

que ellas provocan en el medio civil— sin suprimirlos formalmente. No obstante ello, los consejos de guerra subsisten —perdida ya su omnipotencia— con todos sus antiguos defectos, pues la reforma —con una actitud sugestivamente compasiva— los deja intactos en su anacrónica estructura y procedimiento, pero reduciéndolos a un simulacro cuyas decisiones estarán fatalmente condenadas a ser eterna e irremisiblemente revisadas, lo que a su vez puede provocar dos efectos contrarios: o un mejora-

miento en la calidad de la actividad jurisdiccional de los consejos de guerra o su total y definitiva inoperancia.

De ahora en más serán los encargados del fino arte de juzgar quienes deberán picar en la cantera de la flamante reforma del código de justicia militar —que continúa en su papel de Cenicienta— teniendo presente una sola finalidad: que en el ámbito militar se logre una justicia equitativa, humana y respetuosa del derecho individual.

LA OBSERVACION LEGAL: INSTRUMENTO DEL CONTROL EXTERNO DE LA HACIENDA PUBLICA

Por HORACIO DANIEL ROSATTI

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. — II. ESTUDIO: A) *Denominación*. B) *Fundamento*. C) *Naturaleza jurídica*. D) *Materia* (Actos Observables). E) *Plazo*. F) *Amplitud del análisis*. G) *Forma*. H) *Efectos*.

I

INTRODUCCION

Normas de diverso carácter e importancia encomiendan en el ámbito nacional y en algunas provincias, a organismos de heterogénea categoría institucional, el contralor de legalidad de los actos administrativos con repercusión en las haciendas públicas.

Dicha actividad puede conllevar la facultad —asignada al ente controlante— de “observar” los decisorios que, apartándose de la normativa vigente, comprometen los erarios estatales o paraestatales (1).

Nos proponemos en este estudio analizar ese acto tan trascendente para el resguardo de la “cosa pública” que es la “observación”.

II

ESTUDIO

A) *Denominación*

Visualizando la norma legal referida al funcionamiento del ente de contralor hacendal externo de la provincia de San Juan,

(1) El art. 67 de la ley 3643 de la provincia de Santiago del Estero, define a las “haciendas paraestatales” en los siguientes términos: “Las haciendas de derecho privado en cuya dirección o administración tenga participación el Estado o a las cuales éste se hubiere asociado, garantizando materialmente su solvencia o utilidad, les haya acordado concesiones o privilegios, aportes o subsidios para la instalación o funcionamiento, quedan comprendidas en la denominación de haciendas paraestatales...”.

(2) Idéntica diferenciación luce en el art. 167 de la ley de contabilidad de la provincia de Santa

detectamos una diferenciación dentro de los actos llamados genéricamente de “oposición” u “observación” (2).

El art. 101 de la ley de contabilidad sanjuanina estipula que la Contaduría General de la Provincia (San Juan no tiene Tribunal de Cuentas) “podrá objetar los decretos del Poder Ejecutivo, las resoluciones de los ministerios, las disposiciones de las reparticiones dependientes de la Administración central y descentralizada, mediante los siguientes actos: a) Reparó administrativo: Cuando se trate de errores deslizados en órdenes de pago o entrega, liquidaciones administrativas o judiciales, regulaciones, cobro de impuestos, apropiaciones, etc. b) Observación legal: A todo acto, mandato u orden que afecte al Tesoro o al patrimonio provincial, cuando a su juicio se hubiera dispuesto en contravención a una disposición legal”.

¿Es útil éste u otro criterio clasificador de los actos de observación? Pensamos que no, por las mismas razones que esgrime GIULIANI FONROUGE (3), porque la ley que no distingue en esta materia es más clara y comprensible para la autoridad de aplicación, que —al no encontrarse “encorsetada” por tipificaciones de muy dudosa base científica— puede manejarse con amplitud en la ponderación de los decisorios sujetos a su análisis. Pero no queremos hacer de esta cuestión terminológica un tema de fondo, porque pensamos que no se justifica.

Fe (que sigue en este tema el criterio de la vieja ley de contabilidad de la Nación, 12.691), actualmente desplazado en su vigencia por el art. 8º, inc. a) de la ley 6592, de creación del Tribunal de Cuentas de la Provincia, que sólo menciona a la “observación”. Tal como lo pone de manifiesto LAZZO, se impone un reordenamiento normativo en torno a las cuestiones contables en la provincia de Santa Fe. LAZZO, FIDEL I., *Tribunales de Cuentas*, Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 65.

(3) GIULIANI FONROUGE, CARLOS M., *Derecho Financiero*, Depalma, Buenos Aires, 1947, vol. I, p. 241.

Y formulamos también esta reserva: si en la mecánica funcional de un ente de contralor hacendal externo se ha consagrado como norma consuetudinaria la determinación específica del "nombre" de la oposición, y si tal regla de comportamiento administrativo ha probado su eficacia, no vemos inconveniente jurídico alguno para perpetuar el criterio (4).

Pero para aquellos órganos de contralor hacendal externo que nunca han rotulado sus actos de "oposición" (entendido este término en sentido amplio), implementar el distingo apuntado implicaría sumar un nuevo elemento de complejidad a la de por sí complicada gestión burocrática. El término "observación" es el que más se ajusta a la naturaleza jurídica del instituto y el que más se compadece con los efectos que—de acuerdo al criterio, de la Corte Suprema de Justicia— proyecta sobre el decisivo atacado (5).

B) Fundamento

No diremos nada nuevo al afirmar que mediante la "observación" el ente de contralor presiona a los órganos estatales o paraestatales dotados de poder de decisión para que respeten el principio de legalidad; es decir, para que encuadren su accionar en el marco estricto que el orden jurídico—pauta cultural para la convivencia pacífica— ha diseñado. Con mayor razón sí, ampliando el horizonte, pensamos que la realidad política convivencial halla en la actualidad fundamento para la justificación de la dialéctica "mando-obediencia" en la tesis de la dominación legal, lo que importa reducir en gran medida el margen de discrecionalidad en la toma de las decisiones de gobierno.

Pero creemos importante reivindicar—además de la función "legalista" precedentemente aludida— la proyección "moralizadora" que, a través del instrumento que significa la "observación", cumple el organismo que controla y resguarda la inversión de los dineros públicos.

Porque cuando un órgano de contralor hacendal externo observa un decisivo por el que la Administración paga o autoriza a pagar más o mal, no cabe duda que el objetivo es resguardar la incolumidad del

(4) En la provincia de Santa Fe, pese a la dudosa vigencia del precepto que impone la clasificación de la "oposición" en "reparo administrativo" y "observación legal", se aplica este distingo desde la época de creación del Tribunal de Cuentas Provincial (1970).

(5) Vide el ítem H) de este escrito, en donde

orden jurídico en función de que su apartamiento origina en el caso una "repercusión patrimonial" innecesaria o excesiva. Pero cuando el mismo órgano observa un acto administrativo por el que se designa o asciende a un agente sin que se cumplieren los requisitos que la norma prevé para el caso, lo que está puntualizando al ente observado es que su alejamiento del orden jurídico imperante viene a violar la igualdad de los eventuales postulantes al cargo, que ha habido discriminación o privilegio; es decir, se está violentando un principio constitucional y desconociendo el presupuesto filosófico que lo sustenta: la eminente dignidad de la persona humana.

Lo menos importante en este caso es la "repercusión patrimonial" de la medida, porque (siguiendo con el ejemplo precedente) si la vacante hubiera sido correctamente cubierta, el acto de designación aparejaría igual impacto económico; o porque, en última instancia, el compromiso patrimonial encontrará justificación en el futuro—en caso de no prosperar la observación por insistencia— en la efectiva prestación de servicios del empleado cuyo ingreso se objetara.

Es decir que en casos como el analizado la "repercusión patrimonial del decisivo impugnado" no es sino un elemento (una excusa, aunque excusa legal) que permite al organismo de contralor desarrollar un rol "moralizante". Y sin desorbitar de sus atribuciones.

Es por ello que juzgamos definitivamente acertada la fórmula que contienen algunas legislaciones del país, en tanto permiten al ente de contralor externo de la hacienda pública "comunicar" a los organismos competentes (en los ámbitos legislativo, ejecutivo y jurisdiccional) "toda transgresión de los agentes de la Administración a las normas que rijan la gestión financiero-patrimonial, aunque de ella no se derive daño para la hacienda" (6).

C) Naturaleza jurídica

Hemos dicho en otra oportunidad (7) y reafirmamos el criterio en la presente ocasión, que la "observación" a los actos administrativos que se apartan del orden jurídico, como así también la "comunicación"

se analizarán los "Efectos" de la observación legal.

(6) El entrecomillado pertenece a la fórmula adoptada por el art. 8º, inc. f) de la ley 6592 de la provincia de Santa Fe.

(7) ROSATTI, HORACIO D., *El control de la hacienda pública por los tribunales de cuentas durante los gobiernos "de facto"*, ED, 102-898.

al órgano deliberante en caso de insistencia, se hallan revestidos de "trascendencia o gravitación constitucional", dado que operan como presupuestos de eventual control constitucional, susceptible de ser impetrado a través de las facultades de investigación parlamentaria (deducibles en el orden nacional del art. 67, inc. 28, Constitución Nacional), de la mal llamada "interpelación" ministerial (en el ámbito federal, art. 63, Constitución Nacional) o del juicio político (siempre en el orden nacional, arts. 45, 51 y 52, Constitución Nacional).

Esta conclusión es válida—*mutatis mutandi*— en los órdenes nacional y provincial, tanto para los casos en que el órgano de control externo de la hacienda pública detente abolengo constitucional, cuanto para los supuestos en que dichos organismos de contralor revistan prosapia legal.

D) Materia

(Actos observables)

En una primera aproximación, diremos que resultan susceptibles de "observación" todos aquellos actos administrativos que repercutan en la hacienda pública. Esta caracterización requiere, en beneficio de una cabal comprensión y en consideración a la diversidad de la normativa que regula la materia de nuestro análisis (constitucional o legal, federal o provincial), algunas precisiones.

Desde un punto de vista sustancial (es decir, atendiendo a la naturaleza del decisivo), importa saber cuándo un acto es administrativo y cuándo repercute en la hacienda pública.

A la primera cuestión, asaz compleja y opinable, respondemos con la definición de MARIENHOFF: "...por acto administrativo ha de entenderse toda declaración, disposición o decisión de la autoridad estatal en ejercicio de sus propias funciones administrativas, productora de un efecto jurídico" (8).

(8) MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1966, t. II, p. 260.

(9) El art. 14 de la ley 91, de control externo para el Territorio Nacional de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, parece limitar la observación sólo a aquellos actos que tienen repercusión patrimonial inmediata; es decir, los que disponen un pago.

(10) PÉREZ COLMAN, LUIS, *Conferencia pronunciada en las Primeras Jornadas de Actualización doctrinaria* (Versión taquigráfica no oficial).

A la segunda cuestión respondemos con PÉREZ COLMAN; un acto administrativo tiene repercusión patrimonial cuando tiene "conexión con los intereses económicos del Estado. Esa conexión no se da porque esté dentro del acto el contenido económico, lo importante es que el acto tenga una consecuencia económica, y las consecuencias económicas o las consecuencias de los actos revisten jurídicamente tres posibilidades: pueden ser inmediatas, pueden ser mediatas o pueden ser remotas".

"Cuando la consecuencia es inmediata, va de suyo que el acto está sujeto al control del Tribunal de Cuentas. Las consecuencias de los actos son mediatas cuando, según el curso natural de las cosas, traen aparejados otros actos que se producen necesariamente. Las consecuencias son remotas cuando estos otros sucesos o actos posteriores no guardan una relación forzosa con sus antecedentes. De allí, entonces, que si partimos de este esquema podríamos sostener que están sujetos al control de un Tribunal de Cuentas todos aquellos actos cuyas consecuencias inmediatas y mediatas se refieren a la hacienda del Estado (9); aquellos cuyas consecuencias con la hacienda del Estado son remotas, evidentemente no deben estar sujetos al control del Tribunal de Cuentas" (10).

Desde un punto de vista orgánico (atendiendo al órgano o sujeto jurídico que emite el acto potencialmente observable), la normativa que rige la actividad de los órganos de control nacional y provinciales coincide—en términos generales— en este punto: los actos administrativos pueden provenir de los llamados "Poder" Legislativo, "Poder" Ejecutivo (centralizado, descentralizado, entes autárquicos) y "Poder" Judicial (11). Esta es la posición mayoritaria dentro de la normativa que prevé la "observación"; una excepción a este principio puede verse en la ley de contabilidad de la provincia de San Juan (leyes 2139 y 2153, t. o.), cuyos arts. 101 a 106 sólo contemplan la posibilidad de emitir

Pedimos disculpas al conferencista por las inexactitudes que puedan deslizarse en los párrafos transcritos.

(11) Hablamos de "Poderes" (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) para hacer más comprensible el texto, aunque la ciencia política moderna tiene en claro que el "Poder" es único e indivisible, y que sólo se distribuyen las "Funciones" (actividades encaminadas a un fin), imputadas a "Órganos" estatales. Para una caracterización del "Poder" político, vid ROSATTI, HORACIO D., *La legitimidad política; Legitimidad y poder*, ED, 106-1012, ítem II.

actos de "oposición" u "observación" con relación a decisivos dictados en la esfera del Poder Ejecutivo (v. gr.: decretos del Poder Ejecutivo, resoluciones ministeriales y disposiciones de reparticiones dependientes de la Administración central o descentralizadas) (11 bis).

Finalmente, desde un punto de vista formal (esto es, considerando la manera en que el acto se exterioriza) nos preguntamos si debería aclararse qué "especies" encuadrar en la genérica denominación "acto administrativo".

No nos parece aconsejable intentar una casuística taxativa de actos administrativos susceptibles de la tacha de la "observación" (12). Parece más conveniente que la normativa referida al tema utilice términos más latos aunque con un contenido doctrinario y jurisprudencial "determinable": tal la denominación "acto administrativo", que deja rotundamente fuera de su éjido a las leyes, las sentencias y los llamados "actos políticos" (13), pero permite incluir un amplio y variado número de "especies" auscultables (14).

Intentando desbrozar el camino de lo potencialmente observable, la Procuración del Tesoro de la Nación ha dicho, con criterio que compartimos, que los actos procesales —tales como las liquidaciones judiciales, las demandas, las contestaciones o las pruebas en juicio— escapan al ámbito de análisis de los organismos de control hacendal externo (15). Idéntico criterio debe seguirse con los nombramientos *ad honorem* (16).

E) Plazo

Son variados los aspectos que el tema proyecta.

1. *Plazo para someter a control los decisivos*: Explica PÉREZ COLMAN que "las leyes regularmente dicen que los actos están sujetos al control del Tribunal antes de que entren en ejecución (17), es decir que las

(11 bis) El art. 114, inc. b de la ley 47 de la provincia del Chubut, extiende el análisis y la posibilidad de observar a "todos los actos administrativos de las corporaciones municipales".

(12) Este parece ser el sistema de la provincia de Córdoba, que contempla la posibilidad de observar un "decreto" o "resolución" (art. 20, inc. i, l y 5438), y el caso de San Juan, que en su ley de contabilidad habla de "orden de pago o entrega" (art. 43), aunque luego contempla una tipología mucho más amplia (art. 101). Entendemos debe prevalecer esta segunda caracterización.

leyes no fijan un plazo cierto de equis días después de emitido el acto para que éste sea sometido al control. Por lo tanto el plazo es así, indefinido; lo importante es que no se ejecute al momento de someterse al control" (18). Y supuesto que varíe la normativa que rige el acto sujeto a control en el interin que corre entre que es dictado y que es analizado, ¿qué norma jurídica aplicaremos?, ¿la que existía en el momento en que el acto se emitió o la que existe al momento en que el acto se controla?

PÉREZ COLMAN dice que "la validez del acto es en el momento que se emite el decreto del presidente de la República o del gobernador, se rige por la ley del momento en que se ha producido, sin lugar a dudas... Lo que acontece es que, si al momento de someterse al control el orden jurídico ha cambiado, y ese orden está imbuido por principios de orden público, entonces no queda otra alternativa a un Tribunal de Cuentas que aplicar la norma jurídica de orden público que rige en el momento que se ejercita el control... Por lo tanto, si el ordenamiento positivo ha cambiado y ahora vuelve imposible la ejecución de ese acto, el acto original existe pero no puede ejecutarse porque ahora no tiene causa legal. El derecho positivo impide que se concrete, por lo tanto el acto será válido pero no podrá ejecutarse y allí entonces, dado un acto dictado dentro de un ejercicio y comunicado más allá del ejercicio, si en ese momento no tiene causa jurídica no tiene posibilidad material. El acto será válido pero no podrá ejecutarse porque ahora carece de causa jurídica presente. La tuvo a su tiempo, no la tiene actualmente" (19).

2. *¿Es conveniente que la ley fije un plazo para observar?*: Visualizando la ley nacional de contabilidad (decreto-ley 23.354/56, ratificado por ley 14.467, con sus modificatorias) y las normas provinciales referidas al tema, observamos distintas respuestas, que oscilan desde la más amplia, es decir la ausencia de plazo (casos de Co-

(13) Aunque no queda sustraído al control el acto administrativo que implemente una decisión "política", si posee una manifiesta arbitrariedad (PT, 102-73).

(14) V. gr.: decretos dependientes (dictados en virtud de ley) y autónomos (PT, 113-213) y también los reglamentos (PT, 90-223).

(15) PT, 116-218.

(16) PT, 98-139.

(17) Hay excepciones, v. gr.: provincia de Formosa (ley 413), Chubut (ley 47).

(18) PÉREZ COLMAN, L., *Conferencia...*, cit.

(19) *Ibidem*.

rientes y Formosa [20]), hasta la más estricta, v. gr., la fijación de un término de diez (10) días (casos de Río Negro y Jujuy [21]), "pasando" por plazos de quince (15) días (caso de Santa Cruz [22]); treinta (30) días (caso de Santa Fe [23]); cuarenta y cinco (45) días (caso de Chubut para los actos provinciales y municipales [24]) y sesenta (60) días (casos de la Nación y Salta [25]).

Consideramos pertinente la determinación de un tope temporal para hacer uso de la facultad observatoria, dado que el organismo de control —por ser tal— no debe estar exento de pautas rectoras en su accionar. Lo contrario equivaldría a: a) consagrar la inseguridad jurídica, extendiendo la provisoriedad de los actos indefinidamente; b) prohijar la desobediencia a la ley, porque puede ser razonable "demorar" los efectos jurídicos de un decisivo por espacio de 10, 15, 30, 45 ó 60 días, pero no es posible "demorarlo" vitaliciamente, lo que equivaldría en la práctica a "derogarlo"; y c) convalidar la molicie del órgano de control.

No podemos hablar de un "plazo legal ideal" susceptible de estereotiparse en las distintas legislaciones. Su determinación debe estar en relación directa con el volumen de decisivos a controlar y con la infraestructura del ente controlante.

3. *¿Es conveniente el sistema de "plazos diferenciales"?*: El sistema de "plazos diferenciales" partiría de la base de la distinta importancia (en términos institucionales o de "repercusión patrimonial") de los actos administrativos susceptibles de control.

La propuesta radicaría en fijar extremos temporales más breves para los decisivos de menor relevancia (por haber sido dictados por órganos institucional o administrativamente inferiores o por conllevar un eco patrimonial relativamente poco importante en términos presupuestarios) y fijar términos amplios para los decisivos más trascendentes (de acuerdo a las mismas pautas de valoración indicadas).

Ello permitiría dar mayor "oportunidad temporal" de revisión a los decisivos gravitantes y posibilitar un control cualitativa-

(20) Provincia de Corrientes: ley 3173, art. 11, inc. b); provincia de Formosa: ley 413, art. 4º, inc. a).

(21) Provincia de Río Negro: ley 170, art. 5º, inc. a); provincia de Jujuy: ley 159, art. 81, inc. a).

(22) Provincia de Santa Cruz: ley 500/66, art. 19, inc. a).

(23) Provincia de Santa Fe: ley 6592, art. 8º, inc. a).

mente más certero y cuantitativamente más eficiente.

No sabemos si esta propuesta es en sí misma valiosa, habida cuenta de la tentación que puede tener el ente controlado de encauzar una materia susceptible de instrumentarse por un acto administrativo "mayor" a través de un acto administrativo "menor", a efectos de restar "oportunidad temporal" al ente controlante (26), pero en todo caso consideramos que la idea merecería un estudio de "pre-factibilidad" exhaustivo.

4. *¿A partir de qué fecha comienza a computarse el plazo legal?*: La Procuración del Tesoro de la Nación ha dicho, con acierto según nuestra opinión, que el plazo dentro del cual debe ejercitarse la observación comienza a computarse "desde que el Tribunal de Cuentas dispone de todos los antecedentes o elementos que *razonablemente* necesita para determinar si corresponde observar o no el acto" (PT, 109-51). Mientras los órganos dotados de poder de decisión no remitan al Tribunal las actuaciones que desembocaron en el acto administrativo auscultable, resulta injusto exigir del controlante una definición ponderada sobre el particular y más injusto aún pretender que su silencio importa convalidación o aprobación.

Sobre el particular se pregunta PÉREZ COLMAN: ¿... qué sucede si se envía el acto y no sus antecedentes? ¿El plazo sigue corriendo, se interrumpe o se suspende? Entendemos que el plazo se suspende cada vez que el Tribunal de Cuentas pide antecedentes. Decimos que se suspende porque si la ley ha fijado 60 días para que el Tribunal ejercite el control (se refiere a la ley nacional de contabilidad), el Tribunal no puede ampliar por sí ese plazo a más de 60 días; lo que debe tener es 60 días hábiles administrativos para controlar el acto. Por lo tanto, si necesita antecedentes el plazo se suspende y comienza a contarse desde el momento en que recibe los antecedentes que ha requerido. Es importante entonces que cada vez que se piden antecedentes, se establezca que se suspende el plazo para observar el acto, de lo contrario

(24) Provincia del Chubut: ley 47, art. 114, incs. a) y b).

(25) Nación Argentina, decreto-ley 23.354, art. 85, inc. a), según texto decreto-ley 3453; provincia de Salta: decreto-ley 705, art. 84, inc. a).

(26) Esta es sólo una especie integrante de uno de los mecanismos de auto-inviolabilidad normativa, generado por la propia Administración Pública (la "confusión" normativa), a la que haremos referencia en otro momento de este escrito.

se correría el riesgo de que se reduzca el plazo de 60 días con consecuencias jurídicas definidas. ¿Este plazo de 60 días es de caducidad, es decir extingue o no una posibilidad jurídica? Sin lugar a dudas extingue una posibilidad jurídica, caduca el derecho de un tribunal de cuentas para observar el acto, y el acto, por lo tanto, en razón de este plazo de caducidad, tiene validez, tiene eficacia, porque se ha producido la conformidad tácita..." (27).

La Procuración del Tesoro de la Nación, en un intento por dilucidar a partir de qué momento puede afirmarse que el órgano de control hacendal externo está en conocimiento del acto (y eventualmente de sus antecedentes), a efectos de computar el plazo legal de análisis, ha expresado que "la publicación de un acto en el Boletín Oficial no hace correr el plazo para observarlo en cualquier momento..." (PT, 94-149). Completando esta idea, consideramos que los términos deben considerarse a partir del día siguiente en que el controlante toma conocimiento fehaciente del decisorio que se le comunica (y eventualmente de sus antecedentes); entendemos por "fehaciente" al anoticiamiento que quede debidamente registrado y documentado de acuerdo al procedimiento administrativo vigente.

5. ¿Se computan días corridos o días hábiles administrativos? Consideramos que si no existe manifestación expresa en contrario (como es el caso del art. 60 del decreto-ley 513 de la provincia de La Pampa) el término legal para observar debe computarse como de días corridos. Ello así, por cuanto resulta de aplicación subsidiaria a la especie administrativa la norma civil general en la materia, contenida en el título preliminar II del código civil (específicamente el art. 28 [28]).

Esta transmisibilidad normativa civil-administrativa es aceptada, según MARIENHOFF, por la doctrina nacional: "En concordancia con lo que queda dicho, nuestra doctrina establece que las disposiciones del título preliminar del código civil son de aplicación tanto en el derecho privado como en el derecho público, por corresponder en general a todas las ramas del derecho, rigien-

(27) PÉREZ COLMAN, L., Conferencia..., cit.

(28) Código Civil Argentino, art. 28: "En los plazos que señalasen las leyes o los tribunales, o los decretos del gobierno, se comprenderán los días feriados, a menos que el plazo señalado sea de días útiles, expresándose así".

(29) MARIENHOFF, MICUEL, ob. cit., t. I, p. 171.

(30) "Desde luego, si el acto administrativo tie-

do para todo el ordenamiento jurídico positivo" (29).

Sin perjuicio de lo dicho (*de lege lata*), nos parece (*de lege ferenda*) que todas las legislaciones regulatorias del análisis de los actos administrativos con efecto patrimonial deberían fijar explícitamente que los términos para observar deben computarse en días hábiles administrativos. Caso contrario, circunstancias extrañas a la voluntad del órgano controlante pueden frustrar la decisión observatoria, con la consecuente secuela disvaliosa para la hacienda pública y con el interrogante concreto sobre la responsabilidad que la omisión puede generar para los encargados del control.

6. Fuera del plazo legal: ¿se puede observar? La Procuración del Tesoro de la Nación ha expresado que "la circunstancia de que haya vencido el plazo para observar no impide que el Tribunal de Cuentas solicite la revocación del acto ilegítimo" (PT, 125-378). La alternativa, al par que éticamente irreprochable, es jurídicamente correcta (30). Ante un acto administrativo ilegítimo, el órgano de control hacendal externo no puede callar a sabiendas, porque ello implicaría defecionar inexcusablemente al mandato jurídico (ora constitucional, ora legal) que lo faculta y le impone la atribución y la obligación de controlar.

Pero si es cierto que no se debe callar a sabiendas la ilegitimidad, también es cierto que si el plazo está vencido no puede el controlante expedirse mediante el mecanismo de la observación. Caso contrario, importaría convalidar que quien debe velar por el cumplimiento de la ley la está violando, o bien se siente desobligado a cumplirla; es decir, que se maneja *de legibus solutus*.

Con la solicitud de revocatoria, el controlante puede dar cumplimiento (en la medida de las nuevas circunstancias) a su cometido elemental sin violar la ley; corresponderá al órgano que dictó el decisorio impugnado revocarlo o mantenerlo.

¿Cuál es entonces la diferencia jurídica-práctica entre observar dentro del plazo admitido y solicitar la revocatoria fuera de dicho plazo? Entendemos que para el órgano controlante la diferencia es trascendente: en el primer caso, con la "observación"

ne en verdad algún vicio, el visto bueno expreso o tácito del Tribunal de Cuentas no opera en modo alguno como convalidación y, en su caso, la autoridad administrativa o judicial podrá anularlo si así corresponde de acuerdo con los principios generales en materia de nulidades". GORDON, A., Acuña A., *Tratado de Derecho Administrativo*, Macchi, Buenos Aires, 1977, t. I, Parte General, cap. IX, p. 45.

del decisorio, se libera de la responsabilidad que pueda originar su cumplimiento; en la segunda hipótesis, la solicitud de revocatoria no mengua la responsabilidad jurídica y/o política que pudiera derivarse por el eventual cumplimiento del decisorio impugnado.

F) Amplitud del análisis

1. Cuadro de situación: En este tema, la doctrina nacional está dividida.

Un sector considera que el examen del órgano de control hacendal externo debe ceñirse al parámetro de la legalidad formal; es decir, cotejar si el decisorio auscultado se apoya en una norma jurídica vigente, sin extenderse en consideraciones que supongan ponderar la oportunidad o el mérito de la decisión, salvo que ésta aparezca manifiestamente arbitraria (31). La decisión no es en sí discutible, "revisable", sólo lo es el decisorio que la instrumenta en orden a la normativa vigente. Esta es la postura clásica (32).

El otro sector de la doctrina, el más moderno (si empleamos este término en sentido cronológico estricto, ajeno a toda valoración), considera que el examen de legalidad formal es "insuficiente", que revisando este solo aspecto no se cumple en verdad con el cometido del control sino con su remedo, con una parodia que coteja apariencias y que únicamente a través de la ponderación de la oportunidad o conveniencia de la decisión de gastar o comprometer el patrimonio se puede cumplir con la misión de resguardar el erario público (33).

El criterio clásico sostiene que otorgar al ente controlante la facultad de meritarse la conveniencia del gasto equivaldría a erigirlo en un nuevo "poder", dotado incluso de mayores atribuciones que los "poderes" clásicos e impidiendo que éstos desarrollen normalmente su función, para lo cual es necesaria cierta dosis de discrecionalidad (aneja a toda potestad de decisión) que permita el cumplimiento de los fines políticos del Estado.

La otra corriente doctrinaria estima que el control es una función equiparable en

(31) PT, 102-73.

(32) Dentro de esta postura clásica ubicamos a autores tales como RAFAEL BIELSA, JOSÉ CANASI, FÉLIX SARRIA, BARTOLOMÉ FIORINI y MANUEL M. DIEZ. Hay que señalar igualmente que el Tercer Congreso Nacional de Tribunales de Cuentas (La Plata, 1970) se expidió en el sentido de que el control de eficiencia no corresponde a los órganos de contralor hacendal externo.

(33) Dentro de este criterio moderno ubicamos

importancia a las que cumplen los otros "poderes" y que la forma representativa y republicana de gobierno ya no tolera el manejo discrecional de los fondos públicos, alentado en otros tiempos por la debilidad de los controles clásicos en materia hacendal.

Acompañando a esta polémica, se sitúa el problema de la inclusión o no de los órganos de control externo en las Constituciones nacional o provinciales, según sea el caso (34) y hasta incluso el debate sobre su composición profesional (únicamente especialistas en ciencias económicas, únicamente especialistas en ciencias jurídicas o integración mixta).

Así las cosas, con posturas tan inconciliables, resulta difícil lograr una alternativa mutuamente conformable. Pensamos que en cierto sentido, cada doctrina tiene parte de la razón. Veamos en qué medida.

Es cierto que el mero control de legalidad formal suele ser en la práctica insuficiente, cuando no inoperante. La actividad administrativa, concebida hace dos siglos (con el furor del tríptico funcional peraltado por la Revolución Francesa) como actividad secundaria, meramente aplicativa y absolutamente reglada, ha variado mucho su fisonomía y su importancia. ROMERO expresa el fenómeno con claridad: "El surgimiento de nuevas necesidades y el planteamiento de nuevos problemas trajo aparejada la creación de numerosas entidades, dependencias, reparticiones, etc., dentro de la órbita de competencia del Poder Ejecutivo, robusteciendo indudablemente sus poderes. Por las causas señaladas y otras más, llegamos al momento actual, donde los poderes de gobierno, esto es, poderes de decisión y ejecución se concentran de modo formal y casi exclusivamente en el Poder Ejecutivo de neto corte presidencialista" (35).

La Administración tiene también a esta altura, como tradicionalmente lo han tenido los otros órganos de la tríada clásica, un cierto margen de discrecionalidad, una esfera de maniobrabilidad que —justo es admitirlo— por prepotencia propia o por ignorancia o inacción ajenas, ha venido

a autores como RUBÉN C. A. CARDÓN, MARIO MICELI y OSCAR J. COLLAZO.

(34) Vid *Anteproyecto de texto uniforme sobre Tribunal de Cuentas para las constituciones de la Nación y las provincias*, elaborado por PEDRO J. FRÍAS, en *Primeras Jornadas de Actualización Doctrinaria*, Secretariado Permanente de Tribunales de Cuentas de la República Argentina, Salta, 1976, ps. 41 a 51.

(35) ROMERO, CÉSAR E., *Estructuras reales de*

ampliando su diámetro con el correr del tiempo (36).

En su *modus operandi*, la Administración ha venido perfeccionando ciertos mecanismos de invulnerabilidad para sus propias decisiones, tales como:

a) La "explotación" del "estado de necesidad" estatal, materializado a través de: 1) las autorizaciones cada vez más frecuentes que la facultan a desarrollar ciertas actividades con repercusión patrimonial que en principio corresponderían a otros órganos, pero que éstos delegan por carecer de la infraestructura o de la agilidad necesarias (esto se ve claro en las leyes de presupuesto); 2) la proliferación de los motivos de excepción a las normas generales de contenido patrimonial (excepciones en materia de contrataciones, de compras, de suministros, de movimiento de personal [designaciones y promociones], de fiscalización, etc.); 3) la interpretación extensiva de dichas causales de excepción.

b) La "confusión" normativa, deducible de: 1) la vastedad de normas que no se conocen o que se contradicen, agudizado el problema por la falta de una adecuada compilación; 2) la toma de decisiones que se materializa por medio de un instrumento normativo distinto del correcto.

c) El "aprovechamiento" de las crisis institucionales, la impunidad de saberse no controlado (37), que llega hasta la insolencia de insistir en el cumplimiento de un acto administrativo antes de que sea formalmente observado, anulando "preventivamente" toda posibilidad de control (38).

Lo dicho nos impulsa a comprender los motivos por los cuales un costado de la doc-

poder en la Argentina, Depalma, Buenos Aires, 1976, p. 41.

(36) Dice MICELE con acierto: "Si por razones de orden práctico los administrados no ejercitan regularmente sus derechos para promover las rectificaciones de las vías de hecho administrativas o de los actos administrativos que resulten nocivos para sus intereses, el principio de legitimidad queda en un enunciado sin sentido. Si las sanciones pecuniarias, como las multas, se pagan sin discutir porque resulta más conveniente someterse a una arbitrariedad que promover una prolongada actividad procesal, el dinamismo del derecho se ha atrofiado". MICELE, MARIO, *La significación del principio de legalidad en la Administración moderna*, "Actualidad Administrativa", Departamento de Estudios Técnicos y Coordinación Contable de la Contaduría General de la Provincia de Salta, Salta, 2º semestre de 1981, N° 13, p. 11.

trina propugna la insuficiencia del control de "legalidad".

A su turno, también es cierto que otorgar a un órgano técnico la facultad de controlar el mérito de un gasto no resulta muy convincente.

El problema es de difícil solución, porque si la oportunidad o conveniencia fuera controlada por otro órgano político, se plantearía el interrogante *¿Qui custodiam custodes?* y si el controlante fuera exclusivamente técnico, entonces existiría la fundada presunción de que carecería de la especial "sensibilidad política" para apreciar las motivaciones y las consecuencias extrapatrimoniales del gasto (39).

En suma, el control de "legalidad formal" es insuficiente; el control de "mérito" es asfixiante. La tarea consiste en tratar de buscar un punto intermedio entre estos dos extremos, que traspase el velo de lo formal sin conculcar el grado de maniobrabilidad que entendemos debe acompañar toda función política, de suyo necesitada de un ámbito de libertad responsable.

2) *Dos propuestas*: Tenemos dos propuestas concretas (*de lege ferenda*) para intentar salir de este dilema: a) el *standard* de la "eficiencia no subordinante"; y b) la implementación de la "comunicación" "desligada" de la "observación".

a) La eficiencia, entendida como el arte (*lato sensu*) de lograr los mejores resultados con el menor desgaste de medios (humanos y materiales) posible, con sujeción estricta a un contexto político-social determinado y ordenada al cumplimiento de una finalidad comunitaria considerada valiosa (es decir, la "eficiencia" —o "eficacia", según otros autores— que no subordina el ac-

(37) ROSATTI, HORACIO D., ob. cit.

(38) Esta *aberratio iuris* fue practicada por algunas de las gestiones gubernamentales en la provincia de Santa Fe, durante el gobierno *de facto* 1976-1983. La "insistencia anticipada" apareja un contrasentido. Insistir es "volver sobre algo", supone voluntad de imponerse a una oposición (*lato sensu*) que se conoce, pero que se considera jurídicamente incorrecta o jurídicamente correcta pero políticamente inconveniente, en función del bien común. No habiendo oposición, no es lógico "volver sobre algo", no hay obstáculo a vencer y la pretendida insistencia se convierte en un acto irreflexivo y sobreabundante. Va de suyo que el acto de insistencia no puede ser antojadizo y que debe explicitarse en un decisorio debidamente motivado.

(39) Huelga decir que cuando hablamos de "Política" lo hacemos en el sentido aristotélico de "arte de gobernar".

cionar político a la economía ni a la matemática, que no degenera en la forma "impura" del "eficientismo", el gobierno del cálculo [40], puede ser un estimable *standard* corrector de una decisión política de implementación inmoderada).

Si el efecto patrimonial de la medida pudo ser evitado, o menos gravoso para el erario, entonces se impone el *standard* corrector de la "eficiencia" porque, como dice CARDÓN: "... así como no hay dudas de que la Administración tiene que actuar, tengamos presente al propio tiempo que debe actuar y «actuar bien», vale decir, no sólo dentro de la legalidad, sino también con eficacia y efectividad" (41). Es probable que un gasto sea legal, en el sentido en que no contradiga ningún texto jurídico expreso, pero evitable absolutamente o parcialmente (porque la decisión político-administrativa pudo haberse tomado por un medio mucho menos oneroso que el utilizado): entendemos pertinente en este caso la observación legal. No juzgamos el mérito de la decisión, estamos ponderando su implementación; el *standard* de la eficiencia no se ha supraordinado a la intención que se materializa.

Si la legislación y la práctica administrativa aplicaran reiteradamente el criterio de la "eficiencia no subordinante", al punto que su inclusión dentro del ámbito del control hacendal se ejemplarizara y se hiciera insoslayable, entonces —recién entonces— estaríamos en condiciones de contemplar la posibilidad de incorporar el control de eficiencia en cierto modo "subordinante", "de modo tal que los caudales obtenidos a través de los aportes de los contribuyentes y otros medios con que el Estado cuenta para la prestación de los servicios y la realización de obras sean destinados a satisfacer exigencias perentorias y realmente necesarias; y no queden en la letra muerta de planes y programas —cuando los hay— o todo tienda a ser dejado quietamente en manos del administrador, como si la con-

(40) Una interesante atenuación del rigorismo formalista luce en el art. 5º, inc. c) de la ley 513 de la provincia de La Pampa, que autoriza al Tribunal de Cuentas a "desestimar las observaciones de los contadores fiscales cuando... de las propias actuaciones surja, en forma indubitable, que el defecto observado se debió a circunstancias que no pudieron preverse, o que previstas, no pudieron evitarse". Aunque a renglón seguido el inciso expresa su inquietud eficientista: "En este caso será imprescindible que en las actuaciones, se haya acreditado fehacientemente la conveniencia de la medida propuesta". Sobre el "eficientismo" y la actividad política, vid nuestro trabajo *La legitimidad política; Legitimidad y eficiencia*, ED, 106-1012, ítem IV.

ducción tácita de la gran operación fuera puramente automática" (42).

b) Hasta tanto no arribemos a la segunda etapa que supone el control de "eficiencia subordinante" con posibilidad de observación, salto entitativo (porque aquí ya cuestionaríamos el "fondo" de la decisión) sobre cuya implementación tenemos ciertas reservas y que nos pondría nuevamente en trance de re-estudiar la inserción institucional del órgano de control hacendal externo y su integración profesional, consideramos viable (reforma legislativa mediante) desligar en ciertos casos la "observación" de la "comunicación".

Mutatis mutandi, los sistemas normativos actualmente vigentes establecen que la comunicación de los antecedentes del caso al Poder Ejecutivo, por parte de los órganos técnicos de control, debe realizarse una vez que el acto administrativo con repercusión patrimonial haya sido observado e insistido ("los antecedentes del caso" son los antecedentes del acto, el decisorio mismo, la tramitación de la observación y la tramitación de la insistencia). Pero si consideramos que el objetivo de la comunicación no es otro que el poner en conocimiento del controlante político una situación que el controlante técnico estima irregular, pero sobre la que ya no puede ejercer su influjo jurídico, no vemos razón para que —con idéntico fundamento— no pueda admitirse legislativamente la alternativa de que el órgano de contralor externo comunique *directamente* (es decir, sin que medie la previa observación del decisorio) al Poder Legislativo, todo acto administrativo que resulte económicamente ineficiente o ineficaz, según el parámetro de la eficiencia subordinante.

Corresponderá luego al órgano deliberante, constitucionalmente responsable de controlar la cuenta de inversión y de incitar los mecanismos de la responsabilidad polí-

(41) CARDÓN, RUBÉN C. A., *Necesidad de ampliar los límites del control de los gastos públicos más allá del control de legalidad*, trabajo presentado en las Primeras Jornadas Universitarias Nacionales de Administración Pública, Salta, 1º al 3 de noviembre de 1973.

(42) *Ibidem*. Sobre la ampliación de los límites de control de los gastos públicos por parte de los órganos de contralor hacendal, vid del mismo RUBÉN C. A. CARDÓN, *Orientación del control público hacendal moderno (Auditoría operacional). Régimen de la Administración Pública*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, mayo de 1979, núm. 8, p. 14 y siguientes.

tica, evaluar la información remitida por el órgano técnico de control, que consistirá en un análisis minucioso del decisorio cuestionado con sus antecedentes, del que se deduzca su ineficiencia.

Pensamos que una implementación escalonada o simultánea de estas dos propuestas (el *standard* de la "eficiencia no subordinante" y la implementación de la "comunicación directa"), que se sitúan en una franja intermedia entre el control de legalidad formal —al que no excluyen— y el control de mérito —al que no "llegan"—, puede mejorar ostensiblemente el estado actual del control externo de la hacienda pública, al par que ir definiendo, paulatina pero nitidamente, las incumbencias funcionales y orgánicas y las responsabilidades emergentes de la administración de la "cosa pública" en un marco republicano y político-humanista (ni "eficientista" ni "inoportante") de gobierno.

G) Forma

La Procuración del Tesoro de la Nación ha expresado, en juicio que compartimos, que el procedimiento de "observación" y el de "insistencia" revisten el carácter de *formal*, y que ello surge de su naturaleza y se corresponde con su inserción en la ley (PT, 97-89). Su materialización da origen a un acto administrativo.

Ello se compadece —además— con el sistema republicano de gobierno y con el estereotipo del Estado de Derecho, en el que el principio de registración y publicidad de los actos estatales opera como reaseguro para una comunidad que, si bien ha confiado la administración de los intereses comunitarios en representantes, no se ha desligado ni desinteresado por la evolución de la "cosa pública".

Pensamos consecuentemente que: a) la "observación" debe formularse por medio de una resolución fundada del órgano de control patrimonial externo y no a través de una comunicación o nota; b) debe darse masiva difusión a su contenido.

En esta inteligencia, resulta interesante la disposición contemplada en el art. 16 de

(43) Similar disposición puede leerse en el art. 16 del decreto-ley 1928/58 de la provincia del Neuquén y en el art. 17 de la ley 1887 de la provincia de La Rioja.

(44) GORDILLO, AGUSTÍN A., ob. cit., t. I, cap. IX, p. 44.

(45) Publicado en LL, octubre 18-1982 (Año XLVII, N° 202), p. 4 y sigtes., con comentario

la ley 1003 de Mendoza, que obliga al Tribunal de Cuentas de esa provincia a publicar en el Boletín Oficial y "en uno de los diarios locales", "todos sus fallos y emplazamientos, y aquellas resoluciones que consistiere de trascendencia" (43).

H) Efectos

La observación suspende la ejecución del acto administrativo impugnado, el que sólo podrá recobrar eficacia si media insistencia de los órganos habilitados para hacerlo. En tanto no haya observación, aunque el acto administrativo esté en el plazo de estudio y sea "potencialmente" objetable, el decisorio podrá ejecutarse; bastará que haya sido comunicado al órgano de control, tal como enseña GORDILLO (44).

De lo dicho se desprende que los actos auscultables no están sujetos al cumplimiento de una condición jurídica (la "no observación") para entrar en vigor. Así lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Almagro, Luis A. c. Gobierno nacional", fallado el 25 de febrero de 1982 (Fallos, 304-191) (45); y aunque los fundamentos allí expuestos (imposibilidad de que el Poder administrador esté subordinado a un órgano que carece de jerarquía constitucional) referían expresamente al Tribunal de Cuentas de la Nación, entendemos que la doctrina es aplicable a todos los órganos de control hacendal externo del país, porque la presunción de legitimidad de los actos administrativos no puede estar generalizada y apriorísticamente "en tela de juicio". Ello importaría fundar una presunción "al revés"; es decir, una sospecha de ilegitimidad.

¿Qué ocurre si el acto es insistido? Se ejecuta, bajo la exclusiva responsabilidad del órgano insistente. ¿Qué ocurre si el acto observado es dejado sin efecto como consecuencia de la observación? (46). No se cumple y si su anterior cumplimiento ha generado perjuicios económicos, corresponderá se ventilen las responsabilidades jurídico-administrativas (disciplinaria y/o patrimonial), jurídico-civil (indemnizatoria), jurídico-penal (punitiva) y política pertinente.

de JOSÉ RAFAEL RECODESEBES titulado *El Tribunal de Cuentas de la Nación en la doctrina de la Corte Suprema. Una sentencia esclarecedora*.

(46) Resultaría conveniente que las legislaciones referidas al control externo de la hacienda pública, que contemplan la "observación", fijaran un plazo dentro del cual un decisorio objetado puede ser insistido, vencido el cual la "observación" enervaría definitivamente los efectos del acto.

BREVES REFLEXIONES CONSTITUCIONALES SOBRE TEMAS PARLAMENTARIOS

Por MIGUEL ANGEL EKMEKDJIAN

I

Las discusiones con entrañables amigos —con quienes compartimos la pasión por la investigación y la enseñanza de la Constitución Nacional— acerca de la actualidad política argentina, nos ha hecho reflexionar sobre diversos temas constitucionales; algunos viejos, otros no tanto, pero siempre con nuevos enfoques que nos han obligado a revisar principios que, en muchos casos, eran aceptados por nosotros como axiomas indiscutibles.

La confrontación de éstos con la actualidad política requiere que meditemos nuevamente sobre ellos, en la angustiosa, perpetua e inacabable búsqueda de la verdad.

La lista de cuestiones a que hacemos referencia más arriba es amplia. Entre ellas podemos mencionar: el alcance del arresto *in fraganti delicto* de los legisladores nacionales (art. 61, Constitución Nacional); los efectos del rechazo total de un proyecto de ley por la Cámara revisora (art. 71, párr. 19, Constitución Nacional); el juicio político a ex funcionarios de los gobiernos *de facto* (art. 45, Constitución Nacional); la exclusividad del control de constitucionalidad atribuida al Poder Judicial, etcétera.

Esbozaremos algunas breves reflexiones sobre los dos primeros temas, dejando los restantes para otra oportunidad.

II

El art. 61 de la Constitución Nacional establece, como regla general, la *inmunitad de jurisdicción penal* a favor del legislador, desde el día de su elección hasta el de su cese.

No se nos escapa que el texto constitucional habla de arresto y por ende, pareciera que una vez allanada la inmunidad de arresto, el legislador está sometido a la

jurisdicción penal en igualdad de tratamiento con los restantes habitantes.

La mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia entienden que el privilegio no va más allá de la excepción de arresto y que, no obstante ella, el juez no está impedido de instruir el sumario, requiriendo el desafuero a la Cámara únicamente cuando sea necesario tomar alguna medida coercitiva, que afecte a la libertad física del sospechoso (1), lo que se produce —comúnmente— con la citación del imputado para prestar declaración indagatoria (arts. 236, 255 y concs., cód. de proced. crim.).

Personalmente creemos que el privilegio que el art. 61 de la Constitución Nacional otorga a los legisladores no se limita a la excepción de arresto, sino que les concede la inmunidad de jurisdicción penal. Cuando el juez de la causa decreta el procesamiento del sospechoso de un delito, coetáneamente dispone su prisión preventiva, (art. 255, cód. de proced. crim.). El arresto de que habla el art. 61, de la Constitución Nacional es éste (la prisión preventiva) y no el que se aplica como sanción convencional. Por ende, debe interpretarse que la prohibición de ese texto constitucional se refiere al procesamiento del legislador.

Corroboramos lo expuesto más arriba, el art. 62 de la Constitución Nacional, el cual establece la forma de allanar ese privilegio, mediante el procedimiento que el mismo establece. Una vez decidido el desafuero, con el voto de los 2/3 de los integrantes de la respectiva Cámara, el legislador queda "a disposición del juez competente para su juzgamiento".

Con lo expuesto queda dicho que discrepamos con la doctrina que entiende que el

(1) VANOSI, JORGE, *La influencia de J. B. Gorostiaga en la Constitución Argentina y en su jurisprudencia*, Panedilce, 1970, ps. 169/70.