

EL ACUERDO DEL SENADO PARA EL NOMBRAMIENTO DE FUNCIONARIOS PUBLICOS. ANOTACIONES SOBRE SU NATURALEZA Y EFECTOS JURIDICOS

por Hugo Luis Domingo

SUMARIO: I. Introducción. II. El “acuerdo” del Senado: Naturaleza Jurídica. 1. Generalidades. 2.- Nombramientos con acuerdo del Senado”. 3. El “acuerdo”. 4. ¿Qué naturaleza tiene, pues, el “acuerdo del Senado?”. III. Breve reseña de antecedentes. IV. ¿Exigencia exclusivamente constitucional, o también legal?. V.- Situaciones jurídicas dables de plantearse en torno al acuerdo. 1. Generalidades. 2. Situaciones.

I.- INTRODUCCIÓN: El presente trabajo versará sobre la naturaleza y alcance jurídicos del denominado “acuerdo” que debe prestar el Senado para la designación de ciertos funcionarios nacionales, cuyos principios serán aplicables en el orden provincial, con relación a los nombramientos que requieren acuerdo de la Legislatura, y en el municipal, de los Concejos Municipales.-

Luego de un breve repaso del tema -ya abordado suficientemente por la doctrina- relativo al carácter jurídico de los nombramientos con acuerdo del Senado, analizaremos especialmente a la naturaleza de éste último y sus consecuencias jurídicas.-

Desde ya adelantamos que siendo el otorgamiento o denegación del “acuerdo” un acto interorgánico de naturaleza jurídico administrativa, debe respetar el marco de juridicidad aplicable a todos los actos de los órganos estatales y podrá ser objeto de revisión judicial en la medida que trasunte arbitrariedad y lesione derechos constitucionales.

II.- EL “ACUERDO” DEL SENADO: NATURALEZA JURÍDICA

1.- Generalidades: Gramaticalmente, y en orden al tema que nos ocupa, se vé al “acuerdo” como la “confirmación de un nombramiento hecha por el Senado”¹.-

Desde el punto vista etimológico, el vocablo “acuerdo” proviene del latín “ad cordis”, que alude a la idea de unidad, y en un sentido general, es sinónimo de convenio, contrato, pacto, tratado, en cuanto remite a la idea común del concierto y de la conformidad de las voluntades que concurren a concretar un objeto jurídico determinado².

En todo caso, el requisito del “acuerdo” del Senado “ se inserta en la lógica del principio de separación de poderes y constituye una expresión del sistema de pesos y contrapesos”³, y

¹ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, vigésimo primera edición, Madrid, 1994, tomo 1, pag. 36.-

² Cf. Enciclopedia Jurídica Omeba, Editorial Bibliográfica Argentina, tomo I, Buenos Aires, 1968, pag. 447.

³ Cf. RODRIGUEZ GALAN, Alejandra, “*El Acuerdo del Senado*”, en “El Poder Legislativo”, AAVV, compilador Jorge Antonio Gentile, Asociación Argentina de Derecho Constitucional y Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2008, pags. 317 y 318.

tiene como fin posibilitar el equilibrio que debe existir entre la soberanía nacional y las autonomías provinciales⁴, actuando como un freno al posible favoritismo presidencial⁵. Además de ello, tiene también sus raíces en el pasado hispánico.⁶

Ello sentado, es menester distinguir la naturaleza jurídica de los “nombramientos” efectuados con acuerdo del Senado, de la naturaleza jurídica que tiene el “acuerdo” en sí mismo.-

2.- Nombramientos con acuerdo del Senado: La constitución argentina, a diferencia de la norteamericana que exige la intervención del Senado para un número mayor de nombramientos, en esta materia, como regla, otorga competencia al órgano ejecutivo para nombrar y remover funcionarios, y como excepción exige la intervención del Senado en ciertos y determinados casos.⁷⁻

Los nombramientos que efectúa el órgano ejecutivo con “acuerdo” del Senado, constituyen un “acto interorgánico complejo”, en tanto “... su emanación se debe a la voluntad de dos órganos estatales (el ejecutivo y una sección del Legislativo), cuyas voluntades se funden en una sola voluntad⁸. Se trata de una complejidad externa, ya que las voluntades pertenecen a órganos de dos poderes estatales distintos y con funciones específicas diversas.⁹

Este proceso involucra, pues, dos actos jurídicos - a nuestro entender son tres, si agregamos la “propuesta” del órgano ejecutivo-, los cuales, consecuentemente, exteriorizan voluntades jurídicamente independientes, todas unilaterales, provenientes unas de un órgano burocrático (el ejecutivo), y la otra de un órgano colegiado (el Senado), que persiguen un solo fin y tienden a producir un mismo efecto: el nombramiento¹⁰.

3.- El “acuerdo: El “acuerdo” es el acto unilateral por el cual el Senado expresa su consentimiento o conformidad a la propuesta efectuada por el órgano ejecutivo, y comunicada por éste a través del correspondiente “Mensaje”¹¹, habilitándolo para efectuar el nombramiento

⁴ Cf. CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, tomo II, pag. 77.

⁵ Doctrina que obiter dictum surge del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa “Rosza, Carlos A. y otro s/ rec. de casación”, 23/05/2007, La Ley 2007-C-520.

⁶ Nos referimos al “Acuerdo” que el virrey y los gobernadores debían requerir de la Audiencia en casos importantes. Cf. ZORRAQUIN BECU, Ricardo, *El oficio de gobernador en el Derecho Indiano*, en Revista de Historia del Derecho, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1973, tomo I, pag. 260.-

⁷ Cf. ESTRADA, José Manuel, *Curso de Derecho Constitucional*, Editorial Científica y Literaria Argentina, Buenos Aires, 1927, pag. 289; RODRIGUEZ GALAN, op. cit., p. 319.

⁸ Cf. MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1978, tomo III-B, pag. 105.-

⁹ Cf. MOSCARIELLO, Agustín R., *Régimen administrativo de las zonas francas y de la competencia para regular su funcionamiento*, RAP, Buenos Aires, 2008, pag. 70.

¹⁰ Cf. VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho Administrativo*, Tea, Buenos Aires, 1951, tomo III, pp. 403-404.

¹¹ El decreto N° 333/1985 que establece las “Normas para la elaboración, redacción y diligenciamientos de los proyectos de actos y documentación administrativos”, define al “Mensaje” como

del funcionario propuesto.-

En sí mismo, tal “acuerdo” es una parte del acto complejo al que antes aludiéramos, y nace como un acto unilateral y colegiado dictado por la mayoría de los miembros que constituyen el cuerpo, según lo establecido por la norma constitucional.

Analizando su naturaleza, podría pensarse que el mismo implica una autorización para el nombramiento, o una aprobación de la propuesta del órgano ejecutivo que habilita el dictado del acto de nombramiento.

Sin embargo, a nuestro entender, el “acuerdo” no importa ni una autorización ni una aprobación, formas de control, que si bien son utilizadas en el ámbito del poder jerárquico, se dan a veces en las relaciones interorgánicas, y aún respecto de terceros ¹².-

En primer lugar, tanto el acto de autorización como el de aprobación son actos administrativos ¹³ y el “acuerdo” técnicamente no lo es ¹⁴.

Además de ello, la autorización, si bien se otorga antes de que el acto nazca y tenga validez, no traduce un acto complejo, “...ya que el acto para cuya emisión se pidió autorización es independiente de ésta”, de manera tal que “... la autorización dada no obliga al órgano controlado a emitir el acto correspondiente”, es decir: “... no tiene efecto obligatorio para dicho órgano” ¹⁵.-

Ello, empero, no sucede en el caso del “acuerdo, ya que si bien al principio del procedimiento estamos ante dos actos diferentes (la propuesta del órgano ejecutivo y el acuerdo senatorial), cabe reparar que esos dos actos confluyen a un mismo fin: obtener el acuerdo para posibilitar el nombramiento de que se trata, otorgado el cual nace un acto nuevo, de carácter complejo, que es el “nombramiento con acuerdo del Senado”. En otras palabras, el “acuerdo”, si bien es jurídicamente independiente del acto de nombramiento y constituye condición para su dictado, teleológicamente, una vez otorgado, se funde con el mismo, dando lugar al acto complejo antes aludido.-

Tampoco puede considerarse una aprobación, porque también en este caso se trata de “...

la nota que el Poder Ejecutivo Nacional remite el Honorable Congreso de la Nación, mediante la cual, entre otros actos, “... solicita el acuerdo necesario para concretar la designación de determinados funcionarios”.

¹² Piénsese, por ejemplo, que el Congreso aprueba los tratados internacionales (art. 75 incs. 22 y 24) y las intervenciones federales decretadas durante su receso (art. 75 inc. 31), y autoriza al poder ejecutivo para declarar la guerra o hacer la paz (art. 75 inc. 25). En cuanto a ese tipo de actos con efectos hacia terceros, cabe citar el de la autorización de policía y la aprobación de tarifas de servicios públicos.

¹³ Cf. MARIENHOFF, op. cit., tomo I, pags. 636 y 646.

¹⁴ Ello entendiéndose al acto administrativo como una declaración estatal dictada en ejercicio de la función administrativa productora de efectos jurídicos directos e individuales con relación a terceros. Cf. COMADIRA, Julio R., *Derecho Administrativo*, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, pag. 4.

¹⁵ Cf. MARIENHOFF, op. cit., tomo I, pags. 642-643. El “acuerdo”, en cambio, es vinculante para el órgano ejecutivo. Ver infra V.2.b.

dos actos jurídicos sucesivos diferentes, en los que la voluntad de los dos órganos que los realizan no coinciden en cuanto al objeto y fin de sus respectivos actos, y además siempre es una forma de control a posteriori, dando eficacia a un acto válido anteriormente emitido¹⁶.

En cambio, el “acuerdo”, una vez otorgado, si bien importa la aceptación del Senado a la propuesta del órgano ejecutivo, su eficacia es interna, pues su efecto inmediato es servir como acto preparatorio del nombramiento definitivo que posteriormente hará el órgano ejecutivo, con el cual se funde dando nacimiento al acto complejo arriba indicado. Recién aquí el “acuerdo” tendrá, además, eficacia externa en orden a la constitución de la relación de empleo público.-

4.- ¿Que naturaleza tiene, pues, el “acuerdo” del Senado?.-

Entendemos que para desentrañar la naturaleza del “acuerdo”, hay que distinguir los supuestos de nombramientos efectuados cuando el Senado está en sesiones, de los realizados cuando el mismo está en receso.-

a) En el primer caso, la propuesta de nombramiento emanada del órgano ejecutivo si bien es un “simple proyecto de acto”¹⁷ considerándolo con relación al acto complejo “terminado”, en sí mismo es, según dijimos, un acto jurídico, y dentro de éstos, si bien no es un acto administrativo en el sentido técnico de tal vocablo ¹⁸, no caben dudas de su naturaleza administrativa, en cuanto tiene como fin crear un status jurídico iuspublicista como es la relación de empleo público, y es otorgado por el órgano constitucionalmente emplazado con competencia para el caso, lo que a nuestro juicio hace aplicable en lo pertinente, por vía analógica, el régimen de los actos administrativos ¹⁹.-

Ello sin perjuicio de que tal acto jurídico solo genere un derecho en expectativa en favor del funcionario propuesto, sujeto a una condición suspensiva: el otorgamiento del “acuerdo”.- Hasta tanto ello ocurra, el órgano ejecutivo no está habilitado a efectuar el nombramiento, pues el “acuerdo” es una “conditio sine qua non” del mismo.-

En otras palabras, nos parece que la propuesta, a pesar de ser un acto interorgánico, puede ser revisable judicialmente si adolece de vicios que la tornen arbitraria -como la falta de motivación, desviación de poder o irrazonabilidad, o violación de la garantía de defensa en juicio- ²⁰, y lesiona derechos o intereses de terceros ²¹, particularmente si se trata de propuestas

¹⁶ *Ibidem*, pags. 646 y 649.-

¹⁷ Cf. HEREDIA, Horacio H., *Contralor administrativo sobre los entes autárquicos*, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1942, pag. 73.

¹⁸ Véase supra nota 14.

¹⁹ Del mismo modo -aunque con una previsión legal expresa- al contrato administrativo se le aplicaba analógicamente el régimen del acto administrativo (art. 7º ley 19549, en su redacción anterior al decreto N° 1023/01). Cf. CASSAGNE, Juan Carlos, *op. cit.* tomo II, pag. 48 y ss.

²⁰ Cf. MONTI, Laura, *Acto institucional*, Acto administrativo y Reglamento, AAVV, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2002, pag. 325 y ss.

²¹ Cf. CORONEL, Germán, *La intervención judicial en los conflictos interorgánicos*, en La Ley 2009-B-

formuladas entre varios postulantes previamente seleccionados por otro órgano.²²

Por su parte, el “acuerdo” es también un acto jurídico unilateral, dictado en ejercicio de una actividad de índole administrativa por una sección del poder legislativo, y una vez otorgado, prepara el nacimiento del acto complejo, lo que tendrá lugar, según señalamos, cuando el órgano ejecutivo efectúe el nombramiento.

Tal acto, enfocada la función administrativa desde un punto de vista objetivo, material o substancial, al exteriorizar, como recién dijimos, el ejercicio de una actividad administrativa por parte del Senado, torna aplicable a su respecto, vía analógica, al igual que en el caso de la propuesta, el régimen de los actos administrativos, especialmente en lo referido a la motivación y a la revisión judicial en supuestos de arbitrariedad en su denegatoria²³.

En cuanto a su forma, teniendo en cuenta que el “acuerdo” trasunta una actividad que, si bien emana del Senado, no es materialmente legislativa, su instrumentación debería realizarse bajo la forma de decreto o resolución del cuerpo²⁴.

Al mismo tiempo, importa el ejercicio de una función de control conferida por la constitución a ese cuerpo para ciertos nombramientos, la cual, habida cuenta que el acto final atañe a la conformación de una relación de empleo público, es también de carácter administrativo.²⁵

b) Tales premisas, especialmente las referidas a la necesidad de motivación del acto, son aplicables también al segundo caso, es decir a los nombramientos efectuados por el órgano ejecutivo cuando el Senado está en receso, denominados “nombramientos en comisión”²⁶.

En efecto, en tales supuestos ya no se trata de una “propuesta de nombramiento” la que hace el poder ejecutivo, sino de un nombramiento “dispuesto”, aunque sin acuerdo y “en comisión”, es decir con carácter precario y sujeto ahora a una condición resolutoria, pues si el

419; GARCIA PULLES, Fernando R., *Actividad administrativa interna, interrogánica e interadministrativa*, en “Acto Administrativo y reglamento”, op. cit., pag. 340 y ss.

²² Cf. el voto en disidencia del Dr. Pedro José Jorge Coviello en autos “Alioto Daniel Guillermo c. Estado Nacional – P.E.N. - Senado”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, sala I, 30 de junio de 2009, publicado en La Ley, suplemento de Derecho Constitucional, setiembre de 2009. Ver asimismo los fundamentos de la resolución cautelar dictada por el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 6, fecha 10/08/2.004, en autos “Gutierrez, Jorge A. c. Estado Nacional-Senado de la Nación”, publicado en La Ley del 03/09/2.004.

²³ Cf. MARIENHOFF, op. cit., tomo III-B, pag. 105, nota 1084

²⁴ Según el Reglamento del Senado los decretos de ese cuerpo tienen por fin “originar una decisión especial de carácter administrativo”. Por su parte, las resoluciones importan una decisión particular de la Sala. Cf. SAGUES, Néstor P., *Elementos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1997, tomo 1, pag. 441.

²⁵ Cf. INSTITUTO ARGENTINO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES Y POLITICOS, Atribuciones del Congreso Argentino, AAVV, PEREZ GUILHOU, Dardo y otros, Depalma, Buenos Aires, 1986, pag. 48; RODRIGUEZ GALAN, op. cit., pag. 322.

²⁶ Art. 99 inc. 19 Constitución Nacional. El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: 19. “...Puede llenar las vacantes de los empleados que requieran el acuerdo del Senado, y que ocurran durante su receso, por medio de nombramientos en comisión que expirarán al fin de la próxima Legislatura”.

Senado deniega el “acuerdo” o no lo otorga antes de “... finalizar la próxima legislatura”, el nombramiento se extingue ²⁷.-

De tal modo, en el nombramiento en comisión, el “acuerdo”, en caso de ser otorgado, opera como un acto de “aprobación” de tal nombramiento, ya que se confiere después de producido el acto válidamente emitido, pero como éste es de existencia precaria, lo dota de efectos jurídicos plenos. Y simultáneamente, además de ese efecto, implica una autorización para que el órgano ejecutivo efectúe el nombramiento definitivo.-

En cambio, en caso de ser denegado el “acuerdo”, ello operaría como una revocación del acto de nombramiento “en comisión” efectuado por el órgano ejecutivo, es decir modifica la situación jurídica creada con respecto al funcionario nombrado, lo cual determina que, en tal caso, el acto denegatorio deba ser razonable y debidamente fundado.-

Resumiendo: a nuestro juicio, el “acuerdo” del Senado involucra un procedimiento que contiene tres actos emitidos en dos tramos distintos pero unidos por la misma finalidad, a saber: a) primer tramo: compuesto por la propuesta del órgano ejecutivo y la conformidad del Senado exteriorizada por medio del “acuerdo” ²⁸; b) segundo tramo: dicho acuerdo, al emitirse el decreto de nombramiento, se fusiona con éste y dá lugar a la conformación del acto complejo al que nos venimos refiriendo.-

III.- BREVE RESEÑA DE ANTECEDENTES

La exigencia constitucional del “acuerdo del Senado” para nombrar funcionarios de rango superior ²⁹, cuenta con antecedentes anteriores a 1853.-

Así, la constitución de 1819 establecía que los miembros de la Alta Corte de Justicia “serán nombrados por el Director de Estado con noticia y consentimiento del Senado” ³⁰, expresión ésta última que utilizaba exactamente la constitución norteamericana ³¹.-

Por su parte, la constitución de 1826 establecía que el Presidente “ nombra igualmente los embajadores, ministros plenipotenciarios, enviados, cónsules y demás agentes, con

²⁷ Cf. MARIENHOFF, op. cit., tomo III-B, pag. 107.-

²⁸ Otros autores hablan de tres etapas sucesivas representadas por la proposición de candidato por el presidente, la ratificación senatorial o acuerdo y el ulterior nombramiento por el Poder Ejecutivo (Cf. RODRIGUEZ GALAN, op. cit., pag. 321). Más precisamente, el pedido del poder ejecutivo, que se concreta con el “envío del pliego”, ingresa por mesa de entradas del Senado, de allí se remite a la Secretaría Parlamentaria y se recibe en la Comisión de Acuerdos a los fines de que emita el dictamen respectivo (ibídem, pag. 323).

²⁹ Como ser jueces, embajadores, ministros plenipotenciarios, oficiales superiores de las Fuerzas Armadas (art. 99 incs. 4, 7 y 13).-

³⁰ Cf. SAMPAY, Arturo Enrique, *Las Constituciones de la Argentina*, EUDEBA, Buenos Aires, 1975, pag. 274.

³¹ Art. 2º Sección Segunda, en Ibidem, pag. 93.-

aprobación del Senado”³², mientras que para el nombramiento de los miembros de la Alta Corte de Justicia exigía, al igual que la de 1819, la “noticia y consentimiento del Senado”.-

En realidad, y sin desconocer la influencia que tuvo la fuente norteamericana en este aspecto³³, la exigencia del “acuerdo”, literalmente, aparece con el proyecto de Alberdi, que fue el antecedente nacional que utilizaron los constituyentes del 1853³⁴, aunque éstos últimos variaron el texto respecto a los nombramientos efectuados durante el receso del Senado. En efecto, mientras en el proyecto esos nombramientos duraban “hasta la reunión” del Senado, sin contemplar la posibilidad de ratificación ulterior, la constitución dispuso que debían comunicarse al mismo “... en la próxima reunión para obtener su aprobación”³⁵.-

Finalmente, la convención constituyente de 1860, considerando que la disposición sancionada en 1853 respecto a los nombramientos en receso del Senado dejaba librado “... a la buena voluntad o el antojo del Presidente, distribuir esos empleos sin previo acuerdo”³⁶, decidió reformar el precepto, estableciendo que los “nombramientos en comisión” expirarían “al fin de la próxima legislatura”³⁷.

Por su parte, la reforma de 1949, estableció que los nombramientos en comisión debían ser “... considerados en la próxima legislatura”³⁸.-

Posteriormente, tras la revolución de 1955, se volvió al anterior texto de 1853, que la reforma de 1994 mantuvo con una leve variante de redacción³⁹.

IV.- ¿EXIGENCIA EXCLUSIVAMENTE CONSTITUCIONAL, O TAMBIÉN LEGAL?

Es indudable que la distribución de competencias entre los distintos órganos del Estado Nacional es una cuestión cuyo diseño corresponde efectuar al constituyente. De allí que no se discuta la exigencia constitucional de que en ciertos casos el órgano ejecutivo deba efectuar nombramientos con acuerdo del Senado.-

Lo que sí es discutible, en cambio, es si el legislador puede ampliar al elenco de

³² Art. 91, en *Ibidem*, pag. 315

³³ Cf. SECO VILLALBA, José Armando, *Fuentes de la Constitución Argentina*, Depalma, Buenos Aires, 1943, pp. 208-217.

³⁴ El art. 85 inc. 5 del proyecto de Alberdi establecía que el Presidente de la Confederación “nombra a los magistrados de los tribunales federales y militares con acuerdo el Senado de las provincias, o sin él, hasta su reunión, si está en receso”. Conf. SAMPAY, op. cit., pag. 350. Como se puede apreciar, estos últimos nombramientos, más tarde llamados “en comisión”, duraban hasta “la reunión” del Senado, y no hasta la finalización de la próxima legislatura.-

³⁵ SAMPAY, op. cit., pags. 368 y 369.

³⁶ Cf. Informe de la Comisión Examinadora de la Constitución Federal presentada a la Convención del Estado de Buenos Aires, en *Ibidem*, pag. 400-401.

³⁷ Art. 86 inc. 22, *Ibidem*, pag. 424. La expresión “próxima Legislatura” debe entenderse como sesiones ordinarias o de prórroga, no así las extraordinarias. Cf. MARIENHOFF, op. cit., tomo III-B, pag. 107.

³⁸ Art. 83 inc. 22, en SAMPAY, op. cit., pag. 549.

³⁹ El texto anterior (art. 86 inc. 22) expresaba que el “Presidente tendrá facultad para llenar las vacantes de los empleos, que requieran acuerdo del Senado, y que ocurran durante su receso...”, mientras que el actual texto del art. 99 inc. 19 dice “Puede llenar las vacantes de los empleos...”.

funcionarios respecto a los cuales la constitución exige el Acuerdo del Senado ⁴⁰.-

Así, para citar un ejemplo, la Carta Orgánica del Banco Central de la República Argentina, establece que “el presidente, el vicepresidente y los directores serán designados por el Poder Ejecutivo Nacional con acuerdo del Senado de la Nación.... El Poder Ejecutivo Nacional podrá realizar nombramientos en Comisión durante el tiempo que insuma el otorgamiento del acuerdo del Senado de la Nación”⁴¹ .

Esta exigencia legal fue cuestionada tempranamente por Bielsa, quien consideraba que, aparte de los conflictos que ello podría generar por la falta de acuerdo, la constitución no exigía este requisito, pues al deslindar los poderes da al ejecutivo como jefe de la administración la facultad de nombrar y remover por sí solo a los empleados o funcionarios de la administración “cuyo nombramiento no esté reglado de otra forma por esta Constitución” (art. 86 inc. 10, actual 99 inc. 7, Constitución Nacional). Es decir que cuando la ley y no la Constitución establece la exigencia del acuerdo, tales prácticas legislativas alteran el principio de división de poderes establecido por ella y transgreden la regla según la cual “... *sus preceptos no pueden ser alterados por leyes reglamentarias*” ⁴².

En igual sentido, la moderna doctrina sostiene que “tratándose de nombramientos cuya emanación corresponda constitucionalmente al Presidente de la República, el “acuerdo” del Senado solo puede imponerlo válidamente la Constitución, y en modo alguno la ley formal. Si ésta lo exigiere, al implicar ello una restricción a las atribuciones que la Constitución otorga al

⁴⁰ A nuestro juicio, no habría discusión, en cambio, si es el propio órgano ejecutivo el que se “autolimita” dictando normas que, sin que la constitución ni la ley lo establezcan, exigen que ciertos nombramientos sean con acuerdo del Senado. Ver por ejemplo, entre otros, los casos de los decretos 809/73 (Estatuto de la Corporación de Empresas Nacionales) , 1435/98 (convoca a sesiones extraordinarias para tratar, entre otros temas, el nombramiento a propuesta del Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado de representantes argentinos para integrar la Comisión Administradora del puente Buenos Aires Colonia) , 995/91 (crea la Comisión Nacional de Actividades Espaciales, cuyo presidente y vicepresidente son elegidos con acuerdo del Senado).-

⁴¹ Ley 24.144, art. 7° (antes los designaba el poder ejecutivo solo; ver ley 20539 modificada por las leyes 21364 y 22467). Nótese que en este caso, para los nombramientos en comisión no es necesario que el Senado esté en receso, y que los mismos duran todo “... el tiempo que insuma el otorgamiento del acuerdo del Senado de la Nación”. Por consiguiente, si el Senado no se pronuncia durante las sesiones ordinarias o de prórroga, el “tiempo” al que alude la norma podría extenderse más allá del fin de la próxima Legislatura, con lo que el precepto se aparta en ese punto de la constitución nacional. En realidad esta norma sufrió una serie de secuencias institucionales ciertamente contradictorias. En efecto, tras la sanción de la ley 24144, primeramente, el 13 de octubre de 1992, el Poder Ejecutivo Nacional, por decreto N° 1860/92, y enrolándose en el criterio doctrinario expuesto en el texto, vetó la exigencia del acuerdo del Senado por considerar que vulneraba la competencia presidencial en materia de nombramientos. Dos días después, el 15 de octubre de 1992, alegando haber efectuado una nueva evaluación del asunto, se consideró que el acuerdo del Senado era necesario “como un aval previo a la decisión del Poder Ejecutivo”: se dicta entonces el decreto N° 1887/92 dejando sin efecto el veto efectuado por el decreto anterior. Por último, sin dar cuenta de la existencia de este último decreto, pocos días antes de finalizar el mandato presidencial, la misma gestión (Menem) dicta el decreto de necesidad y urgencia N° 1373/99 ratificando la exigencia del acuerdo senatorial para nombramientos de presidente, vicepresidente, directores y síndicos del Banco Central.

⁴² BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo y Legislación Administrativa Argentina*, J. Lajouane & Cía, Buenos Aires, 1a. Edición, 1921, tomo primero, pag. 228, nota 122; lo que reitera en ediciones posteriores (Cf. su *Derecho Administrativo*, Edit. La Ley, 1964, tomo III, pag. 131, nota 191).

Presidente, tal exigencia sería írrita por inconstitucional”⁴³ .

Compartimos tal punto de vista, toda vez que al exigir la ley el acuerdo del Senado para el nombramiento de funcionarios respecto de los cuales la Constitución no pide esa exigencia, está desnaturalizando el sistema de competencias previsto por el constituyente, ya que el poder legislativo aparece dando a uno de sus órganos (el Senado) una atribución (el acuerdo) que la Constitución no le confiere, “alterando” así la competencia de nombrar por sí solo que para esos casos la Constitución otorga al órgano ejecutivo, y agregando, consecuentemente, un recaudo no exigido por el constituyente. Tal ley viene a lesionar, pues, los principios constitucionales de división de poderes y supremacía constitucional.-

En el orden de ideas que venimos exponiendo, es categórico el reconocimiento del criterio propugnado por parte del propio Congreso Nacional, pues en el año 1974 sancionó la ley 20.677⁴⁴, suprimiendo el requisito del acuerdo del Senado para la designación de funcionarios en todos aquellos organismos de la Administración Pública, cualquiera fuese su naturaleza jurídica, cuyas normas de creación, constitución y funcionamiento así lo establecieron y cuya designación no esté reglada de tal manera por la Constitución Nacional, pese a lo cual, posteriormente, el legislador, y el propio órgano ejecutivo, se apartaron de esa ley⁴⁵ .

Sin embargo , la exigencia legislativa del “acuerdo” es válida si media habilitación constitucional para ello, hipótesis que suele darse en el orden provincial⁴⁶ y municipal.⁴⁷

⁴³ Cf. MARIENHOFF, op. cit., III-B, pag. 104-105 y autores citados en nota 1083.

⁴⁴ Anales de Legislación Argentina, 1974-C,2005. Esta ley no ha sido derogada expresamente. Sin embargo, la sanción de leyes especiales posteriores podría hacer pensar en una derogación tácita de aquella con relación al supuesto específico regulado por la nueva ley (Cf. MOUCHET, Carlos - ZORRAQUIN BECU, Ricardo, *Introducción al Derecho*, Perrot, Buenos Aires, 1958, pag. 177). Esta es la doctrina sentada por la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, sala IV, en autos “Solá Roberto y otros c. Estado Nacional-Poder Ejecutivo s/ Empleo Público”, 13/02/1.996, Lexis N° 60001492.

⁴⁵ Y ello no solo en el caso del Banco Central antes visto, sino en otros supuestos. Así, por ejemplo, cuando por ley 25326 (habeas data) se dispuso que el Director del órgano de control sería designado con acuerdo del Senado.- En cuanto al poder ejecutivo, véase supra nota 40.

⁴⁶ En la provincia de Santa Fe, la Asamblea Legislativa tiene competencia, conferida por la constitución, para “prestar el acuerdo requerido por esta constitución o las leyes para la designación de magistrados o funcionarios, el que se entenderá prestado si no se expidiese dentro del término de un mes de convocada al efecto la Asamblea...” (art. 54 inc. 5º). Como se puede apreciar, hay dos datos que interesan destacar al respecto: a) el reconocimiento constitucional de que la exigencia del acuerdo puede provenir de la ley; b) la aplicación del silencio positivo para el caso de morosidad de la Asamblea.

⁴⁷ Por ejemplo, también en Santa Fe, la constitución provincial atribuye competencia al legislador para organizar los municipios por “ley”, siempre que sea sobre la base del reconocimiento de un gobierno dotado de facultades propias, constituido por un intendente municipal y un concejo municipal, designados, en ambos casos, por elección popular, y con las atribuciones necesarias para una eficaz gestión de los intereses locales (art. 107 constitución provincial). Por su parte, la ley 2756 Orgánica de Municipalidades establece que “los directores y gerentes de los bancos municipales de préstamos y demás funcionarios que por ordenanzas requieran acuerdo, serán nombrados previa formalidad de este requisito por el Concejo Municipal en sesión secreta, y a propuesta del Departamento Ejecutivo.... Los pedidos de acuerdos, se considerarán hecho efectivos si el Concejo no se pronunciara sobre ellos dentro de los quince días de haber tenido entrada el pliego correspondiente en secretaría...” (art. 39 inc. 70, t.o. 1985). Puede observarse al respecto que: a) el legislador acepta expresamente que la exigencia del acuerdo pueda establecerse por ordenanza; b) la aplicación, también en este caso, del silencio positivo en caso de que el Concejo no se pronuncie sobre el pedido de acuerdo dentro del plazo fijado

V.- SITUACIONES JURÍDICAS DABLES DE PLANTEARSE EN TORNO AL ACUERDO

1º Consideraciones previas: Como hemos visto, para llegar al nombramiento con acuerdo del Senado hay que recorrer un procedimiento de índole administrativa, en cuanto está dirigido a dar nacimiento a una relación de empleo público.-

Como ya dijimos, al otorgar el Acuerdo, como también al denegarlo, el Senado está desplegando una actividad de naturaleza administrativa que se inserta dentro de un procedimiento del mismo tipo, lo que torna aplicables, por tanto, “... los principios y normas de derecho administrativo que rigen esta específica función, es decir el régimen jurídico que le es propio”⁴⁸.-

Siendo ello así, al insertarse el “acuerdo” en un procedimiento de naturaleza administrativa, más allá de que se trata de una actividad estatal interna, previa al nombramiento definitivo, no hay duda que su otorgamiento o denegación tiene incidencia en la esfera jurídica de personas humanas concretas, en este caso el sujeto propuesto para la función pública.-

En efecto, en el supuesto de ser otorgado el “acuerdo”, ello provocará el acto de nombramiento por parte del órgano ejecutivo, y en caso de ser denegado inmotivadamente, o más aún: de modo arbitrario o con desviación de poder, lesionando legítimos intereses del candidato, tal conducta podrá habilitar la revisión judicial del acto, pues se habrá vulnerado el principio del “debido procedimiento legal”, aplicable a los tres poderes del Estado, tanto en el aspecto sustantivo, como garantía de razonabilidad, cuanto en el adjetivo, como comprensivo del derecho a ser oído y obtener una decisión fundada⁴⁹.-

Al respecto, no debemos olvidar que el acuerdo, al ser una actividad del órgano legislativo pero de naturaleza administrativa, debe enmarcarse dentro del principio de juridicidad, existiendo un derecho del interesado a que se respeten los principios del debido procedimiento previo, motivación y razonabilidad⁵⁰.-

2º) Situaciones: Sentadas las premisas que anteceden, trazaremos el cuadro de alternativas dables de producirse en torno al “acuerdo” del Senado:

a) Si el Presidente, en los casos que la constitución lo exige, efectúa el nombramiento sin

por la ley.

⁴⁸ JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, María, *El control judicial de la función administrativa de los poderes Legislativo y Judicial*, en *El Derecho*, suplemento Derecho Administrativo, del 31 de julio de 2002; SORIA, Daniel Fernando, *Control judicial de los actos administrativos del órgano legislativo*, en *La Ley* 1988-B-588.-

⁴⁹ THEA, Federico G., *Las garantías del debido proceso en la toma de decisiones*, en *La Ley* 2009-D, 791.

⁵⁰ GELLI, María Angélica, *La selección de los jueces bajo el parámetro de la razonabilidad* (El caso del juez Alliot), en *La Ley*, suplemento de Derecho Constitucional, setiembre de 2009; SABSAY, Daniel Alberto, *El control de la facultad presidencial de designación de magistrados*, en *La Ley* 2005-D,996; CIANCIARDO, Juan, *Los fundamentos de la exigencia de razonabilidad*, en *La Ley*, diario del 16 de abril de 2009.

recabar previamente el “acuerdo” del Senado, tal nombramiento es nulo ⁵¹.-

b) Recabado el “acuerdo”, si éste es otorgado por el Senado, ello implica conformidad con la propuesta del órgano ejecutivo, quedando éste habilitado, consecuentemente, para dictar el respectivo decreto de nombramiento.

Consideramos que el “acuerdo” otorgado torna irrevocable el acto propuesta y es vinculante para el órgano ejecutivo ⁵², en cuanto lo impele a dictar el acto de nombramiento, salvo que en el lapso corrido entre uno y otro acto sobrevengan circunstancias objetivas que cambien la situación fáctica existente al momento de otorgar el acuerdo⁵³

c) Efectuado el nombramiento, será necesario que el funcionario designado preste su asentimiento y ocupe el cargo para el que ha sido nombrado para que la relación de empleo público quede perfeccionada ⁵⁴.-

d) El nombramiento así efectuado, para ser dejado sin efecto, por aplicación del principio del “paralelismo de las competencias”, requiere también el acuerdo del Senado ⁵⁵.-

e) Si el Acuerdo es denegado, allí termina el procedimiento, y salvo el caso de arbitrariedad, el afectado no tiene recurso alguno contra la denegatoria en sí - ya que no existe un derecho “al empleo” ⁵⁶.-

Ahora bien, ello será así, en la medida que se haya cumplido la garantía del procedimiento previo, que el acto esté motivado⁵⁷ y se haya respetado el principio de razonabilidad⁵⁸, pues ninguna actividad de los órganos del Estado puede estar fuera del ordenamiento jurídico, y el límite que activa el control judicial sobre los actos -aún cuando fueran discrecionales- de los otros poderes del Estado, en este caso sobre una actividad administrativa del órgano legislativo, lo constituye la arbitrariedad, que es sinónimo de capricho o subjetividad antijurídica ⁵⁹.-

⁵¹ MARIENHOFF, op. cit., tomo III-B, pag. 106. El funcionario así nombrado no puede considerarse como funcionario de facto. Sí, en cambio, el funcionario nombrado en Comisión que sigue cumpliendo funciones pasado el lapso fijado por la constitución sin obtener el “acuerdo”.

⁵² Cf. EKMEKDJIAN, Miguel Angel, *Tratado de Derecho Constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1999, tomo V, pag.104: “El acuerdo no implica consejo o dictamen, sino decisión ejecutiva, ya que es absolutamente vinculante para el presidente”.

⁵³ Así, por ejemplo, si en ese interín el funcionario es afectado por una deficiencia física o síquica que le impide desempeñar el cargo, o sobreviene una interdicción jurídica, como por ejemplo la declaración de quiebra o una condena penal.

⁵⁴ DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1979, tomo III, pag. 539.

⁵⁵ MARIENHOFF op. cit, tomo III-B, pag. 105; ESTRADA, op. cit., pag. 289. El mismo criterio fue receptado expresamente por el decreto presidencial N° 591/74 (ADLA 1974-C, 2217).

⁵⁶ MARIENHOFF, ibidem, pag. 114.

⁵⁷ Ello es exigible con mayor razón aún en el marco de las facultades discrecionales. Cf. COMADIRA, Julio, op. cit., pags. 509-510.

⁵⁸ La razonabilidad integra la juridicidad y es parte de un derecho natural constitucional. Cf. SESIN, Domingo J., *Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, Lexis-Nexis Depalma, Buenos Aires, 2004, pags. 350 y ss.

⁵⁹ Cf. BIANCHI, Alberto B., *El control judicial sobre la zona interna de la Administración*, en La Ley Tomo 1989-C, 481.

f) Tales pautas serán aplicables asimismo a los supuestos de nombramientos en comisión, en los cuales la denegación del “acuerdo” implicará una revocación de un acto válido emitido por otro órgano del Estado que, en ejercicio de su competencia, ya evaluó positivamente la existencia de los recaudos de idoneidad del funcionario, que está en posesión del cargo, aunque de manera precaria. Todo ello amerita que el acto denegatorio reúna los parámetros de razonabilidad y debida motivación arriba aludidos.-