjuicio de que el Presidente de la Nación Argentina -tal como se expuso anteriormente-, respecto de sus propios actos, pueda solicitar previa opinión a la Sindicatura General, ya que en definitiva de él depende<sup>26</sup>.

#### § 19. *EL SISTEMA DE CONTROL EXTERNO*

Al respecto, tendremos en cuenta lo siguiente.

a) *CRITERIOS GENERALES.* El control externo se configura cuando los organismos que lo ejercen no pertenecen a la organización de la institución que debe ser con-

<sup>26</sup> Mertehikian, *La ley de administración financiera y control de gestión*, p. 25.

trolada. La denominación general que ha sido aceptada internacionalmente, para los organismos que lo ejercen es la de Entidades Fiscalizadoras Superiores (EFS), que en cada país responden a figuras institucionales diversas.

El derecho comparado no permite determinar modelos fijos de organismos de control externo, pues se presentan entidades con diferentes atribuciones: 1) control *a priori* y también *a posteriori*; 2) sólo control posterior; 3) limitado al control de cumplimiento o ampliado a la gestión, y 4) con facultades para ejercer funciones jurisdiccionales o sin ellas.

Las ISSAI 100 describen a la auditoría del sector público "como un proceso sistemático en el que de manera objetiva se obtiene y se evalúa la evidencia para determinar si la información o las condiciones reales están de acuerdo con los criterios establecidos. La auditoría del sector público es esencial, ya que proporciona, a los órganos legislativos y de supervisión, a los encargados de la gobernanza y al público en general, información y evaluaciones independientes y objetivas concernientes a la administración y el desempeño de las políticas, programas u operaciones gubernamentales" (punto 18)

Las EFS sirven a este objetivo, son pilares importantes de sus sistemas democráticos nacionales y mecanismos de gobernanza, y como tales cumplen un papel importante en el mejoramiento de la Administración pública, destacando los principios de transparencia, rendición de cuentas, gobernanza y desempeño (punto 19).

Dichas normas fijan como principios generales de la auditoría del sector público los siguientes: 1) ética e independencia; 2) juicio profesional, diligencia debida y escepticismo; 3) control de calidad; 4) gestión y habilidades del equipo de auditoría; 5) riesgo de auditoría;

6) materialidad (es relevante en todas las auditorías; Un asunto se puede juzgar importante o significativo si existe la posibilidad de que el conocimiento de él influya en las decisiones de los usuarios previstos); 7) documentación (los auditores deben preparar la documentación de auditoría con el suficiente detalle para proporcionar una comprensión clara del trabajo realizado, de la evidencia obtenida y de las conclusiones alcanzadas), y 8) comunicación (deben establecer una comunicación eficaz durante todo el proceso de la auditoría).

b) *LOS TRIBUNALES DE CUENTAS*. Unas brevísimas referencias merece la situación en las provincias argentinas (con excepción de Salta), dado que en ellas el control externo está a cargo de los tribunales de cuentas, organismos que no presentan un esquema uniforme en cuanto a su conformación y competencias.

Ha existido una importante resistencia de las provincias argentinas a modificar la estructura de control a semejanza del sistema nacional. Por eso, a pesar de los cambios legislativos producidos en los últimos años, mantuvieron la competencia de dichos organismos particularmente en materia de responsabilidad patrimonial y juicio de cuentas, sin perjuicio de ir incorporando el control posterior y la técnica de la auditoría.

Con diverso alcance, las constituciones provinciales fijan la composición de estos organismos, el vínculo con las legislaturas y establecen las competencias, sin perjuicio de las leyes orgánicas dictadas en cada caso.

Algunos de ellos cuentan con facultades de control preventivo, concomitante y posterior (p.ej., Catamarca, Córdoba, Entre Ríos, Formosa, Jujuy, La Pampa, La Rioja, Santa Cruz, Santiago del Estero, Tierra del Fuego, Tucumán) y otros sólo posterior (Buenos Aires, Mendo-

za, Santa Fe, San Luis, San Juan, Neuquén, Misiones, Chaco, Chubut)<sup>27</sup>.

Estos organismos tiene una especial relevancia en el ejercicio de las facultades que suelen denominarse "jurisdiccionales" (ver al respecto lo dicho en el cap. II); algunos de ellos instan ambos procedimientos administrativos (responsabilidad y de cuentas; p.ej., Chaco, Chubut, Catamarca, La Pampa, La Rioja, Santa Fe) y otros el juicio de cuentas (Mendoza, Formosa, Entre Ríos, Corrientes, San Juan).

Recuérdese que el procedimiento administrativo de responsabilidad tiene por objeto investigar y, en su caso, determinar la responsabilidad de esa naturaleza, que surge del daño producido al patrimonio estatal, por la acción u omisión de un agente público en el ejercicio de sus funciones. La figura del "perjuicio fiscal" constituye el eje de esta responsabilidad.

A su vez, tienen el examen de las rendiciones de cuentas -o estados contables- de quienes recaudan, intervienen, administran, custodian, manejan o utilizan bienes, caudales o efectos públicos. Determinan las responsabilidades contables de quienes producen un menoscabo en ellos, incluyendo a quienes perciben subvenciones o ayudas con cargo a rendir y que no son funcionarios públicos.

Aún continúa debatiéndose si la estructura de los tribunales de cuentas y sus competencias son adecuadas para controlar la gestión en estas épocas, cuestionamientos que tienen sustento en la necesidad de mejorar la vida de la sociedad.

Ingresa en este tema varias cuestiones, algunas de las cuales analizamos en el cap. II, entre ellas: la in-

<sup>27</sup> Terraf, *El control externo en la Argentina*, en Fortini - Ivanega (coords.), "Mecanismos de control interno e sua matriz constitucional", p. 239 a 254.

dependencia y objetividad de los que controlan, sortear las vallas del formalismo, introducirse en un control que atienda a verificar la eficiencia y la eficacia, etcétera.

En tal sentido, el problema no parece ser la figura de esos tribunales, sino su posicionamiento frente a una Administración que debe avanzar y actualizarse de la mano de los requerimientos sociales y los derechos de las personas.

Por eso, la revisión de los esquemas tradicionales debe apuntar a mejorar sus composiciones, reconociendo que el control es interdisciplinario desde el vértice hasta las bases de su estructura, y a dotarlos de facultades para controlar la gestión de las autoridades cuando estén involucrados actos y contratos, trascendentes desde el punto de vista presupuestario, económico y social.

En definitiva, se debe reconocer que controlar al poder no es apoderarse de éste, sino prevenir, evaluar, sancionar e incluso, según el caso, responsabilizar, pero contribuyendo a mejorar la gestión y la toma de decisiones. Independencia, ética e idoneidad vuelven a presentarse como requisitos que permiten afianzar un control eficiente y eficaz también en las provincias.

Respecto de los procedimientos administrativos de responsabilidad y de cuentas, reconocemos que tienen mayores ventajas que el aplicado en el ámbito nacional (ley 24.156). Aunque es justo admitir que en la Nación, a la fecha de la sanción de la ley, no existían resultados positivos contundentes sobre la efectividad de los mecanismos vigentes para obtener el reintegro de los perjuicios fiscales ocasionados al patrimonio público.

c) *LA AUDITORÍA GENERAL DE LA NACIÓN*. La figura de la AGN, en el ámbito del Poder Legislativo, deviene del

principio de división de poderes, que lleva ínsito la concepción del control recíproco entre ellos. De esta forma, y a fin de contrapesar el actuar del Poder Ejecutivo, el Legislativo ejerce un control sobre su actividad administrativa.

Se está frente a un tipo de control "técnico-funcional" a cargo del Congreso nacional<sup>28</sup>.

Si bien en la práctica no siempre se verifican los rasgos positivos de este vínculo con el Legislativo, es indudable, como indicamos, que la información que produce la AGN a partir de sus funciones de control resulta esencial para que aquel Poder pueda cumplir con sus cometidos constitucionales.

La intervención de este órgano, a los efectos de la acción de control del Congreso, es obligatoria e indelegable en la materia asignada y no vinculante.

La reforma constitucional de 1994 reafirmó los modernos criterios de control de gestión establecidos en la ley 24.156 y confirmó su autarquía. El art. 85 de la Const. nacional expresa que "el control externo del sector público nacional en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos, será una atribución propia del Poder Legislativo.

*El examen y la opinión del Poder Legislativo sobre el desempeño y situación general de la administración pública estarán sustentados en los dictámenes de la Auditoría General de la Nación.*

*Este organismo de asistencia técnica del Congreso, con autonomía funcional, se integrará del modo que establezca la ley que reglamenta su creación y funcionamiento, que deberá ser aprobada por mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara. El presidente del organismo será designado a propuesta del partido políti-*

<sup>28</sup> Barra, *Tratado de derecho administrativo*, t. 4, p. 701 a 704.

*co de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso.*

*Tendrá a su cargo el control de legalidad, gestión y auditoría de toda la actividad de la administración pública centralizada y descentralizada, cualquiera fuera su modalidad de organización, y las demás funciones que la ley le otorgue. Intervendrá necesariamente en el trámite de aprobación o rechazo de las cuentas de percepción e inversión de los fondos públicos".*

Uno de los aspectos que generó dudas interpretativas es el vinculado a la ley reglamentaria de tal artículo, dado que la ley 24.156, que rige desde enero de 1993, no fue derogada ni modificada luego de 1994 y aún mantiene su vigencia.

En este aspecto, coincidimos en que la AGN ha sido "nuevamente creada" por la Constitución nacional. Su existencia "preconstitucional" queda transformada a partir del art. 85, tratándose de una sola institución a quien el constituyente le dio una categoría especial, confirmando y tornando al tít. VII, cap. I, de la ley 24.156 en reglamentario de la disposición constitucional. Sin perjuicio de ello, se trata de una regulación provisional hasta tanto se cumpla con aquel mandato<sup>29</sup>.

Se trata de una entidad con personería jurídica propia, con independencia financiera. De acuerdo con las normas constitucionales, goza de una autonomía funcional que no puede presuponer subordinación; por ello, la dependencia aludida en la ley, cabe entenderla como la ubicación que tiene la jurisdicción de ese Poder.

<sup>29</sup> Barra indica que la regulación provisoria no implica la aplicación sin más de la ley 24.156, ya que debe ser interpretada conforme al art. 85 de la Const. nacional. Si no es posible tal interpretación, por no permitirlo a comparación del texto de ambas normas, aquella ley se encontrará viciada por inconstitucionalidad sobreviniente (*Tratado de derecho administrativo*, t. 4, p. 723 y 724).

Si bien, según expusimos en los primeros capítulos, la independencia absoluta no existe, el funcionamiento interno en cuanto al dictado de normas en el ámbito de su competencia y la fijación y aprobación de su programa de acción anual, le corresponden en forma plena a partir del aludido art. 85. Por esta razón, las atribuciones asignadas por la ley 24.156 a las Comisiones Parlamentarias Mixta Revisora de Cuentas y de Presupuesto y Hacienda han quedado superadas y desplazadas por la disposición constitucional<sup>30</sup>.

d) *EL COLEGIO DE AUDITORES. CONFORMACIÓN POLÍTICA.* Insistimos en que su conducción está en cabeza de un órgano colegiado: el Colegio de Auditores Generales. Tal conformación trae las dificultades que apareja compatibilizar la Constitución nacional y la ley 24.156, con base en el equilibrio político-democrático.

El art. 85 prevé que el presidente de la AGN es designado a propuesta del partido político de la oposición con mayor número de legisladores en el Congreso.

La ley 24.156 contempla que el organismo estará a cargo de siete miembros, nombrados cada uno como auditor general, correspondiendo tres a la Cámara de Senadores y tres a la Cámara de Diputados, según la composición de cada Cámara. "El séptimo auditor general será designado por resolución conjunta de los presidentes de las Cámaras de Senadores y de Diputados y será el presidente del ente" (art. 123).

La conformación política de las Cámaras puede crear situaciones paradójicas, pues siguiendo la práctica desde la creación de la Auditoría, cada Cámara elige dos auditores por la mayoría o primera minoría y uno por-

<sup>30</sup> Ver Ivanega, *Mecanismos de control y argumentaciones de responsabilidad*, cap. III; Barra, *Tratado de derecho administrativo*, t. 4, p. 726.

la minoría siguiente. De tal suerte, entonces, que el partido con mayoría de auditores generales puede coincidir con el partido político del Ejecutivo, o por el contrario, ser el opositor, según la conformación del Legislativo.

Sin embargo, se interpreta a partir de la reforma constitucional, que no es un organismo unipersonal, atento a la jerarquía constitucional de la figura órgano-presidente, con lo cual los problemas funcionales que acarrea la pluralidad de miembros estarían superados<sup>31</sup>.

Más allá de considerar los aspectos negativos que plantea la conformación de la AGN a partir de la interpretación de la ley, creemos que la Constitución nacional sólo ha fijado pautas concretas de elección del presidente —especificando un aspecto no previsto en la norma legal que sólo imponía la elección por los presidentes de ambas Cámaras sin exigir otro condicionamiento o filiación política—. Pero de ninguna manera se ha modificado el carácter colegiado del organismo.

Será, en última instancia, el propio legislador en uso de sus facultades constitucionales, el que deberá prever una solución acorde con el actual Estado de derecho, descomprimiendo la politización directa y desaprensiva sobre este órgano de control externo.

Es cierto que la idoneidad moral y técnica constituye un reaseguro contra ese tipo de presiones, y que resulta loable desde el punto de vista democrático la participación de la oposición en la conducción del organismo, pero ello no los libera de los condicionamientos propios de la política.

En tal sentido, repárese que la ley establece que, por sorteo, los auditores generales pueden durar en sus cargos cuatro u ocho años, incluyendo al presidente.

<sup>31</sup> Barra, *Tratado de derecho administrativo*, t. 4, p. 729 a 732.

Tal previsión parece considerar la inalterabilidad de la composición partidaria en las Cámaras y que, durante esos lapsos, mayorías y minorías se mantienen invariables. De ahí, entonces, que se haya postulado que los cambios producidos en el Poder Legislativo necesariamente afectan la permanencia de los auditores generales; incluso el presidente goza de estabilidad hasta tanto se den las condiciones fijadas en la Constitución.

Dos antecedentes judiciales merecen mencionarse, como manifestación de los límites de los poderes estatales, en el sentido de que el control judicial no reconoce valla frente a estas cuestiones, cuando se encuentran en juego los principios y valores constitucionales. Al margen de la decisión final, lo relevante radica en que la atribución para designar auditores generales no configura un acto de gobierno o cuestión política no justiciable si existe un apartamiento de la jurisdicción.

El primero de los casos es el que se suscitó por la designación de dos auditores generales en noviembre de 2015. La jueza a cargo del Juzgado Federal en lo Contencioso Administrativo n° 12 dispuso, como medida cautelar interina, la suspensión de los efectos de la resolución de la Cámara de Diputados de la Nación del día 4 de noviembre de ese año, en la cual fueron designados dos auditores en la AGN. La presentación judicial se basó en la falta de cumplimiento del reglamento en la citada sesión, ya que debía contarse con una mayoría calificada para que pudiera realizarse la designación, cumplir con los plazos legales y reglamentarios, y con el dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Senado de la Nación, que debía servir para la interpretación de los mandatos de los auditores. En virtud de la medida dictada, ni la AGN ni sus autoridades podían ser intimadas para que se tome el juramento a los nombrados, hasta tanto decidiera sobre la procedencia de la medida cautelar solicita-

da<sup>32</sup>. A mayo de 2016 se encuentra cuestionada judicialmente la designación del presidente del organismo.

Otro precedente se vincula con la acción declarativa de inconstitucionalidad promovida contra la resolución de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires, por la cual se designaron nuevos miembros de la Auditoría General de la Ciudad, cuestionándose que no se había respetado el régimen de mayorías y de proporcionalidad fijado en el art. 136 de la Constitución local<sup>33</sup>.

El Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad, en sentencia de marzo de 2013, rechazó la acción (por tres votos contra dos), destacándose del voto del doctor Lozano el criterio de que asistía razón a los actores "en que las reglas que aplicó la Legislatura los privaron de representación a pesar de que el Bloque Proyecto Sur o la unión de ese bloque con el Bloque MST en el Movimiento Proyecto Sur reunían un número de legisladores que podrían haber quedado representados con un sacrificio de los que resultaron de la alianza de los bloques Encuentro Popular para la Victoria, Frente Progresista y Popular, Peronista, Nuevo Encuentro y Solidaridad e Igualdad; pero esa posible sobrerrepresentación obedece a estándares aplicados en el 2007 que no fueron cuestionados en el lugar apropiado"<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> "Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires c/Honorable Cámara de Diputados de la Nación s/amparo ley 16.986".

<sup>33</sup> La causa había sido impulsada por quienes fueron candidatos a auditores por Proyecto Sur y el MST, que consideraban que en el acuerdo legislativo no se había respetado la proporcionalidad de las fuerzas políticas, permitiendo que uno de los interbloques obtuviera un auditor más del que le hubiera correspondido e impidiendo a Proyecto Sur ocupar un lugar en el órgano de control.

<sup>34</sup> TS CABA, 19/3/13, "Sanseverino, Pablo, y otro c/Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad". En el voto de mayoría, compuesta por el presidente del máximo tribunal porteño, Luis Lozano, la jueza Alicia Ruiz y el camarista del fuero Penal, Contravencional y de Faltas Pablo A. Bacigalupo (quien en

Es evidente el juego político que rodea la designación de las máximas autoridades; circunstancia que debilita el rol constitucional que le fue asignado a la AGN. El ejercicio del control, "usado" como un instrumento de presión, desvirtúa y echa en saco roto los objetivos perseguidos con la inserción de ese organismo en el ámbito del Poder Legislativo. La pretendida independencia que enfatizamos en el cap. II queda suprimida y reemplazada por la lucha política.

En cuanto a las atribuciones y deberes de los auditores generales –reunidos en Colegio– el art. 125 enumera: 1) proponer el programa de acción anual y el proyecto de presupuesto de la entidad y las modificaciones a la estructura orgánica a las normas básicas internas, a la distribución de funciones y a las reglas básicas de funcionamiento con arreglo al art. 116; 2) dictar las restantes normas básicas, normas internas, atribuir facultades y responsabilidades, y la delegación de autoridad; 3) licitar, adjudicar, adquirir suministros, contratar servicios profesionales, y disponer respecto de los bienes muebles e inmuebles necesarios para el funcionamiento de la entidad, aceptando donaciones con

esta oportunidad integró el TSJ para evitar empates), afirmaron que el bloque Proyecto Sur y el bloque Movimiento de los Trabajadores Socialistas en Proyecto Sur no se presentaron en condiciones tales que la Legislatura debiera considerarlos un "interbloqueo". Los magistrados coincidieron en sostener que es la Legislatura el órgano al que la Constitución le manda interpretar en primer término el texto del mencionado art. 136. También, que si bien la Legislatura no ha fijado reglas escritas sobre el particular, debe tomarse en cuenta la conducta que ha adoptado al respecto en las últimas designaciones de miembros de la Auditoría. No se plantearon discrepancias al resaltar que en el año 2007 los auditores fueron elegidos por el sistema de interbloques parlamentarios, interpretación que no recibió cuestionamientos de parte de ninguna fuerza política y, finalmente, concordaron en que esa interpretación no resultaba contraria ni a la doctrina que tiene sentada el Tribunal, ni al texto del art. 136 de la Const. de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

o sin cargo; 4) designar el personal y atender sus cuestiones con arreglo a las normas internas en la materia, en especial cuidando de que exista una equilibrada composición interdisciplinaria, que permita la realización de auditorías y evaluaciones integradas de la gestión pública, y 5) resolver todo asunto concerniente al régimen administrativo de la entidad.

e) *COMPETENCIA*. Es materia de su competencia el control externo posterior de la gestión presupuestaria, económica, financiera, patrimonial, legal y de gestión, así como el dictamen sobre los estados contables financieros de la administración central, organismos descentralizados, empresas y sociedades del Estado, entes reguladores de servicios públicos, y los entes privados adjudicatarios de procesos de privatización, en cuanto a las obligaciones emergentes de los respectivos contratos (art. 117). Su control abarca a todo el sector público nacional (art. 8°).

Carece de facultades jurisdiccionales para deslindar las responsabilidades de los funcionarios públicos y de atribuciones para aplicar multas y formular observaciones con carácter suspensivo. El carácter o índole de la actividad desarrollada por el organismo es esencialmente administrativa –técnica– y consultiva, de lo cual deriva que la ley ha pretendido privilegiar la función fiscalizadora por sobre la tradicional asignación de facultades jurisdiccionales<sup>35</sup>.

Su competencia normativa se vincula con la formulación de los criterios de control y auditoría externa a aplicar<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> Mertehtikian, *Algunas consideraciones acerca del control parlamentario del sector público nacional*, en Cassagne (dir.), "Derecho administrativo. Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff".

<sup>36</sup> En virtud de ello dictó normas fijando procedimientos y técnicas de auditoría..

El art. 118 de la ley enumera las funciones a su cargo<sup>37</sup>. Respecto de las previstas en el inc. *j*, cabe indicar que solamente le corresponde verificar la presentación de las declaraciones juradas patrimoniales de los funcionarios, en el marco del control posterior que ejerce.

Mediante la ley 26.599 se incorporó el inc. *k*, que le otorga facultades para "fiscalizar el efectivo cumplimiento de los cargos que se imponga al beneficiario de un bien inmueble de la propiedad del Estado nacional transferido a título gratuito por ley dictado en virtud del art. 75 inc. 5 de la Const. nacional".

El Congreso de la Nación puede ampliar su competencia a las entidades públicas no estatales o a las de derecho privado, en cuya dirección y administración tenga responsabilidad el Estado nacional. También a aquellas en las que éste se hubiese asociado, incluso a aquellas a las que se les hubiesen otorgado aportes o subsidios para su instalación o funcionamiento y, en general, a todo ente que perciba, gaste o administre fondos públicos en virtud de una norma legal o con una finalidad pública (art. 120).

Conforme al art. 119, para el desempeño de sus funciones puede:

1) Realizar todo acto, contrato u operación que se relacione con su competencia, lo cual es derivación lógica de su carácter autárquico (cabe incluir los actos, contratos u operaciones necesarios para el ejercicio de control externo a su cargo).

2) Exigir la colaboración de las entidades del sector público, las que se encuentran obligadas a suministrar los datos, documentos, antecedentes e informes

<sup>37</sup> Ivanega, *Mecanismos de control y argumentaciones de responsabilidad*, cap. III.

relacionados con el ejercicio de sus funciones. Sobre este aspecto, cabe recordar el caso "Morales", en el que el actor, legislador nacional en tal carácter y como ciudadano, promovió acción de amparo para que se ordene a la SIGEN y en forma subsidiaria al PEN que cese la violación al derecho de acceso a la información y ponga a disposición de la ciudadanía, a través de su plataforma digital oficial, todos los informes producidos y aprobados por ese organismo con anterioridad a 2010 y todos los informes aprobados y a aprobarse con posterioridad a ese año -conforme lo venía haciendo hasta fines de 2009-. En realidad, surge del decisorio que la pretensión de la actora tenía resguardo en la petición que ya había formulado la AGN a la SIGEN en similar sentido; a partir de ahí, y con fundamento en el decr. 1172/03 (Anexo VII, Reglamento General de Acceso a la Información Pública para el Poder Ejecutivo Nacional), hizo lugar a la acción intentada<sup>38</sup>.

3) Promover las investigaciones de contenido patrimonial en los casos que corresponda, comunicando sus conclusiones a la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas (desconocemos si este inciso ha sido aplicado y cómo).

4) Formular los criterios de control y auditoría y establecer las normas de auditoría externa. Los criterios y normas deben atender a un modelo de control y auditoría externa que abarque los aspectos financieros, de legalidad y de económica, de eficiencia y eficacia.

5) Presentar la memoria de su actuación a la Comisión Parlamentaria Mixta antes del 1° de mayo de cada año.

<sup>38</sup> CNContAdmFed, Sala II, 14/9/10, "Morales Gerardo R., c/EN -SIGEN- decr. amparo ley 16.986".

6) Publicitar todo el material del inciso anterior con excepción de aquel que, por decisión de la Comisión Parlamentaria, deba permanecer reservado.

El control de la gestión de los funcionarios mencionados en el art. 53 de la Const. nacional es global y ejercido, exclusivamente, por las Cámaras del Congreso de la Nación.

Se encuentran excluidos el presidente, vicepresidente, jefe de Gabinete de Ministros, ministros del Poder Ejecutivo, secretarios de la Presidencia.

Sí queda a su cargo el control externo posterior del Congreso de la Nación.

Respecto del Poder Judicial de la Nación, la ley establece que la Corte Suprema de Justicia de la Nación dispondrá la modalidad y alcances de la puesta en práctica del sistema instituido, pudiendo acordar la intervención de la AGN a los fines del control externo posterior.

De acuerdo con la modificación producida por la ley 26.855, la Corte "dispondrá sobre la modalidad y alcances de la puesta en práctica del sistema instituido en esta ley con relación al Poder Judicial de la Nación, debiendo velar por el respeto de los principios de transparencia en la gestión y uso eficiente de los recursos. A los efectos del control externo posterior se ajustará al art. 85 de la Const. nacional. Todo ello de conformidad con lo establecido en el art. 1° de la ley 24.937 y sus modificatorias".

La ley 25.615, modificatoria de la ley 19.032, expresamente estableció que la auditoría externa del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados queda a cargo de la Auditoría General de la Nación.

Respecto de los concesionarios y licenciarios de servicios públicos, nos remitimos a lo analizado en otra

oportunidad<sup>39</sup>, acerca de la importancia del control de gestión que ejerce sobre ellos.

Remite sus dictámenes a la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas, al ministro del área y al órgano o ente auditado. A partir de la res. 62/00 de la presidencia de la AGN, son también enviados al jefe de Gabinete de Ministros.

Ha significado un avance en la publicidad del control, la convocatoria a sesiones públicas del Colegio de Auditores, las que pueden ser presenciadas por los particulares que tengan interés en conocer los temas que se considerarán. Para ello, deben inscribirse previamente con la sola limitación del espacio físico. El temario de las sesiones es publicado en la página web oficial del organismo con cuarenta y ocho horas de anticipación.

En el año 2014, institucionalizó el proceso de "planificación participativa". Éste es un mecanismo de consulta ciudadana, a través del cual la AGN incorpora las propuestas de la sociedad civil a su planificación anual de auditorías. Esto en el entendido de que las políticas públicas deben estar orientadas a asegurar los derechos de los ciudadanos y que, por lo tanto, éstos pueden enriquecer la tarea de control.

Es importante destacar que la función de la AGN ha tenido una especial relevancia en diversas áreas. Sus informes incluso han trascendido, tanto por la materia auditada como por las observaciones formuladas; entre ellos, los de gestión de Aerolíneas Argentinas y Austral Líneas Aéreas Cielos del Sur, durante enero de 2011 y junio de 2012 (res. 187/14); la evaluación de prestaciones brindadas por el PAMI, en el marco del

<sup>39</sup> Ivanega, *Mecanismos de control y argumentaciones de responsabilidad*, cap. III.

programa social "Promoción del Bienestar de los Mayores" en el período comprendido entre 2011 y julio de 2012 (res. 96/14); los subsidios del Sistema Integrado de Transporte Automotor (SISTAU) para el período 2010-2011 (res. 5/14); control sobre prensa y difusión de los actos de gobierno en el ámbito de la Secretaría de Medios de Comunicación (res. 6/13); informe de 2015 sobre el control de los fondos correspondientes al programa Fútbol para Todos, cuya versión preliminar fue requerida por la justicia federal en el marco de una investigación por el manejo de fondos de dicho programa.

§ 20. **CARACTERÍSTICAS DE LOS TRABAJOS DE AUDITORÍA.**  
**LAS RECOMENDACIONES. LA RESOLUCIÓN**  
**26/16 DE LA SIGEN**

Hemos de sintetizar las particularidades de la auditoría, que son comunes a los sistemas de control interno y externo.

Tal como expusimos en el cap. II, se trata de un control posterior, realizado por grupos de trabajo multidisciplinarios, sujeto a normas específicas.

Acerca de la naturaleza jurídica de los informes de auditoría, entendemos que tiene carácter de dictamen, en la medida que traducen una valoración, comparación y suponen un juicio u opinión basado en las normas aplicables al tipo de control<sup>40</sup>.

Ahora bien, ¿qué sucede cuando el auditado disiente con el contenido del informe de auditoría y evalúa que no se ajusta a los hechos y las normas? ¿Podría impugnar el informe? El carácter de informe impide su cuestionamiento administrativo y judicial.

<sup>40</sup> Ivanega, *Los actos emanados de los organismos de control y la afectación a terceros*, RAP, 2009, p. 803 a 811.

En tal sentido, en un caso, al dirimir acerca de un informe de control que contenía observaciones que demostraban irregularidades en la creación y en la gestión de una universidad nacional, se analizó el carácter de estos informes y se expresó que las recomendaciones no poseían ejecutoriedad propia. Por ende, el informe de auditoría no era un acto administrativo definitivo sujeto a revisión judicial, sino que sólo posee un carácter técnico. Bajo esta perspectiva, entendió que dicho informe podía servir de soporte para que el Poder Legislativo efectuara los controles posteriores que estimara pertinentes. Por lo tanto, carecía de fuerza vinculante; era meramente técnico<sup>41</sup>.

a) El auditor no aplica sanciones, ni sustancia procedimientos de deslinde de responsabilidad. Si en el marco del control realizado se detectan irregularidades, acorde con su entidad deberá informarlas conforme a las normas técnicas que aplique cada organismo de control.

b) La modalidad de trabajo es que el auditor va "hacia el auditado", busca la información, se constituye en el organismo a controlar. Existe una interacción entre controlante y controlado, mayor que en el caso del control previo.

c) Debe determinarse en forma precisa el objeto de la auditoría. Ello es fundamental, en la medida que las conclusiones a que se arribará sólo estarán relacionadas con el objeto controlado. Cuanto más preciso sea el objeto de control, más claros resultarán los resultados y el informe de auditoría.

d) En el control que practican se aplica el procedimiento del *muestreo*, dada la imposibilidad de realizar

<sup>41</sup> CFed Córdoba, 4ª circunscripción, 2004, "Universidad Nacional de La Rioja c/Auditoría General de la Nación".

un control exhaustivo sobre toda la actividad económica, financiera, jurídica, etc. de los entes y organismos que caen bajo su competencia. No obstante ello, ese muestreo debe resultar lo suficientemente significativo para que, a través de él, el auditor pueda formarse un juicio sobre la calidad y regularidad de las operaciones.

e) Los procedimientos de auditoría implican una modalidad particular, pues además de la recopilación y relevamiento de antecedentes normativos, solicitud de información y documentos, se llevan a cabo entrevistas con integrantes del organismo auditado y verificaciones *in situ*, mecanismo que permite interiorizarse del funcionamiento de la dependencia, los problemas administrativos que presenta, y si está organizada conforme a los reglamentos.

f) El trabajo del auditor concluye con un informe, que debe ser comunicado al auditado y a las autoridades que indique la legislación. En efecto, recuérdese que la auditoría no es un control represivo, a través de ella no se persigue imponer sanción alguna, es una técnica en la cual se aplican la ciencia y arte del profesional o profesionales actuantes.

g) El informe de auditoría se estructura conforme a las normas técnicas. Sin perjuicio de ello, podemos identificar que en general en su estructura figuran los capítulos de observaciones y comentarios, en los que se exponen las deficiencias, los desvíos detectados y su relevancia institucional y jurídica, y un ítem especial de recomendaciones. El auditor, al concluir su trabajo, relata hechos, procedimientos aplicados y determina las anomalías halladas, evalúa, opina, manifiesta su parecer acerca del cumplimiento legal, la adecuación de la gestión a las tres "E" –según corresponda por el tipo de auditoría–, la conformidad de los estados financieros a los principios de contabilidad generalmente

aceptados (según el tipo de auditoría que se practique) en el marco del objeto de la auditoría y del ámbito institucional en el cual se llevó a cabo. Aquél expresa en su informe qué vio, cómo lo analizó, qué irregularidades encontró y qué recomendación hacer. Este último aspecto, dentro de la estructura del informe, está expresado en las denominadas recomendaciones. Ellas, que han de relacionarse directamente con las observaciones y comentarios, indican las acciones que debe adoptar el auditado y las correcciones o modificaciones que debe llevar a cabo.

h) En consecuencia, las observaciones y recomendaciones no pueden consistir en "generalidades" que impidan al auditado conocer en forma certera si debe modificar o no un procedimiento, un sistema de registro, aumentar el personal, etcétera. Las recomendaciones, al ser consecuencia de un juicio de valor, deben ser concretas, relevantes, convincentes. Pierde sentido su elaboración si ellas traducen un simple formulismo lingüístico, repetitivo, que no transmite con certeza la necesidad de que el auditado las implemente. Su relevancia radica en que están dirigidas a indicar al controlado los mecanismos y medidas que deben adoptarse o corregirse; si esto no se expresa en forma comprensible, el objetivo del control –en el caso de la auditoría– fracasa, ya que el controlado no podrá modificar su acción.

En definitiva, el informe de auditoría se debe presentar en forma clara, precisa, simple, imparcial y autosuficiente.

Según la ISSAI 100 tienen que ser "fáciles de comprender, estar libres de vaguedades o ambigüedades y ser completos. Deben ser justos y objetivos, incluir solamente información que esté sustentada por evidencia de auditoría suficiente y apropiada, y garantizar que

los hallazgos se pongan en perspectiva y dentro de contexto. La forma y el contenido de un informe dependerán de la naturaleza de la auditoría, los usuarios previstos, las normas aplicables y los requerimientos legales. El mandato de la EFS y otras leyes o regulaciones relevantes pueden especificar el diseño o redacción de los informes, los cuales pueden realizarse de forma breve o extensa" (punto 51).

Estas breves líneas son suficientes para plantear la inquietud que genera la etapa posterior a la confección y la aprobación del informe, pues no existe norma legal que establezca la obligatoriedad, para los auditados, de las recomendaciones formuladas por los organismos de control, lo cual nos lleva a sostener que se trata de un dictamen obligatorio no vinculante.

Como sostuvimos, las recomendaciones constituyen una característica de la auditoría. El cuestionamiento, por lo tanto, debe ser llevado al centro de la relación controlante-controlado, y a la importancia que tiene el respeto por los informes derivados de entes técnicos en la materia.

Es cierto que la recomendación refiere más a un consejo, pero también lo es que en el ámbito público constituye el resultado del ejercicio de competencias legales y constitucionales por parte de aquéllos.

En tal sentido, el sistema de control instituido debe ser interpretado a la luz de sus objetivos, fines y principios constitucionales.

Por ello, la necesidad de fijar mecanismos para que las recomendaciones no resulten meras expresiones de deseo, lo que obliga a replantear en primer lugar el rol de los organismos de control. Bajo este enfoque, se supone (o debería suponerse) que la obligatoriedad pretendida ha de surgir de la relevancia que aquéllos deben tener como instrumentos fundamentales en el

desarrollo del actual Estado de derecho. Se trata de cumplir con las recomendaciones por el solo hecho de provenir de entes especializados, idóneos, independientes y objetivos. En definitiva, si se confiara en ellos y en el control que ejercen, no serían necesarias normas que instituyesen tal obligatoriedad.

Pero si ello no fuera posible, por cualquier motivo, entonces correspondería fijar una regulación acorde con lo que pretendemos.

Evidentemente, si circunstancias objetivas, operacionales, técnicas e incluso legales, obstan a su implementación, corresponderá que informen y justifiquen tales razones.

Normas dictadas por la AGN permiten que, una vez elaborado el informe de auditoría, previo a su aprobación por el Colegio de Auditores, se remita al auditado a efectos de que tome vista y opine sobre su contenido. Verificado tal extremo, la AGN podrá comprobar si la contestación del controlado merita modificar las observaciones y recomendaciones formuladas o, por el contrario, mantenerlas.

De esto se colige la necesidad de practicar un adecuado seguimiento de las recomendaciones, disponiendo nuevos controles cuyo objeto, justamente, verse sobre el cumplimiento de aquéllas a efectos de verificar los beneficios, inconvenientes, plazos y alcance de su implementación.

Un avance significativo en esta materia es el que se desprende de la res. 26/16, dictada por el síndico general de la Nación y mediante la cual fija un procedimiento respecto de las recomendaciones incluidas en los informes de auditoría.

Si bien se trata de un sistema con ciertas ambigüedades y una marcada discrecionalidad del síndico general, responde, en general, a los lineamientos a los que

nos referimos con anterioridad y perfecciona el régimen vigente hasta su dictado.

De dicha reglamentación interesa destacar las siguientes cuestiones.

a) Define a la recomendación como la comunicación formal efectuada por el síndico general, instando a la corrección de actos, hechos u omisión que impliquen incumplimiento normativo, el inadecuado funcionamiento del sistema de control interno o incorrecta aplicación de normas de auditoría o de los criterios de economía, eficacia y eficiencia.

b) Las recomendaciones son comunicadas a la máxima autoridad que corresponda para que en el término de quince días hábiles administrativo se expida en forma expresa y fundada respecto a las medidas que adoptara para corregirlas.

c) Si la SIGEN considera insuficiente las respuestas brindadas, requerirá información ampliatoria otorgando un plazo para su remisión, según el caso.

d) Si las medidas adoptadas por el auditado encauzaren razonablemente las recomendaciones formuladas, se dará por finalizado el trámite y se archivarán las actuaciones.

e) El síndico general, en caso de disconformidad o falta de puesta en práctica de las recomendaciones sobre temas relevantes, pondrá en conocimiento de ello al presidente de la Nación o jefe de Gabinete de Ministros.

#### § 21. LA CUENTA DE PERCEPCIÓN E INVERSIÓN

Se trata de un instrumento de control, cuya aprobación traduce el ejercicio de una función eminentemente administrativa a cargo del Poder Legislativo.

Partiendo de que el presupuesto es un instrumento jurídico, base para la inversión pública, la rendición de cuentas y la determinación de las responsabilidades, la cuenta de inversión es un documento administrativo, que refleja cómo se gastó, se recaudó, se emplearon los recursos, cómo se desarrolló toda la gestión del Ejecutivo<sup>42</sup>.

Por ende, a través de él, el jefe de Gabinete de Ministros presenta anualmente a consideración del Congreso los resultados de la gestión financiera de su gobierno, con el objeto de que se pueda comprobar que los recursos han sido gastados o invertidos en los programas en la forma aprobada en el presupuesto de egresos<sup>43</sup>.

Algunos autores la identifican con una suerte de rendición de cuentas<sup>44</sup>, mientras que otros consideran que no puede ser equiparable a ésta, pues la cuenta de inversión es de carácter informativo con efectos jurídicos limitados y la rendición de cuentas es, en cambio, la justificación detallada de la administración de recursos ajenos que define o extingue las obligaciones fijadas al constituirse la administración<sup>45</sup>.

Se considera que, por un lado, es un documento contable que es preparado y firmado por la Contaduría General de la Nación (CGN) y, por el otro, es un documento que vincula el Ejecutivo con el Legislativo. De

<sup>42</sup> Hutchinson, *El control de la Administración a través de la cuenta de inversión*, en Jornadas de Derecho Administrativo. Cuestiones de control de la Administración (administrativo, legislativo y judicial), Buenos Aires, mayo 2009.

<sup>43</sup> Hutchinson, *La cuenta de inversión y el control luego de la ley 24.156*, en "La cuenta de inversión", p. 93 y siguientes.

<sup>44</sup> Cassagne, *La cuenta de inversión*, en "La cuenta de inversión", p. 153 y siguientes.

<sup>45</sup> Pérez Colman, *Régimen normativo de la cuenta de inversión*, en "La cuenta de inversión", p. 115.

ahí se deriva, para cierta doctrina, su carácter de acto institucional o acto de gobierno<sup>46</sup>.

El art. 95 de la ley 24.156 establece el contenido de la cuenta de inversión:

a) Los estados de ejecución del presupuesto de la administración nacional, a la fecha de cierre del ejercicio.

b) Los estados que muestren los movimientos y situación del Tesoro de la administración central.

c) El estado actualizado de la deuda pública interna, externa, directa e indirecta.

d) Los estados contable-financieros de la administración central.

e) Un informe que presente la gestión financiera consolidada del sector público durante el ejercicio y muestre los respectivos resultados operativos económicos y financieros.

La cuenta de inversión contendrá además comentarios sobre:

a) El grado de cumplimiento de los objetivos y metas previstos en el presupuesto.

b) El comportamiento de los costos y de los indicadores de eficiencia de la producción pública.

c) La gestión financiera del sector público nacional.

Es por ello que, como bien se ha señalado<sup>47</sup>, al igual que el presupuesto, debe regirse por el principio de universalidad<sup>48</sup>; por eso su contenido, debate y despacho debe abarcar a toda la administración cumplida.

<sup>46</sup> Barra, *Tratado de derecho administrativo*, t. 4, p. 768 y 769.

<sup>47</sup> Perez Colman, *Régimen normativo de la cuenta de inversión*, en "La cuenta de inversión", p. 115 y siguientes.

<sup>48</sup> Este principio deriva del de unidad y exige que todos los ingresos y egresos figuren en el presupuesto de acuerdo con dos reglas: la

Contiene diversos tomos y separatas que incluyen temáticas tales como los principales cambios metodológicos y conceptuales que inciden en el desempeño de los componentes del Sistema de Administración Financiera durante el período que se expone en esta cuenta -lo que permite una mejor comprensión de los hechos-, información vinculada con la ejecución presupuestaria, el resultado de estado de recursos y gastos corrientes, el estado de situación del Tesoro de la Administración central, los estados contables de la Administración central, el ingreso por privatizaciones.

Esa es la información que llega a conocimiento del legislador y que le permite analizar, evaluar, controlar la gestión gubernamental.

La ley 25.152, en su art. 7º, fijó que remitida al Congreso nacional la cuenta del ejercicio anterior "y en forma previa al envío del proyecto de ley de presupuesto para el siguiente ejercicio fiscal, el jefe de Gabinete de Ministros y el ministro de Economía y Obras y Servicios Públicos concurrirán a una sesión conjunta de las comisiones de Presupuesto y Hacienda de las Honorables Cámaras de Diputados y Senadores, para presentar un informe global que contenga" determinada información vinculada sobre el cumplimiento de presupuesto, evaluación de calidad de gastos, etcétera. Esto ha llevado a que se considerara que desde esta ley, el legislador privilegió la calidad de antecedentes respecto del presupuesto por sobre el carácter de instrumento de control<sup>49</sup>.

no afectación -que prohíbe que determinados ingresos se destinen *a priori* a cubrir determinados gastos- y la regla del presupuesto bruto -según la cual ingresos y gastos deben figurar en forma expresa sin compensaciones- (Ivanega, *Principios de la Administración pública*, cap. VII).

<sup>49</sup> Art. 7º, ley 25.152. Una vez remitida al Honorable Congreso de la Nación la cuenta de inversión del ejercicio anterior y en forma

Luego del informe ministerial o contemporáneamente, la comisión debe enviar la cuenta a la AGN a los fines de su intervención, conforme al art. 85 de la Const. nacional<sup>50</sup>.

La intervención de la Auditoría General de la Nación en la aprobación o rechazo de las cuentas de percepción e inversión de fondos públicos es esencial, dado que aquella refleja toda la gestión pública, desde la recaudación de recursos, previstos presupuestariamente, hasta el gasto público producido durante un ejercicio.

Al constituir la aprobación o rechazo de la cuenta de inversión un verdadero acto de control, ha sido ob-

previa al envío del proyecto de ley de presupuesto para el siguiente ejercicio fiscal, el jefe de Gabinete de Ministros y el ministro de Economía y Obras y Servicios Públicos concurrirán a una sesión conjunta de las comisiones de Presupuesto y Hacienda de las Honorables Cámaras de Diputados y Senadores, para presentar un informe global que contenga: a) La evaluación de cumplimiento del presupuesto del ejercicio anterior, comparado con el presupuesto aprobado por el Congreso de la Nación y la ejecución informada en la cuenta de inversión, explicando las diferencias ocurridas en materia de ingresos, gastos y resultado financiero. b) La estimación de la ejecución del presupuesto para el año en curso, comparándolo con el presupuesto aprobado por el Congreso de la Nación, y explicando las diferencias que estime ocurran en materia de ingresos, gastos y resultado financiero. c) Las medidas instrumentadas o a instrumentarse para compensar los eventuales desvíos que se hayan producido o se prevean en la ejecución respecto de lo establecido en el art. 2º, incs. b, c, d y f de la presente ley. d) La evolución del Programa de Evaluación de Calidad del Gasto. Los temas referidos en el inc. b precedente y los vinculados a la aplicación de los recursos del Fondo al que se refiere el art. 9º serán además informados al Congreso de la Nación por el jefe de Gabinete cada tres meses. El referido al comienzo de este inciso será informado con periodicidad semestral. e) La Secretaría de Hacienda tomará la intervención que le compete en cuanto a suministrar la información correspondiente, según lo dispuesto por la ley 24.156, de administración financiera.

<sup>50</sup> Barra, *Tratado de derecho administrativo*, t. 4, p. 780 a 782.

jeto de crítica la inactividad del Congreso nacional, al demorar su tratamiento y acumular sin aprobar o rechazar las cuentas correspondientes a varios ejercicios financieros<sup>51</sup>.

La ley 24.156 no fija plazo para que el Congreso se expida, y el art. 82 de la Const. nacional no permite la sanción tácita<sup>52</sup>.

Decíamos que cierta doctrina configura a la aprobación o rechazo de la cuenta de inversión como un acto de control, no como una ley. De ahí que no puede estar sujeta al veto del Poder Ejecutivo, pues ello resultaría contrario a la noción de control, dado que el controlado (el Ejecutivo) terminaría "teniendo la última palabra en un acto que no se integra con la voluntad o promulgación posterior". Aun cuando pudiera haberse concretado a través de una ley formal, su contenido material es íntegro y completamente administrativo y en ejercicio de una atribución de control exclusiva del Congreso nacional<sup>53</sup>.

En virtud de estos argumentos no resultaría aplicable el art. 82 de la Const. nacional, sino la figura del silencio administrativo prevista en la ley de procedimiento administrativo 19.549<sup>54</sup>.

<sup>51</sup> Hutchinson, *El control de la Administración a través de la cuenta de inversión*, en Jornadas de Derecho Administrativo. Cuestiones de control de la Administración (administrativo, legislativo y judicial), Buenos Aires, may. 2009.

<sup>52</sup> Art. 82, Const. nacional: "*La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta*".

<sup>53</sup> Rejtman Farah, *El tratamiento de la cuenta de inversión: una obligación constitucional*, en "La cuenta de inversión", p. 63 y siguientes.

<sup>54</sup> La ley 19.549 reconoce esta figura en el art. 10, que atribuye efectos negativos al silencio de la Administración.

Sin embargo, según cómo se mire, esta expresión puede ser parcial, en la medida que el cumplimiento de esos principios resulta predicable de todo agente público, e incluso de los particulares que se vinculan con el Estado (v.gr., los contratistas).

Con esas perspectivas, un cúmulo de valores, reglas y exigencias se suman, entremezclan y superponen en códigos o estatutos, aplicables a todas las manifestaciones de la función pública. A partir de las convenciones y pactos internacionales de derechos humanos y de la lucha contra la corrupción, ya no existe posibilidad de argumentar carencia de sustento jurídico alguno para exigir conductas adecuadas a los principios constitucionales.

Pero para no caer en un pesimismo retórico, es importante rescatar el valor particular que debe otorgarse al rol del abogado del Estado, en cumplimiento de la transparencia y la ética pública.

La abogacía pública, si bien tiene variadas manifestaciones, que dependerán de las competencias, el tipo de organización y la estructura funcional, se divide –incluso por sus antecedentes históricos– en dos grandes ramas: el asesoramiento y la defensa en juicio de los intereses estatales.

Es cierto que un enfoque amplio de “abogado del Estado” (provincias, CABA, municipios) permite incluir a todo profesional en derecho que se desempeñe en la organización estatal, sin interesar el nivel jerárquico, ni su ubicación en la estructura; pero esa noción ha sido reservada para determinados agentes con funciones específicas como las antes indicadas.

Ahora bien, en atención a los objetivos de estos párrafos, creemos que el desafío de la abogacía pública consiste en retomar cierta mística que tenía, y perdió; pérdida que ha sido producto de variadas causas, entre

ellas, la desarticulación de la carrera administrativa para la ocupación de los cargos en los órganos legales.

Por lo pronto, dos aspectos relacionados entre sí son fundamentales para retomar su impronta: 1) el reconocimiento interno de la importancia que tiene la actividad que desarrolla el abogado del Estado, y 2) la consideración del rol que cumple en la gestión pública, como una herramienta esencial de transparencia pública.

El primero es la suma de diferentes condicionamientos, siendo los elementales el respeto de la citada carrera administrativa y la capacitación, ambos como derecho y deber.

Estos requisitos son, a nuestro criterio, un reto que debe enfrentar la propia organización y aquellos que tienen a su cargo la adopción de las políticas públicas.

Respecto del segundo punto, cabe recordar que la transparencia refleja el valor de la verdad y, por ello, frente al despilfarro y al nepotismo, debe ser exigible tanto a los funcionarios públicos como a los individuos que desde el ámbito privado interactúan con ellos. Por ende, ha de ser impuesto en la determinación de las políticas públicas, en la gestión y en el control, éste en todas sus versiones<sup>1</sup>.

En ese contexto, reafirmamos que el control que se manifiesta a través de las funciones del abogado del Estado es un instrumento que coadyuva a la transparencia pública, siempre que aquél cuente con la idoneidad, independencia y neutralidad necesarias para ejercer su cometido.

Frente al avance de la corrupción y sus efectos, reflejados en los diversos procedimientos administrativos,

<sup>1</sup> Ivanega, *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*, cap. II.

El despacho debería efectuarse unificando todos los controles parlamentarios y efectivizarse dentro del ejercicio en que es presentada y antes del tratamiento del presupuesto del ejercicio siguiente<sup>55</sup>.

La cuenta de inversión crece en importancia por las facultades que el Congreso confiere al Poder Ejecutivo nacional en forma reiterada, en particular respecto a la reasignación de las partidas presupuestarias puesta en cabeza del jefe de Gabinete de Ministros. Estas facultades debilitan las funciones del Legislativo<sup>56</sup>.

Sin temor a equivocarnos, podemos señalar que la cuenta de inversión es una herramienta de gestión fundamental en manos del Poder Legislativo, pero que en los hechos se ha convertido en un instrumento inútil para evaluar la ejecución presupuestaria y la administración de los bienes públicos, apartándose de los objetivos impuestos por las normas constitucionales y legales.

<sup>55</sup> Pérez Colman, *Régimen normativo de la cuenta de inversión*, en "La cuenta de inversión", p. 115 y siguientes.

<sup>56</sup> Despouy, *El control de la cuenta de inversión. Papel de la AGN*, en "La cuenta de inversión", p. 197.

## CAPÍTULO IV

### OTRAS MANIFESTACIONES DEL CONTROL

#### § 22. LA ABOGACÍA PÚBLICA

La función que cumplen tanto los profesionales que integran el Cuerpo de Abogados del Estado, como los que forman parte de las Asesorías de Gobierno y Fiscalías de Estado en las provincias, se encuentra involucrada en los desafíos de nuestra época. No hacemos aquí distinción entre ellos, porque si bien las modalidades con que ejercen sus competencias pueden diferenciarse, en el centro de su actuación encontramos los mismos principios y objetivos.

Extendemos a todos las condiciones de independencia, objetividad y neutralidad, ya consideradas en los primeros capítulos, reafirmando que estos agentes públicos son un resorte esencial en el ordenamiento y eficacia de la gestión pública.

a) *DESAFÍOS EN EL SIGLO XXI*. Resumimos los retos a los que se enfrentan en una frase, poco original, pero no por eso despreciable: "en el ejercicio de sus funciones, el abogado del Estado debe cumplir con los principios del Estado constitucional de derecho".

Sin embargo, según cómo se mire, esta expresión puede ser parcial, en la medida que el cumplimiento de esos principios resulta predicable de todo agente público, e incluso de los particulares que se vinculan con el Estado (v.gr., los contratistas).

Con esas perspectivas, un cúmulo de valores, reglas y exigencias se suman, entremezclan y superponen en códigos o estatutos, aplicables a todas las manifestaciones de la función pública. A partir de las convenciones y pactos internacionales de derechos humanos y de la lucha contra la corrupción, ya no existe posibilidad de argumentar carencia de sustento jurídico alguno para exigir conductas adecuadas a los principios constitucionales.

Pero para no caer en un pesimismo retórico, es importante rescatar el valor particular que debe otorgarse al rol del abogado del Estado, en cumplimiento de la transparencia y la ética pública.

La abogacía pública, si bien tiene variadas manifestaciones, que dependerán de las competencias, el tipo de organización y la estructura funcional, se divide —incluso por sus antecedentes históricos— en dos grandes ramas: el asesoramiento y la defensa en juicio de los intereses estatales.

Es cierto que un enfoque amplio de “abogado del Estado” (provincias, CABA, municipios) permite incluir a todo profesional en derecho que se desempeñe en la organización estatal, sin interesar el nivel jerárquico, ni su ubicación en la estructura; pero esa noción ha sido reservada para determinados agentes con funciones específicas como las antes indicadas.

Ahora bien, en atención a los objetivos de estos párrafos, creemos que el desafío de la abogacía pública consiste en retomar cierta mística que tenía, y perdió; pérdida que ha sido producto de variadas causas, entre

ellas, la desarticulación de la carrera administrativa para la ocupación de los cargos en los órganos legales.

Por lo pronto, dos aspectos relacionados entre sí son fundamentales para retomar su impronta: 1) el reconocimiento interno de la importancia que tiene la actividad que desarrolla el abogado del Estado, y 2) la consideración del rol que cumple en la gestión pública, como una herramienta esencial de transparencia pública.

El primero es la suma de diferentes condicionamientos, siendo los elementales el respeto de la citada carrera administrativa y la capacitación, ambos como derecho y deber.

Estos requisitos son, a nuestro criterio, un reto que debe enfrentar la propia organización y aquellos que tienen a su cargo la adopción de las políticas públicas.

Respecto del segundo punto, cabe recordar que la transparencia refleja el valor de la verdad y, por ello, frente al despilfarro y al nepotismo, debe ser exigible tanto a los funcionarios públicos como a los individuos que desde el ámbito privado interactúen con ellos. Por ende, ha de ser impuesto en la determinación de las políticas públicas, en la gestión y en el control, éste en todas sus versiones<sup>1</sup>.

En ese contexto, reafirmamos que el control que se manifiesta a través de las funciones del abogado del Estado es un instrumento que coadyuva a la transparencia pública, siempre que aquél cuente con la idoneidad, independencia y neutralidad necesarias para ejercer su cometido.

Frente al avance de la corrupción y sus efectos, reflejados en los diversos procedimientos administrativos,

<sup>1</sup> Ivanega, *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*, cap. II.

la abogacía pública de asesoramiento se instituye como una garantía de objetividad e imparcialidad, mostrando a la autoridad pública el "deber ser jurídico" de la actuación a seguir.

Asimismo, el interés público en comunión con el respeto de los derechos humanos, la lealtad y la honradez, conforman el núcleo central de la transparencia en la defensa de los intereses del Estado nacional, provincial, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de los municipios, según el caso.

Los valores éticos están presentes en toda función pública y su exigibilidad, permite una mayor transparencia en la actuación.

Es cierto que en el caso de la abogacía pública esta exigencia tiene un cariz especial, por la confianza que se deposita en esos profesionales como garantía de la regularidad y la eficiencia de la gestión, pero no podemos desconocer lo indicado anteriormente: la propia sociedad está sometida a dicho mandato.

Cabe entonces retornar al criterio de que la ética no es un mero análisis lingüístico, ni puro empirismo psicológico o sociológico; "es ciencia teórica porque su objeto reside en la fundamentación teórica del orden práctico humano y supone, por ende, un conocimiento cierto y sistemático de la debida ordenación de los actos humanos; es práctica precisamente porque se refiere a algo que el hombre ha de realizar con arreglo a la razón y es normativa porque estudia las reglas que fijan lo debido para la acción de éste"<sup>2</sup>.

b) *VERDAD MATERIAL Y BUENA FE.* Dos manifestaciones concretas de la transparencia –sin descartar otras– son

<sup>2</sup> Comadira, *La regulación jurídica de la ética pública*, "Revista de Derecho Público", 2002-2-600.

los principios de verdad material y buena fe en el procedimiento administrativo.

El primero se vincula con la realidad de los hechos y sus circunstancias<sup>3</sup>; entendiéndose que, con independencia de lo que hayan aportado, la Administración siempre debe buscar la verdad sustancial como mecanismo para satisfacer el interés público (como señala Escola).

Se trata de la adecuación entre la idea que se tiene de un objeto y lo que ese objeto es en realidad, al contrario de la verdad formal que implica la adecuación entre la idea que se tiene de un objeto y lo que éste parece ser en la realidad<sup>4</sup>.

Por otra parte, la verdad material en su aplicación concreta supone la buena fe de la Administración y sus funcionarios, en todo el desarrollo del procedimiento administrativo.

Buena fe significa que el hombre cree y confía en que una determinada declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales; los mismos efectos que ordinaria y normalmente produjo en casos iguales. El juez, al dirimir una controversia, debe preguntarse qué significado hubiera asignado a la declaración una persona honorable y correcta<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> La ley 19.549 establece en su art. 1º, inc. f, apdo. 2, que "de ofrecer prueba y que ella se produzca, si fuere pertinente, dentro del plazo que la Administración fije en cada caso, atendiendo a la complejidad del asunto y a la índole de la que deba producirse, debiendo la Administración requerir y producir los informes y dictámenes necesarios para el esclarecimiento de los hechos y de la verdad jurídica objetiva; todo con el contralor de los interesados y sus profesionales, quienes podrán presentar alegatos y descargos una vez concluido el período probatorio".

<sup>4</sup> Escola, *Tratado general de procedimiento*, p. 126 y 127.

<sup>5</sup> Borda, *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. II, p. 130 y 131.

El art. 9º del Cód. Civil y Comercial establece que “los derechos deben ser ejercidos de buena fe”, y el art. 10 –al igual que el anterior art. 1071 del Cód. Civil– dice: “El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o al que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”. Y agrega que “el juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización”. Al referirse a la buena fe alude a un principio que informa y fundamenta todo el ordenamiento jurídico, que sirve a la tarea interpretativa cumpliendo una función integradora con las normas positivas. Es uno de los soportes centrales de todo el sistema normativo<sup>6</sup>.

Específicamente, implica el cumplimiento de las obligaciones pactadas y la valoración de la conducta que se espera de una persona normal que actúa con lealtad<sup>7</sup>.

Ahora bien, la persecución de la realidad implica, por parte de la Administración, actuar en forma coherente, correcta y con diligencia. Es decir, hacerlo con buena fe. La “verdad” en sí misma implica conformidad de lo que se dice con lo que se piensa o siente; por lo tanto, cuando de ella se predica lo “material”, lo “objetivo”, su búsqueda obliga a la Administración a hacer uso de todos los medios tendientes a obtenerla;

<sup>6</sup> Ver Cassagne, *El contrato administrativo*, p. 126.

<sup>7</sup> González Pérez, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, p. 46.

y ello con honradez, rectitud, sin conductas contradictorias.

Por ello, la buena fe es un presupuesto de la verdad material y de la transparencia.

A su vez, ellos se enraízan en la ética, máxime cuando se trata de la actuación de los abogados del Estado.

En consecuencia, los valores éticos comprometidos en la función de éstos no configuran reglas utópicas, pues se plasman en acciones concretas cuando se cumple con tales principios.

### § 23. ACTIVIDAD CONSULTIVA Y DE CONTROL.

#### EL DICTAMEN

Se entiende que la actividad consultiva, desde el punto de vista de su contenido, supone un juicio u opinión, generalmente de naturaleza técnica o científica, destinado a asesorar o aconsejar al órgano decisor sobre determinados elementos de la decisión. Esa actividad se traduce en un *dictamen*, que en los términos del art. 7º de la ley nacional de procedimientos administrativos se convierte en un elemento esencial del acto administrativo decisorio<sup>8</sup>.

En cambio la actividad de control, o contralor, tiene un contenido material que se agota en la comprobación de lo hecho con respecto a un patrón. No es sólo una opinión, ni necesariamente un juicio de carácter técnico, sino una comparación entre lo debido y lo real, entre lo que debería ser y lo que es<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Barra, *Tratado de derecho administrativo*, t. 3, cap. XXXIV.

<sup>9</sup> Barra, *Tratado de derecho administrativo*, t. 3, cap. XXXIV. Ver también Ivanega, *Mecanismos de control y argumentaciones de responsabilidad*.

Sin perjuicio de estas diferencias conceptuales, en la función de asesoramiento –causa del dictamen jurídico– están involucradas ambas actividades.

A nuestro criterio, el dictamen cumple con dos fines que se complementan. Por un lado, configura el “resultado” de un control que realiza quien lo produce. En este sentido, sin perjuicio de que en la práctica no se suele considerar bajo esa visión, lo cierto es que dictaminar y expresar una opinión en el marco de un procedimiento implica –por lo menos– el control de los extremos de hecho, la normativa, la regularidad e incluso la propia competencia.

Pero también es indudable que se trata de un instrumento garantizador de los derechos de los ciudadanos, pues trasciende las exigencias legales y coadyuva al logro del principio de la transparencia.

En consonancia con ello, se sostiene que la función consultiva tiene un compromiso con la verdad de los hechos, ya que cualquiera sea la materia en consulta, el dictamen no puede aislar sus consideraciones de los hechos, lo que implica “meterse” en el tema de fondo y considerar del mejor modo las cuestiones fácticas, técnicas, e incluso interdisciplinarias<sup>10</sup>.

Siguiendo ese criterio, tal función debe cumplir con ciertas exigencias: considerar la totalidad de las fuentes del derecho<sup>11</sup> y las consecuencias de su emisión; equilibrar razonablemente prerrogativas públicas y garantías de los particulares en aras del bien común;

<sup>10</sup> Galeano, *La función consultiva. El asesoramiento jurídico y su importancia institucional*, en “Cuestiones de organización estatal, función pública y dominio público”, p. 203 a 227.

<sup>11</sup> Gorostegui considera que, con fundamento constitucional (art. 99, inc. 17), el dictamen es una fuente del derecho administrativo, entre la doctrina y la jurisprudencia, porque comparte caracteres propios de ambas (*El dictamen jurídico administrativo*).

expresado con orden, corrección, claridad, de modo que resulte ser comprensible; favorecer el ejercicio ético de la función pública; imparcialidad e independencia de criterio de quien lo emite; requerir de abogados dispuestos a “cultivar hábitos y virtudes fundamentales” y necesita modelos en cuanto a las personas que ejercen esa función<sup>12</sup>.

Coincidimos en que la función de asesoramiento debe alcanzar un equilibrio tal que permita que se encuentren los caminos para hacer posible la acción de gobierno sin afectar la fidelidad a la verdad<sup>13</sup>.

Respecto de su distinción con el informe, es interesante la regulación del decr. 333/85 que identifica al *informe* como el dato u opinión que se brinda sobre un asunto determinado y se dirige de dependencia a dependencia, y el *dictamen* como la opinión que emite un órgano de consulta, basado en normas jurídicas de aplicación y en la jurisprudencia o antecedentes, y que tiende a orientar a la autoridad para resolver el caso<sup>14</sup>.

Vale destacar la importancia de las dos figuras en la gestión diaria, pues el funcionario que ha de adoptar una decisión puede requerir todos los informes y opiniones que necesite, incluso ello puede considerarse una modalidad conveniente, en aras de prevenir cuestionamientos posteriores. Se trata, en definitiva, de la

<sup>12</sup> Galeano, *La función consultiva. El asesoramiento jurídico y su importancia institucional*, en “Cuestiones de organización estatal, función pública y dominio público”, p. 208 a 224.

<sup>13</sup> Sánchez, *La función de asesoramiento legal del Estado*, 10 encuentro 2013, CC y AP, p. 759.

<sup>14</sup> El art. 48 del reglamento de la LPA (decr. 1759/72) diferencia los informes administrativos de los técnicos, en orden a la prueba. Muratorio, *El dictamen jurídico en la Administración pública*, REDA, n° 41.

vigencia de los principios de verdad jurídica objetiva y de eficiencia<sup>15</sup>.

De las clasificaciones que la doctrina ha realizado de los dictámenes, nos limitaremos a las que responden a los criterios de: a) la necesidad de producirlos, y b) los efectos respecto del acto<sup>16</sup>.

En el primer sentido, se presentan dictámenes *obligatorios* y *facultativos*, según deban dictarse dentro de un procedimiento administrativo, por exigirlo la norma legal, o resulte opcional para la autoridad solicitarlos.

Ejemplo de los primeros es el previsto en el art. 7º, inc. d, de la ley 19.549, en el caso en que el acto administrativo a dictarse pudiere afectar derechos subjetivos o intereses legítimos.

Tal obligatoriedad es predicable en situaciones particulares, en las cuales quien emite el acto administrativa es contador, como lo establece el decr. 618/97, en su art. 10, último párrafo.

También entendemos que son dictámenes obligatorios los que emiten los organismos de control interno y externo, en la medida que son producto de su competencia, tal como expusimos anteriormente.

Son facultativos los que no son exigidos por una norma legal, sino que su requerimiento es opcional para la autoridad. No sólo incluimos en esta categoría los dictámenes de esta naturaleza que pueden emitir los servicios jurídicos, sino también los de todo órgano que por sus funciones técnicas pueda ser consultado sobre sus incumbencias.

<sup>15</sup> En similar sentido, Gorostegui cita el art. 48 del RLNPA y el dictamen 131/93 (*El dictamen jurídico administrativo*, p. 50 a 61).

<sup>16</sup> Gorostegui, *El dictamen jurídico administrativo*, p. 50 y 51.

Según los efectos respecto del acto administrativo, los dictámenes son *vinculantes* o *no vinculantes*. La vinculación está referida a la obligación que tiene la autoridad competente para dictar el acto, de ajustar su decisión a la opinión vertida en el dictamen. Cuando tal condición no se presenta, nos encontramos ante la otra categoría.

En cuanto a la forma, y coincidiendo con lo ya señalado, se exige que el dictamen jurídico contenga un análisis exhaustivo y profundo de una situación jurídica determinada, efectuado a la luz de las normas vigentes, de los principios generales que las informan, y de los antecedentes de la causa, a efectos de recomendar conductas acordes con la justicia y el interés legítimo de quien formula la consulta<sup>17</sup>.

En forma concomitante, el requisito del dictamen jurídico previo sólo se reputa cumplido a través de un análisis pormenorizado de todas las cuestiones y aristas -fácticas y jurídicas- implicadas, lo que obliga a un claro y detallado examen de los hechos y antecedentes del caso<sup>18</sup>.

En definitiva, no puede consistir en una relación de antecedentes, ni en una colección de afirmaciones dogmáticas<sup>19</sup>.

El profesor Comadira ha señalado que, sobre la base de este criterio, no correspondería reconocer condición de dictamen a ciertas intervenciones de los organismos de asesoramiento jurídico, en los que se limitan a afirmar o negar en forma dogmática la validez de un acto o la simple conformidad formal de un proyec-

<sup>17</sup> PTN, *Dictámenes*, 207:235; 235:643.

<sup>18</sup> PTN, *Dictámenes*, 286:65.

<sup>19</sup> PTN, *Dictámenes*, 223:200; 224:215; 231:129; 231:140, 233:92, 247:358; 266:81.

to de acto con la normativa legal, o "expresar, también dogmáticamente, que el recurrente no incorpora nuevos elementos que contribuyan a desvirtuar un acto u opinión ya vertidos"<sup>20</sup>. Ni los informes ni los dictámenes son actos administrativos, lo que está reconocido por la doctrina y el decr. 1759/72 en el art. 80.

Los dictámenes –jurídicos y técnicos– y los informes –administrativos y técnicos– son, entonces, actos de administración, que carecen de un régimen sustancial que los regule, lo que ha llevado a que se propiciara la aplicación analógica de las reglas propias del acto administrativo; fundamentalmente, los elementos esenciales del acto administrativo (arts. 7º y 8º, LPA)<sup>21</sup>. En consecuencia, no pueden ser objeto de recursos administrativos al no incidir en la esfera jurídica del particular<sup>22</sup>.

#### § 24. *LOS ABOGADOS DEL ESTADO. LA PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN*

Considerando la intervención que tienen dentro del procedimiento administrativo, debe entenderse que los denominados servicios jurídicos permanentes ejercen "control interno".

Ello, sumado al rol que tienen como instrumentos garantizadores de derechos individuales y también de potestades públicas, los convierte en protagonistas esenciales a la hora de propender a una gestión pública eficiente.

<sup>20</sup> Comadira, *Procedimientos administrativos*, t. I, p. 200 y 201.

<sup>21</sup> Muratorio, *El dictamen jurídico en la Administración pública*, REDA, n° 41.

<sup>22</sup> Ver, también, Canosa, *Procedimiento administrativo: recursos y reclamos*, p. 19 y 20.

El criterio reiterado acerca del alcance de su función ha sido que los dictámenes que emiten reflejan criterios jurídicos propios de su emisor y que, por lo tanto, no incluyen cuestiones económicas, técnicas o de oportunidad, mérito o conveniencia<sup>23</sup>.

Reforzando lo que indicamos acerca de los fines que se cumplen a través de los dictámenes, la PTN ha puntualizado que la intervención de los servicios jurídicos, en la instancia que corresponda, "asegura el control previo de legalidad de la actividad administrativa y garantiza la vigencia de la noción de Estado de derecho adoptada por la Nación Argentina como uno de sus rasgos esenciales"<sup>24</sup>.

En el ámbito nacional existe el Cuerpo de Abogados del Estado, creado por ley 12.954, de 1947. Los profesionales que lo conforman tienen a su cargo el asesoramiento jurídico y la defensa ante los tribunales, del Poder Ejecutivo y de todos los organismos que integran la Administración.

Son funciones del Cuerpo de Abogados: a) representar al Estado y a sus reparticiones ante las autoridades judiciales, sea actor o demandado, siempre que no corresponda esta actuación al ministerio fiscal; b) instruir los sumarios que el Poder Ejecutivo o los organismos administrativos les encomienden para esclarecer la comisión de hechos punibles o irregularidades atribuidas al personal y preparar, cuando corresponda, el traslado a la autoridad judicial competente de lo actuado; c) asesorar a las autoridades en todo asunto que requiera una opinión jurídica; d) promover el ajuste de los trámites administrativos a las leyes que los regulen "y ser los ordenadores de lo contencioso del Estado, in-

<sup>23</sup> PTN, *Dictámenes*, 250:24.

<sup>24</sup> PTN, *Dictámenes*, 236:621.

formando en la resolución de los recursos administrativos establecidos y que se establezcan y velando por el recto procedimiento; e) intervenir los pliegos de condiciones para licitaciones públicas, redes de obras o servicios públicos o de adquisición de materiales, en las adquisiciones sin subasta previa, cuando su importancia lo requiera, en la adjudicación en cuanto a la redacción de contratos, en las reclamaciones a que dé lugar la interpretación de éstos y en los pedidos de rescisión de los mismos"; f) asesorar en todo pedido de franquicia o exención de cualquier clase de contribuciones o impuestos y en los casos en que deba decidirse sobre tributaciones que no se hallen expresamente previstas en las leyes y reglamentos, y g) realizar estudios profesionales para mejorar las leyes y reglamentaciones vigentes en la Administración pública.

El art. 9º de dicha ley manda a constituir una carrera especial dentro de la Administración con un escalafón propio. Para su ingreso se exige concurso que demuestre "los conocimientos generales de derecho, conocimientos profundos de derecho administrativo y organización del Estado. Las promociones se harán respetando rigurosamente el orden jerárquico y siempre con informe favorable de la inspección".

La norma contiene una aclaración que permite diferenciar a los profesionales que forman parte de esa organización de otros que, aunque posean título de abogado, no tienen derecho a ser considerados integrantes del Cuerpo, si no desempeñan funciones específicas de asesoramiento o abogacía, aun cuando se encuentren adscriptos a una asesoría u oficina de asuntos legales.

El esquema de asesoramiento reconoce en el procurador del Tesoro de la Nación a su máxima autoridad.

La figura del procurador fue creada por ley 74 (1864). Conforme a la ley 24.667, depende directamente del presidente de la Nación y ejerce sus competencias con independencia técnica. Es quien dirige el Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado, y en lo estrictamente jurídico comanda a los servicios jurídicos de los organismos que integran la Administración pública nacional; ello sin perjuicio de la dependencia administrativa con cada ministerio, secretaría o entidad autárquica.

Interesa remarcar que los criterios de interpretación y aplicación de las leyes y reglamentos que sienta la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN) son obligatorios para todos los abogados y abogadas en el ámbito nacional.

Además de las indicadas, sus atribuciones principales son: asesora jurídicamente al Poder Ejecutivo nacional y sus organismos; asume la representación y defensa del Estado nacional en juicio; puede instruir investigaciones y sumarios administrativos en los casos previstos por el ordenamiento jurídico y cuando lo disponga aquel poder; registra y audita los juicios en los que el Estado nacional es parte; atiende las necesidades de capacitación superior del Cuerpo de Abogados del Estado.

Con relación a éste, el procurador también tiene facultades respecto del nombramiento de los asesores letrados o de otra clase de funcionarios que específicamente ejerzan función para la que precise el título de abogado.

En estos casos, para la designación debe darse intervención previamente a la Dirección del Cuerpo de Abogados, quien examinará si la función que quiere encomendarse al funcionario encuadra en las que corresponden legal y reglamentariamente; confirmado ello,

propone el nombre de los funcionarios en condiciones de ocupar tales cargos.

En este último aspecto, ese organismo asesor ha determinado que los procedimientos que establecen la intervención previa de la PTN tienen por finalidad posibilitar el ejercicio efectivo del control que, sobre la designación de los integrantes o colaboradores del Cuerpo de Abogados del Estado, le compete a su director<sup>25</sup>.

En el año 1998, en el marco de la ley orgánica del Ministerio Público 24.946, en el art. 66, párr. 4º, se fijó que cuando situaciones excepcionales o casos especiales lo hicieren necesario, la representación del Estado en juicio podrá ser ejercida por otros abogados contratados, como servicio de asistencia al Cuerpo de Abogados del Estado. En tal caso, es necesario el previo dictamen favorable del Procurador del Tesoro.

Asimismo, por la res. 17/09, la PTN instruyó a los titulares de las unidades organizativas en las que se ejerza la abogacía pública para que, en forma previa a la cobertura permanente o transitoria de cargos, o a que se aprueben contratos que tengan ese objeto, requieran la intervención de la Dirección Nacional de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado, a fin de que analice el perfil profesional de las personas propuestas.

Respecto de su función de asesoramiento, el organismo ha sostenido que su dictamen debe estar precedido por el de los servicios jurídicos de los organismos con competencia específica en los temas cuya consulta se le requiere, "puesto que así está normativamente establecido y, además, para que no se convierta en una asesoría jurídica más, ni supla el cometido de sus dele-

<sup>25</sup> Entre otros, ver *Dictámenes*, 289:242, y 220; 278:156; 277:259 y 370; 276:4, 24 y 85.

gaciones, sino que mantenga su condición de última instancia de asesoramiento"<sup>26</sup>.

La naturaleza y alcance de la función de asesoramiento de la PTN ha sido interpretada por el propio organismo en numerosos dictámenes, que reiteradamente expresaron:

a) Con carácter previo a la emisión del dictamen de esta Procuración del Tesoro, deben constar en las respectivas actuaciones la opinión circunstanciadamente fundada de los servicios del área en que se plantea la consulta<sup>27</sup>.

b) Los pedidos de dictamen de la PTN deben formularse acompañando todos los antecedentes, informes técnicos y documentación que tengan incidencia en el tema a examinar, a fin de que ese organismo pueda expedirse en forma definitiva, ya que sólo contando con todos esos elementos es factible formarse un criterio completo y adecuado sobre la cuestión jurídica sometida a opinión<sup>28</sup>.

c) Su competencia, por revestir el carácter de máxima autoridad en el orden jurídico, debe ser ejercida en último lugar en el procedimiento administrativo<sup>29</sup>.

d) Ese organismo asesor no tiene como función informar "puesto que su asesoramiento constituye el antecedente más o menos inmediato de una resolución administrativa, lo que excluye la posibilidad de que este organismo asesor comprometa su opinión cuando la actuación administrativa se encuentra en una etapa meramente informativa, tanto más cuando no se en-

<sup>26</sup> PTN, *Dictámenes*, 248:231, 249:410, 268:230; 277:108.

<sup>27</sup> PTN, *Dictámenes*, 187:178; 289:144; 288:99; 284:181; 284:17.

<sup>28</sup> PTN, *Dictámenes*, 210:231; 235:13; 238:128; 240:19, 211; 241:264; 281:1.

<sup>29</sup> PTN, *Dictámenes*, 243:486; 280:159; 286:139.

cuenta suficientemente precisado el tema sobre el que se requiere opinión<sup>30</sup>.

e) Los dictámenes jurídicos que preceden al de la PTN no deben incurrir en remisiones o adhesiones a opiniones vertidas por otros organismos, en la medida en que aquéllos suponen el análisis específico de una situación concreta.

f) Los dictámenes reflejan criterios jurídicos propios de quien los emite; por ende, resultan ajenas a la órbita de su competencia las razones de oportunidad que puedan motivar a la autoridad de aplicación, puesto que el juzgamiento de tales temas implicaría tanto como sustituirla en su cometido específico<sup>31</sup>.

g) Si no existe disidencia jurídica entre las opiniones de los servicios jurídicos permanentes, no se presenta el presupuesto que autoriza la competencia de la Procuración, con el objeto de unificar criterios de las delegaciones que conforman el Cuerpo de Abogados del Estado<sup>32</sup>.

h) Conforme al art. 16 de la ley 12.954, no le corresponde expedirse respecto de la contratación de un profesional que desarrolla las tareas de asesoramiento fuera del ámbito de una Delegación del Cuerpo de Abogados del Estado<sup>33</sup>.

i) Su opinión se circunscribe a dicha competencia, quedando reservada la que surge del art. 66 de la ley 24.946 para el supuesto de que el profesional fuera contratado en los términos previstos por el referido artículo, "lo que exigirá una nueva intervención de esta Procuración del Tesoro"<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> PTN, *Dictámenes*, 214:212.

<sup>31</sup> PTN, *Dictámenes*, 200:14; 250:24.

<sup>32</sup> PTN, *Dictámenes*, 203:159; 205:70; 235:429; 239:210.

<sup>33</sup> PTN, *Dictámenes*, 280:244; 275:71.

<sup>34</sup> PTN, *Dictámenes*, 243:406; 268:46; 280: 244.

j) Los dictámenes pueden ser requeridos por los funcionarios habilitados (presidente de la Nación, los ministros, secretarios, subsecretarios, jefes del Estado Mayor de las Fuerzas Armada) o por las delegaciones del Cuerpo de Abogados del Estado, "cuando corresponda establecer jurisprudencia administrativa uniforme o cuando la índole del interés económico comprometido requiera su atención"<sup>35</sup>.

k) La Procuración no puede expedirse de oficio, sino que su intervención debe promoverse a pedido de los funcionarios habilitados<sup>36</sup>.

l) Los particulares no pueden solicitar su asesoramiento<sup>37</sup>.

m) En la medida en que los dictámenes de la PTN sean contemporáneos, incumbe a los servicios jurídicos de las áreas ministeriales analizar y seguir el criterio que surge de tales asesoramientos y establecer la pertinencia de su aplicación en cada caso concreto. "Luego, la autoridad competente para resolver cuenta con facultades suficientes como para apartarse fundadamente y bajo su responsabilidad, en los supuestos en los que no comparta los criterios de este organismo asesor"<sup>38</sup>.

## § 25. EL CONTROL SOCIAL

Introducirse en el control social implica ingresar en un ámbito de contornos difusos.

Esta modalidad puede involucrar las más variadas y confusas formas y procedimientos. Ello es positivo y

<sup>35</sup> PTN, *Dictámenes*, 214:212.

<sup>36</sup> PTN, *Dictámenes*, 214:212.

<sup>37</sup> PTN, *Dictámenes*, 258:9, 28 y 239; 259:397; 269:206.

<sup>38</sup> PTN, *Dictámenes*, 280:130, entre otros.

negativo al mismo tiempo, según el ángulo con el que se mire, pues la multiplicidad no siempre genera los resultados esperados; por el contrario, puede involucrar una dispersión de medios que termina por saturar al propio ciudadano, que incluso desconoce su utilidad.

Por lo tanto, lo perjudica que no existan mecanismos de control a su disposición, como que existan demasiados pero desordenadamente, sin representar una verdadera utilidad social.

Sin embargo, cabe admitir que en este terreno siempre es mejor el exceso que el defecto, dado que al lado de las regulaciones normativas y de las interpretaciones judiciales, la sociedad misma va generando sus instrumentos sin mediar a veces una decisión planificada o una estructura fija sobre ello.

A partir de esta realidad, ya resulta indiscutible que ese control está ínsito en la vida comunitaria, como parte de los elementos naturales y culturales que la conforman, y a los cuales la democracia les otorga un valor agregado.

Es por ello que denominamos "control social al que ejerce la sociedad sobre el amplio espectro de la gestión pública (incluyendo a los tres poderes del Estado en el ejercicio de sus funciones constitucionales), por medio de diversos procedimientos formales e informales". Como decíamos, multifacético y de dimensiones difusas, ha trascendido los modos tradicionales para ubicarse, por ejemplo, en las llamadas redes sociales, convertidas en uno de los instrumentos de mayor inmediatez en el seguimiento de las acciones y omisiones estatales.

En síntesis, estamos frente a la especie de control más difícil de "encontrar" en determinado procedimiento o modalidad. Por esta razón, sólo nos detendremos en algunas de las formas que presenta (acceso a la información y participación).

Adelantamos, sin perjuicio de volver sobre el tema, el criterio de la CSJN en el caso "Giustiniani" respecto del efecto expansivo e importancia del control social, en comparación con otros controles<sup>39</sup>. Esta interpretación es acorde no sólo con los principios inspiradores de la libertad de expresión, sino fundamentalmente con la dignidad del hombre y todo lo que se desprende de ella.

a) *TRANSPARENCIA*. El principio de transparencia es el vértice de una pirámide, compuesta por una multiplicidad de principios y su correlato con derechos individuales y sociales.

En general, se incluye en él la publicidad, el acceso a la información, la participación, la rendición de cuentas, la ética, la responsabilidad, la buena fe, el control; componentes que a su vez, individualmente, tienen un alcance propio y se plasman en derechos que se ejercen con independencia.

Bajo estas perspectivas, la transparencia debe instituirse como una política pública en la que se concrete la congruencia entre ética y política, y en la que se consideren como elementos mensurables de la gestión, a la honestidad, la eficiencia y la eficacia. Ello porque su inclusión en tales términos refuerza sus objetivos en miras a mejorar la calidad de vida de las personas<sup>40</sup>.

Este principio ha estado unido a diversas figuras que se interrelacionan: gobernanza, gobierno abierto, buena administración (considerada en el cap. I).

Sólo indicaremos que la gobernanza es una noción que ha representado la interacción entre las adminis-

<sup>39</sup> CSJN, 10/11/15, "Giustiniani, Rubén H. C/YPF SA s/amparo por mora", expte. CAP 037747/2013/C5001.

<sup>40</sup> En sentido similar, también ver Villanueva, *Derecho de acceso a la información pública en Latinoamérica*, p. XXIV.

traciones públicas, el mercado y la sociedad civil, que se integran, reemplazando una forma de gobernar monopólica<sup>41</sup>. Transparencia Internacional y las Naciones Unidas en el Programa para los Asentamientos Humanos, entendieron que “la transparencia es ampliamente reconocida como el principio elemental de la buena gobernanza”.

En el llamado *gobierno abierto* subyace la idea de abrir al público, en forma libre y gratuita, los datos, sumado a mecanismos de participación y a la incorporación de sectores no gubernamentales. Toma protagonismo el desarrollo tecnológico, que contribuye a una nueva relación y forma de gobernar. Se abren canales de comunicación, fomentándose de esta forma la transparencia.

Aquel “entraña una relación de doble vía entre ciudadanía y Estado, posibilitada por la disponibilidad y aplicación de TIC (tecnologías de la información y el conocimiento) que facilitan múltiples interacciones entre actores sociales y estatales, y se traducen en vínculos más transparentes, participativos y colaborativos... supone ampliar la esfera de lo público, abrir la caja negra del Estado, tornar más transparente la gestión, admitir un mayor protagonismo de la ciudadanía en la administración del gobierno y expandir las posibilidades de brindar más y mejores servicios al público a través de un mejor acceso a los sistemas de información”<sup>42</sup>.

Ya hemos tenido oportunidad de advertir que los instrumentos de tecnología, páginas web, etc., contri-

<sup>41</sup> Ver Aguilar Villanueva, *El aporte de la política pública y de la nueva gestión pública a la gobernanza*, “Reforma y Democracia”, n° 39, oct. 2007.

<sup>42</sup> Oszlak - Kaufman, *Teoría y práctica del gobierno abierto: lecciones de la experiencia internacional*, p. 5 y 6.

buyen a facilitar la transparencia, el acceso a la información y la participación, pero que no son suficientes para satisfacer los derechos que de ellas se derivan. Limitar los principios a estos mecanismos es desconocer las realidades sociales, culturales, económicas y jurídicas de los pueblos y los medios que tienen a su alcance.

Otro ángulo de análisis nos remite al derecho denominado “a la no corrupción”, generado como contracara de la violación a la transparencia.

Su consagración en instrumentos internacionales, constitucionales y en normas legales, convierte a aquel principio en un imperativo de actuación pública.

En la línea de razonamiento expuesta, lo contrario a la transparencia suele identificarse como corrupción: “utilización de potestades públicas para intereses particulares”<sup>43</sup>. Esta figura encuentra su semejanza en el vicio de la desviación de poder, esto es, “el uso del poder con violación de la finalidad –de interés público– que inspiró el otorgamiento de las facultades pertinentes al órgano; un uso que deriva en provecho directo de quien lo ejerce o de quien gestiona una conducta determinada”<sup>44</sup>.

Lo que se trata de proteger a través de diversos mecanismos es una esfera de libertad esencial para el hombre, relacionada con la seguridad jurídica, con una nota de universalidad distintiva de los derechos humanos, “puesto que predica de todo individuo por el simple hecho de ser tal”. Se trata de un derecho subjetivo público a favor de los gobernados, que impone deberes a los órganos estatales, de realizar su gestión

<sup>43</sup> González Pérez, *La ética en la Administración pública*, p. 63 y 64.

<sup>44</sup> Jeanneret de Pérez Cortés, *Función pública, ética pública y corrupción*, en “Organización administrativa, función pública y dominio público”, p. 649.

pública en el ámbito administrativo, con apego a la legalidad<sup>45</sup>.

El enfoque que venimos exponiendo no es pacífico; algunos autores entienden que la transparencia no es un derecho humano, en particular cuando se pretende supeditar a ella el acceso a la información. De tal suerte que la crítica se centra en que la transparencia tiene diversos significados, cuya comprensión se centra en la idea de que es un medio en una relación entre gobernantes y organizaciones responsables de proporcionar información a los gobernados, para conocerla, sin que se aplique sanción alguna en los casos que los responsables no la suministren<sup>46</sup>.

Con un enfoque crítico, se entiende que la transparencia "sirve si al visualizarse el acto corrupto ocurre algo en quienes ahora lo observan gracias a ella... de lo contrario no pasa nada". Con ese criterio, la transparencia supone que existan consensos de rechazo y de condena cultural y social al accionar corrupto. "En ese entorno -únicamente- el acto corrupto se esconde, se oculta. De lo contrario no es necesario y, por ello, se transforma en estéril a la transparencia"<sup>47</sup>.

En esa línea de pensamiento, cada vez es más difícil la realización del postulado contenido en la Convención Universal de los Derechos Humanos, vinculado a garantizar a cada habitante el acceso a la "satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales indispensables a su dignidad". Paralelamente, se ha exten-

<sup>45</sup> Márquez, *El derecho humano a la no corrupción*, en Olivos Campos (coord.), "Derechos humanos en Ibero-América", p. 218 y siguientes.

<sup>46</sup> Olivos Campos, *El derecho de acceso a la información*, en Olivos Campos (coord.), "Derechos humanos en Ibero-América", p. 189, 319, y siguientes.

<sup>47</sup> Pérez Hualde, *Instrumentos para un régimen jurídico de combate a la corrupción*, LL, 2011-D-926.

dido la convicción de que precisamente es la corrupción uno de los más importantes condicionantes que imposibilitan dicha realización. Es una realidad comprobada que la corrupción, pública y privada se convirtió "en un impedimento de tipo estructural decisivo para el progreso político, social y económico de nuestros pueblos"<sup>48</sup>.

Ahora bien, la corrupción se manifiesta de diferentes formas -tal como lo demuestran los catálogos de actos corruptos que incluyen los ordenamientos jurídicos- y responde a una multiplicidad de causas. De ahí la preocupación por dictar normas internacionales fijando principios, valores y medidas a adoptar por los países. Hace décadas que se ha tomado conciencia de que opera como un verdadero "meta-sistema", de mayor efectividad incluso que los aparatos oficiales sobre los que se asienta y de los que se alimenta<sup>49</sup>.

Las convenciones de las Naciones Unidas e Interamericana contra la Corrupción son el resultado de la creciente preocupación por estas prácticas, que afectan las transacciones internacionales y los gobiernos de todo el mundo.

Estos instrumentos jurídicos tienen elementos comunes con otras convenciones, como la de Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) para el Combate contra el Soborno a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales y la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

Sin embargo, tal avance normativo no puede ocultar los resultados del *ranking* 2011 elaborado por Trans-

<sup>48</sup> Pérez Hualde, *Instrumentos para un régimen jurídico de combate a la corrupción*, LL, 2011-D-926.

<sup>49</sup> García de Enterría, *Democracia, jueces y control de la Administración*, p. 82 y siguientes.

parency International, sobre el grado de corrupción en el sector público, según la percepción de empresarios y analistas del país.

Allí se verifica que Argentina se ubica en el puesto 100°, acompañada de México, Burkina Faso, Madagascar, Surinam, Indonesia, Malawi, Sao Tome & Príncipe, Gabón, Djibouti, Benin y Tanzania. La mayoría de los otros países de Iberoamérica se encuentran en mejores ubicaciones: Chile (22°), Uruguay (25°), España (31°), Portugal (32°), Costa Rica (50°), Cuba (61°), Brasil (73°), Colombia, Perú y El Salvador (80°) y Panamá (86°), con la excepción, pues nos superan en nivel, de las repúblicas hermanas de Bolivia (118°), Guatemala y Ecuador (120°), Honduras y Dominicana (129°), Nicaragua (134°), Paraguay (154°) y Venezuela (172°)<sup>50</sup>.

En la República Argentina, además de la recepción de esas convenciones tanto a nivel nacional como provincial, se han dictado normas de distinto rango legal. La Constitución histórica no incluyó disposiciones específicas en esta materia; sólo fijó algunas pautas vinculadas a la función pública, por ejemplo, la igualdad de oportunidades para acceder al cargo y la idoneidad como condición de ingreso, que se entiende que es abarcativa del desempeño ético del funcionario. Posteriormente, con la reforma de 1957 se agregó la estabilidad del empleado público, garantía para el agente y para la propia función pública, al preservarlos de los cambios en la conducción política del Estado<sup>51</sup>.

<sup>50</sup> Ver comentarios de Pérez Hualde, *Desviación de poder como "sistema" y un instrumento necesario: las lealtades personales*, en XI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Santo Domingo, 2012.

<sup>51</sup> Said, *La corrupción como causa de nulidad del acto administrativo y del reglamento*, en "Cuestiones de acto administrativo, reglamento y otras fuentes del derecho administrativo", p. 489.

Con la reforma de 1994, además de la aplicación de los tratados, pactos y convenciones en los términos del art. 75, inc. 22, se incorporó el art. 36 que, en su parte pertinente, regula que *"atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos"*.

*El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función"*.

En el referido art. 36 no aparece claramente tipificado el delito de corrupción, dejándolo librado a la reglamentación legal. En tal contexto, se entiende que, en la Constitución nacional reformada, la defensa contra las distintas formas de corrupción en perjuicio del Estado asume formas menos severas que las fijadas para luchar contra quienes atenten por la fuerza contra las instituciones democráticas<sup>52</sup>.

Sin perjuicio de estas breves reflexiones, es importante rescatar el rol que cumple la sociedad, ya sea porque se ve involucrada en la corrupción como parte necesaria<sup>53</sup>, o porque se enfrenta a ella controlando el accionar público, denunciando, solicitando información, participando, etcétera.

Se trata de cultura, de dar el ejemplo, de convencer acerca de los beneficios de la transparencia.

Bien se ha sostenido en ese sentido que "es necesario llevar a cabo una ardua tarea de formación de una cultura del rechazo a la corrupción; y la única manera es lograr que se comprenda claramente el vínculo nece-

<sup>52</sup> Gelli, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, t. I, p. 513.

<sup>53</sup> Ver Comadira, *La regulación jurídica de la ética pública*, "Revista de Derecho Público", 2002-2-598.

sario que existe entre esa corrupción y las carencias y pobrezas de nuestra sociedad, entre ella y las frustraciones –económicas, sociales y culturales– de nuestro país. Para esto es necesario construir políticas públicas sobre amplios consensos políticos. Es necesario un mensaje confiable y acompañado de testimonios personales claros. Es la tarea de los grandes dirigentes y de nosotros los docentes”<sup>54</sup>.

b) *ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA*. El quiebre del viejo sistema proteccionista del secreto de la información en poder de la Administración, que dio paso a una mayor transparencia y publicidad de los asuntos públicos, ha marcado en las últimas décadas el rumbo del Estado.

Es realmente paradójico (término que el lector ya ha visto citado en este libro en varias oportunidades) que políticos, doctrinarios, legisladores, jueces, comunicadores sociales, entre otros, reiteren casi sin respiro la importancia de este principio, y que, a la fecha, en la República Argentina no se haya dictado una ley nacional de acceso a la información pública<sup>55</sup>.

Si bien este relevante dato no impidió que la ciudadanía hiciera valer sus derechos en más de una oportunidad, lo cierto es que el Poder Legislativo nacional tiene una importante deuda pendiente con la sociedad.

<sup>54</sup> Pérez Hualde, *Algunos apuntes sobre la corrupción*, en [www.gestion-publica.org.ar/estudios158](http://www.gestion-publica.org.ar/estudios158).

<sup>55</sup> Si bien se carece de una ley de acceso a la información, existen varias normas legales que contienen disposiciones protectorias de este derecho.

Ampliar en Sacristán - Ratti Mendaña, *Procedimiento administrativo y acceso a la información pública*, en Pozo Gowland - Halperin - Aguilar Valdez - Lima - Canosa (dirs.), “Procedimiento administrativo” t. IV, p. 869 a 908.

También creemos que el principio aquí comentado es la versión actualizada del tradicional principio de publicidad y del derecho de petición, con un enfoque renovado a partir de una concepción integradora entre el ciudadano y la organización estatal<sup>56</sup>. De la publicidad identificada con la “publicación” contenida en boletines oficiales, se ha pasado a un derecho convertido en una de las banderas alzadas por el individuo y sus asociaciones, trascendiendo las esferas de la mera comunicación o suministro de datos.

Con este enfoque, ya no se trata simplemente de acceder a la información, sino de conocer y evaluar su contenido. Una necesidad individual y social.

La decisión de los gobiernos de ampliar la información en poder del público no asegura automáticamente el acceso a ella. Diversos factores pueden obstaculizar, impedir o dificultar ese acceso, sean razones legales, problemas de inclusión digital, barreras institucionales, etcétera<sup>57</sup>.

Con similar argumento, la doctrina ha considerado que el acceso a la información y la publicidad de los actos son más amplias que la *transparencia* –aunque la implican como condición de existencia– y garantizan el nivel de conocimiento del pueblo respecto de los comportamientos públicos y el sentido de esas decisiones<sup>58</sup>.

En consecuencia, su importancia está dada por la finalidad: la de proveer al ciudadano de información completa, adecuada, oportuna y veraz, garantizándose

<sup>56</sup> Se reconoce como primera norma de acceso a la información gubernamental, a la ley sueca de 1766, ley para la libertad de prensa y del derecho de acceso a las actas públicas.

<sup>57</sup> Oszlak - Kaufman, *Teoría y práctica del gobierno abierto: lecciones de la experiencia internacional*, p. 14.

<sup>58</sup> Pérez Hualde, *Algunos apuntes sobre la corrupción*, en [www.gestion-publica.org.ar/estudios158](http://www.gestion-publica.org.ar/estudios158).

el respeto de los principios de igualdad, publicidad, celeridad, informalidad y gratuidad<sup>59</sup>.

Estamos convencidos de que no puede controlarse lo que se desconoce, por eso acceder a la información se convierte en un presupuesto del control que ejerce la ciudadanía. La obstrucción arbitraria o injustificada al acceso o el suministro incompleto de información configuran una limitación, también irrazonable, del derecho a controlar los asuntos públicos.

Es recurrente la remisión a la causa "Claude Reyes y otros vs. Chile", del 19 de setiembre de 2006, en la cual la CIDH entendió que la actuación del Estado debe regirse por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que posibilita que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción "ejercen el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. El acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso"<sup>60</sup>.

<sup>59</sup> La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, en su Informe Anual de 2008, fijó como obligación de los Estados parte de la Convención Americana, la adecuación de los ordenamientos jurídicos internos a los estándares internacionales en la materia que nos ocupa. Estableció como requisitos: la remoción de los obstáculos legales o administrativos que dificultan el acceso a la información; la promoción de mecanismos para implementar este derecho dentro de todas las entidades y autoridades que lo conforman, adoptando y ejecutando normas, procedimientos y entrenamiento a las autoridades en materia de custodia, administración, archivo y suministro de la información, y la adopción de una política pública favorable al pleno ejercicio de este derecho.

<sup>60</sup> Márquez, *El derecho humano a la no corrupción*, en Cisneros Farías - Fernández Ruiz - López Olivera (coords.), "Control de la Administración Pública", p. 189 y siguientes.

Lo importante, en ese sentido, es que la información que se suministre sea precisa, clara, comprensible para el ciudadano, en su caso que se vincule con lo peticionado por aquél, se suministre en forma rápida y a través de medios simples.

Algunos de los principales tratados internacionales que le dan sustento son:

1) Declaración Universal de los Derechos Humanos (Naciones Unidas, 1948) cuyo art. 19 establece que "todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión".

2) Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), que en el art. 13 dispone que "toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección".

3) Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. El ejercicio del derecho de investigar y recibir informaciones y opiniones y el de difundirlas, entraña deberes y responsabilidades especiales; por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás y la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Este Pacto, en su Parte II, numeral 2, consagra que cada Estado parte se compromete a adoptar, con arre-

glo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del mismo Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en él y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

Este derecho también ha tenido recepción en el seno de la Unión Europea, constituyendo un avance significativo su Carta de Derechos Fundamentales del año 2000, cuyo art. 42 establece que "todo ciudadano de la Unión o toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a acceder a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión". Una evolución en la jurisprudencia de la UE, incluso anterior a tal instrumento, muestra también una expansión, en particular al valorar restrictivamente las excepciones basadas en la protección del interés público, exigiendo la motivación de la denegatoria y la apertura al mayor acceso posible del público a los documentos<sup>61</sup>.

La legitimación activa en el acceso a la información -producto de su evolución- es amplia, es decir que la única limitación existente para obtener información pública es netamente objetiva, esto es, el carácter reservado o secreto que pueda poseer. Por lo tanto, corroborado que no se trata de un supuesto contrario al interés público, el principio general es permitir el

<sup>61</sup> Entre otros, sentencia TJCE, 11/1/00, caso "Gerar Van der Wal c/Comisión", asunto 174/98 (Rec. 2000, p-I-1); sentencia TPI, 6/4/00, caso "Aldo Kujier c/Consejo", asunto 188/98 (Rec. 2000, p. II-1959); sentencia TPI, 13/9/00, caso "Denkavit Nederland BV c/Comisión", asunto T-20/99 (Rec. 2000, p-II-3011); sentencia TJCE, 18/ 12/07, caso "Suecia c/Comisión" (C-64/05 P. Rec. p. I-1389); sentencia TJCE, 1/7/08, "Suecia y Turco c/Consejo" (C-39/05 y C-52/05, Rec. p. I-4723).

acceso como método de fortalecimiento de la forma republicana de gobierno, de fomento a la participación ciudadana en la administración de la cosa pública y el control de los funcionarios que la gestionan<sup>62</sup>.

Con tal perspectiva, "el derecho de acceso a la información pública se asocia con una legitimación más amplia que la requerida por las leyes procedimentales para ser parte en sede administrativa, toda vez que no necesita de la invocación de derecho subjetivo o interés legítimo alguno". Esta postura es acorde con la tesis aplicada en el caso "Claude Reyes y otros vs. Chile". De restringirse se estaría transgrediendo los pactos internacionales incorporados a nuestro ordenamiento jurídico con jerarquía constitucional<sup>63</sup>.

En consecuencia, el principio aquí comentado es más amplio que la figura de la vista contemplada en el art. 38 del reglamento de la ley de procedimiento administrativo (aprobado por el decr. 1759/72 -t.o. 1991-) que exige la condición de parte. Además, tiende a asegurar al particular tanto el derecho al debido proceso legal adjetivo, en su carácter de garantía, como el control preventivo de legalidad que asegura el fin de interés público que persigue como objetivo inmediato y directo la actividad administrativa, desde el punto de vista del régimen exorbitante o de la justicia legal. Una de las diferencias esenciales consiste en que dicho régimen, sólo reconoce legitimación para solicitar vista del

<sup>62</sup> Sacristán - Ratti Mendaña, *Procedimiento administrativo y acceso a la información pública*, en Pozo Gowland - Halperin - Aguilar Valdez - Lima - Canosa (dirs.), "Procedimiento administrativo", t. IV, p. 871 a 873.

<sup>63</sup> Sacristán - Ratti Mendaña, *Procedimiento administrativo y acceso a la información pública*, en Pozo Gowland - Halperin - Aguilar Valdez - Lima - Canosa (dirs.), "Procedimiento administrativo", t. IV, p. 871 a 873.

expediente a la parte interesada, su apoderado o letrado patrocinante<sup>64</sup>.

En la esfera nacional, una cantidad considerable de normas prevén el acceso a la información pública por parte del ciudadano, pero ninguna de ellas tiene un alcance general, sino que se circunscriben al ejercicio de ese derecho en sectores o ámbitos específicos. Por ejemplo, las leyes 26.522 (de radiodifusión); 26.331 (protección ambiental de bosques nativos); 26.047 (acceso a la información en registros nacionales de sociedades, asociaciones y fundaciones); 25.831 (libre acceso a la información pública ambiental); 25.675 (política ambiental nacional); 25.188 (ética en la función pública); 25.152 (convertibilidad fiscal); 24.240 (defensa del consumidor); 24.065 y 24.076 (marcos regulatorios de electricidad y gas); decrs. 378/05 (Plan Nacional de Gobierno Electrónico y Planes Sectoriales) y 616/10 (reglamentario de la ley de migraciones 25.871), etcétera.

Ahora bien, el decr. 1172/03, a pesar de su ámbito de aplicación limitado, termina representando una verdadera norma inspiradora general y facilitadora de este derecho, en especial a partir de la interpretación de la CSJN en variados precedentes.

Este decreto aprobó cinco reglamentos vinculados al principio de transparencia<sup>65</sup>.

<sup>64</sup> PTN, *Dictámenes*, 245:84 y 247:564. Ivanega, *Reflexiones acerca de los contratos administrativos en el siglo XXI*, en "El derecho público en Iberoamérica. Libro homenaje al profesor Jaime Vidal Perdomo", t. II.

<sup>65</sup> Los reglamentos generales son: 1) de audiencias públicas; 2) para la publicidad de la gestión de intereses; 3) para la elaboración participativa de normas; 4) del acceso a la información pública, y 5) de reuniones abiertas de los entes reguladores de los servicios públicos.

El Anexo VII, "Reglamento general de acceso a la información pública para el Poder Ejecutivo nacional", fija su ámbito de aplicación incluyendo organismos, entidades, empresas, sociedades, dependencias y todo otro ente que funcione bajo la jurisdicción del Poder Ejecutivo nacional. Incluso, sus disposiciones se extienden a las organizaciones privadas a las que se hayan otorgado subsidios o aportes provenientes del sector público nacional, así como a las instituciones o fondos cuya administración, guarda o conservación esté a cargo del Estado nacional -a través de sus jurisdicciones o entidades- y a las empresas privadas a quienes se les hayan otorgado mediante permiso, licencia, concesión o cualquier otra forma contractual, la prestación de un servicio público o la explotación de un bien del dominio público.

En líneas generales se establece lo siguiente.

1) Tal derecho constituye una instancia de participación ciudadana por la cual toda persona ejercita su derecho a requerir, consultar y recibir información de cualquiera de los organismos comprendidos en la norma. La finalidad consiste en que se provea al ciudadano de información completa, adecuada, oportuna y veraz. Como se adelantó, no es necesario acreditar derecho subjetivo, interés legítimo ni contar con patrocinio letrado.

2) El mecanismo de acceso debe garantizar el respeto de los principios de igualdad, publicidad, celeridad, informalidad y gratuidad.

3) En forma consecuente, se establece el principio general que presume pública toda información producida u obtenida por o para los organismos, entes y sociedades del Poder Ejecutivo nacional.

4) La solicitud de información debe ser realizada por escrito, con la identificación del requirente, pero

sin sujeción a ninguna otra formalidad, ni siquiera puede exigirse manifestación del propósito de la requisitoria.

5) El obligado debe permitir el acceso a la información en el momento de ser solicitado o en un plazo no mayor de diez días; término que puede ser prorrogado en forma excepcional por el mismo lapso, de mediar circunstancias que hagan difícil reunir la información solicitada.

6) La información debe ser brindada en el estado en que se encuentre al momento de efectuarse la petición, no estando obligado el sujeto requerido a procesarla o clasificarla. Cuando la información contenga datos personales o perfiles de consumo, estos datos deben ser protegidos.

7) Vencidos los plazos, se considera que existe negativa en brindar la información, quedando expedita la acción prevista en el art. 28 de la ley 19.549 y modificatorias (amparo por mora).

8) La negativa de la información objeto de la solicitud debe serlo por acto fundado, si se verifica que ella no existe, que está incluida dentro de alguna de las excepciones o que es posible acceder a ello sólo parcialmente, conforme al art. 17 del decreto.

9) La obstrucción arbitraria o injustificada al acceso o el suministro incompleto de información generarán la responsabilidad, por falta grave, del funcionario sin perjuicio de las responsabilidades civil y penal que pudieran corresponderle<sup>66</sup>.

<sup>66</sup> La norma contempla los casos en que puede exceptuarse la obligación de proveer la información requerida: si una ley o decreto así lo establece; si fuera expresamente clasificada como reservada (seguridad, defensa o política exterior); si pudiera poner en peligro el correcto funcionamiento del sistema financiero o bancario; secretos

Como en otros temas, las provincias han sido las pioneras en esta materia, aunque con variados alcances. Río Negro y Chubut fueron las primeras en dictar reglamentaciones, sin que ello haya implicado un reconocimiento amplio del derecho, dadas las restricciones en materia de legitimación<sup>67</sup>.

La regulación provincial no es uniforme, algunas admiten el acceso a la información pública sin necesidad de demostrar un interés legítimo o justificar la solicitud (Córdoba, Entre Ríos, San Luis, incluso la CABA).

industriales, comerciales, financieros, científicos o técnicos; si comprometiera los derechos o intereses legítimos de un tercero obtenidos en carácter confidencial; si hubiese sido preparada por los organismos dedicados a regular o supervisar instituciones financieras o preparada por terceros para ser utilizada por aquéllos y que se refiera a exámenes de situación, evaluación de sus sistemas de operación o condición de funcionamiento o a prevención o investigación de la legitimación de activos provenientes de ilícitos; preparada por asesores jurídicos o abogados de la Administración cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la defensa o tramitación de una causa judicial o divulgase las técnicas o procedimientos de investigación, o cuando la información privase a una persona del pleno ejercicio de la garantía del debido proceso; cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional; notas internas con recomendaciones u opiniones producidas como parte del proceso previo al dictado de un acto administrativo o a la toma de una decisión, que no formen parte de un expediente; información referida a datos personales de carácter sensible cuya publicidad constituya una vulneración del derecho a la intimidad y al honor -salvo que se cuente con el consentimiento expreso de la persona a que refiere la información solicitada-; información que pueda ocasionar un peligro a la vida o seguridad de una persona. Se fijan también los casos de información parcialmente reservada.

<sup>67</sup> CABA, ley 104 y su reglamentación, decr. 1361/07; Buenos Aires, ley 12.475; Catamarca, ley 5336; Chaco, ley 6431; Chubut, ley 3764; Córdoba, ley 8803; Corrientes, leyes 5834 y 5533; Entre Ríos, decr. 1169/05; Jujuy, ley 4444 y decr. acuerdo 7930/03; La Pampa, ley 1654; Misiones, ley 58 y decr. 929/00; Río Negro, ley 1829 y decr. 1028/04; Salta, decr. 1574/02; San Luis, ley 924; Santa Fe, decr. 692/09; Santiago del Estero, ley 6753, y Tierra del Fuego, ley 653.

Otras, como la de Buenos Aires y Santiago del Estero, sí prevén algunos de esos condicionamientos. Chubut, Jujuy, Misiones y Río Negro sólo permiten el ejercicio de tal derecho a quienes radican en la provincia.

En cuanto a la legitimación pasiva, las normativas también se diferencian, pues van desde la mayor amplitud, como CABA, San Luis, Córdoba y Tierra del Fuego, hasta las de Chubut, Jujuy, Río Negro y Santiago del Estero que no contemplan a las empresas públicas ni sectores con participación de capital estatal, como órganos a los cuales se les puede solicitar información. Por ejemplo, la ley 104 de la CABA prevé que la solicitud de información podrá dirigirse tanto a la Administración como al Poder Legislativo y Judicial, en cuanto a su actividad administrativa, y la ley 8803 de Córdoba agrega como legitimados pasivos al Defensor del Pueblo, al Tribunal de Cuentas, al Consejo Económico Social y al Ministerio Público Fiscal.

Las provincias que regulan este derecho mediante decretos –al igual que el ámbito nacional– permiten solicitudes de información al Poder Ejecutivo. Un dato a destacar es que la reglamentación en la provincia de Jujuy limita la accesibilidad, exigiendo el pago de tasas retributivas de servicios o sellados.

La mayoría de las normas prevé sanciones administrativas para los funcionarios que niegan o demoran la información, sin justificación.

Respecto de la exigencia de justificar las causas de la solicitud, el *decr. 1172/03*, como las leyes de la CABA, San Luis y Córdoba, no obligan a motivar el pedido de información. Un criterio diferente es seguido por otras normas provinciales, por ejemplo, las de las provincias de Buenos Aires y Jujuy.

c) *CUATRO FALLOS, UNA SOLA CONSECUENCIA: ACCEDER A LA INFORMACIÓN.* Diversos precedentes de la CSJN mues-

tran una interpretación inclusiva del acceso a la información, en la medida que además de su análisis a partir de antecedentes internacionales, reconoce su efecto expansivo por sobre las vallas que la normativa (o su ausencia) suele prever.

De los fallos dictados por la CSJN en los últimos años, seleccionamos tres, por dos razones: el tipo de dato o información que se solicita y la naturaleza jurídica del requerido (un ente público no estatal y una sociedad del Estado). La otra decisión es de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal y merece citarse por los sujetos involucrados (los órganos de control de la ley 24.156).

Presentan la particularidad de que la norma invocada en la acción judicial es el mencionado *decr. 1172/03* y, por supuesto, los principios y disposiciones constitucionales.

1) La decisión en la causa de "AGN c/EN - SIGEN (*decr. 1172/03*) s/amparo por mora" tiene su origen en la información solicitada por la Auditoría General de la Nación (AGN) a la SIGEN, vinculada a informes de control realizados en 2009, que no habían sido girados a pesar de los reiterados reclamos<sup>68</sup>.

El tribunal hizo lugar a la acción articulada e intimó a entregar toda la información solicitada (a la fecha de la sentencia la SIGEN había remitido una parte de los informes requeridos).

Valoró la naturaleza jurídica y la ubicación institucional de ambos organismos, así como la carencia de una autoridad común, pero destacó que la causa para requerir y dar a conocer la información, en este caso, no encontraba sustento en el *decr. 1172/03*, sino en nor-

<sup>68</sup> CNContAdmFed, Sala I, 12/4/11, "AGN c/EN-SIGEN (*decr. 1172/03*) s/amparo por mora".

mas superiores, como la Constitución nacional y la ley 24.156.

Este enfoque es acertado, más allá de presentarse una situación en la cual el principio afectado es el de colaboración entre los organismos de control.

Por lo tanto, a nuestro entender, hay una violación a la mencionada ley que establece que la Sindicatura deberá informar, entre otros, “a la Auditoría General de la Nación, sobre la gestión cumplida por los entes bajo fiscalización de la sindicatura, sin perjuicio de atender consultas y requerimientos específicos formulados por el órgano externo de control” (art. 107, inc. b).

A su vez, el art. 119 autoriza a la AGN a: “b) Exigir la colaboración de todas las entidades del sector público, las que estarán obligadas a suministrar los datos, documentos, antecedentes e informes relacionados con el ejercicio de sus funciones”.

2) En el fallo “Asociación Derechos Civiles c/EN PAMI - decr. 1172/03 s/amparo ley 16.986”, dicha Asociación, frente a la negativa de la demandada, presentó acción de amparo contra el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados Pensionados (PAMI) con el objeto de que le hiciera entrega de la información detallada, vinculada con la aplicación de fondos presupuestaria a la publicidad oficial de dicho organismo<sup>69</sup>.

El conflicto se centra en la aplicación del decr. 1172/03 a un ente como el PAMI, cuyas normas de creación lo categorizan como público no estatal (ver consid. 5).

Según la interpretación del ente demandado no le resultaban aplicables las disposiciones de ese decreto, atento su naturaleza jurídica y por no estar expresamente incluido en sus previsiones. Éste es el criterio que la CSJN considera contrario a la Constitución na-

<sup>69</sup> CSJN, 2012, *Fallos*, 335:2393.

cional (arts. 1º, 14, 16, 31, 32, 33, 75, inc. 22) y a los tratados y convenciones de derechos humanos.

En esa línea, el máximo tribunal afirma que la obligación de suministrar los datos solicitados no surge de la naturaleza jurídica del ente, sino del tipo de información.

El consid. 7 expresa que “aun cuando el recurrente no posea naturaleza estatal, dadas sus especiales características, los importantes trascendentes intereses públicos involucrados, la negativa a brindar la información requerida constituye un acto arbitrario ilegítimo en el marco de los principios de una sociedad democrática e implica, en consecuencia, una acción que recorta en forma severa derechos que son reservados... a cualquier ciudadano, en tanto se trate de datos de indudable interés público que hagan la transparencia y la publicidad de gestión de gobierno, pilares fundamentales de una sociedad que se precie de ser democrática”.

Reafirma que el reconocimiento del acceso a la información como derecho humano, evolucionó progresivamente en el marco del derecho internacional de los derechos humanos y que el sistema interamericano ha cumplido un rol fundamental. A partir de ello, realiza una exhaustiva descripción de las fuentes internacionales, los informes, las relatorías, la jurisprudencia de la CIDH y sus propias interpretaciones sobre la libertad de prensa y de expresión<sup>70</sup>, entre otros.

En suma, a su criterio, el tipo de información requerida cumple con las pautas internacionales e incluso con el alcance del decr. 1172/03; a eso se suma el argumento esencial de que la solicitud está dirigida a “una institución que gestiona intereses públicos que detenta una función delegada del Estado, siendo indiscutible la interacción entre el ente demandado y la administra-

<sup>70</sup> Ver CSJN, *Fallos*, 321:2558, 2767, 330:3908.

ción estatal". Por ello, entiende que la Asociación actora tiene derecho a que le brinden la información solicitada, en forma completa, y la demandada tiene la obligación de brindarla, salvo que demuestre la existencia de alguna restricción legal.

3) En el caso "CIPPEC c/EN -Ministerio Desarrollo Social- decr. 1172/03 s/amparo ley 16.986", la ONG presenta acción de amparo a fin de que la demandada informe sobre padrones de beneficiarios de transferencia limitada o subsidios otorgados en concepto de "ayuda social a personas" durante 2006 y 2007; transferencias a "otras instituciones culturales y sociales sin fines de lucro", sean éstas organizaciones locales, instituciones comunitarias o asociaciones barriales, identificando individualmente el nombre de la organización receptora, programa bajo el cual recibe el subsidio y valor monetario de cada una de las transferencias realizadas en 2006 y 2007<sup>71</sup>.

También solicita información sobre el alcance territorial y los funcionarios públicos de nivel nacional, provincial o local y representantes de organizaciones políticas, sociales o sindicales que habían intervenido en algún momento en el proceso de entrega de las prestaciones y de los intermediarios que otorgaron los planes (municipios, organizaciones sociales, etcétera).

El máximo tribunal resuelve hacer lugar al requerimiento judicial, obligando al Ministerio de Desarrollo Social de la Nación a brindar la información sobre la ejecución del presupuesto público asignado por el Congreso de la Nación, específicamente respecto de estos programas.

Se reiteran los fundamentos del precedente "Asociación de Derechos Civiles" antes citado, reconociendo que

<sup>71</sup> CSJN, 26/3/14, "CIPPEC c/EN Ministerio Desarrollo Social decr. 1172/03 s/amparo ley 16.986".

el derecho de buscar y recibir información ha sido consagrado expresamente por la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. IV) y por el art. 13.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y que la Corte Interamericana ha dado un amplio contenido al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, a través de la descripción de sus dimensiones individual y social.

La CSJN interpreta que para asegurar la publicidad de los actos de gobierno, que caracteriza a un sistema republicano, y garantizar el correlativo derecho a la información, "no resulta suficiente con dar a conocer las normas que establecieron los programas sociales, las partidas de presupuesto ejecutadas en ese marco o información estadísticamente cuantitativa relativa al número total de los beneficiarios, sino que la publicidad debe atravesar todas las etapas del accionar público y decantar desde la norma general a todo lo que hace a su instrumentación particular ya que sólo así es posible prevenir en forma efectiva la configuración de nichos de impunidad".

Es en esta oportunidad en la cual el tribunal indica la necesidad de que el Estado dicte urgentemente una ley que, "salvaguardando los estándares internacionales en la materia y la vigencia del principio de razonabilidad, regule de manera exhaustiva el modo en que las autoridades públicas deben satisfacer este derecho".

Uno de los posibles cuestionamientos que podría generar esta decisión es el vinculado al tipo de datos exigidos por la Asociación, y la protección de los llamados sensibles. Pero la Corte sorteó esa valla, al analizar los supuestos de la ley 25.326.

Estamos frente a un tema de permanente conflicto, como sostienen Ozslak y Kauffman, en la historia de la

humanidad. La disponibilidad y manejo de la información ha generado riesgos para la seguridad y privacidad de las personas. La irrupción de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) y su impacto en diversos ámbitos de la vida socioeconómica, condujo a organismos internacionales y gobiernos, a adoptar directrices para proteger la privacidad de los datos personales. Pero es cierto que la velocidad de los desarrollos en materia de información e infraestructuras de comunicaciones crea una preocupación aún mayor para asegurar el respeto a la privacidad y protección de tales datos disponibles en línea<sup>72</sup>.

Por ello, nos interesa remarcar los argumentos de los ministros Petracchi y Argibay, al referirse a los argumentos del Ministerio demandado, en el sentido que brindar la información implicaría exteriorizar la "vulnerabilidad" de los empadronados. "La 'vulnerabilidad' de muchos conciudadanos es una experiencia cotidiana que lastima a quienes la sufren y a quienes son testigos de ella, todos los días. No es ocultando padrones que se dignifica a los vulnerables. Por el contrario, haciéndolos accesibles se facilita que las ayudas estatales lleguen a quienes tienen derecho a ellas. La transparencia -no la opacidad- beneficia a los vulnerables. Ayudarlos no es ignominioso, la ignominia es pretender ocultar a quienes se asiste, pretendiendo que impere el sigilo en el ámbito de la canalización de los fondos públicos. Fondos que, parece innecesario aclarar, no son del Ministerio sino de la sociedad toda" (consid. 6, último párrafo).

4) Por último, en el caso "Giustiniani, Rubén H. c/YPF SA s/amparo por mora", el senador Rubén Héc-

<sup>72</sup> Ozslak - Kaufman, *Teoría y práctica del gobierno abierto: lecciones de la experiencia internacional*, p. 17 y siguientes.

tor Giustiniani inicia acción de amparo con el objeto de que YPF SA le entregue copia íntegra del acuerdo de proyecto de inversión que la sociedad suscribió con Chevron Corporation, para la explotación conjunta de hidrocarburos no convencionales en la provincia del Neuquén<sup>73</sup>.

El conflicto también se suscitó a partir de la aplicación del decr. 1172/03 a YPF, dado que la ley 26.741, mediante la cual se la estatizó, contempla en su art. 15 que "no le resultan aplicables legislación o normativa administrativa alguna que reglamente la administración, gestión y control de las empresas o entidades en las que el Estado nacional o los Estados provinciales tengan participación"<sup>74</sup>.

En lo que nos interesa, se destaca el énfasis puesto por la Corte para considerar la particular naturaleza jurídica de YPF, las funciones asignadas y el rol que desempeña el Poder Ejecutivo nacional en su operatoria.

El consid. 11 es preciso al expresar que "tanto las normas regulatorias como las medidas que en su con-

<sup>73</sup> CSJN, 10/11/15, expte. CAF 037747/2013/CS001.

<sup>74</sup> El voto mayoritario de la Sala I de la CNConAdmFed había rechazado la petición, sustentado en: a) que las disposiciones del decr. 1172/03 que reglamentan el acceso a la información pública no son aplicables a YPF SA, pues el art. 15 de la ley 26.741 excluyó a esa sociedad del control establecido en el mencionado decreto; b) que, aun cuando se admitiera el encuadramiento pretendido por la actora, tampoco resultaría posible acceder al pedido efectuado pues la divulgación del contenido del acuerdo firmado podía comprometer secretos industriales, técnicos y científicos; c) que las normas ambientales invocadas para justificar el pedido de información (leyes 25.675 y 25.831) expresamente contemplaban la posibilidad de negar el acceso a documentación cuando pudiera afectarse "el secreto industrial o comercial", y d) que el proceso había tramitado sin la participación de Chevron Corporation, empresa extranjera que había suscripto el acuerdo con YPF SA, que podía ver afectado su derecho constitucional a la defensa en juicio.

secuencia adoptó el Estado nacional permiten afirmar que YPF SA funciona bajo jurisdicción del Poder Ejecutivo nacional. En efecto, es éste quien ejerce los derechos políticos sobre la totalidad de las acciones sujetas a expropiación hasta tanto se perfeccione la cesión de los derechos políticos y económicos a las provincias integrantes de la Organización Federal de Estados Productores de Hidrocarburos y, además, es quien dispone del 51% de las acciones de la sociedad, por lo que despliega un control sobre ella y es capaz de determinar de manera sustancial, con el propósito de alcanzar los objetivos fijados por la ley 26.741, todos los asuntos que requieran la aprobación por la mayoría de los accionistas, incluyendo la elección de la mayor parte de los directores y dirección de las operaciones”.

El gobierno del Ejecutivo sobre la sociedad está presente en la designación del gerente general de ésta por parte del presidente de la Nación y la elección del ministro de Economía de la Nación como integrante del directorio de la compañía, “a partir de las instrucciones impartidas a los representantes del Estado nacional en la sociedad por esa propia cartera”.

A eso se suma que el decr. 1189/12 –que regula la provisión de combustibles y lubricantes para la flota de automotores, embarcaciones y aeronaves oficiales– indica que YPF SA integra el sector público nacional, equiparando su situación a la de las empresas y sociedades del Estado –inc. b del art. 8° de la ley 24.156–. En síntesis, YPF es uno de los sujetos que se encuentra bajo la jurisdicción del Poder Ejecutivo nacional y obligado a dar cumplimiento a las disposiciones del decr. 1172/03, en materia de información pública.

El surgimiento de nuevas formas jurídicas empresariales o societarias en la organización administrativa, que no responden a las categorías conceptuales tradicionalmente preestablecidas (pues presentan regímenes

jurídicos heterogéneos en los que se destaca la presencia simultánea de normas de derecho público y derecho privado), no puede ser justificativo para obstaculizar el acceso a información a la que todo ciudadano tiene derecho “para vigilar la marcha de los asuntos de interés general” (en particular, consid. 20).

Ya hemos tenido oportunidad de considerar el continuo debate generado por la cantidad de formas societarias creadas en los últimos años y las consecuencias que se derivan de no aceptar su encuadramiento dentro de la Administración<sup>75</sup>.

Por ejemplo, las nuevas sociedades anónimas de un solo socio (v.gr., EBISA) obligan a recordar que todas estas figuras deben ser estudiadas en el contexto de la realidad político-económica de la época en la que se forman. El casuismo que ello apareja no impide la aplicación de principios generales y de datos comunes que confluyen en la presencia del Estado.

Tal como explica la Corte, la ley 24.156 incluye dentro del sector público nacional, en el inc. b del art. 8°: “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”.

Si bien el SPN es una figura que responde a criterios de la administración financiera y a los principios presupuestarios de universalidad y unidad, es indudable que la ley 24.156 resulta una válida norma de inter-

<sup>75</sup> Ivanega, *Nuevos interrogantes sobre la protección constitucional del trabajador. El caso de los empleados de las empresas y sociedades del Estado*, LL, 2011-F-923.

pretación junto a otras pautas o condicionamientos de las leyes de creación, como la relación con el Poder Ejecutivo.

Es cierto que actualmente se encuentra en discusión si el convenio –objeto de litigio– debe o no ser difundido, como lo exige la sentencia. No entraremos a discernir sobre tal debate; sin embargo, entendemos que la existencia de cláusulas que se consideran reservadas o secretas, debería ser evaluada por la justicia a partir de las pruebas que la propia Administración aporte. Es decir, que la excepcionalidad de la “no información” debe ser probada en función de la demostración de intereses superiores que justifiquen la restricción.

En síntesis –y reconociendo la complejidad de los aspectos estratégicos, empresariales, económicos y políticos involucrados–, opinamos que escudarse tras la naturaleza jurídica de un ente o una sociedad para impedir el goce de los derechos fundamentales es inconstitucional, porque la organización estatal –se estructure como se estructure– debe estar dispuesta en pos de la vigencia y efectividad de aquéllos. Los instrumentos y procedimientos de una gestión pública que se precie de “verdaderamente” eficiente nunca pueden constituir resortes para ocultar el manejo de los fondos y bienes.

Las referidas decisiones judiciales resultan sumamente relevantes porque implican un alcance amplio del derecho en cuestión, en particular en los casos de PAMI e YPF, dado que el ejercicio de aquél no puede ser limitado con argumentos basados en el tipo de organización estatal.

Coincidimos con las soluciones arribadas, porque la forma que el legislador o el Ejecutivo otorgan a determinados entes debe estar sustentada en razones de gestión, en su eficiencia, eficacia, en el mejoramiento del desarrollo de las funciones asignadas, pero nunca

pueden constituir barreras en el logro de los derechos fundamentales, ya que de suceder ello, la conformación misma devendría en inconstitucional.

d) *PROYECTO DE LEY DE ACCESO A LA INFORMACIÓN*. En abril de 2016, el Poder Ejecutivo Nacional presentó un proyecto de ley con el objeto de garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceder a la información pública, promover la participación ciudadana y la transparencia de la gestión pública (mensaje n° 564). Si bien se trata de un avance en la materia y no es ésta la ocasión para formular un análisis exhaustivo de sus disposiciones, cabe detenerse en algunos de sus artículos.

El art. 7° se refiere al “ámbito de aplicación”, incluyendo como sujetos obligados a brindar información a organizaciones empresariales, los partidos políticos, los sindicatos, las universidades y toda entidad privada que haya recibido subsidios o aporte estatal, “en lo que se refiera, únicamente, a la información producida total o parcialmente o relacionada con los fondos públicos recibidos” (inc. 7). Es fácil comprobar que tales personas jurídicas cuentan con estructuras y objetivos institucionales diversos, lo que hubiera justificado realizar algunas distinciones.

En efecto, los partidos políticos, sindicatos y universidades tienen un rol esencial en el Estado democrático, en función del cual deben poner a disposición de la comunidad todas las actuaciones vinculadas con sus fines públicos, los cumplan con fondos públicos o aportes privados, pues el interés de la sociedad no necesariamente puede vincularse con el origen de los fondos; así por ejemplo, los conflictos de intereses han de presentarse en ambos supuestos. También los procedimientos que llevan a cabo en el marco de sus competencias revisten un carácter público; un ejemplo son los concursos docentes de las universidades, que si bien presupo-

nen la existencia de un cargo presupuestado –atendido con fondos públicos– la importancia de su conocimiento no está dada por ellos, sino por la necesidad de conocer la regularidad de su tramitación.

Otro aspecto del proyecto a revisar es el vinculado a la creación de órganos, y entes (Responsables, la Agencia y el Consejo Federal) cuyo funcionamiento puede terminar en una mayor burocratización del sistema. En el caso de la Agencia de Acceso a la Información, se destaca que se trata de un ente administrativo con atribuciones generales de recopilación, diseño de estructura, redacción y aprobación del reglamento, constituye un canal de comunicación, elabora estadísticas, coordina el trabajo de los responsables de acceso a la información pública, etcétera. De ellas, merecen destacarse la de resolver los reclamos de los particulares, y la posibilidad de iniciar las acciones judiciales que correspondan, con legitimación procesal activa en el marco de su competencia. En este caso, por ahora no se visualizan con precisión los supuestos en los que podría hacerse efectiva esa facultad, dado que la mayor parte de sus competencias son del tipo administrativas (art. 24). Tampoco parece adecuado, ubicar al director con un rango y jerarquía de subsecretario, categoría inferior a los ministros.

Por último, destacamos la importancia que se les asigna a los medios informáticos (título II), los cuales, insistimos, son instrumentos para hacer efectiva la transparencia, pero no son fines en sí mismos. Este principio tiene una esencia pública, y como tal es necesario comprender a toda la comunidad. Por eso, siempre será necesario medir las herramientas de transparencia en función de las realidades sociales, culturales, económicas, de educación.

e) *LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA.* Tras las normas, estudios, investigaciones, decisiones judiciales, programas po-

líticos, subyacen algunas incertidumbres que en la actualidad atentan contra la concreción de este derecho.

Una de ellas es la vinculada con el grado de confianza que la sociedad tiene sobre la efectividad de la participación. Es decir, ¿el ciudadano confía en que su participación es un puente de acercamiento entre él y las autoridades y que contribuye a mejorar la gestión pública?

Otra cuestión no menor, ligada con la anterior, es el desplazamiento de los cauces formales de participación por otros informales y espontáneos, que no son recientes, ya que han sido los primeros pasos dados en esta materia (p.ej., las protestas, manifestaciones populares en espacios públicos). A éstos se acoplan nuevos instrumentos como las redes sociales.

Por qué el ciudadano desconfía o echa mano a mecanismos informales, incluso improvisados, son preguntas cuya respuesta no son exclusivas del derecho (involucran aspectos sociales, culturales, educativos, económicos), aunque éste no las puede ignorar.

Más allá del reconocimiento supraconstitucional de la participación ciudadana, como principio general traducido en un derecho fundamental del hombre, la instrumentación en procedimientos concretos debe partir de políticas públicas definidas, objetivas, alejadas de los paternalismos y del clientelismo político.

Es decir, la participación ciudadana no es propiedad de ideologías, sino que pertenece al individuo y sus comunidades.

A partir de políticas viables y objetivas, el dictado de normas que la encauzan en procedimientos y modalidades debe ajustarse a la idiosincracia de los pueblos y sus necesidades.

La mejor ley no es la que más artículos tiene, sino la que mejor refleja la realidad que regula y los fines que pretende obtener con su aplicación.

Luego, corresponderá fortalecer la aplicación de la norma, de forma que la sociedad opte por los mecanismos que cumplan los principios de eficiencia, eficacia, tiempo razonable, agilidad de los procedimientos, eliminación de barreras formalistas, etcétera.

En síntesis, la participación ciudadana, con diversos desarrollos y expresiones, está inmersa en la formación de la sociedad, recibiendo del funcionamiento democrático una identidad que no puede ser subestimada.

1) *Algunas de sus manifestaciones.* Lo expresado muestra por qué no es posible ubicarla en un solo ámbito, ya que se ha instalado en diversas dimensiones del vínculo entre los gobiernos y los ciudadanos.

El derecho de participación ciudadana en la gestión pública debe concretarse a través de mecanismos que la favorezcan en beneficio de la inclusión y la cohesión social.

Seis son los sectores, en los que se concreta el principio de participación<sup>76</sup>:

a) El social, que implica un derecho a cogestionar determinadas políticas públicas como las de educación, cultural, vivienda<sup>77</sup>.

b) El económico que se traduce en la incorporación de la sociedad civil a la gestión de programas públicos ligados a cooperativas agrícolas, cajas de ahorro, microempresas.

c) La defensa de derechos humanos frente al Estado y a entidades privadas, que implica la defensa del

<sup>76</sup> González Marregot, *La participación ciudadana como paradigma de gobierno*, "Opinión y Análisis", ago. 2005.

<sup>77</sup> Un ejemplo interesante de esta modalidad es el Consejo de Cooperación al Desarrollo, órgano consultivo de la Administración General del Estado, en España, creado en 1995 como órgano de participación y cooperación al desarrollo, posteriormente modificado en cuanto a su composición por Real decr. 21/2000.

género, la niñez, la tercera edad, derechos ambientales, terreno típico del voluntariado social y de organizaciones no gubernamentales.

d) La planificación local, que comprende la municipal, el desarrollo urbano, ordenamiento urbanístico, el presupuesto participativo.

e) La elección de representantes comunitarios a instancias de la gestión local e incluso, en algunos países, la elección de jueces de paz.

f) La posibilidad de elegir a miembros e integrantes de los poderes del Estado (presidentes, gobernadores, alcaldes), incluyendo aquí la probabilidad de presentar iniciativas legislativas.

Son numerosas las normas que prevén la participación ciudadana, muchas de las cuales han sido citadas al referirnos al acceso a la información.

La propia Constitución nacional la contempla, entre otras disposiciones, al referirse a: la iniciativa popular (art. 39); la consulta popular (art. 40); la participación de asociaciones de usuarios y consumidores y de las provincias en los organismos de control (art. 42); la participación de los pueblos indígenas en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten, con posible concurrencia de las provincias (art. 75, inc. 17); la participación de la familia y de la sociedad en el marco de las leyes de educación (art. 75, inc. 19); la elección directa del presidente de la Nación (art. 94); la sesión pública para el nombramiento de jueces de la Corte Suprema de Justicia y jueces federales inferiores (art. 99, inc. 4); la participación del Jefe de Gabinete en los debates parlamentarios (art. 100, inc. 9); las audiencias públicas del Consejo de la Magistratura de la Nación (art. 114); la participación en la elaboración del estatuto organizativo de la ciudad de Buenos Aires (art. 129).

Algunas de las leyes en materias específicas son los marcos regulatorios de los servicios públicos (leyes 24.065 y 24.076), la ley de defensa del consumidor (ley 24.240 y modificatoria); la ley general del ambiente (ley 25.675), etcétera.

Otro ejemplo es el decr. 1172/03, entre cuyos reglamentos están los vinculados a la "elaboración participativa de normas" y "reuniones abiertas de los entes reguladores de los servicios públicos". Hay entonces diversas variables de este derecho, que involucran a los tres poderes del Estado como deudores natos de su satisfacción.

Por ejemplo, un supuesto de participación en el ámbito del Poder Judicial es la institución del *amicus curiae* (amigos del tribunal), que se introduce para los procesos en los que el interés público trasciende el de las partes, con el objeto de que una persona física o jurídica ilustre a los jueces sobre los puntos de contienda. En ese sentido, se indica que es un mecanismo que estimula la participación ciudadana y que permite admitir a quienes no son estrictamente partes contrincantes para que arrimen elementos que faciliten una acertada solución del pleito<sup>78</sup>.

En cualquiera de sus manifestaciones, requiere la participación tanto de los gobiernos como de los ciudadanos, determinadas condiciones y esfuerzos.

Los primeros deben tener un fuerte compromiso político para tratar que la sociedad civil se organice y capacite, poniendo a su disposición los recursos adecuados. La intervención en los procesos de participación implica la existencia de procedimientos sencillos y de prácticas que prioricen la transparencia y la responsabilidad<sup>79</sup>.

<sup>78</sup> Carnota, *Una institución amigable (El "amicus" y la Corte)*, el *Dial*, DC492.

<sup>79</sup> En ese sentido, ver González Maregot, *La participación ciudadana como paradigma de gobierno*, "Opinión y Análisis", ago. 2005.

Los ciudadanos, a su vez, en forma individual o conformando organizaciones, deben propender a una actuación responsable, en un marco de solidaridad y tolerancia, aceptando la crítica libre y plural.

Por eso, resulta esencial fortalecer las organizaciones sociales de usuarios y consumidores, para que éstos se encuentren debidamente representados y puedan tener un espacio para ser escuchados. El crecimiento de estas organizaciones tiene diversas causas, que van desde el déficit de los partidos políticos y las carencias de la gestión gubernamental, hasta el reordenamiento de las relaciones Estado-ciudadano<sup>80</sup>.

Respecto de la Administración pública, la necesidad de que la democratización sea exigida a esta organización es consecuencia de la cercanía entre ésta y la ciudadanía. Es justamente esa participación la que persigue reforzar las posibilidades de control de la sociedad sobre la Administración para completar los esfuerzos, reorientar el alcance del interés público<sup>81</sup>.

En consecuencia, el ciudadano puede tomar parte en el ejercicio de la función administrativa actuando de diversos modos, durante el procedimiento administrativo que conduce a la emisión del acto, pero sin incorporarse a la estructura administrativa, o bien puede hacerlo insertándose en ésta de forma circunstancial o permanente. Se habla así de participación *procedimental* y de participación *orgánica*<sup>82</sup>.

Por otro lado, si se atiende a la protección concedida por el ordenamiento jurídico, se pueden distinguir otras

<sup>80</sup> Poder Ciudadano, *Transparencia y control social en las contrataciones públicas*.

<sup>81</sup> Morón Urbina, *Ley de procedimiento administrativo general*, p. 373 y siguientes.

<sup>82</sup> Comadira, *Procedimiento administrativo y participación ciudadana*, el *Dial*, DC697.

dos especies: la participación tutelada –o participación propiamente dicha– y la de otorgamiento discrecional.

La primera se configura cuando el ordenamiento jurídico, según enseña Comadira, “otorga al administrado el derecho, exigible en sede administrativa y judicial, de tomar parte como colaborador en el ejercicio de la función administrativa, sea en el procedimiento previo a la emisión del acto, sea a través de su inserción, ocasional o permanente, en dicha estructura”. El otro tipo de participación se presenta cuando la colaboración del administrado en el ejercicio de la función administrativa se presenta como una posibilidad, es decir, como alternativa de decisión discrecional para la autoridad administrativa, sin que ésta “tenga más obligación que la de fundar su negativa cuando mediare una petición del particular”.

Fuera de estos supuestos –continúa señalando el mismo autor– existen otros que se vinculan con procedimientos de defensa o simple colaboración: en los procedimientos de selección de contratistas de la contratación pública, las audiencias públicas y otros modos de consulta en el marco de los servicios públicos y la intervención en sistemas de control del actuar de la Administración, son ejemplos en los que el administrado no se defiende, pero colabora con la Administración participando en el procedimiento administrativo.

Como se desprende de la jurisprudencia de la CSJN y de los tribunales inferiores, estamos frente a un derecho de naturaleza social, que garantiza a las personas –física o jurídica, pública o privada– el conocimiento y la participación en todo lo relacionado con los procesos políticos, gubernamentales y administrativos<sup>83</sup>.

<sup>83</sup> Fallos, 314:1517. Posteriormente, en la causa “Carranza Latrubesse, G. s/acción de amparo”, del 23/5/06, vinculada a la selección de jueces, los doctores Fayt y Zaffaroni –votos en disidencia– puntualizaron

Su relación con el acceso a la información ha estado presente en el criterio de que la participación se presenta, en tanto enderezada a la obtención de información sobre los actos públicos, como inherente al sistema republicano y a la publicidad de los actos de gobierno<sup>84</sup>.

En definitiva, es un derecho, no un fin en sí mismo; es un medio para efectivizar otros derechos que tampoco son fines en sí mismos, pues son eslabones para obtener los objetivos sociales del Estado<sup>85</sup>.

Así, siguiendo el criterio aplicado en el control social y lo indicado al principio de este punto, la participación puede concretarse a través de cauces fijados en las reglamentaciones o informales, espontáneos. Convertida, junto al acceso a la información, en una carta de presentación del ciudadano actual, continúa siendo un resorte constitucional que las más de las veces es utilizado como demostración de disconformidad, como si la participación llevara implícita la noción de queja.

que “la democratización en el acceso a la magistratura judicial, la participación ciudadana en los procedimientos de selección, la profundización de las exigencias científicas y éticas de los candidatos a jueces, el compromiso de éstos con los valores fundacionales del instrumento político que nos rige y la transparencia del nuevo sistema a fin de recuperar la fe en las instituciones republicanas, sólo constituirían una expresión de buenos deseos carentes de obligatoriedad, una declamación abstracta, si se dejaran librados a la auto regulación del órgano estatal competente que –por su naturaleza– inexorablemente se desplazará hasta el límite de sus atribuciones y superará la órbita de ellas” (Fallos, 329:1723).

<sup>84</sup> Fallos, 321:2767. Este enfoque fue desarrollado por la Sala II de la CNContAdmFed, en la causa “Centro de Implementación de Políticas Públicas E. y C. y otro c/Honorable Cámara de Senadores del Congreso de la Nación s/amparo ley 16.986”, iniciada por esa Asociación y por ACIJ con el objeto de que se condenara a la Cámara de Senadores de la Nación a publicar en Internet los decretos de carácter parlamentario y administrativo emitidos por la presidente del cuerpo.

<sup>85</sup> López Alfonsín, *De la necesidad de audiencias públicas con participación de los consumidores y usuarios en la cuestión tarifaria de los servicios públicos*, elDial, DC492.

Tradicionalmente, una de las formas que sigue caracterizando a la participación ciudadana es la audiencia pública, modalidad que tuvo su máximo desarrollo durante el período en el cual los entes reguladores de servicios públicos ejercían el control de los servicios públicos concesionados<sup>86</sup>.

Constituyen un medio de defensa del particular, de autocontrol administrativo e instrumento de colaboración y participación de los interesados, en el marco del debido procedimiento adjetivo<sup>87</sup>.

En los términos de Gordillo<sup>88</sup>, este procedimiento previo a la emisión del acto administrativo es:

a) Una garantía objetiva de razonabilidad para el administrado, en cuanto percepción de que el Estado actúa razonablemente.

b) Una garantía objetiva de transparencia de los procedimientos estatales.

c) Un mecanismo idóneo de formación de consenso de la opinión pública respecto de la juridicidad y conveniencia del obrar estatal.

d) Un elemento de democratización del poder, conforme al clásico principio de que la democracia es no sólo un modo de designación del poder, sino también un modo de ejercicio del poder.

e) Un modo de participación ciudadana en el poder público, algo que viene exigido tanto por principios políticos y constitucionales como por las normas supranacionales.

<sup>86</sup> Para la crítica al sistema de audiencia pública en relación con los servicios públicos y los comentarios al caso "Soldano" de la CSJN del año 2014, ver Sacristán, *Participación en el procedimiento administrativo: las audiencias públicas*, en "Procedimiento administrativo. A 20 años de la reforma constitucional", p. 23 a 35.

<sup>87</sup> Comadira, *Derecho administrativo*, p. 249.

<sup>88</sup> Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, XI-6.

Oír al interesado antes de dictar una decisión que pueda afectar sus derechos o intereses, es un principio de raigambre constitucional. Y específicamente la audiencia pública encuentra su sustento en el art. 42 de la ley fundamental, que exige que la legislación prevea "*la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control*".

La omisión de la Administración configura un vicio en el procedimiento del acto administrativo y produce la nulidad absoluta e insanable de éste, por violación de los arts. 7º, inc. d -procedimiento esencial y sustancial- e inc. e -motivación- y 14, inc. b, que fulmina con la nulidad absoluta el vicio esencial de procedimiento de la ley 19.549<sup>89</sup>.

En el conocido caso "Youseffian"<sup>90</sup> se interpretó que "el instituto de la audiencia pública... constituye uno de los cauces posibles para el ejercicio de los derechos contemplados en el mentado art. 42 de la Const. nacional", aunque ello no implica "que la audiencia pública sea el único camino válido a seguir en el caso (o en otros supuestos de decisiones atinentes a los servicios públicos)... lo insoslayable es la necesaria participación de consumidores y usuarios con carácter previo a la toma de decisiones... El instituto de la audiencia pública no es sino uno de los medios a través de los cuales podría tener lugar dicha participación... no puede ignorarse la circunstancia de que, al no estar normati-

<sup>89</sup> Uslenghi, *Audiencias públicas*, en "Procedimiento administrativo", p. 303.

<sup>90</sup> CNContAdmFed, Sala IV, 23/6/98, "Yousefián Martín c/Estado nacional (Secretaría de Comunicaciones) s/amparo ley 16.986", con comentario de Sacristán, *Participación ciudadana previa a la toma de decisión administrativa: acerca de algunos de sus fundamentos en el derecho inglés*, LL, 1999-B-480.

vamente predeterminada la conducta, la adopción de la medida concreta –que puede ser la indicada (audiencia pública) u otra que de modo análogo asegure la necesaria participación de usuarios, consumidores y asociaciones que los nucleen– corresponde al poder administrador, quien debe contar con la libertad necesaria para cumplir su función de gestor de los intereses públicos<sup>91</sup>.

El concepto de esta institución tiene un doble carácter público: *a*) por la publicidad y transparencia del procedimiento, su oralidad e intermediación y registro gráfico y filmico de los medios de comunicación, publicación de las reuniones, etc., y *b*) por la participación procesal y el acceso del público en general a tales procedimientos, como sujeto activo y parte en sentido procesal de ellos.

En el primer caso, se concretan la transparencia y el acceso al conocimiento público de todos los actos estatales; en el segundo, se cualifican de modo especial a las audiencias públicas, priorizándose “la activa participación del público como parte en el procedimiento, en sentido jurídico y no ya como mero espectador”<sup>92</sup>.

Las opiniones durante las audiencias tienen carácter consultivo, no son vinculantes, aun cuando en la toma de decisión la autoridad debe evaluar los resultados de ese instrumento.

Por último, cabe hacer una alusión al presupuesto participativo, modalidad en la cual la sociedad interviene en el debate, elaboración, control y seguimiento del presupuesto público anual<sup>93</sup>.

<sup>91</sup> Sacristán, *Participación ciudadana previa a la toma de decisión administrativa: acerca de algunos de sus fundamentos en el derecho inglés*, LL, 1999-B-480.

<sup>92</sup> Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, XI-11.

<sup>93</sup> Ivanega, *El presupuesto participativo*, en “Administração pública e participação social na América Latina”.

Se trata de una herramienta de democracia participativa, abierta a los ciudadanos que intervienen en el proceso de toma de decisiones sobre los asuntos públicos, lo que, por otra parte, conforma también un control a la Administración.

La ciudadanía define las prioridades, servicios, obras o inversiones que necesita, asumiendo un rol distinto principalmente en la etapa inicial del procedimiento de formación del presupuesto.

Es, entonces, un mecanismo de participación popular que vincula el destino de los fondos públicos y, en su caso, la rendición de cuentas.

Las ventajas de este sistema radican en que permite a la sociedad tanto expresar su opinión sobre temas incluidos en los programas de gobiernos como controlar la ejecución de los actos de implementación de dichos programas.

Si bien las prioridades y objetivos fijados en el proceso de presupuesto participativo no son vinculantes para el gobierno, ello no libera a la autoridad de fundar el apartamiento de las opiniones vertidas por la comunidad participante.

Para que el presupuesto participativo cumpla con sus fines debe ser objeto de una progresiva implementación con solución de continuidad, además de la capacitación a los ciudadanos en cuanto a las modalidades y la importancia de que participen, y la accesibilidad a la información sin restricción.

En esta figura se unen la transparencia, la participación y el control social. Traduce un canal de comunicación entre el ciudadano, sus asociaciones y los gobernantes, generándose un compromiso recíproco y un acercamiento del vecino a la organización y su complejidad.

2) *La Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública del CLAD de 2009*. En

este apartado haremos una breve referencia a este documento, que reconoce a toda la población la posibilidad de influir en la producción de las políticas públicas; fijando que para alcanzar este objetivo el camino correcto se encuentra en la creación de formas institucionalizadas de participación ciudadana.

El mayor desafío es impulsar la universalización de este derecho, para crear las condiciones que permitan que los sectores más vulnerables accedan a esa participación para la defensa y exigencia de sus derechos, estableciéndose como un medio para la transformación social. "La participación ciudadana se tiene que orientar en general por el principio de corresponsabilidad social, por el cual los ciudadanos y las ciudadanas, individualmente o agrupados en colectivos, tienen que contribuir al bien común o interés general de la sociedad".

A los efectos de dicha Carta, se entiende por participación ciudadana en la gestión pública "el proceso de construcción social de las políticas públicas que, conforme al interés general de la sociedad democrática, canaliza, da respuesta o amplía los derechos económicos, sociales, culturales, políticos y civiles de las personas, y los derechos de las organizaciones o grupos en que se integran, así como los de las comunidades y pueblos indígenas".

Los principios que sustentan este derecho son: constitucionalización; igualdad; autonomía; gratuidad; institucionalización; corresponsabilidad social; respeto a la diversidad y no discriminación; adecuación tecnológica.

Conforme se estipula en el Capítulo Tres, para garantizar la participación individual y colectiva en las administraciones públicas se propicia:

a) El acceso a información de interés general, su difusión activa y la posibilidad de consulta a través de medios físicos, audiovisuales y electrónicos.

b) La difusión pública de los canales de comunicación abierta y permanente con cada área de la Administración.

c) La invitación pública a la ciudadanía a vincularse con la Administración, sin otro requisito que su condición de ciudadano y ciudadana.

d) La respuesta en tiempo y forma adecuada a toda consulta, solicitud o propuesta presentada.

e) La provisión de mecanismos participativos especiales para incluir a todo ciudadano y ciudadana que por su lengua, condición social y cultural, discapacidad, ubicación geográfica u otras causas tenga dificultades para comunicarse con la Administración, o limitaciones para acceder a los mecanismos de participación ordinarios.

f) La instrumentación de mecanismos de colaboración adecuados para que los pueblos indígenas, las comunidades o colectivos de ciudadanos, se estructuren y definan sus propias fórmulas de representación interna, a fin de hacer viable el diálogo con las administraciones públicas.

g) La gestión transparente de intereses a instancias de colectivos ciudadanos para manifestar reclamos, propuestas o consultas en el marco de las políticas y normas vigentes.

En definitiva, la participación ciudadana debe ser dotada de un sentido democrático, "una herramienta para mejorar la calidad de vida de las personas"<sup>94</sup>.

Este derecho implica obligaciones positivas a cargo de la Administración pública, comprendiendo mecanismos institucionales que permiten una forma de comunicación entre la Administración y el ciudadano<sup>95</sup>.

Nos interesa señalar la previsión contenida en el capítulo cuarto, que reconoce a la participación como

<sup>94</sup> Villanueva, *Derecho de acceso a la información pública en Latinoamérica*, p. XXIV.

<sup>95</sup> Rincón Córdoba, *Las generaciones de los derechos fundamentales y la acción de la Administración Pública*, p. 295.

organización y proceso. En lo particular, merece destacarse el punto 28, que estipula la necesidad de asegurar la articulación de los mecanismos de participación ciudadana, "en especial los dedicados al control, con los órganos estatales fiscalizadores unipersonales o colegiados que dependen del poder legislativo o ejecutivo, de las contralorías o tribunales de cuentas, del defensor del pueblo o del ciudadano, y de los organismos estatales especializados en el combate a la corrupción, con el fin de potenciar el ejercicio de control social".

Efectivamente, tal reconocimiento es sumamente apropiado, pues traduce la necesidad de coordinar y complementar las diferentes modalidades de control, las que no se contraponen, sino por el contrario se engrazan con el objetivo de merecer el bienestar de la sociedad y de cada uno de sus integrantes.

En tal sentido, al participar, opinar y criticar, la sociedad controla.

## CAPÍTULO V

### RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

#### § 26. *RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL FUNCIONARIO*

Tal como expusimos en las páginas anteriores, escasa atención ha merecido la responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos; incluso la sociedad desconoce lo que ella significa o cuáles son sus causas, consecuencias y objetivos.

El desinterés que se percibe es un factor determinante a la hora de fijar las prioridades por parte de los poderes del Estado.

El avance progresivo hacia la responsabilidad estatal no se vio reflejado en la responsabilidad de los funcionarios públicos; muy por el contrario.

La evolución de la primera ha tenido como contrapartida el retroceso de las responsabilidades individuales; ello produce una sustitución de sujetos responsables, pues se juzga al Estado como si los errores, las irregularidades, las omisiones que se le imputan no provinieran de seres humanos.

Aquel que genera la anomalía, la falta, el perjuicio se convierte en un mero espectador, que “desde afuera” presencia cómo se responsabiliza a otro (el Estado) por sus acciones y omisiones.

Por ello, aún hoy la responsabilidad de los funcionarios, salvo raras y elogiosas excepciones, se convierte en una utopía. Esto involucra todos los tipos de responsabilidad, incluso la disciplinaria, cuyo reducido ámbito de aplicación es muestra de su “pase a retiro” del contexto de la función pública.

Así por ejemplo, pesan sobre las arcas públicas las reparaciones a las que el Estado está obligado por las acciones u omisiones de sus agentes públicos, quienes permanecen ajenos a las consecuencias que ellos mismos generaron. La acción de repetición no ha constituido un objetivo prioritario a incluir en los proyectos legislativos o agendas del Ejecutivo.

En cuanto al debate acerca de incluir o no la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios en las disposiciones de un Código Civil y Comercial, coincidimos en que se trata de una materia propia del derecho público y, por ende, de regulación local, que merece un tratamiento ajeno al sistema del derecho civil<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> El tema remite al criterio de la CSJN al analizar su competencia en las demandas por daños y perjuicios originadas en la responsabilidad de las provincias y la noción de “causa civil” en el fallo “Barreto”, de 2006. En esa ocasión sostuvo que la competencia originaria de la Corte Suprema es exclusiva e insusceptible de extenderse, y sólo procede en razón de las personas cuando a la condición de vecino de otra provincia —o de extranjero— se une el requisito de que el litigio asuma el carácter de “causa civil”, calificación atribuida a los casos en que están en juego disposiciones de derecho común, o sea el régimen de legislación contenido en la facultad del art. 75, inc. 12, de la Constitución nacional (*Fallos*, 329:759; ver, también, *Fallos*, 333:535; 333:1710; 333:2426; 334:902)

Sin perjuicio de ello, en otra ocasión opinamos acerca de la necesidad de establecer un marco básico nacional<sup>2</sup> en el Código de fondo, sin afectar las autonomías provinciales, conteniendo los principios generales y postulados de la responsabilidad estatal<sup>3</sup>.

Ciñéndonos a las responsabilidades de los agentes públicos y a su interpretación, cabe considerar como pilar de todos los análisis, las expresiones de la Corte IDH, en el sentido de que “el Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación”<sup>4</sup>.

El tema que nos convoca es un instrumento sobresaliente al servicio del Estado de derecho, corolario de la asignación de competencia de la que se deriva la responsabilidad de ejercerla dentro del marco legal, asegurando el mejor y más eficaz servicio para la sociedad.

Se trata de exigir un sistema de responsabilidad que proteja los bienes públicos, y que paralelamente

<sup>2</sup> Ivanega, *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*, cap. II.

<sup>3</sup> Cassagne se enrola entre los autores que defienden la postura de la regulación de derecho público local, aunque considera que la responsabilidad estatal y de los funcionarios públicos conforma una institución troncal (como el dominio del Estado), que puede ser regulada por el Código Civil con “el objeto de mantener la coherencia y la unidad del sistema jurídico” (*Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y empleados públicos en el Código Civil y Comercial proyectado*, LL, 2012-E-1202; Perrino, *La regulación de la responsabilidad por actividad estatal legítima*, en la ley 26.944, BCS, año XVI, n° 12, p. 31 a 47).

<sup>4</sup> Corte IDH, 29/7/88, “Velásquez Rodríguez”, serie C, n° 4, párr. 174.

constituya un elemento esencial de una gestión pública eficiente.

En síntesis, pesan sobre el funcionario una serie de deberes que involucran a la comunidad y a la organización pública de la que forma parte.

En ese complejo contexto, el reconocimiento normativo no es suficiente para preservar los valores que se persiguen con la responsabilidad funcional; son necesarias medidas concretas que permitan verificar en la práctica el correcto funcionamiento de las instituciones.

Cada una de las responsabilidades a las que están sujetos los servidores públicos protege distintos bienes jurídicos, y ello tiene un sentido lógico-jurídico: la disciplina interna de la organización, el erario público, los derechos y las garantías de los particulares, son particularmente tutelados y si el servidor los afecta transgrediendo el orden jurídico, es merecedor de sanciones (disciplinarias, penales, patrimoniales, civiles y contables).

Si estas distinciones no son respetadas, se corre el riesgo de que la indeterminación de una de ellas se extienda a otra, evitándose investigaciones administrativas y judiciales, con el consiguiente perjuicio de dejar impune una irregularidad<sup>5</sup>.

Además, la ausencia de mecanismos idóneos para determinar las responsabilidades de los funcionarios públicos atenta contra la transparencia y es campo fértil para el desarrollo de la corrupción.

Se trata de un tema respecto del cual el derecho en general se encuentra en mora con la sociedad y el Estado de derecho, dado que cada vez es más visible la actuación irresponsable de los agentes públicos. Se olvida que tener responsabilidad significa responder por

<sup>5</sup> Ivanega, *Cuestiones de potestad disciplinaria*, cap. II.

algo que se hace o se deja de hacer, y asumir las consecuencias<sup>6</sup>.

En lo que respecta a la responsabilidad patrimonial individual del funcionario público, debe valorarse la preocupación que genera su relación con la responsabilidad estatal, por los efectos directos que puede tener sobre la gestión pública.

En tal sentido, si se acepta directamente la responsabilidad personal del agente público, es factible que éste limite su actuación al mínimo, para evitar posibles consecuencias negativas por sus acciones, estando él mismo frente a la duda sobre su desempeño.

Esta situación debe ser evaluada considerando, por un lado, que las administraciones públicas (nacional, provinciales, municipales) suelen presentar una realidad que poco favorece las incertidumbres descritas: la ausencia de estructuras organizativas, la indeterminación o superposición de funciones, la existencia de procedimientos informales no mejoran la situación del empleado público.

Desde otra óptica, debe repararse que la idoneidad y los valores éticos le permiten al funcionario valorar con cierta precisión las actuaciones cuya legitimidad es por lo menos dudosa, y prevenir la comisión de actos calificados de corruptos.

En el balance a realizarse frente a estas cuestiones, no puede aceptarse la inmunidad del empleado negligente.

Por otra parte, el reconocimiento llano de la responsabilidad patrimonial del Estado, y la asunción de éste de las indemnizaciones por daños y perjuicios causados por su personal, puede a su vez adquirir dos facetas: que se impida al particular perjudicado reclamar

<sup>6</sup> Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, t. XIII, p. 31.

al agente que causó el daño (en cuyo caso será el Estado el que necesariamente deba articular la acción de regreso) o que sea opción para él, demandar al Estado y al causante en forma solidaria o individual.

La ley 26.944 (art. 9º) parece enrolarse en este último supuesto, pues si bien no lo indica expresamente, prevé el plazo de prescripción de tres años para accionar contra los funcionarios y agentes públicos.

§ 27. *LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL FRENTE A LA LEY 26.944 Y AL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL*

a) *LA LEY 26.944.* El art. 9º establece que "la actividad o inactividad de los funcionarios y agentes públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular, incurriendo en culpa o dolo, las obligaciones legales que les están impuestas, los hace responsables de los daños que causen. La pretensión resarcitoria contra funcionarios y agentes públicos prescribe a los tres años. La acción de repetición del Estado contra los funcionarios o agentes causantes del daño prescribe a los tres años de la sentencia firme que estableció la indemnización".

Una de las cuestiones que meritan comentario es la vinculada a la acción de repetición y al plazo de prescripción.

Esta acción presenta dos condicionamientos previos: que la Administración pública se haya hecho cargo de una indemnización a favor de un particular, y también que se haya comprobado que la acción u omisión que diera lugar a esa reparación se originó por el dolo, culpa o negligencia grave de un agente público.

Para ello, si éste no intervino en el proceso judicial de responsabilidad del Estado y no se determinó

en dicha oportunidad su culpabilidad, corresponderá investigar las conductas en un procedimiento disciplinario.

En este supuesto, dado que el plazo de prescripción de tres años fijado por la ley comienza a computarse desde la sentencia firme que determinó la indemnización, corresponderá que tal plazo se suspenda con el inicio del sumario disciplinario -de ser necesario investigar conductas de los agentes públicos-.

En efecto, la acción de regreso no debe iniciarse automáticamente, si previamente no se determinan las circunstancias que rodearon la acción u omisión del agente público y la existencia de culpa o dolo.

Con relación a la aplicación de este régimen a la responsabilidad del art. 130 de la ley 24.156, será analizada en párrafos posteriores.

Con este brevísimo comentario sobre la ley 26.944, queda por atender las previsiones del art. 1º que en su último párrafo expresa: "La sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios".

Si bien excede a la temática de la responsabilidad individual que aquí abordamos, las dudas que genera la redacción meritan una referencia.

En primer lugar, ya desde los debates legislativos se planteó el problema del alcance de la prohibición aludida y los tipos de sanciones que estaban involucradas en ella. Para ello, resultó fundamental diferenciar las sanciones conminatorias de las pecuniarias disuasivas.

Esto llevó a afirmar que las sanciones vedadas no debían ser confundidas con las "astreintes" que tienen un carácter conminatorio, que son un medio compulsivo en el marco de un proceso judicial y cuyo objetivo

es el cumplimiento de una disposición o mandato de un juez<sup>7</sup>.

La CSJN ha entendido que las "astreintes" tienen como finalidad compeler el cumplimiento de un mandato judicial y alcanzan a quienes persisten en desatender injustificadamente a aquél<sup>8</sup>. En un sentido similar, sostuvo que "procuran vencer la resistencia del renuente mediante la presión psicológica que lo mueva a cumplir, de ahí que los jueces han de graduarlas con la intensidad necesaria para doblegar la porfía del obligado"<sup>9</sup>.

En cambio, las sanciones pecuniarias disuasivas tienen un efecto correctivo, disuasivo, como su nombre lo indica, para que no se vuelva a repetir una conducta ilegítima. Es el caso de la ley 24.240, modificada por la ley 26.361, cuyo art. 52 bis establece que "al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan".

Sin embargo, otros autores rechazan directamente la veda del citado art. 1º. Así, por ejemplo, se entiende que el legislador –siguiendo negativos anteceden-

<sup>7</sup> Sammartino, *Responsabilidad del Estado: características generales del sistema legal vigente*, en "Responsabilidad del Estado. Aportes doctrinarios para el estudio sistemático de la ley 26.944", p. 185.

<sup>8</sup> Fallos, 333:138 (2010).

<sup>9</sup> Fallos, 320:186 (1997).

tes en la materia como lo fue el art. 195 bis, CPCCN, o luego el art. 9º, ley 26.854 de medidas cautelares– tuvo la intención de prohibir a los jueces la aplicación de sanciones conminatorias pecuniarias (astreintes) frente al incumplimiento de una resolución judicial por parte del Estado; solución legal que transita a contramano de principios constitucionales y convencionales vigentes en nuestro Estado de derecho, tales como las facultades jurisdiccionales implícitas de los magistrados (la *coertio* y la *executio*), el principio a la tutela judicial efectiva, el desconocimiento de los principios "pro homine" y de "progresividad y prohibición de regresividad" propio del Sistema Internacional de Derechos Humanos, el derecho constitucional a la reparación del daño injustamente sufrido desde la óptica de la "víctima", entre otros argumentos<sup>10</sup>.

Lo cierto es que, aun cuando creemos que el legislador sólo prohibió las sanciones pecuniarias disuasivas (y no las "astreintes"), la solución legal merece críticas. Una de ellas es la mirada parcial que se otorga al tema, pues una medida disuasiva, aplicada conforme criterios de razonabilidad, termina por constituir un elemento de prevención de especial importancia en aras de favorecer la eficiencia en la gestión pública.

b) *LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN EL ÁMBITO PROVINCIAL Y NACIONAL LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN.* El art. 131 de la ley 24.156 contempla que la acción para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial, de todas las personas físicas que se desempeñen en el ámbito de los organismos y entes mencionados en los arts. 117 y 120 de dicha norma, prescribe de acuerdo a los plazos del Código

<sup>10</sup> Muñoz, *Prohibición de aplicación de astreintes en contra del Estado*, LOnline, AR/DOC/3857/2015.

Civil, contados desde la comisión del hecho que generó el daño o producido éste si es posterior.

Con el Código Civil velezano, la interpretación de la PTN remitía al plazo decenal previsto para la responsabilidad contractual (art. 4023).

Por ende, deviene el problema de que la remisión prevista en la ley 24.156 ha quedado sin efecto, frente a la disposición de la norma de fondo.

El Código Civil y Comercial es preciso al regular que la responsabilidad de sus funcionarios y empleados públicos se rigen "*por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda*" (art. 1766); criterio coincidente con la ley 26.944.

Frente a ello, cabe analizar la norma aplicable para fijar el plazo de prescripción. Descartamos acudir a la ley 25.164, ya que los plazos previstos en su art. 37 son específicos de la responsabilidad disciplinaria para un tipo de agente público (el que revista en planta permanente, conf. art. 27), y se encuentran fijados en función de las sanciones<sup>11</sup>.

Dos opciones podrían considerarse, coincidentes en los plazos que fijan: aplicar en forma analógica el Cód. Civil y Comercial cuyo art. 2561 contempla la prescripción de la responsabilidad civil; o acudir a la ley 26.944 (art. 9°).

Si bien entendemos que corresponde la aplicación subsidiaria de esta última, cabe destacar que ambas disposiciones prevén el plazo de prescripción de tres años.

<sup>11</sup> Dicho art. 37 expresa que "los plazos de prescripción para la aplicación de las sanciones disciplinarias, con las salvedades que determine la reglamentación, se computarán de la siguiente forma: a) causales que dieran lugar a la aplicación de apercibimiento y suspensión: seis meses. b) Causales que dieran lugar a la cesantía: un año. c) Causales que dieran lugar a la exoneración: dos años. En todos los casos, el plazo se contará a partir del momento de la comisión de la falta".

La especificidad en la materia justifica adherir a la ley 26.944 aun cuando no contempla el caso aquí analizado, pues sólo prevé la acción de regreso, y la responsabilidad patrimonial del funcionario excede esa situación (es más amplia, pues involucra daños económicos no derivados del pago de indemnizaciones a cargo del Estado).

En definitiva, el plazo para iniciar una acción para determinar la responsabilidad patrimonial en todos los supuestos (conf. ley 24.156) sería de tres años, criterio que consideramos más razonable.

Un planteo con similares inquietudes se presenta respecto de la adhesión de las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a estas disposiciones.

Tal como indicamos, los sistemas provinciales cuentan con diferentes mecanismos de responsabilidad patrimonial de los funcionarios, y con procedimientos administrativos -juicios de responsabilidad- en los que se investigan las acciones u omisiones causantes de perjuicio fiscal.

El art. 9° de la ley 26.944 *convertida* en una disposición provincial, mediante su adhesión, plantea un supuesto nuevo, que podría resultar contradictorio con las regulaciones de las leyes de contabilidad o de administración financiera local.

De tener que investigarse la conducta del agente público, se articularían aquellos procedimientos que están sujetos a los plazos de prescripción fijados en esos ámbitos, y no el previsto en la acción de regreso de la ley.

Ahora bien, también el plazo de prescripción de tales procedimientos (que fueran tramitados en los organismos de control provinciales) en general es de diez años, siguiendo las previsiones establecidas en el Código Civil derogado.

Si nos atenemos al art. 1766 corresponde a las provincias reglamentar todo lo atinente a esta responsabilidad de los funcionarios. Pero el art. 2532 establece que las legislaciones locales podrán regular la prescripción liberatoria en cuanto al plazo de los tributos, es decir que no deberían reglamentar otros plazos de prescripción, por ejemplo, los vinculados a aquella responsabilidad.

Frente a estas previsiones, nos inclinamos por aplicar las líneas de interpretación que consideran que la inconsecuencia o falta de previsión del legislador no se suponen, y "que debe evitarse asignar a la ley un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el criterio que las concilie y suponga la integral armonización de sus preceptos"<sup>12</sup>.

Con esa perspectiva, las provincias pueden regular los plazos de prescripción vinculados a la responsabilidad de los funcionarios.

Pero además, corresponde sustentar tales facultades en el alcance y contenido de la autonomía provincial en términos constitucionales, atributo que les permite regular, como siempre lo han hecho, las responsabilidades disciplinaria y patrimonial de sus agentes y las modalidades para determinarla. La prescripción, por lo tanto, es un factor constitutivo de esta última, la cual va de la mano de los procedimientos específicos de determinación.

Por eso, aun cuando las provincias adhirieran a la ley 26.944 sin limitar su aplicación, tal aceptación no podría afectar las atribuciones de organismos, como los tribunales de cuentas o auditorías generales -según el caso- ni las modalidades y plazos que rigen la materia, en sus ámbitos.

<sup>12</sup> Fallos, 306:721; 307:518 y 993; 323:3289.

En el hipotético caso de que carecieran de normas específicas para determinar las responsabilidades patrimoniales de sus funcionarios, sí resultarían aplicables analógicamente las disposiciones del Código Civil y Comercial<sup>13</sup>.

#### § 28. CARACTERÍSTICAS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Las responsabilidades en las que pueden incurrir los funcionarios públicos son compatibles e independientes entre sí.

Un mismo hecho puede dar lugar al nacimiento de varias responsabilidades, y a su vez el pronunciamiento sobre la inexistencia de una de ellas no es obstáculo para que puedan concurrir las otras. Veamos las diferencias.

En nuestro derecho las responsabilidades patrimonial y contable responden a distintos fundamentos. Ésta se distingue por no requerir la existencia de una relación de empleo público, ya que se involucran acciones u omisiones de agentes públicos, terceros, personas jurídicas públicas y privadas, personas que reciban subsidios.

Vincula al cuentadante con el Estado, en función de la justificación que el primero debe dar mediante la rendición de cuentas.

Comprende una multiplicidad de deberes relativos al cuidado, de administración o disposición de bienes o valores estatales o por lo que éste debe responder, sien-

<sup>13</sup> En cuanto a dicha aplicación a las provincias, ver Lagarde, *La atribución constitucional para regular la responsabilidad del Estado y el margen de actuación de las jurisdicciones locales*, en "Responsabilidad del Estado. Aportes doctrinarios para el estudio sistemático de la ley 26.944", p. 37 y siguientes.

do su objeto que esos fondos o bienes ingresen al patrimonio del Estado o sean aplicados a los fines legales. También se incluye en esta figura la conservación de los bienes hasta su transferencia a otros sujetos<sup>14</sup>.

Sus particularidades son: a) tutela el patrimonio estatal, pero por causas distintas de la patrimonial: la omisión o deficiencia en la presentación de una rendición de cuentas; b) deriva de una relación jurídica de derecho público, que vincula a la Administración pública con una persona física o jurídica, distinta de la patrimonial, que sólo alcanza a personas físicas; c) existe en general una presunción en contra del cuenta-dante en caso de faltantes de fondos o bienes, y d) su determinación se realiza generalmente mediante procedimientos distintos de los utilizados en la responsabilidad administrativa<sup>15</sup>.

Se suele hacer referencia a la jurisdicción contable como aquella que se lleva a cabo en el ámbito de los órganos de control, caracterizada por el carácter público de los bienes, causales o efectos que son objeto de la cuenta, cualquiera que sea la naturaleza de la persona o entidad que la rinde.

Las diferencias con la responsabilidad disciplinaria fueron siempre entendidas por la doctrina en función de los distintos bienes jurídicos protegidos, así como de los órganos y procedimientos aplicados para su determinación. La patrimonial involucra la existencia de un perjuicio fiscal y protege las arcas públicas y la disciplinaria se vincula con las conductas que se consideran faltas de disciplina dentro de la organización.

<sup>14</sup> Conf. Pérez Colman, *Régimen normativo de la cuenta de inversión*, en "La cuenta de inversión", p. 217.

<sup>15</sup> Marcer, *Responsabilidad administrativa del funcionario público*, en Echevesti (dir.), "Responsabilidad de los funcionarios públicos".

Respecto de su relación con la responsabilidad penal, ambas pueden deslindarse paralelamente, aplicando sus propios procedimientos y ante autoridades judiciales o administrativas distintas, sin que ello acarree la transgresión a garantías constitucionales. Sin perjuicio de ello, ambas tienen un estrecho vínculo, ya que estando firme la sentencia penal condenatoria no podría en sede administrativa impugnarse la existencia del hecho principal que constituye el delito y la culpa del condenado.

La Sala I de la Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal ha sostenido que "la diferenciación sustancial de la responsabilidad disciplinaria y la responsabilidad patrimonial con la penal es la que posibilita su eventual investigación y sanción independiente en relación con un mismo hecho, sin violar el principio constitucional *non bis in idem*. Ello es así porque cada una se refiere a aspectos distintos y complementarios del régimen de la responsabilidad pública, pudiendo configurarse –en forma simultánea o independiente– sanciones disciplinarias –sobre la carrera administrativa del agente, por su incumplimiento laboral–, sanciones patrimoniales –con obligación de resarcimiento, por el daño económico producido al organismo–, ambas de carácter contractual y, en su caso, sanciones penales por la comisión de un delito"<sup>16</sup>.

En cuanto a la responsabilidad civil, no existe uniformidad terminológica, ya que bajo la denominación "patrimonial" se suelen englobar los supuestos que aquí separamos.

Para establecer una diferencia, se apunta a que la civil se refiere a los daños ocasionados por el agente a

<sup>16</sup> CNContAdmFed, Sala I, 28/8/01, "Gendarmería Nacional c/Montes, Jorge F. s/proceso de conocimiento", LL, 2002-A-706.

terceros, situación que no se presenta en la patrimonial, que se relaciona con los daños producidos a los bienes de la Administración.

Ambas responsabilidades poseen un objeto resarcitorio, pero el sujeto dañado, sus procedimientos y ámbitos de aplicación son diferentes.

En síntesis, las características de la responsabilidad patrimonial son las siguientes.

a) Es independiente –y debe diferenciarse– de las otras responsabilidades en las que puede incurrir el funcionario (política, civil, penal, disciplinaria, contable).

b) Se configura cuando la actuación u omisión del agente público origina un “perjuicio fiscal”.

c) El interés jurídico protegido es el patrimonio del Estado.

d) El objetivo perseguido es el resarcimiento de los daños económicos producidos al Estado, es decir, restablecer el equilibrio económico cuando éste se ha visto quebrantado.

e) El autor del daño es un agente público (con las salvedades en el ámbito nacional, que se realizarán al analizar el art. 130, ley 24.156).

f) Según el régimen legal aplicable, puede ser determinada mediante procedimientos especiales llevados a cabo por órganos de control –p.ej., los Tribunales de Cuentas, Contralorías Generales– o por mecanismos mixtos que involucran procedimiento administrativo y proceso judicial; ello sucede en el sistema nacional.

La PTN ha sostenido que a partir de la ley 24.156, después de la res. SIGEN 35/03, que dejó sin efecto la res. SIGEN 67/94, el procedimiento se rige exclusivamente por el decr. 1154/97. Para determinar esta responsabilidad es preciso ejercitar una acción judicial, cuyo objeto será una pretensión resarcitoria, que se pro-

mueve si fracasa la gestión de cobro en sede administrativa<sup>17</sup>.

#### § 29. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Son los siguientes.

a) *Daño*. El principio general aplicable a todo tipo de responsabilidad es que sin daño no se genera el deber de reparar<sup>18</sup>.

El daño debe ser cierto, no aceptándose el conjetural ni el hipotético; sin la certidumbre sobre el acaecimiento del daño no se configura este elemento<sup>19</sup>.

Que el daño sea cierto, implica que se configure como “real, efectivo, tanto que de no mediar, la víctima se habría hallado en mejor situación”<sup>20</sup>.

La denominación común del daño en este tipo de responsabilidad es la de *perjuicio fiscal*, o *perjuicio a la hacienda pública*. El art. 130 menciona “daño económico”, es decir, valorable en dinero, apreciable pecuniariamente.

En cuanto a su determinación, cabe distinguir los regímenes de la mayoría de las provincias de los apli-

<sup>17</sup> *Dictámenes*, 255:8; 266:327; 277:284.

<sup>18</sup> Perrino, *Los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita*, en “Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos”, p. 59.

<sup>19</sup> Cassagne, *Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, en “Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos”, p. 41.

<sup>20</sup> Hutchinson, *Breves consideraciones acerca de la responsabilidad administrativa patrimonial del agente público*, “Revista de Derecho Administrativo”, 2002, p. 108 y 109. También, CSJN, *Fallos*, 316:1891; 317:536.

cables a la Nación, provincia de Salta y Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

b) *Imputación jurídica del daño*. Perrino se refiere a ella<sup>21</sup>.

La imputación es "un fenómeno jurídico consistente en la atribución a un sujeto determinado del deber de reparar un daño, en base a la relación existente entre aquél y éste... la imputación de responsabilidad, en cuanto fenómeno jurídico, se produce automáticamente una vez que se prueba la relación de causalidad existente entre la actividad del sujeto productor del daño y el perjuicio producido"<sup>22</sup>.

Según el citado art. 130, esta responsabilidad es imputable a toda persona física que se desempeñe en las jurisdicciones o entidades sujetas a la competencia de la Auditoría General de la Nación.

La ley no menciona al *estipendario* de la Nación, como lo hacía el régimen anterior. Por ende, no resulta necesario recibir un "estipendio" para ser responsabilizado por los daños ocasionados al Estado, basta con que se "desempeñe".

Tampoco se contempla la figura del "cuentadante".

La imputabilidad es de índole subjetiva; se exige dolo, culpa o negligencia.

<sup>21</sup> Con relación a este presupuesto en el caso de la responsabilidad estatal, Perrino señala que recientemente, debido a la aparición del criterio de imputación de carácter objetivo, se ha modificado la denominación "imputabilidad" por la de "factores de atribución", en tanto ésta engloba además de los subjetivos (como la culpa) a los objetivos (como el riesgo creado, la garantía, etc.); ver *Los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita*, en "Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos", p. 61.

<sup>22</sup> García de Enterría - Fernández, *Curso de derecho administrativo II*, p. 383.

c) *Relación de causalidad*. El nexo causal es el elemento que vincula al daño directamente con el hecho e indirectamente con el factor de imputabilidad subjetiva o de atribución objetiva del daño. Es un elemento objetivo porque se refiere a un vínculo externo entre el daño y el hecho de la persona o de la cosa<sup>23</sup>.

La existencia de una relación causa-efecto entre el hecho y el daño es una condición indispensable para atribuir el deber de resarcir ese daño a quien lo generó (el Estado o el agente, según el caso)<sup>24</sup>.

El reconocimiento de responsabilidad exige la demostración del vínculo causal entre la conducta que se pretende responsable y el daño efectivo<sup>25</sup>.

La aplicación de la teoría de la causalidad adecuada, para calificar que un hecho es la causa de un determinado evento dañoso precisa efectuar un juicio de probabilidad o previsibilidad, y preguntarse si el comportamiento del presunto agente era por sí mismo apto -según la experiencia común- para desencadenar el perjuicio. Sólo deben valorarse aquellas condiciones que según el curso normal y ordinario de las cosas han sido idóneas para producir -*per se*- el daño<sup>26</sup>.

### § 30. LAS PARTICULARIDADES DEL SISTEMA DE LA LEY 24.156

La ley no establece procedimientos administrativos o judiciales para determinar este tipo de responsabilidad.

<sup>23</sup> Bustamente Alsina, *Una nueva teoría explicativa de la relación de causalidad*, LL, 1991-E-1378.

<sup>24</sup> Conf. CNContAdmFed, Sala II, 1/6/00, "Cía. de Transporte Río de la Plata c/Estado nacional (Min. de Economía) s/daños y perjuicios".

<sup>25</sup> Conf. Fallos, 322:1307 (dictamen del procurador).

<sup>26</sup> Perrino, *La responsabilidad de la Administración por su actividad ilícita. Responsabilidad por falta de servicio*, ED, 185-781.

El vacío y la incertidumbre que aparejó la implementación de la ley, obligaron al Poder Ejecutivo y también a la SIGEN a regular las pautas a ser aplicadas a las entidades y jurisdicciones que se encuentran bajo su órbita.

a) *RÉGIMEN REGLAMENTARIO.* Es el siguiente.

1) *Decreto 1154/97.* Este decreto determina el procedimiento para establecer la responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos, y la intervención de la SIGEN. Contempla que si para fijar la responsabilidad resulta necesaria una investigación previa, se sustanciará como información sumaria o sumario, de acuerdo con el decr. 1798/80, o el que lo sustituya. Efectivamente, un nuevo régimen fue aprobado por decr. 467/99.

Si se hallaran involucradas las máximas autoridades de las jurisdicciones o entidades del Poder Ejecutivo será la autoridad con control jerárquico o de tutela la que determinará "el procedimiento a seguir conforme a derecho y previa intervención del servicio jurídico que corresponda".

Una vez determinada la responsabilidad y el monto del perjuicio, el jefe del servicio jurídico respectivo intimará en forma fehaciente al responsable el pago de la deuda, en el término de diez días hábiles administrativos. En caso de desconocerse su paradero, se efectuarán consultas a los organismos públicos pertinentes para su localización.

Fracasada la gestión de cobro en sede administrativa, se promoverá la acción judicial correspondiente. Sin embargo, la máxima autoridad con competencia para decidir, podrá considerarlo inconveniente -por resultar antieconómico-, previo dictamen fundado del servicio jurídico y teniendo en cuenta las pautas que establezca la SIGEN. "Todo ello, sin perjuicio de las

sanciones disciplinarias y acciones penales que correspondan".

En la determinación del resarcimiento a perseguir se incluirá el perjuicio debidamente valorizado, el interés pertinente por el lapso transcurrido desde que se verificó el daño hasta su cobro. Si se concediesen facilidades de pago, deberá computarse el interés por la financiación.

Es significativo el rol de los servicios jurídicos, pues deberán, dentro de las cuarenta y ocho horas, informar a las UAI, y éstas, en igual plazo, a la SIGEN "acerca de las actuaciones en que hayan intervenido con motivo de hechos, actos, omisiones o procedimientos que hubieran causado perjuicio económico al Estado nacional, en los casos y por el importe que determinará el mencionado organismo, precisándose clara y detalladamente la composición del monto del daño, el tratamiento dado a cada caso y el número de expediente asignado".

Todas las jurisdicciones y entidades deberán informar a sus respectivas UAI -a partir del último día hábil de cada mes y dentro de los cinco primeros del mes siguiente- el estado del trámite de los expedientes indicados, debiendo esas Unidades poner en conocimiento de la SIGEN tal información dentro de las cuarenta y ocho horas de haber tomado conocimiento de ella.

Las UAI serán responsables de recabar permanentemente los datos vinculados a los expedientes de perjuicio fiscal.

Además de las facultades mencionadas, la SIGEN puede formular recomendaciones. Las autoridades superiores de las jurisdicciones o entidades del Poder Ejecutivo Nacional deberán pronunciarse en el plazo de diez días, en forma expresa y fundada, en caso de inobservancia o apartamiento total o parcial de aquéllas.

A su vez, la sindicatura deberá informar trimestralmente al presidente de la Nación sobre los perjuicios patrimoniales registrados y los procedimientos adoptados para obtener adecuado resarcimiento.

2) *Decreto 467/99*. En mayo de 1999, se dictó este decreto, mediante el cual se aprobó el Reglamento de Investigaciones Administrativas, reemplazando al régimen del *decr. 1798/80*.

Entre sus considerandos, se expresa que dicha norma es el marco adecuado para tratar las cuestiones de perjuicio fiscal ocasionado por los agentes públicos, tornando conveniente establecer la oportunidad de la intervención de la sindicatura en los sumarios administrativos.

Entre los deberes de los instructores sumariales, su art. 10 establece: "Reunir los informes y la documentación relacionados con un eventual perjuicio fiscal, a efectos de la oportuna intervención de la Sindicatura General de la Nación" (*inc. d, apdo. 3*).

Clausurada la investigación, el instructor sumarial debe producir un informe lo más preciso posible, el que -entre otros requisitos- deberá contener los elementos (y opinión) que puedan configurar un presunto perjuicio fiscal, para luego elevarlo a la SIGEN si correspondiera -según el monto mínimo fijado por la Sindicatura y la PTN- (*conf. res. conjunta SIGEN-PTN 23/12 y 139/12, el monto es de \$ 3.000*).

Si el presunto perjuicio fiscal fuese inferior, el instructor, conforme a la pautas de la SIGEN, efectuará su evaluación. Si se tratara de situaciones de complejidad podrá requerirle la opinión a aquel organismo. En los casos con intervención de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas como acusadora, si existe discrepancia con el instructor, perjuicio fiscal o perjui-

cio fiscal superior a la suma base f, deberá solicitar opinión a la SIGEN.

Según el art. 109, cuando corresponda, dentro de los tres días de producido el informe del instructor, deben girarse las actuaciones sumariales -o sus copias certificadas- a la SIGEN, a los fines de la consideración del perjuicio fiscal y en su caso su calificación como de relevante significación económica.

Producido el descargo del sumariado, las medidas probatorias -si correspondieran- y los alegatos, el instructor elaborará un nuevo informe, para posteriormente elevar las actuaciones a su superior.

En esta etapa, existe la posibilidad de celebrar audiencia pública en los supuestos mencionados en el art. 108, es decir: *a*) cuando estuvieran involucrados los funcionarios que revistan en los máximos niveles del Sistema Nacional de la Profesión Administrativa (niveles A y B o que ejerzan funciones ejecutivas); *b*) cuando se considere procedente por la trascendencia institucional de la investigación, y *c*) cuando la SIGEN se pronuncie respecto de la existencia de perjuicio fiscal de relevante significación económica.

En esa audiencia pública, en la cual se presentará el informe del instructor, así como el descargo y alegato del sumariado y las pruebas, podrán participar, según el caso, la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas y la SIGEN.

La autoridad competente debe dictar la resolución, en la que declare la existencia de perjuicio fiscal y la respectiva autorización al servicio jurídico para la iniciación de las acciones judiciales correspondientes, cuyo ejercicio se llevará a cabo luego de haberse intentado su cobro en sede administrativa, y éste haya resultado infructuoso y en la medida que no resulte antieconómico, en los términos del *decr. 1154/97*.

3) *Resolución SIGEN 192/02*. Ésta estableció la pauta de antieconomicidad –conf. art. 4º, de cr. 1154/97– en “el recupero de las sumas inferiores al equivalente del 50% de la asignación mensual básica de la remuneración correspondiente a los agentes Nivel ‘A’ del escalafón correspondiente al Sistema Nacional de la Profesión Administrativa, aprobado por de cr. 993/91, y sus modificatorios, o el que lo reemplazare en el futuro, o bien de aquel monto mayor respecto del cual se demuestre fundada, precisa y concretamente que la relación costo-beneficio resulte negativa”. En este último supuesto, la decisión de la máxima autoridad de la jurisdicción o entidad deberá contar con la previa opinión del Servicio Administrativo Financiero.

La falta de información a la SIGEN, sobre el pronunciamiento que en forma expresa y fundada deben emitir las autoridades superiores, ante las recomendaciones que formule el órgano rector del control interno (conf. art. 9º, de cr. 1154/97), será considerada falta grave. Ello, sin perjuicio de las comunicaciones que la sindicatura pueda realizar al Poder Ejecutivo nacional, de acuerdo con el art. 104, inc. k, de la ley 24.156, y a la Oficina Anticorrupción (en virtud de lo establecido por el de cr. 1162/00).

El art. 5º establece que “se entenderá por ‘perjuicio patrimonial registrado’, en los términos del art. 10 del de cr. 1154/97 aquél declarado en la oportunidad prevista en el art. 122, inc. e, del de cr. 467/99<sup>27</sup> y respecto del

<sup>27</sup> Según el inc. e de este artículo, “en su caso, la existencia de perjuicio fiscal y la pertinente autorización al servicio jurídico respectivo para la iniciación de las acciones judiciales correspondientes, cuyo ejercicio recién se llevará a cabo cuando se haya intentado previamente su cobro en sede administrativa con resultado infructuoso y en la medida que no resulte antieconómico, todo ello en los términos del de cr. 1154/97”.

cual se ha efectuado la correspondiente registración contable, según la normativa vigente”.

Este reglamento instituía un sistema de planillas, a los fines de concretar las comunicaciones que deben girarse a las sindicaturas jurisdiccionales y comisiones fiscalizadoras; el que fuera suprimido por res. SIGEN 12/07.

4) *Resolución SIGEN 28/06*. Esta resolución dejó sin efecto la 78/99, modificó la forma de análisis de las actuaciones en la órbita de este organismo de control, así como también adecuó las pautas necesarias para dicha valoración. Así pues, se torna apropiado centralizar en una única instancia, el examen de todos los perjuicios fiscales originados en los aludidos sumarios administrativos disciplinarios.

Los aspectos más relevantes que regulan son los siguientes.

a) Clausurada la etapa de la investigación y producido el informe del art. 108 del de cr. 467/99, el instructor sumariante remitirá el expediente o copia certificada de éste a la sindicatura.

b) La actuación sumarial deberá remitirse con un listado analítico, donde consten de manera concisa los siguientes datos: 1) número de expediente; 2) datos de identidad del o de los sumariados; 3) opinión sobre la existencia de un eventual daño económico y mención de aquellos elementos que puedan configurarlo, y 4) informe sobre la existencia de contrato de seguro y detalle de la vigencia y cobertura.

c) A los efectos de pronunciarse sobre el perjuicio fiscal, se elaborará un dictamen que contendrá el examen de los siguientes aspectos: 1) relación de los hechos que motivaron el sumario, precisión de las circunstancias de tiempo, modo y lugar u ocasión, en las que se produjeron; 2) manifestación sucinta de los he-

chos probados, su fundamento, los aspectos que no han podido demostrarse, con la explicitación de sus causas; 3) resumen de la opinión del instructor sumariante sobre la existencia de perjuicio fiscal y la imputación de responsabilidad patrimonial e identificación del o de los agentes sumariados; 4) de resultar insuficientes los elementos de prueba colectados en el expediente, para la consideración del perjuicio fiscal, se requerirá su agregación al instructor sumariante, a través de medidas para mejor proveer; 5) todo otro aspecto que por su importancia o singularidad justifique un análisis o tratamiento especial, en el plazo que al efecto se determine. Podrá ser requerido en el ámbito de la Administración pública, "particularmente en lo que se refiere a la designación de peritos, de conformidad con lo dispuesto en el art. 106 de la ley 24.156", y 6) opinión de la valoración del daño, mención de las pautas tenidas en cuenta para su pronunciamiento, o sobre su inexistencia, con las razones que correspondan.

d) A los fines citados se tendrán en cuenta los siguientes aspectos legales y contables.

1) Un control legal; en él deberá manifestarse en qué consiste el perjuicio fiscal. Si el Estado nacional tomó la decisión de prever coberturas de riesgos, deberá tenerse en cuenta si la compañía aseguradora abonó total o parcialmente el daño, de acuerdo con el contrato de seguro. En los supuestos de perjuicio resarcido el trámite será el mismo y el pronunciamiento establecido por la presente reglamentación, a los efectos de su consideración en el momento del dictado de la resolución de la jurisdicción u organismo, conforme al art. 122 del Reglamento de Investigaciones Administrativas.

2) Un control contable; se debe informar sobre los métodos y parámetros aplicados para el pronunciamiento respecto del daño fiscal, utilizando las pautas que fija

la misma resolución, o en su caso, las pericias o informes técnicos acompañados, que en su caso harán factible la evaluación.

La resolución indica que a título enunciativo y de acuerdo a "las causales más frecuentes de daños ocasionados al erario público, deberán tenerse en cuenta los siguientes criterios:

1) Faltante o destrucción total de bienes: valor de reposición del mismo bien y en similar estado, a precio de mercado. Si el bien ya no se fabricara o por otro motivo no hubiese valor de mercado fehaciente, se estimará su valor en atención al precio de reposición de otro bien que cumpla similares funciones.

Como principio general, se tomará como fuente de dicho valor las cotizaciones periódicas y habituales de organismos oficiales, o en su ausencia, presupuestos de empresas del rubro expresados en moneda de curso legal. En su defecto, se podrán tomar como respaldo las valoraciones surgidas de 'páginas web'.

2) Daño parcial de bienes: en caso de daños parciales, se tendrá en cuenta el valor de reparación, el cual se establecerá en función a las pautas señaladas en 1.

3) Percepción indebida de haberes o asignaciones familiares: desde la fecha de la improcedente percepción, se adicionará un interés calculado a la tasa pasiva promedio del Banco Central de la República Argentina, Comunicado 14.290. En los casos de sueldos se tendrá en cuenta el monto bruto, como asimismo la correspondiente contribución patronal.

4) Faltante de fondos públicos: para los casos que fuera moneda de curso legal, se tomará la fecha de origen del faltante, al que se le adicionará un interés calculado a la tasa pasiva del Banco Central de la República Argentina, Comunicado 14.290.

Para los faltantes de moneda extranjera, se considerará el tipo de cambio vendedor del Banco de la Nación Argentina actual, con más un interés del 6% anual, computado desde la fecha de origen del menoscabo.

5) Omisión de rendición de cuentas: se tomará como fecha de origen, aquella en que debió efectuarse la rendición, aplicándosele las pautas previstas en 4.

6) Incorrecta percepción de tributos: desde la fecha de la incorrecta tributación, se adicionarán los intereses previstos en el art. 37 de la ley 11.683 t.o. 1998, y en los arts. 794, 845 y 924 del Cód. Aduanero.

7) Indemnizaciones a terceros: en los casos en que sean abonadas indemnizaciones con motivo de daños causados mediante el uso de bienes del Estado, o a través de la acción de sus agentes, sobre terceros, en sus personas o en su patrimonio, se aplicará al monto pagado el mecanismo previsto en el primer párrafo del punto 4.

8) Intereses, multas y recargos por pagos fuera de término: en estos casos, deberá resarcirse el monto de los conceptos pagados como consecuencia de la mora, con más el interés fijado en el primer párrafo del punto 4.

9) Daños a recursos naturales: deberá estarse a la evaluación que surja de un informe técnico sobre el particular, emitido por los organismos competentes.

10) Pagos con títulos públicos: en caso que el menoscabo se encuentre materializado por el pago con títulos públicos, se considerará el valor de mercado de la especie de que se trate o, en su defecto, de la que la reemplace".

Por último, el informe deberá contener la calificación del perjuicio fiscal como de relevante significación económica, cuando el monto de éste supere el uno por mil del presupuesto de la jurisdicción u organismo in-

volucrado, siempre que no sea inferior a pesos cincuenta mil, o cuando el daño hacendal sea superior a pesos doscientos mil.

La SIGEN debe ser notificada con razonable antelación, en oportunidad de la audiencia pública prevista por el art. 119 del decr. 467/99, cuando se configure el pronunciamiento sobre la relevancia económica referido en el art. 118 de ese reglamento.

5) *Resolución SIGEN 12/07*. Fija la modalidad de información prevista en el decr. 1154/97 (arts. 6° y 7°), a ser brindada por las UAI a través de un sistema informático -SISREP WEB- habilitado en la INTRANET SIGEN. A su vez, fundada en la noción amplia de funcionario público fijada por la Procuración del Tesoro de la Nación<sup>28</sup>, en el art. 77 del Cód. Penal, en la ley 25.188 y en la Convención Interamericana Contra la Corrupción (aprobada por la ley 24.759) uniforma el régimen vigente.

Con ese objetivo, y también con el de facilitar el monitoreo permanente de los casos en que se persigue resarcir el desequilibrio patrimonial del Estado nacional, estatuye que las jurisdicciones y entidades sobre las cuales la sindicatura ejerce el control interno -a través de las UAI- deben informar los perjuicios fiscales cuyo recupero se intenta, cuando el detrimento económico es ocasionado por las personas que encuentra en el concepto omnicompreensivo de "funcionario público".

Conforme a la interpretación de la PTN, del año 2010, las previsiones de la res. SIGEN 12/07 también rigen para el Banco Hipotecario SA, dado que esta normativa fue dictada a los fines del cumplimiento del Informe Trimestral al señor presidente de la Nación -según el art. 10, decr. 1154/97-.

<sup>28</sup> *Dictámenes*, 236:477; 238:451; 239:592.

En consecuencia, el Banco Hipotecario debe brindar la información sobre el recupero de los perjuicios patrimoniales causados por los funcionarios públicos, a través del aplicativo Sistema Informático de Seguimiento del Recupero Patrimonial (SISREP WEB), de acuerdo a lo especificado por la citada resolución.

Tal entidad bancaria forma parte del Sector Público Nacional, por estar incluida en el inc. *b* del art. 8° de la ley 24.156, sustituido por la ley 25.565, dado que se trata de una sociedad comercial en la que el Estado nacional tiene una participación mayoritaria en el capital social (aunque actualmente no la tenga en las decisiones de la sociedad). De acuerdo con el art. 23 de la ley 24.855 y el art. 29 de su decr. regl. 924/97, mientras que el Estado nacional mantenga la mayoría del capital social, le son de aplicación las normas de control interno y externo de los títulos VI y VII de la ley 24.156.

En tales términos, un director designado por el Estado nacional para que ejerza la representación de acciones que le pertenecen es un agente público.

En consecuencia, el concepto de funcionario público ínsito en el decr. 1154/97 "no puede responder a la teoría de la exclusión de tal calidad para determinadas personas, sólo porque actúan en entidades regidas por el derecho privado o porque estén vinculadas con el Estado por una relación de derecho privado. Son funcionarios públicos los directivos o empleados que representan al Estado en las sociedades anónimas con participación estatal -mayoritaria o minoritaria-, los de las sociedades del Estado, los de las empresas del Estado, los de las sociedades de economía mixta y, en suma, todos aquellos que actúen por y para el Estado, cualquiera sea la entidad total o parcialmente estatal en la que lo hagan y el régimen

jurídico laboral o contractual que se aplique a su relación con el Estado"<sup>29</sup>.

b) *SÍNTESIS DE LA INTERPRETACIÓN DE LA PTN*. El criterio reiterado por la Procuración ha sido que si la responsabilidad es patrimonial, a partir del dictado de la ley 24.156, es preciso ejercitar una acción judicial (arts. 130 y 131), cuyo objeto será una pretensión resarcitoria<sup>30</sup>.

Tal acción debe ser igualmente articulada en el caso de tratarse de funcionarios que no son pasibles de estar sometidos a sumario administrativo (por corresponder a las categorías superiores -ver decr. 467/99-)<sup>31</sup>.

1) *El procedimiento administrativo previo a la acción judicial*. Compete al servicio jurídico permanente tramitar la investigación, "ya que es quien deberá dictaminar para que la autoridad superior pueda adoptar una decisión; esta resolución complementa el procedimiento fijado por el decr. 1154/97... Actualmente el procedimiento sumarial se rige por el Reglamento de Investigaciones Administrativas aprobado por decr. 467/99, por lo tanto, el art. 7° de dicho cuerpo normativo le confiere al Poder Ejecutivo Nacional la facultad de que en los sumarios administrativos disciplinarios, cuya instrucción dispusiera hechos endilgables a agentes comprendidos por un régimen disciplinario, la investigación pueda llevarla a cabo la Dirección Nacional de Sumarios"<sup>32</sup>.

De haber tramitado un sumario disciplinario, éste podrá ser uno de los elementos a tener en cuenta para la resolución de adoptar, o no, la decisión de accionar

<sup>29</sup> *Dictámenes*, 273:250.

<sup>30</sup> *Dictámenes*, 231:29. En igual sentido, 231:41, 231:150 y 231:170.

<sup>31</sup> *Dictámenes*, 231:41.

<sup>32</sup> *Dictámenes*, 231:29.

judicialmente para perseguir el resarcimiento del perjuicio ocasionado.

Es por ello que el instructor debe reunir los elementos que le permitan emitir, en el informe previsto por el art. 108 del decr. 467/99, la opinión y mención de aquellos elementos que puedan configurar la existencia de un presunto perjuicio fiscal<sup>33</sup>.

En forma consecuente, es de su incumbencia el impulso de todas las acciones tendientes a obtener la documentación faltante e información, a efectos de proceder luego a emitir el correspondiente dictamen en el cual considerará los pleitos a iniciarse y la existencia de eventuales actos interruptivos de prescripción<sup>34</sup>.

Previo al dictado del acto conclusivo, es necesario el dictamen del servicio jurídico permanente, a fin de que establezca la responsabilidad patrimonial.

“El análisis acerca de la conveniencia de promover las acciones judiciales que se pretenden, debe ser adoptado por la autoridad política pertinente, requiriendo previamente la opinión de la respectiva Dirección General de Asuntos Jurídicos del área en que se origina la consulta, sobre la existencia del daño o la posibilidad de adjudicar la responsabilidad por su producción a uno o más agentes”<sup>35</sup>.

El servicio jurídico, en oportunidad de dictaminar, determinará la existencia de responsabilidad por parte del personal interviniente y de daño económico y así estimará su monto; como también aconsejará el procedimiento a seguir e informará sobre la fecha de prescripción de la acción, para lograr en tiempo oportuno el resarcimiento. Con ese dictamen, la autoridad su-

<sup>33</sup> *Dictámenes*, 221:102, 238:274.

<sup>34</sup> *Dictámenes*, 210:134; 273:214.

<sup>35</sup> *Dictámenes*, 207:293.

perior deberá adoptar la decisión que mejor corresponda al interés estatal. Ello implica decidir sobre el eventual ejercicio de acciones judiciales<sup>36</sup>.

En el caso de tratarse de un delito perseguible de oficio, “debe formularse la denuncia que impera en el art. 177 del Cód. Proc. Penal de la Nación, aun cuando el agente hubiera ofrecido pagar la indemnización pertinente”<sup>37</sup>.

Dentro del servicio jurídico permanente, la actividad vinculada a la determinación de la presunta responsabilidad patrimonial le corresponderá al área que tiene a su cargo la representación judicial, pues como tendrá a su cargo el ejercicio de la acción civil, es la que puede ponderar los datos, informes, documentación y elementos de convicción que corresponde reunir para expedirse, conforme los extremos exigidos reglamentariamente<sup>38</sup>.

2) *La decisión de iniciar la acción judicial.* La autoridad superior de la jurisdicción es la que debe decidir, por circunstancias debidamente meritadas, la promoción de la acción judicial, actividad en la que deberá discernir la existencia de perjuicio y la imputación de responsabilidad al agente, así como también los medios de prueba disponibles para acreditar esas circunstancias en juicio<sup>39</sup>.

Se trata de evaluar cuestiones de oportunidad, mérito o conveniencia, y de prudencia política, lo que constituye una función ajena a la competencia específicamente jurídica que corresponde a la PTN<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> *Dictámenes*, 221:102; 233:150.

<sup>37</sup> *Dictámenes*, 207:293.

<sup>38</sup> *Dictámenes*, 266:327.

<sup>39</sup> *Dictámenes*, 207:293.

<sup>40</sup> *Dictámenes*, 221:102; 230:161; 273:214; 274:385.

Ésta se encuentra inhibida de formular opinión al respecto<sup>41</sup>.

3) *Diferencia entre responsabilidad disciplinaria y patrimonial.* No es recurrible la determinación del perjuicio fiscal. La circunstancia de que en un sumario administrativo disciplinario se pueda señalar la existencia de perjuicio fiscal, se explica por tratarse de una pauta para la graduación de la sanción, pero ello no altera la independencia existente entre el procedimiento destinado a imponer sanciones disciplinarias, con el dirigido a determinar la responsabilidad patrimonial, para decidir sobre la promoción o no de la acción judicial.

Es posible que un mismo hecho sea enfocado desde el doble punto de vista de la responsabilidad patrimonial y disciplinaria, pero no obstante ello, difiere el modo de hacerlas efectivas. La disimilitud, entre ambos regímenes, ya existente cuando se encontraba vigente el cap. XIII de la ley de contabilidad, se mantiene con la ley 24.156<sup>42</sup>.

La determinación del perjuicio fiscal no es pasible de ser recurrida en la instancia administrativa, pues las objeciones que se planteen corresponde que sean dirimidas en sede judicial<sup>43</sup>.

El recurso del art. 124 del reglamento de investigaciones administrativas, aprobado por el decr. 467/99, no puede articularse respecto a la existencia de perjuicio fiscal, pues no resulta susceptible de impugnación. El recurso se circunscribe a la sanción disciplinaria<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> *Dictámenes*, 274:385.

<sup>42</sup> *Dictámenes*, 227:229, 221:102; 231:29; 231:41231:150; 255:8; 266:56; 266:327; 272:174; 273:433.

<sup>43</sup> *Dictámenes*, 255:8.

<sup>44</sup> *Dictámenes*, 273:433.

Las objeciones sobre el perjuicio fiscal deben ser dirimidas en sede judicial<sup>45</sup>.

### § 31. *EL EXTRAÑO CASO DEL DECRETO 196/2015*

En febrero de 2015, el Poder Ejecutivo nacional dictó este decreto que establece la indemnidad de directores, síndicos, consejeros y funcionarios designados por, o a propuesta del Estado nacional, en las empresas y sociedades estatales.

Las críticas a esta medida no se hicieron esperar. La doctrina cuestionó desde las facultades presidenciales para regular tal materia y las contradicciones con la ley 19.550<sup>46</sup> y el Código Civil y Comercial.

Es evidente que el decreto propone un escudo de protección –y el consiguiente privilegio que ello supone– para determinados sujetos, por el hecho de ocupar ciertos cargos en las empresas: el Estado asume la defensa de esos funcionarios y también las consecuencias de los eventuales procesos.

Los beneficios no concluyen con ello, pues su aplicación se extiende a situaciones jurídicas preexistentes, generadas por intimaciones, requerimientos, denuncias, querellas, imputaciones o demandas originadas en hechos o conductas “anteriores” a ese decreto.

Su contenido nos genera diversas incertidumbres, como las que mencionamos en los párrafos siguientes.

El dictado de ese reglamento en uso de las facultades emergentes del inc. 1º del art. 99, ¿permite presu-

<sup>45</sup> *Dictámenes*, 255:8; 272:174; 273:433.

<sup>46</sup> Vítolo, *Los directores del Estado en las empresas privadas: una reforma encubierta a la ley 19.550 a través de un decreto del PEN, DSE*, 2012, p. 1047 a 1057.

poner que tales empresas y sociedades son parte de la Administración pública?

La invocación del inc. 2º del referido artículo lo convierte en un reglamento de ejecución, ¿de qué ley? ¿De todas y cada una de las mencionadas en el Visto del decreto? (leyes 13.653, 19.550, 20.705, 24.156, decr. ley 15.349/46).

¿Cómo debe compatibilizarse tal regulación con el carácter de persona jurídica privada que toda sociedad del Estado tiene, a partir del art. 148 del Cód. Civil y Comercial?

¿Es factible que privilegiar a un directivo, síndico, etc., con indemnidad, por el solo hecho de que su nombramiento provenga del Estado (único fundamento expresado en los considerandos)? Esta "prebenda", ¿es compatible con las convenciones americana y de las Naciones Unidas contra la corrupción? ¿Y con la ley nacional de ética pública 25.188?

Teniendo en cuenta que (conf. art. 2º, párr. 2º) una de las causales de inaplicabilidad de la norma se configura cuando el funcionario se aparta de las directivas, recomendaciones u órdenes emanadas de las autoridades, ¿sería posible que aquel que no obedece la orden por entenderla ilegítima o arbitraria, se viera en peores condiciones que quien la acepta a pesar de su irregularidad?

¿Es el decreto una herramienta de presión sobre los funcionarios, para que no discutan las indicaciones de las autoridades públicas?

Sentados estos interrogantes, consideraremos algunos de los aspectos que regula.

La calificación de "funcionarios públicos" a integrantes de los órganos sociales es criticada por destacada doctrina<sup>47</sup>, aunque no podemos desconocer que

<sup>47</sup> La naturaleza de funcionario público de directores, síndicos, etc. es un tema controvertido, que sufrió vaivenes interpretativos por

ese carácter justamente debería ser la principal valla al otorgamiento de algún tipo de indemnidad.

Por eso, nos interesa resaltar que el dato preocupante de la norma es esta especie de *concesión*, que se hace a quienes –se considera– no la deberían tener.

A ello agréguese que el decreto no hace distinciones respecto de las sociedades con participación estatal, motivo por el cual, aun en el caso de que se tratara de una participación minoritaria del Estado (y por ende excluidas de la ley 24.156), sus directores, síndicos, etc., serían calificados como funcionarios públicos<sup>48</sup>.

Por lo demás, las supuestas excepciones que contiene no son tales; una ya la mencionamos al advertir las presiones que pueda sufrir el funcionario a través de su aplicación, pero la otra es directamente inexistente. Nos referimos a la culpa grave o dolo en el ejercicio de las funciones. Para determinar las conductas de esa naturaleza, es necesaria una investigación previa; recién concluida se podrá determinar la calificación de los comportamientos; con lo cual, como el sujeto tuvo que defenderse durante todo el proceso, a su finalización la asistencia especializada a cargo del Estado ya se encontraría prestada<sup>49</sup>.

Como bien se ha indicado, el beneficio de la indemnidad debe ser excepcional y estar orientado, "únicamente, a brindar cobertura a los miembros de los órganos societarios de dirección o control designados por el Estado que hubieren procedido conforme a instruc-

parte de la jurisprudencia y la doctrina. Ver Ivanega, *Los empleados de las empresas y sociedades del Estado, ¿son empleados públicos?*, RAP, n° 405, jun. 2012, p. 207.

<sup>48</sup> De la Riva, *Régimen de indemnidad para los directores designados por el Estado*, www.abogados.com.ar, p. 4 a 13.

<sup>49</sup> Carranza Latrubesse, *El decreto 196/2015 modifica el régimen general de la responsabilidad*, www.psi.unc.edu.ar.

ciones recibidas de quienes estaban habilitados a impartírselas (siempre que no se comprobase alguna connivencia dolosa entre ellos o grave culpa del directivo actuante), o por una actuación no condicionada por un marco normativo imperativo (y siempre, nuevamente, que no fuere dolosa o gravemente culposa)<sup>50</sup>.

Por tal razón, estamos convencidos de que se trata de una norma flagrantemente contradictoria con las normas de ética pública y las convenciones internacionales contra la corrupción.

Lo expresado son sólo algunas reflexiones y dudas que surgen del texto. Lo cierto es que la cuestión central de la regulación es la carencia de argumentos suficientes que sirvan de base para poder valorar dicho decreto como jurídicamente razonable.

Por ello, creemos que, más allá de profundizar las causas de su dictado, es tiempo de preocuparse por evaluar los fundamentos de su derogación. Cada una de las preguntas formuladas pueden brindar algunos de los elementos para ello.

<sup>50</sup> De la Riva, *Régimen de indemnidad para los directores designados por el Estado*, [www.abogados.com.ar](http://www.abogados.com.ar), p. 5.

## BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar Villanueva, Luis, *El aporte de la política pública y de la nueva gestión pública a la gobernanza*, "Reforma y Democracia", n° 39, oct. 2007.
- Atchabahian, Adolfo, *Régimen jurídico de la gestión y del control en la hacienda pública*, Bs. As., La Ley, 2013.
- AA.VV., *La cuenta de inversión*, Bs. As., Dunken, 2005.
- Bacellar Filho, Romeu, *Dignidad de la persona humana, garantía de los derechos fundamentales, derecho civil, derechos humanos y tratados internacionales*, "Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo", año 9, n° 9, 2009, p. 150.
- Barra, Rodolfo A., *El rol de los institutos centrales de control en los ordenamientos jurídicos: el modelo argentino*, RAP, n° 259, jun. 2000, p. 11.
- *Tratado de derecho administrativo*, Bs. As.: Ábaco, 2007-2011.
- Bazán, Víctor, *Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas*, "Revista Europea de Derechos Fundamentales", n° 18, 2° semestre 2011, p. 63.
- Bianchi, Alberto B., *Una reflexión sobre el llamado control de convencionalidad*, LL, 2010-E-1090.
- Bonnin, Charles-Jean, *Principios de Administración pública*, México, Fondo de Cultura Económica, 2013.
- Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Parte general*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1996.

- Bozeman, Barry (coord.), *La gestión pública. Su situación actual*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.
- Bustamante Alsina, Jorge, *Una nueva teoría explicativa de la relación de causalidad*, LL, 1991-E-1378.
- Canosa, Armando, *Procedimiento administrativo: recursos y reclamos*, Bs. As., Astrea, 2014.
- Cardón, Rubén C. A., *Estudios sobre tribunales de cuentas y de control público*, Salta, Comisión Bicameral de Autores Salteños, 1998.
- Carnota, Walter F., *Una institución amigable (el "amicus" y la Corte)*, *elDial*, DC492.
- Carranza Latrubesse, Gustavo, *El decreto 196/2015 modifica el régimen general de la responsabilidad*, [www.psi.unc.edu.ar/](http://www.psi.unc.edu.ar/).
- Cassagne, Juan C., *Derecho administrativo*, Lima, Palestra, 2010.
- *El contrato administrativo*, Bs. As., LexisNexis, 2005.
- *Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y empleados públicos en el Código Civil y Comercial proyectado*, LL, 2012-E-1202.
- Cassagne, Juan C. (dir.), *Derecho administrativo. Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1998.
- Chapman, William, *Crónica resumida del proceso de control gubernamental y comentarios sobre la nueva ley de reforma del régimen de la administración financiera del Estado nacional*, RAP, n° 169, 1992, p. 7.
- Cisneros Farías, Germán - Fernández Ruiz, Jorge - López Olivera, Miguel A. (coords.), *Control de la Administración pública. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*, México, Unam, 2007.
- Comadira, Julio R., *Derecho administrativo*, Bs. As., LexisNexis, 2002.
- *La regulación jurídica de la ética pública*, "Revista de Derecho Público", 2002-2-600.
- *Procedimientos administrativos*, Bs. As., La Ley, 2002.
- *Procedimiento administrativo y participación ciudadana*, *el Dial*, DC697.

- Comadira, Julio R. - Escola, Héctor - Comadira, Julio Pablo (coord.), *Curso de derecho administrativo*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2013.
- Corti, Horacio, *Derecho constitucional presupuestario*, Bs. As., LexisNexis, 2007.
- *Ley de presupuesto y derechos fundamentales: los fundamentos de un nuevo paradigma jurídico-financiero*, "Revista Jurídica de Buenos Aires", ene. 2010, p. 637.
- De la Riva, Ignacio M., *Régimen de indemnidad para los directores designados por el Estado*, [www.abogados.com.ar](http://www.abogados.com.ar).
- Debbasch, Charles, *Ciencia administrativa. Administración pública*, Madrid, INAP, 1981.
- Del derecho de la hacienda pública al derecho tributario. Estudios en honor de Andrea Amatucci*, Bogotá-Napoli, Temis-Jòvene, 2011.
- Delpiazzo, Carlos E., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Mariano R. Brito*, Montevideo, FCU, 2008.
- Echebarría, Koldo, y otros, *Responsabilización y evaluación de la gestión pública*, Caracas, CLAD, 2005.
- Echevesti, Carlos A. (dir.), *Responsabilidad de los funcionarios públicos*, Bs. As., Hammurabi, 1987.
- Embid Irujo, Antonio, *La fidelidad de los funcionarios a la Constitución (Un estudio a los derechos alemán y español)*, España, INAP, 1987.
- Escola, Héctor, *Tratado general de procedimiento*, Bs. As., Depalma, 1981.
- Faura Llimós, Daniel, *La auditoría pública*, "Revista de los Órganos Autonómicos de Control Externo", n° 12, Gasteiz, 1997.
- Fortini, Cristiana - Ivanega, Miriam M. (coords.), *Mecanismos de control interno e sua matriz constitucional. Un diálogo entre Brasil e Argentina*, Belo Horizonte, Forum, 2012.
- Fowler Newton, Enrique, *Tratado de auditoría*, Bs. As., La Ley, 2009.
- García Costa, Francisco M., *Delimitación conceptual del principio de objetividad: objetividad, neutralidad e imparcialidad*, "Documentación Administrativa", n° 289, 2011, p. 21.

- García de Enterría, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Madrid, Civitas, 1997.
- García de Enterría, Eduardo - Fernández, Tomás R., *Curso de derecho administrativo*, Madrid, Thomson-Civitas, 2006.
- Gelli, María A., *Constitución de la Nación Argentina -comentada y concordada-*, Bs. As., La Ley, 2008.
- Gesta Leal, Rogério, *Administração pública e participação social na América Latina*, Santa Cruz Do Sul, UNISC, 2005.
- Giuliani Fonrouge, Carlos M., *Derecho financiero*, 5ª ed., Bs. As., Depalma, 1993; 9ª ed., Bs. As., Depalma, 2004.
- González Marregot, Miguel, *La participación ciudadana como paradigma de gobierno*, "Opinión y Análisis", Venezuela, ago. 2005.
- González Navarro, Francisco, *El derecho administrativo español*, Navarra, EUNSA, 1995.
- González Pérez, Jesús, *La ética en la Administración pública*, Madrid, Civitas, 2000.
- *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1983.
- González Pérez, Luis - Valadés, Diego (coords.), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, México, Unam, 2013.
- Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, Bs. As., Fundación de derecho administrativo, 2013.
- Gorostegui, Beltrán, *El dictamen jurídico administrativo*, Bs. As., El Derecho, 2014.
- Guerrero, Omar, *La teoría de la Administración pública*, México, Unam, 1990.
- Gutiérrez Colantuono, Pablo Á., *Administración pública, juridicidad y derechos humanos*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2009.
- Häberle, Peter, *Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, Madrid, Tecnos, 2002.

- Hitters, Juan C., *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación*, "Estudios Constitucionales", vol. 7, n° 2, 2009, p. 109.
- Hutchinson, Tomás, *Breves consideraciones acerca de la responsabilidad administrativa patrimonial en el agente público*, "Revista de Derecho Administrativo", 2002, p. 108.
- *El sistema argentino de control judicial de la Administración*, "Anales", año 7, n° 40, 2009-2010, p. 152.
- Insausti, Miriam B. - Velásquez Leal, Luis F., *Las entidades financiadoras superiores y la rendición de cuentas*, Bogotá, Corporación Acción Ciudadana, 2014.
- Ivanega, Miriam M., *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*, Bs. As., RAP, 2015.
- *Los actos emanados de los organismos de control y la afectación a terceros*, RAP, 2009, p. 803.
- *Los empleados de las empresas y sociedades del Estado ¿son empleados públicos?*, RAP, n° 405, jun. 2012, p. 207.
- *Mecanismos de control y argumentaciones de responsabilidad*, Bs. As., Ábaco, 2000.
- *Nuevos interrogantes sobre la protección constitucional del trabajador. El caso de los empleados de las empresas y sociedades del Estado*, LL, 2011-F-923.
- *Principios de la Administración pública*, Bs. As., Ábaco, 2005.
- *Reflexiones acerca de los derechos fundamentales, la Administración pública y el presupuesto público*, RAP, n° 421, p. 27.
- Linares, Juan F., *Derecho administrativo*, Bs. As., Astrea, 1986.
- López Alfonsín, Marcelo, *De la necesidad de audiencias públicas con participación de los consumidores y usuarios en la cuestión tarifaria de los servicios públicos*, elDial, DC 492.
- Lynn, Naomi B. - Wildavsky, Aaron (comps.), *Administración pública. El estado actual de la disciplina*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999.
- Makon, Marcos P., *El modelo de gestión por resultados en los organismos de la Administración pública nacional*, V Con-

- greso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y la Administración pública, República Dominicana, 2000.
- Mertehikian, Eduardo, *Algunas consideraciones jurídicas acerca del control parlamentario*, Bs. As., RAP, 2007.
- *El impacto del derecho de la integración en las instituciones de derecho administrativo*, RAP, n° 324, p. 7.
- *Estudios de derecho administrativo*, Bs. As., RAP, 2007.
- *La ley de administración financiera y control de gestión*, Bs. As., Ciencias de la Administración, 2002.
- Molina B., Carlos M. - Rodríguez Rodríguez, Libardo, *El derecho público en Iberoamérica. Libro homenaje al profesor Jaime Vidal Perdomo*, Bogotá, Temis, 2010.
- Morón Ubina, Juan C., *Ley de procedimiento administrativo general*, Lima, Gaceta Jurídica, 2003.
- Muñoz, Ricardo, *Prohibición de aplicación de astreintes en contra del Estado*, Llonline, AR/DOC/3857/2015.
- Muratorio, Jorge, *El dictamen jurídico en la Administración Pública*, REDA, n° 41, 2002.
- Nickson, Andrew, *Transferencia de políticas y reforma en la gestión del sector público en América Latina: el caso del New Public Management*, "Reforma y Democracia", n° 24, oct. 2002, p. 115.
- Nieto García, Alejandro, *El mito de la Administración prusiana*, Sevilla, Instituto García Oviedo, 1962.
- Olivos Campos, José R. (coord.), *Derechos humanos en Iberoamérica*, México, Porrúa, 2014.
- Oszlak, Oscar - Kaufman, Ester, *Teoría y práctica del gobierno abierto: lecciones de la experiencia internacional*, DRC-CRDI-OEA, 2014.
- Parejo Alfonso, Luciano, *La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración pública*, "Documentación Administrativa", n° 218-219, 1989.
- Premchand, A. - Antonaya, A. L., *Aspectos del presupuesto público*, Washington, Fondo Monetario Internacional, 1998.
- Pérez Hualde, Alejandro, *Algunos apuntes sobre la corrupción*, [www.gestion-publica.org.ar/estudios158](http://www.gestion-publica.org.ar/estudios158).

- *Desviación de poder como "sistema" y un instrumento necesario: las lealtades personales*, XI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Santo Domingo, 2012, p. 107.
- *Instrumentos para un régimen jurídico de combate a la corrupción*, LL, 2011-D-926.
- Perrino, Pablo E., *La regulación de la responsabilidad por actividad estatal legítima en la ley 26.944*, RCS, año XVI, n° 12, 2014.
- *La responsabilidad de la Administración por su actividad ilícita. Responsabilidad por falta de servicio*, ED, 185-781.
- Peters, Guy B., *De cambio en cambio: patrones de continuidad en la reforma administrativa*, "Reforma y Democracia", n° 21, oct. 2001.
- Plazas Vega, Mauricio, *Teoría general del gasto público. Algunos comentarios sobre la normativa colombiana*, "Revista Jurídica de Buenos Aires", 2010, p. 491.
- Poder Ciudadano, *Transparencia y control social en las contribuciones públicas*, Bs. As., Fundación Poder Ciudadano, 2006.
- Pope, Jeremy, *Enfrentando la corrupción: los elementos de un sistema de integridad nacional*, Berlín, Transparencia Internacional, 2000.
- Pozo Gowland, Héctor - Halperin, David - Aguilar Valdez, Oscar - Lima, Fernando J. - Canosa, Armando (dirs.), *Procedimiento administrativo. A 20 años de la reforma constitucional*, Bs. As., Astrea-RAP, 2015.
- Premchand, A. - Antonaya, A. L., *Aspectos del presupuesto público*, Washington, Fondo Monetario Internacional, 1998.
- Ramió Matas, Carles, *Los problemas de la implantación de la nueva gestión pública en las administraciones públicas latinas: modelo de Estado y cultura institucional*, "Reforma y Democracia", n° 21, 2001.
- Rincón Córdoba, Jorge I., *Las generaciones de los derechos fundamentales y la acción de la Administración pública*, Colombia, Universidad del Externado, 2004.
- Rodríguez, Héctor C. - Vetulle, Rubén A., *El control público moderno*, "Revista OLACEFS", México, 1997.

- Rodríguez Arana Muñoz, Jaime (dir.) - Calvo Charro, María (coord.), *La Administración pública española*, Barcelona, INAP, 2003.
- Rodríguez Arana Muñoz, Jaime - Irizarry, William - Rodríguez, María del C. - Martín Retortillo Baques, Sebastián (coords.), *Contenciosos administrativos en Iberoamérica*, San Juan, Universidad de Puerto Rico, 2015.
- Rodríguez Fernández, Andrés - Zarco Martín, Victoria, *La dimensión ética de las organizaciones*, "Revista de Psicología General y Aplicada", n° 52, 1999.
- Sacristán, Estela, *Participación ciudadana previa a la toma de decisión administrativa: Acerca de algunos de sus fundamentos en el derecho inglés*, LL, 1999-B-480.
- Sagüés, Néstor P., *El control de convencionalidad. En particular sobre las constituciones nacionales*, LL, 2009-B-762.
- Sánchez, Alberto, *La función de asesoramiento legal del Estado*, 10 encuentro 2013, CC y DP.
- Santofimio Gamboa, Jaime, *Tratado de derecho administrativo*, Bogotá, Universidad del Externado, 2003.
- Schedler, Andreas, *Qué es la rendición de cuentas*, "Cuadernos de Transparencia", 03, México, 2004.
- Sesin, Domingo J., *Control previo, naturaleza y alcance. Vinculación con las funciones jurisdiccionales*, "Revista El Control Público", n° 98, ene.-jun. 2002.
- Subirats, Joan, *La Administración pública como problema. El análisis de políticas públicas como propuesta*, "Documentación Administrativa", n° 224 y 225, .oct. 1990 - mar. 1991.
- Ugalde, Luis C., *La rendición de cuentas en los gobiernos estatales y municipales*, México, Auditoría Superior de la Federación, 2002.
- Uranga Cogollos, Carlos, *El principio de eficacia en la organización administrativa*, "Documentación Administrativa", n° 218-219, 1989.
- Villanueva, Ernesto, *Derecho de acceso a la información pública en Latinoamérica*, México, Unam, 2003.

- Villegas, Héctor B., *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*, 10ª ed., Bs. as., Astrea, 2016.
- Manual de finanzas públicas*, Bs. As., Depalma, 2000.
- Vítolo, Daniel, *Los directores del Estado en las empresas privadas: una reforma encubierta a la ley 19.550 a través de un decreto del PEN*, DSE, 2012.

## OBRAS DE NUESTRO SELLO

**LINARES: Derecho administrativo.**

**LÓPEZ ALFONSÍN: Derecho ambiental.** Constitucionalización del ambiente. Amparo en materia ambiental. Responsabilidad. Cuantificación del daño.

**LUQUI: Revisión judicial de la actividad administrativa.** Juicios contencioso-administrativos. 2 tomos.

**MIDÓN: Control de convencionalidad.** Derechos humanos. Sistema interamericano. Armonización entre la Constitución y los tratados. Sentencias, opiniones y consultas de la Corte IDH. Recomendaciones de la Comisión IDH.

**SAGÜÉS: Teoría de la Constitución.**

**SALGADO: Tutela individual homogénea.** Conflictos, derechos y pretensiones colectivas.

**TORICELLI: Organización constitucional del poder.** Distribución de competencias estatales. 2 tomos.

**UGOLINI: Bienes privados del Estado.** Dominio público y privado. Afectación y desafectación. Uso, administración y disposición de bienes inmuebles. Comparación con regímenes de otros países.

**VALLS: Presupuestos mínimos ambientales.** Ley 25.675 y leyes especiales.

**ZARINI: Constitución Argentina.** Comentada y concordada.

[www.astrea.com.ar](http://www.astrea.com.ar)

[www.revistarap.com.ar](http://www.revistarap.com.ar)

**L**os controles sobre los que trata este libro no son exclusivos del derecho administrativo, como tampoco lo es el estudio de la Administración pública, ámbito principal –pero no único– de examen en esta ocasión.

La necesidad de reconocer los mitos que se generaron alrededor del control público, y en particular de alguno de sus tipos, como el interno y externo, pone al lector ante un panorama en el cual la realidad de las últimas décadas indica la necesidad de revisar el rumbo y de asignar un rol principal a la ciudadanía y a sus derechos.

A la valoración de los principios que todo control debe cumplir, al análisis normativo, institucional y jurisprudencial, al diseño nacional de la responsabilidad patrimonial de los funcionarios, la autora suma críticas reflexiones acerca del ser y el deber ser del control público en la actualidad.

**MIRIAM M. IVANEGA.** Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Magíster en Derecho Administrativo (UA). Miembro Fundadora del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y de la Confederación Internacional de Derecho Disciplinario.

