

DICTAMEN Nº

054

Expte. Nº 100-1129-04 – “Presidente
del Tribunal de Cuentas de San Juan
P/Nota Nº 1050/2004.- Ref: Eleva In-
forme.-”

SR. VICE-GOBERNADOR
A/C DE LA GOBERNACIÓN
DR. MARCELO LIMA
S / D.-

Vienen las presentes actuaciones a sede de esta Asesoría Letrada de Gobierno, con el objeto que se emita opinión jurídica respecto de las recomendaciones efectuadas por el Tribunal de Cuentas de la Provincia de San Juan, relativas a la Ley Nº 7489 de reciente sanción por la Cámara de Diputados de la provincia.

Con la finalidad de analizar la validez y consistencia jurídica de la recomendaciones emanadas del organismo de contralor citado, este Servicio Jurídico procederá a realizar un análisis sobre el origen constitucional del mismo; ello al efecto de determinar cuales fueron las razones de su creación y la competencia que le fuera atribuida por el texto constitucional.

I- DEBATE DE LA CONVENCION CONSTITUYENTE (sobre creación del Tribunal de Cuentas).

Cabe establecer como primera cuestión cual es la jurisdicción y competencia que la Carta Magna de la Provincia ha conferido al órgano de contralor Tribunal de Cuentas.

A tal fin se estima oportuno referirnos a algunos conceptos vertidos por nuestros constituyentes en la 4ta. Sesión de la Honorable Convención Constituyente (Diario de Sesiones, pag. 744 y sig.), al debatir el proyectado art. 256º creando este organismo y delimitando sus facultades.

Al referirse los constituyentes al tipo de control que debía efectuar este órgano, el convencional Wbaldino Acosta expuso (Pág. 744 y sig.) “...Pero, creo que hay que distinguir también que es un control estrictamente de la legalidad, es decir, que se analizan los elementos extrínsecos de ese acto administrativo que emane de cualquiera de los órganos del estado, y que tenga los efectos que recién hemos mencionado... Y con prescindencia o con carencia de competencia –según mi criterio- para analizar los elementos intrínsecos del mismo, o

sea, aquellos que apuntan a la conveniencia, mérito y eficacia del mismo. Entonces, señor presidente, en el ámbito de las facultades de este organismo, se establece expresamente, este control de legitimidad, es decir, que este organismo, va a controlar si ese acto, con el contenido patrimonial determinado, concurren simultáneamente, la totalidad o en su plenitud, aquellos elementos constitutivos y esenciales para que un acto, sea considerado "acto administrativo". Es decir, que necesariamente, este acto, debe ser producido por un órgano que tenga competencia en primer lugar; en segundo lugar, debe existir una causa como elemento, y la misma se entiende como la circunstancia de hecho y de derecho, que habilitan precisamente, a que el acto se genere; debe existir en el mismo un objeto, o sea, la parte que preceptúa o dispone; también un elemento formal como esencial en la constitución del acto .. Este es el elemento de la legalidad, o los elementos positivos o externos del acto, que cuando produzca los efectos que hemos mencionado en el orden económico, patrimonial y financiero, habilita la competencia del órgano Tribunal de Cuentas de la provincia que va a tener jurisdicción en todo el ámbito provincial".

También fue objeto de debate la contraposición que existía -en el proyecto de reforma de la Constitución- entre el analizado art. 256 y el inc. 5) del art. 150, donde figuraban las atribuciones de la Cámara de Diputados, el que disponía: "Evaluar, observar, aprobar o rechazar las cuentas de inversión sobre la gestión presupuestaria ejecutada que remite el Poder Ejecutivo conjuntamente con el dictamen del Tribunal de Cuentas".

Al respecto el convencional Pósleman manifestó que "Se debería esclarecer en el texto del inc. 5) que la Cámara va a juzgar el mérito en el sentido político de la aprobación de la cuenta" ya que no se puede permitir que dos organismos aprueben las cuentas con distintos efectos.

Por su parte el convencional Leonardelli expresó: "El origen de los Tribunales de Cuentas radica en la impericia orgánica y funcional de las legislaturas para realizar un examen auspicioso sobre las cuentas de inversión. De ahí la necesidad de crear este organismo especializado. Pero la Legislatura no puede renunciar al control político que le cabe. Quizá el término control de legitimidad a mí no me satisface plenamente porque yo prefiero hablar de control de legalidad. En tanto que lo que va a operar la Legislatura es el control de la oportunidad y de la eficacia con que ha sido realizado ese proceso de inversión. Es decir que la creación del Tribunal de Cuentas no anula el control administrativo concomitante al gasto que se hace -y por eso existe la Contaduría General de la Provincia-, ni anula el control jurisdiccional pleno que ejercen los tribunales, ni anula el control

político que ejerce la legislatura, sino que es un organismo especializado para el control administrativo y contable del gasto público desde el punto de vista de la legalidad. En ese sentido, yo interpreto, es la expresión que se usa en la redacción de la mayoría respecto a la legitimidad del gasto, es decir, en cuanto a la legalidad. Es la adecuación precisa, correcta y prolija, conforme a la legislación vigente”.

Las razones apuntadas motivaron la reconsideración por parte de la Convención de los términos del inciso 5) del artículo 150, siendo reemplazado por el vigente, el que dispone, es atribución de la Cámara de Diputados: “Efectuar el control y evaluar la conveniencia, oportunidad y mérito de las cuentas de inversión sobre la gestión presupuestaria ejecutada y que remite el poder administrador, aprobándolas o rechazándolas”.

Por tanto y conforme dispone la Constitución provincial el CONTROL DE LEGITIMIDAD que puede efectuar este órgano de contralor ES SOBRE ACTOS ADMINISTRATIVOS relativos a la percepción e inversión de fondos públicos, pero jamás le ha sido conferida por la Constitución la facultad de efectuar un CONTROL DE OPORTUNIDAD, MÉRITO O CONVENIENCIA de dichos actos y, menos aún, ejercer ningún tipo de CONTROL SOBRE LEYES, las cuales debe limitarse a cumplir.

Determinada cual es la competencia acordada por la propia Constitución provincial, nos detendremos a continuación en el concepto de “competencia”.

II- COMPETENCIA: Concepto y alcance según la doctrina

Se entiende por competencia la esfera de atribuciones de los entes y órganos, determinado por el derecho objetivo, es decir, por una norma jurídica.

El concepto de competencia, propio del derecho público, es análogo al de capacidad en el derecho privado, pero no idéntico. Se diferencia en que, mientras en el derecho privado la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción, en el derecho público la competencia es la excepción y la incompetencia es la regla.

Los entes que ejercen funciones administrativas y sus órganos actúan, entonces, solamente en la zona que les fija el derecho positivo, debiendo fundarse siempre en textos expresos.

Además, debe mentarse aquí el “principio de especialidad” de particular aplicación a los entes descentralizados, y según el cual “estos órganos sólo pueden actuar para el cumplimiento de los fines que motivaron su creación”.

La observancia de la competencia es indispensable para la actuación válida del órgano, es decir, la competencia condiciona la validez del acto.

Principios básicos de la competencia:

1. Ninguna competencia puede existir sin una regla de derecho que la regule.
2. Es irrenunciable, comprendiendo el cargo y no el sujeto que la porta, con la consecuencia de que el sujeto no puede disponer de ella, limitándose a su ejercicio en los términos que la respectiva norma establezca.
3. Debe ser ejercida directa y exclusivamente por quien la tiene atribuida como propia.

Teniendo en cuenta el concepto de competencia, el que es sostenido unánimemente por la doctrina, y que surge —en definitiva de nuestra propia legislación, corresponde expedirse ahora respecto de si el Tribunal de Cuentas ha actuado dentro de la competencia determinada por el Art. 256º de la Constitución Provincial.

III- EXCESO EN EL EJERCICIO DE LA COMPETENCIA ATRIBUIDA AL TRIBUNAL DE CUENTAS

Partiendo del concepto de competencia y de los principios básicos expuestos, surge sin lugar a dudas el exceso en el que ha incurrido el Tribunal de Cuentas cuya competencia está expresamente establecida en la Constitución Provincial y en su propia Ley reglamentaria.

Basta simplemente remitirse a lo que dispone el texto de la Constitución (Art. 256º) y cual fue el debate de la Convención Constituyente, para que no queden dudas cual es la competencia del Tribunal de Cuentas, al cual es perfectamente aplicable el "principio de especialidad", que nombramos con anterioridad, y según el cual este organismo sólo puede actuar para el cumplimiento del fin que motivó su creación.

Si este organismo pretende fundarse en el Art. 262º de la Constitución de la Provincia que lo faculta para efectuar recomendaciones; también en este punto se ha excedido en la competencia acordada; ello por las siguientes razones:

- a-) En primer término, porque esta facultad de efectuar recomendaciones debe interpretarse dentro de los límites establecido en el Art. 256º.

b-) En segundo lugar porque su propia ley reglamentaria lo dice expresamente. Al efecto de clarificar lo afirmado, debe tenerse en cuenta lo dispuesto por la Ley N° 5821 (primera ley que reglamentó la normativa constitucional) y la Ley N° 5894 (modificatoria de la anterior)

Efectivamente, la Ley N° 5821, al reglamentar en su Art. 2° las atribuciones de este organismo, disponía en su inciso e): "Emitir instrucciones y proponer normas o recomendaciones para prevenir irregularidades, o cuando fueren necesario para interpretar las que resulten de aplicación."

Esta Ley 5821, fue sancionada el 16 de noviembre de 1987; tan sólo ocho meses más tarde (con fecha 28 de julio de 1988) se produce la primera modificación de la Ley y, justamente -entre otros artículos-, lo primero que se modifica es el Art. 2° inc. e), el que queda redactado de la siguiente forma: "Emitir instrucciones y recomendaciones para prevenir irregularidades, o cuando fueren necesario para interpretar las que resulten de aplicación."

Como puede advertirse, se suprime de entre sus atribuciones la facultad de "proponer normas", la razón de suprimir dicha atribución -conforme surge del debate parlamentario (Diputado Morando)-, era adecuar la ley a lo que resultaba ser la verdadera competencia del Tribunal de Cuentas. Así expresaba textualmente el Diputado Morando: *"El Tribunal de Cuentas es una creación constitucional, con jurisdicción y competencia determinada por el Art. 256° de la Constitución. En términos generales, su función específica y concreta consiste en aprobar o desaprobar el régimen en la percepción de caudales públicos, efectuados por los tres poderes del Estado Provincial."*

La Comisión de Legislación y Asuntos Constitucionales ha estudiado este Proyecto de reforma y ha dado despacho favorable a las modificaciones de los artículos, por las siguientes razones generales: Primero: esta reforma ha delimitado con mayor precisión las atribuciones del tribunal....."

Como fácilmente puede advertirse, fue el propio legislador el que determinó que al tribunal no le correspondía proponer normas -ya que esta atribución estaba fuera de su competencia-

Sin embargo, los miembros del actual Tribunal de Cuentas, excediendo la competencia que le da la Constitución y en abierta y expresa violación a lo que determina su ley reglamentaria, proponen los textos normativos para modificar el Estatuto.

IV-) ANÁLISIS DE LA CITA DOCTRINARIA EN LA QUE PRETENDEN FUNDAMENTAR SUS RECOMENDACIONES

Pretenden fundar su accionar en la conclusión de la IV Sesión de la Asamblea General de la Asociación Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores celebrada en la República Oriental del Uruguay, según la cual : *"La colaboración brindada a PARLAMENTO por cada tribunal tiene su origen, como es lógico en las actividades de control asignada constitucionalmente y que detentan todas las Entidades Fiscalizadoras Superiores de la región, lo cual trasuntan en una colaboración imprescindible para la consecuente toma de decisión política de aquel órgano."*

Lo citado por el Tribunal de Cuentas como fundamento de su pretensión, carece de todo sentido en el caso traído a conocimiento, de lo que resulta su no-aplicabilidad y menos aún puede constituirse como sustento jurídico de las pretendidas recomendaciones. Ello es así por las siguientes razones:

1º-) Porque la conclusión citada no es derecho positivo, es decir, no es norma jurídica vigente en nuestro país; es una mera expresión de deseos de la referida Asociación. Sin embargo, como ya hemos dicho, la competencia nunca puede existir sin una regla expresa de derecho que la regule.

2º-) En segundo lugar, si lo que pretenden es citar dicha conclusión como doctrina; tampoco resulta esta doctrina aplicable al caso traído a conocimiento.

Efectivamente, la cita transcripta por el Tribunal de Cuentas de la provincia, expresamente habla de "la colaboración dada al Parlamento", y resulta que el organismo de control provincial concluye haciendo recomendaciones al Poder Ejecutivo. Es decir, parten de la premisa que deben colaborar con el Poder Legislativo y finalizan haciendo recomendaciones al Poder Ejecutivo; careciendo la aplicación dada a la cita de una derivación razonada.

3º) Además, lo cierto es que la conclusión de la Asociación que citan tampoco es aplicable al Tribunal de Cuentas de la Provincia de San Juan.

Como sabemos, en nuestra legislación provincial el Tribunal de Cuentas es un organismo extra-poder, vale decir con independencia funcional de cualesquiera de los otros tres poderes del Estado, debiendo ejercer -exclusivamente- un control de legitimidad en la percepción e inversión de los caudales públicos (Art. 256º de la Constitución Provincial). Funcionalmente no depende del Poder Ejecutivo, ni del Legislativo ni del Judicial; pero tampoco resulta ser órgano consultivo o de asesoramiento de ninguno de los tres poderes.

La cita que ellos mencionan, refiere a las Entidades Fiscalizadoras Superiores que tienen dependencia del Poder Legislativo. Así vemos que existen otras legislaciones -no justamente la de la Provincia de San Juan- por las que las

entidades de contralor externo delegado dependen del Poder Legislativo, al cual brindan asesoramiento técnico.

Así, por ejemplo, en la Ley de Administración Financiera de la Nación (Ley Nº 24.156), se crea la Auditoría General de la Nación. Respecto de este organismo, que de conformidad al ordenamiento jurídico vigente, participa en el control externo de la hacienda pública; se presenta la particular circunstancia de que después de haber sido creado por Ley, su existencia fue consagrada en la reforma constitucional de 1994.

El Art. 85º de la Constitución Nacional preceptúa en su párrafo inicial que; "El control externo del sector público Nacional en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos, será una atribución propia del Poder Legislativo"

Y, en el párrafo segundo dice: "El examen y la opinión del Poder Legislativo sobre la situación general de la administración pública estarán sustentados en los dictámenes de la Auditoría General de la Nación"

Como ya lo anticipáramos, al tiempo que fue sancionada la reforma constitucional, ya había sido dictada la Ley Nº 24.156, la que por disposición de su Art. 116º crea la Auditoría General de la Nación, que se identifica como el ente de control externo público nacional y lo hace depender del Congreso Nacional.

Ahora bien, no obstante las amplias facultades y atribuciones que le otorgan tanto la ley de su creación como la propia Constitución Nacional; dichas atribuciones no son ilimitadas. Como lo dice Adolfo Archabadian en su libro "Régimen Jurídico de la gestión y del control de la Hacienda Pública (Editorial De Palma 1999); "Si bien es cierto que antes del pronunciamiento del Congreso es útil, por muchos motivos -y entre ellos, los principales son de carácter técnico- que el órgano independiente de control externo delegado le informe acerca de la cuenta presentada para que el Parlamento esté en condiciones de decidir en definitiva; no es menos cierto que esto no significa admitir la posibilidad de que dicho órgano de control externo delegado, aunque sea independiente, pueda dar pronunciamientos definitivos con relación a la cuenta; lo contrario implicaría desvirtuar la esencia de esta etapa de control parlamentario y menoscabar la autoridad del Poder Ejecutivo (op. cit. pag. 775).

En definitiva, como fácilmente puede advertirse la conclusión a la que arriba la Asociación Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores, solamente está referida a los casos en que las entidades controladoras tengan una dependencia o relación con el Poder Legislativo, como ocurre en el orden nacional.

Pero esta situación no es la que se da en la Provincia de San Juan, en donde el Tribunal de Cuentas es un órgano extra poder, sin ningún tipo de dependencia con ninguno de los Poderes del Estado y, menos aún, puede considerarse como un órgano consultivo o de asesoramiento de la Cámara de Diputados.

En consecuencia, la cita que el Tribunal refiere y sobre la cual pretende fundamentar sus "recomendaciones", se encuentra fuera de contexto.

Una vez más se aplica el viejo adagio popular, conforme al cual: "El texto sacado del contexto sólo sirve de pretexto"

V-) FORMA Y LENGUAJE UTILIZADO PARA REALIZAR LAS RECOMENDACIONES – FACULTADES DE FACTO QUE SE ATRIBUYE EL TRIBUNAL DE CUENTAS RESPECTO DE FACULTADES PRIVATIVAS DE LOS OTROS PODERES.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta la forma y el lenguaje utilizado para realizar las recomendaciones.

Según la Real Academia Española, recomendación significa: "Acción y efecto de recomendar. Encargo o súplica que se hace a otro poniendo a su cuidado y diligencia una cosa."

Del significado expuesto, surge -sin margen de duda posible- que una recomendación jamás puede ser redactada en forma imperativa; si recomendar es encargar o suplicar a otro, nunca puede revestir la forma de un mandato.

No obstante ser tan claro el concepto, el Tribunal de Cuentas al efectuar las recomendaciones no encarga, ni suplica, ni somete a consideración del Poder Ejecutivo sino que directamente establece mandatos imperativos, que no dejan la posibilidad de que el Poder Ejecutivo pueda analizar cual es la conveniencia o no de lo recomendado.

Efectivamente, y de acuerdo con lo establecido por dicho organismo, no obstante que parten de la premisa que: "Dicho Estatuto de Energía Provincial S.E." se ajusta al marco normativo aplicable (Leyes nº 20705 y 19.550) y su aprobación por Ley marca el límite de competencia que al Tribunal le asigna el Art. 256º de la Constitución Provincial" (sic), al efectuar las pretendidas recomendaciones al Poder Ejecutivo no se le da más alternativa que la de vetar parcialmente la Ley o, en su defecto, modificar el Estatuto de la sociedad conforme al texto que imperativamente establece en su pretendida recomendación.

De esta manera el Tribunal se arroga un poder que jamás le ha sido conferido, ni por la Constitución ni por su propia norma reglamentaria.

Debe recordarse que el poder contiene la posibilidad legal reconocida a una autoridad administrativa (Poder Ejecutivo) de elegir entre varias opciones igualmente posibles y permitidas por la juridicidad. Elección de "momento" y "ac-

ción" es de la esencia del poder. Como dice Roberto Dromi "Gobernar es elegir y elegir es gobernar"; "la autoridad administrativa no puede ser sometida a un automatismo" (Dromi, Roberto "Manual de Derecho Administrativo"; pag. 413 - Editorial Astrea 1987) También se puede citar al constitucionalista Bielsa, quien en su obra afirma: "Controlar no es gobernar".

En consecuencia, se advierte que de facto, es decir, sin norma legal alguna que lo autorice, el citado organismo se atribuye para sí la facultad de analizar la oportunidad, mérito o conveniencia de una Ley aprobada por el Poder Legislativo y, lo que agrava la situación, solicitar imperativamente al Poder Ejecutivo que la vete parcialmente o que modifique el Estatuto conforme al texto normativo que expresamente propone el citado organismo. Si bien lo hace bajo el rótulo de "Recomendaciones", el lenguaje utilizado es imperativo: "Vetar parcialmente" o "modificar el Estatuto conforme a este texto", sin dar más alternativa ni posibilidad de que el Poder Ejecutivo analice la conveniencia o no de ejercer una facultad que le es privativa, como es el veto a una Ley.

VI-) CONCLUSIÓN.-

Del análisis desarrollado en los puntos precedentes, se desprende que:

- 1) El Tribunal de Cuentas es un órgano creado exclusivamente para ejercer un control de legitimidad de los actos administrativos relativos a la percepción e inversión de caudales públicos; en consecuencia, no puede efectuar un control de oportunidad, mérito o conveniencia de dichos actos, menos aún puede arrogarse la facultad de controlar la oportunidad, mérito o conveniencia de una ley, la cual debe limitarse a cumplir.
- 2) El propio organismo de contralor reconoce que: "El Estatuto de Energía Provincial S.E." se ajusta al marco normativo aplicable (Leyes nº 20705 y 19.550) y su aprobación por Ley marca el límite de competencia que al Tribunal le asigna el Art. 256º de la Constitución Provincial"; por tanto, y en base a este expreso reconocimiento, surge que sus recomendaciones se encuentran fuera de la competencia acordada por la Constitución de la Provincia de San Juan.
- 3) Asimismo, y además de exceder la competencia dispuesta constitucionalmente, actúa en abierta y expresa violación a su propia ley reglamentaria (Ley Nº 5821 y su modificatoria Ley Nº 5894), la que entre las atribuciones de este organismo, no existe la posibilidad de "proponer normas"


- 4) Que el pretendido fundamento basado en la conclusión de la de la IV Sesión de la Asamblea General de la Asociación Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores celebrada en la República Oriental del Uruguay, no es de aplicación al caso traído a conocimiento; ello en virtud de que: a-) En primer término, no es derecho positivo vigente; b-) No resulta aplicable a la realidad legislativa de la Provincia de San Juan, en razón que el Tribunal de Cuentas, como órgano extra-poder no depende de ninguno de los otros Poderes, ni menos aún se constituye como órgano consultivo ni de asesoramiento técnico de ninguno de ellos.
- 5) El Tribunal de Cuentas se arroga para sí, facultades que son privativas de otros Poderes (Merituación de la oportunidad o conveniencia de una ley, lo que le corresponde exclusivamente al Poder Legislativo; "recomendar" —en forma y con lenguaje imperativo- el Veto, el que es competencia propia del Poder Ejecutivo)

Por las razones expuestas, se aconseja no tener en cuenta las recomendaciones dada por el organismo de contralor citado, las que al haber sido emitidas fuera del marco de su competencia carecen de validez. Efectivamente, y como se expresa en la obra "Derecho Público" (Jorge Sarmiento García y otros) "La observancia de la competencia es indispensable para la actuación válida del órgano, es decir, la competencia condiciona la validez del acto."

Sirva el presente de atenta nota de elevación.-

ASESORÍA LETRADA DE GOBIERNO,
SAN JUAN, 28 JUN 2004


María Josefina Navar
ASESORA LETRADA ADJUNTA


ANA MARÍA ALCOBAS
Asesora Letrada de Gobierno