

CAPÍTULO IV

CONTROL DE LEGITIMIDAD O DE OPORTUNIDAD

SUMARIO

1. ¿Dónde poner el énfasis?	169
2. El círculo vicioso del control de legalidad y la generación de normas	172
3. El problema de los recursos	173
3.1. Legitimidad en sentido amplio	174
3.2. Entes creados por decreto o decreto-ley: También oportunidad	174
4. La grave inoportunidad como vicio de legitimidad.....	174
5. Control de gestión o de resultados.....	175
6. El resultado del control. El control como acción oportunamente correctora	176
7. Aspectos de política económica del control. La “tutela política”	178

Capítulo IV

CONTROL DE LEGITIMIDAD O DE OPORTUNIDAD

1. ¿Dónde poner el énfasis?

Cualquiera sea la formación o la profesión del estudioso que se acerca al análisis del tema, es común que no ponga en duda la necesidad de efectuar control de la legalidad o legitimidad de los actos de las empresas públicas, y que sólo cuestione, en cambio, la existencia o el alcance del control de gestión, mérito u oportunidad.¹

La doctrina europea más antigua señalaba principalmente el control de oportunidad;² la doctrina latinoamericana, si bien menciona tanto el control de

¹ El Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, CLAD, en el libro *Las Empresas Estatales en América Latina*, Caracas, 1979, p. 172, observa con carácter general que “Él énfasis en la legalidad del gasto ha sido la costumbre arraigada en los organismos fiscalizadores externos. Pero en los últimos años se ha ido afianzando la tendencia a introducir nuevos conceptos de control de mérito, oportunidad o gestión.” El énfasis en el control de legalidad también aparece nítido en el libro de SILVA CIMMA, ENRIQUE, *Control público*, Caracas, 1976, p. 29 y ss. Sin embargo, y como concluye el propio libro del CLAD citado, “esas tendencias se dan más en la intención que en la realidad, aun en los países en que el nuevo énfasis ha encontrado lugar en la legislación,” como sería el caso de Venezuela, Ecuador y Perú: CLAD, *op. cit.*, p. 177.

² La obra clásica en materia de control administrativo, el libro de MASPÉTIOL, ROLAND y LAROQUE, PIERRE, *La tutelle administrative*, París, 1930, señala en primer lugar el control de oportunidad y los distintos modos por los que se efectúa (pp. 84-161), y luego analiza el control de legalidad, aclarando que *el primero es una tutela “propia mente administrativa,”* es decir, una tutela que requiere de parte de la autoridad que ejerce el control, una apreciación de la oportunidad. En cambio, la tutela o control de legalidad consiste en procedimientos que, “excluyendo toda apreciación de la oportunidad, tienden a aproximarse a un control jurisdiccional. Hay allí un dominio intermedio entre lo administrativo y lo jurisdiccional, medidas cuyo carácter tiene a la vez de lo uno y de lo otro de estos dos órdenes de actividad.” (P. 162.) El primer método de control es aún preponderante en Francia según estos autores a la época del libro; en cambio, el segundo tiende a crecer.

En América Latina parece como si la cuestión ha estado planteada siempre en términos inversos: El control de legalidad es el dominante, siempre lo ha sido, y no parece disminuir; el control de oportunidad es mínimo, casi inexistente, y no parece estar destinado a aumentar. Pero aún más, el control de legalidad ha sido siempre hecho exclusiva o principalmente por la Administración pública, en desmedro del control de oportunidad. En aquello que los jueces han podido aportar al Estado, o sea, ejerciendo control de legalidad, su concurso no ha sido requerido ni facilitado; en

legitimidad como el de oportunidad o mérito en paridad de principio,³ sin perjuicio de distinguir a veces control de gestión como un concepto diferente a los anteriores,⁴ lo cierto es que termina enfatizando el control de legalidad.⁵

Bajo una u otra expresión, las sociedades latinoamericanas padecen por igual de un excesivo énfasis puesto exclusivamente en el cumplimiento del orden jurídico, con el alcance de olvidar de algún modo todo lo que no sea consagración normativa, legal o reglamentaria, de un principio. En realidad, cumplida que sea la Ley, existe la intuitiva convicción generalizada de que lo principal ha sido logrado y que de algún modo puede descansar el control.

El Derecho, sea comercial, penal, civil, etc., recepta, por lo general, las creencias y los postulados básicos de una sociedad civilizada, y en esa medida es lo mínimo que esa sociedad debe respetar y hacer respetar. Pero, así como a nadie se le ocurriría que en materia de relaciones comerciales lo principal que los comerciantes deben hacer es cumplir el Código de Comercio, o en materia civil lo principal que los padres deben hacer con sus hijos es respetar la legislación civil, así también parece desenfocada la cuestión en materia de empresas públicas si colocamos al cumplimiento de las leyes por éstas como uno de los objetivos básicos del control. Es una cuestión indiscutible, pero en último análisis residual, que la sociedad vigile el cumplimiento del orden jurídico por parte de todos sus miembros: Que cumplan la Ley tanto el comerciante, el padre de familia como la empresa pública. Pero ello no alcanza para tener un buen comerciante, buenos padres y buenas empresas públicas. Tampoco diremos, desde luego, que es con la violación o el incumplimiento de las leyes que se lograrán estos objetivos, sino que con el solo cumplimiento de aquéllas estamos aún lejos de conseguir éstos.

Así como la sociedad deja a los tribunales de justicia el control de la legalidad de los actos de los comerciantes y de los padres de familia, y se ocupa en cambio, por medio de otros controles sociales, de que ellos sean buenos comerciantes y buenos padres de familia, así también el Estado debiera quizá dejar a los sistemas de recursos administrativos o jurisdiccionales el control de legalidad de los actos de las empresas públicas, y dedicarse, en cambio, a perfeccionar los mecanismos de control social o administrativo merced a los cuales ellas puedan ser buenas empresas públicas.

cambio, en el control de oportunidad o mérito, en que sólo la Administración podría brindar un aporte fundamental, ese ha sido descuidado y lo sigue siendo aún hoy en día.

³ Encontramos así, en Brasil, a BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTONIO, *Natureza e regime jurídico das autarquias*, Sao Paulo, 1967, p. 427; en Uruguay, a JORGE SILVA CENCÍO, *La descentralización por servicios en la Constitución de 1967*, Montevideo, 1971, 2ª ed., p. 98 y ss.; en Colombia, ALVARO TAFUR GALVIS, *Las entidades descentralizadas*, Bogotá, 1977, p. 225, etc.

⁴ SILVA CENCÍO, *op. loc. cit.*; CLAD, *op. cit.*, pp. 188 y 189.

⁵ *Infra*, nota 7; CLAD, *op. cit.*, p. 178.

Esto, con todo, es sólo una reflexión personal,⁶ porque por lo general los esfuerzos del Estado y de las administraciones públicas en América Latina /parecieran estar principalmente consagrados a tratar de ampliar o perfeccionar los controles de legalidad.⁷ El control de eficacia, mérito o gestión, es siempre un control que se ejerce de alguna manera secundariamente, cuando se lo ejerce.⁸

Contra esta corriente doctrinaria mayoritaria existen algunas opiniones que propugnan un total contralor de oportunidad, como parte del control de legalidad, por ejemplo, SOTO KLOSS:⁹ “Si el órgano administrativo actúa en el ejercicio de potestades públicas utilizando sus poderes en decisiones inconvenientes o inoportunas, parece igualmente insensato afirmar que tales decisiones, si bien inoportunas, son legales.” “La oportunidad, pues, no es un agregado a la legalidad... oportunidad, conveniencia, mérito, son elementos que integran la potestad jurídica misma que el legislador ha conferido al administrador.” En suma, este autor sostiene que la oportunidad del acto integra su legalidad, pero no se advierte, en cambio, de qué modo práctico podrían los órganos que hoy controlan legalidad efectuar también un control integral de oportunidad.

Estimamos que esta posición extrema no representa el pensamiento medio en América Latina ni tiene posibilidad de ser receptada. Por nuestra parte hemos propuesto un camino intermedio, el de incorporar al concepto de legalidad la

⁶De la cual puede encontrarse un antecedente lejano en el énfasis puesto antaño en el Uruguay en la revisión jurisdiccional de los actos de los entes autónomos, por ejemplo, DEMICHELLI, *Los entes autónomos*, Montevideo, 1924, pp. 120-121, a quien critica enfáticamente en COSTA RICA ORTIZ, EDUARDO, *La autonomía administrativa costarricense*, San José, pp. 179-182. Desde luego, quienes encaran el tema desde otras profesiones no suelen padecer del enfoque que pone principal énfasis a lo legal: Buen ejemplo de ello son las contribuciones del Ing. Horacio Boneo al libro del CLAD ya citado, y otros trabajos del mismo autor sobre control de las empresas públicas.

⁷Como dice SILVA CIMMA, *op. loc. cit.*, “el control persigue... la subordinación de esa administración, en todos los aspectos, al sistema de derecho;” “... son sistemas que, en lo esencial, se han establecido con el evidente propósito de amparar y proteger el principio de la legalidad del gasto público.” Esta opinión es especialmente valiosa por provenir de quien ejerció la titularidad de la Contraloría en Chile y colaborar luego en la Contraloría de Venezuela. Similar opinión del titular de la contraloría venezolana es recogida en el libro del CLAD, p. 178.

En el libro de *La Contraloría General de la República*, Santiago de Chile, 1977, editado por la Universidad de Chile, se recogen trabajos sobre diversas Contralorías de América Latina, en todos los cuales campea la predominancia, cuando no la exclusividad, del control de legalidad. Pueden verse, entre otros, MARIENHOFF, MIGUEL S., “El control administrativo de legalidad en Chile. La Contraloría General de la República,” p. 155 y ss.; REAL, ALBERTO RAMÓN, “La Contaduría General de la Nación (Uruguay),” p. 159 y ss.; MARTÍNEZ ZULETA, ANÍBAL, “La Contraloría General de la República de Colombia,” p. 243 y ss.; “La Contraloría General de la Nación del Ecuador,” p. 251 y ss.; “La Contraloría General de la República Peruana dentro del accionar del Sistema Nacional de Control,” p. 267 y ss. Lo mismo puede observarse en Paraguay, en INTAL, *op. cit.*, vol. II, p. 155.

⁸En el caso de Paraguay, la apreciación de oportunidad es exclusiva del Directorio o Consejo de la empresa, con lo cual no existe control externo de mérito (INTAL, *op. cit.*, vol. II, p. 159); tampoco está previsto el control de gestión. (*Op. cit.*, p. 158.)

⁹SOTO KLOSS, EDUARDO, “La toma de razón y el poder normativo de la Contraloría General de la República,” en el libro *La Contraloría General de la República*, *op. cit.*, p. 165 y ss., p. 182.

“grave inoportunidad” del acto, y no cualquier inoportunidad: Al respecto, ver *infra*, § 4.

Pero, retomando el hilo central, no parece posible cuestionar que el enfoque predominante en América Latina es formal y de legalidad.

Incluso es muy frecuente que al discutirse el control de actos concretos de disposición de la hacienda pública, la controversia que llega a la prensa y que más atrae no es la de la oportunidad del gasto, sino la de su legalidad. A los oídos del público, parece siempre más grave imputar la supuesta o real ilegalidad de un acto, que su supuesta o real inoportunidad.¹⁰

2. *El círculo vicioso del control de legalidad y la generación de normas*

El énfasis puesto habitualmente en los controles de legitimidad retroalimenta el sistema reglamentario que usualmente rige la actividad empresaria pública. Se produce un círculo vicioso en que los propios directivos de empresas públicas crean reglamentaciones para regir su propia conducta, y también esas reglamentaciones les son dadas exógenamente: Por temor a que se transgreda el orden jurídico, o a que se diga que se ha transgredido el orden jurídico, se emiten nuevas y más detalladas normas previendo todo posible detalle de la conducta futura.

Al insistirse en el control de legalidad como control predominante, se introduce entonces una tendencia hacia la creciente reglamentación para hacer más predecible y “más fácilmente controlable” la conducta. Pero ocurre que lo que se refuerza de este modo es el control puramente formal, porque formales son en tal situación las normas que se dictan: Se llega inevitablemente a una exageración del análisis de juridicidad reglamentaria del acto, en desmedro de la apreciación de su mérito. Se afirma así la vigencia y la convicción de que si un funcionario dicta un acto válido o legal, nada puede objetársele; que si su decisión es inoportuna o inconveniente ello es materia librada a la discrepancia política, en todo caso, pero exenta del control y del reproche administrativo. Desde luego esto es un error, porque, por lo general, no suele ser demasiado difícil dar cumplimiento

¹⁰ Dicen en este sentido BENEDICTO CAPLÁN y NORMA R. CAPLÁN DE COHÉN, *El presupuesto del sector público*, Buenos Aires, 1979, p. 101: “Los funcionarios a cuyo cargo está la dirección o prestación del servicio, no están obligados a rendir cuenta del resultado económico de su gestión, sino sólo de su legalidad. Al buen funcionario, según el concepto corriente, le basta con no violar ninguna ley, decreto o reglamento, sin preocuparse de si su gestión es, o no, económicamente conveniente. Al público le interesa, es cierto, la buena prestación del servicio y aplaude al funcionario que lo logra: Pero a nadie se le ocurre averiguar si el costo está justificado o no.”

De lo expuesto resulta que el directivo de empresa pública latinoamericana se encuentra predeterminado de diversos modos, pero siempre en igual dirección: Su propia actitud psicológica, el contexto social, la racionalidad que se espera de él, la tutela política a que está sometido más la visión que los órganos de control y la sociedad entera parecen tener del orden jurídico, todo opera exactamente de la misma manera.

a los recaudos formales, si el funcionario simultáneamente se despreocupa de que sus actos sean además eficaces de acuerdo a las circunstancias.

Así se va distorsionando todo el sistema, no sólo a partir del control, sino también a partir de la emisión de normas que el control provoca para autosatisfacerse y autorrealizarse. Las normas innecesarias y detalladas que se van dictando constriñen cada vez más la creatividad e imaginación de los funcionarios, refuerzan la idea de que el actuar conforme a las normas es garantía suficiente de corrección y acierto, como si no fuera también posible actuar incorrecta e ineficazmente aun habiendo dado cumplimiento formal a las disposiciones vigentes: Y la profecía auto-cumplida a veces se realiza, de que la irregularidad y el abuso, cuando no el delito, pasa por medio del mejor cumplimiento y control reglamentario.

Con todo ello se produce, por fin, una “incapacidad disciplinada,” pues se obliga al directivo “a acostumbrarse a depender de controles externos desechando las ricas posibilidades de la autofijación de objetivos y la autocrítica, y se le induce a una rutinización progresiva.” “Lo importante pasa a ser la adhesión estrecha al reglamento, y todo lo demás es secundario;” el sistema administrativo ejerce así “múltiples presiones sobre sus miembros, induciéndolos a un comportamiento absolutamente ajustado a la norma.”¹¹

Si esta hipótesis fuera cierta, si el énfasis en el control de legalidad produce como resultado el nacimiento de cada vez más normas reglamentarias detalladas, si con ello se combate la creatividad y el ejercicio responsable de la función empresarial pública y se dificulta el control de oportunidad o mérito, entonces bien vale la pena reevaluar si corresponde en definitiva a la administración mantener estos controles, o si no es mejor dejar la cuestión librada a los sistemas de recursos o remedios administrativos y jurisdiccionales, ampliándolos, en todo caso, con mecanismos de participación y de control por órganos públicos independientes como los que se mencionan más adelante.¹²

3. *El problema de los recursos*

Lo antes expuesto no nos lleva a cuestionar todos los controles administrativos de legalidad: Pensamos, por ejemplo, que los controles por medio de recursos, reclamos y denuncias deben continuar funcionando regularmente y que incluso pueden ser perfeccionados en aquellos países que no cuentan con leyes modernas de procedimiento administrativo.

¹¹ KLIKSBERG, BERNARDO, “La racionalidad irracional de la burocracia,” en el libro *Cuestionando en Administración*, Buenos Aires, 1973, pp. 162-163.

¹² *Infra*, cap. V. Nos referimos en particular a la figura del Ombudsman.

3.1. *Legitimidad en sentido amplio*

Interesa precisar que la diferencia que en doctrina se sostiene por parte de algunos autores,¹³ en el sentido que el Poder Ejecutivo controlaría en el recurso de alzada o jerárquico impropio sólo ciertos aspectos de la legitimidad (por ejemplo, los referidos a la violación de normas establecidas específicamente para el ente de que se trate, o para toda la administración), no ha sido tampoco recibida en la práctica latinoamericana, en que el contralor de legitimidad ha sido siempre pleno. Atendiendo a nuestra realidad, pareciera predominar el criterio de que es preferible por ahora mantener el criterio amplio de la revisión por ilegitimidad. Ocurre que si se sugiere limitar el control al cumplimiento de sólo algunas normas, las que resultarán más y mejor controladas serán precisamente las reglamentarias y de detalle que no debieran haber sido emitidas. Y serán los principios jurídicos superiores, que podrían haber ayudado al control, los que serán omitidos por su mayor dificultad de apreciación.

3.2. *Entes creados por Decreto o Decreto-ley: También oportunidad*

La doctrina tradicional que limitaba el recurso de alzada o motivos de ilegitimidad, se encuentra hoy en día restringida. La solución general y de principio pasa ahora a ser que el recurso de alzada procede por los, mismos motivos porque proceden todos los demás recursos administrativos: “Los recursos podrán fundarse tanto en razones vinculadas a la legitimidad, como a la oportunidad, mérito o conveniencia del acto impugnado o al interés público.”¹⁴ Gran parte de los entes autárquicos, empresas del Estado y sociedades del Estado tienen así teóricamente revisión de *legitimidad* y *oportunidad* en la alzada.¹⁵

Con todo que el criterio es conceptualmente importante, no ha tenido repercusión sensible en la práctica. Ello puede deberse en buena medida a que el modo de tramitación y decisión normal de los recursos administrativos pasa fundamentalmente por el dictamen de los organismos de asesoramiento letrado, los cuales, como es lógico, suelen limitarse en el desempeño de sus funciones a opinar sobre la legitimidad del acto, haciendo abstracción de su mérito o falta de él.

4. *La grave inoportunidad como vicio de legitimidad*

Otra posible forma de encarar este estado de cosas, para mejorar el grado o la calidad del control de la administración central sobre los entes descentralizados, puede ser la de introducir una variante en los conceptos de legitimidad y oportunidad. En lugar de limitar el control, en la variante más tradicional, a la

¹³ FIORINI, *Recurso jerárquico*, Buenos Aires, 1963, p. 37.

¹⁴ Art. 97 del Reglamento argentino.

¹⁵ Es la solución que emerge del Derecho argentino a partir del Decreto 3700/77.

legalidad formal de un acto, o de pretender ampliarlo a todo y cualquier juicio de oportunidad, podríase así considerar el control sólo de la *grave inoportunidad*.

Pensamos que el control de oportunidad podría ser concentrado en la grave inoportunidad, considerándola incluso como vicio *stricto sensu* que afecta la validez del acto. De hecho este tipo de control existe a veces en los mecanismos de autorización y aprobación que estas entidades deben requerir a la administración central para muchos de los actos; pero falta en cambio la posibilidad de que los particulares, fundados en lo que consideren graves vicios de mérito, puedan poner en movimiento eficazmente mecanismos de control, sean administrativos o de otra índole.

Una posibilidad de comenzar a propender a la realización de este control puede ser admitir la interposición de recursos, reclamos y observaciones contra los actos gravemente inoportunos, fundando la impugnación en la irrazonabilidad, arbitrariedad, o falta de sustento fáctico suficiente del acto: Estos argumentos, linderos de la grave inoportunidad y en algunos casos superpuestos a ella, pueden permitir la introducción de controversias que el propio interés administrativo debería favorecer. A veces, en efecto, más perjudicial y dañino para los intereses públicos que algunos actos ilegales, son ciertos actos inoportunos; de los primeros, por su carácter más manifiesto, y por la relativamente mayor sencillez de la discusión, existen mecanismos incluso socioadministrativos de control; en cambio, de los actos no ilegales conforme al sentimiento común de la gente, pero sí gravemente inoportunos, especialmente torpes, totalmente impolíticos, etc., no existen ya mecanismos socioadministrativos de freno ni previsión de control. La grave inoportunidad de los actos de un administrador de empresa pública es solamente castigada con la remoción del funcionario, cuando las críticas reiteradas y fundadas, formuladas por la opinión pública con algún consenso, ya tornan impolítica su continuación en el cargo: No hay en cambio medio jurídico o administrativo alguno, idóneo para discutir en *tiempo útil* la cuestión y evitar que se consume una vez más la falta de tino en grado superlativo. Por ello quizá sea tiempo de que se modifique este aspecto del funcionamiento de los controles, admitiéndolos también por los motivos de grave falta de oportunidad que señalamos, y concibiéndola a ésta los organismos de asesoramiento letrado como vicio de ilegitimidad.

5. *Control de gestión o de resultados*

Todavía una forma más de ver el problema es la que se expresa a través de los mecanismos de control que más que revisar actos o procedimientos, buscan evaluar y controlar los resultados generales de la gestión.

En este aspecto, corresponde señalar que en lo referente a las empresas públicas se está produciendo un cambio de mentalidad, y a veces de régimen jurídico, en

un doble sentido: *a)* Por un lado existe la creencia de que los regímenes de Derecho público y sus pertinentes controles traban el movimiento ágil de la empresa y deben ser eliminados: Muestra de este pensamiento es la transformación de algunas empresas del Estado a sociedades del Estado; *b)* por otro lado, se busca poner énfasis justamente en una forma de control de oportunidad, destacándolo como “control de gestión” (cumplimiento de planes y programas, etc.), pero a este efecto no se han encontrado aún los mecanismos institucionales que puedan hacerlo funcionar con eficacia.

La idea principal de esta evolución es que deben juzgarse resultados y no procedimientos de empresas, pero se la expresa impropiamente cuando se contraponen “legitimidad” a “oportunidad,” o incluso cuando ambos conceptos se oponen a “gestión.” De cualquier manera, pareciera que en la tesitura de controlar la gestión o eficiencia de las empresas, no se piensa de todos modos llevarla a cabo a través de los mecanismos de recurso, como principales o importantes medios de control, sino a través de otro tipo de controles de oficio; la cuestión es ¿cuáles?

El CLAD señala que existe una “tendencia a ampliar el concepto de control... común a todas las Contralorías y Tribunales de Cuentas,” lo que puede resultar visible en el caso venezolano y peruano;¹⁶ en otros países se ha preferido encarar estas funciones a órganos específicos de control.¹⁷ Sin embargo, sea que este control de gestión o de resultados se confiera a los clásicos organismos de control o fiscalización externa, como las Contralorías o Tribunales de Cuentas, o que se atribuya, en cambio, a órganos especializados, la cuestión es siempre la misma: ¿Cómo se hace para que el control sea eficaz, para que se traduzca en una corrección de los errores y de los defectos? A ello nos referimos a continuación.

6. *El resultado del control, El control como acción oportunamente correctora*

Para poder efectuar control es necesario contar con información, pero la mera recolección de información sobre el desempeño de las empresas públicas no puede confundirse con el control: Es una condición necesaria pero no suficiente de que exista control.

¹⁶ CLAD, *Las empresas estatales en América Latina*, op. cit., pp. 173-174. En Venezuela, la Ley Orgánica de Control, en su art. 5, establece que la Contraloría “podrá” controlar los resultados de la gestión administrativa; en Perú, el Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control, Decreto Supremo núm. 001-72-GC, artículo 2, define al control comprendiendo “la obtención de resultados de la gestión pública,” tarea que encomienda a la Contraloría General como cabeza del Sistema Nacional de Control. (Art. 4.)

¹⁷ Observamos este procedimiento en la Argentina, con las Direcciones de Control de Gestión, y en México a través de las diferentes Secretarías que se ocupan de tema, tales como la Secretaría del Patrimonio Nacional, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la Secretaría de Programación y Presupuesto, etc. Ver ACOSTA ROMERO, op. cit., p. 249 y ss. Como explica este autor, las funciones de la Secretaría del Patrimonio Nacional se encuentran hoy en día en parte en la Secretaría de Patrimonio y Fomento Industrial y en la Secretaría de Programación y Presupuesto.

Sin embargo, muchas veces se menciona bajo el nombre de “control” a comportamientos que no concluyen en acciones correctoras,¹⁸ y que a veces ni siquiera están concebidos de ese modo. En algún caso el llamado control tiene hasta mucho parecido con investigaciones históricas: Tal es el caso de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, en la Argentina, que tiene por función investigar y perseguir la comisión de delitos en el campo de la administración y la empresa pública, pero que por nada casual coincidencia siempre se dedica a investigar las supuestas o reales irregularidades de funcionarios del gobierno anterior, y que nunca investiga las supuestas o reales irregularidades de los funcionarios del gobierno actual, cualquiera que éste sea. En más de dos decenios de existencia, el comportamiento de la Fiscalía ha sido lamentablemente consistente. Puede servir, y sirve, para deslindar la responsabilidad histórica, pero nada más.

En un segundo caso, puede ocurrir que el control funcione a los efectos de determinar responsabilidad de funcionarios del gobierno actuante, y para sancionar a los eventuales responsables, sea con recomendaciones de censura, sea con su efectiva separación del cargo. Debe, sin duda, existir un mecanismo para castigar a los responsables, pero no es éste suficiente para considerar que haya control. Como dice el CLAD, “El control existe en la medida en que resulta posible pasar de la detección de la falta de legalidad, mérito y oportunidad, a acciones correctivas. De no ser así, no se ha cumplido el fin perseguido y el problema es más bien de responsabilidad por hechos que resultan irreparables.”¹⁹

En este punto coincidimos con el CLAD en que el control ejercido por contralorías y otros organismos fiscalizadores externos “es prácticamente inexistente desde el punto de vista del control como evaluación y acción correctiva.”²⁰

No obstante el alto prestigio de que estos organismos están por lo general dotados en los países de América Latina, y a veces hasta su consagración a nivel constitucional, a nuestro juicio no existe posibilidad de que ejerzan control de gestión en cuanto acciones oportunamente correctoras. Control de legalidad, sin duda, pueden ejercerlo, pero con los efectos ya explicados de alimentar el círculo vicioso de la creación de más normas reglamentarias.

En cuanto a los organismos de planificación y presupuesto, su función está siempre dirigida a programar la acción futura de la empresa pública, y en esa medida pueden, en parte, reorientar el comportamiento subsiguiente, pero, en

¹⁸ Según expresión del CLAD, *op. cit.*, p. 174. Como dice BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÓNIO, *op. cit.*, p. 429, el control es “poder de influir” sobre otra entidad. También CÚNEO, JUAN CARLOS R., *El presupuesto moderno y el Estado empresario*, Buenos Aires, 1979, p. 68, incluye la “acción correctiva” como parte del control de gestión.

¹⁹ CLAD, *op. cit.*, p. 175.

²⁰ CLAD, *op. cit.*, p. 180.

cambio, no parece posible que puedan imprimir una corrección al comportamiento presente de la empresa pública en la medida que pueda requerirlo.²¹

En lo que respecta al control por recursos o remedios administrativos, tampoco cabe duda que ellos no son aptos para efectuar acciones oportunamente correctoras. La razón de esta ineficacia reside en el tiempo que tarda en completarse un procedimiento de control sobre actos concretos: Dado que el acto impugnado no suele considerarse suspendido por la interposición del recurso, el tiempo que transcurre hasta la etapa de decisión final impide que el órgano de control pueda hacer ya nada, cuando le toca decidir: El acto impugnado está usualmente totalmente cumplido.

Por fin, la acción de los ministerios sectoriales y organismos de adscripción que tienen por función normal el control o tutela de las empresas públicas, por lo general queda limitada a “un papel menor y coyuntural... en cuanto a evaluación y control a través de acciones correctivas.”²² Una alternativa a veces ensayada, la de asignar una representación al Ministerio en los directorios de la empresa, constituye más una forma de cogestión que un procedimiento de control como corrección oportuna.²³

En resumen, no parecen existir en América Latina mecanismos eficaces que permitan traducir el control de las empresas públicas en acciones oportunamente correctoras.²⁴

7. Aspectos de política económica del control. La “tutela política”

En la medida que el comportamiento de la empresa pública se ve afectado por la manera en que se espera que funcione el control administrativo y social, también puede serlo por los controles de política económica. Nos referimos a aquellos controles que tienden a juzgar la marcha general del sector público económico o de la planificación nacional, y que, en consecuencia, no se encaminan a cuestionar el comportamiento individual de una empresa pública y menos de sus directivos.

Como dicen CIBOTTI y SIERRA,²⁵ “tanto el control como la revisión implican, en último término, una crítica a la acción de las entidades públicas y a la conducción de la política económica más vinculada al sector; todo esto, por supuesto, puede generar resistencias y comprometer la consolidación del proceso de planificación. A su vez, cuando las revisiones son muy frecuentes, se puede crear en relación

²¹ Como dice el CLAD, *op. cit.*, p. 183, “resulta difícil imaginar qué tipo de acciones correctivas efectivas pueden aplicarse, ni cuál su efectividad.”

²² CLAD, *op. cit.*, p. 185.

²³ BREWER CARÍAS, *Las empresas públicas en el Derecho comparado*, Caracas, 1967, p. 135; CLAD, *op. cit.*, p. 185.

²⁴ El caso de los holdings de empresas públicas es diferente en cuanto a la forma de manifestarse su falta de éxito: *Supra*, § 3.3., del cap. III.

²⁵ RICARDO CIBOTTI y ENRIQUE SIERRA, *El sector público en la planificación del desarrollo*, México, 1970, p. 225.

con dichos procesos un clima de inestabilidad; se vulnera de este modo el carácter orientador de los planes, y puede llegar a transformarse en un mecanismo de acomodamiento del plan a la coyuntura, con lo cual se pierde la línea de continuidad en la acción.”

Estas consideraciones y otras de política económica hacen que el ejercicio del control por parte de los ministerios o secretarías de adscripción esté a veces teñido de una preocupación que excede tanto la legalidad como la oportunidad de lo que hace la empresa pública, y se centre en el impacto que su accionar tiene en el conjunto, respecto del sector público de la economía. En tal caso, el comportamiento de la empresa pública pasa a ser un dato más, un indicador de la economía, una parte del diagnóstico que se reevalúa y reformula y lleva al ajuste del plan o de la política económica.

En tal hipótesis, el control opera como información de los organismos de adscripción y tiene elementos correctivos para la marcha general de la economía, pero no necesariamente al desempeño concreto de la empresa pública. Por lo demás, “el propósito de encontrar o intuir las causas o fuerzas que separan la realidad del plan y las conclusiones que debe aportar la evaluación, hacen de ésta una tarea tan expuesta a los juicios políticos como lo está la propia formulación.”²⁶

Desde este punto de vista, los organismos de adscripción, en cuanto responsables de la dirección de la política económica, pueden tener intereses incompatibles con un real ejercicio de control sobre las empresas públicas: los errores de éstas son errores de aquéllos y, por lo tanto, comprometen también al gobierno. Ello hace que muchas veces la función de control del Poder Ejecutivo y de los Ministerios o Secretarías pertinentes sea en los hechos más encaminada a encarar situaciones concretas o coyunturales, en que no está comprometida la política económica general, que a ponderar y resolver la coordinación y adecuación de las empresas a los objetivos generales, cuando éstos existen: Esa última ponderación constituye un autocontrol y una autocrítica que no siempre el propio gobierno está dispuesto a realizar.

Si en lugar de darle una connotación negativa se la conferimos positiva, puede hablarse de una “tutela política” del Estado,²⁷ o sea, un control del Estado que se encuadra dentro del marco de una racionalidad pública como se expresó en el § 2.4 del cap. III.

Desde este punto de vista se advierte que “la creación de empresas públicas es un medio al cual recurre el Estado a los efectos de lograr una administración efectiva de los servicios, con la convicción de que para ello se requiere un marco

²⁶ *Op. cit.*, p. 224.

²⁷ En la expresión de CARLOS R. ALCONADA ARAMBURU, “Actividad económica del Estado. Régimen legal societario,” *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, año XIV, n° 29, julio-diciembre de 1972, p. 107 y ss., 111, 113 y ss.

normativo distinto al régimen burocrático de las oficinas centrales. Pero ello no implica que las políticas que guían su funcionamiento sean estables, ni que las mismas puedan expresarse en forma concreta, debido al carácter esencialmente valorativo de los propósitos de bienestar social, seguridad nacional y desarrollo de la comunidad;²⁸ por ello, “cuando se pretende que las decisiones de conducción en las empresas del Estado se fundamenten en los criterios de eficiencia y efectividad, los cuales no son necesariamente compatibles con los sistemas de valores fijados por el órgano central,” se plantea una confrontación adicional entre el sistema de preferencias y de valores que inspira a la administración central en su control, y el sistema de preferencias y valores que inspira a cada empresa pública. Es ésta una dificultad adicional que existe para el funcionamiento de los controles de las empresas públicas.

²⁸ ETKIN, JORGE, *Sistemas y estructuras de organización*, Buenos Aires, 1978, p. 351.