



DICTAMEN TÉCNICO N° 21

Aprobado por Acuerdo N° 6608

TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA PROVINCIA DE MENDOZA

Comisión ad-hoc

Dr. Angelini, Mario Francisco (Coordinador)

Dr. Riera, Gustavo Aníbal

Dr. Cicala, Miguel

Dra. Guerrero, Agustina

De la Delegación Administrativa y la Responsabilidad en el marco del juicio de cuentas.

1. Apuntes sobre la función de contralor y la responsabilidad contable

El presente análisis tiene por finalidad refinar los mecanismos de control y mejorar la calidad de la función de control que asigna la Constitución a los órganos de control externo, intentando dar claridad conceptual a diferentes figuras jurídicas que deberían ser tomadas en cuenta al momento de realizar la auditoria.

El interés sobre el control del gasto público constituye un tema histórico y de incuestionable política para el aseguramiento del estado de bienestar y la integración social.

La complejidad de la tarea de control y de la exigencia de rendición de cuentas, requiere cada vez más una aplicación rigurosa del plexo normativo y la evaluación de sus conceptos en la praxis diaria. Es menester también, una mayor puesta en escena del rol protagónico constitucional que recibe el Honorable Tribunal de Cuentas, Órgano extra poder emisario del control, en conjunción con quienes ostentan el deber de rendición en cuanto a la administración de fondos que pertenecen al erario público, vale decir, funcionarios públicos y toda aquella persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que administre, recaude, disponga, etcétera de caudales fiscales, en el llamado juicio de cuentas. En él se pone en pugna la responsabilidad netamente contable¹ y su alcance.

¹ Corte Suprema de Justicia Mendoza, Expediente N° 65.821 "SILVANO, Jorge Raúl C/ Provincia de Mendoza S/ A.P.A." [...] El juicio de responsabilidad por las cuentas, básicamente es un juicio que se emite para liberar o no al controlado de la responsabilidad por el manejo y administración de fondos o caudales público [...] La responsabilidad del funcionario público reconoce varias facetas que no se



En este estudio se intenta abordar desde la teoría, la responsabilidad del funcionario o empleado que administra caudales públicos vinculada con el ejercicio de la competencia como órgano del estado, sea que se trate de una competencia directa u originaria, sea que se trate del ejercicio de una competencia indirecta o delegada.

2. De la Responsabilidad Contable hacia el Instituto de la Competencia

Tomas Hutchinson analiza los distintos tipos de responsabilidad en que puede incurrir el funcionario público, mencionando cuatro clasificaciones: administrativa, disciplinaria, penal y civil.² Conforme a lo enumerado en los párrafos que anteceden, estaremos frente a un tipo u otro de responsabilidad, según el bien jurídico que la norma protege y que ha sido menoscabado. La responsabilidad contable implica un análisis de una jurisdicción especial propia del juicio de cuentas. Se trata de una responsabilidad específica que en Mendoza ha sido prevista en los arts. 181 y siguientes de la Constitución de la provincia, reglamentada por **la Ley Orgánica del tribunal de Cuentas, Ley N° 9292**. Existe en este supuesto la “obligación” de rendir cuentas para todo aquel que administre, de una u otra forma, caudales públicos, pero no siempre acarrea “responsabilidad”, la que estará dada solo ante la ilegitimidad o irregularidad de los procedimientos aplicables para el manejo, cuidado, percepción, o administración o disposición de caudales públicos.

La responsabilidad del funcionario público tiene su basamento en la Constitución Nacional. Esta afirmación no es meramente académica. El núcleo de responsabilidad se encuentra en el plexo normativo en su artículo 16° al consagrar la idoneidad como condición “*sine qua non*” para

superponen...la Contable es por el buen manejo de fondos y es propia del juicio de cuentas prevista en el artículo 181 y siguientes de la Constitución de Mendoza, reglamentada por Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas Ley N° 1.003”.

² HUTCHINSON, Tomás, “La responsabilidad de los funcionarios públicos...”, cit., pág. 292 y ss. “la responsabilidad administrativa es aquella en la cual el agente o funcionario público, en el orden administrativo, puede incurrir; es la propia o específica de la relación de empleo público que lo une al Estado cuando sus actos, hechos u omisiones violen las normas que rigen la función y lesionen intereses del Estado. Tiene una naturaleza esencialmente reparatoria. La responsabilidad disciplinaria –regida por el Derecho Administrativo- es aquella en que incurre el funcionario cuando comete una falta de servicio que le es imputable, transgrediendo reglas propias de la función pública. Por otro, la responsabilidad penal surge cuando el comportamiento del funcionario, en ejercicio de sus funciones, es antijurídico y culpable, encontrando tipificación en el Código Penal o leyes especiales. Y, por último, la responsabilidad civil que es aquella por la cual el funcionario incurre cuando por su accionar ilegítimo, que excede su función, causa daños a terceros. En otras palabras, no es una responsabilidad funcional, sino la responsabilidad propia de cualquier persona privada. Esta responsabilidad emana de la ley civil.



ocupar empleos y cargos públicos³. La responsabilidad tiene como contracara el ejercicio de la competencia asignada, tal como se verá con el desarrollo del presente trabajo.

Es necesario poner de resalto que la competencia -para nuestro derecho administrativo vernáculo- es la medida que posee el órgano para el ejercicio de las atribuciones conferidas por el derecho objetivo⁴. En otras palabras, al decir de Agustín Gordillo⁵ *“La competencia es el conjunto de funciones que un agente puede legítimamente ejercer; el concepto de competencia da así la medida de las actividades que de acuerdo al ordenamiento jurídico corresponden a cada órgano administrativo, es su **“aptitud legal de obrar”** y por ello se ha podido decir que incluso formaría parte esencial e integrante del propio concepto de órgano. Esa competencia puede estar determinada por la Constitución de la Provincia, leyes orgánicas, reglamentos u otras normas jurídico administrativas. En el comentario que realizan Jorge Sarmiento García y Petra Recabarren al artículo 2º de la ley 9003⁶ expresan, que el concepto de competencia propio del derecho público es *análogo al de capacidad* en el derecho privado, pero no *idéntico*, se diferencia en que *“mientras en materia civil la capacidad es la regla, en materia administrativa, la regla sería la incapacidad, es decir que la competencia debe ser asignada en forma expresa o razonablemente implícita”*. El efecto de esta asignación hace que la competencia sea irrenunciable e improrrogable, debiendo ser ejercida en principio por quien la tiene asignada⁷. A posteriori estudiaremos las excepciones legales a estos caracteres de “irrenunciabilidad e improrrogabilidad de la competencia”.*

3. Competencia: La Teoría del Órgano

A los efectos de poder cumplimentar la función propia del Estado y lograr su fin último -búsqueda del Bien Común- nuestra Carta Magna divide el ejercicio del poder en tres: Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial.

³ Dictamen Técnico N° 18 Aprobado por Acuerdo N° 6.288 - “Análisis sobre la responsabilidad jurídico-contable en el marco de la Ley N° 8.706”.

⁴ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, “Derecho Administrativo. Estructura Jurídica de la Administración”, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1950, T.I, p. 257.

⁵ GORDILLO, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo”, Editorial Macchi, Buenos Aires, 1977. Parte general. Tomo I, cap. IX-9.

⁶ SARMIENTO GARCÍA, Jorge H.; PETRA RECABARREN, Guillermo M., Ley de Procedimiento Administrativo N° 3.909, concordada y comentada, 2º Edición actualizada y ampliada, Ediciones Augustus, 1979, Mendoza.

⁷ Artículo 2. Ley 9003.... *“La competencia administrativa es irrenunciable e improrrogable, debiendo ser ejercida directa y exclusivamente por quien la tiene atribuida por el ordenamiento jurídico, en forma expresa o razonablemente implícita, salvo los casos legítimos de delegación, avocación y sustitución”*.



Esto implica que cada uno de los poderes, tengan una estructura formal y sustantiva de la cual va a emanar la manifestación de la voluntad estatal. La estructura formal, delimitada por la norma de creación de la misma, su naturaleza, ámbito de aplicación y función, no es suficiente para la manifestación de la voluntad, siendo imposible la emisión de voluntad alguna por parte de un ente de naturaleza ideal o de creación cultural, lo que implica que el órgano se exprese a través de una persona física. Siguiendo a Dromi⁸ podemos concluir que el poder del estado, es ejercido a través de hombres que actúan como “*medio de exteriorización de la voluntad pública*”. Existe una relación orgánica indisoluble, un vínculo jurídico inescindible entre la “institución” y el “individuo”. En esta relación no existe *mandato*, sino un vínculo esencial y existencial entre el órgano *jurídico* y el órgano *físico*. Los órganos no pueden considerarse sujetos de derecho, no tiene una personalidad jurídica propia ya que forma parte de la persona a que pertenecen –Estado- por una relación de identidad. No hay duplicidad de sujetos ya que la actuación del órgano físico dentro de su ámbito de competencia será considerada actuación del Estado. La competencia pertenece al órgano, no al titular que la ejerce, por ello el principio es la improrrogabilidad (no puede delegarla ni cederla) e incompetencia (si no la tiene expresamente asignada).

Es decir que sin una comunión entre la organización sustantiva formal y la persona física de la cual emane, no existe manifestación y actividad de la voluntad estatal. Otto Von Gierke, creador de la teoría del Órgano, expresaba que “*los empleados y funcionarios, más que representantes, se inscrutan en la organización como parte constitutiva de ella*”. Pero se hace necesario, para poder cumplimentar las finalidades del Estado, establecer una división de competencias de los empleados o funcionarios, la que se efectúa vía legal o normativa.

3.1 Desde la Teoría del Órgano hacia la Delegación Funcional

En virtud de lo narrado en los párrafos antecesores, se entiende que la actuación del funcionario es estatal cuando se encuentra realizada dentro de competencias determinadas o establecidas al órgano.

Ello implica que el órgano tiene una finalidad específica de la cual, para su cumplimiento, es necesario subdividir la competencia orgánica, a los fines de optimizar el tiempo y el recurso del administrador principal del órgano o poder que se trate.

⁸ DROMI, Roberto. Manual de Derecho Administrativo. Ediciones Ciudad Argentina. 1995. Pag. 112



Es por esto, que vía normativa, el funcionario, entrega una cuota específica de ese poder confiado a él, para que otro funcionario o empleado, efectúe alguna tarea, lo que implica una delegación de funciones⁹.

En otras palabras, la organización estatal efectúa una distribución específica de funciones, y debe ser establecido un árbol organizacional claro y preciso¹⁰, a los fines de poder contar con la información necesaria de quién es el encargado o administra determinados recursos, bienes, servicios; y a quiénes corresponden determinados pasivos.

Siguiendo a Agustín Gordillo¹¹, el concepto de órgano sirve para imputar a la entidad estatal la actuación del “órgano” (agente) si la realiza dentro del marco de competencia que normativamente le ha sido asignada. En este concepto se distingue el *órgano jurídico* (conjunto de competencias conferidas) y el *órgano físico* (la persona llamada a ejercer esas competencias).

Respecto del “*órgano físico*”, una parte de la doctrina sugiere diferenciar entre “*funcionario*”, como aquella persona que representa la voluntad del estado, considerados órganos del mismo, y “*empleado*”, considerando a este como aquel que realiza actividades materiales de ejecución y que serían sus dependientes. En este punto nos enrolamos en la teoría de Roberto Dromi¹² que sostiene que en nuestra legislación no existe una distinción entre *funcionarios y empleados*, esto es, entre personas que decidan en representación de la voluntad estatal y personas que ejecuten esas decisiones como dependientes. Todos los agentes del Estado asumen el carácter de “*órganos del Estado*”, lo que implica que la actuación de estos órganos desarrollada dentro de su función y ámbito de competencia, siempre genera una responsabilidad directa del Estado.

4. Delegación propiamente dicha: Una figura de interpretación restrictiva:

Delegar implica romper, vía excepción, con el principio de la improrrogabilidad de la competencia. La delegación es una técnica jurídica que permite la posibilidad de “desprender” una facultad de un organismo para transmitírselo a otro.

Para el control que ejerce el Honorable Tribunal de Cuentas, importa la denominada “*Delegación Administrativa*”, diferente de la denominada

⁹ El subrayado nos pertenece.

¹⁰ El subrayado es de nuestra autoría.

¹¹ Ob.Cit. cap. IX-2

¹² DROMI, Roberto. Derecho administrativo económico. Ed. Astrea 1979. Tomo 2. Pag. 689.



“*Delegación Legislativa*”, que implica la posibilidad de transferir facultades regladas desde el Poder Legislativo al Poder Ejecutivo para que efectúe tareas que le son propias al Poder Legislativo, “*con las limitaciones que le son establecidas en el art. 28 de la Constitución Nacional*” tal como lo expresó la Corte Suprema de Justicia en el fallo “ROITMAN, MIGUEL ANGEL C/ NUEVO HOSPITAL ITALIANO”, fallos 283:443.

Expresa Gordillo¹³ que la delegación de competencia es una decisión del órgano administrativo a quien legalmente aquélla le corresponde, por la cual transfiere el “*ejercicio*” de todo o parte de la misma a un órgano inferior.

Podemos citar a fin de una mayor comprensión de la figura, conceptos utilizados en la ciencia de la Administración de Empresas. En este sentido se entiende que delegar no es solamente transferir trabajo, sino involucrar a otros en la responsabilidad de los resultados, dándoles capacidad de actuación o representación. A fin de que el subordinado pueda cumplir con las funciones delegadas, se le debe transferir también la “*autoridad*” para desempeñar las tareas, lo que acarrea inexorablemente la responsabilidad por las consecuencias de ese ejercicio de autoridad. Esto no significa, como se analizará más adelante, que quien cede una porción de competencia quede eximido de responsabilidad. El ejercicio de autoridad, sea propia o recibida por delegación, implica responsabilidad directa por los actos ejecutados.

4.1.1 Diferencia entre Delegación, Descentralización y Desconcentración.

Corresponde diferenciar someramente la figura de la Delegación con la Descentralización y la Desconcentración. El primer concepto se refiere al traspaso de ejercicio de competencia o facultades de un órgano superior al órgano inferior. Esta transferencia dentro del mismo círculo de competencias, debe ser efectuado vía normativa (de carácter legal o reglamentaria), ya que se agregan al delegado una serie de atribuciones que *no le son propias* y puede realizarse, siempre que no exceda los límites de la propia competencia.

La otra figura es la desconcentración o descentralización. Los artículos 20º y 21º de la ley de procedimientos Administrativos de

¹³ Ob.Cit. pág. IX-23



Mendoza (ley N°9003)¹⁴ nos dan el concepto de estas figuras en las que, la asignación de funciones se da entre entes públicos y debe ser efectuada solo mediante vía legal (ley en sentido formal), del mismo grado que la que originariamente le otorgó la competencia al órgano primario.

La consecuencia de estas figuras es que en la competencia delegada, el órgano superior siempre puede y en cualquier momento, retomar la competencia que *él* ha transferido al órgano inferior y atribuírsela a otro órgano o ejercerla el mismo, mientras que en los casos de competencia descentralizada o desconcentrada el superior solo tiene facultades de supervisión propias del poder jerárquico o del contralor administrativo pero no puede “reasumir” la competencia que ahora (por ley) pertenece al órgano inferior.

En definitiva, como sostiene Gordillo¹⁵, en la delegación no se opera una modificación en la “*estructura*” administrativa, sino solo en su “*dinámica*”. La delegación no implica renunciar definitivamente a la competencia. La descentralización y la desconcentración implican “*tipos de estructura estatal*”, en tanto la delegación es un “*tipo de dinámica estatal*”, por ello ambas formas pueden combinarse.

4.1.2 Régimen Jurídico de la Delegación: Ley de Procedimiento Administrativo N° 9.003

A) Delegación propia

La Ley de Procedimiento Administrativo N° 9.003, consagra en la Sección Tercera, en sus artículos 7° a 13° inclusive, las excepciones a la Irrenunciabilidad de la Competencia. Expresamente ha previsto la figura de la Delegación (objeto de este estudio), su concepto, alcance, prohibiciones enumeradas taxativamente, forma y responsabilidad tanto de delegante como delegado.

Esbozando lo que prescribe el artículo 7° del ordenamiento jurídico supra invocado, podemos sostener que [...] “*El ejercicio de la*

¹⁴ ART. 20: Hay desconcentración cuando el ordenamiento jurídico confiere en forma regular y permanente atribuciones a órganos inferiores, dentro de la misma organización o del mismo ente estatal o que ejerza función administrativa regida por la presente.

El órgano desconcentrado se encuentra jerárquicamente subordinado a las autoridades superiores del organismo o entidad de que se trate, según lo establecido en el Artículo 15.

ART. 21: Hay descentralización cuando el ordenamiento jurídico confiere en forma regular y permanente atribuciones a entidades dotadas de personalidad jurídica, que actúan en nombre y cuenta propios, bajo el control del Poder Ejecutivo o del órgano con el cual el ordenamiento las vincule o incardine.

¹⁵ Ob.cit. pág. IX-24



competencia es delegable conforme a las disposiciones de esta Ley, salvo norma expresa en contrario”.

Reiteramos que esta excepción al Instituto de la Competencia, es de interpretación restrictiva. La aplicación práctica de lo expuesto sería que, ante la falta de certeza respecto a que, si un órgano detenta o no una competencia, en el caso específico de duda, siempre la presunción es a favor de la *inexistencia* de la mentada competencia o delegación.

En congruencia con lo expuesto, la Procuración del Tesoro de la Nación, ha dicho que “*Constituye principio firme, sustentado por autorizada doctrina y por esta Procuración, que no es jurídicamente admisible la incertidumbre acerca de la existencia de competencia y/o su delegación [...] frente a la duda se tiene como ineficaz.*”

Tal como se expresara precedentemente, en materia de competencia la regla general es la *INCOMPETENCIA*, respecto de facultades delegadas, en caso de duda, la solución es que la función debe considerarse como *NO DELEGADA*.

B) Responsabilidad del Delegante. Ley N° 9.003: Culpa “in eligendo” y/o culpa “in vigilando”

En su artículo décimo 10° se encuentra prescripta la responsabilidad del delegante. La norma consagra la *responsabilidad indirecta del principal receptando los principios de la culpa in eligendo y la culpa in vigilando*¹⁶. La doctrina es conteste en señalar la responsabilidad del principal si se dan las siguientes condiciones:

- a) Mala elección del dependiente –delegado- o falta de adecuada vigilancia ejercida sobre el mismo;
- b) Acto u omisión irregular por parte del delegado;
- c) Que se encuentre en relación de dependencia –jerárquica- respecto del responsable indirecto –principal o delegante-;
- d) Que aquel acto u omisión sea realizado en ejercicio de tareas inherentes al cargo desempeñado;
- e) Existencia de relación de causalidad entre el acto u omisión y el trabajo que corresponde al dependiente¹⁷.

En definitiva, al decir de Sarmiento García¹⁸, cabrá responsabilizar al delegante cuando por culpa grave o negligencia haya elegido mal al delegado, o no lo haya vigilado o controlado debidamente.

¹⁶ El subrayado es de nuestra autoría.

¹⁷ SARMIENTO GARCÍA, Jorge H.; PETRA RECARREN, Guillermo M., Ley de Procedimiento Administrativo N° 3.909, concordada y comentada, 2ª Edición actualizada y ampliada, Ediciones Augustus, 1979, Mendoza.



Desde el punto de vista del juicio de cuentas entonces, el delegante (*salvo caso de connivencia o vicio grosero en el acto de delegación*), siempre será pasible de una sanción por responsabilidad indirecta, sea en la elección del delegado o en los defectos de vigilancia. De todos modos, siempre debemos adecuar estos principios generales al análisis concreto del caso y la participación real de cada cuentadante en el procedimiento irregular o ilegítimo observado.

C) Responsabilidad del Delegado

El artículo 11° de la ley de procedimiento administrativo citada contempla la responsabilidad “*personal*” del delegado por el ejercicio de la competencia transferida, tanto frente al ente estatal como frente a los administrados¹⁹. Queda claro entonces que la actuación del delegado, dentro de la competencia delegada genera su responsabilidad personal y directa en un doble sentido, tanto frente al órgano como frente al administrado, en tanto el delegante mantiene una esfera de responsabilidad, que ya denominamos indirecta. Tal como expresan Dromi²⁰ en consonancia con Agustín Gordillo²¹, el órgano delegante no transfiere su competencia, sino su ejercicio, y por ello conserva y está obligado a mantener el *deber de vigilancia* sobre el uso de las atribuciones delegadas. En otras palabras, el delegante debe reservarse la facultad de fiscalizar, (verbigracia a través de un recurso administrativo) y diseñar un sistema de control sobre el ejercicio de las facultades delegadas. El delegante, además de instruir en general la acción del delegado y de expedirle órdenes concretas, puede también revocar sus actos de oficio o a petición de parte, con la sola limitación de no vulnerar o afectar derechos de terceros.

4.2 Revocación y avocación

En estos supuestos el delegante tiene la facultad de revocar, revisar o modificar los actos del delegado expedidos con fundamento en la competencia delegada, en cualquier tiempo.

El órgano titular de la competencia puede revocar total o parcialmente la delegación, debiendo disponer expresamente, si reasume

¹⁸ Ob.cit. pag.28.

¹⁹ ART. 11 “*El delegado es personalmente responsable por el ejercicio de competencia transferido, tanto frente al ente estatal como a los administrados. Sus actos son siempre impugnables, conforme a las disposiciones de esta Ley, ante el delegante*”.

²⁰ Ob.cit. pag. 212

²¹ Ob.cit. pag.IX-28



el ejercicio de las atribuciones delegadas o bien, las transfiere a otro órgano²². La revocación surte efectos desde la notificación o publicación.

En la figura de la avocación (proceso inverso a la delegación), el superior puede reasumir el ejercicio de la competencia y “avocarse” al conocimiento de una cuestión. Entendemos que la avocación debe ser realizada por un acto concreto, de la misma categoría que dispuso la delegación, expresando en forma concreta la materia a la cual se avocará el superior. La avocación surte efecto desde su notificación.

4.3 Otras formas de Delegación

A) Delegación de Gestión

La nueva ley de procedimiento administrativo de Mendoza ha incorporado dos formas que podríamos denominar de “delegación impropia”, para diferenciarla de la delegación propia precedentemente tratada.

Así, en su artículo 12 bis²³ regula la delegación de gestión. Esta norma se refiere a actividades de carácter material o técnico que podrá ser encomendada a otros órganos o entes, siempre que entre sus competencias estén este tipo de actividades, motivado en cuestiones de eficacia o cuando no se posean medios técnicos idóneos para su desempeño. Expresa la norma que este tipo de delegación no supone Cesión de la titularidad de

²² LICO, Miguel; MOURIÑO, Miguel, Breve estudio sobre la delegación de funciones administrativas, ob.cit.

²³ ART. 12 bis *La realización de actividades de carácter material o técnico de la competencia de los órganos administrativos regidos por la presente podrá ser encomendada a otros órganos o entes de la misma o de distinta órbita de actuación, siempre que entre sus competencias estén ese tipo de actividades, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño. Las delegaciones de gestión no podrán vulnerar el régimen jurídico de los contratos de la función administrativa. La delegación de gestión no supone cesión de la titularidad de la competencia, ni de los elementos sustantivos de su ejercicio, que autoricen a tomar decisiones que vayan más allá de la encomienda de gestión, siendo responsabilidad del órgano o entidad delegante dictar cuantas instrucciones o actos sean necesarios para dar soporte, o en los que se integre la concreta actividad material objeto de encomienda. La entidad u órgano encomendado tendrá la condición de encargado del tratamiento de los datos de carácter personal a los que pudiera tener acceso en ejecución de la encomienda de gestión, siéndole de aplicación lo dispuesto en la normativa de protección de datos de carácter personal. La formalización de las delegaciones de gestión se ajustará a las siguientes reglas: a) Cuando la delegación de gestión se realice entre órganos administrativos o entidades sometidas a tutela administrativa deberá formalizarse por acto expreso de los órganos o entidades intervinientes. El instrumento de formalización de la delegación de gestión deberá ser publicada, para su eficacia, por el órgano delegante. Cada autoridad competente podrá regular los requisitos necesarios para la validez de tales actos que incluirán, al menos, expresa mención de la actividad o actividades a las que afecten, el plazo de vigencia y la naturaleza y alcance de la gestión encomendada. b) Cuando la delegación de gestión se realice entre órganos o entidades que no estén vinculadas jerárquicamente o por relación de tutela administrativa se formalizará mediante firma del correspondiente convenio entre ellos, que deberá ser publicado por el órgano delegante.*



la competencia, ni de los elementos sustantivos de su ejercicio, siendo responsabilidad del órgano delegante dictar las instrucciones necesarias para que el órgano delegado cumpla con el objeto de su encomienda. Al enumerar las formalidades para concretar dicha delegación, la ley diferencia dos casos, 1) si se realiza entre órganos administrativos o entidades sometidas a tutela administrativa, caso en el cual deberá dictarse un acto expreso entre los órganos, estando su validez (frente a terceros) a la publicación del instrumento suscrito, y 2) cuando se realice entre órganos o entidades no vinculadas jerárquicamente, o por relación de tutela administrativa. En este caso deberá formalizarse a través de un Convenio, el cual también debe ser publicado. La falta de publicación no implica invalidez del instrumento en este caso, siendo de cumplimiento obligatorio entre partes, pero inoponible en sus efectos a terceros.

B) Delegación de firma

Establece la normativa citada²⁴ que los titulares de órganos administrativos en materia de su competencia, podrán autorizar la firma de actos administrativos a los titulares de otros órganos que de ellos dependan. Esta facultad se encuentra limitada por la aplicación de los incisos a) y b) del art. 8°. En este caso la norma expresamente contempla que no hace falta la publicación de un acto expreso de delegación, esto es lógico ya que la autorización o delegación sólo faculta al inferior a firmar determinados documentos en nombre del superior, pero en modo alguno asigna responsabilidad al “delegado”, conservando el delegante tanto la competencia como la responsabilidad por los actos firmados por el delegado. Se exige que el delegado al momento de la firma aclare que lo hace en dicha calidad. La delegación de firma no es una transmisión de competencia en el sentido apuntado precedentemente, ya que el inferior delegado se limita a suscribir los documentos o actos señalados en la delegación, conservando el superior delegante la competencia, la decisión y la responsabilidad sobre el acto en sí mismo considerado. Es por ello que, por ejemplo, no siendo responsables los delegados de la ilegalidad de

²⁴ ART. 12 ter. *Los titulares de los órganos administrativos, en materias de su competencia, sea que las tengan por atribución normativa, o bien por delegación del ejercicio de esas competencias, podrán autorizar la firma de actos administrativos en los titulares de los órganos o unidades administrativas que de ellos dependan, con las limitaciones de los incisos a) y b) del Artículo 8°. La encomienda de firma no alterará la competencia del órgano delegante y para su validez no será necesaria su publicación. En los actos que se firmen por delegación de firma del titular se hará constar esta circunstancia y la resolución que la hubiere delegado, la que se notificará juntamente con el acto del delegado. Esta autorización significa sólo facultar al inferior para que firme determinados documentos, en nombre del superior, por haber sido éste el que ha tomado la decisión. La autorización de firma sólo es válida para materias concretas y propias del órgano autorizante.*



los actos, los recursos de reconsideración o revocatoria deben interponerse ante el propio superior delegante, ya que la delegación de firma no supone alteración de la titularidad de la competencia²⁵.

5. Competencias no delegables

Como se ha venido expresando a lo largo de estas líneas, es menester otorgar pautas para la determinación de la responsabilidad de los funcionarios que intervienen en el manejo de fondos públicos, en función de los distintos niveles jerárquicos que ocupan y de los Reglamentos e Instrucciones y Circulares que dictan o que deben cumplir.

El principio general es que todas las atribuciones que ostenta un funcionario podrían delegarse, salvo en los casos en que la ley expresamente lo haya prohibido. Nuestra ley de procedimiento administrativo en su artículo 8° prevé que no podrán delegarse: a) La atribución de dictar disposiciones reglamentarias que establezcan obligaciones o sanciones para los administrados, en materia alguna. b) Las atribuciones privativas y esencialmente inherentes al carácter político de la autoridad. c) Las atribuciones delegadas.

Respecto al punto b), Dromi²⁶ expresa que “*son indelegables las atribuciones constitucionalmente conferidas al órgano en razón de la división de poderes, por ejemplo, la de dictar reglamentos que establezcan obligaciones para los administrados*”. Entendemos que se trata de aquellas funciones de carácter intrínseco al cargo, que deben ser ejercidas por la persona que fue elegida para ello y que la ley pone su ejercicio en relación directa con la función.

Resta ahora determinar cuál es la forma de expresión de la voluntad administrativa a partir de la cual se considera perfeccionada la delegación. Tal como se anticipara. Se debe diferenciar el tipo de delegación con relación al instrumento legal que da validez a la misma.

En la delegación de gestión, donde intervienen dos órganos administrativos o entidades sometidas a tutela administrativa, se formaliza por acto expreso de los órganos intervinientes y debe ser publicado para que sea eficaz.

Para el caso de órganos no vinculados jerárquicamente, deberá implementarse a través de un Convenio, el que deberá ser publicado por el órgano delegante.

En la delegación propia, expresa la norma (ley N°9003, art. 9°) la misma debe ser expresa, contener una clara enunciación de las tareas,

²⁵ Jorge H. Sarmiento García. Artículo publicado en la Revista del Foro on line.

http://www.forodecuyo.com/index.php?option=com_content&task=view&id=33202

²⁶ Ob. Cit. Pág. 212



facultades y deberes que comprende y publicarse. En principio, por tratarse de un acto administrativo, el mismo debe ser realizado con las formas que establecen los artículos 41° y 42° de nuestra ley de procedimiento administrativo²⁷. Como esta manifestación de voluntad va a tener efectos de carácter general, debe ser publicada en la forma indicada por el artículo 105° de la norma citada²⁸.

Entendemos de fundamental importancia en este punto, realizar una breve distinción en cuanto a los actos de carácter reglamentarios y a las meras circulares e instrucciones.

6. Reglamento:

Para la Ley N° 9003 es “...*toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos generales en forma directa.*” Como se adelantara, el reglamento, por los efectos jurídicos que prevé, debe ser publicado para tener ejecutividad²⁹. Dromi³⁰ da idéntica definición que la Ley N° 9003 y diferencia entre Ley (*expresión de la voluntad soberana del pueblo*) y Reglamento (*expresión de la competencia reglamentaria de la Administración*). La diferencia

²⁷ ART. 41 Los actos administrativos se documentarán por escrito y contendrán:

- a) Lugar y fecha de emisión. b) Mención del órgano o entidad de quien emanan.
- c) Determinación y firma del agente interviniente.

ART. 42 Podrá prescindirse de la forma escrita: a) Cuando mediare urgencia o imposibilidad de hecho; en esos casos, sin embargo, deberá el acto documentarse por escrito a la brevedad posible, salvo que se trate de actos cuyos efectos se hayan agotado y respecto de los cuales la constatación no tenga razonable justificación. b) Cuando se trate de órdenes de servicio que se refieran a cuestiones ordinarias

²⁸ ART. 105 Todo reglamento debe ser publicado para tener ejecutividad; la falta de publicación no se subsana con la notificación individual del reglamento a todos o parte de los interesados. a) La publicación debe hacerse con transcripción íntegra del reglamento, en el Boletín Oficial de la Provincia o en los medios que establezca la reglamentación. b) Sin perjuicio de lo anterior, es deber de la autoridad de aplicación de Leyes y reglamentos que establezcan obligaciones, cargas, tipifiquen infracciones o sanciones, que también los publique en su sitio electrónico, en forma actualizada y accesible para los obligados. La falta de publicidad podrá ser invocada por los interesados como causal de justificación de las infracciones administrativas que se les imputen o como atenuante de sus sanciones. c) La autoridad administrativa podrá optar por dictar los reglamentos previo procedimiento de comentarios públicos. El procedimiento de comentarios públicos dará a las personas interesadas la oportunidad de participar en la elaboración del reglamento a través de la presentación escrita de argumentos, información o puntos de vista. La autoridad deberá considerar el material relevante, lo que deberá ser expresado en la motivación del reglamento. Para ello, publicará en los sitios electrónicos pertinentes: 1) Las disposiciones temporales referidas al procedimiento y a las formas y condiciones de participación. 2) Las normas que habilitan su competencia para el dictado del reglamento propuesto. 3) El texto propuesto o una descripción de los principales temas que abordará

²⁹ ART. 104 Considérese reglamento a toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos generales en forma directa. ART. 105 Todo reglamento debe ser publicado para tener ejecutividad; la falta de publicación no se subsana con la notificación individual del reglamento a todos o parte de los interesados.

³⁰ Ob. Cit. Página 273.



básica entre un acto administrativo y un reglamento radica en que los efectos jurídicos del primero son de carácter individual, con lo cual para su perfeccionamiento basta con la notificación, en tanto el reglamento tiene efectos generales, para su perfeccionamiento se exige la publicación. La publicación hace a la validez del reglamento, con lo cual, por ejemplo, si un determinado organismo elabora un “*organigrama y su manual de funciones*”, en principio dicha disposición debería ser publicada para adquirir efectos “*erga omnes*”. En este punto entendemos que debe hacerse una aclaración desde el análisis que realiza el órgano de control externo. En efecto, si bien la característica del reglamento en relación a su validez está vinculado a la publicación del mismo, en el caso de dos órganos del estado (Órgano de Control y cuentadante u organismo controlado), en nuestra opinión, solo sería necesaria la aprobación del organigrama y su manual de funciones, a través del dictado del acto administrativo de aprobación, suscripto por la autoridad competente para ello, con lo cual, una vez tomado conocimiento tanto por los obligados de cumplimiento y por el órgano de control, con la debida constancia de ello, haría que dicho instrumento de carácter reglamentario fuera oponible y de cumplimiento obligatorio para todos. Lo expuesto no es sólo una cuestión teórica, ya que la validez o no de la distribución de competencias que se plasma en un manual de funciones, tiene una directa relación con la atribución de responsabilidad de los agentes o funcionarios que administran caudales públicos. Quien tiene asignada en forma concreta el ejercicio de la potestad podrá ser pasible de una responsabilidad directa, en tanto la autoridad “delegante”, solo sería pasible de una sanción por responsabilidad indirecta, es decir, en principio, una multa por falta de control, salvo el caso de que el mismo haya tenido o debido tener una participación directa y necesaria en el procedimiento irregular que da lugar a la sanción, en cuyo caso su responsabilidad podría ser directa, sin distinguir que la función no hubiese sido plasmada en el manual de funciones.

Se estima conveniente también destacar, que siempre el reglamento debe estar subordinado a una ley, es decir, si el reglamento contradice una disposición establecida en una ley, prevalecerá la ley por sobre el reglamento. La validez y eficacia jurídica del reglamento depende de la inexistencia de leyes que regulen la misma materia.

Sin perjuicio de lo expuesto, no debe perderse de vista que el juicio de cuentas persigue una “*verdad material*”, tratar de desentrañar el verdadero devenir de los hechos, con lo cual, la responsabilidad también



estará sujeta al análisis de participación del agente o funcionario dentro de un procedimiento en particular.

7. Instrucciones y Circulares:

La Ley N° 9.003 regula en lo referente a Instrucciones y Circulares administrativas internas³¹ que las mismas no obligan a los administrados, pero éstos pueden invocar en su favor las disposiciones que contengan. Así lo interpretó nuestro Superior Tribunal respecto de la aplicación del Acuerdo H.T.C. N°5713. Expresa la Corte que estas circulares e instrucciones son actos “*tendientes a regular la propia organización o funcionamiento de la administración y cuya eficacia se agota en el ámbito administrativo estrictamente, no constituyendo fuente de “legalidad” -al no proyectarse al exterior- sino sólo de obligación jerárquica para el personal de la administración. Como consecuencia de ello, se ha considerado que el acto administrativo emitido al margen de tales reglamentos internos es válido: el no cumplimiento de los mismos no vicia el acto (conf. Marienhoff, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo”, T° II, Abeledo-Perrot, Bs. As, 1975, pág. 672 y sgtes.)*”.³² Estas circulares no requieren de publicación, pero si deben exponerse en vitrinas o murales y en la sede electrónica de las oficinas y además compilarse en un repertorio o carpeta que debe estar a disposición. En definitiva, son disposiciones de carácter interno, no oponibles a los administrados, pero que si pueden ser invocadas por ellos a su favor.

Son típicos reglamentos de organización administrativa que no rigen para terceros extraños a la Administración. Tienen solo efecto dentro de ella y están destinados a los agentes públicos para asegurar el buen funcionamiento de sus dependencias.

Dromi³³ define a estos reglamentos de servicio (instrucciones y circulares) como: “... expresiones del poder jerárquico que contienen directivas de los órganos superiores a los agentes subordinados sobre el modo de ejercicio de las funciones, a fin de asegurar la celeridad, economía, sencillez y eficacia de los trámites...”.

Son reglamentos internos de la Administración, que obligan a los agentes estatales, sin que se establezca, en principio, relación jurídica alguna con el particular o administrado. Señala que es causa generadora

³¹ ART. 107 *Las instrucciones y circulares administrativas internas no obligan a los administrados, pero éstos pueden invocar en su favor las disposiciones que contengan, cuando ellas establezcan para los órganos administrativos o los agentes obligaciones en relación a dichos administrados.*

³² Suprema Corte de Justicia de Mendoza- Sentencia N° 109.581 caratulada “Agüero Sergio C/ H. Tribunal de Cuentas de la Prov. De Mendoza S/ A.P.A.”

³³ Ob. Cit. Página 285.



de responsabilidad el “*cumplir de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas*”. Por ende, entiende que una orden de un superior jerárquico, ya sea como instrucción o como circular, es una obligación legal impuesta a los agentes del Estado cuyo incumplimiento genera responsabilidades bajo pena de hacerse pasibles de sanciones, no sólo de tipo disciplinario, sino incluso civil o penal. Las órdenes, instrucciones o circulares internas entrarán en vigencia sin necesidad de su publicación.

8. Ejemplos:

Podemos citar como ejemplo de una delegación propia el Decreto N° 1267/2004, artículo 11, que delega en el Ministro de Ambiente y Obras Públicas “*la facultad de declarar la incobrabilidad y/o prescripción liberatoria de los créditos de las ex Sociedades del Estado Obras Sanitarias Mendoza y Energía Mendoza*”. Sostiene el Poder Ejecutivo, al motivar su decreto, que “*a fin de lograr celeridad en el trámite, resulta conveniente la delegación de la facultad del Poder Ejecutivo de declarar la incobrabilidad y/o prescripción liberatoria -con los alcances y limitaciones establecidos en las normas de aplicación-en la persona del señor Ministro de Ambiente y Obras Públicas, acto administrativo autorizado por el Artículo 7° de la Ley N° 3909 de Procedimiento Administrativo.*”

Entendemos que un “organigrama y su manual de funciones”, aprobado por un acto administrativo y publicado tendría el carácter de reglamento, oponible tanto a los funcionarios o empleados a quienes se dirige como a terceros afectados por su aplicación. Por ejemplo, si un subsecretario actúa dentro de las facultades delegadas mediante un reglamento (organigrama aprobado y publicado), este sería personalmente responsable por los actos desarrollados dentro de su competencia, siendo su superior solamente responsable ante una eventual culpa “*in eligendo*” o “*in vigilando*”.

Jorge Sarmiento García³⁴ en su comentario al artículo 109° de la ley de procedimientos (cuya numeración no ha variado con la sanción de la ley N° 9003), analiza la diferencia como “actos externos” o “internos”, según que establezcan o no una relación con el particular. Si bien las instrucciones y circulares deben ponerse en conocimiento de los agentes a quienes van dirigidas en la forma prescripta por el artículo 109°, deben también documentarse por escrito a fin de facilitar la consulta por los

³⁴ Ob.cit. Página 124.



interesados en cualquier momento, dado que, como se ha expresado, estos pueden invocarlas a su favor.

9. Conclusiones:

Desde el punto de vista de la responsabilidad contable, la responsabilidad del empleado que no cumple con las obligaciones que implica el ***ejercicio de la autoridad delegada***, en principio no debería ser de difícil determinación, salvo oscuridad o ambigüedad en la redacción de las normas de delegación. En el análisis deberá contemplarse si al actuar por delegación está el delegado ejerciendo “*autoridad*”, en cuyo caso será directa y personalmente responsable por dicho ejercicio.

Ahora bien, respecto de la autoridad que dictó el acto, deberán contemplarse diferentes aspectos a fin de determinar su “responsabilidad indirecta”, a saber: a) **defectuosa organización:** podría detectarse a través del análisis del organigrama y de los manuales de funciones del ente y su adecuada instrumentación. b) **falta de vigilancia:** podría detectarse la responsabilidad a través del análisis de los controles realizados (periódicos, por muestra, aleatorios, etc..) y de la existencia o no de órganos de control interno) c) **defectuosa dirección:** entendemos de un complejo análisis dentro del juicio de cuentas por cuanto debería retrotraerse el mismo a la fecha en que se produjo el acontecimiento de los hechos observados, salvo que se presenten situaciones de conductas repetitivas de conducción inapropiada que justifiquen esta calificación. Pero, tal como se apuntara precedentemente, el principio de verdad material nos obliga dentro del análisis de responsabilidad contable, a investigar la participación concreta de cada funcionario o agente en el procedimiento irregular o ilegítimo.

Salvo en la delegación de firma, que como se explicara, acarrea la responsabilidad directa y absoluta del delegante, en todos los casos deberá tenerse en cuenta que, existiendo delegación expresa, en los términos precedentemente analizados y no estando prohibida por la ley, la responsabilidad del delegado sería “*directa*”, en tanto que la responsabilidad del delegante siempre sería “*indirecta*”, lo que traducido en términos de la ley 9292, la actuación del delegado podría traer aparejado tanto un procedimiento irregular como un daño al erario público, en tanto el delegante, sólo sería pasible de una multa por falta de control, o responsabilidad “*in vigilando*”.

Si bien la casuística puede ser amplia, donde se mezclen conceptos de los aquí analizados, podemos destacar un parámetro “*objetivo*” en el análisis de responsabilidades de delegante y delegado, esto es, el traspaso de **AUTORIDAD**. En efecto, si la delegación implica la transmisión de



autoridad para decidir, esta delegación siempre traerá aparejada la responsabilidad directa y personal del delegado, ello sin perjuicio de la responsabilidad que pueda caberle al delegante por su participación en el hecho o en la elaboración del acto cuestionado

Sin perjuicio de lo expuesto, el presente trabajo es un esbozo conceptual respecto principalmente a las relaciones jurídicas que rodean el acto de delegación, la diferencia con figuras similares, ámbito de responsabilidad de los funcionarios y empleados y la forma de instrumentación de cada figura, así como los requisitos de oponibilidad tanto frente al órgano emisor como a los administrados.

El espectro casuístico requerirá pautas generales que posibiliten delimitar las responsabilidades individuales, así como concurrentes matices; es menester en este punto la conjugación de las reglas prescriptas en la Ley N° 9003 junto a pautas signadas en la mentada investigación, que cristalicen lo planteado en relación de los límites y alcance de la responsabilidad contable de los funcionarios actuantes y la delegación funcional, teniendo presente en todo momento la regla de que, en caso de dudas, la delegación no existe.

Firmado:

Dr. Néstor M. Parés - Dr. Mario Francisco Angelini - Dr. Héctor David Caputto - Dr. Ricardo Pettignano – Dra. Liliana M. De Lazzaro

Certifico que las firmas que anteceden han sido insertas holográficamente en el documento obrante en el expediente.

Dr. Gustavo A. Barbera - Jefe Dpto. Despacho - Tribunal de Cuentas - Mendoza