

EL TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES Y EL CONTROL JUDICIAL DE SUS DECISIONES

(A PROPÓSITO DE UNA SALUDABLE SENTENCIA)¹

I. INTRODUCCIÓN

El tema que hoy nos ocupa se encuentra referido a la caracterización jurídica que es dable atribuir a la actividad del Tribunal de Cuentas de la Provincia de Buenos Aires, cuya ubicación constitucional ha provocado serios y encontrados debates tanto en la doctrina como en la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.

En especial, tres son los aspectos que nos interesa abordar, cuyo examen debe forzosamente llevarse a cabo en forma conjunta, a saber:

- a) la "*naturaleza jurídica*" de la actividad que este órgano de control hacendal despliega;
- b) el "*control judicial*" de sus decisiones, el alcance de dicho control y los medios que el ordenamiento pone en manos de los administrados; y
- c) las competencias para "*reglamentar*" la actuación de los municipios que a dicho órgano le atribuía el Art. 282 de la Ley Orgánica de Municipalidades de la Provincia de Buenos Aires (Decreto Ley N° 6.769/58) y que el legislador plausiblemente ha modificado recientemente, restituyéndola al Poder Ejecutivo.

La actualidad de estos aspectos se ha puesto nuevamente de manifiesto, además, en virtud de la sentencia del Alto Tribunal de Justicia bonaerense dictada en la causa "Tellechea, Mabel René c/Pcia. de Buenos Aires - Tribunal de Cuentas" (B. 54.216) del 5-7-1996² y el "definitivo" abandono de la tesis que sustentaba el carácter de "Tribunal único independiente de todo otro poder o atribución" del citado órgano de control.

Por Eduardo Merteikian

Abogado. Profesor Titular de la "Maestría en Abogacía del Estado" de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado dependiente de la Procuración del Tesoro de la Nación. Profesor Adjunto de Derecho Administrativo en la Universidad Católica de Buenos Aires

¹Sobre la base del presente trabajo el autor desarrolló su conferencia Órganos de Control de la Provincia de Buenos Aires, en el IV Encuentro de Asesores Letrados Bonaerenses en San Nicolás de los Arroyos en el mes de noviembre de 1996.

²Que bien podría calificarse como el resultado de la evolución cuyo comienzo se ubica en el fallo recaído en la causa "Pizzagalli, Eduardo Elmo c/ Pcia. de Buenos Aires s/ demanda contencioso administrativo" (B. 49. 101) del 23-4-1983 y que pareció tener un retroceso en la causa "Saint Jean, Ibérico Manuel y otro c/ Pcia. de Buenos Aires (Tribunal de Cuentas) s/demanda contencioso administrativa" del 27-10-1992 (B. 51.251).

La causa "Tellechea, Mabel René c/Pcia. de Buenos Aires, Tribunal de Cuentas" se transcribe en la Sección jurisprudencia, p. 183.

Sin embargo, creemos que en este último aspecto la cuestión no se encuentra definitivamente zanjada y es por ello que una futura modificación legislativa (bien podría ser la que organice la jurisdicción contencioso administrativa bonaerense) debe disponer la expresa derogación del actual Art. 31 de la Ley N° 10.869 y la plena admisión del principio de la "tutela judicial efectiva", pues como seguidamente veremos su constitucionalidad puede ponerse en tela de juicio a propósito de la legislación supranacional que nuestra Nación ha adoptado como propia (arg. Arts. 18, 31 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional).

II. LA NATURALEZA "ADMINISTRATIVA" DE LA ACTIVIDAD DEL TRIBUNAL DE CUENTAS

Ya nos hemos manifestado partidarios de la tesis que sostiene la "naturaleza administrativa" (más precisamente "técnica") de la actividad de órganos de control como el que nos ocupa,³ circunstancia que la SCJBA destaca en el citado fallo "Tellechea" y que la doctrina nacional también había advertido con anterioridad.⁴

El criterio señalado se ve confirmado en la especie por la circunstancia de que su actividad se encuentra ceñida al control de legalidad contable y financiera, pues la ley expresamente le veda la posibilidad de examinar "el mérito, la conveniencia u oportunidad de la decisión administrativa" (arg. Art. 42 Ley N° 10.869) y por lo tanto no hay lugar aquí para las dudas interpretativas que se suscitan acerca de dichos órganos cuando su instalación funcional se ubica en el Poder Legislativo, pues dicha ubicación trae aneja la competencia para someter a controles de eficiencia, eficacia y economía ("control de gestión") al órgano controlado, circunstancia que se identifica con controles, de naturaleza política propios del que ejerce el Poder Legislativo sobre el Ejecutivo.⁵

II.1. La concepción objetiva o material de la función administrativa

La doctrina nacional sustenta mayoritariamente la posición *objetivo o material* para caracterizar a la Administración pública o función administrativa, aunque no pueden dejar de mencionarse las importantes disidencias existentes.⁶

³ En efecto, así lo sostuvimos en "Ley de Administración Financiera y Control de Gestión". Buenos Aires, 1996, Suplemento de la Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública -RAP-, Ed. Ciencias de la Administración, pp. 23 y ss., y del mismo modo en "Algunas consideraciones jurídicas acerca del control parlamentario del sector público nacional", *La Ley*, 1996-C-889.

⁴ Cfr. Hutchinson, Tomás: "¿Quién controla a los controladores? El Control judicial de los actos del Tribunal de Cuentas", *El Derecho*, pp. 115:415 y ss.

⁵ En sentido coincidente puede verse la opinión de Quintana López, Tomás: "El Tribunal de Cuentas y la Teoría Estatutaria del Derecho Administrativo", *Revista de Administración Pública* N° 116 (mayo-agosto 1988), p. 180; Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

⁶ Se ubica en tal postura a Bielsa, Rafael y de igual modo puede citarse la opinión de Cassagne, Juan Carlos, cuando afirma que la función administrativa en sentido material, "[...] puede ser definida como aquella actividad

Definiéndose partidario de la denominada tesis "material" u "objetiva", en razón de que "[...] lo que ha de definir una institución es la "substancia" de la misma, no la "forma" ni el "autor" de los actos respectivos: la forma y el autor sólo constituyen elementos contingentes [...]"⁷ afirma Marienhoff que "[...] la concepción substancial, material u objetivo, considera a la Administración teniendo en cuenta la naturaleza jurídica interna de la actividad desarrollada, con total prescindencia del órgano o del agente productor del acto o de la actividad. En ese orden de ideas, de acuerdo con este criterio puede haber actividad 'administrativa', stricto sensu, no sólo en la que desarrolle o despliegue el órgano Ejecutivo, que es a quien normal y preferentemente le están asignadas dichas funciones, sino también en la que, al margen de las suyas específicas realicen los órganos Legislativo y judicial [...]"⁸.

Ateniéndonos estrictamente a las opiniones precedentemente vertidas ya la naturaleza de las funciones que despliega, es claro que la labor del citado órgano de control, es material u objetivamente considerada "actividad administrativa".

Ahora bien, la señalada caracterización de la actividad del Tribunal de Cuentas, en modo alguno le resta mérito a su actuación, ni mucho menos desjerarquiza su función (que tampoco es una "cuarta" función del Estado), en tanto la misma se desarrolle con apego estricto a pautas técnicas e independencia de criterio, sin interferencias de ninguna especie y siempre sometida a un control judicial pleno, que -como luego veremos- no se logra con la admisión de recursos extraordinarios.

que en forma inmediata, permanente, concreta, práctica y normalmente espontánea, desarrollan los órganos estatales para alcanzar el bien común, conforme a regímenes jurídicos de derecho público"; (cfr. *Derecho Administrativo*, t. I, p. 60). En cambio, en la tesis *subjetiva* u "orgánica" debe mencionarse a Díez, Manuel M. (cfr. *Derecho Administrativo*, t. I, p. 105 y ss.). Por su parte y en lo que ha dado en definirse una posición mixta se suele ubicar la opinión de Gordillo, Agustín (cfr. *Introducción al Derecho Administrativo*). Es interesante destacar también aquí, el criterio que entre nosotros ha formulado Barra, Rodolfo C., y que fuera sistemáticamente expuesto en su obra *Principios de Derecho Administrativo* (Buenos Aires, 1980). Barra distingue los conceptos de "actividad" y "función". El primero ("actividad") se refiere a la "[...] relación de la expresión de la voluntad estatal con la norma jurídica, ya sea que le de nacimiento; la aplique a situaciones particulares y concretas, o resuelva conforme a ella los conflictos intersubjetivos". Desde ese punto de vista -continúa el mencionado autor- exclusivamente material, o más exactamente jurígeno, puede individualizarse la actividad legislativa, la actividad ejecutiva o administrativa y la actividad jurisdiccional. Por "función", en cambio, debe entenderse la "[...] atribución de competencia otorgada por la norma constitucional a cada uno de los órganos supremos del Estado para que realicen sus actividades jurígenas sobre materias determinadas y preponderantemente conforme a un procedimiento típico y preestablecido. De esta manera -concluye- cada órgano debe ajustarse a su propia función, aunque dentro de lo admitido por ésta, realice materialmente las tres actividades [...]" (ob. cit. pp. 141 y 145).

⁷ Cfr. Marienhoff, Miguel S.: Tratado t. I, p. 78.

⁸ Ob. cit., p0. 77.

En ese orden de ideas y a efectos de concluir este capítulo del análisis, no puedo dejar de señalar que -como bien se ha dicho- la "[...] probidad administrativa y pública sin las cuales no pueden existir instituciones democráticas y republicanas, sólo se logran con un control que tenga como objetivos: 'el amparo de los administrados'; la 'defensa del patrimonio público' (evitando todo gasto inútil, ilegal y perjudicial); 'la obligación de rendir cuentas'; la 'salvaguarda del principio de agilidad administrativa' y la 'tutela de los principios filosóficos de todo sistema de fiscalización: a) *apoliticidad*, b) *imparcialidad*, c) *profesionalidad*" (la bastardilla es nuestra)⁹

III. EL CONTROL JUDICIAL DE SUS DECISIONES

El otro y central aspecto, íntimamente emparentado con el anterior, es el de la revisibilidad judicial de las decisiones de dicho órgano, pues si como lo entendemos su función reviste naturaleza administrativa es forzoso concluir en que se encuentran sometidas a la revisión de los jueces. Es esta la plausible conclusión a la que ha arribado la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires y la única que se concilia con los principios que la Constitución Nacional histórica ya había consagrado (Art. 18) conforme a una recta interpretación que de la misma llevó a cabo la Corte Suprema de Justicia de la Nación y que en este aspecto puede decirse tuvo su hito crucial en los autos "*Fernández Arias, Elena y otros c/Poggio, José (sucesión)*" de fecha 16-6-1960 (Fallos 247:646).

La reforma de 1994 de la Constitución Nacional ratificó plenamente esos postulados al conferirle su rango a los Tratados celebrados por nuestro país (arg. Art. 75 inc. 22), en particular al incorporar a su texto el denominado "Pacto de San José de Costa Rica", que, como se sabe, "*garantiza*" el principio de la "*tutela judicial efectiva*". De igual modo sucede con la Constitución provincial, pues su Art. 15, incorporado con la reforma de 1994, garantiza la vigencia de dicho principio al disponer que la Provincia de Buenos Aires "[...] asegura la tutela judicial continua y efectiva [...]"

Pues bien, cuando el Art. 31 de la Ley N° 10.869 declara recurrible las resoluciones del Tribunal de Cuentas ante la SCBA se remite a aquellos recursos que el Código Procesal Civil y Comercial bonaerense autoriza para ante el citado Tribunal. Esos recursos son en todos los casos "*recursos de naturaleza extraordinaria*" y por lo tanto al revestir ese carácter se "[...] delimita su ámbito y sus perfiles [...] (y) [...]" la Corte al conocer de estas tres impugnaciones lo hace con una competencia [...] que se mueve concreta y primordialmente en el plano del derecho y no de los hechos. No es así su función, como regía, la de una tercera instancia normal, sino la de una instancia extraordinaria propia".¹⁰ De manera que

no hay discusión sobre los hechos, sino, en todo caso sobre el ajuste de las conductas del órgano administrativo al derecho.

No es esta una instancia de discusión judicial plenaria, pues como lo ha resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "*Giroldi*",¹¹ volviendo a su antigua doctrina establecida en "*Fernández Arias c/Poggio*" y momentáneamente abandonada en la causa "*Jáuregui*",¹² el recurso extraordinario no satisface el principio de la "*tutela judicial efectiva*", según se establece en el Art. 18 de la Const. Nacional y se ratifica con el Art. 8.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹³

Debe recordarse que la Corte Suprema nacional aludido precedente "*Fernández Arias*" admitió la validez de los actos dictados por organismos administrativos con facultades jurisdiccionales, en tanto los mismos queden sujetos a "*control judicial suficiente*", lo que supone el reconocimiento a los litigantes a interponer recursos ante el Poder Judicial y la negación a los tribunales administrativos de la potestad de dictar resoluciones finales en cuanto a los hechos y al derecho controvertidos (Fallos 247:646).

Ahora bien, la Suprema Corte bonaerense en el citado precedente "*Tellechea*" con sustento en el voto del Dr. Ghione recaído en la causa "*Pizzagali*" intenta salvar la constitucionalidad de las disposiciones a través de caracterizar a esta actividad como "*materia contencioso administrativa*" deferida por la Constitución de la Provincia de 1934 a la Suprema Corte (Art. 149 inc. 4) y -al mismo tiempo- considerar a la "*demanda de nulidad*" del derogado Art. 26 de la Ley N° 4.373 como una demanda "*acción*" y no como un recurso extraordinario. En ese orden la Suprema Corte bonaerense ya se había expedido en el precedente "*Vázquez*" del 14-11-1995 al considerar que el recurso de nulidad no es estrictamente un canal extraordinario, sino una acción que activa la competencia originaria ante ella misma (cfr. vo Dr. Hitters).¹⁴

Ello ha sido posible, en la loable construcción que la Suprema Corte provincial ha efectuado, en base al certero argumento de que la "*determinación de la materia contencioso administrativa*" ha sido deferida por el constituyente al legislador, no obstante disponer la competencia judicial para entender en las causas que versen sobre ella.

¹¹RAP N° 215, p.154 y ss.

¹²Cfr. Considerando 6°) *in fine*, sentencia de fecha 15-3-1988, Fallos 311:276.

¹³Cfr. Gordillo, Agustín: "La obligatoria aplicación interna de los opiniones consultivas supranacionales", RAP N° 215, p. 151 y ss.

¹⁴Vázquez, Rodolfo c/ Pcia. de Buenos Aires. Tribunal de Cuentas. Demanda contencioso administrativa" (B-52.111), Revista *El Derecho*, ejemplar del 28-6-1996, fallo anotado por David Halperin.

⁹ Cfr. Silva Cimma, Enrique: *El control público*, Caracas, 1976, p. 27, citado por Dromi, José R.: *Derecho Administrativo Económico*, Buenos Aires, Astrea, 1979, tomo 2, p. 555 nota (20).

¹⁰ Cfr. Morello-Sosa-Berionce: *Códigos procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*, T. III. p. 469.

En efecto, la articulación se ha hecho posible a partir de considerar que la "competencia" contencioso administrativa resulta determinada por la propia Constitución y que -en cambio- la determinación de la "materia" contencioso administrativa se encuentra reservada al legislador.

Si partiéramos de que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es la "última ratio" del orden jurídico y se aceptara que existen similitudes entre el 31 de la actual Ley N° 10.869 y el derogado Art. 26 de la Ley N° 4.373, aquella loable construcción que la Suprema Corte ha realizado sería aplicable a la primera norma indicada.

Francamente creemos que ello sólo es posible extremando la interpretación jurídica de las disposiciones inmiscuidas, por lo que abogamos porque la futura reforma legislativa destinada a reglar la jurisdicción contencioso administrativa arbitre los medios necesarios para que los administrados posean una instancia judicial de revisión ordinaria y plena, es decir sobre los hechos y el derecho discutidos, como único modo de garantizar la plena vigencia de los valores que, en este aspecto, tanto la Constitución Nacional como la Constitución de la Provincia de Buenos Aires consagran y a los cuales la legislación debe subordinarse.

IV. EL TRIBUNAL DE CUENTAS Y LA DELEGACIÓN DE FUNCIONES "REGLAMENTARIAS"

Un último aspecto está referido a las facultades de reglamentación de las leyes que en el ámbito de los municipios le confería el Art. 282 de la Ley Orgánica de Municipalidades (Decreto Ley N° 5.769/58) que ha generado serias discusiones acerca de la independencia del organismo de control.

En efecto, la crónica periodística da cuenta de que se ha producido un gran revuelo cuando la Legislatura bonaerense aprobó importantes modificaciones a la Ley Orgánica de Municipalidades de la Provincia de Buenos Aires.

Entre tantos cambios se encuentra el de haberle "quitado" al Tribunal de Cuentas la "facultad" de "reglamentar" dicha ley en lo concerniente a la actividad económica, financiera y patrimonial de los municipios y a sus rendiciones de cuentas y, en cambio, "confiere" esa competencia al Poder Ejecutivo provincial.

Se argumenta que con ello se facilitará la corrupción administrativa y se producirá una mayor concentración de poderes en aquél.

Aclaremos de entrada que el Decreto Ley N° 6.769/58 que aprobó la Ley Orgánica de las Municipalidades de la Provincia de Buenos Aires, fue dictado por un "gobierno de facto" que arrogándose la "soberanía del pueblo" fue "ilegítimo" desde su origen y que ello únicamente pudo hacerse "desplazando" la vigencia de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

Precisamente, es esta última la que le "niega" al Tribunal de Cuentas "poderes" para "reglamentar" las leyes, pues el único órgano "constitucionalmente autorizado" para ello es el Poder Ejecutivo de la Provincia. El razonamiento es válido tanto

para la Constitución de 1934, como para la actualmente vigente que en esto no sufrió modificaciones. Además, la Constitución en su actual Art. 45 (anterior Art. 33) "prohíbe" a los poderes públicos delegar el ejercicio de las facultades que le han sido conferidas a cada uno de ellos.

De manera que el legislador no puede asignarle competencias al Tribunal de Cuentas que la Constitución de la Provincia no autoriza; porque le está expresamente prohibido y porque no corresponde al diseño de competencias que el constituyente realizó para el órgano al cual se atribuyeron esas "nuevas" facultades.

En síntesis, hubo de ser necesario poner la Constitución entre paréntesis para posibilitar su avasallamiento y por eso creo que el proyecto sancionado restablece el orden de competencias que el constituyente diseñó y en ese diseño, no hay atribución de facultades al Tribunal de Cuentas para reglamentar las leyes que el legislador sanciona.

El Tribunal de Cuentas es un órgano de control de la hacienda pública creado por la propia Constitución (Art. 159). La Constitución "jerarquiza" su función al darle nacimiento en su propio texto, pero también "le impone límites" y esos límites rigen, obviamente, también para el legislador. No dicta normas reglamentarias de las leyes, no tiene otros poderes que los que la Constitución y las leyes sancionadas en su consecuencia le asignan (Art. 159), sino que fiscaliza su cumplimiento en el "estricto" ámbito de su competencia y con apego a las pautas filosóficas antes citadas.

Obsérvese en este sentido que una situación semejante se planteó cuando se dictó la Ley N° 10.869, pues en oportunidad de promulgar la ley, el Poder Ejecutivo provincial por Decreto N° 5.937/89 (27-12-1989) vetó el Art. 43 del texto en base a argumentos análogos a los que expongo. Mediante dicha norma se establecía que el Tribunal de Cuentas debía proyectar y someter a la aprobación del Poder Ejecutivo la reglamentación de la citada Ley N° 10.869 y fue entonces que aquél consideró que había mediado un avasallamiento de sus competencias constitucionales.

V. PALABRAS FINALES

El reclamo social de una administración pública transparente, más racional y más eficiente es desde todo punto de vista justo y legítimo.

Sin embargo, un examen ligero de la cuestión abordada puede provocar a la fuerza que ligeras sean las conclusiones que se extraigan. De la circunstancia de que las funciones del Tribunal de Cuentas hayan sido establecidas en la propia Constitución no se deriva que su actuación deba desenvolverse trasponiendo sus límites. No es la suya, como ya he dicho, la "cuarta" función del Estado.

La República se asienta sobre inmovibles principios, uno de los cuales es el de la "división de poderes", el de la separación de las funciones del Estado, cuya efectiva vigencia es el modo más eficaz de garantizar el Estado de Derecho, sin olvidar que el derecho administrativo es el derecho que se ha impuesto

para resolver el conflicto entre la *autoridad* (poder) y la *libertad*.

Caracterizar a un *órgano administrativo*, así sea el Tribunal de Cuentas, como omnímodo, "único e independiente de otro

poder" y abstraerlo del control de los jueces acentúa ese conflicto y lo inclina en perjuicio de los *débiles*, circunstancia que un verdadero Estado de Derecho no puede, en modo alguno tolerar, como bien lo deja en claro la sentencia dictada en la causa "Tellechea".