

**PANEL 5**

---

GLOBALIZACIÓN Y CORRUPCIÓN.  
DERECHO ADMINISTRATIVO  
Y EMPLEO PÚBLICO



# CORRUPCIÓN, GLOBALIZACIÓN Y DERECHO ADMINISTRATIVO

**Alfonso Buteler**

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Una aproximación al fenómeno de la corrupción. 3. El impacto sobre el Derecho Administrativo. 4. Reflexiones finales.

**Palabras Claves:** Corrupción - Derecho Administrativo - Derecho Público.

**Resumen:** El fenómeno de la corrupción y la normativa dictada para enfrentar a este terrible flagelo ha ido provocando la mutación de muchas instituciones del derecho administrativo en su concepción clásica. A partir de ese panorama, luego de caracterizar al fenómeno de la corrupción procuraremos poner en evidencia las principales modificaciones que ha sufrido esta rama del derecho público.

## 1. INTRODUCCION

El fenómeno de la corrupción y la normativa dictada para enfrentarla, tanto en los ámbitos nacionales como supraestatales, ha ido provocando la mutación

de muchas instituciones del derecho administrativo en su concepción clásica. A partir de ese panorama, luego de caracterizar al flagelo de la corrupción, procuraremos poner en evidencia las principales modificaciones que ha sufrido esta rama del derecho público.

Es bueno señalar, que esos cambios no solo se han producido en la República Argentina sino en la mayoría de los países del mundo como producto de la adhesión a los instrumentos internacionales anticorrupción y por la implementación de prácticas contra ese mal.

## 2. UNA APROXIMACIÓN AL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN

**a. Evolución:** La corrupción, como desnaturalización del poder<sup>1</sup> no es un fenómeno reciente sino que remonta su origen a unos milenios atrás, tal como lo demuestran las obras que se han dedicado a abordar esta temática<sup>2</sup>. Lo que si tiene cierta actualidad es el creciente avance de esta problemática, la consiguiente preocupación que han evidenciado los estados y la internacionalización del flagelo.

Con relación a lo primero, cabe señalar, que se ha advertido desde un tiempo a esta parte que la corrupción –al menos desde el punto de vista político–, atenta contra las bases del Estado de Derecho en sus diversas versiones (Estado democrático, Social, Constitucional, etc.) o regímenes comunistas<sup>3</sup>, al generar inestabilidad institucional y desconfianza de los ciudadanos que terminan socavando el ejercicio mismo del poder.

La segunda cuestión, es el producto del auge de las operaciones financieras internacionales, del comercio transnacional y la globalización tanto de la economía como de la política, que han ido creando un contexto favorable para que las conductas corruptas vayan aumentando gradualmente. Por tal motivo, en los considerandos de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción<sup>4</sup> se señala que “la corrupción ha dejado de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías, lo que hace esencial la cooperación internacional para prevenirla y luchar contra ella”.

Fue precisamente en la década de 1970 que el gobierno de los EE.UU comenzó a detectar la existencia de empresas de esa nación que pagaban sobornos a los funcionarios públicos de los países –generalmente subdesarrollados– en donde pretendían

1. Cfr. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, “Ética, política y urbanismo”, Revista del Régimen de la Administración Pública, N° 333 p. 83, esp. p. 98.
2. González Pérez nos recuerda que ya Séneca escribió, hace muchos siglos, que la corrupción es un vicio de los hombres, no de los tiempos. ya que desde la aparición del poder, la corrupción lo acompaña como la sombra al cuerpo (GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, “La Ética Pública”, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, N° 283, p. 1 y 2) Para ampliar sobre el derrotero histórico de la corrupción, véase GRONDONA, Mariano, La Corrupción, Buenos Aires, Planeta, 1993, p. 35 y ss.
3. Así lo demuestran las declaraciones del Presidente Raúl Castro con relación a la realidad cubana (cfr. [www.elmundo.es](http://www.elmundo.es)).
4. En adelante CNUCC.

hacer negocios, ya sea con el sector público o privados. Así, durante la presidencia de Richard Nixon (1969-1974), como consecuencia de esas prácticas, surgieron los conocidos casos de “*Watergate*” y “*Lockheed*”.

Tan grave fue la situación que se generó que terminó con el mandato de dicho presidente y el dictado en 1977 de la *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA)<sup>5</sup> Esa ley, dispuso que las empresas estadounidenses o que residían en ese país del norte, sus directivos, empleados o agentes, que hayan ofrecido o prometido o dado el pago en dinero o en especie o funcionarios o políticos extranjeros o candidatos a ello para que actúen o ejerzan influencia para lograr o alcanzar el acuerdo mercantil eran pasibles de la aplicación de una multa o de prisión. Cabe destacar que esa normativa no penalizaba los “pagos de engrase” o los actos de corrupción entre privados.

Las críticas que se dieron contra la misma hicieron que diez años después fuera modificada por la *Omnibus Trade and Competitiveness Act* (OTCA) por la cual se eliminaron ciertas vaguedades, se ampliaron las penas y se mejoró la técnica legislativa que habían sido los principales defectos de su antecesora<sup>6</sup>.

Ello, a partir de 1990, fue motivando el dictado de normativas internas por diferentes países<sup>7</sup> pero, sobre todo, la preocupación internacional. Así, por ejemplo en 1994 se realizó en EE.UU el primer Congreso Internacional de Ética pública, en 1996 se celebró el Convenio de la OCDE<sup>8</sup> sobre soborno transnacional y tuvo lugar la Convención Americana Contra la Corrupción<sup>9</sup>. El año siguiente el Consejo de la Unión Europea aprobó el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados Miembros de la esa unión<sup>10</sup>. De la última década merece destacarse la Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción (2003), la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2003) y sobre todo la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción<sup>11</sup> (2006).

---

5. Ley de corrupción en las prácticas extranjeras.

6. MALEM SENA, Jorge, La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos, Barcelona, Gedisa, 2002, p. 191.

7. Puede citarse, por ejemplo, la ley polaca de anticorrupción de 1992, o la Corruption and Economic Crime Act de Bostwana de 1994.

8. Organización y Cooperación para el Desarrollo Económico. El Consejo de esa organización, el 3 de abril de 1998, adoptó una serie de principios de índole ética, recomendando a los países miembros que los establecieran en sus administraciones para asegurar el correcto funcionamiento de las instituciones y la promoción de la conducta ética de los servidores públicos. Ese instrumento internacional surgió de la necesidad de establecer reglas de juego claras para las inversiones de las empresas de los países más desarrollados. En el año 2000 fue ratificada por la República Argentina.

9. Cabe destacar que solo se refiere a la corrupción pública. Allí se estableció la figura del enriquecimiento ilícito, dispone la cooperación en materia de personas (extradición) y de bienes (asistencia mutua legal para embargos e inmovilización). En el art. III regula lo relativo a la prevención y, por último, está la parte penal que es considerada la más fuerte. (En adelante CICC)

10. A ello se suma el Convenio de derecho penal sobre la corrupción, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 27 de enero de 1999, el Convenio de derecho civil sobre la corrupción, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1995.

11. En adelante CNUCC. Ese instrumento extiende la corrupción a los privados. Le da la misma importancia a la prevención que a la cooperación y lo penal pero se suma el tema del recupero de activos. La prevención toma protagonismo a través de diversas figuras: 1) La política de prevención es obligatoria así como los organismos de prevención; 2) se regula el tema de las contrataciones públicas y el conflicto de intereses.

**b. Corrupción y democracia:** Como dijimos con anterioridad, el problema de la corrupción no es solo de índole jurídico o moral en donde hay que castigar a quienes realizan este tipo de prácticas o re-educarlos para poder convivir en sociedad, sino que en los últimos lustros se ha advertido los graves y nocivos efectos que provoca ese mal en los regímenes democráticos y sobre la reglas que rigen en un Estado de derecho.

La mejor muestra de ello es que la CICC cuando señala en sus considerandos que “la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos” y que “el combate contra la corrupción fortalece las instituciones democráticas, evita distorsiones de la economía, vicios en la gestión pública y el deterioro de la moral social”. La misma línea se sigue en la CNUCC al indicar que “*Los Estados Parte en la presente Convención Preocupados* por la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley”.

Es que, como lo señala Malem Seña, la corrupción corroe los fundamentos que de la moderna teoría de la representación que está bajo el ideal democrático<sup>12</sup>. Pues, para dicho autor, el círculo vicioso de corrupción e impunidad “produce en el ciudadano una sensación de que ‘todo vale’, un descreimiento aun mayor en el sistema judicial y un incentivo más para operar como un *free riders*. Se genera de ese modo una cultura de la corrupción donde muchos pretenden alcanzar sus metas a través de métodos ilegítimos y donde el que cumple con las leyes pierde siempre”<sup>13</sup>.

Con similar orientación Pérez Hualde<sup>14</sup> entiende, por ese motivo, que el campo de la corrupción no solo debe involucrar la temática referida al enriquecimiento de los funcionarios públicos sino que “se ubica en el terreno de la frustración de los fines perseguidos por la leyes del Estado” ya que considera, como otros<sup>15</sup>, que la esencia de la corrupción está en la actitud del sujeto de colocarse por encima de la ley, de las reglas, que rigen a todos sus conciudadanos y de manipular el orden normativo en su beneficio<sup>16</sup>. Por tal razón, concluye dicho autor que la corrupción “no es otra cosa que una manifestación moderna de la crisis que afecta la principio de legalidad siendo un cuestionamiento abierto al Estado de Derecho”.

En esta línea Garzón Valdés<sup>17</sup> compara al corrupto con el revolucionario dado que ambos se subleban contra el sistema con la particularidad que el corrupto necesita del sistema para mantener su predominio y, en cambio, el revolucionario quiere que el sistema caiga para darle lugar a otro.

12. MALEM SEÑA, J, op. cit., p. 121.

13. Idem, p. 127.

14. PÉREZ HUALDE, Alejandro, “Instrumentos para un régimen jurídico de combate a la corrupción”, L.L. 20/6/2011.

15. NINO, Carlos, Un país al margen de la ley, Ariel, 2005.

16. PÉREZ HUALDE, A., op. cit., p. 3.

17. GARZÓN VALDÉS, Ernesto, Calamidades, Barcelona, 2004, Gedisa, p. 211.

En esto Said es claro al señalar que la falta de probidad de los funcionarios públicos pone en debate el problema capital de la lealtad democrática habida cuenta que la proliferación de actividades corruptas indica la existencia de un problema mayor y más profundo: la tendencia a sustituir el ideal democrático de cooperación por formas de competencia y de imposición de los propios intereses que contradicen radicalmente ese ideal<sup>18</sup>.

**c. Aproximación conceptual:** Ahora bien, como ocurre con otras nociones<sup>19</sup>, no resulta fácil saber a qué nos referimos cuando hablamos de corrupción dadas las dificultades para establecer un concepto. De hecho, amén de las diversas apreciaciones doctrinarias sobre el punto, en los mismos instrumentos internacionales que regulan la cuestión (CICC y CUNCC) los países firmantes no pudieron consensuar ni siquiera una definición<sup>20</sup>.

A pesar de las aludidas dificultades algunos autores han afrontado la difícil tarea de definir a este fenómeno. Así, por ejemplo, Malem Seña<sup>21</sup> al diferenciar la corrupción de otras figuras jurídicas ha señalado los siguientes atributos de la corrupción: a) Tiene una marca de carácter individual; corruptor y corrompido se conocen y sellan su acuerdo de una manera indubitable; b) Constituye un modelo de influencia que va contra ciertas reglas que gobiernan la práctica política democrática; c) La actividad es secreta o realizada en un marco de discreción que procura ocultar la acción corrupta; d) Se persigue un beneficio extraposicional en donde la ganancia no debe ser necesariamente económica sino que también puede ser política, sexual, laboral, etc.; e) Implica la violación, activa o pasiva, de un deber posicional establecido por un sistema normativo de referencia<sup>22</sup>.

Por su parte, Garzón Valdez<sup>23</sup> ha sostenido que: a) el concepto de corrupción está lógicamente vinculado con el de sistema normativo, es decir que no se puede hablar de corrupción sin hacer referencia al contexto normativo en donde el acto corrupto tiene lugar; b) En los actos o actividades corruptas interviene por lo menos un decisor; c) La corrupción implica siempre un acto de deslealtad o hasta traición con el sistema normativo y d) Requiere, además del decisor, la intervención de una o más personas decisoras o no.

- 
18. SAID, José Luis, "La corrupción como causa de nulidad del acto administrativo y el reglamento", en AA.VV, Cuestiones de acto administrativo, reglamento y otras fuentes del derecho administrativo, Buenos Aires, RAP, 2009, p. 499.
  19. Con relación al interés público vid.: WUNDER HACHEM, Daniel, Principio constitucional da supremacia do interesse público, Belo Horizonte, Forum, 2011.
  20. Se ha destacado que hubo arduos debates en el seno del Comité Especial para tratar de llegar a una definición consensuada de "corrupción", sin embargo ello no fue posible. (RAIGORODSKY, Nicolás R., Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, Buenos Aires, Oficina Anticorrupción, Serie Estrategias para la Transparencia, 2º ed. act. p. 27)
  21. MALEM SEÑA, J, op. cit., p. 24 y ss
  22. De ello se deriva que una acción moralmente corrupta puede estar penada en un país y no en otro o, incluso, puede no estar regulada en ningún sitio pero ser moralmente reprochable. A modo de ejemplo puede tratarse a colación el caso de los "pagos de engrase" que están criminalizados en algunos sitios y en otros no.
  23. GARZÓN VALDES; E., op. cit., p. 202.

Estévez sostiene que la mayoría de las definiciones de la corrupción se han efectuados desde la estadística o desde la economía y que resulta necesario abordar la temática desde el punto de vista ético-individual, es decir teniendo en cuenta al individuo como autor de conductas morales y como responsable de ellas. A su vez, entiende que los factores estructurantes de la corrupción son: 1) Concentración de poder y profundización de las desigualdades; 2) “Ethos” tecnocrático, eficientismo, pragmatismo; 3) Baja institucionalización; 4) Individualismo extremo y 5) Grandes transiciones, crisis o cambios<sup>24</sup>.

**d. Reflexiones sobre causas y efectos:** Al estudiar este asunto no puede soslayarse que cualquier enfoque que se haga de la corrupción debe ser de carácter multidisciplinario<sup>25</sup> y no meramente jurídico, pues sus causas y consecuencias son multívocas: jurídicas, sociales, políticas, éticas, económicas, filosóficas, etc.<sup>26</sup>.

Amén de ello, entendemos en que el Derecho puede hacer una gran contribución –sobre todo desde el punto de vista preventivo- para resolver el problema de la corrupción y de la falta de conductas éticas, estableciendo reglas claras y precisas, tanto de actuación como de contralor que permitan disminuir los efectos nocivos de este mal<sup>27</sup>. Pues, como lo ha apuntado Mairal, “*cuando el Derecho está presente la corrupción disminuye; cuando el Derecho desaparece surgen otros factores que inciden en la decisión pública. La corrupción es el mas importantes de esos otros factores*”<sup>28</sup>.

Tampoco, se puede desconocer, que muchas veces el derecho actúa como aliado de la corrupción, al crear una estructura “paralela”<sup>29</sup> o que ha sido creada para favorecer esas prácticas irregulares, tal como se ha sostenido respecto de la República Argentina<sup>30</sup>. Por ello, Garzón Valdés destaca la paradoja que se presenta con la corrupción en los sistemas democráticos ya que quien está en el poder, por un lado, rompe las reglas de juego al obtener un beneficio extraposicional pero, por el otro, le interesa que ese sistema se mantenga para poder seguir llevando adelante esa actividad espuria<sup>31</sup>.

Por lo general, desde el punto de vista criminal, el acto corrupto genera un efecto cascada o “bola de nieve” dado que muchas personas físicas o jurídicas que han

24. ESTÉVEZ, Alejandro M., “Corrupción y políticas públicas: algunos factores estructurantes; apuntes para una agenda de investigación, Universidad de Buenos Aires, 2004, p. 5.  
 25. Vid. BUTELER, Alfonso, “La eficacia del control de los organismos de ética pública y anticorrupción” en AA.VV. Cuestiones de Control de la Administración Pública (Administrativo, legislativo y judicial), Buenos Aires, RAP, 2010, p. 529 y ss.  
 26. Ello sin desconocer el papel que pueden cumplir otras disciplinas en la solución del problema (Vg. Ciencias de la administración o ciencias políticas)  
 27. Para Vanossi, en cambio, la corrupción provoca una situación de descreimiento en el sistema jurídico en donde las sociedades entran en una especie de anomia en donde entra a regir la ley de la selva y en donde el derecho resulta impotente para paliar esa realidad. (VANOSSI, Jorge R. “Primera aproximación al enfoque jurídico de la corrupción”, E.D., 149:745)  
 28. MAIRAL, Héctor A., “El efecto de la crisis en el Derecho”, Revista del Régimen de la Administración Pública, n° XXVI-2, p. 239.  
 29. Vid. GORDILLO, Agustín, La administración paralela, Civitas, Madrid, 1997, 2ª Ed.  
 30. MAIRAL, Héctor A., Las raíces legales de la corrupción: o de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla, Buenos Aires, RAP, 2007.  
 31. GARZÓN VALDÉS; E., op. cit., p. 208.



cometido actos de corrupción luego se ven obligados a manipular los asientos contables para que no se advierta la irregularidad o a incurrir en el delito de lavado de dinero o en la necesidad de intentar sobornar a funcionarios judiciales para no ser descubiertos, etc.

Además, desde el punto de vista normativo la atribución de facultades discrecionales a la autoridad pública<sup>32</sup>, por lo general, facilita la concreción de prácticas corruptas pues, como señala Jaime Rodríguez-Arana Muñoz esas potestades en muchos casos se ejercen “en clave patrimonial y en beneficio personal en lugar de aspirar al servicio solidario de los intereses colectivos”<sup>33</sup>. Según Mairal, en la República Argentina, ello es insuficiente ya que es muy común, incluso, que se pidan sobornos para aplicar la ley<sup>34</sup> o que el funcionario honesto tenga miedo a resolver conforme a derecho por temor a ser sospechado como corrupto.

La corrupción también tiene íntima ligazón con el aspecto social habida cuenta que la situación que se presenta en cuanto a los índices de corrupción difiere de acuerdo al grado de desarrollo de una comunidad. Por lo general, en los países más avanzados, la corrupción se presenta a través de actos aislados y se concentra en los cargos más altos (ya que allí los controles son más difíciles, existen mayores intereses comprometidos y redes de interés que los protegen) y es baja en los estratos públicos inferiores; hay una cultura general de respeto a las reglas y los organismos de control actúan con eficacia detectando y castigando los actos de corrupción<sup>35</sup>.

En los países en vías de desarrollado, en cambio, la corrupción impregna todo el Estado<sup>36</sup> dando lugar a un sistema de corrupción “institucionalizada” cuyas características según Rodríguez-Arana Muñoz<sup>37</sup> son las siguientes: 1) La burocracia posee criterios éticos externos que se contradicen con la práctica administrativa interna; 2) La *praxis* interna administrativa anima la omisión de los criterios éticos que se predicán hacia el exterior; 3) Los funcionarios que se distinguen por su honestidad e imparcialidad son una excepción y deben renunciar a los beneficios de una actuación corrupta generalizada; 4) Los funcionarios corruptos, que son mayoría, son

32. La Corte ha distinguido la actividad reglada de la administración pública del ejercicio de facultades discrecionales de la siguiente manera: “mientras en algunos supuestos el ordenamiento jurídico regula la actividad administrativa en todos sus aspectos –reemplazando así el criterio del órgano estatal al predeterminar qué es lo más conveniente para el interés público y reducir su actividad a la constatación del presupuesto fáctico definido por la norma en forma completa y la aplicación de la solución que la ley agotadoramente ha establecido (poderes reglados o de aplicación legal automática), en otras ocasiones el legislador autoriza a quien debe aplicar la norma en el caso concreto para que realice una estimación subjetiva que completará 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 (facultades o potestades de ejercicio discrecional)” (Fallos, 315:1361, consid. 6°, “Consejo de la Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los derechos humanos”)

33. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *Ética, Poder y Estado*, Buenos Aires, RAP, 2004, p. 39.

34. Cfr. MAIRAL, Héctor A., *Las raíces...*, op. cit., p. 55.

35. Cfr. MORENO OCAMPO, Luis, “Una Propuesta de acción” en GRONDONA, Mariano, *La Corrupción*, Buenos Aires, Planeta, 1993, p. 129. Para evitar la corrupción en E.E.U.U. y otros países se ha regulado el tema de los conflictos de intereses dado que de esa manera se prevé la posibilidad de actos corruptos (Cfr. GARCÍA MEXÍA PABLO, “Reflexiones al hilo de I Congreso Internacional de ética pública. Manifestaciones jurídico – públicas”, *Revista de Administración Pública española*, (1993) n° 95, p. 497.

36. Cfr. GRONDONA, M., op. cit., p. 60.

37. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *Ética, Poder y Estado*, op. cit., p. 152.

protegidos y cuando se los descubre se los trata con indulgencia mientras que los denunciantes son víctimas de persecución; 5) Los funcionarios honestos encuentran dificultades para desarrollar su labor profesional dentro de la esfera pública; 6) Los encargados de perseguir la corrupción raramente actúan y, cuando lo hacen, disculpan cualquier incidente como un hecho aislado; 7) Se produce la ausencia de la idea de servicio público. Los funcionarios contemplan al trabajo administrativo como una oportunidad para exportarlo en beneficio propio; 8) La corrupción crece allí donde los ciudadanos no se identifican con los intereses colectivos y donde las autoridades se distancian del pueblo y 9) Ausencia de virtudes cívicas. En estos países es más importante la ganancia personal que colaborar en la gestión de intereses colectivos.

En esa línea, una investigación de la Universidad de Harvard ha demostrado la relación existente entre corrupción e igualdad. Los países en donde hay más desigualdad social se presenta un mayor índice de corrupción. A partir de esa ecuación puede colegirse que la desigualdad facilita la corrupción y ésta aumenta la desigualdad en una relación de uno a cinco (un punto de corrupción cinco puntos de desigualdad social, aproximadamente)<sup>38</sup>.

Los datos numéricos confirman esa tendencia ya que una pesquisa ha demostrado que el costo social de la corrupción en la República Argentina desde el regreso de la democracia en 1983 ha sido estimado en la suma de diez mil millones de pesos (unos dos mil quinientos millones de dólares, aproximadamente)<sup>39</sup>.

Asimismo, la corrupción impacta sobre lo económico en diversos frentes. Ello en virtud de que se dificulta el desenvolvimiento del comercio internacional, se encarecen los gastos del Estado que, en última instancia, los termina soportando el contribuyente a través de los impuestos, impide la equitativa distribución de las riquezas y la implementación de las políticas necesarias para la comunidad e implica la negación de servicios fundamentales que el Estado está obligado a brindar.

Así, la inversión pública tiende a aumentar en los países con índices más altos en corrupción, pero lo hace de una manera improductiva asignando recursos a obras innecesarias o a proyectos que nunca entran en funcionamiento, pagando un precio mayor de que corresponde y retrayendo recursos de sectores necesitados o más productivos<sup>40</sup>.

Tampoco la cuestión moral puede pasarse por alto ya que la falta de ética trae corrupción<sup>41</sup>. Desde esta perspectiva, algunos creen que la corrupción es el producto de la degradación de los valores morales<sup>42</sup> en virtud del triunfo del materialismo exacerbado y el hedonismo. Es que, en el mundo actual *se pone el acento en lo que uno tiene y no en lo que uno es*<sup>43</sup> y el relativismo extremo, por otra parte, hace que los

38. Cfr. KLIKSBERG, Bernardo, "Corrupción. Mas allá de los mitos", en [www.elpais.com](http://www.elpais.com).

39. Cfr. con informe "La parálisis de la justicia frente a los casos de la corrupción" en [www.acij.org.ar](http://www.acij.org.ar).

40. MALEM SEÑA, J., op. cit., p. 178.

41. JEANNERET DE PEREZ CORTES, María, "Ética y función pública", L.L. 2005-D, 1097, esp. p. 1102.

42. GONZALEZ PEREZ, Jesús, op. cit., p. 6.

43. Cfr. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, Ética, Poder y Estado, op. cit, p. 172

*juicios de valor siempre dependen de la vara del juzgador, habida cuenta que de acuerdo a esta concepción, no hay nada que pueda catalogarse de correcto de una manera apriorística y ninguna persona tiene autoridad para hacerlo. El trasplante de esos razonamientos al campo de la ética nos impone el subjetivismo y nos obliga a descartar teorías de tipo objetivo.*

En ese marco global, muchos funcionarios o empleados públicos ven a la función estatal como la oportunidad para beneficiarse a sí mismos, a sus familiares, a un partido político, etc.; su actuar no está ya incardinado a alcanzar el interés de la comunidad sino el propio. A partir de ese panorama, esas personas no se sienten como servidores que sufren ante las carencias de los ciudadanos sino que éstas le son indiferentes ya que han perdido la sensibilidad y, por ende, la capacidad de ver personas y problemas en los expedientes administrativos<sup>44</sup>.

Dado ese panorama, Jaime Rodríguez Arana Muñoz señala que los códigos deontológicos se muestran como una barrera que pone coto a la corrupción. Sin embargo, admite que la vida moral se resuelve dentro del corazón del hombre en la intención recta y en el saber y no responde a comportamientos externos aunque admite que el cumplimiento de los parámetros éticos responde a la obligación de transparencia<sup>45</sup>.

Desde esta perspectiva Garzón Valdés plantea cuatro diversas tesis sobre la moralidad en la corrupción<sup>46</sup>. En primer lugar menciona la *tesis de la inmoralidad incondicionada de la corrupción* según la cual ésta es siempre condenable pues implica siempre la destrucción de algo que se considera valioso, mas allá de lo que dispongan las normas. En segundo lugar, menciona la *tesis de la inmoralidad relativa de la corrupción* según la cual, la corrupción puede ser una sustitución civilizada de la violencia y no obstante ser moralmente reprochable. Implica un progreso en la moral política de una sociedad en un momento determinado poniendo como ejemplo de ello la Inglaterra de las reformas de 1660 y 1668 en donde se sustituyó con el soborno, el patronato y la corrupción el método anterior del derramamiento de sangre. En tercer lugar, está la *tesis de la moralidad contextual de la corrupción* en donde la evolución moral de la conducta queda fuertemente ligada al contexto en donde se realiza<sup>47</sup>. Por último, encontramos la *tesis de la moralidad funcional de la corrupción* en donde la corrupción en ciertos contextos, puede ser la manera para lograr la estabilidad de un sistema político que es moralmente mejor que la alternativa latente o la anterior a la que no se quiere retornar, citando como ejemplo casos de América durante el Siglo XVIII.

Jeanneret de Pérez Cortés ha señalado que contra la corrupción es primordial la educación en valores y en el respeto de los bienes públicos y la revitalización en la sociedad del valor de la conciencia moral y del interés público<sup>48</sup>.

44. Idem., p. 40.

45. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, "Ética, política y urbanismo", op. cit., p. 96.

46. GARZÓN VALDÉS, Ernesto, "Acerca de la calificación moral de la corrupción". Tan solo una propuesta", Isonomía, n° 21, octubre de 2004, citado por SAID, J. L. op. cit. p. 496.

47. Como ejemplo el autor citado trae a colación el caso de Schindler durante el Nazismo.

48. JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, María, "El derecho administrativos ¿es fuente de corrupción?", en AA.VV. Cuestiones de acto administrativo, reglamento y otras fuentes del derecho administrativo, Buenos Aires, RAP, 2009, p. 389.

Al analizar esta temática Pérez Hualde<sup>49</sup> propone como los pilares anticorrupción los siguientes: a) la ecuación en valores; b) La transparencia; c) El acceso al empleo público mediante concursos públicos; d) El fortalecimiento de organizaciones públicas no estatales y e) La participación en la elaboración de las normas.

### 3. EL IMPACTO SOBRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Como pretendemos demostrar con este trabajo el fenómeno de la corrupción y, sobre todo, la normativa que ha sido dictada para combatirla ha provocado la mutación de varias instituciones del derecho administrativo. No pretendemos que esa afirmación suene como un descubrimiento ya que el maestro Gordillo, apenas la República Argentina ratificó la CICC hace unos quince años, señalaba que ese instrumento implicaba un corte transversal en el derecho administrativo<sup>50</sup> en tanto muchas de sus medidas son operativas<sup>51</sup>, visión que, según entendemos, se vio ratificada por los hechos.

Pero si creemos conveniente y necesario analizar el estado actual de la cuestión y valorar también cuál ha sido la influencia de la CNUCC en las instituciones del derecho administrativo.

**a. Órganos de control:** En lo que hace específicamente a los órganos de control de la corrupción, la CICC, ha establecido pautas claras en el tema, las cuales deben ser tenidas en cuenta por las autoridades locales de los países miembros bajo pena de responsabilidad internacional, pues sus preceptos son directamente operativos<sup>52</sup>, salvo en materia penal<sup>53</sup>.

En tal sentido, la CICC: a) Hace hincapié en el carácter preventivo del control; b) Impone la obligación de crear órganos de control superior con el fin de desarrollar mecanismos modernos para prevenir detectar sancionar y erradicar las prácticas corruptas (art. III 9) y c) Impone a los Estados el establecimiento de sistemas adecuados para recaudación y el control de los ingresos del Estado que impidan la corrupción (art. III inc. 6)

También, la CNUCC contiene disposiciones específicas con relación al control estatal de esa materia. Ese instrumento supranacional impone a los Estados parte la obligación de: 1) Realizar una evaluación periódica para detectar si los instrumentos jurídicos y administrativos utilizados en el país para combatir la corrupción son adecuados; b) Garantizar la existencia de órganos encargados de prevenir la corrupción y de otorgarles la independencia necesaria, para que puedan desempeñar sus funciones

49. PÉREZ HUALDE, A, op. cit.

50. GORDILLO, Agustín, "Un corte transversal en el derecho administrativo: la Convención Interamericana contra la Corrupción", L.L. 1997-E, p. 1091.

51. Para Agustín Gordillo las medidas preventivas del art. III del CICC son operativas (Tratado de Derecho administrativo, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2000, 5ª Ed. T. I, p. XVI, p. 17)

52. Carlos A. Manfroni destaca que la operatividad no es inmediata en materia penal (La convención interamericana contra la corrupción, anotada y comentada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001, 2ª Ed. act. p. 112)

53. Cfr. GORDILLO, A, Tratado op. cit., T. I, p. XVI, 19.

de manera eficaz y sin ninguna influencia indebida. Deben proporcionárseles los recursos materiales y el personal especializado que sean necesarios, así como la capacitación que dicho personal pueda requerir para el desempeño de sus funciones (art. 6º); c) Adoptar las medidas que sean necesarias, para alentar la cooperación entre, por un lado, organismos públicos de cada Estado Parte, así como sus funcionarios públicos, y, por otro, sus organismos encargados de investigar y enjuiciar los delitos. (art. 38).

Como puede advertirse, la regulación internacional anticorrupción contiene especificaciones expresas sobre la organización de los entes de control, sus competencias, su independencia con relación a los organismos controlados, etc., pautas que debe ser seguidas por los Estados Partes.

**b. Procedimientos administrativos:** Los cauces mediante los cuales la administración pública toma sus decisiones deben ser simplificados<sup>54</sup>, ya que, en muchas ocasiones, su complejidad crea la oportunidad para que los funcionarios sean corrompidos<sup>55</sup> al prescribir plazos exigüos para cumplir con las exigencias normativas muchas veces incomprensibles o de imposible cumplimiento que, justamente, crean una situación propicia para el pago de sobornos.

A esta idea puede contribuir, significativamente, la informatización de los trámites administrativos de modo tal de lograr su despersonalización y, por consiguiente, la oportunidad para que se verifiquen actos reñidos con la ética pública; soluciones que han sido utilizadas exitosamente en otros países entre los que se puede mencionar a Francia y España.

**c. El administrado:** A su vez, la vigencia de nuevos paradigmas, el avance del concepto de la democracia participativa y la normativa anticorrupción, ha ido motivando en el derecho comparado la estructuración de numerosos mecanismos que permiten la ingerencia del ciudadano en la toma de decisiones estatales modificando sustancialmente el papel del administrado que ha dejado de ser un mero sujeto pasivo en la relación con el Estado para pasar a ser un verdadero protagonista.

Entre dichas figuras se destacan el Lobby, los documentos de consultas, las audiencias públicas, el acceso a la información pública, los procedimientos para la elaboración de normas de alcance general, etc. Dichos recaudos constituyen –según se señala en los considerandos del Decreto 1172/03<sup>56</sup>– un “prerrequisito de la participación que permite controlar la corrupción, optimizar la eficiencia de las instancias gubernamentales y mejorar la calidad de vida de las personas al darle a éstas la posibilidad de conocer los contenidos de las decisiones que se toman día a día para ayudar a definir y sustentar lo propósitos para una mejor comunidad”.

54. Cfr. IVANEGA, Miriam M., “Reflexiones acerca de la ética y la función pública”, E.D., 174: 987, esp. p. 994.

55. VANOSSI, J. op. cit., p. 749.

56. B.O. 4/12/2003.

A diferencia de lo que acontecía en otros tiempos en donde las cuestiones gubernamentales se discutían en el mayor de los secretos, en la actualidad, la presencia del ciudadano permite la fiscalización de las decisiones públicas y el conocimiento de las decisiones estatales evitando, de ese modo, el oscurantismo estatal y posibilitando el control de la corrupción estatal.

**d. Intensidad del control judicial:** En general y teniendo en cuenta el régimen de división de poderes que existe en la mayoría de los países de América, no se admite que el Poder Judicial al resolver un pleito pueda entrar a valorar los diversos medios con que contaba la administración pública para tomar una decisión, pues -en ese caso- se entiende que se estaría sustituyendo a dicho poder y violentando el equilibrio que debe existir entre las esferas que componen el Estado.

Con esa inteligencia, Sesín al referirse a la discrecionalidad ha señalado que el juez puede fiscalizar únicamente si la decisión discrecional ha sido adoptada dentro del universo jurídico, quedando vedado al juez penetrar en el fuero interno de la discrecionalidad, justamente por que esa porción de la decisión está reservada al Poder Administrador<sup>57</sup>.

Con idéntica orientación, la Corte Suprema argentina ha apuntado que “el control jurisdiccional sobre la discrecionalidad se limita a corregir una actuación administrativa ilógica, abusiva o arbitraria pero no implica que el juez sustituya a la Administración en su facultad de decidir en aspectos fácticos que no presenten aquellos vicios, ya que dicha competencia jurisdiccional es revisora, no sustitutiva”<sup>58</sup>.

Si bien consideramos que esa regla ha quedado desvirtuada en la práctica desde que se admite el control de razonabilidad y proporcionalidad<sup>59</sup> las exigencias internacionales en materia anticorrupción quiebran definitivamente la regla en muchos supuestos.

Es que las convenciones en la materia exigen “eficiencia” y “eficacia” en el obrar estatal, lo que implica que ya no se impone en esos ámbitos una obligación de medios al Estado sino de resultado, en tanto las decisiones públicas deben ser eficientes, equi-

57. SESIN, Domingo Juan, “El juez solo controla. No sustituye ni administra. Confines del Derecho y la Política”, L.L., 27/08/2003.

58. C.S.J.N., 16/03/2004, “Degremont Sociedad Anónima c/ Tierra del Fuego, Provincia de y otro s/ ordinario”, Fallos, 327:548.

59. Al efectuarse el control de razonabilidad de las medidas administrativas -en sus diversas variantes- el juez controla y valora los diversos medios que la norma le brinda al poder administrador para tomar una decisión. En el caso de la adecuación verifica que el medio escogido haya sido apto para la consecución del fin. Mediante el control de proporcionalidad, en cambio, el tribunal analiza todos los medios y verifica que la administración haya escogido el menos gravoso para los derechos del administrado. En Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en una misma sentencia ha afirmado la regla y luego la ha violentado. Así, por ejemplo, en “Junta Nacional de Carnes” señaló que “el análisis de la eficacia de los medios arbitrados para alcanzar los fines propuestos, la cuestión de saber si debieron elegirse éstos u otros procedimientos, son ajenos a la jurisdicción y competencia de la Corte Suprema, a la que sólo incumbe pronunciarse acerca de la razonabilidad de los medios elegidos por el Congreso; es decir que sólo debe examinar si son o no proporcionales a los fines que el legislador se propuso conseguir, y, en consecuencia, si es o no admisible la restricción de los derechos afectados” (Fallos: 199:483, 1944). En esa misma línea, se inscribe lo resuelto en la causa “Astilleros Alianza”, decisivo en el cual, la Corte hizo lugar al levantamiento de una medida cautelar por la que se había dispuesto la suspensión de la construcción de un puente, ya que estimó que la decisión de ejecutar una obra pública implicaba el ejercicio de una actividad discrecional de la Administración que era insusceptible de revisión judicial, salvo en aquellos supuestos en que el acto administrativo resultara manifiestamente ilegal o irrazonable. (Fallos, 314:1202, 1991)

tativas y lograr objetivos. Es decir, que aquello que viole esos parámetros es ilegítimo y, por lo tanto, debe ser declarado nulo por el juez<sup>60</sup>.

**e. Legitimación procesal:** Como se sabe, en el derecho público argentino, y en muchos otros que tienen sistema de control de constitucional judicial y concreto (EE.UU, Brasil, etc.) para acceder a los tribunales se necesita que la decisión de la administración haya causado un agravio o perjuicio. Es por ello, que desde hace un largo tiempo la Corte Suprema de Justicia de la Nación viene exigiendo la presencia de una “caso” a los fines de habilitar la instancia judicial.

Con ello, ha tropezado hasta ahora la posibilidad de que un ciudadano cuestione ante los estrados judiciales aquellas decisiones estatales viciadas de corrupción. Es que, como se sabe las leyes de procedimiento administrativo exigen habitualmente la acreditación de la detentación de un derecho subjetivo o un interés legítimo.

Empero, entendemos que los constituyentes de 1994 han dejado habilitado esta posibilidad que queda reforzada con la aprobación por nuestro país de la CICC y la CNUCC.

A esos efectos, cabe recordar, que el art. 36 de la CN, con la Reforma de 1994, incluyó en el texto de la Carta Magna el delito de corrupción<sup>61</sup>. Es decir, que estamos frente a un bien jurídico que ha procurado ser protegido por el constituyente. Ahora bien, cabe indagarse acerca de quién es el titular de ese bien.

Desde la doctrina, Said<sup>62</sup> y Canda<sup>63</sup>, coinciden en que el titular de ese bien jurídico a la transparencia o al desempeño ético de la función pública son los ciudadanos lo que nos pone en presencia -desde la perspectiva de la legitimación- de un nuevo derecho de incidencia colectiva que habilita la intervención de los sujetos previstos en el art. 43 de la CN. En la línea que proponemos Ivanega<sup>64</sup> entiende que se trata de un derecho humano a la no corrupción en tanto puede predicarse de cualquier ser humano por el hecho de ser tal.

Esto implica, que el afectado –es decir, cualquier ciudadano–, el Defensor del Pueblo de la Nación y las asociaciones que propendan a esos fines se encuentran legitimados –tanto en sede administrativa como judicial– para cuestionar los actos, normas, reglamentos, contratos, etc., en donde exista corrupción o donde no se haya asegurado la transparencia.

En definitiva, como decíamos más arriba, la obligación estatal de actuar con “eficiencia” y “eficacia” que imponen los instrumentos anticorrupción tiene directa incidencia sobre el tema de la legitimación, pues esos parámetros de actuación pueden

60. GORDILLO, A. Tratado..., op. cit., T. I, p. XVI, p. 15 y 16.

61. BIDART CAMPOS, Germán, Tratado elemental de derecho constitucional argentino, Buenos Aires, Ediar, 1995, T. VI, p. 267.

62. SAID, J. L. op. cit., p. 493.

63. CANDA, Fabián O., “El régimen disciplinario de los empleados público (bases constitucionales y su aplicación bajo la Ley Marco de Regulación del Empleo Público y el Reglamento de Investigaciones Administrativas)”, EDA, 2003, p. 565.

64. IVANEGA, Miriam M., “Efectividad del control en la lucha contra la corrupción”. RAP, Circular letter n° 149, 2011, p. 2.

ser protegidos por cualquier afectado ampliando los horizontes de la legitimación para accionar y los alcances de la revisión judicial.

Por otra parte, a esta altura de los acontecimientos parece un sinsentido que frente a un supuesto en donde alguien tiene pruebas de que un acto administrativo ha sido dictado mediando prácticas corruptas, el mismo, no pueda ser cuestionado por un ciudadano con la excusa de que solo posee un interés simple cuando es evidente su carácter de afectado dado que se trata de fondos públicos.

En virtud de lo señalado con anterioridad con relación al papel actual del ciudadano, y teniendo en cuenta la calidad de miembro activo de la democracia participativa y gestor del control social de los actos de gobierno, consideramos deben ampliarse los criterios de legitimación procesal para controlar los actos del Estado en los que pueda haber posibilidad de corrupción.

**f. Acto administrativo:** Con relación al impacto de la corrupción sobre el acto administrativo debe traerse a colación la corriente doctrinaria que considera que aquella influye únicamente sobre el elemento fin de la decisión provocando su nulidad por la existencia de una desviación de poder<sup>65</sup>. Esa conclusión trae aparejada las dificultades probatorias propias de ese vicio, lo que implica que los actos sospechados de corrupción rara vez pueden ser declarados nulos.

Por nuestra parte, compartimos la opinión de quienes<sup>66</sup> entienden que la irregularidad puede encontrarse en cualquiera de los elementos esenciales del acto. Es que la corrupción puede llevar a que la decisión emane de un órgano incompetente, a que se omita la realización del procedimiento previo (licitación, por ejemplo), a que se dicte sin motivar el acto o mediante una motivación falsa o violando el contenido de las normas, etc. Esta mirada, lógicamente, hace más fácil la constatación de la nulidad del acto facilitando la defensa de la juridicidad comprometida en él por la injerencia de la corrupción.

Además, debe tenerse presente lo que señala Pérez Hualde<sup>67</sup> en cuanto la corrupción es más amplia que la desviación de poder dado que siempre que se presenta este vicio hay desviación de poder pero puede haber corrupción cuando existe una dádiva para cumplir con la ley.

Con esa inteligencia, el art. 17 de Ley Nacional de ética pública<sup>68</sup> dispone que “Cuando los actos emitidos por los sujetos del artículo 1º estén alcanzados por los supuestos de los artículos 13, 14 y 15, serán nulos de nulidad absoluta, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe. Si se tratare del dictado de un acto administrativo, éste se encontrará viciado de nulidad absoluta en los términos del artículo 14 de la ley 19.549”.

65. JEANNERET DE PÈREZ CORTÉS, María, “Función Pública, Ética pública y corrupción”, en AA VV, Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público, Buenos Aires, RAP, 2005, p. 649.

66. SAID, J. L. op. cit., p. 490.

67. PÉREZ HUALDE, A, op. cit.

68. Ley 25.188.



**g. Potestad revocatoria:** Como se sabe, en el derecho federal argentino el ejercicio de la potestad revocatoria de los actos irregulares por la administración pública se halla regulada en el art. 17 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Esa norma dispone –como regla– que los actos irregulares deben ser revocados o sustituidos por razones de ilegitimidad aun en sede administrativa. La excepción se halla constituida por aquellos casos en que el acto administrativo estuviere firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo. Como excepción de la excepción la jurisprudencia ha entendido que aun frente a esa circunstancia la administración puede revocar en sede administrativa cuando ha habido conocimiento del vicio por el administrado<sup>69</sup> efectuando, de ese modo, una interpretación extensiva de la excepción prevista en el aludido art. 18 para los regulares; razonamiento que ha sido avalado por la Corte Suprema federal<sup>70</sup> y por la Procuración del Tesoro de la Nación<sup>71</sup>.

Cabe agregar, que se ha entendido que en esos supuestos la administración se encuentra obligada a revocar el acto ante sí<sup>72</sup> y que, incluso puede ser compelida a hacerlo<sup>73</sup>. En caso de concretarse la revocación administrativa de la medida y de impugnarse judicialmente luego la misma, estará cargo de la autoridad pública la demostración del conocimiento de la irregularidad por parte del administrado<sup>74</sup>.

La normativa anticorrupción (art. 34 de la CNUCC) introduce variantes sobre el ejercicio de esa atribución al referirse a las consecuencias de los actos de corrupción. Esa disposición textualmente dispone lo siguiente: “Con la debida consideración de los derechos adquiridos de buena fe por terceros, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará medidas para eliminar las consecuencias de los actos de corrupción, En este contexto, los Estados

69. Para Gordillo no basta con el conocimiento del vicio sino que es necesario connivencia dolosa entre el administrado y el funcionario (GORDILLO, Agustín, Tratado..., op. cit., T. III, p. VI-18). Un sector doctrinario (Cfr. COMADIRA, Julio Rodolfo, El acto Administrativo en la ley Nacional de procedimientos administrativos, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 86; MARCER, Ernesto A., “La suspensión en sede administrativa del acto administrativo irregular, frente al art. 17 de la Ley 19.549”, L.L. 1981-C, p. 306) y la jurisprudencia administrativa (P.T.N., Dictámenes: 234:465, 234:472, 235:446, 240:388, entre otros.) se ha inclinado por sostener la opinión de que en los supuestos en que el vicio es manifiesto el interesado no puede alegar el desconocimiento de la irregularidad que ostenta el acto administrativo. De acuerdo a nuestro parecer esa conclusión -que es el producto del hecho de que la invalidez surge a simple vista del acto-, implica una generalización indebida en tanto resulta erróneo pensar que ese conocimiento se produce en todos los casos por parte del administrado ya que ello depende de las circunstancias concretas, aunque sí pueda presumirse su conocimiento. Es necesario resaltar, que sobre este aspecto se han explicitado otros criterios diferentes al sostenerse que “ese conocimiento no requiere en forma inexcusable que la nulidad que adolezca el acto sea manifiesta”, pues “cuando se alude al conocimiento del vicio por el interesado, se está haciendo referencia a su particular situación frente al acto administrativo; en cambio, cuando se califica una nulidad de manifiesta se quiere señalar que es tan nítida su invalidez que el acto administrativo carece de presunción de legitimidad y, por ende, no posee fuerza ejecutoria (Cam. Cont. Adm y Trib., de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala II, 3/09/02, “Labayru, Julia y otros, c/ GCBA s/ Amparo”)

70. Fallos, 321:169, “Almagro Gabriela y otra” (1998)

71. P.T.N., Dictámenes 153:213, 261:118, entre otros.

72. Cfr. CANDA, Fabián Omar, “La suspensión de los efectos del acto administrativo en el procedimiento administrativo”, en A.A.V.V., Amparo, medidas cautelares y otros procesos urgentes en la justicia administrativa, obra conjunta, Juan Carlos Cassagne (Director), Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, p. 368. BARRA, Rodolfo C., “Efectividad de la tutela judicial frente a la administración; suspensión de ejecutoriedad y medida de no innovar”, E.D., 107:419, esp. p. 422.

73. Cfr. COVIELLO, Pedro José Jorge, La protección de la confianza del administrado: derecho comparado y derecho argentino, Buenos Aires, LexisNexis, 2004, p. 66.

74. Cfr. MARCER, Ernesto A., “La suspensión en sede administrativa del acto administrativo irregular, frente al art. 17 de la Ley 19.549”, L.L. 1981-C, p. 306.

Parte podrán considerar la corrupción un factor pertinente en procedimientos jurídicos encaminados a anular o dejar sin efecto un contrato o a revocar una concesión u otro instrumento semejante, o adoptar cualquier otra medida correctiva”.

Con relación a ello, cabe señalar que la norma se refiere a los derechos adquiridos de terceros, lo que implica que quienes han participado en la actividad corrupta no pueden aducir la presencia de un derecho adquirido a partir de la decisión estatal. En el derecho argentino, esa posibilidad queda descartada de plano por la cuestión derivada del conocimiento del vicio cuando el acto es irregular pero también podría revocarse un acto regular cuando se haya pagado un soborno para que se dicte un acto legítimo (Vg. pagos de engrase)

En definitiva, a partir del contenido de esa norma internacional la administración pública queda autorizada a dejar sin efecto un acto administrativo por presencia de corrupción, sea el mismo válido o inválido.

**h. Contratación estatal:** Como dijimos en la introducción uno de los focos de corrupción son las contrataciones públicas. La CNUCC se hace cargo de eso dado que en el art. 9 dispone que: “1. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción. Esos sistemas, en cuya aplicación se podrán tener en cuenta valores mínimos apropiados, deberán abordar, entre otras cosas: a) La difusión pública de información relativa a procedimientos de contratación pública y contratos, incluida información sobre licitaciones e información pertinente u oportuna sobre la adjudicación de contratos, a fin de que los licitadores potenciales dispongan de tiempo suficiente para preparar y presentar sus ofertas; b) La formulación previa de las condiciones de participación, incluidos criterios de selección y adjudicación y reglas de licitación, así como su publicación; c) La aplicación de criterios objetivos y predeterminados para la adopción de decisiones sobre contratación pública a fin de facilitar la ulterior verificación de la aplicación correcta de las reglas o procedimientos; d) Un mecanismo eficaz de examen interno, incluido un sistema eficaz de apelación, para garantizar recursos y soluciones legales en el caso de que no se respeten las reglas o los procedimientos establecidos conforme al presente párrafo; e) Cuando proceda, la adopción de medidas para reglamentar las cuestiones relativas al personal encargado de la contratación pública, en particular declaraciones de interés respecto de determinadas contrataciones públicas, procedimientos de preselección y requisitos de capacitación.”

La obligatoriedad de estas disposiciones se denota a partir del uso de los verbos “adoptará” en la primera parte del encabezado y el “deberán abordar” referido a las medidas en particular al final del acápite<sup>75</sup>.

75. RAIGORODSKY, Nicolás R., op. cit., p. 45.

Como puede apreciarse, el contenido de esa disposición resulta mucho más pretencioso y abarcativo que las prescripciones del art. 10 del Decreto 1023/01 cuando prescribe que es causal determinante del rechazo de una propuesta u oferta, en cualquier estado de la licitación o de la rescisión de pleno derecho del contrato, dar u ofrecer dinero o cualquier dádiva a fin de que: a) funcionarios públicos, con competencia referida a una licitación o contrato hagan o dejen de hacer algo relativo a sus funciones; b) para que se haga valer la influencia de su cargo ante otro funcionario público con la competencia descripta, a fin de que estos hagan o dejen de hacer algo relativo a sus funciones; c) cualquier persona haga valer su relación o influencia sobre un funcionario público con la competencia descripta, a fin de que estos hagan o dejen de hacer algo relativo a sus funciones.

**i. Empleo público:** Desde siempre se ha dicho que los modos para el ingreso regular al empleo público son los siguientes: a) Compraventa; 2) Arriendo; 3) Sorteo; 4) Elección; 5) Nombramiento; 6) Elección; 7) Contrato; 8) Accesión y 9) Concurso<sup>76</sup>.

Ahora bien, en nuestra opinión los instrumentos internacionales anticorrupción, han aportado importantes directrices sobre la materia que modulan esa mirada clásica. Por su lado, el art. 2 de la CICC prescribe que los Estados Parte convienen en procurar la aplicación de medidas dentro de sus propios sistemas institucionales que tengan por objeto crear, mantener y fortalecer: “Sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes por parte del Estado que aseguren la publicidad, la equidad y eficiencia de tales sistemas”.

En la misma línea, la CNUCC en su art. 7 señala que los Estados Parte procurarán “adoptar sistemas de convocatoria, contratación, retención, promoción y jubilación de empleados públicos y, cuando proceda, de otros funcionarios públicos no elegidos, o mantener y fortalecer dichos sistemas. Estos: a) Estarán basados en principios de eficiencia y transparencia y en criterios objetivos como el mérito, la equidad y la aptitud” y en su art. 9.1 señala que los Estados Parte, se comprometen a adoptar las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública que se basen en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces para prevenir la corrupción. Luego agrega que esos sistemas deberán abordar, entre otras cosas: b) La formulación previa de las condiciones de participación, incluidos criterios de selección y adjudicación y reglas de licitación, así como su publicación; c) La aplicación de criterios objetivos y predeterminados para la adopción de decisiones sobre contratación pública a fin de facilitar la ulterior verificación de la aplicación correcta de las reglas o procedimientos; e) Cuando proceda, la adopción de medidas para reglamentar las cuestiones relativas al personal encargado de la contratación pública, en particular declaraciones de interés respecto

76. MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 4ª ed. act. reimpr. T. III-B, p. 88.

de determinadas contrataciones públicas, procedimientos de preselección y requisitos de capacitación.

Desde nuestro punto de vista, entonces, los modos en que la administración pública puede incorporar agentes para cargos no electivos deben hacerse –como regla– por concurso. Esa solución, además, es la que impone la garantía de idoneidad establecida por el art. 16 del Carta Magna de Argentina a los fines de acceder al empleo estatal. A partir de ese enfoque que proponemos se advertirá que el concurso no solo permite encarrilar jurídicamente a la selección del más apto técnicamente sino también posibilita la participación de todos los ciudadanos o interesados que pretendan acceder al empleo público que se busca cubrir; derecho a la igualdad de oportunidades que entendemos se vería vulnerado con una designación directa.

Es que la realización del concurso es obligatoria desde dos planos de análisis. Por un lado, es una exigencia que recae sobre la persona jurídica pública estatal de elegir al candidato más idóneo y por, el otro, es un derecho de los ciudadanos como corolario del derecho a la igualdad y no discriminación.

A partir de lo expuesto, cabe concluir que esa inteligencia de la Ley Fundamental que proponemos y de los instrumentos anticorrupción impone la obligación a las personas públicas que ejerzan función administrativa de implementar un concurso para la cubrir los cargos administrativos no políticos, salvo que concurran los recaudos excepcionales para la contratación directa previstos normativamente, que por otra parte, siempre deben ser de interpretación restrictiva.

#### 4. REFLEXIONES FINALES

De lo analizado hasta aquí queda en claro que la corrupción es un problema grave y que será uno de los grandes contrincantes que tendrá el Estado de Derecho en este nuevo siglo.

El derecho administrativo, haciendo eco de su carácter dinámico una vez más deberá adaptarse a las nuevas exigencias que plantea la normativa anticorrupción de modo tal que opere como valuarte de la juridicidad.

# LOS EMPLEADOS PUBLICOS INTERINOS Y EL ALCANCE DE LA TUTELA SINDICAL

**Eduardo Avalos**

**Sumario:** 1. La tutela sindical. 2. Los agentes públicos interinos. 3. La especial situación de los docentes universitarios. 4. El alcance de la tutela sindical de los docentes universitarios interinos. 5. Conclusiones

**Palabras claves:** Tutela sindical. Agentes públicos interinos. Docentes universitarios

**Abstract:** El objeto de este trabajo se enmarca en la necesidad de precisar el alcance de la tutela sindical, como garantía constitucional, en el caso de empleados públicos interinos cuya condición de trabajo es precaria, porque su estabilidad no se encuentra consolidada. En particular se analiza la situación de los docentes de las universidades públicas, y el conflicto que se presenta cuando un docente interino que tiene fuero sindical, por alguna circunstancia se ve impedido de seguir con su interinato, ya sea porque no le fue renovado o porque la cátedra fue concursada. ¿Puede ampararse en dicho fuero para resistir cualquier modificación en su situación de revista?

## 1. LA TUTELA SINDICAL

El constitucionalismo social del siglo XX, dio como fruto el reconocimiento y protección de los derechos sociales y económicos y tuvo en nuestro país su cristalización en el art. 14 bis de la Constitución Nacional, acusando una tendencia a marcar la función social de los derechos y estructurar un orden social y económico que permitiera a todos los hombres una igualdad de oportunidades y un ejercicio real y efectivo de las libertades y los derechos.

En la parte del art. 14 bis dedicada a los gremios, la norma inserta un principio que si bien se conecta con la libertad sindical y con el derecho de las asociaciones sindicales, tiende a proteger al trabajador que es representante gremial. Así, dispone que “Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo”. Se trata de una tutela al trabajador en razón de la función gremial que cumple, reconocida además por numerosos tratados de Derechos Humanos y Convenios de la Organización Internacional del Trabajo. Puede tratarse de trabajadores que invisten alguna representación gremial, ya sea para ocupar cargos electivos o representativos en asociaciones sindicales o en organismos que requieran representación gremial o para desempeñarse como delegados del personal, como miembros de comisiones internas o para ocupar otros cargos representativos similares.

A esta garantía se la denomina “fuero sindical” y la intención de la misma ha sido la de prohibir los impedimentos, las persecuciones y las represalias por actividades sindicales. La ley 23.551 se ocupó en los arts. 47 a 53 de reglamentar este dispositivo, estableciendo que los trabajadores amparados por garantías sindicales no pueden ser suspendidos, despedidos, ni con relación a ellos modificarse las condiciones de trabajo si no mediara resolución judicial que los excluya de la garantía. Estos trabajadores tienen derecho de gozar de licencia sin goce de haberes para ocuparse de su actividad gremial, a la reserva del puesto y a ser reincorporados al finalizar el ejercicio de su función. No pueden ser despedidos durante el término de un año posterior a la cesación de su mandato, salvo que mediere justa causa, en cuyo caso, el empleador debe iniciar una acción de exclusión de la tutela sindical para limitar estas garantías. Como contrapartida, el trabajador cuenta con la posibilidad de iniciar una acción de amparo para hacer cesar cualquier comportamiento antisindical de su empleador.

Para que se consoliden estos derechos, la ley exige los siguientes requisitos: 1) el representante sindical debe haber sido legalmente designado; 2) debe ejercer la representación de una asociación sindical con personería gremial; 3) debe ser nombrado por tiempo determinado y 4) debe estar notificada fehacientemente la designación al empleador.

En relación al segundo de los requisitos, uno de los fallos más relevantes por su trascendencia en la interpretación de la Constitución y su incidencia en el mundo de las asociaciones sindicales fue “Asociación de Trabajadores del Estado c/ Ministerio

de Trabajo”<sup>1</sup> donde nuestro más Alto Tribunal declaró la inconstitucionalidad del art 41 (a) de la ley 23.551 de Asociaciones Sindicales que exigía que para poder postularse para delegado gremial se debía pertenecer a una asociación sindical con personería gremial. Con posterioridad, en otro pronunciamiento una segunda declaración de inconstitucionalidad se refirió al art. 52 de aquella ley que sólo reconoció derechos gremiales a quienes integran asociaciones sindicales con personería gremial y no simplemente inscriptas<sup>2</sup>.

También la ley 23.592 contra “actos discriminatorios” ofrece una especial protección a los trabajadores que tienen militancia gremial. Establece esta ley que quien arbitrariamente impidiera, obstruyera o restringiera o de algún modo menoscabare el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos por la Constitución Nacional, será obligado a pedido del interesado a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. Asimismo, se consignan como actos u omisiones discriminatorias los determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.

En este sentido, resulta destacable el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que dispuso la aplicación de la ley 23.592 de protección contra la discriminación frente al despido sin causa de trabajadores que ejercían actividad sindical<sup>3</sup>.

1. CSJN, (Fallos: 331: 499). La Dirección Nacional de Asociaciones Sindicales hizo lugar a la impugnación formulada por la Unión del Personal Civil de las Fuerzas Armadas (PECIFA), y declaró la invalidez de la convocatoria a elecciones de delegados del personal efectuada por la Asociación de Trabajadores del Estado (ATE) en el ámbito del Estado Mayor General del Ejército y el Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas. Contra esa decisión, ATE interpuso un recurso jerárquico que la señora Ministra de Trabajo, Empleo y Seguridad Social desestimó, en abril de 2003, teniendo en cuenta que: a. el art. 41, inc. A de la ley 23.551 de asociaciones sindicales disponía que para ser delegado del personal se requería “estar afiliado a la respectiva asociación sindical con personería gremial y ser elegido en comicios convocados por ésta”; b. la única asociación profesional con aptitud para “convocar, organizar y fiscalizar” las elecciones de delegados era aquella cuya personería gremial abarcaba al personal del ámbito en cuestión, y c. tal asociación era PECIFA de acuerdo con una resolución de 1966. Finalmente, la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo confirmó lo resuelto por la autoridad ministerial. Ello motivó el recurso extraordinario de ATE, cuya denegación dio origen a la queja que dio lugar al fallo del Alto Tribunal.
2. “Rossi, Adriana María c/ Estado Nacional – Armada Argentina”, CSJN (Fallos : 332:715). La actora, Adriana Rossi, había sido objeto de una sanción disciplinaria de suspensión y del cambio de lugar de tareas, dispuestos por su empleadora, la Armada Argentina. Reclamó que las dos medidas fueran dejadas sin efecto ya que no habían contado con la previa autorización judicial, la cual era necesaria dada la tutela sindical de la que gozaba en su carácter de presidenta de la Asociación de Profesionales de la Salud del Hospital Naval (PROSANA), sindicato de primer grado simplemente inscripto. La Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo rechazó la demanda al considerar que, según el citado art. 52, si en una misma actividad existe un sindicato con personería gremial y otro simplemente inscripto, sólo los representantes gremiales del primero están cubiertos por dicha tutela; en el caso, agregó, se daba esa situación dada la presencia de la Unión del Personal Civil de las Fuerzas Armadas (PECIFA) como entidad de primer grado con personería gremial. Contra ese pronunciamiento, la actora interpuso un recurso extraordinario, que fue favorablemente acogido por la Corte Suprema, al tener por inconstitucional el art. 52 de la ley de asociaciones sindicales.
3. “Alvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. ”, CSJN, 7/12/10. Seis actores iniciaron acción de amparo contra Cencosud S.A., propietaria de locales comerciales que giran bajo el nombre de fantasía “Easy”, sosteniendo que prestaban servicios para aquélla bajo la “pseudocategoría” de asesores, la cual estaba destinada a emplazarlos fuera del ámbito del convenio colectivo 130/75 de empleados de comercio. Toda vez que el sindicato de esta última actividad les habría negado la afiliación, crearon, junto con otros trabajadores, el Sindicato de Empleados Jerárquicos de Comercio —que fue inscripto por la Dirección Nacional de Asociaciones Sindicales el 30 de marzo de 2006— y pasaron a integrar la comisión directiva de la institución. En tales condiciones, el presidente de dicha comisión, invocando ese carácter, intimó a la demandada al pago de diferencias salariales correspondientes a la categoría, a lo que siguió que uno de los gerentes de la empresa, pedido mediante, obtuviera de aquél la lista de los integrantes de la comisión (noviembre de 2006). En ese contexto, entre otras circunstancias, los actores consideraron que el

## 2. LOS AGENTES PÚBLICOS INTERINOS

La relación de empleo público es una relación de subordinación de un sujeto particular respecto del Estado, que cumple las funciones asignadas al órgano institución. El empleado o agente público puede revistar en planta permanente, con lo cual tiene estabilidad absoluta, de acuerdo a lo que prescribe el art. 14 bis de la Constitución Nacional. Puede tratarse de personal “contratado”, figura que tiene lugar cuando existe una demanda de trabajo extraordinaria o cuando se trata de incorporar en tal carácter a una persona por sus especiales conocimientos u oficio. En este caso, el empleado tiene derecho a que se respete el plazo de duración del contrato. El personal de planta política no tiene estabilidad, ya que su designación es de ese carácter y por lo tanto el funcionario que lo designó le puede solicitar en cualquier momento su renuncia. Finalmente, los agentes interinos son aquellos que cubren una vacante transitoriamente ya sea por licencia de su titular o porque éste ha sido promovido temporalmente a un cargo de mayor jerarquía.

Los interinatos son precarios. No generan otro derecho más que el respeto por los términos de la designación. No se puede exigir una prórroga del interinato una vez finalizado. Nuestro Más Alto Tribunal ha entendido que los agentes interinos no pueden reclamar la permanencia en sus empleos sino durante el lapso de la respectiva designación, vencido el cual carecen de titularidad activa para exigir una determinada conducta de la administración (Fallos: 310:2826), toda vez que las designaciones interinas son decisiones con alcance temporal limitado. Con similar comprensión, se ha tachado de arbitrarias interpretaciones por las que se reconocía, aún de modo indirecto, una suerte de garantía de permanencia en el cargo, cuando el régimen legal aplicable no contenía norma alguna que permitiese tal conclusión (Fallos: 330:2180). Dijo además que la consecuencia inexorable de estas doctrinas es que designaciones del tipo de la examinada no resultan aptas para generar derechos (Fallos: 310:2826, citado), entendiéndose por tales a la ultraactividad de las mismas o la permanencia en el cargo, que excedan de lo estrictamente reconocido por tales nombramientos<sup>4</sup>.

La relación de empleo público puede estar regida por el derecho administrativo o por el derecho laboral. Este último caso se verifica cuando la repartición ha celebrado Convenio Colectivo de Trabajo, de acuerdo a lo previsto por el art. 2 de la LCT. A ambas modalidades de la relación de empleo se le aplica la Ley de Asociaciones Sindicales. La tutela sindical reconoce como sujeto pasivo tanto al empleador priva-

---

despido sin expresión de causa del que fueron objeto pocos días después, resultó un acto discriminatorio motivado en sus actividades sindicales, por lo que reclamaron la reinstalación en sus cargos y una reparación económica. La Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, por mayoría, al confirmar el fallo de primera instancia favorable a las dos pretensiones, tuvo por acreditados los hechos invocados por los actores y mantuvo la aludida reincorporación y reparación económica, con fundamento en el art. 1° de la ley 23.592. El Alto Tribunal confirmó la decisión de la instancia inferior.

4. C.S.J.N “ Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Orías, Raúl c/ Universidad Nacional de Río Cuarto” del 23 de marzo de 2010.



do, como al Estado ya sea que en este último caso la relación se rija por el derecho administrativo o laboral.

### 3. LA ESPECIAL SITUACIÓN DE LOS DOCENTES UNIVERSITARIOS

El acceso a los cargos universitarios docentes es por concurso, de conformidad a lo que disponen los estatutos de las universidades nacionales argentinas<sup>5</sup>. Como excepción, se contempla la designación de docentes interinos por tiempo limitado para resolver situaciones de emergencia<sup>6</sup>. La Ley de Educación Superior n° 24.521 establece en su art. 51 que pueden designarse en forma temporaria docentes interinos cuando sea imprescindible y mientras se sustancia el correspondiente concurso.

No obstante, las reglas apuntadas no siempre se cumplen, ya que es práctica común en las universidades públicas la prórroga de designación de docentes interinos durante muchísimos años, siendo a veces excepcional que una cátedra esté cubierta por concurso. Muchas veces incluso se da la situación de docentes que luego de varios años de revistar como interinos, no se les prorroga el interinato. En tales supuestos, cuando la norma establece un plazo máximo para que proceda la designación de docentes interinos y en contradicción a ella el mismo se prolonga en el tiempo, es dable preguntarse si ante una intempestiva interrupción de dicha designación, podría aplicarse la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación plasmada en los precedentes “Ramos”<sup>7</sup> y “Cerigliano”<sup>8</sup> donde se reconoció una indemnización por violación a la legítima expectativa de estabilidad de agentes públicos.

En el ámbito de las universidades privadas no habría tal problema porque se aplica lisa y llanamente la LCT. Así, la jurisprudencia ha entendido que “la metodología empleada por la demandada de renovar la designación de los docentes año a año no puede ir en desmedro del carácter permanente de la vinculación (art. 90 LCT), máxime cuando, en el caso, el actor se había desempeñado como profesor “pro titular” o “titular” de una cátedra por el lapso de nueve años. El silencio del trabajador durante ese lapso no puede valorarse como una presunción de renuncia a su derecho a la estabilidad, en atención a lo dispuesto en los arts. 12 y 58 de la LCT”<sup>9</sup>.

5. Por ejemplo Estatuto de la Universidad Nacional de Córdoba, art. 64; de la Universidad de Buenos Aires, art. 37; de la Universidad Nacional del Litoral, art. 51.

6. Por ejemplo Estatuto de la Universidad Nacional de Córdoba, art. 59 que establece un lapso no mayor a dos años.

7. CSJN, “Ramos, José Luis c/ Estado Nacional s/ indemnización por despido” (Fallos: 333:311)

8. CSJN, “Cerigliano, Carlos Fabián c/ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Bs. As. U. Polival. de Inspecciones ex Direc. Gral. de Verif. y Control” del 19/4/11

9. CNAT, Sala IV, “Mangosio, Jorge c/ Fundación Universidad Católica Argentina s/ despido”, del 26/4/06.

#### 4. EL ALCANCE DE LA TUTELA SINDICAL DE LOS DOCENTES UNIVERSITARIOS INTERINOS

Luego de lo expuesto en los acápites anteriores, cuadra preguntarse cuál sería el alcance de la tutela sindical en el caso de docentes universitarios interinos que gozando del fuero sindical se les termina el interinato sin que el mismo fuera prorrogado, o incluso, ante la cesación de éste por cubrirse el cargo por concurso. Por un lado, se da la situación que los interinatos no confieren a su titular un derecho subjetivo pleno o perfecto y por el otro, que al representante sindical no puede serle modificada su situación laboral sin que medie declaración judicial que lo excluya de las garantías propias de su función como tal. ¿Cómo resolver entonces este problema? ¿Que tiene prevalencia, la precariedad del cargo interino o la tutela conferida a quien ejerce representación gremial? La jurisprudencia ha dado algunas respuestas, a veces no del todo uniformes.

Así, la Sala “A” de la Cámara Federal de Córdoba ha entendido que “los interinatos no generan otro derecho más que a que se respeten las condiciones del mismo y su plazo de vigencia, pero no otorgan un derecho subjetivo pleno o perfecto a que se mantenga sin modificaciones la situación de revista, como sí ocurre por el contrario con los cargos concursados durante el plazo de vigencia del mismo... Tampoco puede entenderse que las sucesivas prórrogas periódicas de designaciones interinas de docentes universitarios y sus respectivas cargas horarias signifiquen adquirir estabilidad en el cargo docente... En nada modifica lo antes expuesto el hecho que los actores estén amparados de tutela sindical, ya que la misma no puede generar en sus destinatarios –docentes interinos– derechos equiparables a los docentes designados por concurso... Y se remarca, la tutela sindical tiene como fundamento garantizar a su titular el ejercicio de los derechos gremiales, evitando que pueda ejercer libremente esa función gremial, sin represalias o presiones de su empleador, más en el caso de los docentes interinos, no se traduce en mejorar su situación de revista como si fueran docentes que han accedido a los claustros por concurso, en cuyo caso evidentemente no se puede variar el plazo ni las condiciones de ejercicio del cargo concursado...”<sup>10</sup>.

Asimismo, frente a un planteo de docentes interinos que además gozaban de representación sindical a que se declare la nulidad de una resolución universitaria que dispuso el llamado a concurso de títulos, antecedentes y oposición para la cobertura de cargos de profesores efectivos, dicho Tribunal sostuvo que “...no puede prosperar la petición de los actores a poco que se repare que aquella convocatoria, no importó una reforma en la relación de empleo de los amparistas... sino que la Universidad a través de esta resolución decanal cumplió con un deber

10. “Chade, Juan Carlos y otros c/ Universidad Nacional de La Rioja- Amparo”, Cámara Federal de Córdoba, Sala “A” del 14/2/08.

que le viene impuesto por la ley, ya que la regularización de las cátedras públicas no es una facultad sino una exigencia académica...por lo que el desplazamiento del docente interino por el titular concursado no resulta violatorio de la pretendida estabilidad sindical...”<sup>11</sup>.

En otra oportunidad también se sostuvo que “...el amparista supone que su derecho a permanencia en la cátedra se sustenta en la tutela sindical que le otorga el cargo de delegado de ADIUC, sin advertir que tal cargo sindical es consecuencia de su cargo de profesor y que como accesorio de éste, debe seguir la suerte del principal y no viceversa...”<sup>12</sup>.

No obstante, la Sala “B” de dicho Tribunal, sostuvo una postura distinta, entendiendo que aún cuando se tratara de un cargo interino, debía cumplirse con la previsión del art. 52 de la ley de asociaciones sindicales y en forma previa a modificar las condiciones de trabajo debía mediar una declaración judicial de exclusión de la tutela<sup>13</sup>. En tal sentido, expresó: “...el texto legal es categórico y nada hace presumir que deba excluirse de su ámbito de aplicación y efectos jurídicos a empleados públicos, como tampoco, dentro de éstos a docentes interinos, quienes si bien dentro de un marco de precariedad, en muchos casos desvirtuado por su excesiva duración, tienen una legítima expectativa de permanencia, en tanto no se den determinados supuestos, tales como la cobertura del cargo por concurso o un comprobado mal desempeño en su función...”...“...en el caso del personal investido de estabilidad gremial, toda modificación en las condiciones de trabajo debió previamente ser abordado por la vía del art. 52 de la ley 23.551, es decir, se debió obtener un pronunciamiento judicial de exclusión de tutela sindical, cosa que no ha ocurrido en la especie, lo que torna ilegítimo el obrar de la demandada...” .

## 5. CONCLUSIONES

¿El empleado público interino que goza de representación sindical puede resistir la finalización de su interinato invocando la tutela sindical? La respuesta dependerá de lo que estemos dispuesto a privilegiar: La naturaleza precaria de los cargos internos o la protección que la Constitución confiere a los representantes gremiales.

Lamentablemente esta encrucijada en el ámbito de las universidades públicas tiene lugar porque por lo general no se respeta el carácter excepcional de las designaciones interinas y trastocando la regla, el concurso como medio de acceso a la docencia es en la práctica excepcional.

Sería aconsejable que se cumpliera con el mandato de la ley de Educación Superior en tanto consagra al concurso como la herramienta para seleccionar los postulantes a

11. “Alonso, María Esther y Otros c/ Universidad Nacional de La Rioja s/ Acción de Amparo”, Cámara Federal de Córdoba, Sala “A”, del 30/12/10.

12. “Asoc. de Docentes e Investigadores Universitarios de Córdoba (ADIUC) y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba - Amparo Sindical”, Cámara Federal de Córdoba, Sala “A”, del 19/9/11.

cargos docentes. Recordemos que esta ley establece que los docentes designados por concurso deben representar un porcentaje no inferior al setenta por ciento (70%) de las respectivas plantas de cada institución universitaria<sup>14</sup>.

Ello no es otra cosa que el afianzamiento del principio de igualdad ante la ley, que consagra la admisión en los empleos públicos sin otra condición que la idoneidad. Como a la idoneidad hay que demostrarla ya que no se presume, la herramienta adecuada es el concurso. Si la previsión legal se cumpliera, la inquietud que motiva estas líneas estaría solucionada.

---

13. Alonso, María Esther y Otros c/ Universidad Nacional de La Rioja s/ Acción de Amparo", Cámara Federal de Córdoba, Sala "B", del 10/3/08.

14. Art. 51 de la Ley 24.521