

La determinación de la “oferta más conveniente” en el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional.

Juan M. Mocoora





EL DERECHO

Director: Guillermo F. Peyrano

Consejo de Redacción:

Gabriel Fernando Limodio

Pablo María Garat

Luis María Caterina

Martín J. Acevedo Miño

Daniel Alejandro Herrera

Nelson G. A. Cossari

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

ADMINISTRATIVO

AUTORIDADES

Fundador y Primer Director: JULIO RODOLFO COMADIRA / Director: PEDRO J. J. COVIELLO

Colaboradores: JUAN CRUZ AZZARRI - FABIÁN O. CANDA - MARCELO GUSTAVO CARATTINI - JULIO PABLO COMADIRA - ALEJANDRO A. DOMÍNGUEZ BENAVIDES - CAROLINA GUERRA BIANCIOTTI - MIRIAM IVANECA - LAURA M. MONTI DE HITZFELDER - JORGE MURATORIO - PABLO ESTEBAN PERRINO - ARTURO EMILIO RASPI - PATRICIO MARCELO E. SAMMARTINO - NÉSTOR OMAR SCARLATA - OSCAR AGUILAR VALDEZ - MARÍA SUSANA VILLARRUEL

La determinación de la "oferta más conveniente" en el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional

por JUAN M. MOCOROA(*)

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. – 2. "OFERTA MÁS CONVENIENTE": POSICIONES DOCTRINARIAS. – 3. LA TEORÍA DE LOS CJI: PRESUPUESTOS, CONSECUENCIAS Y PROBLEMAS. 3.1. PRESUPUESTOS CONCEPTUALES E IMPLICANCIAS. 3.2. ALGUNOS PROBLEMAS: TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN Y SISTEMA DE SEPARACIÓN DE PODERES. 3.3. LA "OMC" COMO UN CONCEPTO VALORATIVO. – 4. LA INAPLICABILIDAD DE LA TEORÍA DE LOS CJI A LA OMC. – 5. ¿CÓMO PREVENIR LOS TEMORES (FUNDADOS) DE LA DOCTRINA DE LOS CJI? – 6. CIERRE Y BALANCE.

1 Introducción

El decreto 1023/01 (en adelante, RCAN) dispone que, en los contratos administrativos, la adjudicación deberá

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Las ofertas públicas de adquisición obligatorias en el derecho argentino*, por JUAN JAVIER NEGRI, ED, 198-845; *Salida del régimen de oferta pública, teoría de los juegos y dilema del prisionero (Análisis del caso "Atanor S.A.")*, por IVÁN G. DI CHIAZZA y PABLO AUGUSTO VAN THIENEN, ED, 229-787; *El procedimiento licitatorio y la locución "oferta más conveniente" (¿o la debilidad de la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados?)*, por JOSÉ LUIS CASARINI, EDA, 2006-513; *Los remates extrajudiciales de valores negociables (no admitidos al régimen de oferta pública) y la regulación de la Comisión Nacional de Valores*, por HERNÁN LÓPEZ MAZZEO, ED, 235-926; *La empresa en la oferta pública. Alcance y límites de la regulación pública. El caso "Papel Prensa S.A."*, por EDUARDO A. BARREIRA DELFINO y MARCELO A. CAMERINI, ED, 242-771; *Modalidades de participación estatal en la economía. La planificación económica*, por RICARDO MUÑOZ (h.), EDA, 2012-722; *La contratación directa en el actual régimen de compras y contrataciones nacional*, por ALEJANDRA DELFÍN, EDA, 2013-555; *La revisión y el control judicial de las sanciones administrativas en el régimen de la oferta pública de acciones*, por ÁNGEL D. VERGARA DEL CARRIL, ED, 252-235. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

realizarse en favor de la "oferta más conveniente" (en adelante, OMC) para el organismo contratante. A tales efectos, establece que deberá tenerse en cuenta el precio, la calidad, la idoneidad del oferente y demás condiciones de la oferta. Sin embargo, en aquellos supuestos en los que se trate de la compra de un bien o de la contratación de un servicio estandarizado o de uso común cuyas características técnicas puedan ser inequívocamente especificadas e identificadas establece un criterio preciso para la identificación de esa conveniencia: "la de menor precio".

A partir de esto, la doctrina administrativista discute cuál es el carácter de este sintagma. Básicamente, las posiciones pueden identificarse del siguiente modo. Para un sector doctrinario, se trata de un concepto jurídico indeterminado (en adelante, CJI), a partir de lo cual, deducen, existe una única solución justa en este ámbito al momento de identificar la OMC en una contratación particular; por lo tanto, rechazan que se trate de un supuesto de ejercicio de potestades discrecionales. Por el contrario, para otro sector doctrinario, el sintagma permite, en rigor, el ejercicio de potestades discrecionales; esta cuestión, además, tiene consecuencias directas sobre los alcances del control del Poder Judicial (en adelante, PJ), en especial, sobre la posibilidad de sustitución por parte de este último a la Administración al adoptar esa decisión.

En este trabajo, entonces, me interesa ocuparme de esta polémica. A tales efectos, analizaré los presupuestos conceptuales de ambas posiciones y, en particular, intentaré

(*) Abogado (UNC). Máster en *Global Rule of Law and Constitutional Democracy* (Universidad de Génova). Máster en Derecho y Argumentación Jurídica (UNC). Docente de Derecho Constitucional (UNC). Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación Tipo I "La Constitución Nacional ante el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba: control de constitucionalidad e interpretación constitucional", financiada por la Universidad Siglo 21. E-mail: jmmocoroo@gmail.com.

mostrar sus consecuencias respecto del último punto mencionado –i.e., alcances del control judicial–. En particular, intentaré mostrar los problemas de la posición que entiende que se trata de un CJI. Esto es, (i) que existe una única solución correcta o justa y (ii) que no es posible, a partir del principio de separación de funciones, que sea viable la sustitución propugnada.

2 "Oferta más conveniente": posiciones doctrinarias

Como ya anticipé, existen dos posiciones diferenciadas respecto de cómo concebir el sintagma "oferta más conveniente". Por un lado, que debe aplicarse la teoría de los CJI y, por otro, la que sostiene que se trata de un supuesto de ejercicio de potestades discrecionales.

BELTRÁN GAMBIER quizás sea uno de los autores que defendió con más ahínco, en nuestro medio, que OMC era un CJI⁽¹⁾. Antes de analizar la cuestión, surgen dos in-

(1) GAMBIER, BELTRÁN, *El concepto de "oferta más conveniente" en el procedimiento licitatorio (La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y el control judicial)*, LL, 1988-D-744. Este autor, pese al transcurso del tiempo, no ha variado su posición, por lo que parece. En efecto, en un texto más cercano en el tiempo sostuvo: "... cuando se utilizan conceptos jurídicos indeterminados, la discrecionalidad y su control, como técnica jurídica, cede su lugar a la categoría de la actividad reglada, como técnica de actuación distinta del órgano administrativo, la que permite el pleno control judicial, a diferencia de la actividad discrecional, que solo lo habilita en caso de arbitrariedad. Ciertamente es que, dependiendo del particular concepto jurídico indeterminado que se utilice y del tipo de obrar administrativo de que se trate, el intérprete tendrá cierta flexibilidad a la hora de calificar y precisar los hechos que habrán de integrar el juicio de la Administración. Así, por ejemplo, en un procedimiento licitatorio a la hora de elegir la 'oferta más conveniente', un pliego de condiciones puede dejar aspectos librados a la valoración de la Administración, la que podrá ser realizada con cierto margen de libertad en la apreciación, aunque se trate de actividad reglada. Del mismo modo, cuando se trata del control de la actividad reglada o discrecional, el juicio de oportunidad resulta improcedente porque, en principio, los jueces no revisan el criterio de oportunidad que se emplea cuando se dicta un acto administrativo". Conf. GAMBIER, BELTRÁN, *La revisión judicial del concepto "extraordinaria y urgente necesidad" en una reciente sentencia del Tribunal Constitucional español. Un hito jurisprudencial*, SJA, 26-9-07, JA, 2007-III-1460. Véase, también, CASSAGNE, JUAN C., *El contrato administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, págs. 57/59 (el criterio de "oferta más

CONTENIDO

DOCTRINA

- La determinación de la "oferta más conveniente" en el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, por Juan M. Mocoroo 1
- La regulación del nepotismo en Sudamérica, con particular referencia a la República Argentina. Su prohibición como garantía de calidad institucional, por Ana Carina Larocca.. 5

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

- Corte Suprema de la Nación: Competencia originaria: requisitos; no configuración; acción declarativa contra un ente recaudador local (CS, mayo 14-2019) 10
- Fuerzas Armadas y de Seguridad: Ejército Argentino: personal en actividad; remuneración; determinación; suplementos "por responsabilidad jerárquica" y "por administración del material"; carácter; decreto 1305/12 (CS, mayo 21-2019) 12

FEDERAL

- Entidades Financieras: Infracciones bancarias: naturaleza; órganos ejecutivos; integrantes; responsabilidad; carácter; sanciones; quantum; redeterminación; procedimiento sumarial; nulidad; improcedencia; derecho de defensa; resguardo (CNCiv. y Com. Fed., sala I, febrero 21-2019) 13
- Fuerzas Armadas y de Seguridad: Policía Federal: agente; cesantía; resolución administrativa; pedido de nulidad; rechazo; absolución en sede penal; irrelevancia (CNCont.-adm. Fed., sala I, febrero 19-2019) 21
- Elecciones: Régimen electoral: electores residentes en el exterior; voto; decreto 45/19; inconstitucionalidad (Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal N° 1, abril 29-2019).. 21

terrogantes que resultan sumamente relevantes para este trabajo:

1) ¿Tiene amplio margen la Administración para decidir cuál es la OMC?

2) ¿Puede controlarse judicialmente la decisión de la Administración que elige la oferta que, a su juicio, es la más conveniente?

Sin perjuicio de lo que diré más abajo, adelanto que la teoría de los CJJ sostiene que, cuando el decisor –en líneas generales, la Administración en sentido amplio– debe aplicar un CJJ, solo una decisión es jurídicamente válida. De ahí que, en última instancia, el proceso de aplicación de estos CJJ es reglado. Esto es así porque no admite más que una única solución justa; se trataría, entonces, de un proceso de aplicación e interpretación de la ley⁽²⁾. Para los autores que defienden esta posición, en estos casos estamos ante un “margen de apreciación”, pero no de discrecionalidad.

Para BELTRÁN GAMBIER, en suma, “cuando la ley utiliza la expresión oferta más conveniente, la elección de la oferta no habilita el ejercicio de una actividad discrecional, pues estamos en presencia de los denominados conceptos jurídicos indeterminados...”⁽³⁾. Es por eso que, según su criterio, la actividad de la Administración será reglada. En efecto, en la medida en que se entienda que la actividad de la Administración está sujeta a pautas o normas que cercenan la libre actividad y la colocan ante el inequívoco y claro camino de cumplir la función que la norma propone, no quedaría ningún resquicio para el ejercicio de discrecionalidad.

Para COMADIRA, por su parte, se trata del ejercicio de una potestad discrecional de la Administración⁽⁴⁾. Es así que sostiene: “La diferenciación [si se trata de un CJJ o si se trata de una actividad discrecional, JMM] tiene consecuencias decisivas respecto del alcance del control judicial del acto de adjudicación, porque si se acepta que este, en el caso en consideración, traduce discrecionalidad, aquel solo se podría realizar a la luz de los principios generales del derecho, mientras que de considerarse configurado un concepto jurídico indeterminado, él abarcaría la extensión propia de la actividad reglada, incluidos, en su caso, los poderes sustitutos del juez”. En este caso “... no realiza un proceso intelectual o de conocimiento sino, antes bien, una actividad estrictamente volitiva en virtud de la cual escoge, esto es, valora a la luz de parámetros extrajurídicos, que dependerán, en cada caso, de la materia de que se trate (...) [E]l proceso valorativo es libre y en él la autoridad administrativa despliega su potestad gestora del interés público”. Por eso, concluye, “... guardaría contradicción con el principio de separación de poderes, porque importaría reconocer al juez el ejercicio de funciones administrativas ajenas a su cometido judicial en la especie, el cual no podría exceder (...) la potestad anulatoria”⁽⁵⁾.

conveniente” importa para la Administración desplegar una actividad reglada); del mismo autor, *La fórmula “oferta más conveniente” como concepto jurídico indeterminado*, JA, 2008-IV-137.

(2) Conf. GRECCO, CARLOS M., *La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y la fiscalización de la actividad administrativa*, LL, 1980-D-1306. Véase, también, SESÍN, DOMINGO J., *Intensidad del control judicial de los actos políticos. El núcleo político discrecional excluido*, Revista de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Depalma, n° 46, 2003, pág. 771.

(3) SESÍN, DOMINGO J., *Intensidad del control...*, cit.

(4) SESÍN, DOMINGO J., *La determinación de la oferta más conveniente en los contratos administrativos*, Revista de la Facultad, vol. V, N° 2, Nueva Serie II, UNC, 2014, págs. 11/27. En el mismo sentido, DROMI, ROBERTO, J., *Derecho administrativo*, 6° ed. actualizada, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1997, pág. 366: “La apreciación y ponderación de la ventaja o conveniencia de las ofertas importa un obrar discrecional del ente licitante”.

(5) COMADIRA, JULIO R. (coord.) - ESCOLA, JORGE H. (colab.) - COMADIRA, JULIO P. (actualizador), *Curso de derecho administrativo*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2012, t. II, pág. 852. El profesor COMADIRA, en otro trabajo en coautoría con FABIÁN CANDA, explica que esta doctrina se funda “... en que solo un pequeño número de conceptos hallables en las normas resultan determinados con relativa precisión. Excluyendo a los conceptos numéricos, o a aquellos definidos explícitamente, el resto exige una previa determinación. Así, ‘conceptos tales como idoneidad o reconocida aptitud, medidas necesarias, integridad moral, (...) no toleran su encuadramiento automático dentro del esquema prevenido por la norma, sino que ineludiblemente requieren un enjuiciamiento previo del operador jurídico para precisar si concretamente concurre el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica, contemplados de manera determinada’. La construcción se completa afirmando que es posible, en el caso concreto, ‘determinar’ el concepto indeterminado, encontrando la única solución justa que persigue la norma”. Conf. COMADIRA, JULIO R. - CANDA, FABIÁN O., *Responsabilidad del Estado por omisión*, LL, 1996-A-600.

La Procuración del Tesoro de la Nación, en el mismo sentido, sostuvo: “[L]a apreciación de la oferta más conveniente en una licitación constituye el ejercicio de una facultad que, si bien es discrecional, en modo alguno puede quedar exenta del sello de razonabilidad que debe ostentar toda actividad administrativa para producir efectos jurídicos válidos”⁽⁶⁾. En otra oportunidad, además, entendió que, “[a] aplicar la discrecionalidad el poder administrativo obra conforme a consideraciones sobre la mejor manera de manejar los negocios públicos. Solo su fundamento de razonabilidad puede dar fuerza de convicción a un acto administrativo dictado en ejercicio de facultades discrecionales, conferidas por la ley a la Administración”⁽⁷⁾.

BALBÍN, a su vez, adopta una posición ecléctica. Define a la OMC como la que, en mejores términos comparativos en relación con las otras propuestas, cumple con las condiciones que exige el pliego de condiciones. Por supuesto, esta definición no culmina la discusión, sino que, en algún sentido, impone una nueva cuestión. Esta no será otra que identificar cuál es el criterio que debe utilizarse para analizar que una oferta está en mejores términos comparativos en relación con las otras. Es decir que, en suma, la cuestión se mantiene intacta, solo que cambia de enfoque. Para él, únicamente, en caso de que existan dos o más propuestas que cumplen de igual modo con las condiciones contractuales se podrá decidir discrecionalmente⁽⁸⁾. De ahí que sostenga que el de OMC “es un concepto reglado, sin perjuicio de que en ciertos aspectos reviste carácter parcialmente discrecional. La oferta más conveniente es la que cumple, y mejor que las otras, con las condiciones que exige el pliego de condiciones particulares. Solo en el caso de que existan dos o más propuestas que cumplen en iguales términos aquellas condiciones, la Administración podrá decidir discrecionalmente”. Finalmente, entiende que deben distinguirse los siguientes supuestos: (i) el órgano competente puede, antes de perfeccionar el contrato respectivo, dejar sin efecto el procedimiento –cuestión discrecional–; (ii) el órgano contratante, si resuelve continuar con el trámite, debe decidir cuál es la OMC, y en este aspecto es reglado, o, en ciertos casos, reglado y discrecional; y, por último, (iii) el órgano competente debe adjudicar el contrato y luego perfeccionarlo. En este aspecto es claramente reglado⁽⁹⁾.

3 La teoría de los CJJ: presupuestos, consecuencias y problemas

Como se ha visto en el acápite anterior, determinar si al sintagma OMC debe aplicársele la teoría de los CJJ o si se lo considera dentro del ámbito del ejercicio de discrecionalidad por parte de la Administración tiene importantes consecuencias teóricas y prácticas. En particular, porque esta doctrina “atiende esencialmente a un problema de revisión jurisdiccional del obrar administrativo y predica una considerable extensión en la cobertura de la fiscalización judicial”⁽¹⁰⁾. En lo que sigue, analizaré aquella teoría para mostrar sus presupuestos, sus implicancias y sus problemas. En definitiva, sostendré que, aun frente a un CJJ, no pueden aceptarse esas implicancias, sea por razones conceptuales, sea por razones institucionales.

3.1. Presupuestos conceptuales e implicancias

Un concepto resulta indeterminado cuando sus límites son imprecisos, es decir, cuando no reflejan claramente una realidad. En estos casos, el legislador –en sentido amplio– puede configurar el caso, o caracterizar la acción, “... mediante propiedades valorativas, sin determinar qué propiedades descriptivas constituyen las condiciones de aplicación de la propiedad valorativa correspondiente. La tarea de determinación de esas condiciones de aplicación queda encomendada por el legislador al aplicador del derecho”⁽¹¹⁾. En general, la imprecisión no deviene

(6) PTN, Dictámenes, 114:124; 119:184.

(7) PTN, Dictámenes, 113:91.

(8) Conf. BALBÍN, CARLOS F., *Tratado de derecho administrativo*, 2° ed., Buenos Aires, La Ley, 2015, t. V, pág. 290. En el mismo sentido, véase, del mismo autor, *Curso de derecho administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2008, t. II, págs. 241/243.

(9) Conf. BALBÍN, CARLOS F., *Tratado de derecho administrativo*, cit., t. IV, págs. 749/750.

(10) GRECCO, CARLOS M., *La doctrina de los conceptos...*, cit.

(11) RUIZ MANERO, JUAN, *Sistema jurídico: lagunas y antinomias, en Conceptos básicos del derecho*, Daniel González Lagier (coord.), Buenos Aires, Marcial Pons, 2015, pág. 56, nota 9.

exclusivamente del lenguaje utilizado ni tampoco de la materia referida, sino de la vinculación entre ambos; por muy difusos que puedan ser los límites de un concepto, hay siempre un criterio para saber hasta dónde llegan esos límites, y ese criterio lo proporciona el propio núcleo, porque el concepto llega hasta donde ilumina el resplandor de su núcleo⁽¹²⁾.

La teoría de los CJJ, como ya debería haber quedado claro, tiene como principal objetivo la restricción del empleo de la discrecionalidad⁽¹³⁾. Es así que transita sobre la elección de una interpretación única para resolver una situación determinada o la existencia de un margen de apreciación que permitiría a la Administración Pública valorar e interpretar el caso concreto para poder tomar una decisión. Aquellos conceptos utilizados por las normas en calidad de cartabón de límites conceptuales abiertos, pero que en cada circunstancia precisa admiten una sola solución justa, apreciable, en última instancia, por el juez⁽¹⁴⁾. Esta última circunstancia, además, justificaría la posibilidad de actuación del Poder Judicial en sustitución a las decisiones de la Administración. Como sostiene SESÍN: “... los conceptos jurídicos indeterminados pueden relacionarse con el desarrollo de una actividad vinculada (reglas técnicas ciertas, estándares objetivos, etc.), o bien discrecional según el caso concreto a resolver. Es decir que pueden ser determinables por un proceso intelectual puro, o mediante la utilización de una modalidad discrecional, aunque su incidencia sea minúscula”⁽¹⁵⁾.

Ahora bien, los conceptos utilizados por las leyes pueden ser tanto determinados como indeterminados. En el primer caso, es la propia ley la que determina el ámbito de realidad al que se refieren de una manera precisa e inequívoca⁽¹⁶⁾. En estos casos, para aplicar el concepto, solo basta con “la pura constatación”, sin que se suscite duda alguna en cuanto al ámbito material a que tales conceptos se refieren. En el segundo, por el contrario, “la ley refiere una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intenta delimitar un supuesto concreto (...) no determina con exactitud los límites de esos conceptos porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que, no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicación (...) Pero al estar refiriéndose a supuestos concretos y no a vaguedades imprecisas o contradictorias, es claro que la aplicación de tales conceptos o la calificación de circunstancias concretas no admite más que una solución: o se da o no se da el concepto; o hay buena fe o no la hay; o el precio es justo o no lo es; o se ha faltado a la probidad o no se ha faltado. *Tertium non datur* (...) la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales solo permiten una ‘unidad de solución justa’ en cada caso”⁽¹⁷⁾. Según este punto de vista, entonces, se trataría de una aplicación del principio lógico de identidad. Esto es, una cosa no puede ser dos entidades a la vez: no se puede afirmar “p” y “-p” con algún sentido informativo. Es decir que, como lo demuestra la posición de BELTRÁN GAMBIER, una oferta no puede ser la más conveniente y, sin embargo, no serlo. Esto es lo que ocurriría, y no otra cosa, si la Administración pudiera seleccionar cualquiera de las ofertas efectuadas por los participantes en un procedimiento de selección con discrecionalidad.

Esta teoría, en verdad, se asemeja más a equiparar el ejercicio de potestades regladas (y no discrecionales) en

(12) SAINZ MORENO, FRANCISCO, *Conceptos jurídicos indeterminados, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Civitas, 1976, págs. 68 y 70.

(13) En efecto, para COVIELLO, la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados posee un relevante interés por su objetivo: restringir el marco de la discrecionalidad administrativa. No obstante, previene, “considero que es muy ambiciosa la pretensión de que con ella se arribe a una solución justa. El mundo de las soluciones jurídicas (...) admite que las normas permitan más de una solución justa”. COVIELLO, PEDRO J. J., *El caso “Tecnobra”: un fallo con interesantes planteos*, LL, 1993-E-487 (en esp. pág. 459, nota 18).

(14) BARRA, RODOLFO C., *Derecho administrativo. Acto administrativo y reglamentos*, Buenos Aires, Astrea-Ediciones Rap, pág. 585.

(15) SESÍN, DOMINGO J., *Control judicial del ejercicio de la discrecionalidad y de los actos políticos*, en *Tratado de derecho administrativo*, Juan C. Cassagne (dir.), Buenos Aires, La Ley, 2007, t. I, págs. 693/738.

(16) GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO - FERNÁNDEZ, TOMÁS, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, Civitas, pág. 448.

(17) *Ibidem*, págs. 448/449.

todos aquellos casos en los que esté presente un CJI. Pues, “contrariamente a lo que se sostiene respecto de la discrecionalidad, la aplicación de los conceptos indeterminados es un caso de aplicación de la ley, puesto que se trata de subsumir en un categoría legal unas circunstancias reales determinadas, justamente por eso es un proceso reglado, que se agota en el proceso intelectual de comprensión de una realidad en el sentido de que el concepto legal indeterminado ha pretendido, proceso en el que no interfiere ninguna decisión de voluntad del aplicador, como es lo propio de quien ejercita una potestad discrecional”⁽¹⁸⁾. El juez debe buscar si la solución a la que se ha arribado es la única solución justa que la ley permite. En el caso de que la Administración haya desoído este deber, estaría autorizado para sustituirla en su decisión. Vale decir que, entonces, el juez estaría autorizado a identificar cuál es la OMC para el ente contratante en un proceso licitatorio determinado.

Para arribar a esta conclusión, la teoría asume que en la estructura de los CJI existe un núcleo fijo o “zona de certeza positiva”, una “zona intermedia” o de incertidumbre (halo del concepto) y, finalmente, una “zona de certeza negativa”. El halo del concepto o “zona de penumbra” es el ámbito de imprecisión o indeterminación que es menester clarificar al momento de su concepción práctica, teniendo presente la distancia al núcleo positivo o negativo del concepto⁽¹⁹⁾. Sin embargo, para esta posición, la existencia de un margen de apreciación de la Administración no significa que exista una libre voluntad. Por el contrario, expresaría un ámbito puramente cognoscitivo e interpretativo de la ley en su aplicación a los hechos y supone reconocer la dificultad de acercarse de forma totalmente exacta a la solución justa⁽²⁰⁾.

3.2. Algunos problemas: teoría de la interpretación y sistema de separación de poderes

La finalidad última de la teoría de los CJI consiste en eliminar, o reducir a su mínima expresión, el ejercicio de discrecionalidad por parte de la Administración. En efecto, la “... evolución de la teoría reduce ostensiblemente el campo de lo discrecional; concibe que los conceptos jurídicos indeterminados no admiten múltiples opciones válidas sino una en cada supuesto...”⁽²¹⁾. No obstante, si esto es así, “tanto el margen de apreciación como su aparente justificación no hacen otra cosa que conformar la debilidad de la teoría (...) la presencia de la valoración subjetiva del órgano competente es ineludible”⁽²²⁾.

No obstante, lo cierto es que los CJI pueden aplicar en su realización:

(i) juicios intelectivos puros siguiendo un método cognitivo, mediante la aplicación de reglas técnicas o de experiencia de universal consenso; o bien

(ii) utilizar la discrecionalidad en aquellos casos en que el orden jurídico o la naturaleza de las cosas permita la opción entre dos o más alternativas igualmente válidas para el derecho. “No es la indeterminación de la norma la que permite un momento discrecional, sino la indeterminabilidad del fenómeno o situación real a subsumir”⁽²³⁾.

Ahora bien, entiendo que aquí es en sus presupuestos en los que radica un problema crucial de esta concepción. Según mi criterio, esta teoría asume, en general, una concepción muy poco plausible de la interpretación jurídica. En particular, cuando está presente la vaguedad del lenguaje. JUAN CARLOS CAFFERATA⁽²⁴⁾, muy atinadamente, se pregunta: ¿el precio justo solo puede ser establecido en un único valor? ¿Es que un peso más o un peso menos dejará de ser justo?

Detrás de esta teoría, pues, subyace que toda interpretación tiene un carácter cognoscitivo. Incluso en los casos en los que el derecho, por su modo de expresión, no brinda parámetros ciertos para su identificación. Sin embargo, si en estos supuestos el derecho está verdaderamente indeterminado, la cuestión interpretativa dependerá de una decisión de la autoridad. El punto, luego, será determinar qué

autoridad será la que deberá adoptar esa decisión, a todas luces necesaria. Vale decir, la teoría reduce la discrecionalidad administrativa, pero, en verdad, lo hace a la fuerza de aceptar la discrecionalidad judicial. Y, lo que es peor, proponer su generalización. Es que, como afirma CAFFERATA, en los casos de vaguedad “... no siendo posible ‘descubrir’ si el caso está comprendido por la norma, el juez deberá decidir, en función del contexto lingüístico en que las palabras están empleadas y de la situación humana dentro de la que son usadas, el sentido que debe adjudicárseles, para lo cual habrán de considerarse las variables de persona, tiempo, lugar y circunstancias, todo lo cual queda librado a la prudencia judicial (...) En la generalidad de los casos en que tales conceptos son empleados, se tratará en realidad de ‘continuos’ para cuya determinación la autoridad de aplicación deberá brindar argumentos razonables y convincentes, de modo de posibilitar el control jurisdiccional”⁽²⁵⁾.

Es factible que, luego de la decisión de la autoridad, podamos afirmar que la oferta seleccionada era la OMC. Pero este juicio solo podrá ser formulado en una instancia posterior al ejercicio volitivo; esto es, el acto decisorio interpretativo. Este momento no es otro que la atribución de significado a una determinada palabra de clase que, sin embargo, aparecía como indeterminada en la formulación lingüística. En algún sentido, la teoría de los CJI viene a afirmar una verdad analítica. Las palabras de clase empleadas por el legislador, aun cuando indeterminadas, son *determinables*. No obstante, como toda verdad analítica, aun cuando verdadera, la afirmación no resuelve el problema que debe enfrentar, pues no nos informa nada acerca del fenómeno considerado. Es que, en rigor, este no es otro que la existencia de un cierto margen de apreciación por parte de la autoridad al instanciar ese concepto en un caso concreto.

Como afirma SESÍN: “[L]a opinabilidad intrínseca de ciertas situaciones fácticas no reconducibles a pautas objetivas por medio de la interpretación no puede ser convertida en certeza por el administrador ni por el juez. Empero, como es la Administración a quien el orden jurídico autoriza a operativizar primero el concepto, en estos excepcionales supuestos le es permitido utilizar la discrecionalidad relacionada con la técnica con el fin de resolver la opinabilidad buscando lo más oportuno para el interés público”⁽²⁶⁾.

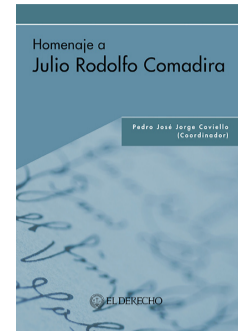
Si esto es así, no puede negarse que existe un aspecto puramente volitivo y decisorio en esa actividad de interpretación del derecho. Actividad que, por otra parte, es previa a la aplicación en un caso individual. De este modo, solo cabe concluir que la teoría reposa sobre una concepción un tanto ingenua de la interpretación. Según esta, toda la actividad interpretativa sería una cuestión de conocimiento –i.e., una actividad meramente cognoscitiva–. Sin embargo, existen otras teorías más complejas y plausibles respecto de esta actividad tan relevante para los operadores del derecho. En algún caso, por ejemplo, se sostiene que solo en los casos de duda o controversiales existe verdadera interpretación en el derecho –i.e., “tesis intermedia”–⁽²⁷⁾. De esta manera, distinguen los casos fáciles de los difíciles en el empleo del lenguaje. En los primeros, no habría verdadera interpretación sino, tan solo, una aplicación del derecho, de modo tal que la actividad del intérprete aplicador del derecho deberá ser puramente cognoscitiva, sin margen alguno para poder colar su subjetividad en la decisión interpretativa. En los segundos, por el contrario, la actividad deberá necesariamente ser decisoria. La actividad interpretativa, entonces, ya no será únicamente cognoscitiva sino, al contrario, volitiva. Es que, en un sentido mínimo, la interpretación del derecho es la actividad destinada a la identificación/atribución –según las diferentes doctrinas– de significado a los conceptos empleados por el legislador –en sentido amplio–. Se trata,

(25) Ídem.

(26) SESÍN, DOMINGO J., *La determinación de la oferta más conveniente en los contratos administrativos*, Revista de la Facultad, vol. V, N° 2, Nueva Serie II (2014), UNC, pág. 16.

(27) Aunque esto no es importante aquí es necesario remarcar que se trata de una cuestión muy controvertida. Véase, GUASTINI, RICCARDO, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, op. cit. Una defensa de las teorías “intermedia” en MORESO, JOSÉ J., *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, *passim*. En el mismo sentido, NAVARRO, PABLO E., *Interpretación del derecho y modelos de justificación*, Revista Escuela de Derecho, 6, 2005, págs. 11/44.

FONDO EDITORIAL



PEDRO JOSÉ JORGE COVIELLO
(coordinador)

**Homenaje
a Julio Rodolfo Comadira**
ISBN 978-987-3790-31-7
366 páginas

“La perduración de la obra del Dr. Julio Rodolfo Comadira se muestra en forma manifiesta en el hecho de que sus publicaciones, que rápidamente se agotan, siguen siendo requeridas por los estudiantes y estudiosos del derecho administrativo de nuestro país y del extranjero”.
(Del prólogo del Dr. Pedro José Jorge Coviello).

Venta telefónica: (11) 4349-0200, int. 1177
Compra online: ventas@elderecho.com.ar
www.elderecho.com.ar

de tal modo, de atribuir significado a un texto o a una formulación lingüística para identificar, luego, una norma⁽²⁸⁾.

3.3. La “OMC” como un concepto valorativo

La conclusión a la que se arribó en el apartado anterior –i.e., la teoría de la interpretación que subyace a la doctrina de los CJI asume que ella se trata de una actividad meramente cognoscitiva y, por eso mismo, muy poco plausible– no varía por más que se acepte que en el ámbito jurídico solemos estar en presencia de conceptos claramente “valorativos”. El punto es que, en verdad, la OMC es un concepto de este tipo. Pues, en efecto, subyace a esta la necesidad de efectuar una valoración comparativa entre diversas ofertas y determinar, en cada caso, cómo es que estas se relacionan y se dirigen a la satisfacción del interés público perseguido por el órgano contratante.

Respecto de este tipo de conceptos, a su vez, es posible identificar dos posiciones. Por un lado, una posición radical que asume que en estos casos no existiría ningún caso claro de instanciación. Si esto es así, entonces, no existiría ningún criterio para determinar si el término es aplicable, o no, a un determinado supuesto. De ahí que solo las preferencias del decisor serán las que predeterminarán su aplicación. Esta parecería ser la posición que, aun cuando no ostensiblemente, critican subrepticamente autores como BELTRÁN GAMBIER respecto del concepto de OMC.

Sin embargo, no es para nada claro que esta sea una posición reconstructivamente correcta. En efecto, como ha sostenido PABLO NAVARRO, “la primacía del sentido ordinario de las palabras no se pierde cuando el legislador usa conceptos valorativos. Después de todo, el uso de estos conceptos también está asociado a instancias paradigmáticas que fijan –de manera más o menos precisa– su significado”⁽²⁹⁾. Si existen instancias paradigmáticas de significado de un término valorativo –claramente la OMC no será la que resulte más costosa en caso de una contratación de un servicio estandarizado–, entonces no se trata de una actividad absoluta y plenamente libre y carente de instancias de control.

Es así que, parece, la doctrina de los CJI peca por defecto y por exceso. Por defecto dado que asume una con-

(28) Sin embargo, una definición así descuida dos cosas: por un lado, la ambigüedad del concepto de interpretación y, por otro, las diversas concepciones respecto de la interpretación jurídica en general –i.e., cognoscitivista, escéptica y las posiciones llamadas mixtas–. No puedo ocupar de esta cuestión aquí y, para los fines que pretendo, basta con la estipulación mínimo que realizo en el cuerpo del texto. Para un análisis detallado de la ambigüedad proceso-producto del concepto de interpretación y de cómo las diversas concepciones respecto de la interpretación son competitivas entre sí e, incluso, pueden brindar respuestas diferentes a las mismas cuestiones, véase, por todos, COMANDUCCI, PAOLO, *Democracia, derechos e interpretación jurídica. Ensayos de teoría analítica del derecho*, Lima, Ara Editores, 2010; y, también, GUASTINI, RICCARDO, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Jordi Ferrer Beltrán (trad.), Barcelona, Gedisa, 1999; id., *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Madrid, Trotta, 2007; y, por último, id., *Interpretar y argumentar*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014. También, ORUNESU, CLAUDINA, *Positivism jurídico y sistemas constitucionales*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pág. 29.

(29) NAVARRO, Pablo E., *La aplicación neutral de conceptos valorativos*, *Analisi e Diritto*, 2007, pág. 47.

(18) *Ibidem*, pág. 450.

(19) SESÍN, DOMINGO J., *Administración pública, actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial. Análisis jurisprudencial*, Buenos Aires, Depalma, pág. 180.

(20) *Ibidem*.

(21) SESÍN, DOMINGO J., *Administración pública, actividad...*, cit., pág. 181.

(22) *Ibidem*, pág. 186.

(23) *Ibidem*, pág. 191.

(24) CAFFERATA, JUAN C., *La vaguedad del lenguaje y el problema de los continuos*, LLC, 2009 (agosto), pág. 693.

cepción muy poco sofisticada de los conceptos utilizados por el legislador. Esta misma cuestión, a su vez, implica que no puede dar cuenta de la práctica lingüística en la que estamos inmersos como usuarios competentes del lenguaje. De alguna manera, asume determinación absoluta de todos los CJI. De lo que se deriva, a su vez, la inexistencia de casos marginales en los que la necesidad de decisión por parte de la autoridad resulta patente. Existen casos claros y paradigmáticos de OMC, comparada vis a vis con otras o de la que resulta menos conveniente al interés público, y así será posible postular la incorrección de la instanciación del concepto por parte de la Administración. Sin embargo, esta circunstancia no habilita al Poder Judicial a sustituir a la Administración en su determinación⁽³⁰⁾. Es que, en rigor, el órgano contratante puede, discrecionalmente y antes de perfeccionar el contrato respectivo, dejar sin efecto el procedimiento de selección respectivo. El punto es que, de lo contrario, el juez se arrogaría una competencia de la que carece.

Vale decir, del hecho de que puedan considerarse que existen casos paradigmáticos en los que, en verdad, no podría haber desacuerdo razonable entre usuarios competentes del mismo lenguaje, no se sigue que en todos los casos esto ocurra. Por el contrario, en determinados supuestos, “[e]n la medida en que el contenido descriptivo de los enunciados valorativos depende del modo en que los hablantes de una comunidad lingüística emplean esas palabras, los jueces no tienen libertad para apartarse de esas convenciones y criterios semánticos”⁽³¹⁾. Según mi criterio, es esto lo que acepta, correctamente, la teoría.

Sin embargo, esta afirmación no rechaza que existan casos en los que, en realidad, carezcamos de esas convenciones de manera obvia y determinada. En estos supuestos no existe otra alternativa que considerar que existe un margen de apreciación altamente subjetivo para el aplicador. Entonces, si esto es así, la discrecionalidad *qua* posibilidad de elegir entre alternativas válidas e indiferentes desde un punto de vista jurídico no puede eliminarse.

En este sentido, creo que si se asume que los CJI se presentan como términos particularmente dotados de un alto grado de vaguedad y ambigüedad, no se puede negar que exista discreción de parte de la Administración en aquellos supuestos que puedan considerarse casos difíciles, marginales o límites. Pues, en cualquier caso, deberá decidir sobre la correcta instanciación de ese término al caso que deba resolver⁽³²⁾. Para el supuesto que analizo en este trabajo, no podrá evitarse la discrecionalidad al momento de determinar si una determinada oferta es la OMC en un determinado procedimiento de selección del contratista.

En los casos que estén dentro de la zona de penumbra o halo de indeterminación de un CJI, no existen razones conceptuales para reconocer la discreción del aplicador. Pero, si esto es así, de ningún modo puede aceptarse que también en este caso exista una única respuesta correcta. Esta cuestión, por supuesto, no se extiende a los supuestos que están fuera de esa zona *-i.e.*, “zona de certeza positiva” y “zona de certeza negativa”. Aquí, como es obvio, sí existirá una única respuesta correcta. Pero, nuevamente, el punto es que no resulta correcto extender las conclusiones para los supuestos de determinación obvia del supuesto a considerar, según los parámetros lingüísticos de la comunidad de que se trate, a aquellos casos en los que esa determinación y seguridad no existe.

4 La inaplicabilidad de la teoría de los CJI a la OMC

Según mi criterio, en rigor, los problemas que adelanté respecto de la teoría de los CJI se presentan con mayor fortaleza en el análisis del concepto de OMC.

(30) Véase, también, MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, Buenos Aires, Depalma, 1984, t. II, pág. 918 (“el tribunal no puede otorgar el mismo dicho acto, debiendo, en cambio, reenviar el expediente al organismo administrativo en cuestión para que se dicte un nuevo acto teniendo en cuenta el fallo [...] La repetición del acto anulado es, por ende, posible, pero el tribunal deberá en tal caso extremar la revisión del nuevo acto para determinar si en sede administrativa se produjo un reexamen serio o se trató de una simple formalidad para insistir en el criterio anterior. En caso de una segunda anulación, el tribunal debería considerar cuidadosamente la posibilidad de otorgar el mismo acto, ya que la administración, con su actitud, se habría descalificado como autoridad decisoria”).

(31) NAVARRO, PABLO E., *La aplicación neutral...*, cit., pág. 48.

(32) *Ibidem*, pág. 51.

Primero, como demostré, subyace a esta doctrina una deficiente teoría de la interpretación jurídica. Esta teoría no puede aceptarse porque es descriptivamente incorrecta y muy poco plausible para dar cuenta de la actividad que efectúan los propios operadores del derecho. Aun cuando sus objetivos puedan resultar compartibles e interesantes, por razones conceptuales no está en condiciones de lograrlos.

Segundo, y lo que resulta fundamental, aplicar al extremo esta concepción tiene como consecuencia obvia trastocar la división de funciones que asigna nuestra Constitución. Es que, en definitiva, asigna la última palabra en materias propias del ejercicio de la función administrativa al Poder Judicial. Así, además, extirpa injustificadamente una porción de la actividad propia de la Administración. Es que “no incumbe al juez revalorar y ponderar una elección ya realizada por la Administración, pues ello implicaría ‘administrar’, ‘sustituir’ al órgano administrativo competente y ‘vulnerar’ la división de poderes”⁽³³⁾. Además, “pretender sustituir el opinable momento o núcleo interno de lo discrecional, implicaría traspasar los límites de la juridicidad y entrar en la llamada zona constitucional de reserva de la Administración vulnerando la división de poderes”⁽³⁴⁾. Es que, incluso por razones conceptuales, no puede aceptarse que el Poder Judicial asuma una actividad que materialmente resulta administrativa. Esto es así porque “la función administrativa es la mayor parte de la actividad que cumple el Poder Ejecutivo —quedan excluidos los actos institucionales y los regidos parcialmente por el derecho privado— y, a su vez, parte de la que realizan el Poder Legislativo y el Poder Judicial —en tanto no asuman la condición de función legislativa o jurisdiccional propiamente dicha—, que, en aras de la satisfacción directa e inmediata del bien común o interés público, y bajo un régimen jurídico exorbitante, tiene como resultado, en sentido genérico, el ‘acto administrativo’”⁽³⁵⁾.

La tarea de la determinación de la mayor conveniencia de una oferta que deberá ser adjudicada en un procedimiento licitatorio, entonces, no puede ser llevada a cabo por otro órgano que no sea, en rigor, aquel que ha llevado a cabo ese procedimiento.

Esta consecuencia, por otra parte, tiene importantes derivaciones y problemas. Sin embargo, aquí solo quisiera destacar dos. Esto resulta injustificado desde un punto de vista constitucional y, además, indeseable. Vale decir, se trata de una interpretación que no se ajusta a la división de poderes prefigurada por la Constitución Nacional y establece que la última palabra sobre cuestiones de administración sea llevada a cabo por un órgano que carece de la *expertise* necesaria para ello. Es decir, ya sea por evidentes sesgos cognitivos o informativos, el Poder Judicial no está en las mejores condiciones para evaluar el interés público comprometido en una cuestión de expresa materia administrativa.

Como sostiene PÉREZ OLEA, una postura así supondría (i) la paralización de la actividad administrativa, puesto que, en último término, toda decisión operativa estaría sometida a la espada de Damocles de su referendo por el juez; (ii) la verificación de un traspaso auténtico de las facultades del Ejecutivo al Judicial; y (iii) las dificultades que suponen una revisión judicial de las decisiones tomadas a partir de datos técnicos⁽³⁶⁾. En el mismo sentido, SESÍN ha aclarado: “... el juez no administra ni legisla, interpreta el orden jurídico existente y solo excepcionalmente tiene amplias facultades para explicar el derecho en el caso concreto (...) Distinto es lo que sucede cuando el ordenamiento le pide primero a la Administración que interprete y/o complete el concepto en su concreción práctica, por cuanto la Administración tiene una herramienta que el juez carece y que llama discrecionalidad (...) Si (...) el ordenamiento otorga la posibilidad de elegir entre varias opciones igualmente válidas para el derecho, la Administración utiliza la discrecionalidad, en función de lo mejor o más útil para el interés público”⁽³⁷⁾.

(33) SESÍN, DOMINGO J., *Intensidad del control...*, cit., pág. 767.

(34) *Ibidem*, pág. 773.

(35) COMADIRA, FERNANDO G., *Apuntes sobre la función administrativa y los criterios para delimitarla*, EDA, 2016-443.

(36) PÉREZ OLEA, MANUEL, *La discrecionalidad administrativa y su fiscalización judicial*, Revista de Estudios de la Vida Local, n° 173, Madrid, 1972, pág. 51, citado por GAMBIER, BELTRÁN, *El concepto de “oferta...”*, cit.

(37) SESÍN, DOMINGO J., *Intensidad del control...*, cit., pág. 766.

Es por eso que disiento con BELTRÁN GAMBIER en un punto muy concreto. No creo que la calificación del supuesto analizado en este breve trabajo se refiera a la posibilidad de control sino que, antes bien, se trata de determinar quién habrá de tener la última palabra respecto de cómo se satisface el interés público comprometido. Es que una vez aceptadas las cuestiones que se han enunciado *supra* respecto de los conceptos de tipo valorativos, no puede negarse la existencia de discrecionalidad al momento de su instanciación, al menos en los casos marginales o difíciles. Por eso, la cuestión radica en determinar la actividad discrecional de qué órgano es la que debe postularse en este supuesto: ¿discrecionalidad administrativa o discrecionalidad judicial al identificar la OMC en un procedimiento licitatorio? De ahí que, una vez más, disiento con BELTRÁN GAMBIER cuando sostiene: “La postura que se adopte está íntimamente vinculada con la posibilidad de aceptar el control judicial de la actividad de la Administración al adjudicar una oferta”. Esta no es la cuestión. La posibilidad de control está fuera de toda discusión, con independencia de aceptar las controvertidas consecuencias de la teoría de la CJI. El ejercicio de potestades discrecionales no está al margen de control judicial.

5 ¿Cómo prevenir los temores (fundados) de la doctrina de los CJI?

Los temores que la doctrina de los CJI busca precaver no son otros que los que históricamente buscaron restringir la libertad de la Administración. Sin embargo, aun cuando no puedo detenerme aquí sobre esta cuestión, pienso que la discrecionalidad no solo es inevitable, sino que, incluso, su desaparición sería sumamente indeseable⁽³⁸⁾. Es por eso que, en estos casos, la motivación del acto de adjudicación de la OMC deberá revestir una especial fortaleza. Básicamente, debe estar dirigida a demostrar que la decisión a la que se arriba es la que más, y de mejor modo, favorece el interés público comprometido en el asunto. Es que en estos supuestos la autoridad cuenta con un plus de libertad para su determinación. Esa libertad, a su vez, ha sido delegada por el propio ordenamiento jurídico. Vale decir, la autoridad deberá exteriorizar en el acto su causa y su finalidad, con mayor intensidad que en los casos de ejercicio de potestades predominantemente regladas⁽³⁹⁾.

Además, pienso, para asegurar una adecuada posibilidad de control racional de los presupuestos de esa decisión, la Administración debería encarar su fundamentación según análisis de costo y beneficio para concluir su razonamiento. Esto es, debería demostrar que la opción a la que arriba es una de aquellas que pueden considerarse derivada de las reglas aplicables al caso, que la decisión que se adopta es factible e idónea para la concreción del ordenamiento jurídico y, además, demostrar fundamentamente que la decisión es la más beneficiosa para el interés público y la menos costosa en términos económicos y jurídicos⁽⁴⁰⁾. Para eso, también, deberá encarar un análisis comparativo y demostrar argumentativamente que las ofertas descartadas no resultan *tan convenientes como la OMC* finalmente seleccionada. Es así que, a partir de este criterio, podrá demostrar fundamentamente que se trata de la oferta que comparativamente resulta más adecuada y, en fin, es la más conveniente⁽⁴¹⁾. A lo que debería agregarse, como sostiene GUSMÁN, lo siguiente: (i) la comparación objetiva de los elementos ciertos que contienen las ofertas; (ii) la justificación de la compensación del valor económico por otros valores vinculados con la bondad, utilidad o eficacia de la prestación; (iii) la demostración de que la ventaja que representa la oferta tiene relación

(38) Sobre esto, véase COMADIRA, JULIO R. (coord.) - ESCOLA, JORGE H. (colab.) - COMADIRA, JULIO P. (actualizador), *Curso de derecho administrativo*, cit., t. I, pág. 102 y sigs.

(39) En el mismo sentido, véase el dictamen de la Procuradora General ante la Corte Suprema, Dra. Laura Monti, en el caso “Schneiderman”, conf. CS, Fallos: 331:735, 2008 (“Schneiderman, Ernesto Horacio c. Estado Nacional - Secretaría de Cultura y Comunicación de la Presidencia de la Nación”).

(40) Un análisis muy interesante respecto de la posibilidad de obtener “decisiones razonables” en el ámbito de la Administración a partir de la aplicación del principio de proporcionalidad en clave alexyana puede verse en BOULIN VICTORIA, IGNACIO, *Decisiones razonables*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2013.

(41) Conf. BALBÍN, CARLOS F., *Tratado de derecho administrativo*, cit., pág. 290 y *Curso de derecho administrativo*, cit., págs. 241/243.

directa con el objeto de la prestación y las funciones que debe cumplir; (iv) el ajuste del dictamen a las reglas técnicas establecidas en los pliegos respectivos; (v) otras variables que demuestren el mayor beneficio para los intereses públicos⁽⁴²⁾.

Esto, además, es exigible para que el Poder Judicial esté en condiciones de controlar no ya el contenido mismo de la decisión adoptada por la Administración, sino que, antes bien, el razonamiento lógico y argumentativo que ella ha desplegado. Esto resulta fundamental porque “quien controla no puede imponer su propio punto de vista acerca de lo que es más razonable, sino solo verificar si el *iter* lógico y la ponderación ya efectuada por la Administración se ajusta a pautas objetivas aceptables, aun cuando fueren opinables”⁽⁴³⁾. Para SESÍN, entonces, es indudable que el control judicial solo es viable en las hipótesis de límites y excesos, mediante prueba irrefutable que acredite tales desviaciones⁽⁴⁴⁾.

Además, como afirmó la Corte Suprema, el ordenamiento jurídico “autoriza a quien debe aplicar la norma en el caso concreto para que realice una estimación subjetiva que completara el cuadro legal y condicionará el ejercicio para ese supuesto de la potestad atribuida previamente o de su contenido particular al no imponerle, por anticipado, la conducta que debe necesariamente seguir”⁽⁴⁵⁾.

Si bien los problemas vinculados aquí son muchos, podríamos limitarlos, en general, a las siguientes cuestiones básicas:

- Primero, dadas las especiales características de indeterminación de los CJI, cuál es el rol que ocupa el proceso decisorio en su correcta instanciación.

(42) GUSMÁN, ALFREDO S., *La licitación pública y sus distintas fases en el nuevo régimen de contrataciones administrativas*, Revista de Derecho Administrativo, n° 32, Buenos Aires, LexisNexis, 2002, pág. 123.

(43) SESÍN, DOMINGO J., *Intensidad del control...*, cit., pág. 768.

(44) *Ibidem*, pág. 189.

(45) CS, Fallos: 325:3435, 2002.

- Segundo, cuál es la justificación y legitimidad del control judicial respecto de este tipo de decisiones cuando ellas no son *prima facie* arbitrarias.

- Esto es, en tercer lugar, dadas ciertas particularidades institucionales –i.e., su específica ubicación–, cuál es el rol que deberían asumir los jueces.

Son estas las cuestiones que se debaten al analizar el concepto de OMC. Es así que, entonces, por más que la teoría de los CJI se esfuerce por eliminar la subjetividad decisoria de la Administración, ello no resulta posible por razones conceptuales respecto de qué tipo de actividad debe efectuar el aplicador al momento de decidir la extensión de un término de clase que presenta características de ambigüedad, vaguedad o textura abierta. Para el empleo de estos términos, y su instanciación en un caso concreto, resulta primordial, y previo, adoptar una decisión sobre la extensión semántica de ese concepto. En este caso, la presencia de la subjetividad del intérprete resulta insoslayable. Una vez más, el ejercicio de discrecionalidad por parte de la Administración resultará inescapable; *qua* primer intérprete del concepto de OMC.

6 Cierre y balance

En este trabajo analicé el concepto de OMC. Para eso, empleé, en contraposición, dos enfoques sobre este concepto. Específicamente, contrapuse aquellos enfoques que sostienen que se trata de un CJI y los que entienden que se trata del ejercicio de potestades discrecionales. Respecto de la llamada “teoría de los conceptos jurídicos indeterminados” y su intento por eliminar de manera absoluta la discrecionalidad, rechacé sus postulados y conclusiones. Sostuve que no es posible afirmar, con sentido, que en los casos marginales, difíciles o límites en la aplicación de un CJI pueda negarse que existe un dominio de subjetividad y arbitrio de parte del aplicador. Sin embargo, reconocí que

en los casos fáciles o rutinarios la actividad del aplicador no deja de ser cognoscitiva y, por tanto, el margen de discrecionalidad se ve reducido considerablemente, al punto que, en verdad, consideré que ella no existía. Además, intenté demostrar que una consecuencia obvia de considerar que la OMC recae dentro de la doctrina de los CJI consiste en afirmar que se trata de una actividad de tipo reglado. Y, por cierto, ello llevaría a postular la sustitución de la actividad de la Administración en manos del Poder Judicial. Esto, finalmente, lo consideré atentatorio del principio de separación de funciones propugnado por nuestro sistema constitucional. A tales efectos, utilicé como ejemplo la posición de BELTRÁN GAMBIER.

A partir de todo lo dicho, aun cuando se reconozca la relevancia de la teoría de los CJI para delimitar la discrecionalidad, entiendo que tanto sus presupuestos como sus consecuencias son o poco plausibles o indeseables. En este sentido, la teoría de la interpretación que asume parece no dar cuenta de la verdadera actividad que los operadores del derecho en general, y la Administración en particular, efectúan cuando, ante un caso concreto, deben instanciar un concepto cargado de vaguedad. Tal el caso del sintagma OMC. Finalmente, por más que se quiera restringir al mínimo la discrecionalidad, esta se presenta como inescapable y, al menos según mi criterio, indeseable. Sin embargo, para justificar este último aserto, sería menester otro trabajo.

VOCES: CONTRATOS ADMINISTRATIVOS - DERECHO ADMINISTRATIVO - EMPRESA - ESTADO - CONSTITUCIÓN NACIONAL - ECONOMÍA - DERECHO COMPARADO - DEFENSA DE LA COMPETENCIA - ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS - DAÑOS Y PERJUICIOS - PERSONAS JURÍDICAS - SERVICIOS PÚBLICOS - PODER DE POLICÍA - ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - ACTOS Y HECHOS JURÍDICOS - DERECHOS DEL CONSUMIDOR - JURISPRUDENCIA - DOMINIO - MUNICIPALIDADES

La regulación del nepotismo en Sudamérica, con particular referencia a la República Argentina. Su prohibición como garantía de calidad institucional^(*)

por ANA CARINA LARocca

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. – 2. REGULACIÓN DEL NEPOTISMO EN SUDAMÉRICA. – 3. REGULACIÓN DEL NEPOTISMO EN LA REPÚBLICA ARGENTINA. 3.1. LA LEY DE ÉTICA EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. 3.2. EL CÓDIGO DE ÉTICA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. 3.3. EL DECRETO 93/18. – 4. PROPUESTA DE REGULACIÓN EN EL PROYECTO DE REFORMA DE LA LEY DE ÉTICA EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA PRESENTADO EN MARZO DE 2019 POR EL PODER EJECUTIVO NACIONAL. – 5. CONCLUSIONES.

1 Introducción

La Real Academia Española define el nepotismo como la “desmedida preferencia que algunos dan a sus parientes para las concesiones o empleos públicos”. En materia de

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Ética, educación republicana y solución de conflictos electorales*, por GREGORIO BADENI, ED, 216-276; *Empleo público: régimen legal aplicable*, por CRISTIAN SILVEIRA, ED, 228-141; *El empleo público en la constitución, los tratados y la jurisprudencia*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, ED, 2004-734; *La consolidación del federalismo y el aporte de la abogacía estatal*, por JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, ED, 264-705; *El Sistema Nacional de Empleo Público y la Comisión Permanente de Interpretación y Carrera*, por JAVIER I. BARRAZA, EDA, 2011-620; *El devenir del empleo público a partir de la transitoriedad*, por MIRIAM M. IVANECA, EDA, 2013-253; *Federalismo y garantías de la forma republicana en el campo de los derechos políticos*, por HERNÁN R. GONÇALVES FIGUEIREDO, ED, 2014-658; *La relación de empleo público desde la perspectiva de las legítimas expectativas del empleado*, por EUGENIA MARA CARDELLI, EDA, 2015-236; *El federalismo, la justicia y el bien común*, por JUAN CARLOS CASSAGNE, EDA, 2015-671; *El sistema federal y los derechos políticos en la Argentina*, por ARMANDO R. AQUINO BRITOS, ED, 2018-229. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

ética pública, su uso refiere principalmente a la designación de familiares para ejercer cargos en el Estado, prescindiendo del requisito de idoneidad, es decir, en forma arbitraria y discrecional.

Esta práctica de cooptación de cargos por parte de los gobernantes o funcionarios públicos sin tomar en cuenta la competencia o mérito de los postulantes, sino su lealtad o alianza⁽¹⁾, ha sido considerada como una forma relevante de afectación de las instituciones democráticas, debido al potencial que posee para impactar en la confianza que sobre estas posee la ciudadanía.

Frente al abuso que la política ha hecho de la distribución de los cargos públicos, la sociedad ha comenzado a demandar la aplicación de reglas y restricciones claras.

En nuestro país esta cuestión ha adquirido nueva relevancia a raíz del dictado del decreto 93/18, aplicable a las altas autoridades del Poder Ejecutivo Nacional (presidente y vicepresidente, jefe de gabinete de ministros, ministros y demás funcionarios con rango y jerarquía equivalente), que prohíbe la designación de sus cónyuges o convivientes y de parientes, hasta el segundo grado, en todo el Sector Público Nacional (más allá de la jurisdicción en la que se desempeñan).

Por otra parte, la necesidad de una reforma a la Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública y los proyectos

(*) Maestría de Derecho Administrativo, Universidad Austral.

El objeto del presente análisis radica en conocer qué respuestas se han dado a esta problemática en América del Sur y evaluar cuál sería un régimen razonable en nuestro país, que, sin perjuicio de atender la necesidad de restablecer la confianza de la ciudadanía en las instituciones, resulte respetuoso de los principios de la Constitución Nacional.

(1) BRICEÑO, CÉSAR E., *¿El nepotismo es corrupción?*, disponible en <https://lahora.com.ec/noticia/1000189/el-nepotismo-es-corrupcion>. Último acceso: 19-5-19.

que se han elaborado como respuesta a esta demanda (entre ellos, el presentado por el Poder Ejecutivo Nacional el 6 de marzo de este año⁽²⁾) reeditan la necesidad de discutir las bases sobre las que debiera efectuarse su regulación.

2 Regulación del nepotismo en Sudamérica

A continuación, nos referiremos brevemente al modo en que la cuestión ha sido abordada en distintos países de la región, con los que nuestro país comparte no solo el ámbito geográfico sino también múltiples lazos históricos y políticos y una similar idiosincrasia.

• Bolivia

La figura del nepotismo está contemplada en la Constitución Política del Estado (CPE)⁽³⁾ y en la ley 2027 (Ley del Funcionario Público)⁽⁴⁾.

El art. 236 de la CPE establece: “Son prohibiciones para el ejercicio de la función pública: (...) III. Nombrar en la función pública a personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad”.

La ley 2027, por su parte, establece que los funcionarios públicos deben “excusarse de participar en los comités de selección de ingresos de funcionarios, cuando existan con los postulantes vinculación o grado de parentesco hasta tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive...” (art. 8°). Agrega luego que “los funcionarios de carrera no podrán ejercer funciones en la misma entidad, cuando exista una vinculación matrimonial o de grado de parentesco hasta segundo grado de consanguinidad y segundo de afinidad...” (art. 11).

Como puede advertirse, no existe una regulación específica y detallada sobre el tema. En el caso del desempeño

(2) INLEG 2019-13024451-APN-PTEA, disponible en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/proyecto_de_ley_de_etica_publica_0.pdf. Último acceso: 19-5-19.

(3) Bolivia, Constitución Política del Estado, 7-2-09, disponible en https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf. Último acceso: 19-5-19.

(4) Bolivia, ley 2027 del Funcionario Público, 27-10-99, disponible en <http://www.silep.gob.bo/silep/masterley/118168>. Último acceso: 19-5-19.

simultáneo en un organismo u entidad, no se define —como sí ocurre en la legislación brasileña— qué sucede si el vínculo es sobreviniente o si la designación efectuada en segundo término es en un cargo superior, hipótesis en las que no puede presumirse el direccionamiento arbitrario de la designación.

Asimismo, de los términos del art. 8° de la ley 2027 parece surgir que sí se encontraría permitido el nombramiento del familiar si el funcionario con atribuciones para efectuarlo se excusa formalmente de participar en su trámite.

Finalmente, no se establecen excepciones vinculadas con la idoneidad del postulante ni se estipulan las consecuencias frente al incumplimiento. Ello sin perjuicio de que podría eventualmente considerarse configurado el delito previsto en el art. 150 del cód. penal de Bolivia, según el cual “el funcionario público que por sí o por interpuesta persona o por acto simulado se interesare y obtuviere para sí o para tercero un beneficio ilícito en cualquier contrato, suministro, subasta u operación en que interviene por razón de su cargo, incurrirá en privación de la libertad de uno a tres años y multa de treinta a quinientos días”.

• Brasil

En Brasil rige el decreto 7203⁽⁵⁾, norma que regula específicamente el nepotismo en el ámbito de los órganos y entidades de la Administración Pública federal.

Se trata de una de las regulaciones más pormenorizadas de la región.

El decreto prohíbe en cada órgano o entidad⁽⁶⁾ los nombramientos, designaciones o contrataciones del cónyuge, conviviente o pariente —en línea recta o colateral, por consanguinidad o afinidad— hasta el tercer grado de ministros de Estado, de las máximas autoridades administrativas o de ocupantes de cargos en comisión o función de confianza⁽⁷⁾ (ya sea de dirección, jefatura o asesoramiento) para desempeñar cargos en comisión o en función de confianza o para la atención de necesidades temporales de excepcional interés público; en este último caso, a menos que la contratación sea precedida de un proceso selectivo que asegure el principio de la igualdad entre los competidores (art. 3°).

La prohibición se extiende a los familiares del presidente y del vicepresidente de la República y, en esta hipótesis, abarca todo el Poder Ejecutivo federal (art. 3° §2).

Se excluyen de la veda los nombramientos, designaciones o contrataciones: a) de servidores federales ocupantes de cargos efectivos, así como de empleados federales permanentes, inclusive jubilados, previo análisis de la compatibilidad de la designación y de la aptitud o cualificación profesional del postulante; b) de personas para la ocupación de cargos en comisión de nivel jerárquico más alto que el del agente público citado; c) realizadas anteriormente al inicio del vínculo familiar entre el agente público y el nombrado, designado o contratado, siempre que no se trate de un ajuste previo para burlar la veda del nepotismo; o d) de personas ya en ejercicio en el mismo órgano o entidad antes del inicio del vínculo familiar con el agente público para cargo, función o empleo de nivel jerárquico igual o inferior que el anteriormente ocupado (art. 4°).

En cualquier caso se encuentra prohibido el mantenimiento del familiar ocupante de cargo en comisión o función de confianza bajo subordinación directa del agente público.

Corresponde a los titulares de los órganos y entidades de la Administración Pública federal exonerar a los agentes públicos en situación de nepotismo de los que tengan conocimiento, o requerir igual providencia a la autoridad encargada de su nombramiento, designación o contratación, bajo pena de responsabilidad (art. 5°).

(5) Brasil, decreto 7203, 4-6-10, disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7203.htm. Último acceso: 19-5-19.

(6) El decreto 7203 define como “órgano” a la Presidencia de la República (comprendida la Vicepresidencia, la Casa Civil, la Oficina Personal y la Asesoría Especial), a los órganos de la Presidencia de la República dirigidos por Ministros de Estado o autoridades similares; y a los Ministerios. Entiende por “entidad”, por su parte, a los entes autárquicos, empresas públicas y sociedades de economía mixta. Se considerarán incluidos en el ámbito de cada órgano los entes y fundaciones vinculadas con él (art. 1°).

(7) Funcionario de confianza es el que desempeña un cargo de confianza técnico o político. Se encuentra en el entorno de quien lo designa o remueve libremente. Ver: <http://www.monografias.com/trabajos73/nepotismo-regulacion-peru/nepotismo-regulacion-peru2.shtml#ixzz59sh2KJJ5>.

Cabe señalar que, además de prohibir el nepotismo, el decreto también veda la contratación directa, sin licitación, por órgano o entidad de la Administración Pública federal, de personas jurídicas en las que sea administrador o socio con poder de dirección el familiar de un funcionario que posea un cargo en comisión o función de confianza, y que actúe en el área responsable de la demanda o contratación, o bien un familiar de su autoridad jerárquicamente superior en el ámbito de ese órgano o entidad.

Como puede advertirse, se trata de una regulación segmentada (es decir, que abarca a cierto rango de autoridades de la Administración Pública nacional) y que prevé la prohibición del nombramiento o contratación —principalmente en cargos de naturaleza temporal— aun cuando estos no hayan sido decididos por el funcionario con el que el designado se encuentra vinculado familiarmente. En este sentido, el régimen resulta similar al adoptado por el decreto 93/18 de nuestro país.

Además, resulta un sistema normativo completo: se establecen excepciones (fundadas en la aptitud, en la preservación de la igualdad en el acceso al cargo público y en circunstancias en las que no podría presumirse el direccionamiento de la contratación) y se contemplan las consecuencias de infringir la prohibición (la exoneración del designado y la responsabilidad del funcionario que efectuó el nombramiento prohibido).

A diferencia de otras regulaciones, la prohibición se aplica también cuando existan circunstancias que permitan advertir una elusión de las restricciones al nepotismo, especialmente mediante nombramientos o designaciones recíprocas (art. 3° §1).

Asimismo, se establece que serán objeto de análisis específico los casos en que haya indicios de influencia de los agentes públicos referidos: a) en el nombramiento, designación o contratación de familiares en hipótesis no previstas en este decreto; b) en la contratación de familiares por empresa prestadora de servicio tercerizado o entidad que desarrolle un proyecto en el ámbito de órgano o entidad de la Administración Pública federal (art. 6°).

• Chile

La legislación chilena regula la prohibición de contratar familiares en el art. 54 de la ley 18.575 (Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales para la Administración del Estado)⁽⁸⁾.

Allí se establece: “Sin perjuicio de las inhabilidades especiales que establezca la ley, no podrán ingresar a cargos en la Administración del Estado: (...) b) Las personas que tengan la calidad de cónyuge, hijos, adoptados o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive respecto de las autoridades y de los funcionarios directivos del organismo de la administración civil del Estado al que postulan, hasta el nivel de jefe de departamento o su equivalente, inclusive”.

A tales efectos, los postulantes a un cargo público deberán prestar una declaración jurada que acredite que no se encuentran incluidos en alguna de las causales de inhabilidad antes mencionadas (art. 55).

En el mismo sentido, la ley 20.088⁽⁹⁾ incorporó al final del art. 4° de la ley 19.886 (Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios) un párrafo en el que expresa: “Ningún órgano de la Administración del Estado y de las empresas y corporaciones del Estado o en que éste tenga participación, podrá suscribir contratos administrativos de provisión de bienes o prestación de servicios con los funcionarios directivos del mismo órgano o empresa, ni con personas unidas a ellos por los vínculos de parentesco descritos en la letra b) del artículo 54 de la Ley 18.575...”.

Extiende dicha prohibición a “ambas Cámaras del Congreso Nacional, a la Corporación Administrativa del Poder Judicial y a las Municipalidades y sus Corporaciones, respecto de los Parlamentarios, los integrantes del Escalafón Primario del Poder Judicial y los Alcaldes y Concejales, según sea el caso”.

En cuanto a los efectos de infringir esta disposición, se dispone que los contratos celebrados “serán nulos y los funcionarios que hayan participado en su celebración incurrirán en la contravención al principio de probidad ad-

(8) Chile, ley 18.575, 13-12-00, disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=191865&idVersion=2018-02-15>. Último acceso: 19-5-19.

(9) Chile, ley 20.088, 5-1-06, art. 13, disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=245930>. Último acceso: 19-5-19.

ministrativa⁽¹⁰⁾ (...) sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que les corresponda”.

Por excepción, se prevé la configuración de “circunstancias excepcionales” que tornen necesaria la contratación. En tal caso los órganos y empresas referidos podrán celebrar dichos contratos siempre que se ajusten a condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado. En este supuesto, “la aprobación del contrato deberá hacerse por resolución fundada, que se comunicará al superior jerárquico del suscriptor, a la Contraloría General de la República y a la Cámara de Diputados. En el caso del Congreso Nacional la comunicación se dirigirá a la Comisión de Ética del Senado o a la Comisión de Conducta de la Cámara de Diputados, según corresponda y, en el caso del Poder Judicial, a su Comisión de Ética”.

Si bien esta última norma se refiere al suministro de bienes y servicios, puede resultar aplicable a la contratación de personas para brindar servicios al Estado, extendiéndose la prohibición —como en el caso del art. 54 de la ley 18.575— al cónyuge, hijos, adoptados o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive de los directivos del organismo o empresa, participen o no en la contratación.

Para concluir, la legislación chilena prohíbe la designación o contratación de familiares —en el grado expresado— de las autoridades y de los funcionarios directivos del organismo de la Administración Civil del Estado al que postulan (en el caso de designación, hasta el nivel de jefe de departamento o su equivalente, inclusive), independientemente de que dichas autoridades o funcionarios participen o no en la designación o contratación.

Al igual que el régimen vigente en Brasil, se trata de una regulación completa que prevé excepciones y consecuencias y que extiende su ámbito de prohibición a las contrataciones de bienes y servicios.

• Colombia

La Constitución Política colombiana del año 1991⁽¹¹⁾ establece: “Los servidores públicos no podrán en ejercicio de sus funciones, nombrar, postular, ni contratar con personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente”.

Agrega: “Tampoco podrán nombrar ni postular como servidores públicos, ni celebrar contratos estatales, con quienes hubieren intervenido en su postulación o designación, ni con personas que tengan con estas los mismos vínculos señalados en el inciso anterior”.

Se exceptúan de lo previsto precedentemente “... los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos en cargos de carrera”.

A fin de garantizar el cumplimiento de los recaudos de idoneidad para acceder a los cargos públicos, la norma establece: “Salvo los concursos regulados por la ley, la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas deberá estar precedida de una convocatoria pública reglada por la ley, en la que se fijen requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección” (art. 126, Acto Legislativo 02 de 2015, art. 2°).

A diferencia de otras regulaciones de carácter constitucional, resulta lo suficientemente abarcativa y contempla no solo el supuesto de designación, sino también el de postulación del familiar, prevé excepciones (vinculadas con el cumplimiento de las normas sobre acceso o ascenso por mérito) y extiende la prohibición a supuestos novedosos, como por ejemplo la designación de aquellos que hubieren participado en la postulación o designación del funcionario y los familiares de estos.

Cabe señalar que la cuestión también se encuentra regulada a nivel provincial y municipal. En efecto, en el

(10) Chile, ley 18.575, art. 62. “Contravienen especialmente el principio de la probidad administrativa, las siguientes conductas: (...) 6. Intervenir, en razón de las funciones, en asuntos en que se tenga interés personal o en que lo tengan el cónyuge, hijos, adoptados o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive. Asimismo, participar en decisiones en que exista cualquier circunstancia que le reste imparcialidad. Las autoridades y funcionarios deberán abstenerse de participar en estos asuntos, debiendo poner en conocimiento de su superior jerárquico la implicancia que les afecta”.

(11) Colombia, Constitución Política, 1991, disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/Inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>. Último acceso: 19-5-19.

art. 49 de la ley 617/00 (modificada por ley 1148/07)⁽¹²⁾ se establecen limitaciones para la designación de familiares en la función pública, en forma segmentada (es decir, según la jerarquía del funcionario local).

Para los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales, y concejales municipales y distritales, la prohibición alcanza la contratación y designación de “los cónyuges o compañeros permanentes, y parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil”, quienes no podrán: a) ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades del sector central o descentralizados del correspondiente departamento, distrito o municipio, b) ser miembros de juntas directivas, representantes legales, revisores fiscales, auditores o administradores de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo departamento o municipio; c) ser designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, ni contratistas del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, ni directa, ni indirectamente.

Respecto de los concejales de municipios de cuarta, quinta y sexta categoría, en cambio, las prohibiciones establecidas se aplican únicamente para los cónyuges o compañeros permanentes y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil (parágrafo 3º del art. 49).

Las restricciones para el nombramiento, elección o designación de servidores públicos y trabajadores también se aplican en relación con la vinculación de personas a través de contratos de prestación de servicios.

Se exceptúan de la prohibición los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre carrera administrativa.

Cabe señalar que la Corte Constitucional colombiana ha entendido que el concepto de “compañero aparente” alcanza también a los integrantes de parejas del mismo sexo⁽¹³⁾.

• Ecuador

En Ecuador la prohibición del nepotismo también tiene rango constitucional. En efecto, la Constitución ecuatoriana sancionada en el año 2008⁽¹⁴⁾ lo prohíbe expresamente en su art. 230⁽¹⁵⁾, aunque no lo define ni delimita su alcance.

En forma complementaria, el art. 228 de la citada Constitución establece: “El ingreso al servicio público, el ascenso y la promoción en la carrera administrativa se realizarán mediante concurso de méritos y oposición, en la forma que determine la ley, con excepción de las servidoras y servidores públicos de elección popular o de libre nombramiento y remoción. Su inobservancia provocará la destitución de la autoridad nominadora”.

La prohibición constitucional ha sido reglamentada por la “Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa”⁽¹⁶⁾ que define el nepotismo como “el acto ilegal ejecutado por un dignatario, autoridad o funcionario, en la designación, nombramiento o contratación en un puesto o cargo público, hecha dentro de la misma función del Estado, institución, entidad u organismo que representa o ejerce su servicio a la colectividad, a favor del cónyuge, del conviviente en unión de hecho, de sus parientes comprendidos hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad”.

Agrega: “También constituirá nepotismo cuando el acto ilegal antes señalado, beneficie o favorezca a personas vinculadas en los términos indicados a miembros del cuerpo colegiado del que sea parte el dignatario, autoridad o funcionario del que emanó dicho acto”.

(12) Colombia, ley 617/00 modificada por ley 1148/07, disponible en [http://www.auditoria.gov.co/Biblioteca%20General/Leyes/Leyes_1990-2009/Ley_617_de_2000_\(Racionalizacion_del_Gasto_Publico\).pdf](http://www.auditoria.gov.co/Biblioteca%20General/Leyes/Leyes_1990-2009/Ley_617_de_2000_(Racionalizacion_del_Gasto_Publico).pdf). Último acceso: 19-5-19.

(13) Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-029 de 2009, disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-029-09.htm>. Último acceso: 19-5-19.

(14) Ecuador, Constitución ecuatoriana, 2008, disponible en https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf. Último acceso: 19-5-19.

(15) Constitución ecuatoriana: art. 230: “En el ejercicio del servicio público se prohíbe, además de lo que determine la ley: 1, desempeñar más de un cargo público simultáneamente a excepción de la docencia universitaria siempre que su horario lo permita. 2. El nepotismo. 3. Las acciones de discriminación de cualquier tipo”.

(16) Ecuador, Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, 12-5-05, disponible en http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_ecu_anexo33.pdf. Último acceso: 19-5-19.

La prohibición alcanza y se aplica obligatoriamente no solo a todas las instituciones, entidades y organismos del Estado, sino también a las corporaciones, fundaciones, empresas, compañías y en general sociedades en las cuales las instituciones del Estado tengan mayoría de acciones o un aporte total o parcial de capital o bienes de su propiedad al menos en un cincuenta por ciento.

La consecuencia administrativa de infringir este régimen “... sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, civil o penal a que hubiere lugar...” es la falta de validez jurídica del acto de designación, nombramiento o contratación, el que no registrará y no causará egreso económico alguno.

Asimismo, la autoridad nominadora que designe o contrate personal contraviniendo la prohibición será sancionada con la destitución de su cargo. La misma sanción se impondrá al servidor o funcionario que hubiere registrado el nombramiento o contrato, quien responderá solidariamente por los pagos efectuados, sea a título de sueldos, honorarios o contrato.

Esta norma introduce, además, la prohibición de una práctica frecuente pero que no ha sido abordada por otros ordenamientos jurídicos. En efecto, establece: “No procede jurídicamente ni se admitirá a ningún título o calidad, la herencia de cargos o puestos de trabajo”.

• Paraguay

La República de Paraguay posee una legislación específica sobre nepotismo. Se trata de la ley 5295/14⁽¹⁷⁾, que entró en vigencia a mediados de 2015.

A diferencia de otros marcos normativos, en su primer artículo define el nepotismo como la circunstancia que se presenta “cuando una persona, facultada para nombrar o contratar en cargos públicos, realiza uno de esos actos a favor de su cónyuge, concubino o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, en violación a las normas que regulan el acceso a la función pública”.

Su artículo segundo veda a los altos funcionarios –que enumera taxativamente⁽¹⁸⁾– “dentro del ámbito de su competencia, a nombrar o contratar en cargos o empleos públicos, a cónyuges, concubinos y parientes comprendidos hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, salvo que tales nombramientos, contrataciones o propuestas se efectúen en cumplimiento a las normas legales que regulan el acceso a la función pública”⁽¹⁹⁾.

Como puede advertirse, la prohibición alcanza a determinada categoría de funcionarios que tienen facultades para “nombrar y contratar” en cargos públicos. Además, se excluyen los casos en que se han cumplido las normas que regulan el acceso a la función pública. En consecuencia, cabría concluir que no habría nepotismo en la designación de funcionarios políticos o “de confianza” (como se los denomina en Perú o en Brasil), ya que en estos supuestos no hay proceso de selección alguno que pueda ser incumplido⁽²⁰⁾.

(17) Paraguay, ley 5295, 11-9-14, disponible en <http://www.csj.gov.py/cache/lederes/G-190-06102014-L-5295-1.pdf>. Último acceso: 19-5-19.

(18) La ley 5295 alcanza a “El Presidente y el Vicepresidente de la República, los Senadores y Diputados, los Parlamentarios del Mercado Común del Sur (MERCOSUR), los Ministros de la Corte Suprema de Justicia, los Miembros del Tribunal Superior de Justicia Electoral, los Ministros del Poder Ejecutivo y los Ministros Secretarios Ejecutivos de la Presidencia de la República, los miembros del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, el Fiscal General del Estado, los Jueces, los Agentes Fiscales, el Contralor General de la República, el Procurador General de la República, el Escribano Mayor de Gobierno, el Defensor del Pueblo, el Defensor General, los Rectores y Vicerrectores de las Universidades Nacionales, los Decanos y Vicedecanos de las Universidades Nacionales, los Presidentes y Directores de los entes autárquicos y descentralizados, los Gobernadores e Intendentes, Concejales Departamentales y Concejales Municipales, los Directores de las Entidades Binacionales, los Directores de las distintas reparticiones del Estado paraguayo y los Presidentes y Directores de las Sociedades Anónimas en donde el Estado paraguayo posea en participación acciones mayoritarias, organizaciones no gubernamentales que reciban aportes del Estado paraguayo, a través del Presupuesto General de la Nación...”.

(19) La ley antecedente exceptuaba de la prohibición los casos de “nombramientos efectuados en el marco de un concurso público de oposición, méritos y aptitudes” (ley 4737, disponible en <http://www.csj.gov.py/cache/lederes/G-208-29102012-L-4737-1.pdf>. Último acceso: 19-3-19).

(20) A diferencia de esta regulación, en la ley que regulaba originariamente el nepotismo (ley 2777), y que fue derogada, se establecía para ciertos funcionarios de jerarquía superior la prohibición de nombrar familiares “en cargos públicos de designación directa, no electiva (...) salvo que tales nombramientos se efectúen en el marco de un concurso público de oposición”, por lo que sí quedaban comprendidas las

La ley establece claramente las graves consecuencias de infringir esta prohibición: el acto de designación es nulo y tanto quien designa, nombra o contrata como el beneficiario de tal medida serán inhabilitados para el ejercicio de la función pública por hasta cinco años y responderán solidariamente por la devolución de los salarios cobrados indebidamente (art. 3º).

• Perú

En Perú, la regulación del nepotismo cuenta con una ley específica, que fue recientemente modificada (en el año 2014). Se trata de la ley 26.771⁽²¹⁾.

Allí se establece: “Los funcionarios, directivos y servidores públicos, y/o personal de confianza⁽²²⁾ de las entidades y reparticiones públicas conformantes del Sector Público Nacional, así como de las empresas del Estado, que gozan de la facultad de nombramiento y contratación de personal, o tengan injerencia directa o indirecta en el proceso de selección se encuentran prohibidos de nombrar, contratar o inducir a otro a hacerlo en su entidad respecto a sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, por razón de matrimonio, unión de hecho o convivencia” (art. 1º)⁽²³⁾.

Como puede advertirse, la veda abarca a todos los funcionarios del Sector Público Nacional y, a diferencia de otros regímenes, contempla no solo el caso de designación de un familiar en su propio organismo, sino cualquier tipo de intervención en dicha designación y la inducción al nombramiento, incluso en otra jurisdicción.

Cabe destacar que comprende todo tipo de designación o contratación, incluso la locación de servicios o consultoría.

No constituye una causa de excepción la idoneidad del familiar alcanzado por la prohibición, aun cuando esté debidamente acreditada.

La infracción a las disposiciones sobre nepotismo acarrea la nulidad de la designación o contratación (art. 4º), sin perjuicio de las sanciones administrativas que se pudieran aplicar contra los infractores.

Las sanciones determinadas por los regímenes afectos son: destitución, cese, suspensión y amonestación. Asimismo, de acuerdo al decreto supremo 021-2000-PCM, modificado por el art. 1º del decreto supremo 034-2005-PCM (publicado el 7-5-05), se establecen como sanciones adicionales las siguientes:

- De comprobarse la transgresión de lo dispuesto en la ley o en el reglamento, los funcionarios de dirección o personal de confianza serán sancionados con la destitución, despido o resolución del contrato.

- El funcionario respecto del cual se ejerce la injerencia directa o indirecta a que hace referencia la ley será sancionado con suspensión sin goce de remuneraciones. Si la función o cargo ejercido es de confianza, el nombramiento quedará sin efecto, o se resolverá el contrato; según corresponda.

- El período de suspensión dependerá de la gravedad de la falta y no podrá ser mayor a ciento ochenta (180) días calendario.

designaciones políticas (<http://www.csj.gov.py/cache/lederes/G-119-11112005-L-2777-1.pdf>. Último acceso: 19-5-19).

(21) Perú, ley 26.771, 3-4-97, disponible en <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/26771.pdf>. Modificada por ley 30.294, disponible en <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/30294.pdf>. Último acceso: 19-5-19.

(22) El art. 43 del DS 03-97-TR Ley de la Competitividad y Productividad Laboral que rige el campo laboral privado define como *Personal de dirección* a “aquel que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, o que lo sustituye, o que comparte con aquellas funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial”, en el mismo modo dicho dispositivo define a *trabajadores de confianza* como “aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado. Asimismo, aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales”. Leer más: <http://www.monografias.com/trabajos73/nepotismo-regulacion-peru/nepotismo-regulacion-peru2.shtml#ixzz59gnZwrru>.

(23) La redacción originaria de la ley 26.771 era la siguiente: “Los funcionarios de dirección y/o personal de confianza de las entidades y reparticiones públicas conformantes del Sector Público Nacional, así como de las empresas del Estado, que gozan de la facultad de nombramiento y contratación de personal, o tengan injerencia directa o indirecta en el proceso de selección se encuentran prohibidos de ejercer dicha facultad en su entidad respecto a sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y por razón de matrimonio”.

- El funcionario que resulte responsable de ejercer injerencia directa o indirecta en el nombramiento o contratación a que hubiera lugar será solidariamente responsable con la persona indebidamente nombrada o contratada, respecto de la devolución de lo percibido, como consecuencia de la nulidad a que se refiere el art. 4º de la ley 26.771.

- Si al momento de determinarse la sanción aplicable la persona responsable del acto de nepotismo ya no tuviese la condición de funcionario o personal de confianza, la sanción consistirá en una multa equivalente a las remuneraciones o ingresos que dicha persona hubiese percibido en un período no mayor de ciento ochenta (180) días calendario. En tanto no se cumpla el pago de la multa, el responsable no podrá ser designado a cargo o función pública ni percibir ingreso proveniente del Estado.

• Uruguay

La cuestión se encuentra regulada en el decreto 30/03⁽²⁴⁾ (Reglamentación de las Normas de Conducta en la Función Pública) que, en su art. 35, prohíbe la "... actuación dentro de la misma repartición u oficina del funcionario que se halle vinculado con su jerarca por lazos de parentesco dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad o por ser su cónyuge".

Establece además que, si la situación se presenta de forma sobreviniente, es decir, si ingresare a la oficina un agente que mantenga los vínculos mencionados, "... la autoridad competente dispondrá los traslados necesarios, sin que se perjudique la categoría de funcionario alguno".

Concluye además que "queda igualmente prohibida la permanencia dentro de la misma oficina o sección de funcionarios que entre sí reúnan alguno de los impedimentos establecidos en el inciso primero".

Como puede advertirse, la reglamentación es general y no refiere al acto de designación sino al desempeño simultáneo. Es decir que la irregularidad reside en la actuación de dos familiares –en el grado expresado– en una misma oficina u entidad, aun cuando hayan accedido al cargo a través de procedimientos que garanticen su idoneidad y aun cuando el nombramiento o contratación provenga de una persona con la que no se posee vínculo parental.

Si bien en principio se refiere a la prohibición de que sea nombrado quien se encontraría subordinado a su familiar ("que se halle vinculado con su jerarca por lazos de parentesco..."), luego extiende la prohibición a cualquier tipo de vinculación laboral ("queda igualmente prohibida la permanencia dentro de la misma oficina o sección de funcionarios que entre sí reúnan alguno de los impedimentos establecidos en el inciso primero").

No se establecen excepciones ni consecuencias, salvo para el caso de sobrevinencia, en el que se prevé el traslado del funcionario que quedare subordinado a su familiar.

• Venezuela

Múltiples normas jurídicas del ordenamiento venezolano refieren a la necesidad de imparcialidad en la designación de funcionarios, aunque en ninguna de ellas regula el nepotismo tal como lo concebimos en este trabajo.

Así, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela⁽²⁵⁾ establece en su art. 145: "Los funcionarios públicos y funcionarias públicas están al servicio del Estado y no de parcialidad alguna. Su nombramiento y remoción no podrán estar determinados por la afiliación u orientación política...".

El art. 146, por su parte, establece que "los cargos de los órganos de la Administración Pública son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los contratados y contratadas, los obreros y obreras al servicio de la Administración Pública y los demás que determine la Ley". Agrega que "el ingreso de los funcionarios públicos y las funcionarias públicas a los cargos de carrera será por concurso público, fundamentado en principios de honestidad, idoneidad y eficiencia. El ascenso estará sometido a métodos científicos basados en el sistema de méritos, y el traslado, suspensión y retiro será de acuerdo con su desempeño".

En el mismo sentido, la Ley contra la Corrupción⁽²⁶⁾ establece: "El nombramiento, remoción o destitución de

los funcionarios y empleados públicos no podrá estar determinado por afiliación u orientación política alguna y se realizará de conformidad con lo dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en las leyes" (art. 14).

Conforme el Código de Ética de las Servidoras y los Servidores Públicos del año 2013⁽²⁷⁾, "es contrario a los principios rectores de los deberes y conductas de las servidoras y servidores públicos, y en consecuencia se les prohíbe: 1) intervenir en la toma de decisiones, acto, contrato o resolución de asuntos en los que tenga interés de naturaleza particular, directo o indirecto; del que pueda resultar algún beneficio para la servidora o el servidor público; (...) 4) obtener ventajas, concesiones o privilegios, en razón del cargo o posición ocupada dentro del órgano o ente en el cual se desempeña o se haya desempeñado durante los últimos cinco (5) años, o en aquellos sobre los que dicho organismo o entidad ejerza control de tutela, estatutario o accionarial, en contraposición a los intereses de dichos órganos o entes; (...) 10) no inhibirse del conocimiento, tramitación o resolución de algún asunto que bajo los supuestos contemplados en el presente Código, constituya una situación en la que el interés particular, directo o indirecto, se contraponga a los intereses del Estado; 11) realizar cualquier otro acto, hecho u omisión en el que su interés particular, directo e indirecto, se contraponga a los intereses del Estado, o que sea contrario a los principios establecidos en el presente Código".

Finalmente, el Estatuto de la Función Pública⁽²⁸⁾ establece en su art. 33 que "además de los deberes que impongan las leyes y los reglamentos, los funcionarios o funcionarias públicas estarán obligados a: 10. Inhibirse del conocimiento de los asuntos cuya competencia esté legalmente atribuida, en los siguientes casos: a) cuando personalmente, o bien su cónyuge, su concubino o concubina o algún pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, tuvieren interés en un asunto; b) cuando tuvieren amistad o enemistad manifiesta con cualquiera de las personas interesadas que intervengan en un asunto".

Por su parte el art. 40 estipula: "El proceso de selección de personal tendrá como objeto garantizar el ingreso de los aspirantes a los cargos de carrera en la Administración Pública, con base en las aptitudes, actitudes y competencias, mediante la realización de concursos públicos que permitan la participación, en igualdad de condiciones, de quienes posean los requisitos exigidos para desempeñar los cargos, sin discriminaciones de ninguna índole. Serán absolutamente nulos los actos de nombramiento de funcionarios o funcionarias públicas de carrera, cuando no se hubiesen realizado los respectivos concursos de ingreso, de conformidad con esta Ley".

3 Regulación del nepotismo en la República Argentina

3.1. La Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública

La Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública 25.188 no ha contemplado esta figura en forma directa. Sin embargo, su art. 2º contiene una serie de pautas y deberes de comportamiento que deben respetar quienes ejercen funciones públicas, entre los que podemos encontrar prohibiciones que, indirectamente, podrían operar como mecanismos para inhibir el nepotismo.

Así, el inc. c) establece el deber de los funcionarios de "velar en todos sus actos por los intereses del Estado, orientados a la satisfacción del bienestar general, privilegiando de esa manera el interés público sobre el particular". El inc. g), por su parte, los obliga a "abstenerse de usar las instalaciones y servicios del Estado para su beneficio particular o para el de sus familiares, allegados o personas ajenas a la función oficial, a fin de avalar o promover algún producto, servicio o empresa". Finalmente, el inc. i) estipula la obligación de los agentes de "abstenerse de intervenir en todo asunto respecto al cual

se encuentre comprendido en alguna de las causas de excusación previstas en ley procesal civil", lo que implica la imposibilidad de un funcionario de designar a una persona con la que esté unido por un vínculo de parentesco de hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad (conforme al art. 17, cód. procesal civil y comercial, incs. 1º y 2º).

3.2. El Código de Ética de la Función Pública

El nepotismo sí se encuentra regulado específicamente en el Código de Ética de la Función Pública (aprobado por decreto 41/99) aplicable a los empleados y funcionarios del Poder Ejecutivo Nacional y que se encuentra vigente en todo aquello que no haya sido modificado por la Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública.

En su art. 43, bajo el título de "Nepotismo o Favoritismo", establece: "El funcionario público no debe designar parientes o amigos para que presten servicios en la repartición a su cargo prescindiendo del requisito de idoneidad debidamente acreditado".

La vulneración de esta norma se produciría cuando se presentan conjuntamente las siguientes circunstancias: a) la designación de parientes o amigos de un funcionario; b) que dicha designación sea efectuada por este en ejercicio de sus competencias; c) que la designación se efectúe en la repartición a su cargo, y d) que se prescinda del requisito de idoneidad debidamente acreditado.

El objetivo de la prohibición es evitar que se favorezca a familiares o amigos por el mero hecho de serlo, sin tener en cuenta otros méritos, es decir, sin atender al recaudo de idoneidad como condición de acceso al cargo público contenido en la Constitución Nacional (art. 16⁽²⁹⁾) y en el Código de Ética (art. 12⁽³⁰⁾).

Sin embargo, la regulación aparece como insuficiente, ya que bastaría la simple abstención (que procede, pues el parentesco es una de las causales de excusación que deben respetar los funcionarios públicos, conforme el art. 2º, inc. i), de la ley 25.188 y el art. 17 del cód. procesal civil y comercial de la Nación) para evitar la configuración de la irregularidad.

Además no se exige un procedimiento específico –curso de oposición o antecedentes, por ejemplo– para acreditar la idoneidad, lo que permitiría la simple invocación, sobre todo cuando se trata de puestos de confianza.

Finalmente, es sumamente imprecisa la alusión a "parientes y amigos", sin expresarse el grado de vinculación necesario para que opere la prohibición.

3.3. El decreto 93/18

Como reacción frente al cuestionamiento de designaciones que no encuadraban en la hipótesis de nepotismo regulada en el art. 43 del Código de Ética de la Función Pública, se dictó el decreto 93/18⁽³¹⁾ que contiene una restricción amplia y objetiva aplicable a las altas autoridades del Poder Ejecutivo Nacional.

Su art. 1º establece que "... no podrán efectuarse designaciones de personas, bajo cualquier modalidad, en todo el Sector Público Nacional, que tengan algún vínculo de parentesco tanto en línea recta como en línea colateral hasta el segundo grado, con el Presidente y Vicepresidente de la Nación, Jefe de Gabinete de Ministros, Ministros y demás funcionarios con rango y jerarquía de Ministro. Quedan incluidos el cónyuge y la Unión Convivencial".

Esta norma no solo prohíbe a dichos funcionarios que designen familiares en el área a su cargo, sino que la restricción abarca el nombramiento o contratación en el ámbito de todo el Sector Público Nacional –que expresamente define⁽³²⁾–, participen o no aquellas altas autoridades en el proceso de designación.

(29) Art. 16, CN: "Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad".

(30) Art. 12, decreto 41/99: "La idoneidad, entendida como aptitud técnica, legal y moral, es condición esencial para el acceso y ejercicio de la función pública".

(31) Argentina, decreto 93/18, disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/305000-309999/306423/norma.htm>. Último acceso: 2-4-18.

(32) A tal efecto, entiende por Sector Público Nacional "la Administración Central y los Organismos Descentralizados, incluyendo en estos últimos a las Instituciones de la Seguridad Social, Empresas y Sociedades del Estado que abarca a las Empresas del Estado, las Sociedades del Estado, las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria, las Sociedades de Economía Mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado Nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias, Entes Públicos excluidos expresamente de la Administración

(24) Uruguay, decreto 30/03, disponible en <https://www.impo.com.uy/bases/decretos/30-2003>. Último acceso: 19-5-19.

(25) Venezuela, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, disponible en https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ven/sp_ven-int-const.html. Último acceso el 19-5-19.

(26) Venezuela, Ley contra la Corrupción, reformada por Decreto 1410/14, disponible en https://www.sumate.org/documentos/Marco_Legal_Electoral_Venezuela/leycontralacorrupcion.pdf. Último acceso: 19-5-19.

(27) Venezuela, Código de Ética de las Servidoras y los Servidores Públicos del año 2013, disponible en http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ven_cod_eti_serv_pub.pdf. Último acceso: 19-3-18.

(28) Venezuela, Ley del Estatuto de la Función Pública, disponible en http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_ven_anexo_30_sp.pdf. Último acceso: 19-3-18.

Queda incluida en la veda cualquier modalidad de designación o contratación (ya sea bajo el régimen de empleo público, a través de entes cooperadores, el nombramiento en los directorios de sociedades que integran el Sector Público Nacional, la contratación en dichas empresas bajo la modalidad de contrato de trabajo, etc.).

Se encuentra exceptuada de la prohibición la designación de personas mediante procesos de selección por concurso público de antecedentes o que a la fecha del decreto cuenten con estabilidad en el cargo (art. 3°), con lo que la idoneidad continúa interrumpiendo la presunción de arbitrariedad o favoritismo en la decisión.

La norma tiene efectos retroactivos, por lo que los familiares –en el grado precedentemente expresado– de los funcionarios con rango y jerarquía de ministro o superior, que se desempeñaban en el Sector Público Nacional a la fecha del dictado del decreto, debieron abandonar sus cargos antes del 28 de febrero de 2018.

4 Propuesta de regulación en el Proyecto de Reforma de la Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública presentado en marzo de 2019 por el Poder Ejecutivo Nacional

El proyecto de reforma a la Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública elaborado por el Poder Ejecutivo Nacional y presentado al Congreso de la Nación en marzo de este año⁽³³⁾ regula el nepotismo en el Título III.

Su art. 6° establece: “El cónyuge o conviviente o las personas que posean vínculos de parentesco en línea recta o colateral hasta el segundo grado con los Secretarios o Subsecretarios del Poder Ejecutivo Nacional, funcionarios con rango y jerarquía equivalente, Secretarios de Gobierno y máximas autoridades de los Entes Descentralizados, no podrán ser designados ni contratados, bajo ninguna modalidad, en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones. En el caso del Presidente de la Nación, el Vicepresidente de la Nación, el Jefe de Gabinete de Ministros, los ministros, los funcionarios con rango y jerarquía equivalente y los Secretarios de Gobierno la prohibición se extiende al ámbito de todo el Sector Público Nacional definido en el artículo 8° de la Ley 24.156” (entendemos que la mención de los Secretarios de Gobierno en ambos supuestos obedece a un error que deberá ser rectificado en oportunidad del debate parlamentario).

Siguiendo la metodología del decreto 93/18, prohíbe la contratación de familiares de las autoridades políticas, independientemente de quién las efectúe, es decir que la restricción no se subsana con la mera abstención del funcionario en el proceso de designación de su pariente.

Sin embargo, a diferencia de aquella norma, aquí se segmenta la prohibición. En el caso de los funcionarios con rango y jerarquía de hasta Secretario de Gobierno⁽³⁴⁾ o máxima autoridad de un ente descentralizado, la circunscribe a la jurisdicción en la que estos se desempeñan. En cambio, cuando se trata de un familiar de un funcionario con rango de ministro o superior, la limitación alcanza a todo el Sector Público Nacional.

Extiende la regulación a los otros poderes del Estado al agregar que los familiares, en el grado antes expresado, de los senadores y diputados de la Nación, de los Auditores Generales de la Nación, del Defensor del Pueblo de la Nación y de los magistrados y secretarios del Poder Judicial de la Nación y del Ministerio Público de la Nación “... no podrán ser designados ni contratados, bajo ninguna modalidad, en sus respectivos ámbitos” (art. 7°).

Además, prevé la hipótesis de nepotismo “cruzado”, es decir, la designación de un familiar de un funcionario de

otra jurisdicción ante la promesa de que en aquella sea designado un familiar propio. En tal sentido señala: “La prohibición se extiende a cualquier tipo de designación recíproca que pueda darse en distintas jurisdicciones y organismos y que abarque a los sujetos mencionados en el artículo 6° y 7° de la presente Ley” (art. 8°).

Como excepción, el art. 9° excluye de la veda a “a. Las personas que se encontraran cumpliendo funciones públicas con carácter previo a la asunción de los funcionarios mencionados; b. Las personas cuya designación estuviese precedida de un concurso público de oposición y antecedentes u otro procedimiento establecido en la normativa aplicable, y que garantice la igualdad y la selección por mérito o idoneidad; c. Las personas que accedieran mediante procedimientos electorales”.

Al igual que la legislación boliviana, brasileña y uruguaya, regula el desempeño simultáneo de familiares en una misma repartición. En tal sentido, señala: “Un funcionario público no podrá encontrarse en una posición de supervisión directa respecto de una persona con la que posea un vínculo conyugal, de convivencia o de parentesco hasta el segundo grado en línea recta o colateral. De producirse esta situación, la autoridad competente dispondrá los traslados necesarios, sin que se perjudique la categoría de ningún funcionario” (art. 10).

Finalmente establece las consecuencias de vulnerar la prohibición: “Las designaciones y contrataciones efectuadas en infracción a lo dispuesto en el presente Título deberán ser declaradas nulas de nulidad absoluta y revocarse en sede administrativa, ello sin perjuicio de la validez de los actos realizados por el funcionario designado en ejercicio de su cargo y de la responsabilidad que corresponda a quienes las hubieran impulsado, efectuado o participado en ellas”.

Cabe señalar que, más allá de la regulación específica del nepotismo a la que se ha hecho referencia en los párrafos precedentes, en el Capítulo III del Título V (referido a los conflictos de intereses) el proyecto de ley mantiene el deber del funcionario –cualquiera sea su jerarquía– de abstenerse de intervenir en asuntos particulares relacionados a su cónyuge o conviviente, a familiares hasta el cuarto grado y segundo de afinidad y a aquellos con los que se posee un vínculo de amistad íntima (art. 33, incs. c) y f)), restricción actualmente contenida en el art. 2°, inc. i), de la ley 25.188, que remite a las causas de excusación del régimen procesal civil. Ello implica la imposibilidad de los funcionarios de participar de cualquier modo en el procedimiento de designación o contratación de tales personas.

5 Conclusiones

La prohibición del nepotismo resulta indispensable para preservar o restablecer la confianza de la ciudadanía en las instituciones, pues la designación de funcionarios prescindiendo de sus aptitudes y sin respetar la igualdad en el acceso a los cargos públicos debilita la credibilidad en las autoridades y en su búsqueda del bien común.

Como surge de la reseña precedente, la región ha tomado nota de esta necesidad y ha incluido disposiciones relacionadas a esta problemática en casi todas sus normas sobre ética o empleo público, aunque con diferente alcance y consecuencias.

Algunos países le han conferido tal trascendencia al tema que lo han considerado en sus constituciones. Tal es el caso de Colombia, Bolivia, Ecuador y Venezuela. En otros, en cambio, la regulación ha tenido lugar exclusivamente a nivel legal o reglamentario, formando parte de cuerpos normativos generales sobre ética o empleo público (como en Argentina, Chile y Uruguay) o bien de leyes o decretos específicos (Brasil, Paraguay, Perú y –recientemente– nuestro país a través del decreto 93/18).

Podemos encontrar distintos modos de abordar el nepotismo. Algunas naciones lo han hecho en forma genérica, sin contemplar específicamente los casos ni sus consecuencias (por ejemplo, Bolivia y Venezuela), lo que conspira contra la operatividad y eficacia del régimen. Por el contrario, otros sistemas normativos contienen un pormenorizado detalle de su alcance, así como de sus efectos, tanto disciplinarios como patrimoniales. Así, diversas regulaciones prevén la nulidad de las designaciones (Chile, Ecuador, Paraguay y Perú), la restitución de los salarios percibidos –respondiendo solidariamente el designado y quien lo nombró (Ecuador, Paraguay y Perú)–. Ello sin

perjuicio de las responsabilidades administrativas que pudieran corresponder (Chile y Ecuador), entre ellas, la destitución o exoneración de los infractores (Brasil y Ecuador) o la inhabilitación de hasta cinco años para ejercer cargos públicos (Paraguay).

La normativa rige respecto de los funcionarios públicos en general en Argentina, Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú, Uruguay y Venezuela. En otros países, en cambio, se aplica a cierto nivel de autoridades: tal es el caso de Brasil, Chile, Paraguay y –recientemente– la regulación aprobada en Argentina por decreto 93/18, que complementa las disposiciones contenidas en el Código y en la Ley de Ética Pública.

Por su parte, encontramos Estados en los que se prohíbe exclusivamente la designación (Código de Ética argentino), mientras que en otros se restringe no solo el nombramiento, sino la contratación (Chile y Ecuador) o incluso hasta la propuesta o intervención en el procedimiento (Brasil, Colombia, Paraguay y Perú). Finalmente, en ciertos casos se veda el simple desempeño simultáneo de familiares en una misma oficina o área de gobierno (como ocurre en Bolivia y Uruguay).

El análisis de las diversas regulaciones reseñadas nos permite concluir que un régimen sobre nepotismo completo, eficiente, pero respetuoso de las normas constitucionales (esto es, que no implique una irrazonable limitación del derecho a trabajar), debe prever:

- La delimitación concreta de los familiares que no pueden ser designados, con expresión del tipo y grado de parentesco.

- La prohibición de la designación o contratación de familiares, pero también de la propuesta, influencia o intervención en la designación o contratación.

- La prohibición de la promoción o mejora de la situación de revista de los familiares, así como de la propuesta, influencia o intervención en dicho trámite.

- Una regulación segmentada, más estricta para las altas autoridades, que contemple un mayor ámbito de aplicación (es decir, no solo la jurisdicción en la que se desempeñan, sino también el área a la que pueden extender su influencia).

- Consecuencias específicas ante una vulneración de la prohibición: nulidad de las designaciones, contrataciones o promociones; sanciones disciplinarias para quienes las han efectuado (suspensión, cesantía, exoneración e incluso inhabilitación), responsabilidad patrimonial solidaria entre el nombrado y quien lo designó (devolución de salarios o multas).

- Excepciones razonables y respetuosas de las garantías constitucionales (previo desempeño, acceso por concurso de oposición o antecedentes o acreditación de idoneidad de acuerdo a la modalidad requerida por el régimen propio de la designación o contratación).

- Posibilidad de abarcar supuestos de elusión del régimen: por ejemplo, designaciones cruzadas.

El régimen vigente en nuestro país –incluso luego del dictado del decreto 93/2018– resulta insuficiente. El art. 43 del Código de Ética⁽³⁵⁾ prevé solo la prohibición de “designar”, por lo que, para los funcionarios no alcanzados por el reciente decreto (es decir, aquellos con rango inferior a ministro), pareciera bastar su simple abstención en el procedimiento de nombramiento para sanear la irregularidad y que este tenga lugar. Por su parte, no define el grado de parentesco considerado relevante (refiere imprecisamente a “parientes y amigos”), no establece los modos de acreditar la idoneidad (excepción a la prohibición) ni especifica las consecuencias de infringir esta disposición. Finalmente, rige solo en el ámbito de la Administración Pública nacional.

Si bien el decreto 93/18 ha implicado una significativa mejora en los estándares éticos, tampoco establece claramente las consecuencias de la infracción y resulta aplicable solo a las altas autoridades.

En este contexto, resultaría saludable que una eventual reforma a la Ley de Ética Pública contemple los puntos precedentemente señalados, además de ampliar su ámbito de aplicación a los tres poderes del Estado, ya que el nepotismo está lejos de ser un problema que afecte exclusivamente al Poder Ejecutivo Nacional.

(35) Art. 43. “Nepotismo o favoritismo. El funcionario público no debe designar parientes o amigos para que presten servicios en la repartición a su cargo prescindiendo del requisito de idoneidad debidamente acreditado”.

Nacional, que abarca a cualquier organización estatal no empresarial, con autarquía financiera, personalidad jurídica y patrimonio propio, donde el Estado nacional tenga el control mayoritario del patrimonio o de la formación de las decisiones, incluyendo aquellas entidades públicas no estatales donde el Estado nacional tenga el control de las decisiones, Fondos Fiduciarios integrados total o mayoritariamente con bienes y/o fondos del Estado nacional, entidades de Derecho Privado sujetas a intervención Estatal y la Fundación Argentina para la Promoción de Inversiones y Comercio Internacional” (Anexo al art. II del decreto 93/18).

(33) INLEG 2019-13024451-APN-PTEA, disponible en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/proyecto_de_ley_de_etica_publica_0.pdf. Último acceso: 19-5-19.

(34) Salvo que –en oportunidad de corregirse el error de redacción del proyecto– se opte por incluir a estos funcionarios dentro de la prohibición de designación en todo el ámbito del Sector Público Nacional.

Sin perjuicio de ello, cualquier régimen que se apruebe –aun el más perfecto– deberá contar, para su real eficacia, con el compromiso de las altas autoridades en su implementación, así como con mecanismos e instituciones de control que impulsen el cese de los eventuales nombramientos irregulares y la sanción a los agentes responsables.

Consúltense los cuadros comparativos en www.elderecho.com.ar.

VOCES: DERECHO CONSTITUCIONAL - CONSTITUCIÓN NACIONAL - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - DERECHO POLÍTICO - ESTADO NACIONAL - DEMOCRACIA - PARTIDOS POLÍTICOS - ELECCIONES - EMPLEADOS PÚBLICOS - ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - DERECHO ADMINISTRATIVO - PODER EJECUTIVO - CONTRATO DE TRABAJO - ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS - PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

JURISPRUDENCIA

Corte Suprema de la Nación:

Competencia originaria: requisitos; no configuración; acción declarativa contra un ente recaudador local.

1 – La acción declarativa promovida por la actora contra la agencia de recaudación local accionada, por considerar que el procedimiento de determinación de deuda en concepto de impuesto sobre los ingresos brutos iniciado en su contra parte de una base imponible contraria a las previsiones contenidas en la ley 26.020, no corresponde a la instancia originaria de la Corte Suprema, pues, aun cuando la Provincia de Buenos Aires tiene interés directo en el pleito y –por ende– debe reconocérsele el carácter de parte sustancial, sin perjuicio de la autarquía que posee la demandada, el acto impugnado exige interpretar, aplicar y establecer el alcance de normas del Código Fiscal de la Provincia de Buenos Aires, cuestión en la que debe intervenir primeramente la justicia provincial.

2 – Dado que, para que una provincia sea tenida como parte y dar lugar a la competencia originaria de la Corte prevista en el art. 117 de la CN, es necesario que aquella, además de haber sido designada como parte o tercero por quien pretenda su intervención en el pleito (sentido nominal), revista la condición de parte sustancial, con el deber de concurrir ambas condiciones y no solamente una de ellas, cabe concluir que, en el caso, la acción declarativa interpuesta por el actor contra la agencia recaudadora local, en relación con el procedimiento de determinación de deuda en concepto de impuesto sobre los ingresos brutos iniciado contra él, no es de la competencia originaria de la Corte, pues la Provincia de Buenos Aires no ha sido nominalmente demandada. Ello es así, ya que la accionante ha manifestado en reiteradas ocasiones su voluntad de dirigir su demanda exclusivamente contra la mencionada agencia sin haber hecho referencia a la provincia como tal y, por otra parte, la capacidad del ente recaudador para estar en juicio o la intervención que pueda corresponder a la Provincia en condición de tercero son cuestiones que no han sido materia de recurso (del voto en disidencia del doctor ROSENKRANTZ).

3 – Cabe considerar que la acción declarativa promovida por la actora contra la agencia de recaudación local accionada, por considerar que el procedimiento de determinación de deuda en concepto de impuesto sobre los ingresos brutos iniciado en su contra parte de una base imponible contraria a las previsiones contenidas en la ley 26.020, corresponde a la competencia originaria de la Corte, no solo porque el Estado provincial es parte sustancial, sino además porque de los términos de la demanda se desprende que la accionante, como argumento principal, impugna la pretensión impositiva plasmada en la disposición delegada impugnada por ser contraria a una norma federal (ley 26.020) y a la Constitución Nacional (art. 75, incs. 18 y 19), razón por la cual cabe asignar esa naturaleza a la materia sobre la que versa el pleito (del dictamen de la PROCURADORA FISCAL). R.C.

1101 – CS, mayo 14-2019. – Dolores Gas S.A. y otro c. Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires s/proceso de conocimiento (CAF 14958/2012/1/RH1).

DICTAMEN DE LA PROCURADORA FISCAL ANTE LA CORTE: I. A fs. 234/235 de los autos principales (a los que corresponderán las siguientes citas), la Cámara Nacional

de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (sala III) resolvió confirmar el pronunciamiento de primera instancia en el que se había desestimado la excepción de incompetencia planteada por la Provincia de Buenos Aires ante el Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 2 para entender en los presentes actuados.

Para así decidir, el *a quo* tuvo en cuenta que se había iniciado una acción declarativa de inconstitucionalidad, en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, contra la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires (ARBA) ya que ésta le había iniciado un procedimiento de determinación de una deuda en el impuesto sobre los ingresos brutos partiendo de una base imponible que resultaba contraria a la ley 26.020 que aprobó el Régimen Regulatorio de la Industria y Comercialización de Gas Licuado de Petróleo.

A partir de ello entendió que lo que aquí se ponía en pugna con la normativa federal no era una norma local genérica sino un comportamiento concreto de ARBA vinculado con la gabela en cuestión. Así entonces, consideró aplicable al *sub lite* la doctrina de la Corte en los autos: CSJ 322/14 “Blanco Montajes S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de certeza”, sentencia del 23 de junio de 2015, pronunciamiento en el que el Tribunal se remitió a su decisión en la causa CSJ 774/11, “Masoero-Carmine SRL c/ Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires (ARBA) s/ medida cautelar”, sentencia del 20 de marzo de 2012, en la que el Tribunal sostuvo que ARBA: a) reviste la condición de entidad autárquica de derecho público; b) es la autoridad de aplicación del Código Fiscal, y c) que su representación legal la ejerce su Director Ejecutivo, por lo que no tuvo como parte sustancial en la litis a la Provincia de Buenos Aires y, en consecuencia, entendió que tampoco correspondía la competencia originaria del Tribunal para conocer en estos actuados.

II. Disconforme con ese pronunciamiento, la Provincia de Buenos Aires interpuso el recurso extraordinario federal de fs. 241/256 cuya denegación (v. fs. 268) motivó esta queja.

En primer lugar, postuló que la sentencia de la Cámara se basó en una errónea interpretación de los hechos, del derecho y de los precedentes de V.E. ya que el alcance que se otorgue al término “provincia” a la luz del art. 117 de la Constitución Nacional es definitorio tanto de la cuestión de competencia planteada como de la falta de legitimación pasiva invocada por la actora cuando desconoce que el Fiscal de Estado defiende a la Provincia con prescindencia de la autarquía reconocida a ARBA en el orden local.

Sostiene que la sentencia que ataca reviste el carácter de definitiva puesto que si esa decisión queda firme, perderá la posibilidad de acceder a la competencia originaria del Tribunal.

Por lo demás, plantea la existencia de una cuestión federal simple en virtud de que el tema central discutido en autos se centra en la adecuada interpretación del art. 117 de la Constitución Nacional.

Aduce, además, la existencia de gravedad institucional y denuncia que se encuentran afectados sus derechos de defensa y al juez natural (art. 18 de la Constitución Nacional). Asimismo, señala que el fallo recurrido desconoce las atribuciones del fiscal de Estado de la provincia para defender en juicio sus intereses fiscales (conf. arts. 5 y 155 de la Constitución Nacional y Provincial respectivamente), sin perjuicio de que también reconoce la autarquía que posee ARBA.

Por su parte, explica que ARBA es una forma de descentralización administrativa pública estatal y que, por lo tanto, conforme a la organización institucional de nuestro país, plasmada en la Constitución Nacional, es parte integrante de la Provincia de Buenos Aires, por lo que no puede ser considerada como un ente diferente e independiente de aquella, máxime cuando, en realidad, lo que está en juego es la afectación o no de los intereses fiscales de la Provincia, por lo que ésta, afirma, resulta parte sustancial en estos actuados.

En este punto, sostiene que la sentencia es arbitraria en cuanto en ella se determina que la pretensión de la actora conduce “únicamente” al examen de un “comportamiento concreto de ARBA”, desvinculado del esquema normativo provincial.

Discrepa con ese razonamiento a partir de que, en realidad, ARBA no sólo liquidó el impuesto sobre los ingre-

sos brutos sino que también definió el tratamiento fiscal que corresponde otorgar a la empresa sobre la base de la interpretación y aplicación de leyes locales y del alcance asignado a una ley federal. Esa conducta, afirma, afecta directamente a la Provincia de Buenos Aires, ya que de la validez de tal interpretación dependerá la plena vigencia y aplicación en el caso de las normas dictadas por su legislación y la puntual recaudación de un tributo local.

Con sustento en todo lo anterior, concluye que, al vincularse el objeto de la demanda con la determinación de la potestad tributaria de la provincia y la obligación fiscal de la contribuyente (aspectos que exceden los inherentes a la función de recaudación asignada a ARBA), la Provincia de Buenos Aires posee un interés sustancial en estos actuados, y es por ello que corresponde que aquí intervenga la Corte en su instancia originaria.

III. En cuanto al carácter de la decisión apelada, V.E. ha sostenido que las resoluciones referidas a la competencia de los tribunales no autorizan, en principio, la apertura de la instancia extraordinaria a los fines del recurso previsto en el art. 14 de la ley 48, salvo que medie denegación del fuero federal u otras circunstancias excepcionales que permitan equiparar esos interlocutorios a pronunciamientos definitivos (conf. doctrina de Fallos: 310:169, 1425, 2214; 311:1232 y 2701), entre ellas, que la decisión atacada desconozca un específico privilegio federal (Fallos: 326:1663; 329:2212 y 330:1895).

A mi modo de ver, en el *sub lite* se configura el último de estos supuestos, en la medida en que lo decidido en el pronunciamiento atacado obsta el privilegio que le asiste a la provincia a la competencia originaria de la Corte. En tales condiciones, entiendo que aquí se configura el supuesto previsto en el inc. 3° del art. 14 de la ley 48, antecedente que da lugar a la admisibilidad del recurso extraordinario deducido.

IV. Respecto del fondo del asunto, estimo necesario examinar cuál es –en este caso– la autoridad que efectivamente tiene interés directo en el pleito y, por ende, la aptitud de cumplir con el mandato restitutorio del derecho que se denuncia como violado en el supuesto de admitirse la demanda (conf. Fallos: 332:1422).

Sentado ello, pienso que estaremos en condiciones de determinar si aquí corresponde la competencia originaria del Tribunal.

A esos efectos, deberá atenderse de modo principal a la exposición de los hechos de la demanda de acuerdo con lo previsto en los arts. 4° y 5° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y la doctrina de Fallos: 306:1056; 330:147 y 811, entre muchos otros.

De la demanda se desprende que la actora cuestiona la disposición delegada (GR) 2479, de fecha 27 de mayo de 2010, por medio de la cual ARBA le inicia la determinación de una deuda en concepto de impuesto sobre los ingresos brutos por la actividad económica que realiza en el mercado del gas licuado de petróleo. En relación con el mencionado acto, la quejosa señala que “desconoce la operatividad, vigencia y aplicabilidad respecto de la Provincia de Buenos Aires de la ley federal 26.020 (arts. 48 y 51)” y “pretende gravar la totalidad de las sumas respecto de las cuales puede contar con derecho al cobro, pese a las expresas disposiciones de la ley 26.020, que dispone, teniendo en cuenta las particularidades del mercado, que los ingresos que pueden gravarse con el impuesto sobre los ingresos brutos en las actividades de distribución y comercialización, son los que corresponde gravar en los casos de consignación e intermediación y, en consecuencia, surgen de la diferencia entre los precios de compra y venta” (ver fs. 2 de la demanda).

Frente a tales circunstancias, observo que, más allá de que la presente acción tenga su origen en el cuestionamiento de un acto administrativo de naturaleza local, lo medular del planteo exige esencial e ineludiblemente determinar si es legítima la forma en que la Provincia de Buenos Aires grava con el impuesto sobre los ingresos brutos las actividades de distribución y comercialización de gas licuado de petróleo que realiza la empresa, a la luz de lo exigido por la ley federal 26.020; y, como consecuencia de lo anterior, si esa pretensión tributaria (sostenida en las normas del Código Fiscal provincial) invade un ámbito que es propio de la Nación.

En tales condiciones, pienso que le asiste razón a la recurrente en cuanto la Provincia de Buenos Aires tiene interés directo en el pleito y se le debe reconocer el carácter

de parte sustancial. Ello así, puesto que el objeto de la pretensión se vincula con la potestad tributaria de la provincia y la obligación tributaria de la recurrente, aspectos que exceden los inherentes a la función de recaudación asignada al órgano de la administración fiscal, sin perjuicio de la autarquía que posee ARBA (conf. Fallos: 332:1422; 333:1446).

Por lo demás, entiendo que la presente causa corresponde a la competencia originaria del Tribunal no solo porque la Provincia de Buenos Aires es parte sustancial en el pleito, sino además porque de los términos de la demanda se desprende que la actora impugna la pretensión impositiva provincial por ser contraria a una norma federal (ley 26.020), y a la Constitución Nacional (artículo 75, incisos 18 y 19), como argumento principal, razón por la cual cabe asignar esa naturaleza a la materia sobre la que versa el pleito. Es evidente para mí que lo medular del planteo aquí esgrimido remitirá necesariamente a desentrañar el sentido y alcance de los referidos preceptos federales, cuya adecuada hermenéutica resultará esencial para la solución de la controversia y permitirá apreciar si existe la violación constitucional que se invoca (conf. Fallos: 211:1162; 311:2154; 318:30 y, más recientemente, O.230, L.XLIX, “Oroplata S.A. c/ Santa Cruz, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, sentencia del 11 de noviembre de 2014, entre otros).

V. Por lo expuesto, opino que corresponde declarar mal denegado el recurso extraordinario, hacer lugar a la queja y revocar la sentencia. Buenos Aires, 13 de mayo de 2016. – Laura M. Monti.

Buenos Aires, 14 de mayo de 2019

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la Provincia de Buenos Aires en la causa Dolores Gas SA y otro c/ Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires s/ proceso de conocimiento”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que contra la sentencia de la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal que, al confirmar el pronunciamiento de primera instancia, rechazó la excepción de incompetencia opuesta por la Provincia de Buenos Aires, esta parte interpuso recurso extraordinario federal que, al ser denegado, dio origen a la presente queja.

2º) Que para así decidir, el tribunal *a quo* destacó que la parte actora había promovido una acción declarativa de inconstitucionalidad –en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación– contra la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires (ARBA), en virtud del procedimiento de determinación de deuda en concepto de impuesto sobre los ingresos brutos iniciado en su contra –disposición delegada (GR) 2479/10–, partiendo de una base imponible que resultaría contraria a las previsiones contenidas en la ley 26.020, que aprobó el Régimen Regulatorio de la Industria y Comercialización de Gas Licuado de Petróleo.

En ese contexto, consideró que no cabía tener a la Provincia de Buenos Aires como parte sustancial en la litis, pues lo que se encontraría en pugna con el régimen federal citado no es una norma provincial genérica, sino un comportamiento concreto de ARBA, razón por la cual concluyó que este pleito no corresponde a la competencia originaria de esta Corte.

3º) Que aun cuando el pronunciamiento recurrido resuelve una cuestión de competencia y que no media, dada la solución establecida, denegación del fuero federal, se verifica una circunstancia excepcional que permite equiparar dicha resolución interlocutoria a una sentencia definitiva (doctrina de Fallos: 315:66; 320:2193), puesto que la decisión atacada afecta, de manera no susceptible de reparación ulterior, una específica prerrogativa o privilegio federal (Fallos: 312:542; 314:1368; 324:833 y 325:2960).

Ello es así, toda vez que la resolución impugnada priva a la Provincia de Buenos Aires –con fundamentos de carácter procesal y en contra de su voluntad expresa– de litigar ante la jurisdicción originaria de este Tribunal, prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional.

4º) Que la señora Procuradora Fiscal opina que el proceso corresponde a la competencia originaria de esta Corte no solo porque el Estado provincial es parte sustancial,

sino además porque de los términos de la demanda se desprende que la actora, como argumento principal, impugna la pretensión impositiva plasmada en la disposición delegada (GR) 2479/10 por ser contraria a una norma federal (ley 26.020), y a la Constitución Nacional (art. 75, incs. 18 y 19), razón por la cual cabe asignar esa naturaleza a la materia sobre la que versa el pleito.

5º) Que en virtud de lo decidido por esta Corte en los precedentes de Fallos: 332:1422 y 333:1446, entre otros, a cuyos fundamentos y conclusión corresponde remitir en razón de brevedad, como el objeto de la pretensión se vincula con la potestad y la obligación tributaria, que son aspectos que exceden los inherentes a la función de recaudación asignada al órgano de la administración fiscal, cabe concluir que la Provincia de Buenos Aires tiene interés directo en el pleito, y que –por ende– debe reconocérsele el carácter de parte sustancial, sin perjuicio de la autarquía que posee ARBA.

6º) Que no obstante ello, cabe recordar que la apertura de la jurisdicción originaria en razón de la materia solo procede cuando la acción entablada se funda directa y exclusivamente en prescripciones constitucionales de carácter nacional, leyes del Congreso, o tratados, de tal suerte que la cuestión federal sea la predominante en la causa (Fallos: 311:1588; 315:448; 322:1470, entre muchos otros).

Por lo tanto, quedan excluidos de dicha instancia aquellos procesos en los que también se planteen cuestiones de índole local que traigan aparejada la necesidad de hacer mérito de estas o que requieran para su solución la aplicación de normas de esa naturaleza o el examen o revisión en sentido estricto de actos administrativos de las autoridades provinciales, legislativos o judiciales de carácter local (Fallos: 245:104; 311:1597; 319:2527; 329:937, entre muchos otros), ya que el respeto de las autonomías provinciales requiere que se reserve a sus jueces el conocimiento y decisión de las causas que versan sobre cuestiones propias del derecho provincial.

7º) Que en el *sub lite* se configura la situación descripta en el segundo párrafo del considerando precedente, dado que el planteo efectuado exige, de manera ineludible, interpretar, aplicar y establecer el alcance del art. 165, inc. a, del Código Fiscal de la Provincia de Buenos Aires (t.o. 2004).

En efecto, es la actora quien reconoce que la citada disposición de derecho público local, en tanto regulaba supuestos análogos durante los períodos que fueron objeto de determinación, resulta de “aplicación inevitable” al caso, en la medida en que establecía que: “La base imponible estará constituida por la diferencia entre los precios de compra y de venta en los siguientes casos: a) Comercialización de combustibles derivados del petróleo, con precio oficial de venta, excepto productores...”, y que el GLP que distribuye –según esgrime– posee un precio determinado oficialmente (ver apartados 24 y 36, segundo párrafo, del escrito inicial, fs. 1/20 de los autos principales).

En consecuencia, solo a partir del resultado que se obtenga de dicha labor hermenéutica correspondería, eventualmente, determinar el verdadero alcance de la norma federal que se pretende hacer valer, sobre cuya base se solicita que se declare –en igual sentido a lo previsto en la disposición local transcripta– que los únicos ingresos que pueden gravarse con el impuesto provincial son los que surgen de la diferencia entre los precios de compra y de venta del producto.

8º) Que es preciso indicar que dicho examen de la norma local hace aplicable la tradicional doctrina establecida por este Tribunal, frente a procesos que se pretenden radicar ante su jurisdicción originaria prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional, según la cual si se sostiene que la ley, el decreto, etc., son violatorios de las instituciones provinciales y nacionales debe irse primeramente ante los estrados de la justicia provincial, y en su caso, llegar a esta Corte por el recurso extraordinario del art. 14 de la ley 48.

En esas condiciones se guardan los legítimos fueros de las entidades que integran el gobierno federal, dentro de su normal jerarquía; pues carece de objeto llevar a la justicia nacional una ley o un decreto que, en sus efectos, pudieron ser rectificadas por la magistratura local (Fallos: 289:144; 292:625; 311:1588, causa “La Independencia Sociedad Anónima de Transportes”, Fallos: 329:783).

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se declara procedente la queja, formalmente admisible el recurso

extraordinario y se revoca la decisión apelada con el alcance indicado en este pronunciamiento. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Agréguese la queja al principal y reintégrese el depósito de fs. 43. Notifíquese y, oportunamente, remítase. – Elena I. Highton de Nolasco. – Juan C. Maqueda. – Ricardo L. Lorenzetti. – Horacio Rosatti. – Carlos F. Rosenkrantz (en disidencia).

DISIDENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ

Considerando:

1º) Que contra la sentencia de la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal que, al confirmar el pronunciamiento de primera instancia, rechazó la excepción de incompetencia opuesta por la Provincia de Buenos Aires, esta parte interpuso recurso extraordinario federal que, al ser denegado, dio origen a la presente queja.

2º) Que para así decidir, el tribunal *a quo* destacó que la parte actora había promovido una acción declarativa de inconstitucionalidad –en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación– contra la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires (ARBA), en virtud del procedimiento de determinación de deuda en concepto de impuesto sobre los ingresos brutos iniciado en su contra –disposición delegada (GR) 2479/10–, partiendo de una base imponible que resultaría contraria a las previsiones contenidas en la ley 26.020, que aprobó el Régimen Regulatorio de la Industria y Comercialización de Gas Licuado de Petróleo.

En ese contexto, consideró que no cabía tener a la Provincia de Buenos Aires como parte sustancial en la litis, pues lo que se encontraría en pugna con el régimen federal citado no es una norma provincial genérica, sino un comportamiento concreto de ARBA, razón por la cual concluyó que este pleito no corresponde a la competencia originaria de esta Corte.

3º) Que aun cuando el pronunciamiento recurrido resuelve una cuestión de competencia y que no media, dada la solución establecida, denegación del fuero federal, se verifica una circunstancia excepcional que permite equiparar dicha resolución interlocutoria a una sentencia definitiva (doctrina de Fallos: 315:66; 320:2193), puesto que la decisión atacada afecta, de manera no susceptible de reparación ulterior, una específica prerrogativa o privilegio federal (Fallos: 312:542; 314:1368; 324:833 y 325:2960).

Ello es así, toda vez que la resolución impugnada priva a la Provincia de Buenos Aires –con fundamentos de carácter procesal y en contra de su voluntad expresa– de litigar ante la jurisdicción originaria de este Tribunal, prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional.

4º) Que la señora Procuradora Fiscal opina que el proceso corresponde a la competencia originaria de esta Corte no solo porque el Estado provincial es parte sustancial, sino además porque de los términos de la demanda se desprende que la actora, como argumento principal, impugna la pretensión impositiva plasmada en la disposición delegada (GR) 2479/10 por ser contraria a una norma federal (ley 26.020), y a la Constitución Nacional (art. 75, incs. 18 y 19), razón por la cual cabe asignar esa naturaleza a la materia sobre la que versa el pleito.

5º) Que una provincia no puede ser tenida como parte y dar lugar, en consecuencia, a la competencia originaria de la Corte prevista en el art. 117 de la Constitución, si no se demuestra que ella participa nominalmente en el pleito –ya sea como actora o demandada o tercero– y sustancialmente, es decir, que tenga un interés directo en el litigio, de tal manera que la sentencia que se dicte le resulte obligatoria (Fallos: 330:5095 y sus citas, entre muchos otros).

La regla que se acaba de recordar, seguida de manera constante por el Tribunal, establece que para la habilitación de su competencia originaria es necesario que la provincia en cuestión, además de haber sido designada como parte o tercero por quien pretenda su intervención en el pleito (sentido nominal), revista la condición de parte sustancial. Es decir, han de concurrir ambas condiciones y no solamente una de ellas.

6º) Que en el caso la Provincia de Buenos Aires no ha sido nominalmente demandada. La parte actora ha manifestado en reiteradas ocasiones su voluntad de dirigir su

demanda exclusivamente contra la Agencia de Recaudación de la Provincia (ARBA) pero no ha hecho referencia alguna para dirigirla contra la Provincia de Buenos Aires como tal. Ello resulta manifiesto no solamente de su conducta procesal consistente en haber presentado la demanda ante un juez federal de primera instancia, sino de concretas y repetidas manifestaciones hechas en el expediente (cfr. fs. 1/20 vta., 167/174 vta., 214/220 vta. y 259/266 vta. —especialmente punto IV.B—). Por otro lado, la capacidad de ARBA para estar en juicio, o la intervención que pueda corresponder a la provincia en condición de tercero, son cuestiones que no han sido materia de recurso.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja y al recurso extraordinario y se confirma la sentencia. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Agréguese la queja al principal y reintégrese el depósito de fs. 43. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. — Carlos F. Rosenkrantz.

Fuerzas Armadas y de Seguridad: Ejército Argentino: personal en actividad; remuneración; determinación; suplementos “por responsabilidad jerárquica” y “por administración del material”; carácter; decreto 1305/12.

1 — Los suplementos “por responsabilidad jerárquica” y “por administración del material” creados por el decreto 1305/12 como particulares no reúnen en la práctica ninguna de las características mencionadas en el art. 57 de la ley 19.101 para ser considerados como tales, sino que comportan, lisa y llanamente, un aumento en la remuneración de la generalidad del personal militar en actividad. En tales condiciones, procede calificar ese aumento como remunerativo y computarlo en la base para el cálculo de todos aquellos suplementos que, conforme a la reglamentación, se determinen como un porcentaje del “haber mensual”, pues este concepto, al identificarse con el “sueldo”, engloba todas las sumas que comporten un aumento generalizado de remuneraciones.

2 — Por extensas que se juzguen las atribuciones conferidas en la ley 19.101 al Poder Ejecutivo para determinar la composición del haber mensual y el monto de los suplementos que lo complementan, ellas no le alcanzan para transformar la remuneración principal en accesoria, ni las remuneraciones accesorias en lo principal, mediante el simple arbitrio de designar a una parte sustancial de la retribución que regularmente percibe la generalidad del personal en contraprestación de sus servicios militares como ajena al haber o sueldo de este.

3 — Al haber quedado demostrado que los suplementos particulares creados por el decreto 1305/12 se liquidan, en los hechos, con carácter general, cabe concluir que, en virtud de lo previsto en el art. 54 de la ley 19.101, deben ser incorporados al rubro “sueldo”. Sin que obste a esta conclusión la denominación dada a esos suplementos al momento de su creación por el citado decreto, toda vez que este no puede modificar ni desconocer lo establecido en normas superiores que en este punto disponen claramente cómo deben acordarse los aumentos a los militares en servicio activo (del voto del doctor ROSENKRANTZ).

4 — La discrecionalidad concedida al Poder Ejecutivo en materia de remuneraciones tiene los límites fijados por la propia ley 19.101 en sus arts. 53 y 54, que, respectivamente, establecen que integran el haber mensual la suma de aquellos conceptos que perciba la generalidad del personal militar en actividad y que cualquier asignación que revista carácter general se acordará, en todos los casos, con el concepto de sueldo (del voto del doctor ROSENKRANTZ). R.C.

1102 — CS, mayo 21-2019. — S., C. E. y otros c. Estado Nacional —Ministerio de Defensa— Ejército s/Personal Militar y Civil de las FF.AA. y de Seguridad (CAF 46478/2013/1/RH1).

Buenos Aires, 21 de mayo de 2019

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la parte demandada en la causa S., C. E. y otros c/ EN —M. Defensa— Ejército s/ Personal Militar y Civil de las FF.AA. y de Seg.”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que los agravios del recurrente reciben adecuada respuesta en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal, al que corresponde remitir por razones de brevedad.

Que, en efecto, de acuerdo a lo expuesto en el dictamen, los suplementos mencionados no reúnen en la práctica ninguna de las características mencionadas en el art. 57 de la ley 19.101 para ser considerados suplementos particulares, sino que comportan lisa y llanamente un aumento en la remuneración de la generalidad del personal militar en actividad. En tales condiciones, procede calificar ese aumento como remunerativo y computarlo en la base para el cálculo de todos aquellos suplementos que, conforme a la reglamentación, se determinen como un porcentaje del “haber mensual”, pues este concepto, al identificarse con el “sueldo”, esto es, con la asignación mensual que corresponde a cada grado de la jerarquía militar (conf. arts. 2401 y 2403 del decreto 1081/1973), engloba a todas las sumas que comporten un aumento generalizado de remuneraciones. Máxime cuando, como ocurre en el caso, el art. 54 de la ley 19.101 prevé que cualquier “asignación que en el futuro resulte necesario otorgar al personal en actividad (...) cuando dicha asignación revista carácter general, se acordará, en todos los casos, con el concepto de ‘sueldo’”.

Que a lo expresado se suma la circunstancia de que en el decreto 1305/2012, el “suplemento por responsabilidad jerárquica” fue fijado entre un 60,74 % del haber mensual asignado al grado mínimo del personal militar de las fuerzas armadas, y un 145,78 % del haber mensual correspondiente al grado máximo; mientras que el “suplemento por administración del material” fue establecido entre un 54,67 % y un 131,20 % de tales haberes mensuales. Se advierte que las retribuciones así previstas no son meramente sumas accesorias o adicionales, sino que representan una parte sustancial de la remuneración, lo que, unido al carácter general con que fueron establecidas, conduce también a reconocerles características similares al concepto “sueldo”.

Ello es así, pues esta Corte, en el precedente de Fallos: 322:1868 declaró que “por extensas que se juzguen las atribuciones conferidas en la ley 19.101 al Poder Ejecutivo para determinar la composición del haber mensual y el monto de los suplementos que lo complementan, ellas no le alcanzan para transformar la remuneración principal en accesoria, ni las remuneraciones accesorias en lo principal, mediante el simple arbitrio de designar a una parte sustancial de la retribución que regularmente percibe la generalidad del personal en contraprestación de sus servicios militares como ajena al haber o ‘sueldo’ de éste”.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia. Con costas. Exímase al recurrente de integrar el depósito cuyo pago se encuentra diferido a fs. 53. Agréguese la queja al principal, notifíquese y, oportunamente, remítase. — Elena I. Highton de Nolasco. — Juan C. Maqueda. — Ricardo L. Lorenzetti. — Horacio Rosatti. — Carlos F. Rosenkrantz (por su voto).

VOTO DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ

Considerando que:

1º) La señora juez a cargo del Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal n° 12 hizo lugar a la demanda planteada en contra del Estado Nacional por varios efectivos en actividad del Ejército Argentino, declaró que los suplementos particulares creados por el decreto 1305/2012 tenían carácter remunerativo y bonificable, y ordenó el pago de las sumas que resultarían de la liquidación a practicarse, con intereses a la tasa pasiva del Banco Central de la República Argentina.

2º) La Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó dicha resolución. Para así decidir, consideró acreditado en la causa que, en la mayoría de los grados, la totalidad o casi totalidad del personal en actividad cobraba alguno de los suplementos creados por el decreto 1305/2012 y que quienes no lo percibían eran compensados con la suma fija prevista en el artículo 5º de dicho reglamento. Destacó que en el caso se verificaban las características fijadas por la Corte en el precedente “Bovari de Díaz” (Fallos: 323:1048) para que un suplemento sea considerado de naturaleza general, razón por la cual tenían carácter remun-

nerativo. Agregó que el carácter general y permanente de los incrementos fijados por el decreto 1305/2012 implicaba que los suplementos también tenían carácter bonificable y que, por ello, debían ser incluidos en el concepto “sueldo” en función de lo previsto en los artículos 54 y 55 de la ley 19.101.

3º) Contra esa decisión, el Estado Nacional interpuso recurso extraordinario, cuya denegación dio origen a la queja en examen.

La demandada se agravia pues entiende que la prueba no demuestra la generalidad atribuida a los suplementos creados por el decreto 1305/2012. Sostiene que dichos suplementos no tuvieron por finalidad un aumento mínimo en la remuneración de todo el personal militar en actividad. Agrega que la afirmación de la cámara contradice el texto de la norma reglamentaria, que limitó su percepción al 35 % de los integrantes de toda la fuerza y al mismo porcentaje de cada grado. Señala, en este sentido, que en el caso no están reunidos los requisitos establecidos en el precedente “Bovari de Díaz” (Fallos: 323:1048) para que las asignaciones sean incluidas en el concepto sueldo. Y sostiene que los suplementos solo son percibidos por quienes cumplen con los requisitos específicos fijados en el decreto cuestionado.

Por otro lado, afirma que la cámara ha interpretado erróneamente la finalidad de la suma fija prevista en el artículo 5º del decreto 1305/2012 pues ella no depende del cobro de los suplementos creados por el mismo decreto. Sostiene que fue prevista para que el nuevo haber resultante de la aplicación del decreto no sea menor al que percibía el agente bajo el régimen anterior.

4º) Tal como lo destaca la señora Procuradora Fiscal en su dictamen, lo que se encuentra en discusión en este pleito es el encuadre legal de los suplementos creados por el decreto 1305/2012 y sus modificatorios a la luz de los criterios sentados por esta Corte en el mencionado antecedente jurisprudencial. En tales términos, el recurso extraordinario interpuesto es formalmente admisible toda vez que se hallan en juego la interpretación y aplicación de normas de carácter federal (ley 19.101 y decreto 1305/2012, con sus modificaciones) y la decisión del superior tribunal de la causa ha sido contraria a las pretensiones que la demandada funda en ellas.

5º) El decreto 1305/2012 modificó la composición de los haberes del personal militar en actividad.

En lo que aquí importa, sustituyó los suplementos particulares “por responsabilidad de cargo o función” y “por mayor exigencia de vestuario” previstos en la reglamentación de la ley 19.101 por los suplementos “por responsabilidad jerárquica” y “por administración del material”. Estableció, además, que los nuevos suplementos tenían carácter particular y que el cobro de uno de ellos era excluyente del otro.

En lo que se refiere al suplemento “por responsabilidad jerárquica”, el decreto estableció que correspondía su cobro al personal que tuviera responsabilidades directas en la conducción del personal. Fijó los coeficientes para calcularlo en cada uno de los grados del escalafón (del 0,6074 al 1,4578 sobre el haber mensual). Dispuso también que podían cobrar el suplemento hasta el 35 % de los efectivos de cada fuerza y que no podía excederse ese porcentaje en el total de efectivos de un mismo grado.

En cuanto al suplemento “por administración del material”, el decreto determinó que correspondía su cobro al personal que tuviera una función que implicara administrar material. Fijó los coeficientes para calcularlo en cada uno de los grados (del 0,5467 sobre el haber mensual en el grado más bajo al 1,3120 en el más alto). Estableció además que podían cobrar el suplemento hasta el 55 % del personal de cada fuerza, porcentaje que no debía ser superado dentro de un mismo grado.

Por último, el decreto en cuestión suprimió los adicionales transitorios previstos en los decretos 1104/2005 y siguientes y dispuso el pago de una suma fija transitoria para los efectivos cuya retribución mensual bruta hubiera quedado reducida por aplicación de todas las modificaciones realizadas. Esa suma no podía ser aumentada y debía permanecer fija hasta ser absorbida por cualquier incremento en la remuneración, incluso por ascenso de grado.

6º) Los decretos 245/2013, 855/2013 y 614/2014 introdujeron diversos cambios en el nuevo esquema salarial aprobado por el decreto 1305/2012.

El primero de ellos eliminó el límite del 35 % del total de efectivos de un mismo grado que podrían percibir el suplemento “por responsabilidad jerárquica”, aunque aclaró que no podía generalizarse por grado. Y elevó al 70 % el porcentaje de los efectivos de un mismo grado a los que podía asignarse el suplemento “por administración del material”. El segundo decreto convirtió la suma fija transitoria creada por el decreto 1305/2012 en una suma fija permanente, no remunerativa ni bonificable. El tercer decreto sustituyó los coeficientes para el cálculo de los suplementos (que pasaron a ser del 1,0125 a 0,4515 sobre el haber mensual, según el grado, para el suplemento “por responsabilidad jerárquica” y del 0,9011 a 0,3975, según el grado, para el suplemento “por administración del material”).

Finalmente, la resolución 171-E/2017 del Ministerio de Defensa (ratificada por el decreto 475/2017) y la resolución conjunta 2-E/2018 (modificada por la resolución conjunta 3-E/2018), ambas posteriores a la sentencia de cámara, actualizaron los haberes de las fuerzas armadas y modificaron los coeficientes de los suplementos creados por el decreto 1305/2012. Así, en el suplemento “por responsabilidad jerárquica” el coeficiente quedó fijado en un 0,4072 sobre el haber mensual para el grado más alto y 0,3193 para el más bajo. Los coeficientes del suplemento “por administración del material” quedaron en un 0,3676 para el grado más alto y 0,3054 para el más bajo.

7º) La cuestión debatida en esta causa consiste en determinar si las asignaciones previstas en el decreto 1305/2012 fueron creadas u otorgadas con carácter general al personal en actividad de las Fuerzas Armadas y, por lo tanto, si deben considerarse como acordadas en concepto de sueldo. Esta decisión requiere un cuidadoso examen de la Ley para el Personal Militar (19.101), que regula el régimen salarial de las Fuerzas Armadas y delimita las competencias del Poder Ejecutivo en esa materia.

8º) La ley 19.101 otorgó al Poder Ejecutivo Nacional importantes atribuciones reglamentarias respecto de los haberes del personal en actividad de las fuerzas armadas. Entre otras medidas, esta ley faculta al Poder Ejecutivo a: a) crear asignaciones que integran la remuneración del personal en actividad y en especial suplementos particulares diferentes a los que prevé la ley (artículos 53 y 57); b) fijar los coeficientes para el cálculo de los haberes mensuales de los grados inferiores a Teniente General, Almirante o Brigadier General (artículo 53 bis, segundo párrafo); c) determinar los montos y la forma de cálculo de los suplementos generales (artículo 56); y d) establecer la forma y condiciones para el cobro de las compensaciones (artículo 58). La amplitud de tales atribuciones es una derivación consistente con las competencias que la Constitución le otorga al Presidente como Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas (artículo 99, incisos 12 y 14).

Las atribuciones reglamentarias concedidas por la ley 19.101 son particularmente extensas en el caso de los suplementos particulares. En efecto, el artículo 57, inciso 4º, de la ley 19.101 establece que el Poder Ejecutivo Nacional puede crearlos “... en razón de las exigencias a que se vea sometido el personal como consecuencia de la evolución técnica de los medios que equipan a las fuerzas armadas, o por otros conceptos”.

La discrecionalidad concedida al Poder Ejecutivo en materia de remuneraciones, sin embargo, tiene los límites fijados por la propia ley 19.101. El tercer párrafo del artículo 53 de la ley establece que integran el “haber mensual” (equivalente a sueldo según la reglamentación) “[l]a suma de aquellos conceptos que perciba la generalidad del personal militar en actividad”. En el mismo sentido, el artículo 54 dispone que “[c]ualquier asignación que en el futuro resulte necesario otorgar al personal en actividad, de acuerdo con lo establecido en este capítulo de la ley, cuando dicha asignación revista carácter general se acordará, en todos los casos, con el concepto de ‘sueldo’...” (énfasis agregado).

9º) Esta Corte ha determinado que un suplemento reviste carácter general a los efectos del artículo 54 de la ley 19.101 cuando es otorgado a los militares en actividad por el mero hecho de serlo, sin que sea necesario para su cobro desempeñarse en alguna función específica o que se presente una situación de hecho particular. Esa determinación puede surgir de la propia norma de creación del suplemento en cuestión o bien de la forma en que cada

una de las fuerzas armadas lo liquida entre el personal en actividad (ver en este sentido, doctrina del precedente “Bovari de Díaz” citado).

10) De acuerdo con el primero de los criterios enunciados precedentemente, para que un suplemento revista carácter general en los términos del artículo 54 de la ley 19.101 es menester que la norma de creación lo haya otorgado a la totalidad de los militares en actividad con independencia de si cumplen una determinada función. En el caso, el decreto 1305/2012 explícitamente otorga a los suplementos “por responsabilidad jerárquica” y “por administración del material” carácter particular. La norma también delimita los presupuestos de hecho para su percepción. Por lo tanto, bajo esta pauta los suplementos en cuestión no revisten carácter general.

11) En lo que respecta al segundo de los criterios mencionados, la determinación de si un suplemento creado como particular reviste carácter general por el modo en que cada fuerza lo liquida a su personal depende de una circunstancia de hecho que debe ser probada en el expediente.

En el presente caso, de los informes presentados por la Contaduría General del Ejército surge que en casi todos los grados la proporción del personal en actividad que no cobra ninguno de los suplementos va del 0 % al 2 %. Solo en los dos grados más bajos del escalafón aumenta la proporción de personal activo que no percibe ninguno de los suplementos creados por el decreto 1305/2012: 35 % en el supuesto de los soldados voluntarios y 11 % en el de los soldados voluntarios de primera.

12) Los extremos que surgen de la prueba mencionada en el punto anterior constituyen una fuerte razón para pensar que, si bien los suplementos en cuestión fueron creados como particulares, en realidad se liquidaron a la generalidad de los efectivos del Ejército por el mero hecho de ser personal militar en actividad, sin atender al cumplimiento de cierta función o circunstancia específica.

Dado que hay una fuerte razón para considerar que los suplementos particulares eran liquidados con carácter general a un alto porcentaje de efectivos, correspondía al Estado Nacional acreditar que dichos suplementos no debían integrar el rubro sueldo porque su percepción dependía del cumplimiento de una función determinada y no del mero hecho de ser militar en actividad. Este último extremo, de haberse configurado, podía fácilmente ser acreditado por la demandada mediante el simple expediente de presentar los informes pertinentes. El Estado, sin embargo, no lo hizo.

En efecto, en el informe presentado en la causa el Ejército se limitó a señalar que “[e]n general, las causas para la no percepción [de alguno de los suplementos] son: personal impedido legalmente, personal en uso de licencia especial extraordinari[a] o en disponibilidad por períodos iguales o superiores a 30 días corridos o en situación de pasiva, el personal que por razones de orden jurídico se vea impedido de desempeñar cargos, cualquier otra circunstancia por la cual deje de desempeñar el cargo por período de igual o superior a 30 días corridos” (ver fs. 98 y 99). De este informe no surge que existan efectivos en actividad que prestan servicios en el país excluidos del cobro de los suplementos en virtud de no satisfacer las circunstancias particulares a las que se encuentra sujeta su concesión. Por el contrario, el informe solo muestra que están excluidos del cobro quienes por diversos motivos no ejercen cargo alguno dentro de la fuerza.

Consecuentemente, en el caso debe tenerse por demostrado que los suplementos particulares creados por el decreto 1305/2012 se liquidan, en los hechos, con carácter general. Por ello, en virtud de lo previsto en el artículo 54 de la ley 19.101, deben ser incorporados al rubro “sueldo”. No cambia esta conclusión la denominación dada a esos suplementos al momento de su creación por el decreto 1305/2012 toda vez que el decreto de creación no puede modificar ni desconocer lo establecido en normas superiores que en este punto disponen claramente cómo deben acordarse los aumentos a los militares en servicio activo (conf. Fallos: 312:802, “Susperreguy”, considerando 8º).

13) Lo expuesto en el punto anterior se ve reforzado por la significación económica que los suplementos creados por el decreto 1305/2012 tienen sobre la totalidad de la remuneración del personal en actividad.

En efecto, tal como surge de los considerandos 5º y 6º del presente, en un inicio el suplemento “por responsabilidad jerárquica” fue fijado entre un 60,74 % del haber mensual para el grado más bajo y un 145,78 % para el más alto, y el suplemento “por administración del material” fue establecido entre un 54,67 % para el grado más bajo y un 131,20 % de tales haberes mensuales para el más alto. Con las últimas modificaciones normativas la incidencia de los suplementos disminuyó significativamente aunque sigue representando un porcentaje relevante de las remuneraciones del personal en actividad de las fuerzas armadas: el suplemento “por responsabilidad jerárquica” es el 40,72 % del haber mensual en el grado más alto y 31,93 % en el más bajo; el suplemento “por administración del material” es el 36,76 % del haber en el grado más alto y 30,54 % en el más bajo.

Las remuneraciones concedidas por el decreto 1305/2012 no son sumas meramente accesorias o adicionales. La magnitud de las remuneraciones concedidas ha sido considerada como relevante por esta Corte para determinar si un suplemento constituye parte del sueldo. Así, en el precedente “Franco” (Fallos: 322:1868) sostuvo que las facultades conferidas al Poder Ejecutivo en la ley 19.101 “no (...) alcanzan para transformar la remuneración principal en accesorias ni las remuneraciones accesorias en lo principal, mediante el simple arbitrio de designar a una parte sustancial de la retribución que regularmente percibe la generalidad del personal en contraprestación de sus servicios militares como ajena al haber o ‘sueldo’ de éste”.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, corresponde hacer lugar a la queja, declarar admisible el recurso extraordinario y confirmar la sentencia apelada. Con costas. Exímase al recurrente de integrar el depósito cuyo pago fuera diferido a fs. 53. Agréguese la queja al principal, notifíquese y, oportunamente, devuélvase. – Carlos F. Rosenkrantz.

Entidades Financieras:

Infracciones bancarias: naturaleza; órganos ejecutivos; integrantes; responsabilidad; carácter; sanciones; *quantum*; redeterminación; procedimiento sumarial; nulidad; improcedencia; derecho de defensa; resguardo.

1 – Las infracciones a las normas bancarias no revisten naturaleza penal, pues los principios del derecho penal no resultan de aplicación en el esquema de control, cuya custodia la ley ha delegado en el Banco Central al colocarlo como eje del sistema financiero.

2 – En materia bancaria, las responsabilidades penales, civiles y administrativas, aun surgidas o analizadas a la luz de los mismos hechos, presentan diferencias sustanciales, lo que lleva a un diferente juzgamiento por distintas autoridades legalmente instituidas para cada uno de esos cometidos. En el proceso penal se imputa la comisión de delitos tipificados en el Código Penal de la Nación, en el cual la entidad financiera puede servir de móvil y su operatoria puede constituir el marco para producir su consumación, pero la existencia o inexistencia de responsabilidad en ese ámbito será determinada de acuerdo con los principios que lo informan, las normas que lo rigen, los bienes jurídicos que tiende a proteger por medio de los mecanismos de esa legislación y los órganos estatales instituidos constitucional y legalmente para esa función.

3 – Puesto que las personas o entidades regidas por la Ley de Entidades Financieras conocen de antemano que, por la naturaleza de la actividad y su importancia económico-social, se hallan sujetas al poder de policía financiero y bancario del Banco Central y su responsabilidad se ve comprometida toda vez que se verifican infracciones cuya comisión ha sido posible por su realización deliberada o por su aceptación, tolerancia o negligencia aunque sea con un comportamiento omisivo, salvo que invoquen o demuestren la existencia de alguna circunstancia exculpatoria válida, cabe concluir que los argumentos de los recurrentes tendientes a cuestionar la resolución sancionatoria motivo de autos, sobre la base de que se habría configurado un supuesto de responsabilidad objetiva violatorio del principio de culpabilidad, son inatendibles.

Ello, en la medida en que no se hacen debido cargo de que la imputación efectuada se corresponde con los particulares parámetros con que deben evaluarse las responsabilidades derivadas del accionar ilegítimo de un ente social.

4 – La inexistencia de perjuicio es indiferente para tener por configurada la infracción a la obligación de informar oportunamente la designación de nuevas autoridades electas, en la medida en que las sanciones que el Banco Central aplica por infracciones a la Ley de Entidades Financieras, a sus normas reglamentarias y a las resoluciones que dicte en ejercicio de sus facultades persiguen evitar o corregir conductas que constituyan un apartamiento de las reglas a las que debe atenerse estrictamente la actividad de los intermediarios financieros, con prescindencia de las eventuales consecuencias que pudieran derivarse de aquella.

5 – No basta para eximir de responsabilidad a los integrantes de los órganos ejecutivos de una entidad financiera la mera alegación de ignorancia, por lo que resultan sancionables quienes, por omisión, aun sin actuar materialmente en los hechos, no desempeñaron su cometido de dirigir y fiscalizar la actividad desarrollada por aquellos y coadyuvaron, de ese modo, por omisión no justificable, a que se configuraran los comportamientos irregulares.

6 – Si bien las sanciones previstas en la ley 21.526 son impuestas por un órgano estatal altamente especializado en la complejidad técnica de su competencia, de cuyo pronunciamiento solo cabría apartarse por razones de arbitrariedad, cabe considerar que, en el caso, las conductas imputadas, por sus características, no configuraron hechos susceptibles de apreciación pecuniaria y, en razón de ello, ponderar la “magnitud de la infracción” tomando como parámetro el monto total de la operación no resulta razonable, por lo cual corresponde revocar el monto de las sanciones estimadas respecto del banco recurrente, de sus directores y de sus gerentes y ordenar que el Banco Central las redetermine en su sede. Máximo cuando este último reconoció la imposibilidad de determinar el beneficio obtenido por la entidad y sus funcionarios y el perjuicio ocasionado a terceros.

7 – A pesar de que, en el caso, la materialidad de las infracciones debe ser confirmada, se impone revocar el monto de las sanciones estimadas respecto del banco recurrente, de sus directores y sus gerentes y ordenar que el BCRA las redetermine en su sede, pues no resulta óbice para justificar la ausencia de fundamentación el hecho de que se trata del ejercicio de potestades discrecionales, las que, por el contrario, imponen una observancia más estricta de la debida motivación que permita verificar su razonabilidad.

8 – No se advierte en autos un menoscabo del derecho de defensa de los recurrentes que habilite a acoger los agravios relativos a la nulidad del procedimiento sumarial, máxime si se tiene en cuenta que el ejercicio de este derecho ante esta sede judicial sanea la existencia de cualquier hipotético defecto que hubiera podido existir durante el trámite del sumario administrativo. R.C.

1103 – CNCiv. y Com. Fed., sala I, febrero 21-2019. – Banco Hipotecario S.A. y otros c. Banco Central de la República Argentina s/entidades financieras - ley 21.526 - art. 42.

Buenos Aires, 21 de febrero de 2019

Y Vistos; Considerando:

I. Que el Superintendente de Entidades Financieras y Cambiarias del Banco Central de la República Argentina (en adelante, el BCRA) dictó la resolución n° 685 del 29 de octubre de 2014 (fs. 915/943) –sumario financiero n° 1320, expediente administrativo n° 100.229/2010–, por la cual impuso –en los términos del artículo 41, inciso 3), de la ley 21.526– las siguientes sanciones:

- a) a la entidad Banco Hipotecario S.A. (en adelante, el BHSa), una multa de \$4.040.000;
- b) a la señora C. D. L. de E. (presidenta e integrante del Comité Financiero), una multa de \$4.040.000;
- c) a los señores J. J. D. y C. B. P. (directores e integrantes del Comité Financiero), una multa de \$3.800.000 a cada uno de ellos;
- d) al señor E. S. E. (director del 28 de abril de 2006 al 11 de marzo 2009 y presidente del 11 de marzo de 2009 al 30 de abril de 2010), una multa de \$3.030.000;
- e) a los señores F. L. B., E. L. J. F., G. A. G.R., P. D. V. del C., E. M. V., S. Z., M. E. W. (directores) y R. F. (síndico), una multa de \$2.850.000 a cada uno de ellos;

- f) a los señores J. D. A., M. H. F. y M. E. S. (síndicos), una multa de \$2.805.250 a cada uno de ellos;
- g) al señor A. H. G. (síndico), una multa de \$2.667.030;
- h) al señor G. G. S. (gerente del área de finanzas e integrante de Comité Financiero), una multa de \$850.000;
- i) al señor J. L. M. (director e integrante del Comité Financiero), una multa de \$810.820;
- j) al señor E. L. B. (gerente de operaciones financieras), una multa de \$680.000;
- k) al señor J. A. G. (director), una multa de \$608.190; y
- l) al señor G. D. E. (gerente del Área “Controller”), una multa de \$80.000.

A su vez, absolvió a la señora S. M. G. (síndica).

Los cargos imputados fueron:

1) “Asistencia al Sector Público no Financiero sin la previa autorización de este Banco Central, mediando una inadecuada política de crédito con exceso a los límites de fraccionamiento del riesgo crediticio con el Sector Público no Financiero y con la contraparte, excesos en la afectación de activos en garantía, insuficiencia respecto de las exigencias de capitales mínimos y falta de veracidad en las registraciones contables”; y

2) “Incumplimiento de la obligación de informar la designación de nuevos directores y/o presentación tardía de la documentación relacionada con nuevas autoridades electas”.

II. Que para una mejor comprensión del caso, es necesario reseñar los presupuestos fácticos y jurídicos en los que el BCRA sustentó los cargos investigados en el sumario financiero.

II.1. El primer cargo

II.1.A. Los hechos constitutivos

El BCRA realizó una inspección del contrato de swap denominado “Cer Swap Linked to PG 08 and External Debt”, celebrado el 26 de febrero de 2007 entre el BHSa y el Deutsche Bank AG Sucursal Londres (en adelante, el DB).

Por ese pacto, el BHSa percibiría del DB pagos mensuales por una tasa del 4 % anual sobre los pesos argentinos iniciales (esto es, \$621.496.434 representativos del valor nominal de “Préstamos garantizados global 2008”) y, a su vez, debía abonar al DB una tasa del 2,5 % anual sobre dicho importe (ajustado por CER), resultando de ese modo un 1,5 % a favor del BHSa.

La fecha de vencimiento del contrato se fijó el 19 de diciembre de 2011. No obstante ello, se estipuló una cláusula de “finalización temprana” que operaría ante la ocurrencia de determinados sucesos eventuales, cuya aplicación implicaba para el BHSa la entrega al DB de dinero en efectivo u otros instrumentos por el valor nominal inicial, recibiendo a cambio los préstamos garantizados con un valor de cotización sustancialmente inferior a su valor de paridad y, eventualmente, sujetos a reestructuración. Esta cláusula implicaba que el BHSa garantizara al DB del riesgo soberano (*default* e *inconvertibilidad*), con el consiguiente impacto negativo sobre su patrimonio neto.

Posteriormente, y en atención a las condiciones financieras desfavorables, el 8 agosto de 2008 se efectuó una enmienda al contrato de swap en virtud de la cual el BHSa dejaba de percibir el monto mensual previsto en ese instrumento y, a su vez, se obligaba a remitir al DB la suma de U\$S20.000.000 para evitar la resolución temprana de la operación. Más tarde, y frente a la profundización de la situación desfavorable derivada de las cláusulas pactadas en el contrato, el BHSa giró al exterior las sumas de U\$S15.000.000 (el 16 de septiembre de 2008), de U\$S5.400.000 (el 10 de octubre de 2008) y de U\$S5.500.000 (el 28 de octubre 2008).

Finalmente, el 28 de enero de 2009 las partes tuvieron por extinguido el contrato antes de su vencimiento, lo que implicó que el BHSa recibiera del DB los préstamos garantizados involucrados en la operación.

II.1.B. Las irregularidades detectadas

i. Asistencia al sector público no financiero sin contar con la autorización previa del BCRA

De conformidad con las normas que regulan el “Financiamiento al sector público no financiero” (comunicación “A” 3054, punto 2.1), las entidades financieras –comprendidas sus filiales y sus sucursales o subsidiarias del exterior– no pueden refinanciar u otorgar asistencia financiera al sector público no financiero, cualquiera sea la modalidad utilizada, sin la autorización del BCRA.

La operación bajo examen se encontraba alcanzada por esta limitación en virtud del compromiso contingente que

implicaba la eventual incorporación de los “Préstamos garantizados 2008”, lo que finalmente ocurrió el 28 de enero de 2009. Si bien el BHSa registró la operación como un “swap de tasas”, los supuestos de finalización anticipada indicaban que, por su realidad económica, se trataba de un “Credit Default Swap”. La operatividad de esa cláusula implicaba básicamente que el BHSa garantizaba al DB del riesgo soberano –*default* e *inconvertibilidad*– con el consiguiente impacto negativo sobre su patrimonio neto, pues con ella se obligaba a entregar títulos o pesos argentinos por el valor nominal de esos préstamos garantizados, los que ingresarían a su patrimonio con un valor de cotización sustancialmente inferior a su valor de paridad y, eventualmente, sujetos a reestructuración.

Por otro lado, los envíos de divisas efectuados por el BHSa al exterior no contaron con la aprobación formal de su Comité Financiero y la garantía adicional de U\$S20.000.000 fue remitida antes de la formalización de la enmienda. A su vez, las diversas remesas de divisas al exterior habrían resultado de cálculos efectuados unilateralmente por el DB, que no fueron proporcionados por el BHSa a la inspección.

En definitiva, el BHSa debió haber requerido autorización del BCRA con carácter previo a la concertación de la operación de swap, pues a la fecha de la operación (el 26 de febrero de 2007) la entidad se encontraba excedida en su exposición con el sector público no financiero con relación a los límites de su responsabilidad patrimonial computable y de su activo.

A su vez, y en función de la naturaleza técnica (responsabilidades eventuales con el sector público no financiero), la complejidad, los riesgos y los montos involucrados, la operación de derivados no cumplió con las normas sobre “políticas de créditos” (confr. comunicación “A” 49, punto 1.1), en tanto no se aplicó a los destinos previstos en la materia (financiar la inversión, la producción, la comercialización y el consumo de los bienes y servicios requeridos tanto por la demanda interna como por la exportación).

ii. *Inadecuada política de crédito mediando excesos en la afectación de activos en garantía y excesos a los límites de fraccionamiento del riesgo crediticio con el sector público no financiero y con la contraparte, con incidencia en la posición de capitales mínimos*

Surgieron las siguientes observaciones:

- “Capitales mínimos”: durante la vigencia del contrato de swap, el BHSa no computó en el “cálculo de la exigencia de capital por riesgo de crédito” la obligación eventual asumida con el sector público nacional (incorporación de los préstamos garantizados), cuyo monto al 31 de diciembre de 2008 ascendía a la suma de \$86.000.000. Debía computar a esta operación como “otras responsabilidades eventuales” en el concepto de “FSPN” (“financiaciones al sector público nacional no financiero”), que alcanza a las facilidades por cualquier concepto y a la asunción de compromisos contingentes.

- “Fraccionamiento de riesgo crediticio con el sector público no financiero”: la operación de swap se encontraba alcanzada por los límites de fraccionamiento del riesgo crediticio y, por ende, correspondía tener en cuenta las disposiciones vigentes en materia del cómputo de “posiciones netas” (punto 2 de la comunicación “A” 4230) para establecer el valor de exposición por financiaciones al sector público no financiero y sus límites (puntos 7 y 12 de la comunicación “A” 3911 y complementarias, texto según el punto 3 de la comunicación “A” 4546).

Para el caso de operaciones con derivados, desde el 1° de noviembre 2007 se debía computar como “financiación a la contraparte” el monto de la exposición crediticia que ella generaba, de acuerdo con la fórmula de medición establecida en la comunicación “A” 4725 y, a su vez, se debía considerar como “financiación computable” al activo subyacente con el sector público no financiero. Esas regulaciones tuvieron aplicación al caso a partir de la enmienda contractual del 8 de agosto de 2008 y, desde esa fecha, el BHSa se encontraba excedido en su exposición crediticia, por lo que debió informar una mayor exigencia de capitales mínimos, considerando las pautas para incumplimientos previstas en el punto 2.2.3 del texto ordenado de “Incumplimientos de Capitales Mínimos y Relaciones Técnicas”.

- “Fraccionamiento de riesgo crediticio con la contraparte”: las comunicaciones “A” 4725 y “C” 50385 prevén la determinación de la “exposición crediticia por opera-

ciones con derivados” según el “VaR” (valor de riesgo) del 100 % (inciso f del punto 2 de la com. “A” 4725). El importe resultante como exposición crediticia de la operación debía cumplir con el límite a aplicar de acuerdo con la calificación de la entidad del exterior (confr. el punto 3.6 del anexo II de la comunicación “A” 2140, del 25 % o 5 % de la responsabilidad patrimonial computable), que en el caso era del 25 %.

En función de los parámetros normativos y la exposición crediticia que el BHSA mantenía con el DB, se registró un exceso de \$648.000.000, respecto del cual el BHSA debió constituir una mayor exigencia de capitales mínimos (del orden de \$972.000.000 al 31 de diciembre de 2008, de conformidad con las pautas de incumplimiento del punto 2.2.3 del texto ordenado de “Incumplimientos de Capitales Mínimos y Relaciones Técnicas”).

- “Afectación de activos en garantía”: según el artículo 28, inciso b), de la ley 21.526, los intermediarios no pueden constituir gravámenes sobre sus bienes sin previa autorización del BCRA. El BHSA no requirió autorización previa a la concertación de la operación.

Según lo pactado en el contrato, el BHSA entregó al DB títulos valores (“Boden 2012”) por un valor de U\$8.000.000 y durante la vigencia del contrato remitió al exterior diversas sumas en concepto de garantía. La afectación de esos activos en garantía debió contar con la autorización previa del BCRA.

Sin perjuicio de ello, y tomando a la operación como consumada –aun sin la autorización correspondiente–, la afectación de activos en garantía efectuada por el BHSA se encontraba igualmente excedida en \$33.000.000 respecto del límite previsto para este tipo de operaciones de orden del 20 % del valor transado (confr. punto 2.2.1.2 de las normas sobre “Afectación de activos en garantía” de la comunicación “A” 3558).

- “Registación contable de la operación”: se observó que el BHSA mantenía registrada la operación en la cuenta contable n° 711.104 –“permuta de tasa de interés variable por fija”–, no obstante que el diferencial de tasa que percibía antes de la enmienda del 08 de agosto de 2008 era siempre fijo (1,5 %). Esa situación evidenció que la registación del contrato de *swap* como “permuta de tasa” no reflejó los verdaderos términos de la operación.

En función de las características del pacto, el monto total de las obligaciones eventuales asumidas por el BHSA debió registrarse en “Cuentas de Orden –De derivados– Otras cuentas acreedoras” y valuarse como un instrumento financiero derivado.

Asimismo, el contrato debió contabilizarse a “valor razonable”, exponiéndose el activo o el pasivo que surgiera en los rubros “Otros Créditos” u “Otras Obligaciones por Intermediación Financiera”, utilizando alguna subcuenta de la partida “Saldo pendiente de liquidación por otras operaciones a término”. A su vez, los cambios de valor del contrato debían registrarse con contrapartida en el estado de resultados.

El BHSA no efectuó imputaciones a resultados negativos derivadas de la valuación del contrato. Las sumas remitidas al exterior en carácter de garantía (U\$6.000.000) reflejaban el cambio de valor del contrato y, por lo tanto, debían impactarse en el estado de resultados. Se le señaló al BHSA que, como práctica prudencial, debía previsionar dicho monto para reflejar el efecto sobre el valor económico que generó la operación, pudiendo luego desafectarlo en la medida que se modificara el valor a su favor y previo a la restitución de los fondos girados al exterior.

Por todo ello, las registaciones contables efectuadas por el BHSA no reflejaban los verdaderos términos de intercambio objeto del contrato de *swap* y, por ende, su realidad económica y jurídica, apartándose de las disposiciones del texto ordenado de “Veracidad de las Registaciones Contables”.

II.2. El segundo cargo

Al examinar diversas presentaciones realizadas por el BHSA con motivo de la evaluación de la idoneidad y de la experiencia de sus nuevas autoridades, la Gerencia de Autorizaciones del BCRA advirtió que la documentación y la información exigida a esos efectos fue presentada fuera de los plazos establecidos por las comunicaciones “A” 3700 y “A” 4490.

El BHSA había sido advertido sobre este tipo de incumplimiento en la nota n° 382-L/2528 (fs. 207, subfoja 37/38), por la cual se le informó que la reiteración de la

falta “motivaría la apertura de sumario en los términos del artículo 41 de la ley 21.526”. No obstante ello, incurrió en nuevas demoras en la presentación de la documentación y/o información pertinente para evaluar los antecedentes de los nuevos directores designados, a saber:

- *Faceta del cargo “A”*: nota del BHSA del 14 de julio de 2005 (fs. 207, subfoja 39/40) en la que acompañó copia del acta de asamblea especial de accionistas clase “D” del 28 de abril de ese año por la que se designaron nuevos directores, cuando el plazo para informar había operado el 8 de mayo.

A su vez, el 9 de agosto de 2006 y el 31 de mayo de 2007 el BHSA acompañó copias de las actas de asamblea n°s 58 y 71 celebradas el 28 de abril de 2006 y el 19 de abril de 2007 respectivamente (fs. 207, subfojas 48/49 y 57/58), por las que se designaron nuevos directores, excediendo –en ambos casos– los plazos que acuerdan las normas, cuyos vencimientos habían operado el 8 de mayo de 2006 y el 29 de abril de 2007, respectivamente.

- *Faceta del cargo “B”*: nota del BHSA del 4 de mayo de 2006 (fs. 207, subfoja 45), en la que adjuntó una nota del Ministerio de Economía del 2° de mayo de ese año para comunicar que ese organismo –en ejercicio de los derechos políticos de las acciones clase “A”– había designado nuevos directores, información que brindó dentro del plazo acordado por la norma. El 9 de agosto acompañó la transcripción de la referida designación al libro de actas, esto es, con posterioridad al plazo de 30 días que otorga la norma, el que había vencido el 1° de junio.

El 2° de noviembre de 2006, el BHSA remitió copia de la asamblea especial de accionistas clase “B” del 15 de septiembre de ese año (fs. 207, subfoja 54/56) por la que se designó un nuevo director propuesto por el representante del Banco Nación –tenedor de la totalidad de las acciones de esa clase–, cuando los plazos para su presentación habían vencido los días 20 de septiembre y 15 de octubre.

- *Faceta del cargo “C”*: nota del BHSA del 26 de agosto de 2008 (fs. 207, subfojas 71/72) en la que adjuntó copia del acta de asamblea especial de accionistas clase “D” del 23 de mayo de ese año sobre la designación de nuevos directores. Sin embargo, completó el aporte de la documentación el 9 de octubre, es decir, fuera del plazo acordado por la norma, que había operado el 2° de junio.

- *Faceta del cargo “D”*: nota del BHSA del 4 de junio de 2009 (fs. 207, subfoja 93), por la que informó la designación de nuevos directores de los accionistas clases “A” y “D”, acompañando el 16 de junio de ese año las actas de asamblea del 29 de abril y del 13 de mayo, respectivamente. Completó la documentación el 7 de agosto de 2009. De ese modo, para el caso de las designaciones correspondientes a la clase “A” excedió los plazos que habían vencido el 4° y el 29 de mayo; mientras que para las nominaciones de la clase “D”, el plazo había operado el 23 de mayo.

- *Faceta del cargo “E”*: nota del BSA del 25 de junio de 2009, por la que informó la designación de un nuevo gerente general, completando la documentación el 16 de julio de ese año, cuando el plazo había vencido el 4 de julio.

III. Que al dictar la resolución sancionatoria, el BCRA ofreció los siguientes fundamentos:

III.1. Con relación al primer cargo

i) El contrato de *swap* fue debidamente cuestionado, pues la cláusula de terminación temprana implicó una financiación al sector público no financiero que requería de una autorización previa del BCRA, cuya ausencia al momento de celebrarse el contrato constituyó la transgresión a las normas. Si bien esa disposición se encontraba sujeta a la ocurrencia de hechos eventuales, no puede obviarse que con ella el BHSA garantizaba al DB del riesgo soberano sobre los instrumentos de deuda involucrados en el contrato y se obligaba a recibir como contrapartida de sus pagos los “préstamos garantizados”, con un potencial impacto negativo en su liquidez, lo que se concretó en los hechos el 28 de enero de 2009.

ii) Con relación a las anomalías en materia de política crediticia, la inclusión de la referida cláusula de terminación temprana y la consecuente recepción de “préstamos garantizados” demostraba la existencia de una financiación otorgada por el BHSA al sector público no financiero, lo que enmarcaba a la operación dentro de las regulaciones establecidas para toda política crediticia. En este sentido, la operación no se ajustó a los destinos previstos por la

comunicación “A” 49, punto 1.1, como así tampoco a las relaciones técnicas y a las normas prudenciales prescriptas en la materia, incurriendo el BHSA en los excesos mencionados en la imputación.

iii) Las registaciones contables efectuadas por el BHSA no reflejaron los verdaderos términos del intercambio objeto de la operación y, por ende, tampoco su realidad económica y jurídica.

iv) El BHSA y sus funcionarios no lograron desvirtuar en sus descargos los elementos probatorios pormenorizados en la imputación.

III.2. Respecto del segundo cargo

i) Aun cuando la inobservancia de los plazos previstos en las comunicaciones “A” 3700 y “A” 4490 comportaba una anomalía menor por revestir el carácter formal y por “carecer dichos ilícitos de envergadura técnica y económica”, su transgresión debe ser sancionada.

ii) Los puntos 5.2.1.1 y 5.2.1.2 de las comunicaciones “A” 3700 y “A” 4490 –respectivamente– establecen la responsabilidad del presidente de la entidad en proveer al BCRA la información y la documentación relativa a las nuevas designaciones de autoridades.

iii) Pese a haberle sido advertido, el BHSA incurrió en reiteradas y sucesivas demoras en la presentación al BCRA de la documentación pertinente para evaluar los antecedentes de las nuevas autoridades, como así también en informar las autoridades designadas.

III.3. Acerca de la atribución de responsabilidades al BHSA y a los integrantes de su órgano directivo

i) Es procedente establecer la responsabilidad del BHSA, de la señora L. de E. (presidenta e integrante del Comité Financiero del 05 de mayo de 2003 al 11 de marzo de 2009) y de los señores E. (director del 28 de abril de 2006 al 11 de marzo de 2009, y presidente del 11 de marzo de 2009 al 30 de abril de 2010), B. (director del 05 de mayo de 2006 al 11 de marzo de 2009), D. (director e integrante del Comité Financiero del 28 de abril de 2005 al 13 de mayo de 2009), F. (director del 28 de abril de 2006 al 29 de abril de 2009), G. (director del 05 de mayo de 2006 al 25 de julio de 2007), M. (director e integrante del Comité Financiero del 05 de mayo de 2006 al 25 de julio de 2007), P. (director e integrante del Comité Financiero del 28 de abril de 2006 al 13 de mayo de 2009), R. (director del 28 de abril de 2005 al 13 de mayo de 2009), V. del C. (director del 28 de abril de 2006 al 31 de diciembre de 2009), V. (director del 28 de abril de 2005 al 13 de mayo de 2009), Z. (director del 28 de abril de 2006 al 31 de diciembre de 2009) y W. (director del 28 de abril de 2006 al 31 de diciembre de 2009), respecto de los hechos constitutivos del cargo 1.

Asimismo, con relación a la señora L. de E. corresponde atribuir su responsabilidad por las facetas A, B y C del cargo 2, en su condición de presidenta del BHSA. Por su lado, el señor E. resulta también responsable por las facetas D y E del cargo 2 por revestir el carácter de presidente de la entidad.

La responsabilidad del resto de las personas físicas se efectúa en razón del ejercicio de sus funciones directivas.

A su vez, y con relación a la señora L. de E. y a los señores D., M. y P., se los responsabiliza también por su desempeño como integrantes del Comité Financiero.

ii) El planteo de nulidad sustentado en la falta de precisión de las anomalías reprochadas y en la actuación que le cupo a cada sumariado carece de fundamento alguno. Tanto en el informe n° 381/089/11 (fs. 208/223) como en la resolución de apertura del sumario n° 148/2011 (fs. 224/226), surge la descripción de los hechos infraccionales, las disposiciones infringidas y la documentación en la que se sustentaron los cargos.

iii) Las funciones ejercidas por cada una de las personas sumariadas, incluyendo sus respectivas funciones y períodos de actuación, obran a fs. 71/72, 194/202, 204/206 y 207, subfojas 6, 40/42, 47, 50/51, 57, 128/129 y 132/134, razón por la cual el derecho de defensa se encontró resguardado.

iv) No existió contradicción entre los períodos de actuación invocados por los señores G., M. y W. y los determinados en el sumario. En el caso del señor E., cabe aclarar que al 29 de abril de 2009 no se hallaba en uso de licencia, tal como lo demuestra su participación en la asamblea celebrada en esa fecha (fs. 207, subfoja 96) y en las realizadas con posterioridad.

v) La “causa” del sumario financiero se desprende claramente “de los hechos investigados que configuran las

transgresiones normativas financieras expuestas, a la luz de los antecedentes existentes sobre la eventual comisión de sucesos fácticos indebidos, como así también las conductas que, por acción u omisión, las habrían provocado”.

vi) En materia de procedimiento de los sumarios financieros rigen las normas específicas dictadas por el BCRA y no las previsiones de la ley 19.549. La comunicación “A” 3579 (RUNOR 1-545, Texto Ordenado - sección 1, punto 1.7.2) establece que los plazos del procedimiento sumarial son perentorios e improrrogables.

vii) La invocación que realizan los sumariados sobre diversas normas de naturaleza penal resulta ajena al caso, pues las sanciones que aplica el BCRA tienen carácter disciplinario y no participan de la naturaleza de las medidas represivas del Código Penal, “razón por la cual devienen inaplicables en la especie los principios propios de ese derecho específico”.

viii) Acerca del fondo de la cuestión, los sumariados intentan restar gravedad a las infracciones formuladas, frente a lo cual “es procedente enviar al análisis y fundamentación realizados en el Considerando I, dando por reproducidos los anteriores puntos I.1.2 y I.2.2, relacionados con la acreditación de los ilícitos”. Asimismo, la existencia de daño no constituye un requisito necesario para la configuración de las anomalías reprochadas.

ix) En cuanto a la determinación de las responsabilidades que caben a los sumariados por su función directiva, fueron sus conductas las que generaron la transgresión a las normas aplicables en materia financiera, mereciendo reproche en virtud de haberse desempeñado incorrectamente como miembros del órgano de conducción. Era obligación de estas personas ejercer la función en el cuerpo directivo dentro de las prescripciones legales y reglamentarias del sistema financiero. Su responsabilidad se genera por la mera constatación de las faltas, resultando indiferente la existencia de dolo, pues las sanciones se fundan en la mera culpa, por acción u omisión.

x) Los directores L. de E., D., M. y P. eran integrantes del Comité Financiero, por lo que detentaron una especial participación en la operación investigada (ver fs. 70/71, 122, 126, 630/632, 656/663 y 670/677) y es esa circunstancia la que determina una mayor responsabilidad en la comisión de los hechos constitutivos del cargo 1, “lo cual será tenido en cuenta al momento de evaluarse la sanción a aplicar”.

xi) Al no haber demostrado los integrantes del órgano directivo del BHSA ser ajenos a los hechos en que se sustentaron las infracciones investigadas y teniendo en cuenta que no podían desconocer las irregularidades derivadas de su gestión, “procede concluir que cuanto menos ha existido en sus conductas una omisión complaciente”.

xii) Corresponde la desestimación del peritaje y de las declaraciones testimoniales ofrecidos a fs. 410 vta., 806 vta. y 458 vta., pues “no resultan idóneos para desvirtuar los hechos constitutivos de los ilícitos reprochados en el presente sumario y, tampoco, a los efectos de determinar la atribución de responsabilidades, a la luz de las constancias y evidencias obrantes en las actuaciones sumariales”.

III.4. Acerca de la atribución de responsabilidades a los titulares de las gerencias especializadas en finanzas

i) Cabe atribuir responsabilidad a los señores S. y B., a quienes se les imputa el cargo 1 en su condición de titulares de las Gerencias de “Área de Finanzas” y de “Operaciones Financieras”, respectivamente. A su vez, respecto del primero de ellos, también en virtud de su desempeño como integrante del Comité Financiero.

ii) Con relación a los planteos de nulidad y a las defensas de fondo, corresponde estar a las consideraciones efectuadas respecto del BHSA y de los integrantes del órgano de dirección.

iii) Respecto a la responsabilidad que les cabe en virtud de sus funciones gerenciales específicas, ambos sumariados han tenido participación en los hechos del cargo 1 –con excepción del aspecto formulado en materia de registraciones contables–, “toda vez que intervinieron con su rúbrica en la celebración del contrato” (ver fs. 20, 37 y 41, subfoja 4).

iv) El señor S. era integrante del Comité Financiero y en el ejercicio de ese rol tuvo una especial participación en la evaluación y en la aprobación de la operación de *swap*, circunstancia que determina una mayor responsabilidad en la comisión de los hechos investigados como cargo 1, “lo cual será tenido en cuenta al momento de evaluarse la sanción a aplicar”.

v) Las medidas de prueba ofrecidas se rechazan por los mismos fundamentos ofrecidos respecto del BHSA y de los integrantes del órgano de dirección.

III.5. Acerca de la atribución de responsabilidad al titular de la Gerencia “Área Controller”

i) Cabe atribuir responsabilidad al señor E., a quien se le imputa el aspecto referido a la “falta de veracidad en las registraciones contables” del cargo 1, por su desempeño como titular de la referida gerencia.

ii) Con relación a los planteos de nulidad y a las defensas de fondo, corresponde remitir a las consideraciones efectuadas respecto del BHSA y de los integrantes del órgano de dirección.

iii) Respecto a la responsabilidad que le cabe en razón de sus funciones gerenciales específicas, cabe resaltar que, como consecuencia de la instrumentación de la operación objetada, este gerente “ha desconocido las previsiones normativas en materia contable, (...) ha adoptado una conducta cuanto menos poco diligente, [pues] las registraciones contables efectuadas no reflejaban los verdaderos términos del intercambio objeto de la operación (...) y, por ende, tampoco la realidad económica y jurídica de la misma, en transgresión a la normativa aplicable al respecto” (fs. 47, 57 y 69/70), sin que existan constancias de que “hubiera tomado alguna actitud para dejar a salvo su responsabilidad”.

iv) Las medidas de prueba ofrecidas también se rechazan por los fundamentos expuestos en el caso del BHSA y de los integrantes del órgano de dirección.

III.6. Acerca de la atribución de responsabilidad a los integrantes del órgano de fiscalización

i) Cabe atribuir responsabilidad a la señora G. y a los señores A., F., G. y S., a quienes se les imputa el cargo 1 por los hechos infraccionales cometidos en el ejercicio de su función fiscalizadora.

ii) En el caso de la señora G., corresponde su absolución por falta de responsabilidad, fundada en el escaso tiempo de actuación como síndica dentro del período infraccional y en el carácter “ex post facto” de la labor de los síndicos. En este sentido, “parece determinante a los fines de atribuir responsabilidad, el lapso ocurrido entre la celebración del contrato (...) y el cese de sus funciones fiscalizadoras (40 días), durante el cual se habría de producir la consideración y evaluación de la operatoria (...), máxime tratándose de una operación altamente compleja y provista de muchas y variadas aristas, tanto económicas como jurídicas que ameritan una intensa dedicación”.

iii) En el caso del señor G., ejerció la función de síndico durante casi la totalidad del período infraccional, “sin perjuicio de que sea ponderado el menor período de desempeño”.

iv) Con relación a las defensas de fondo, corresponde estar a las consideraciones efectuadas respecto del BHSA y de los integrantes del órgano de dirección.

v) En cuanto a la función específica del órgano de fiscalización, los síndicos debieron utilizar los mecanismos legales a su alcance para hacer cesar las conductas indebidas.

vi) Los integrantes de la comisión fiscalizadora no han invocado, ni intentado demostrar, haber puesto reparos eficaces a los incumplimientos incurridos por los directores. Tampoco han expresado haber tomado medidas explícitas destinadas a revertir los hechos ilícitos imputados, razón por la cual “se han puesto de manifiesto sus conductas omisivas”.

III.7. Con relación al quantum de las sanciones

i) Corresponde sancionar a la entidad y a las personas físicas halladas responsables de acuerdo con el artículo 41 de la ley 21.526, graduando las penalidades en función de las características de las infracciones, y ponderando las circunstancias y las formas de su participación en los ilícitos. La sanción que establece el inciso 3 de la referida norma ha sido ponderada en los términos de la comunicación “A” 3579.

ii) Sin perjuicio de no hallarse determinado el beneficio obtenido, ni la existencia de perjuicio a terceros a raíz de los hechos constitutivos del cargo 1, “a modo de ilustración acerca de los valores involucrados en la operatoria observada, cabe señalar que el contrato en cuestión estaba sujeto a finalización temprana (...), obligándose la entidad, en tal caso, a entregar a la contraparte (...) efectivo u otros valores por el [valor nominal] de \$621 millones de Préstamos Garantizados Global 2008, recibiendo a cambio los préstamos garantizados”.

iii) La responsabilidad patrimonial computable del BHSA al mes de febrero de 2007 ascendía a \$2.4963.023.000.

iv) También corresponde ponderar la importancia de las normas transgredidas en la configuración del cargo 1, dada la naturaleza de los diversos tópicos involucrados en los ilícitos cometidos, cuya consumación afectan la seguridad, la confianza y la estabilidad del sistema financiero.

v) En lo referente al cargo 2, cabe tener en cuenta que, pese a haber sido observado, el BHSA incurrió en sucesivas demoras en la presentación de la documentación pertinente para evaluar los antecedentes de las nuevas autoridades designadas.

vi) La responsabilidad del BHSA no puede ser sino reflejo, siendo producto de la acción de sus representantes legales, quienes han actuado por ella y para ella. Al no poder actuar por sí misma, recibe la misma multa que los principales responsables que la han llevado a incurrir en las irregularidades reprochadas.

vii) En cuanto a las personas físicas, la responsabilidad les ha sido endilgada como consecuencia del mal desempeño de sus roles y a raíz de sus conductas omisivas o, en su caso, por sus participaciones e intervenciones personales en la configuración de los ilícitos consumados, como fuera determinado en oportunidad de tratarse la situación particular de cada una de ellas.

IV. Que contra esa decisión, los integrantes de la comisión fiscalizadora –señores F., A. y F.– dedujeron el recurso previsto en el artículo 42 de la ley 21.526 (fs. 1027/1044).

A su vez, el BHSA, sus directores –la señora L. de E. y los señores E., B., D., F., G., M., P., R., V. del C., V., Z. y W.– y sus gerentes –los señores B., S. y E.– interpusieron ese remedio recursivo a fs. 1050/1098 (ver, asimismo, su ampliación de fs. 1112/1113).

V. Que esta sala dictó el pronunciamiento de fs. 1859/1860 por el cual declaró la caducidad del recurso deducido por los señores F., F. y A. –como se dijo, miembros de la comisión fiscalizadora–, decisión que se encuentra firme. Por ende, y para evitar una extensión innecesaria, se prescinde de su relato.

VI. Que las críticas que sustentan el recurso del BHSA, de sus directores y de sus gerentes, pueden sintetizarse del siguiente modo:

VI.1. La nulidad del acto por vicios en el procedimiento
i) El ilegítimo rechazo del pedido de prórroga. La inconstitucionalidad del punto 1.7.2 de la comunicación “A” 3579

La complejidad de las conductas investigadas en el sumario financiero y el volumen de la documentación incorporada en él, justificaban el otorgamiento de una prórroga del plazo para efectuar el descargo. El BCRA denegó esa solicitud sin mayor fundamento que la regla de la improrogabilidad y de la perentoriedad de los plazos prevista en el punto 1.7.2 de la comunicación “A” 3579, punto 1.7.2. Esa previsión normativa es violatoria de la garantía de defensa y contraria a las reglas y los principios del procedimiento administrativo expresamente receptados en la ley 19.549. La conducta del BCRA redundó en la imposibilidad de las personas sancionadas de efectuar una adecuada y acabada defensa de sus derechos, lo que acarrea la nulidad absoluta del sumario y de los actos dictados en su consecuencia.

ii) La infundada denegatoria de los medios de prueba ofrecidos

El BCRA negó a los recurrentes el derecho de probar su versión de los hechos e impidió el acceso a la verdad jurídica objetiva. En el caso, existían hechos controvertidos cuya dilucidación resultaba indispensable para la resolución del caso, puntualmente, en lo que hace a la naturaleza del vínculo contractual que unía al BHSA con el DB y al conocimiento que el BCRA poseía respecto del contrato de *swap* antes de su concertación.

iii) La falta de mérito de los argumentos presentados en el descargo

En la resolución sancionatoria el BCRA se limitó a reproducir el texto del auto de apertura del sumario. Ello denota que el derecho de defensa ejercido por medio del descargo no fue más que una mera formalidad.

VI.2. El cargo 1

a. Las operaciones de derivados no constituyen una operación de financiamiento, pues su finalidad principal es la cobertura, el arbitraje o la asunción de riesgos financie-

ros. El contrato bajo estudio debe interpretarse en su integridad, teniendo en cuenta la finalidad que han perseguido las partes y no tomar una cláusula en forma aislada, tal como hizo el BCRA respecto de los supuestos eventuales previstos para su terminación temprana.

El objetivo del BHSa no era financiar al Estado Nacional o garantizar al DB del riesgo soberano, sino recibir una ganancia producto del arbitraje de rendimientos.

El principio de libertad operativa establecido en el artículo 21 de la ley 21.526 exige al BCRA que concrete en forma clara y objetiva los límites y/o prohibiciones que se imponen en las operaciones de un banco comercial. Por ende, es inapropiado que se enrole al contrato bajo estudio como una “financiación contingente” o asimilable a una “obligación eventual” al solo efecto de situarla como sujeta a autorización previa del BCRA.

El BCRA interpretó equivocadamente la cláusula de terminación temprana del contrato al desconocer la ausencia de automaticidad entre la ocurrencia de un evento de terminación temprana con la culminación del contrato en sí y que sólo uno de los eventos mencionados implicaba la opción de entrega de los préstamos garantizados al BHSa, siempre que dicha alternativa no estuviera limitada legal o regulatoriamente.

El hecho de que la operación culminara con el efectivo ingreso de los préstamos garantizados al BHSa obedeció a una decisión distinta e independiente a la prevista inicialmente en el contrato, que se encontraba justificada en la lógica decisión de participar y de apoyar el canje lanzado por el Estado Nacional, principal accionista de la entidad.

b. La enmienda no importó un nuevo acuerdo, por lo que es totalmente equivocada la interpretación que el BCRA efectuó respecto de la comunicación “A” 414, punto 4.1, Capítulo II, a fin de fundamentar la aplicación al caso de la comunicación “A” 4725 sobre “Fraccionamiento del riesgo crediticio”.

La operación se celebró el 26 de febrero de 2007 y la comunicación “A” 4725 (emitida el 26 de octubre de 2007) estableció una metodología para calcular el riesgo crediticio por operaciones de derivados que alcanzaba a las operaciones concertadas a partir del 1º de noviembre de 2007. El mayor riesgo de contraparte asumido por BHSa –producto de las mayores garantías que se constituyeron al momento de la modificación del contrato– importó la variación de los compromisos de un contrato ya existente y no la concertación de un nuevo contrato. Es claro que esa comunicación no resultaba aplicable a la operación de *swap*. Sin embargo, el BCRA entendió que la modificación parcial de un contrato ya existente constituía una nueva operación, incurriendo de ese modo en la grosera aplicación retroactiva de una norma.

El BCRA construyó una serie de incumplimientos a las normas prudenciales –“fraccionamiento del crédito”– que parten de la falsa premisa de conceptualizar al contrato de *swap* como una operación de financiamiento “contingente”, cuando de una lectura de las normas surge con claridad que ese instrumento no está contemplado en forma expresa ni implícita en el concepto de financiamiento que ofrece la comunicación “A” 414.

d. [sic] En cuanto al alegado incumplimiento a las normas prudenciales sobre fraccionamiento del crédito, debe destacarse que:

i) *Capitales mínimos*: la operación bajo estudio no involucró la “asunción de compromisos contingentes” con el sector público. No surge de la letra ni del espíritu del contrato que las partes hayan convenido la entrega y recepción de títulos o instrumentos de deuda soberana. Como ya se expresó, ante un supuesto de finalización temprana, la entrega de préstamos garantizados no se formalizaría si con ello se infringían disposiciones legales, en cuyo caso la resolución contractual operaría por compensación neta en pesos argentinos.

ii) *Fraccionamiento de riesgo crediticio con el sector público no financiero y fraccionamiento de riesgo crediticio con la contraparte*: tal como se advirtió, el BCRA hizo una aplicación retroactiva de la comunicación “A” 4725 a una transacción que venía desarrollándose desde tiempo atrás. Por ende, las disposiciones contempladas en esa comunicación en materia de fraccionamiento de riesgos crediticios no resultan aplicables al caso.

iii) *Afectación de activos en garantía*: las transferencias adicionales que debió efectuar el BHSa reconocieron su causa en la modificación del contrato de *swap* y, por ende,

no constituyeron excesos al momento de la concertación de la operación. Debe tenerse en cuenta que fueron realizadas en concepto de garantía y no de pago. No existió una real transferencia del activo ni, en consecuencia, disminución del patrimonio, sino una cobertura del margen del contrato para mejorar la percepción del riesgo de crédito del BHSa. Esa situación tuvo lugar en el marco de una crisis financiera internacional, que llevó a la necesidad de acordar la modificación del contrato con el objetivo de preservar el sinalagma de las prestaciones y en el entendimiento de que una terminación anticipada sería más gravosa. Esas garantías fueron totalmente reintegradas al BHSa, con más sus correspondientes intereses, por lo que de las mismas no hubo ni existió perjuicio alguno para el BHSa. La significatividad económica de dicho exceso temporal era inmaterial a la luz de la situación de la crisis financiera internacional.

iv) *Tratamiento contable*: en ningún momento se intentó realizar una deformación u ocultamiento de la operación de derivados por medio de una inadecuada registración o una falta de adecuada exposición contable.

La operación tenía particularidades que no eran fáciles de encasillar en el plan de cuentas, por lo cual se consideró como una permuta de tasa de intereses en virtud de la naturaleza de la operación descripta.

El BCRA interpretó que debía haberse registrado en otra cuenta de orden, lo que en el peor de los casos implicó solo un defecto de exposición. No obstante, cabe tener presente que la notificación de la inspección fue el 8 de enero de 2009 y la operación fue cancelada el 29 de enero de ese año, por lo que no hubo posibilidad de efectuar la reclasificación contable solicitada.

En cuanto a la valuación del contrato, el BHSa procedió a modificar la metodología de valuación de acuerdo con lo indicado por el BCRA a partir del cierre del período mensual de noviembre de 2008.

e. El BCRA no respetó los principios de legalidad y de irretroactividad de la ley penal.

Los incumplimientos imputados al BHSa y a sus funcionarios por las supuestas infracciones regulatorias incurridas con motivo de la celebración, ejecución y terminación del contrato de *swap*, no se circunscriben a transgresiones concretas a la normativa aplicable. No se trata de infracciones respecto de una normativa expresa, objetiva y clara dictada por el BCRA, sino de una mera interpretación interna de esa entidad.

Una de las consecuencias que se deriva del principio de legalidad es la exigencia de tipicidad. La semántica utilizada por las áreas técnicas del BCRA –“financiamiento contingente”, “asimilable” y “marco de la realidad económica”– traduce el uso de un lenguaje claramente violatorio de este principio.

La vigencia del principio de legalidad en materia de sanciones aplicadas por el BCRA ha sido reconocida por la Corte Suprema en el precedente “Volcoff” (Fallos: 334:1241).

La construcción del cargo 1 se sustentó en la aplicación retroactiva de la comunicación “A” 4725 con relación a la afectación de activos en garantía. La conformidad previa del BCRA que requiere esa norma era exigible para las operaciones celebradas a partir del 1º de noviembre de 2007; es decir, con posterioridad a la celebración del contrato de *swap*. Entender que esa conformidad previa era exigible respecto de una enmienda complementaria y secundaria, comporta una interpretación analógica extensiva que viola los principios enunciados.

Por otro lado, no puede imputárseles a los sancionados dolo o culpa en su obrar, sino un mero error de prohibición alejado de cualquier intencionalidad de transgredir las normas.

VI.3. El cargo 2

El BCRA impuso sanciones de multa a partir de la alegada constatación de meros retardos en el suministro de determinada información y/o de documentación vinculadas a las distintas designaciones de directores del BHSa.

Si bien pueden haber existido eventuales demoras (y no omisiones) en la comunicación de tales designaciones, en ningún momento se infringió la finalidad de las comunicaciones “A” 3700 y “A” 4490. El BCRA jamás puso en duda la idoneidad y experiencia de las designaciones realizadas, ni detectó incompatibilidad alguna.

Las sanciones aplicadas por el BCRA por los hechos investigados en el cargo 2 traducen un “exceso ritual manifiesto”. El supuesto incumplimiento no ha trascendido

de la esfera de la mera formalidad y no ha menoscabado las facultades de fiscalización y ni el buen funcionamiento del BCRA.

En los casos de la señora L. de E. y del señor E. parecería que el BCRA ha valuado la multa por este cargo en la sumas de \$180.000 y \$240.000 respectivamente. Esos montos resultan absolutamente irrazonables si consideramos que el propio BCRA reconoció que se trata de una anomalía menor que carece de envergadura técnica y económica. Tampoco se examinaron las razones por las cuales se consideró que esos importes eran razonables.

Si bien el presidente del directorio del BHSa es quien debe suscribir las notas que se cursan al BCRA en su carácter de representante legal, es claro que esas tareas (simple comunicación) exceden el ámbito de su actuación y quedan comprendidas dentro de las tareas administrativas de empleados de menor rango. Por ende, la multa es improcedente respecto de las personas físicas imputadas, pues no ha tenido incidencia directa en la demora en que se hubiere producido el suministro de la información y/o documentación.

VI.4. La reducción del quantum de las multas por irrazonables y desproporcionadas

La ausencia absoluta de exteriorización de las razones por las cuales el BCRA entendió que debían aplicarse sanciones de tal envergadura –más de \$50.000.000– traduce un exceso de punición.

Inicialmente, el monto propuesto por el sector técnico como razonable para la imposición de las multas por ambos cargos rondaba un 10 % del monto efectivamente aplicado. Fueron necesarios tres informes para que el Superintendente de Entidades Financieras quedara satisfecho con el valor propuesto. Los sucesivos aumentos propuestos no encuentran justificación, en tanto no se incorporó al examen ninguna circunstancia agravante que permitiera alterar tan groseramente los montos de las multas que posteriormente se aplicaron.

Los parámetros definidos por el artículo 41 de la ley 21.526 y por la comunicación “A” 3579 tampoco fueron merituados.

Las sanciones fijadas no guardan proporcionalidad alguna con las infracciones que supuestamente les sirven de sustento, siendo absolutamente desmedidas.

VII. Que el señor fiscal general dictaminó a fs. 1767 y se pronunció a favor de la admisibilidad del recurso.

VIII. Que el BCRA replicó el recurso a fs. 1810/1838 y solicitó su rechazo.

IX. Que en cuanto al planteo de nulidad del procedimiento sumarial sustentado en la denegación en sede administrativa de las pruebas ofrecidas por los recurrentes, cabe recordar que quien formula una petición de esta índole debe señalar claramente el perjuicio sufrido y las defensas que se ha visto impedido de oponer, para lo cual no es suficiente exhibir una mera invocación en el sentido de que ha sido privado del derecho de defensa si no se indica, concretamente, de qué modo los vicios habrían influido en el ejercicio de aquel derecho (Fallos: 320:1611; y esta sala, causas “Cooperativa de Trabajo AEI ‘Colonia Barraqueo’ LTDA c/ INAES - resol. 806/08”, “Banco General de Negocios SA [E/Q] y otros c/ BCRA - Resol. 318/10 [expte. 100159/03 Sum. Fin. 1101] s/ BCRA recurso directo” y “Banco de Valores SA y otros c/ CNV s/ mercado de capitales - ley 26.831 - art. 143”, pronunciamientos del 3 de febrero de 2012, del 1º de septiembre de 2016 y del 28 de agosto de 2018, respectivamente).

En esa inteligencia, la queja debe ser desestimada, pues en ningún pasaje de su escrito recursivo los interesados argumentaron en qué medida los elementos probatorios solicitados hubiesen desvirtuado los cargos que les fueron imputados. Tampoco explicaron de qué manera la producción de esa prueba lograría controvertir la documentación reunida por el BCRA durante el trámite del sumario financiero. En tal sentido, sólo cabría anular las actuaciones cuando el vicio afecte un derecho o interés legítimo y cause un perjuicio irreparable, sin admitirlas cuando no existe una finalidad práctica, que es razón ineludible de su procedencia; máxime si se tiene en cuenta que, de acuerdo con las misiones asignadas por ley a un órgano altamente especializado en la materia como lo es el BCRA, no es admisible que los jueces sustituyan el criterio –preponderantemente técnico– de dicho órgano por uno propio.

Por otro lado, y acerca del planteo de inconstitucionalidad del punto 1.7.2 de la comunicación “A” 3579 –que dispone que los plazos del sumario son perentorios e improrrogables–, corresponde enfatizar en las claras pautas establecidas por la Corte Suprema en materia de control de constitucionalidad y de convencionalidad de las normas que esta sala ha recordado en las causas n°s 42.481/2007, “Amandule Mario c/ EN - M° Interior - GN - Resol. 1574/05 s/ personal militar y civil de las FFAA y de Seg.”, pronunciamiento del 25 de junio de 2015 (considerando VI) y 10.763/2010, “Banco de Galicia y Buenos Aires SA y otros c/ UIF - resol. 36/10 (expte. 68/10)”, pronunciamiento del 24 de mayo de 2016 (considerando XXVI); entre muchas otras.

A lo que cabe agregar que, recientemente, el Alto Tribunal –en oportunidad de examinar la razonabilidad del plazo previsto en el artículo 145 de la ley 26.831 a la luz del derecho de defensa del administrado– señaló que “la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado de *ultima ratio* del orden jurídico, por lo que no cabe efectuarla sino cuando la repugnancia del precepto con la cláusula constitucional invocada sea manifiesta, y requiere de manera inexcusable un sólido desarrollo argumental y la demostración de un agravio en el caso concreto (Fallos: 324:3345; 327:831; 333:447)” e hizo hincapié en la calidad de entidad financiera que ostentaba la interesada, “a la cual se le exige un estándar de conducta propio de la estructura societaria que detenta y del sistema del que participa” (confr. causa CAF 7482/2013/CS1 “Standard Bank Argentina SA y otros c/ CNV - resol. 17034/13 [ex 709/09] s/ recurso directo”, pronunciamiento del 21 de noviembre de 2018).

Bajo esas pautas, las quejas atinentes al rechazo de la prórroga del plazo para formular el descargo en sede del BCRA debe ser desestimado por carecer de un agravio concreto que lo sustente, pues no han expuesto cuáles fueron las defensas que se vieron impedidos de formular.

En suma, no se advierte en autos un menoscabo del derecho de defensa de los recurrentes que habilite a acoger los agravios relativos a la nulidad del procedimiento sumarial; máxime si se tiene en cuenta que el ejercicio de este derecho ante esta sede judicial sanea la existencia de cualquier hipotético defecto que hubiera podido existir durante el trámite del sumario administrativo (Fallos: 267:393; 273:134; 300:1047; 305:831, entre otros).

X. Que corresponde abordar ahora los agravios de los recurrentes relacionados con las infracciones que conformaron el cargo 1.

X.1. *Asistencia al sector público no financiero sin contar con la autorización previa del BCRA*

De acuerdo con la comunicación “A” 3054 se establece una clara limitación en cuanto a que “las entidades financieras, comprendidas sus filiales y sus sucursales o subsidiarias del exterior, no podrán refinanciar u otorgar asistencia financiera al sector público no financiero” (sección 2, punto 2.1). No obstante, en la sección 4 de esa norma prevé la posibilidad de otorgar este tipo de asistencia siempre y cuando medie autorización expresa.

De una lectura del contrato de *swap* –cuya traducción obra a fs. 24/40– surge que bajo el título de “Disposiciones en materia de finalización temprana” se estipularon diversos supuestos cuyo acaecimiento obligaba al BHSa a entregar al DB títulos o pesos argentinos por el valor nominal de \$621.000.000 de “Préstamos Garantizados Global 2008” y a recibir esos instrumentos con valor de cotización sustancialmente inferior a su valor de paridad y eventualmente sujetos a reestructuración.

Ese compromiso contractual fue interpretado por el BCRA –a la luz de la realidad económica– como un supuesto de asistencia financiera al sector público no financiero –en tanto el BHSa garantizaba al DB del riesgo soberano sobre los instrumentos públicos involucrados en la operación– que no contó con una autorización previa a su celebración, en contravención a la norma antes aludida.

Para cuestionar la infracción imputada, los recurrentes sostienen que la resolución sancionatoria se sustentó en una interpretación aislada y errónea de la cláusula de terminación temprana que llevó al BCRA a prescindir de la finalidad buscada con la operación investigada y de la evaluación de las razones por las cuales se puso fin a la relación contractual. Apuntan a que: i) la operación jamás persiguió otorgar al DB una cobertura del riesgo soberano

o *default* sino la obtención por parte del BHSa de una ganancia, producto del arbitraje de rendimientos estipulado en el contrato; ii) la cláusula de terminación temprana no aparejaba la percepción automática de los préstamos garantizados; y iii) la efectiva percepción de esos instrumentos por parte del BHSa obedeció a la decisión de la entidad de participar y de apoyar el canje lanzado por el Estado Nacional.

Ahora bien, esos argumentos no resultan idóneos para controvertir la transgresión bajo examen. En efecto:

a) En cuanto a la finalidad de la operación celebrada entre el BHSa y el DB, si bien los “términos generales” previstos en el contrato se identifican con la estructura típica de un “*swap* de tasa de interés” –que implicaba para el BHSa la percepción mensual de una renta del 1,5 % sobre el monto del contrato ajustado por CER–, debe repararse en que la cláusula de terminación temprana –interpretada según la realidad económica, del modo en que lo hizo el BCRA– reúne las características de un “*credit default swap*” (CDS).

De acuerdo con lo informado por la Subgerencia de Emisión de Régimen Informativo del BCRA en el informe n° 365/226/0 (fs. 44/45), un CDS consiste en que: “una parte vende un seguro y una segunda lo compra para protegerse contra la quiebra de una tercera parte. El comprador de CDS acuerda pagar cierta cantidad de efectivo (con cierta periodicidad) al vendedor a cambio de tener una protección contra el incumplimiento (*default*) de un bono o préstamo de una empresa o país. Si la empresa o país de referencia en el contrato entra en *default* (se produce un evento crediticio), el vendedor del CDS paga al comprador el monto total de la pérdida del préstamo o bono. Esta liquidación puede ser en efectivo o en otros activos”.

Acerca de ese extremo, los recurrentes no han ofrecido argumentos para controvertir la interpretación efectuada por el BCRA respecto de la operación investigada, limitándose a afirmar que las conclusiones de la inspección se basaron en el examen aislado de una cláusula del contrato. Esta aseveración no es apta para excusar el incumplimiento de su obligación de solicitar la autorización previa del BCRA en los términos previstos por la comunicación “A” 3054, si el negocio contractual evidenciaba la existencia de una asistencia al sector público no financiero.

b) Asimismo, a los efectos de restar trascendencia a las disposiciones en materia de finalización anticipada previstas en el contrato, los recurrentes insistieron –tanto en su descargo en sede administrativa (fs. 411/460, en especial, fs. 430/vta.), como en el recurso ante esta alzada (fs. 1064/vta.)– en la baja probabilidad de acontecimiento de un evento de terminación temprana y en el escaso impacto patrimonial y financiero para el BHSa.

Sin embargo, corresponde reparar en el informe producido por la propia gerencia de finanzas del BHSa con relación a la enmienda contractual efectuada el 8 de agosto de 2008 (ver. fs. 41, subfojas 5/6), en donde se afirmó que: “Tratándose de una operación bajo la cual la exposición crediticia potencial a Banco Hipotecario que la contraparte asume puede hallarse negativamente correlacionada con nuestra capacidad de pago (...) *esta estructura cuenta con cláusulas de terminación temprana ante la ocurrencia de eventos que reflejen deterioros cualitativos en las condiciones de crédito de la República. (...) La contraparte tiene derecho a requerir una terminación temprana a valores de reposición o de mercado de la estructura siempre que el margen sobre LIBOR del Boden 2012 se encuentre sobre los 700 bps. La concurrencia de este Evento de Margen de Boden con la velocidad y grado del reciente deterioro general de los instrumentos de deuda pública ha producido la invocación de esta cláusula por parte de la contraparte a mediados de julio pasado.* La ejecución de esta solicitud habría implicado cancelar la operación por compensación en efectivo de la diferencia de valor de mercado entre Préstamos Garantizados Global 2008 y el equivalente al valor de un instrumento de deuda de la República con legislación externa a 2 años de plazo, con ajuste a la moneda de los PGs –CER–, e incurrir en un quebranto a cuentas del deterioro producido en la evolución de este valor relativo entre la fecha de ingreso en la estructura y la posible fecha actual de cancelación. (...) Con el fin de evitar las condiciones de terminación temprana descriptas, se ha procurado conseguir de la contraparte una dispensa de este ejercicio a través de una propuesta de enmienda a otros términos crediticios de la estructura. En particular, se ha acordado modificar el nivel de ejercicio de esta op-

ción de precancelación a 1.600 bps de Z-spread del Boden 2012 sobre LIBOR a cambio de: i) incrementar el monto de garantía independiente en U\$S20 MM, y de ii) afrontar el costo de una protección de crédito de BHSa a favor de la contraparte al plazo de transacción, que resulta en la anulación de la prima que el BHSa habría percibido bajo la estructura de aquí al vencimiento de no haberse producido o producirse condiciones de terminación temprana como las corrientes” (énfasis agregado).

c) La transcripción previamente efectuada no sólo es demostrativa de la alta probabilidad de acaecimiento de los supuestos de terminación temprana y del impacto patrimonial y financiero que provocaba en la entidad financiera el ejercicio de esta opción, sino también de que la finalidad perseguida por el BHSa con la operación –percepción de una renta mensual del 1,5 % sobre el monto del contrato ajustado por CER– había sido sacrificada en pos de la continuidad de la operación a escasos meses de su celebración.

d) Por otro lado, no debe perderse de vista que el 28 de enero de 2009 las partes dieron por extinguida la transacción (fs. 84/87) y, de ese modo, el BHSa adquirió efectivamente del DB los préstamos garantizados involucrados, lo que desdibuja el argumento de los recurrentes en cuanto a que la percepción de esos instrumentos no era automática.

En este aspecto, cabe agregar que: i) el acuerdo de finalización de la operación –al involucrar la percepción de los préstamos garantizados– también debió contar con autorización previa del BCRA en los términos del punto 2.1 de la sección II de la comunicación “A” 3054 que en los hechos no existió; y ii) las razones por las cuales el BHSa adquirió esos instrumentos –en sus palabras, para acompañar el canje lanzado por el Estado Nacional–, tampoco son aptas para excusar el cumplimiento de la norma.

X.2. *Inadecuada política de crédito mediando excesos en la afectación de activos en garantía y excesos a los límites de fraccionamiento del riesgo crediticio con el sector público no financiero y con la contraparte, con incidencia en la posición de capitales mínimos*

a) Para controvertir este aspecto del cargo 1, los recurrentes sostienen que el BCRA efectuó una aplicación retroactiva de las normas prudenciales o de exposición previstas en la comunicación “A” 4725 respecto de la operación examinada en autos. En ese orden, plantean que: i) el contrato de *swap* no posee encuadramiento en el concepto de financiamiento que ofrece la comunicación “A” 414; ii) las previsiones de la comunicación “A” 4725 alcanzaban a las operaciones concertadas a partir del 1/11/2007; y iii) la enmienda celebrada el 8 de agosto de 2008 no implicó un nuevo acuerdo.

Ahora bien, no debe perderse de vista que el punto 2.7 del capítulo II de la comunicación “A” 414 enumera dentro de las operaciones alcanzadas por las disposiciones en materia de “fraccionamiento del riesgo de las operaciones de crédito” a “*cualesquiera otras facilidades y compromisos que en forma directa o indirecta pudieran afectar patrimonialmente a las entidades*” (énfasis agregado). Por esa razón, y teniendo en cuenta lo señalado en el apartado anterior de este considerando, la operación examinada posee encuadramiento en la referida norma.

Por otro lado, y en cuanto a la forma de computar las facilidades otorgadas a cada cliente para la aplicación de los límites crediticios, el punto 4.1 del capítulo II de la comunicación aludida aclara que las financiaciones se deben computar no sólo al momento del desembolso que realice la entidad financiera sino también en oportunidad de producirse “*nuevos acuerdos por cualquier concepto, como también en las renovaciones, prórrogas, esperas (expresas o tácitas) o en la asunción de compromisos contingentes*”, para lo cual “*debe ponderarse (...) el valor actualizado de todas aquellas obligaciones*”.

Si bien la comunicación “A” 4725, punto 2, incorporó a partir del 1/11/2007 a las operaciones a término, *forwards*, vinculadas o no a pases, de futuros, permutas de tasas de interés o monedas, *swap*, opciones y otros derivados dentro de las operaciones mencionadas en los anexos I y II de la comunicación “A” 2140 sobre “Fraccionamiento del riesgo crediticio”, no puede desconocerse que la enmienda contractual celebrada el 8 de agosto de 2008 por el BHSa y el DB importó una reestructuración del contrato de *swap* celebrado el 26 de febrero de 2007 en razón de las modificaciones sustanciales que sufrieron sus términos y condiciones –tal como fueron indicados

en el punto b del apartado anterior—, como así también las diversas transferencias de divisas que en concepto de garantías adicionales a las originalmente previstas en el contrato el BHSA efectuó a favor del DB (confr. constancias de transferencias de fs. 9, 42 –subfojas 4/5– e informe n° 313/107/10 de fs. 65/73).

Por tales razones, las normas prudenciales o de exposición previstas en la comunicación “A” 4725 resultan plenamente aplicables al caso.

b) En cuanto a los diversos incumplimientos a las normas prudenciales, cabe señalar que:

i) Para contrarrestar los incumplimientos detectados con relación a los aspectos prudenciales en materia de “capitales mínimos” y de “fraccionamiento de riesgo crediticio con el sector público no financiero y con la contraparte”, los recurrentes reeditan sus quejas en cuanto a que la operación no involucró la asunción de un compromiso contingente con el sector público y en la errónea aplicación de la comunicación “A” 4725. Estos planteos ya fueron materia de examen en la presente, por lo que cabe su desestimación.

Sin perjuicio de ello, cabe señalar que en el recurso bajo examen no se controvierten las observaciones del BCRA –reseñadas en el considerando II.1.B.ii) de la presente– en cuanto al modo o cálculo en que debía computarse la exigencia de capital por riesgo de crédito, ni los valores de exposición de las financiaciones otorgadas, de conformidad con las fórmulas de medición previstas en la referida comunicación.

ii) En cuanto al aspecto “afectación de activos en garantía”, los recurrentes aluden a que las transferencias realizadas en favor del DB no constituyeron excesos al momento de la concertación de la operación, por tratarse de garantías adicionales que reconocieron su causa en la modificación del contrato de *swap*. Asimismo, aluden a que no existió una disminución del patrimonio del BHSA y que la significatividad económica del exceso de activos afectados con ese fin no era relevante a la luz de la crisis financiera internacional.

El primer argumento debe ser rechazado de conformidad con lo señalado en el punto a. del presente considerando, en cuanto a la validez de la aplicación de las disposiciones de la comunicación “A” 4725. Los restantes agravios no son aptos para controvertir las observaciones del BCRA en cuanto al exceso en la afectación de activos en garantía –en orden a los \$33.000.000– según lo reglado en el punto 2.2.1.2 de la comunicación “A” 3558 (20 % del valor involucrado en la operación) y en la ausencia de una autorización del BCRA con carácter previo a la afectación según lo estipulado por el artículo 28 de la ley 21.526.

iii) Acerca del “tratamiento contable”, los diversos señalamientos de los recurrentes tampoco controvierten que la exposición efectuada por el BHSA no reflejaba los verdaderos términos de intercambio objeto del contrato de conformidad con las pautas previstas en la comunicación “A” 3016. Aun cuando se contemple la existencia de un error expositivo por su registración en cuentas inapropiadas, lo cierto es que los cambios de valor del contrato no fueron imputados al estado de resultados, ni se efectuó previsión alguna del impacto en el estado de resultados generado por las transferencias efectuadas en concepto de garantía.

XI. Que corresponde abordar los planteos de los recurrentes vinculados con la inobservancia por parte del BCRA de los principios que rigen en materia del derecho penal.

Para ello, es conveniente recordar las directrices que esta sala remarcó al pronunciarse en la causa n° 14724/2014 “Banco Finansur y otros c/ Banco Central de la República Argentina s/ recurso directo de organismo externo”, sentencia del 16 de marzo de 2015, en cuanto a que:

a) Las infracciones a las normas bancarias no revisiten naturaleza penal (causas “Ayarragaray, Luis María c/ BCRA - Resol. 136/04 [Expte. 100172/85 Sum. Fin. 648]”, “Miguel, Alicia y otro c/ BCRA - Resol. 365/06 [Expte. 101075/84 Sum. Fin. 649]” y “Banco Integrado Departamental Cooperativo c/ BCRA - resol. 295/99”, pronunciamientos del 17 de abril del 2012, del 17 de mayo de 2012 y del 18 de septiembre de 2014, respectivamente), pues en materia de control bancario la Corte Suprema, por un lado, ha sostenido que “la actividad bancaria tiene una naturaleza peculiar que la diferencia de otras de carácter comercial y se caracteriza especialmente por la necesi-

dad de ajustarse a las disposiciones y al control del Banco Central”, lo cual “implica el sometimiento a un régimen jurídico que establece un margen de actuación que faculta al ente rector a dictar normas que aseguren el mantenimiento de un adecuado grado de solvencia y liquidez de los intermediarios financieros y a establecer obligaciones a las que deberán sujetarse en relación a aspectos vinculados con su funcionamiento” (Fallos: 275:265; 328:2504; 333:2065, entre otros), y, por otro lado, ha puesto de relieve que las sanciones que el Banco Central aplica de acuerdo con la ley de bancos “tienen carácter disciplinario y no participan de la naturaleza de las medidas represivas del Código Penal” (Fallos: 275:265; 303:1776; 305:2130; y causa B.62.XXXI “Banco Patagónico S.A [en liquidación] c/B.C.R.A. s/ resol. 562/91”, pronunciamiento del 27 de febrero de 1997).

Estos argumentos fueron recientemente sostenidos por la Corte Suprema en la causa CAF 30.330/2012/CS1 “Caja de Crédito Cuenca Coop. Ltda. y otros c/ BCRA - Resol. 209/12 (ex 11276/04 sum. fin. 1163)”, pronunciamiento del 10 de julio de 2018).

b) Desde esa perspectiva, los principios del derecho penal no resultan de aplicación en el esquema de control cuya custodia la ley ha delegado en el Banco Central al colocarlo como eje del sistema financiero (Fallos: 251:343; 275:265; 303:1776; 305:2130 y 331:2382).

c) Las responsabilidades penales, civiles y administrativas, aun surgidas o analizadas a la luz de los mismos hechos, presentan diferencias sustanciales, lo que lleva a un diferente juzgamiento, por distintas autoridades legalmente instituidas para cada uno de esos cometidos. En el proceso penal se imputa la comisión de delitos tipificados en el Código Penal de la Nación, en donde la entidad financiera puede servir de móvil y su operatoria puede constituir el marco para producir su consumación; pero la existencia o inexistencia de responsabilidad en ese ámbito será determinada de acuerdo con los principios que lo informan, las normas que lo rigen, los bienes jurídicos que tiende a proteger, por medio de los mecanismos de esa legislación y los órganos estatales instituidos constitucional y legalmente para esa función (causa “Banco Integrado Departamental Cooperativo”, citada).

Teniendo en cuenta el desarrollo efectuado en el considerando anterior, las conductas sancionadas en el cargo 1 encuentran adecuado sustento en las normas invocadas por el BCRA, por lo que no se configura un agravio al principio de “tipicidad”.

A lo que cabe agregar que –a diferencia de lo que parece desprenderse de la interpretación que los recurrentes efectúan del precedente “Volcoff” (Fallos: 334:1241) y a partir de las aludidas directrices– esta sala no considera que la Corte Suprema haya dispuesto que, para un debido respeto del principio de legalidad, las normas que integran o complementan los tipos infraccionales del artículo 41 de la ley 21.526 no puedan interpretarse de conformidad con los criterios del derecho financiero al cual pertenecen (causa n° 48.741/2015 “Caja de Crédito Cuenca Cooperativa Ltda. y otros c/ BCRA s/ entidades financieras - ley 21526 - art. 42”, pronunciamiento del 14 de julio de 2016).

Por otro lado, y en cuanto a la aludida violación al principio de irreatividad de la ley penal, para su rechazo basta remitir a las consideraciones efectuadas en el considerando X.2.a).

Por último, en materia de la responsabilidad personal de las autoridades del BHSA, cabe indicar que “las personas o entidades regidas por la Ley de Entidades Financieras conocen de antemano que se hallan sujetas al poder de policía financiero y bancario del Banco Central, y que es la naturaleza de la actividad y su importancia económico-social la que justifica el grado de rigor con que debe ponderarse el comportamiento de quienes tienen definidas obligaciones e incumbencias en la dirección y fiscalización de los entes financieros. Su responsabilidad es la consecuencia del deber que les incumbe al asumir y aceptar funciones que los habilitan razonablemente para verificar y oponerse a los procedimientos irregulares, sin que las modalidades de la gestión del negocio social puedan excusarlos de sus obligaciones. Esa responsabilidad se ve comprometida toda vez que se verifican infracciones cuya comisión ha sido posible por su realización deliberada, o por su aceptación, tolerancia o negligencia aunque sea con un comportamiento omisivo (...); salvo que invoquen o demuestren la existencia de alguna circunstancia excul-

patoria válida (...)” (esta sala, causa “Banco Columbia SA c/ BCRA - Resol. 207/11 [expte. 100753/03 Sum. Fin. 1127]”, pronunciamiento del 10 de septiembre de 2013).

Por tales motivos, los argumentos de los recurrentes tendientes a cuestionar la resolución sancionatoria sobre la base de que se habría configurado un supuesto de responsabilidad objetiva violatorio del principio de culpabilidad son inatendibles en la medida que no se hacen debido cargo de que la imputación efectuada se corresponde con los particulares parámetros con que deben evaluarse las responsabilidades derivadas del accionar ilegítimo de un ente social.

XII. Que acerca del cargo 2, los recurrentes reconocieron expresamente los hechos en los que se basó la infracción imputada. No obstante, sostienen que las eventuales demoras en comunicar o aportar la documentación relativa a las designaciones de las autoridades no menoscabaron la finalidad que informan las comunicaciones “A” 3700 y “A” 4490 y que, por ende, su sanción traduce un “exceso ritual manifiesto”. A su vez, señalan que una simple comunicación comporta una mera tarea administrativa que excede el ámbito de actuación de los representantes legales del BHSA y que los montos de las sanciones aplicadas a la señora L. de E. y al señor E. por este cargo resultan irrazonables.

En cuanto la aplicación de una sanción respecto de los incumplimientos que constituyen el cargo 2, debe expresarse que la inexistencia de perjuicio es indiferente para tener por configurada la infracción, en la medida en que “las sanciones que el Banco Central aplica por infracciones a la Ley de Entidades Financieras, a sus normas reglamentarias y a las resoluciones que dicte en ejercicio de sus facultades, persigue evitar o corregir conductas que constituyan un apartamiento de las reglas a que debe atenerse estrictamente la actividad de los intermediarios financieros, con prescindencia de las eventuales consecuencias que pudieran derivarse de aquélla” (Fallos: 321:747, citado por esta sala en la causa “Davatur SA c/ BCRA - Resol. 551/10”, pronunciamiento del 21 de marzo de 2013).

A su vez, la defensa sustentada en la ausencia de una participación directa en los hechos constitutivos del presente cargo –a las que consideran tareas administrativas delegadas al personal de la entidad–, es inadmisibles a la luz de los cargos que los recurrentes ostentaban y de los particulares parámetros con los que deben evaluarse las responsabilidades derivadas del accionar ilegítimo de una entidad financiera según la doctrina del precedente de la Corte Suprema “Standard Bank Argentina SA”, citado en el considerando IX.

Esta sala tiene dicho que no basta para eximir a los integrantes de los órganos ejecutivos de una entidad financiera la mera alegación de ignorancia, por lo que resultan sancionables quienes, por omisión, aun sin actuar materialmente en los hechos, no desempeñaron su cometido de dirigir y fiscalizar la actividad desarrollada por aquéllos, y coadyuvaron de ese modo, por omisión no justificable, a que se configuraran los comportamientos irregulares (causas “Banco Columbia SA” –ya citada– y “Banco General de Negocios SA [E/Q] y otros c/ BCRA - Resol. 318/10 [expte. 100159/03 Sum. Fin. 1101] s/ BCRA recurso directo”, pronunciamiento del 1° de septiembre de 2016).

Por último, las quejas relacionadas con la irrazonabilidad del *quantum* de las sanciones aplicadas con relación a este cargo, serán abordadas seguidamente.

XIII. Que resta examinar los agravios de los recurrentes en cuanto a la alegada irrazonabilidad del *quantum* de las sanciones aplicadas.

a) En este punto, debe recordarse que las sanciones previstas en la ley 21.526 son impuestas por un órgano estatal altamente especializado en la complejidad técnica de su competencia, de cuyo pronunciamiento solo cabría apartarse por razones de arbitrariedad (esta sala, causas “Ayarragaray” –ya citada– y “Hoffmann, Susana Beatriz c/BCRA - resol. 335/12 [ex. 100.606/04 sum. fin. 1.171]”, pronunciamiento del 5 de agosto de 2014).

Con la reforma introducida por la ley 24.144, el legislador suprimió los topes legales y estableció que el “Banco Central de la República Argentina reglamentará la aplicación de las multas, teniendo en cuenta para su fijación los siguientes factores: magnitud de la infracción, perjuicio ocasionado, beneficio generado para el infractor,

volumen operativo del infractor, responsabilidad patrimonial de la entidad”.

Esos aspectos fueron reglamentados en la comunicación “A” 3579. Allí la autoridad bancaria señaló que a los fines de esa reglamentación resultaba necesario “no sólo determinar la valoración que debe atribuirse a cada uno de los factores enunciados en el párrafo tercero del artículo 41, sino que también es conveniente definirlos conceptualmente teniendo en cuenta que están encaminados a graduar sanciones aplicables a infracciones derivadas de una actividad de singulares características como la financiera”.

b) De la compulsión de los antecedentes sumariales, surge que la Gerencia de Asuntos Contenciosos produjo el informe n° 388/489/13 del 22 de noviembre de 2013 (fs. 842/843) por el cual elevó un proyecto de resolución final del sumario en donde estimó las sanciones de multa a aplicar a los aquí recurrentes en las siguientes sumas: de \$492.000 al BHSA; de \$492.000 a la señora L. de E.; de \$480.000 a cada uno de los señores D. y P.; de \$372.000 al señor E.; de \$360.000 a cada uno de los señores B., F., R., V. del C., V., Z. y W.; de \$ 102.000 al señor M.; de \$100.000 al señor S.; de \$80.000 al señor B.; de \$77.000 al señor G.; y de \$16.000 al señor E.

Sin embargo, la Subgerencia General de Cumplimiento y Control emitió la providencia del 10 de enero de 2014 (fs. 879) por la cual devolvió las actuaciones a los efectos de “reanalizar el cálculo de las sanciones impuestas, considerando los aspectos que involucran el cargo I y los períodos en los que se desempeñaron los funcionarios. (...) se deberán efectuar las modificaciones referidas a los aspectos formales informados verbalmente”.

En función de ello, se elaboró un nuevo proyecto por el que se “procedió a reanalizar el cálculo de las sanciones impuestas” y se las estimó en los siguientes montos: de \$772.000 al BHSA; de \$772.000 a la señora L. de E.; de \$760.000 a cada uno de los señores D. y P.; de \$582.000 al señor E.; de \$570.000 a cada uno de los señores B., F., R., V. del C., V., Z. y W.; de \$162.000 al señor M.; de \$170.000 al señor S.; de \$136.000 al señor B.; de \$121.000 al señor G.; y de \$16.000 al señor E. (ver informe n° 388/12/14 del 17 de enero de 2014, fs. 880 y proyecto de resolución de fs. 881/909).

En su intervención de fs. 913, la Gerencia Principal de Asuntos Contenciosos expresó que “sin perjuicio de las facultades discrecionales que posee el señor Superintendente para resolver al respecto, se estima que las sanciones propuestas a fs. 908 deben incrementarse, teniendo especialmente en cuenta las siguientes circunstancias: a) La RPC de la entidad que al momento de los hechos ascendía \$2.496.023.000. b) La importancia y gravedad de las normas transgredidas en la configuración del cargo 1), dada la naturaleza de los diversos tópicos involucrados en los ilícitos (...), cuya consumación afectan la seguridad, confianza y estabilidad del sistema financiero. c) La importancia del monto involucrado en el cargo 1. d) En lo que se refiere al cargo 2), no constituyen atenuantes a criterio del suscripto, a los fines aquí analizados, que este Ente Rector no hubiera observado la idoneidad y experiencia de las designaciones realizadas. En cambio, sí debe tenerse en cuenta que, a tenor de los hechos analizados en el informe acusatorio, así como de la documentación obrante en autos que le sirve de sustento, en reiteradas oportunidades y pese a haber sido observado y advertida la entidad previamente, ha incurrido en sucesivas demoras en la presentación ante este BCRA de la documentación pertinente para evaluar los antecedentes de las nuevas designaciones de autoridades. e) Las pautas y criterios vigentes fijados por la superioridad para la elevación de propuestas de aplicación de sanciones de multa en los sumarios financieros”.

Agregó que, “el suscripto considera que la propuesta elevada no resulta adecuada teniendo en cuenta la importancia de los incumplimientos verificados y el monto de las multas propuestas, tanto para la entidad como para sus principales directivos”.

Destacó que “esta instancia entiende que el monto de la sanción de multa se encuentra íntimamente relacionado con el poder disuasivo que la misma pueda generar frente al incumplimiento de las normas transgredidas, porque el objetivo es que quien cometió una infracción no vuelva a hacerlo. También está dirigida a aquel que aún no incumplió con la norma y esto último se relaciona con el poder ejemplificador que deben poseer las sanciones”.

Esas observaciones fueron plasmadas como fundamento de las sanciones que fueron incorporadas por la Gerencia de Asuntos Contenciosos en su tercera intervención (fs. 914), cuyo proyecto fue suscripto por el Superintendente de Entidades Financieras dando lugar a la resolución aquí recurrida de conformidad con los montos sancionatorios aludidos en el considerando I de la presente.

c) Sin embargo, la justificación aludida no permite conocer razonablemente en qué medida fueron ponderados los parámetros a los cuales el BCRA se sometió al reglamentar los factores de ponderación indicados en el artículo 41 de la ley 21.526 (según la modificación introducida por el artículo 3° de la ley 24.144) y que, como se vio, fueron materializados en la comunicación “A” 3579.

En este aspecto, no debe perderse de vista que en autos no se cuestionó la efectiva realización de la operación de *swap* sino la falta de autorización previa a su celebración, como también la inobservancia de normas prudenciales relativas al fraccionamiento de riesgos crediticios. Es decir, que las conductas imputadas, por sus características, no configuraron hechos susceptibles de apreciación pecuniaria y, en razón de ello, ponderar la “magnitud de la infracción” tomando como parámetro el monto total de la operación no resulta razonable.

A su vez, cabe destacar que el BCRA reconoció la imposibilidad de determinar el beneficio obtenido por la entidad y sus funcionarios, y el perjuicio ocasionado a terceros.

Por ello, el BCRA intentó justificar las sanciones aplicadas en la “relevancia de las normas infringidas” y en el carácter “ejemplificador o disuasivo” de esas penalidades. Sin embargo, no indicó de qué manera el primer parámetro influyó en la ponderación de los montos fijados y, por otro lado, la comunicación “A” 3579 no contempla al carácter “ejemplificador o disuasivo” como un elemento a tener en cuenta por el BCRA a los efectos de graduar las sanciones.

En suma, si bien la materialidad de las infracciones debe ser confirmada, se impone revocar el monto de las sanciones estimadas respecto del BHSA, de sus directores –la señora L. de E. y los señores E., B., Dr., F., G., M., P., R., V. del C., V., Z. y W.– y sus gerentes –los señores B., S. y E.– y ordenar que el BCRA las redetermine en su sede (conf. causa “Banco Finansur SA”, ya citada), pues como ha dicho esta sala, no resulta óbice para justificar la ausencia de fundamentación el hecho de que se trata del ejercicio de potestades discrecionales, las que por el contrario imponen una observancia más estricta de la debida motivación (confr. doctrina de Fallos: 324:1860) que permita verificar su razonabilidad (esta sala, causas “Miguel, Alicia” –ya citada– y n° 76.054/14 “Banco de Valores SA y otros c/ BCRA s/ entidades financieras - ley 21.526 - art. 42”, pronunciamiento del 6 de septiembre de 2016).

Por las razones expuestas, el tribunal *resuelve*: 1) hacer lugar parcialmente al recurso deducido por el BHSA, sus directores –la señora L. de E. y los señores E., B., D., F., G., M., P., R., V. del C., V., Z. y W.– y sus gerentes –los señores B., S. y E.– y, en consecuencia, ordenar la devolución de las actuaciones al BCRA para que en el plazo de sesenta (60) días determine y fundamente el monto de las sanciones aplicadas a aquéllos con arreglo a lo expuesto en el considerando XIII; y 2) distribuir las costas en el orden causado en atención a la complejidad de las cuestiones debatidas y al modo en que se resuelve (artículo 68, segundo párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, devuélvase. – Clara M. do Pico. – Liliana M. Heiland. – Rodolfo E. Facio (en disidencia).

El juez Rodolfo Eduardo Facio dijo:

I. Que toda vez que mantengo la opinión que expresé en disidencia en el pronunciamiento de fs. 1902/1903, discrepo con la conclusión que se hace en el considerando IX del texto que antecede, acerca de los agravios dirigidos al rechazo en sede administrativa de la actividad probatoria ofrecida por la entidad recurrente y al consiguiente pedido de producción en esta instancia.

II. Que en la disidencia referida sostuve:

a. Efectivamente “existen circunstancias controvertidas que justifican la producción de la prueba ofrecida en la pretensión recursiva”.

b. El Banco Central de la República Argentina (BCRA), “en el escrito de réplica [...], expone genéricas

afirmaciones que no aportan elementos de juicio que permitan concluir que la prueba ofrecida resulte superflua o inconducente”.

c. “[A] mi juicio, la apertura de la causa a prueba en esta etapa procesal comporta la manera más adecuada de tutelar las garantías constitucionales del debido proceso y de la defensa en juicio”.

III. Que considero necesario recordar que, al replicar el recurso directo, el BCRA afirmó, en cuanto me interesa destacar ahora:

(i) que el pedido de apertura a prueba “es contrario a la naturaleza del recurso en examen”; (ii) que “el estricto ámbito de la revisión judicial de las sanciones que impone el BCRA por infracción a la Ley N° 21.526, ha de ceñirse al examen de la objetiva legitimidad y al control de la razonabilidad de la resolución en que fueron plasmadas [...] bajo la comprensión de que se trata de actos dictados por un órgano altamente especializado en la complejidad técnica de la competencia que se ha asignado”.

IV. Que como dije en la referida disidencia, aun cuando la producción probatoria en este tipo de procesos recursivos sea excepcional –mas no contraria a su naturaleza– en tanto se tiende a impedir la “ordinarización” del proceso (Sala II, causa “Colatarci, María Azucena y otro c/ I.U.N.A. - resol. 4/12”, pronunciamiento del 4 de abril de 2013, y esta sala, causas “Intercreditos Cooperativa de Vivienda, Créditos y Con. Ltda.”, pronunciamiento del 4 de diciembre de 2014, y “Banco Macro S.A. y otros c/ UIF”, pronunciamiento del 14 de abril de 2015), si hay, como ocurre en este caso, circunstancias controvertidas y si, a criterio del tribunal, los hechos alegados son conducentes para la correcta y justa solución del caso, es viable procesalmente la apertura a prueba solicitada.

Y tanto es así que esta sala ha admitido la producción de la prueba pericial en el marco de un recurso directo interpuesto contra una resolución sancionatoria del BCRA.

En efecto, en la causa “Fiorito Factoring SA y otros c/ Banco Central de la República Argentina s/entidades financieras - ley 21.526 - art. 41” (pronunciamiento del 20 de noviembre de 2014), tras haber señalado que “en el caso existen circunstancias y hechos controvertidos que justifican la producción de la prueba ofrecida en la pretensión recursiva”, esta sala decidió “abrir la causa a prueba por el término de cuarenta (40) días” y dio traslado al BCRA de los puntos de peritaje ofrecidos por la parte recurrente.

No está en discusión, en modo alguno, la condición que el BCRA ostenta como órgano estatal altamente especializado en la complejidad técnica de la competencia que se le ha asignado por ley (condición que fue explícitamente reconocida por esta sala en la causa “Ayarragaray, Luis María y otros c/ BCRA - resol. 136/04 [expte. 100172/85 sum. fin. 648]”, pronunciamiento del 17 de abril de 2012) ni que los jueces no podemos sustituir su criterio técnico por uno propio.

Empero, si estas consideraciones, dentro del marco de conocimiento que tiene esta cámara para examinar la legalidad y la razonabilidad de las resoluciones sancionatorias emitidas por el BCRA –lo cual, naturalmente, excluye toda revisión sobre la oportunidad, el mérito o la conveniencia de tales resoluciones–, fueran dilatadas hasta un extremo, no podría admitirse nunca, en ningún caso, la producción de la prueba ofrecida por aquellas personas que, como aquí ocurre, hayan sido sancionadas por el BCRA, dada esa especialidad técnica.

Ese criterio es francamente inaceptable. Y además no es el criterio que ha aplicado esta sala.

Una clara prueba de ello es la apertura a prueba decidida en la referida causa “Fiorito Factoring SA”.

También otras salas de esta cámara, en materia de recursos directos, han aceptado la viabilidad de ordenar la apertura a prueba en diversas causas tramitadas por esa vía procesal.

En ese sentido se expresaron la Sala II (causas “Orlando J. Ferreres & Asociados SA c/ DNCI - disp. 212/11 [expte. s01:50684/11]”, pronunciamiento del 7 de mayo de 2013, 37547/2017 “Alfaro Blanco, Francisco Matías c/ M. Justicia y DDHH s/ indemnizaciones - ley 24.043 - art. 3”, pronunciamiento del 28 de septiembre de 2017, y “Camuzzi Gas Pampeana SA c/ ENARGAS s/ recurso directo de organismo externo”, pronunciamiento del 31 de octubre 2017) y la Sala V (causa “C., L. c/ EN - DNM s/ recurso directo DNM”, pronunciamiento del 8 de junio de 2018).

Como se ha dicho en esta cámara, “un abordaje adecuado de la apertura a prueba en los así llamados ‘recursos directos’, debe tender a resguardar la efectividad de la intervención judicial [...] sin soslayar sus particularidades o características propias. Tales parámetros aconsejan un abordaje prudente y ‘caso por caso’ de la conducencia probatoria, que atienda a las modulaciones propias de la vía intentada tanto como, en cuanto fuera pertinente, a los principios generales en materia de prueba...” (Sala II, causa, “Obra Social del Personal Asociado a Asociación Mutual Sancor c/ Superintendencia Servicios de Salud s/ obras sociales - ley 23.661 - art. 45”, pronunciamiento del 5 de noviembre de 2015, voto de la jueza Claudia M. Caputi).

V. Que, por otra parte, no puede soslayarse que en el pronunciamiento en el que esta sala rechazó la medida cautelar solicitada, puso de relieve la “complejidad en el asunto” (fs. 1613/1618).

VI. Que las consideraciones expuestas restan consistencia a la invocación de la teoría de la subsanación, ya que –más allá de que la aplicación de esa teoría ha sido atenuada por esta sala en diversas oportunidades⁽¹⁾–, precisamente, puede propiciarse, como ya lo hice y aquí lo reitero, la producción, en esta instancia, de la prueba pericial contable y económica y de la prueba testimonial.

VII. Que en razón de que mi opinión sigue siendo minoritaria, resulta inoficioso expedirme acerca de las restantes cuestiones planteadas por la parte recurrente. – *Rodolfo E. Facio*.

(1) En ese sentido, relativamente a sanciones impuestas por otras dependencias estatales, esta sala ha dicho que:

i. “La declaración de voluntad que se expresa en el acto administrativo se forma en un procedimiento que refleja un conjunto de formalidades arbitradas en garantía de los particulares, cuya finalidad es la de conseguir el acierto en las decisiones administrativas. Es posible que en la tramitación de ese procedimiento se produzca una deficiencia que pueda comportar un vicio que, como tal, pueda comprometer la validez del acto administrativo. La determinación del vicio del acto dependerá de la magnitud del incumplimiento del orden jurídico que signifique el requisito concretamente violado” (causa “Karpeliowski Laureano Eric c/ Resolución 113/09 – CNRT [Expte s01:1008913/09]”, pronunciamiento del 8 de mayo de 2014).

ii. Algunos casos de nulidad absoluta no son subsanables por la eventual fiscalización judicial del acto impugnado, puesto que de lo contrario el procedimiento administrativo perdería la significación axiológica que constitucional y legalmente está llamado a poseer (causas “Unisel SA c/ AFIP DGA s/ ANA”, pronunciamiento del 23 de febrero de 2010, “F. J. W. SAT c/ disposición 5629/11 –CNRT– [Exp. S01:3097551/06]”, pronunciamiento del 22 de abril de 2014, “Ugarte Fernando Emilio c/ EN –DGA– resol. 6435/03 [expte. 604924/98] s/ Dirección General de Aduanas”, pronunciamiento del 15 de mayo de 2014, y “Orbis Compañía Argentina de Seguros SA c/ CNRT s/ recurso directo de organismo externo”, pronunciamiento del 28 de abril de 2015, y “Karpeliowski”, citada).

Fuerzas Armadas y de Seguridad:

Policía Federal: agente; cesantía; resolución administrativa; pedido de nulidad; rechazo; absolución en sede penal; irrelevancia.

1 – *Los agravios del actor –deducidos contra la sentencia que rechazó su pedido de nulidad de la resolución administrativa que dispuso su cesantía como agente de la Policía Federal–, fundados en la inteligencia de que su absolución en sede penal es prueba suficiente de su inocencia respecto de los hechos que se le imputaron en el sumario administrativo, no pueden prosperar, pues lo resuelto en sede penal no excluye el ejercicio de la potestad disciplinaria o sancionatoria por las infracciones que pueda haber cometido el agente; por lo que debe considerarse, al efecto, las diferencias de naturaleza, finalidad y esencia existentes entre las sanciones disciplinarias y las penas del derecho penal.*

2 – *La decisión del ministro del interior –que dispuso la cesantía del actor como miembro de la Policía Federal– luce debidamente fundada y ajustada a derecho, pues de la lectura del sumario administrativo surge que para arribar a la decisión impugnada se tuvieron en consideración los incumplimientos al ordenamiento que regula los deberes y obligaciones de los integrantes de la fuerza, los que fueron calificados como graves, y también se ponderó la pérdida de confianza en el agente, su falta del sentido de la responsabilidad y el desprestigio institucional que había ocasionado con su conducta. R.C.*

1104 – CNCont.-adm. Fed., sala I, febrero 19-2019. – B., J. D. c. Estado Nacional - Ministerio del Interior - PFA s/Personal Militar y Civil de las FFAA. y de Seguridad.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los 19 días del mes de febrero del año dos mil diecinueve, reunidos en Acuerdo los señores jueces de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, para resolver los autos “B. J. D. c/ EN - M° Interior - PFA s/ personal militar y civil de las FFAA. y de Seg.”, y

La Dra. *Clara María do Pico* dijo:

I. La sentencia de fs. 181/186 rechazó, con costas, la demanda que J. D. B. interpuso contra la Policía Federal Argentina con el objeto de que: (i) se declare la nulidad del sumario administrativo n° 465-18-000379-02 y de la resolución n° 575 del Ministerio del Interior, que dispuso su cesantía; (ii) se lo reincorpore a la Fuerza en el escalafón correspondiente; y (iii) se lo indemnice por el daño moral sufrido, pérdida de la chance y lucro cesante.

Para decidir de este modo, la jueza de grado sostuvo que:

(i) La absolución del actor en sede penal –por imperio del beneficio receptado en el art. 3 del Código Penal– no le otorgaba de por sí el derecho a permanecer en la carrera, pues el proceso penal y el procedimiento administrativo, que culminó con su cesantía, son independientes.

(ii) Se habían comprobado fallas profesionales que denotaban “su no sujeción al régimen general imperante en la Institución Policial”, sin que se pudiera advertir que las autoridades de la Fuerza o del Ministerio del Interior hubieran obrado arbitrariamente.

(iii) El actor había incumplido con los deberes que se derivan de la ley n° 21.965 y del decreto n° 1866/83, art. 535, por lo que la medida segregativa se encontraba debidamente fundada.

(iv) La pretensión resarcitoria del actor por la prisión preventiva no podía prosperar puesto que su sobreseimiento no significó la existencia de un error judicial por su apresamiento. Por el contrario, éste fue absuelto porque la mayoría del Tribunal actuante le concedió el beneficio de la duda por los hechos que se le imputaban.

II. Disconforme, apeló el actor (fs. 188) y fundó su recurso (fs. 193/196), el que fue replicado (fs. 204/206 vta.).

Al momento de expresar agravios, se quejó de que:

(i) Su absolución en sede penal, por aplicación del beneficio de la duda, había sido tomada “como un desmerecimiento” por la jueza de grado, como si no hubiera hecho prueba suficiente de su inocencia. En efecto, con el dictado de la sentencia absolutoria había quedado demostrada su inocencia respecto de los hechos que se le imputaron.

(ii) No se había ponderado su buena conducta durante los diez años de servicio efectivo, las condecoraciones recibidas, los ascensos y demás reconocimientos por parte de la Fuerza.

III. Preliminarmente, considero conveniente destacar que la decisión de cesantear al actor se adoptó en el marco de un sumario administrativo como sanción por la conducta allí investigada.

En efecto, según se desprende de esas actuaciones (fs. 145/148 y 258/259), con fecha 4 de noviembre de 2002 el actor y el Cabo G. A. F., se encontraban participando de un control automotor en la intersección de las avenidas Cruz y Riestra cuando detuvieron la marcha de un vehículo particular tripulado por M. P. C. y B. A. B. L. y advirtiendo que el vehículo poseía una orden de secuestro a pedido de la Comisaría n° 32 de fecha 29/05/01, procedieron a aprehender a los particulares y a la remisión del automóvil.

Más tarde, los mencionados agentes pudieron establecer que el padre de M. C. tenía la documentación que respaldaba el hallazgo y entrega del mencionado rodado, por lo que procedieron a liberar a los detenidos, previa consulta con el magistrado interviniente.

Luego de lo *supra* referido, B. B. L., radicó una denuncia en la Comisaría n° 3 manifestando que tanto ella como M. C. habían sido inducidos por el Subinspector J. D. B. y el Cabo A. G. F., a llegar a un “arreglo monetario con el fin de recobrar su libertad y no ser vinculados a ninguna otra causa”.

A raíz de esa denuncia, el actor y el Cabo F., fueron detenidos y afectados a las actuaciones judiciales n° 1573

caratuladas: “AVERIGUACIÓN PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD Y EXACCIONES ILEGALES” con intervención del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal de Instrucción n° 33. Con posterioridad, el Tribunal Oral en lo Criminal n° 11 dictó sentencia absolviendo a los imputados por aplicación del beneficio de la duda.

Ello no obstante, en el sumario administrativo, se concluyó en que el actor y el Cabo F., habían adoptado una conducta diametralmente opuesta a la sujeción y el respeto irrestricto del orden jurídico imperante, generando un grave desprestigio institucional. Asimismo, se consideró que su absolución por aplicación del beneficio de la duda no les permitía eximirse de su responsabilidad funcional, precisamente porque su dudoso accionar repercutía en forma directa en la confianza que debe inspirar la conducta de los integrantes de la Fuerza, solicitándose la cesantía de ambos agentes.

Finalmente y en función de todo lo actuado el Ministro del Interior dispuso la cesantía del actor mediante la resolución n° 1647.

IV. Dicho esto, corresponde adelantar que los agravios del actor, que se fundan en la inteligencia de que su absolución en sede penal es prueba suficiente de su inocencia respecto de los hechos que se le imputaron en el sumario administrativo, no pueden prosperar.

Es que, esta cámara ha sostenido reiteradamente que lo resuelto en sede penal no excluye el ejercicio de la potestad disciplinaria o sancionatoria por las infracciones que pueda haber cometido el agente, debiendo considerarse, al efecto, las diferencias de naturaleza, finalidad y esencia existentes entre las sanciones disciplinarias y las penas del derecho penal (esta sala, causa “Rodríguez Luis Gilberto c/ EN EMGE s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.”; Sala II “Skrzpic”, Sala III “Juárez Ezequiel Alejandro c/ EN-M° Seguridad-PFA s/Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.”; Sala IV “Andersen Hugo Luis y otro c/ EN-M° Interior-PFA s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.” y Sala V “Lencina Ramona Magdalena y otros c/ Ministerio del Interior - Policía Federal Argentina y otro s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.” pronunciamientos de fecha 7 de febrero de 2017; 15 de marzo de 1994; 31 de julio de 2018; 1 de julio de 2014 y 1 de marzo de 2016).

En efecto, de la lectura del sumario administrativo surge –en sentido contrario a lo esgrimido por el actor en su segundo agravio– que para arribar a la decisión impugnada se tuvieron en consideración los incumplimientos al ordenamiento que regula los deberes y obligaciones de los integrantes de la Policía, los que fueron calificados como graves.

También se ponderó la pérdida de confianza en el agente, su falta del sentido de la responsabilidad y el desprestigio institucional que había ocasionado con su conducta.

Por lo tanto, la decisión del Ministro del Interior –que dispuso la cesantía del actor– luce debidamente fundada y ajustada a derecho.

Por lo hasta aquí expuesto, voto por: confirmar el pronunciamiento apelado en cuanto fue materia de agravios, con costas (conf. art. 68, párrafo segundo del Código Procesal Civil y Comercial).

Los Dres. *Liliana M. Heiland* y *Rodolfo Eduardo Facio* adhieren al voto precedente.

En virtud del resultado que informa el acuerdo que antecede, el tribunal *resuelve*: confirmar la sentencia apelada con costas dealzada.

Regístrese, notifíquese y oportunamente, devuélvase. – *Clara M. do Pico*. – *Liliana M. Heiland*. – *Rodolfo E. Facio* (Sec.: *Hernán E. Gerding*).

Elecciones:

Régimen electoral: electores residentes en el exterior; voto; decreto 45/19; inconstitucionalidad.

Cabe declarar la inconstitucionalidad del decreto 45/19 –que prevé el voto opcional anticipado por correo postal de los electores argentinos que viven en el exterior–, pues con su dictado el Poder Ejecutivo Nacional se ha excedido en el ejercicio de sus facultades, en clara violación de lo establecido en los arts. 77 y 99, inc. 2°, de la CN. Ello es así,

porque, en relación con el voto de los argentinos residentes en el extranjero, se ha pretendido reformar normas electorales al establecer un nuevo sistema de votación, una fecha distinta para la celebración del acto electoral y un procedimiento diferente para la realización del escrutinio, cuestiones que deben ser analizadas por el Congreso Nacional. R.C.

1105 – Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal N° 1, abril 29-2019. – Camaño, Graciela y otros s/ acción de inconstitucionalidad c. Poder Ejecutivo Nacional - Decretos 45, 54 y 55 del 2019.

Buenos Aires, 29 de abril de 2019

Autos y Vistos:

Para resolver en la presente causa número 1081/2019 caratulada: “Camaño Graciela y otros s/ acción de inconstitucionalidad c/ Poder Ejecutivo Nacional - decretos 45, 54 y 55 del 2019”, del Registro de la Secretaría Electoral de este Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal Número 1, con competencia electoral en el distrito Capital Federal.

Y Considerando:

I) A fs. 1/52 se presentan la Sra. Graciela Camaño, Cecilia Moreau, Carla Betina Pitiot, Raúl Joaquín Pérez y Daniel Omar Pires, con el patrocinio letrado del Dr. Robin Andrés Huenchuman Negrón, manifestando que vienen a promover formal demanda de conocimiento contra el Estado Nacional –Poder Ejecutivo Nacional– a fin de que se declare la invalidez, nulidad e inconstitucionalidad de los Decretos 45/2019 del 11 de enero de 2019; 54/2019 y 55/2019, ambos de fecha 16 de enero de 2019. Asimismo, solicitan que dicha invalidez, nulidad e inconstitucionalidad peticionadas se extiendan también a cuanta norma, cualquiera sea su naturaleza, carácter, órgano o funcionario emisor (decretos, resoluciones, disposiciones normativas y/o reglamentarias de todo tipo, actos administrativos y/o designaciones), pudiesen derivar de los mismos.

El presentante peticiona además se requiera una medida cautelar de no innovar con los alcances que se indican en el punto VIII del escrito de demanda, estos son: “Se suspenda en su ejecución los decretos de marras y cuanta demás normativa o actos administrativos pudiesen derivarse del mismo (...) La medida es solicitada con carácter precautorio y transitorio (...) Por caso mínimamente se la extienda hasta una vez agotado el cronograma electoral”.

A fs. 19 vta. el demandante argumenta que la legitimación activa para el inicio de la presente acción surge de la múltiple condición invocada.

A este respecto, manifiesta a fs. 21 vta. que “media un interés concreto y directo en la cuestión, desde que mediante decretos emanados por el Poder Ejecutivo, que constituyen un exceso reglamentario, se ha alterado el espíritu del texto legislativo, sin que esa reglamentación sea objeto de un control posterior por parte del órgano legislativo que la sancionó (...) en el caso de los decretos reglamentarios, el Poder Ejecutivo ejerce su competencia sin que exista un control legislativo posterior, ya que la atribución es propia. Pero el ejercicio de tal competencia se encuentra sujeta a límites constitucionales, que compete a los jueces evaluar ante el planteo de parte interesada”.

“... no se trata de que el Poder Ejecutivo haya impedido el ejercicio de la función legislativa del Congreso, sino que lo que se alega es que aquel órgano ha modificado el sentido y alcances de una ley, a través de su reglamentación.

A diferencia de los casos que se ha dictado un decreto de necesidad y urgencia o delegado, aquí no existiría una instancia en que el Poder Legislativo pueda revisar si la voluntad de este ha sido respetada”.

Finalmente, en este sentido manifiesta que “no existen en el caso alternativas institucionales que permitan debatir la cuestión planteada, en que se alega una ilegalidad manifiesta, de cara a una cuestión que adquiere relieve institucional”.

En el punto IV) el presentante detalla los que a su juicio constituyen los antecedentes del caso, entre los que destaca al enunciar el decreto nro. 45/2019 que “So pretexto de modificarse un decreto reglamentario, lo que se hace en verdad es modificar el propio CEN y la ley 26.571, cuando particularmente para las PASO en su artículo 20 establece como fecha del comicio la del segundo domingo del mes de agosto (...) Conforme al nuevo decreto, los argentinos residentes en el exterior podrán manifestar su voluntad de emitir su voto por correo postal”.

En este sentido el demandante también señala que “el decreto incorpora modificaciones en punto al modo de verificar el escrutinio, estableciendo dos formas diferentes según el voto haya sido presencial o postal (...) Habida cuenta de que el Código Electoral argentino prevé una única manera de emitir el voto, esto es en forma presencial el día señalado para la elección en la convocatoria en el lugar de votación que corresponda al elector, la reforma que indebidamente se introduce por vía de un decreto que se pretexto reglamentario, nada tiene de tal sino que lisa y llanamente elimina, destruye lo que la ley estatuye”.

En cuanto al decreto nro. 54/2019, el presentante advierte que “se modifica el cronograma, y con ello se introduce, como en el caso de los restantes decretos cuestionados, una suerte de sufragio anticipado que comporta un cambio sustancial en el régimen o sistema (...) convengamos que el voto anticipado no existe en nuestro régimen electoral vigente y no podría tener cabida en el mismo en tanto no lo establezca una ley formal del Congreso”.

En lo que respecta al Decreto 55/2019 el demandante manifiesta que el mismo “modifica la forma de emisión del sufragio del personal afectado al Comando Electoral que se encuentra afectado a la seguridad del comicio, estableciendo para las PASO y para la elección general un procedimiento especial que controvierte lo estatuido en el CEN y en la ley 26.571 (...) el decreto 55/19 viene a modificar este procedimiento al establecer que el personal de las fuerzas de seguridad afectado a la seguridad del comicio votará entre siete y doce días antes del día de la elección (...) otra vez el PEN lisa y llanamente ha legislado en materia electoral, donde una vez más aparece consagrado el voto anticipado”.

Para finalizar el tema detallado en los párrafos precedentes, el demandante realiza a fs. 37 una detallada enumeración de los fundamentos de la inconstitucionalidad planteada destacando: “a) Violación flagrante del régimen constitucional vigente en materia de elaboración y sanción de la ley; b) Violación de los principios de legalidad y de interdicción de la arbitrariedad; c) Violación inocultable de la regla republicana de división de poderes y del principio de corrección funcional que emana de aquella; d) Violación inaceptable de la democracia y del principio de soberanía popular”.

A fs. 53 se forma legajo, se le da ingreso al expediente en el sistema Lex-100 y se libran oficios al Congreso de la Nación (Cámara de Diputados y Cámara de Senadores) a fin de que informen si el Poder Ejecutivo Nacional ha remitido a dicha institución, para su consideración, análisis o tratamiento, las normas que fueran promulgadas como Decretos PEN números 45/2019, 54/2019 y 55/2019.

A fs. 56/75 obra la contestación de la Cámara de Diputados de la Nación de fecha 14 de marzo del corriente, que informa que hasta ese día no han sido comunicados los decretos antes mencionados, para su consideración, análisis o tratamiento.

A fs. 76 obra la contestación de oficio del Senado de la Nación que también da cuenta del no ingreso ante la Mesa de Entradas del Honorable Senado, de pedimento alguno para su consideración, análisis o tratamiento, por parte del Poder Ejecutivo Nacional en relación a los Decretos 45/19, 54/19 y 55/19.

A fs. 77 se corre vista al Fiscal, quien a fs. 78 solicita la acumulación de los autos “Partido Justicialista ON c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ Amparo - Declaración de inconstitucionalidad de los decretos PEN 45/2019, 54/2019 y 55/2019” y en relación a la medida cautelar solicitada entiende que por el momento, no concurren los requisitos exigibles para su dictado.

A fs. 99 este tribunal considera innecesario el dictado de la cautelar en cuestión; corre traslado al Poder Ejecutivo Nacional y ordena la acumulación de los autos antes mencionados, obrando los mismos a fs. 79/98.

En ellos se presentan los Dres. Eduardo Gustavo Adolfo Lopez Wesselhoeft, Patricia Alejandra García Blanco y Jorge Landau en carácter de apoderados del Partido Justicialista Orden Nacional a fin de promover acción de amparo contra el Estado Nacional, a efectos de que se declare la inconstitucionalidad, y la consecuente no aplicación de los decretos del Poder Ejecutivo Nacional nros. 45/2019, 54/2019 y 55/2019.

A fs. 83 vta., la actora manifiesta que “El Decreto 45/19 altera elementos esenciales del acto electoral, por lo tanto, modifica el Código Nacional Electoral. Violación del art. 77 de la Constitución Nacional. Este decreto modifica la

reglamentación de la ley 24.007 que creó el registro de Electores Residentes en el Exterior que es parte del Código Nacional Electoral (...) Para decir que esta modificación por vía de decreto es válida, el PEN se basa en el artículo 5° de la ley 24.007. Sin embargo ese artículo estaba contenido en una ley sancionada en 1991, y en 1994 la reforma constitucional incorporó la previsión de que las normas que modifiquen el régimen electoral y de partidos políticos deban ser aprobadas por mayoría absoluta de los miembros de las Cámaras del Congreso”.

En atención a las cuestiones de fondo, manifiestan que: “El decreto no dispone ninguna medida de seguridad con respecto a la inviolabilidad o trazabilidad de la documentación que se envía por correo (...) la declaración jurada de identidad que irá dentro del sobre que recibirá cada elector en su domicilio, es un formulario que será diseñado por la Cámara Nacional electoral (...) Modificación del lugar de realización del escrutinio que se encuentra establecido legalmente (...) El decreto no establece cuál es la autoridad que efectuará el envío de los sobres a los electores”.

En cuanto al decreto 54/2019, la actora manifiesta a fs. 85 vta. que este decreto también modifica el Código Nacional Electoral y “Alteró con la reglamentación el espíritu de la norma violando el artículo 99 inciso 2 y agravó el inciso 3 del mismo al legislar la prohibición de regular, por decreto, la materia electoral”.

A este respecto, destaca entre las cuestiones de fondo: “Modificación de la fecha de votación para un grupo determinado de personas (...) Restricciones temporales para la realización de campañas electorales”.

A fs. 87 vta. en referencia al decreto 55/2019 manifiesta que el mismo plantea una: “Modificación del voto de los miembros del Comando General Electoral”.

En atención a este punto, destaca entre las cuestiones de fondo: “El tratamiento diferenciado para un determinado grupo de electores respecto de otros en iguales condiciones”.

Para finalizar, solicitan oportunamente se decrete la inconstitucionalidad de los decretos 45, 54 y 55 todos del año 2019 en su totalidad, y por ende su no aplicación.

A fs. 103 el Dr. Alberto Francisco Otero, en representación del Estado Nacional solicita prórroga a fin de contestar el traslado.

A fs. 105/117 obran agregados los autos “Barra Rodolfo Carlos s/ Amparo – inconstitucionalidad decretos PEN 45, 54 y 55 del 2019” como fuera solicitado por el Sr. Procurador Fiscal a fs. 116.

En los mismos, en el escrito obrante a fs. 106/114 el Dr. Rodolfo Carlos Barra en su carácter de afiliado al Partido Justicialista, manifiesta a fs. 107 vta.: “Los decretos cuestionados contienen serios y graves defectos insalvables que violan en forma flagrante disposiciones constitucionales y agravan mis derechos”.

En cuanto al decreto 45/19 destaca que con el mismo: “se modifica la reglamentación de la ley 24.007 que creó el Registro de Electores Residentes en el Exterior”.

Respecto del decreto 54/19 menciona que este: “pretende introducir modificaciones en el Código Electoral, lo que resulta prohibido, según lo dispuesto por el art. 77 párr. 2do CN”.

Y en atención al decreto 55/2019 manifiesta que: “Este decreto modifica el Código Nacional Electoral (Artículo 34), por tanto, tratándose de normativa de contenido electoral, su modificación es de exclusiva competencia del Congreso Nacional”.

Finalmente, solicita se decrete la inconstitucionalidad de los decretos 45, 54 y 55/2019 en su totalidad y en consecuencia se disponga su no aplicación.

A fs. 118/131 obran agregados los autos “Partido Justicialista Capital Federal s/ Acción de inconstitucionalidad - Inconstitucionalidad decretos PEN 45, 54 y 55 del 2019”, Expte. 1732/2019, conforme fuera ordenado con fecha 3 de abril del corriente por este Tribunal.

En los mismos, se presentan en el escrito obrante a fs. 119/131 los Dres. Mauro Riano y María Victoria Anadón en el carácter de apoderados del Partido Justicialista Capital Federal manifestando que vienen a promover acción de amparo contra el Estado Nacional a efectos de que declare la inconstitucionalidad de los Decretos 45/2019, 54/2019 y 55/2019 en similares términos a los esgrimidos por el Partido Justicialista Orden Nacional.

A fs. 132 se acumulan las actuaciones N° 1732/2019 a las presentes en atención a lo dictaminado por el Sr. Fiscal.

A fs. 134/248 contesta demanda el Dr. Alejandro Patricio Amaro conjuntamente con su letrado patrocinante el Dr. Alberto Francisco Otero, en representación del Estado Nacional Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda.

El demandado afirma que niega todas y cada una de las afirmaciones que se esgrimen en los escritos iniciales salvo aquellas que sean expresamente reconocidas en el escrito a despacho.

Asimismo a fs. 223 argumenta que los actores carecen de legitimación activa y a este respecto manifiesta a fs. 223 vta. que: “ni como representantes de los Partidos Políticos, o como ciudadanos, electores, afiliados políticos, o diputados nacionales pueden incoar la presente acción en tanto no revisten la calidad de afectados por las medidas dictadas por el PEN”.

En relación a la falta de legitimación de los actores, la demandada plantea a fs. 230 que: “(...) los accionantes se limitan a expresar un interés genérico y un hipotético perjuicio, mas sin articular ninguna petición válida. Ellos no representan ni a los argentinos residentes en el extranjero, ni a los detenidos con prisión preventiva sin condena judicial, ni a los integrantes del Comando Electoral (...) cabe entender que los agravios invocados, o bien son meramente conjeturales e hipotéticos, o bien carecen de atendibilidad jurídica”.

A este respecto la actora también manifiesta a fs. 231 que: “(...) los actores sistemáticamente (...) construyen dogmáticamente una hipótesis de conflicto constitucional y desde allí esgrimen la existencia de afectación de un derecho, como si ello fuese suficiente para que considera a la existencia de un agravio concreto que constituya una ‘Causa’ que habilite la acción, cuando en realidad no ha dedicado una sola línea a probar una afectación clara a un derecho concreto en cualquiera de las calidades en que se presenta”.

Cabe destacar que a fs. 231 del expediente a despacho, la demandada manifiesta que “las acciones interpuestas (de amparo y declarativa de inconstitucionalidad) (...) son también extemporáneas por prematuras (...) ello así atento el dictado del decreto nro. 233/2019 (B.O. 1/04/2019) que en su artículo 12 dispuso la suspensión de la aplicación de los Decretos nros. 54/2019 y 55/2019 hasta la celebración de las elecciones del año 2012”.

Respecto a la declaración de certeza pretendida por la actora, manifiesta a fs. 232: “(...) aquí no existe un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance y modalidad de una relación jurídica concreta y lesión del régimen constitucional federal que afecta dicha relación. Sólo existe una interpretación de los accionantes sobre las normas vigentes y que, como tal, no logra la entidad suficiente para cumplir este requisito de procedencia de la acción intentada”.

Respecto de la cuestión de fondo, la demandada plantea a fs. 235 vta. que: “En el caso, los tres decretos en cuestión, han buscado, sin desvirtuar el espíritu ni la finalidad de la ley, que tres colectivos de ciudadanos (los ciudadanos argentinos residentes en el exterior; los ciudadanos privados de su libertad; los subordinados al Comando General electoral) tengan la posibilidad cierta de ejercer su derecho político fundamental de votar, cuando la práctica demuestra los serios inconvenientes que deben afrontar para ello, conduciendo a la frustración de tan fundamental derecho en una sociedad democrática”.

Respecto del decreto 45/2019, la demandada manifiesta a fs. 239 vta. que: “(...) no supone un régimen jurídico nuevo, distinto al hasta entonces vigente (...) modifica el decreto nro. 1138/1993 para incorporar en forma alternativa el voto por correo postal, de modo de facilitar el ejercicio de un derecho fundamental, reconocido por la constitución y reglamentado por la ley (...) conlleva como finalidad ulterior ampliar el universo de personas que accede al ejercicio de sus derechos políticos”.

Respecto del decreto 54/2019 manifiesta a fs. 243 que: “(...) cabe advertir que el artículo 20 de la ley nro. 26.571 y el 53 del CNE establecen que el PEN realizará la convocatoria a elecciones determinando qué día se realizan las elecciones, pero no ordenan que la emisión del voto deba coincidir necesariamente con esas fechas. Por otra parte,

tampoco encontramos normas constitucionales ni legales que expresamente impidan establecer un sistema como el reglamentado mediante el Decreto nro. 54/2019, y sí por el contrario está normativamente previsto en normas constitucionales la obligación y responsabilidad del Estado de garantizar el derecho a votar de sus ciudadanos”.

Y por último respecto del decreto 55/2019 afirma a fs. 245 que: “(...) el contenido de la reglamentación efectuada por el decreto 55/2019 se encuentra dentro del marco de facultades del PEN”.

II) Que sin perjuicio del análisis que pudiera realizarse respecto al planteo efectuado por el Sr. representante del Estado Nacional en relación a legitimación de los accionantes, este Tribunal habrá de resolver en las presentes actuaciones, en consideración a que se han presentado ante esta Judicatura, autoridades y apoderados de tres diferentes partidos políticos (dos de carácter nacional y uno de carácter distrital), todos con personería jurídico-política vigente y con capacidad para presentarse y participar en los próximos comicios nacionales a llevarse a cabo en el presente año.

Al respecto, se advierte que las normas aquí atacadas establecen regulaciones que atañen específicamente a la actuación de los partidos políticos y al ejercicio de la función más esencial que les compete y para la que han sido creados, es decir, la postulación de candidatos a cargos públicos electivos de autoridades nacionales.

Por ello, la forma en que se desarrollarán los comicios, la oportunidad en que se realicen y el sistema de votación, resultan ser cuestiones medulares que atañen directamente al ejercicio de su misión y su modificación podría alterar sustancialmente el ejercicio de sus derechos y obligaciones.

“... el encuadre jurídico de todo el ordenamiento del derecho electoral determina que el sujeto protagónico y el bien jurídico protegido por la legislación específica es el partido político, como órgano de derecho público no estatal del pueblo...”, Fallo CNE 2525/99.

Por ello, y siendo los partidos políticos instituciones fundamentales de nuestro sistema democrático, conforme establece el art. 38 de la Constitución Nacional, tanto sus autoridades como sus representantes legales, se encuentran habilitados en las presentes actuaciones para requerir la tutela judicial, por haber acreditado la afectación de un derecho o interés jurídicamente protegido y del cual son titulares, lo que verifica la existencia de un caso o controversia a resolver.

Atento a ello, a la trascendencia de la cuestión planteada y su posible afectación en el desarrollo de los próximos comicios, habiéndose escuchado a las partes intervinientes en el presente proceso, y habiéndose corrido vista al Sr. Procurador Fiscal en su oportunidad, corresponde resolver en las presentes actuaciones con la premura que el caso amerita en virtud del proceso electoral en curso, sin perjuicio de la no realización de la audiencia prevista en el art. 360 del C.P.C.C.

III) Sentado ello y a efectos de resolver la cuestión de fondo planteada en las presentes actuaciones, habrá de establecerse el marco normativo en el que se desarrollará el correspondiente análisis.

Al respecto, cabe recordar que la Constitución Nacional, en su Capítulo Quinto referido a la formación y sanción de las leyes, establece: “... Artículo 77.- Las leyes pueden tener principio en cualquiera de las Cámaras del Congreso, por proyectos presentados por sus miembros o por el Poder Ejecutivo, salvo las excepciones que establece esta Constitución. **Los proyectos de ley que modifiquen el régimen electoral y de partidos políticos deberán ser aprobados por mayoría absoluta del total de los miembros de las Cámaras**”.

Por su parte, en el Capítulo Tercero de la Carta Magna, expresa: “... Artículo 99.- El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: 1. Es el jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno y responsable político de la administración general del país. 2. **Expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias**. 3. Participa de la for-

mación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar. **El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo**. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros”.

Amén de ello, la Ley 19.945 (Código Electoral Nacional), dispone: “Artículo 53: Convocatoria y fecha de elecciones. La convocatoria a elección de cargos nacionales y de parlamentarios del Mercosur será hecha por el Poder Ejecutivo Nacional. **La elección de cargos nacionales se realizará el cuarto domingo de octubre** inmediatamente anterior a la finalización de los mandatos, sin perjuicio de las previsiones del artículo 148...”.

IV) Ahora bien, habiéndose determinado en el punto I) de la presente el objeto de las demandas entabladas, corresponde analizar en primer término –y a la luz de las normas citadas precedentemente–, las disposiciones del Poder Ejecutivo Nacional plasmadas en el Decreto cuestionado, a fin de establecer si con el dictado de las mismas, se ha excedido en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales, arrogándose facultades legislativas que son propias del Congreso de la Nación.

Al respecto, y a fin de esclarecer cuáles serán las pautas que orientarán el análisis a realizar, se transcribirá la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación al respecto:

“... es sabido que cuando una disposición reglamentaria desconoce o restringe irrazonablemente derechos que la ley reglamentada otorga o de cualquier modo subvierte su espíritu y finalidad, ello contraría el principio de jerarquía normativa y configura un exceso en el ejercicio de las atribuciones que la propia Constitución concede al

EDICTOS

CIUDADANÍA

Ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 10, Secretaría N° 20, sito en Libertad 731 9° Piso de esta ciudad, tramita el pedido de ciudadanía argentina de la Sr. GUILLERMO JOSE ISTURIZ BOUTTO de nacionalidad VENEZOLANA con DNI: 95.167.068 según el expediente ISTURIZ BOUTTO, GUILLERMO JOSE s/ Solicitudo de Carta de Ciudadanía Exp. N° 3004/2017. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días. Buenos Aires, 27 de mayo de 2019. **Matías M. Abraham**, sec. int.

L. 1-7-19. V. 2-7-19 335

REMATES

El Martillero **Miguel A. M. Soaje**, comunica por 3 días que por cuenta y orden del acreedor hipotecario y conforme lo dispone el art. 57 y concordantes de la ley 24.441, el 5 de Julio de 2019 las 14 horas, en el Salón de Talcahuano 479 de CABA, subastará el inmueble ubicado en la Ciudad de General Pacheco, Partido de Tigre de la Pcia. de Buenos Aires, sito en Avda. de los Constituyentes 876/78, N. C.: C III, S M, M 37, P 3, en el estado en que se encuentra y que se exhibirá al público los días 3 y 4 de Julio de 10 a 12 horas. La actuación judicial es: “CARDILLO, José Alberto c/MARTINEZ, Vicente A. s/ EJECUCION ESPECIAL LEY 24.441”, Exp. 45.858/17, en trámite por ante el Juzgado de 1ra Inst. en lo Civil N° 15, Secretaría única sito en Talcahuano 490, 6to piso de CABA. Que adeuda: Municipalidad \$ 88.895.90 al 16/4/19 (fs. 75/78), AYSA \$ 16.470.54 al 14/4/19 (fs. 100/1). Respecto de ARBA al no haber contestado el requerimiento en término, el bien sale a venta como libre de deuda. Del acta notarial de fs. 37 y 81, surge que se encuentra ocupado por el demandado Vicente Alfredo Martínez y su hijo Fernando Martínez

los que fueron intimados a desocupar el inmueble en el plazo de 10 días bajo apercibimiento de lanzamiento por la fuerza pública. Encontrándose ordenado y librado el mandamiento de lanzamiento con fecha 28/10/18 en la causa 34.195/18 en trámite ante el Civil Comercial 5 de San Isidro. Ahí se constata que el estado físico del inmueble, el que se encuentra regular estado de conservación y se compone de living, dos dormitorios, cocina y baño, patio y fondo con construcciones precarias. Del acta de fs. 81, surge que el acta de fs. 37 corresponde a la planta alta. En la planta baja, a su ingreso, se compone de un espacio guardacoches donde se encuentra la escalera que da acceso a la planta alta, seguido de un patio techado y en su fondo se hallan construcciones precarias que se componen de un espacio guardacoches y una construcción con cocina, living, una habitación techada y dos habitaciones sin techo. En su frente se encuentra un local a la calle con el nombre “Autorradio Naurcar”. El lote mide 10mts de frente por 46,40 metros de fondo. Esta venta se realiza AL CONTADO Y AL MEJOR POSTOR, BASE U\$S 58.729,37 SENNA 30%, COMISION 3% + IVA y SELLADO DE LEY (art. 58 de la ley citada). Se hace saber que para el supuesto de fracasar la subasta con esta base por falta de postores, seguidamente se efectuará otro remate con la base reducida un 25%, la de U\$S 44.047,03, y si tampoco existieran postores, seguidamente saldrá a la venta sin base (art. 61 misma ley). El saldo de precio deberá ser integrado dentro del quinto día de efectuado el remate en el domicilio que se le hará saber en el acta de la subasta, quien lo pondrá en posesión del inmueble, bajo apercibimiento de ser declarado postor remiso con pérdida de las sumas abonadas. El comprador deberá constituir domicilio en la Capital Federal. No procede la compra en comisión. Buenos Aires, junio 24 de 2019. Martillero **Miguel A. M. Soaje**. Mat 205, F°413, 73.

L. 28-6-19. V. 2-7-19 334



EL DERECHO

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

Primer Director: Jorge S. Fornieles (1961 - 1978)

Propietario UNIVERSITAS S.R.L. Cuit 30-50015162-1
Av. Alicia Moreau de Justo 1400 - PB, Contrafrente - Depto.
de Ediciones de la UCA, editoriales EDUCA y El Derecho

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN:

Tel.: (011) 4349-0277

E-MAIL: elderecho@elderecho.com.ar • www.elderecho.com.ar

Poder Ejecutivo, hipótesis que a mi entender es la que se configura en la especie, puesto que la facultad (...) cuyo ejercicio invoca el Ministerio de Economía para dictar la Resolución cuestionada, implica alterar la sustancia de los derechos otorgados a los acreedores por el citado Régimen de Excepción, introduciendo restricciones ajenas a su espíritu que no resultan compatibles con la voluntad política plasmada en la Ley y tampoco en el Decreto reglamentario”, del Dictamen del Procurador General de la Nación en la causa “Cha Cha Huen S.A. Minera y Otros c/ YPF Soc. del Estado s/ Juicios de Conocimiento”.

En consecuencia, habrá de verificarse si las normas atacadas se han dictado conforme las disposiciones establecidas en la Constitución Nacional y en la Jurisprudencia vigente.

V) DECRETO 45/2019

En cuanto a las cuestiones sustanciales incluidas en la reglamentación atacada, se observa que mediante esta norma reglamentaria, se establece un nuevo sistema de votación, al incorporarse la posibilidad de efectuar la emisión del sufragio por correo postal y se crea un “padrón especial” con los ciudadanos que deseen votar de esa manera.

No se trata aquí de analizar el acierto o eficacia del sistema implementado por el Decreto bajo análisis, cuestión que excede el ámbito de actuación de este Tribunal. No se discuten aquí sus bondades o falencias, ni las aptitudes del sistema adoptado, algunas de las cuales podrían incluso compartirse.

Sí, en cambio, es función del Tribunal, como órgano Jurisdiccional, determinar si la norma atacada fue dictada por el Poder Ejecutivo Nacional en exceso de sus facultades y si la misma altera o modifica alguna de las Leyes de régimen electoral o de partidos políticos sancionadas por el Congreso de la Nación, en violación a lo dispuesto en el art. 77 de la Constitución Nacional.

Ahora bien, en los Considerandos del Decreto PEN 45/2019, se expresa que el mismo se dicta en uso de las atribuciones establecidas en el art. 5 de la Ley 24.007, que establece “... El Poder Ejecutivo Nacional dictará la reglamentación de la presente ley, la que deberá prever las facilidades necesarias para asegurar un trámite sencillo, rápido y gratuito a quienes deseen acogerse a sus prescripciones, tanto en cuanto a la inscripción en el Registro de Electores Residentes en el Exterior como en cuanto al acto de emisión de sufragio”.

Esta autorización dispuesta en la citada Ley no otorga facultad para establecer –por vía de reglamentación– modificaciones a otras expresas disposiciones emitidas por el Congreso en carácter de Ley Nacional –menos aún, sobre las que regulan cuestiones de materia electoral–, ya que la modificación de una Ley solo es posible de realizar mediante el dictado de otra Ley, por el mismo órgano emisor de la norma original.

Los Decretos Reglamentarios del Poder Ejecutivo, tienen como finalidad la aplicación de las leyes dictadas por el Congreso y están relacionados con atribuciones ejecutivas, integrando la ley con los pormenores necesarios para su cumplimiento y la efectividad de sus objetivos (María Angélica Gelli, Manual de la Constitución, Comentada y Concordada, Ed. La Ley, 2003).

En efecto, y mas allá de que la norma dictada por el parlamento no se explye en demasía en relación a la cuestión sobre la que legisla, su redacción escueta y carente de precisiones, no habilita que por vía de reglamentación se avance sobre cuestiones que no fueron motivo de criterio por parte del Congreso Nacional, ni autoriza al Poder Ejecutivo a hacer interpretaciones que van más allá de lo previsto por el Legislador.

Ni la Ley 24.007 ni el Código Electoral Nacional –en su redacción original como tampoco en ninguna de sus reformas–, prevén la posibilidad de emitir sufragio mediante correo postal.

En consecuencia, si el Poder Legislativo al sancionar la Ley 24.007 no estableció pautas precisas en relación a esta

cuestión, y tampoco modificó el Código Electoral Nacional estableciendo un nuevo sistema de votación, el Poder Ejecutivo no puede hacerlo ya que ello implicaría modificar una cuestión sustancial de la normativa electoral, en relación a la emisión del sufragio de un grupo determinado de ciudadanos.

De lo contrario, si se admitiera que mediante una disposición reglamentaria se pueden modificar leyes electorales (la Ley 24.007 quedó incorporada al Código Electoral Nacional de acuerdo a lo establecido en su art. 4), se estaría convalidando una situación que contraría expresamente las disposiciones de los arts. 76 y 77 de la Constitución Nacional y que se encuentra prevista en el art. 99 de la Carta Magna, que establece: “... El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo...”.

Por ello, no resulta admisible permitir una intromisión por vía reglamentaria de una competencia exclusiva asignada por el constituyente al Poder Legislativo de la Nación, más aún cuando la propia Constitución Nacional expresa que “... **Los proyectos de ley que modifiquen el régimen electoral y de partidos políticos deberán ser aprobados por mayoría absoluta del total de los miembros de las Cámaras...**”.

De esta manera, la Constitución Nacional asigna un carácter “especial” a este tipo de legislación, exigiéndole al Congreso un requisito adicional para su sanción que excede al necesario para la sanción de otro tipo de normas, demandando un consenso mayoritario entre las fuerzas políticas con representación parlamentaria, que encuentra sustento en la trascendencia que tienen las normas electorales en relación al desarrollo de la democracia representativa y a la forma republicana de gobierno.

En definitiva, al crear una exigencia mayor que la requerida para otro tipo de normas, se trata de asegurar la protección de derechos esenciales del ciudadano.

El fundamento para este requisito adicional, se encuentra claramente explicado en la “Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada”, de María Angélica Gelli, Ed. La Ley, 2003, al decir “... Como parte del acuerdo político que dio origen a la reforma constitucional de 1994 y a fin de no alterar con mayorías circunstanciales los instrumentos de materialización de la democracia política, se fijaron mayorías agravadas para modificar la ley de los partidos políticos y el régimen electoral. A mi modo de ver, este último es sustantivo y de mayor relevancia que el primero dado que puede facilitar o restringir el acceso a las minorías a la representación electoral y favorecer o entorpecer la gobernabilidad...”.

Cuando el decreto reglamentario introduce cuestiones esenciales no previstas en la norma, altera las disposiciones de la misma y tergiversa su espíritu, configurando el caso de exceso en el ejercicio de las facultades reglamentarias.

La emisión de sufragio por correo postal, constituye un nuevo sistema de votación, diferente al previsto en toda la normativa electoral vigente, y como tal –aunque sea aplicado a un grupo determinado de electores–, debe ser aprobado por el Congreso de la Nación.

Este sistema de sufragio, crea a su vez una nueva modalidad de voto, el voto “no presencial”, que resulta totalmente ajeno a la normativa electoral vigente, al procedimiento de identificación del elector y a la seguridad del secreto del voto, cuestiones estas cuya observancia resulta de relevancia fundamental a fin de garantizar la pureza del sufragio.

Por ello, como sostiene la Doctrina, “... el exceso reglamentario transgresor de la ley que se reglamenta es siempre inconstitucional. Tal infracción a la constitución consumada respecto del art. 99 inc. 2º, no admite distinción según la naturaleza federal o común de la ley reglamentada (...) La facultad reglamentaria de que dispone el Poder Ejecutivo respecto a las leyes no presta fundamento para: a) modificar o derogar leyes, ni siquiera so pretexto

de necesidad y urgencia...”, Germán Bidart Campos, Manual de la Constitución Reformada, Tomo III, Ediar, 1997.

En idéntico sentido y respecto a la fecha fijada para la realización del comicio, el Decreto PEN 45/2019 establece –en relación a la emisión del sufragio–, que deberá ser recibido a más tardar el miércoles anterior a la jornada electoral a llevarse a cabo en la República Argentina.

Esta anticipación para el ejercicio del derecho a votar que autoriza la norma atacada, constituye otra modificación a la Ley Electoral, al alterar la fecha de realización de los comicios generales prevista en el art. 53 del Código Electoral Nacional, que establece “La elección de cargos nacionales se realizará el cuarto domingo de octubre inmediatamente anterior a la finalización de los mandatos, sin perjuicio de las previsiones del artículo 148”.

Finalmente, y en relación al procedimiento de escrutinio previsto en el Decreto 45/2019, se observa que se ha desdoblado la forma de realizar el recuento de votos de las mesas de votación de los argentinos residentes en el exterior, estableciendo un sistema para los que votan en forma presencial y otro distinto para los que sufragan por correo postal.

De esta forma, y en el caso de los electores que votan por correo postal, se ha alterado la competencia natural en relación a quien corresponde efectuar el escrutinio de dicho acto, siendo que la competencia sobre dicho procedimiento corresponde originalmente y por aplicación del Código Electoral Nacional, a las autoridades de mesa, es decir, a la ciudadanía.

Y esta modificación, viola expresamente las disposiciones del art. 3 de la Ley 24.007, que establece: “En cada representación diplomática o consular receptora de votos se efectuará el escrutinio pertinente de acuerdo a las disposiciones del Código Electoral Nacional”.

En virtud de lo expuesto, este Tribunal considera que con el dictado del Decreto PEN 45/2019, el Poder Ejecutivo Nacional se ha excedido en el ejercicio de sus facultades, en clara violación de lo establecido en los arts. 77 y 99 inc. 2 de la Constitución Nacional.

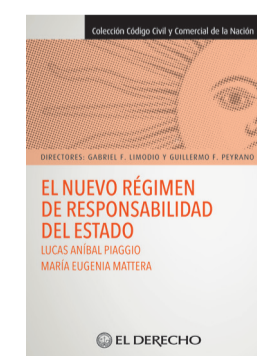
Ello así, porque en relación al voto de los argentinos residentes en el exterior, se ha pretendido reformar normas electorales –al establecer un nuevo sistema de votación, una fecha distinta para la celebración del acto electoral y un procedimiento diferente para la realización del escrutinio–, cuestiones que deben ser analizadas por el Congreso Nacional.

Por todo lo expuesto, es que corresponde y así *resuelvo*:

I) Declarar la inconstitucionalidad del decreto N° 45/2019 del Poder Ejecutivo Nacional.

II) Notifíquese y póngase en conocimiento de la Excm. Cámara Nacional Electoral, de la Dirección Nacional Electoral y de los restantes jueces federales con competencia electoral del país. – María R. Servini (Sec.: Martín R. Seguí).

NOVEDADES



Lucas Aníbal Piaggio
María Eugenia Mattera
COLECCIÓN CÓDIGO CIVIL
Y COMERCIAL DE LA NACIÓN
**EL NUEVO RÉGIMEN
DE RESPONSABILIDAD
DEL ESTADO**

El Derecho
2018
232 páginas
ISBN 978-987-3790-74-4

Venta telefónica: (11) 4349-0200, int. 1177
Compra online: ventas@elderecho.com.ar
www.elderecho.com.ar