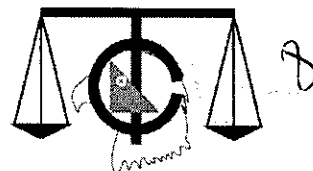




Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



Tribunal de Cuentas de Tierra del Fuego
Antártida
e Islas del Atlántico Sur

"2019 – AÑO DEL CENTENARIO DEL NACIMIENTO DE EVA DUARTE DE PERÓN"

Informe Legal N° 144/2019

Letra: T.C.P. - C.A.

Cte: Nota N° 9647/2019

Ushuaia, 20 de agosto de 2019

SECRETARIO LEGAL A/C

DR. GUSTAVO FABIÁN MIRABELLI

Viene a este Cuerpo de Abogados, la Nota N° 9647/2019 del 6 de agosto de 2019, suscripta por el Presidente del Fondo de Garantía para el Desarrollo Fueguino (FOGADEF), Licenciado Leonardo ZARA, a fin de dar respuesta al pedido efectuado por el Dr. Gustavo MOLNAR y a solicitar la intervención de este Tribunal de Cuentas.

I- ANTECEDENTES

Así, por Nota N° 1946/2019 Letra: T.C.P.-C.A. del 30 de julio de 2019, suscripta por el Dr. Gustavo J.M. MOLNAR, se le requirió al Presidente del FOGADEF, Licenciado Leonardo ZARA que: *"(...) se notifique, a los funcionarios que se detallan en el Anexo I, las intimaciones cursadas a los mismos y que se adjuntan a la presente.*

Motiva el presente requerimiento, la situación irregular de los mencionados, ante el Registro de Declaraciones Juradas Patrimoniales de este Órgano de Control".

"Las Islas Malvinas, Georgias, Sandwich del Sur son y serán Argentinas"

Además, en el Anexo I mencionado, se enumeraron los siguientes funcionarios: Guillermo Luciano LEOTILE, DNI N°: 26.631.359; Julio Angel ECHARREN, DNI N°: 28.670.688 y Pascual Esteban ELUSTONDO, DNI N°: 29.832.958.

En consecuencia, se acompañó copia fiel de una Nota suscripta por el Presidente, Licenciado Leonardo ZARA, registrada en este Tribunal de Cuentas bajo el N° 9647/2019, por la cual manifestó que el FOGADEF es : “(...) *una sociedad de derecho privado, tutelada por el Banco Central de la República Argentina (...) los miembros de la comisión fiscalizadora carecen del carácter de funcionarios públicos (...)*”

También, solicitó a este Organismo de Contralor que: “(...) *tengan a bien confirmarnos sobre vuestra requisitoria en cuanto a las declaraciones juradas en cuestión.*”

En caso de ser confirmada la misma, procederán a presentar la documentación correspondiente a la mayor brevedad posible”.

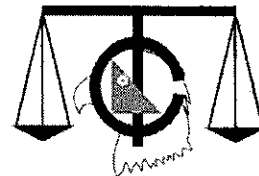
Con la misiva referida, se adjuntó copia fiel de las Notas suscriptas por Guillermo Luciano LETOILE, Julio Ángel ECHARREN y Pascual Esteban ELUSTONDO, dirigidas al Presidente del FOGADEF, en que se lo pone en conocimiento de la notificación de la Nota N° 1943/2019 Letra: T.C.P.-C.A.

II- ANÁLISIS

Preliminarmente, cabe tener presente que el Fondo de Garantía para el Desarrollo Fuegoño (FOGADEF), es una Sociedad Anónima con Participación



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



Tribunal de Cuentas de Tierra del Fuego
Antártida
e Islas del Atlántico Sur

"2019 – AÑO DEL CENTENARIO DEL NACIMIENTO DE EVA DUARTE DE PERÓN"

Estatutal Mayoritaria, conforme su Ley provincial de Creación N° 1226, que en el artículo 1° reza: *"Autorízase al Poder Ejecutivo a constituir una Sociedad Anónima, con participación estatutal mayoritaria bajo el régimen de la Ley nacional 19.550 y sus modificatorias, que se denominará Fondo de Garantía para el Desarrollo Fueguino (Fogadef) (...)".*

Por Informe Legal N° 138/2019 Letra: T.C.P.-C.A. del 8 de agosto de 2019, en el marco del Expediente N° 25/2019 Letra: TCP-SC, caratulado: *"S/APORTES Y CONTRIBUCIONES DE SEGURIDAD SOCIAL DEL LABORATORIO DEL FIN DEL MUNDO SAPEM"*, entre otras cuestiones, se realizó un exhaustivo análisis sobre la naturaleza jurídica del Laboratorio del Fin del Mundo, Sociedad constituida como SAPEM y la calidad de funcionarios públicos que los integrantes de sus órganos de dirección y fiscalización revisten.

Así, en razón de que aquí nos encontramos frente a una empresa constituida bajo la misma forma, consideramos que los alcances, fundamentos y conclusiones vertidos en el Informe Legal N° 138/2019 Letra: T.C.P.-C.A., se harían extensivos al caso bajo análisis.

En consecuencia, sobre la naturaleza jurídica que revisten las Sociedades Anónimas con Participación Estatutal Mayoritaria, se dijo que: *"Contrariamente a tales afirmaciones, LFM SAPEM es una empresa pública, constituida por el Estado, con recursos públicos y destinada a satisfacer fines públicos. El uso de una herramienta de derecho privado para su organización no modifica su naturaleza jurídica ni privatiza su patrimonio, siendo objeto de control por este Tribunal de Cuentas (...)".*

"Las Islas Malvinas, Georgias, Sandwich del Sur son y serán Argentinas"

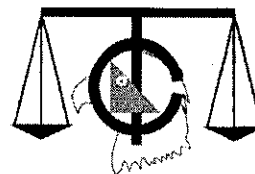
Para entender cuál es la verdadera naturaleza del LFM SAPEM se debe seguir lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) en el precedente 'Ramos' en el que sentó una doctrina judicial que reiteró en 'Cirigliano' al determinar que 'la naturaleza jurídica de una institución debe ser definida, fundamentalmente por los elementos que la constituyen, con independencia del nombre que el Legislador o los contratantes le atribuyan' (Fallos: 333:311 y 334:398).

De ahí que para comprender cabalmente la naturaleza jurídica de LFM y el régimen jurídico que se aplica en sus diferentes relaciones se debe analizar: 1) el modo de creación; 2) el origen público de los fondos con los que se constituyó; 3) la finalidad perseguida por el Legislador; 4) las prerrogativas del poder público otorgadas; y 5) el encuadre legal que le ha otorgado el Legislador, integrándola en el sistema jurídico público provincial (...)”.

Así, al analizar cada uno de los elementos mencionados en el apartado anterior se indicó: **“II.1.a) Modalidad de creación.** (...) Tal afirmación cuenta con el respaldo de lo expresado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) en la causa 'Coifin, Fernando Victorio y otros c/ Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires SA. (SEGBA) s/ prescindibilidad - reincorporación' (Fallos: 312:2050) en la que se sentenció que 'No cabe excluir a una sociedad anónima con participación estatal mayoritaria de la pertenencia a la administración descentralizada o indirecta del estado federal' (...) **II.1.b) El origen público de los fondos.** (...) la afectación de recursos públicos marca una diferencia central entre las sociedades anónimas de propiedad estatal y las firmas privadas, aun cuando desarrollen actividades análogas bajo la misma figura jurídica. Respecto de las segundas, también es factible que cuando su giro



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



Tribunal de Cuentas de Tierra del Fuego
Antártida
e Islas del Atlántico Sur

"2019 – AÑO DEL CENTENARIO DEL NACIMIENTO DE EVA DUARTE DE PERÓN"

comercial o industrial se encuentre involucrado el interés general, puede ocurrir que el Estado lo resguarde, por caso, mediante una regulación y fiscalización intensa de su gestión.

Sin embargo, lo más importante es que la propiedad estatal y, particularmente, el uso de fondos públicos generados por el endeudamiento provincial, conlleva una serie de consecuencias adicionales: a) La obligación de rendir cuentas de los integrantes de los órganos de control y dirección; b) La intervención de los controles internos a través de la Contaduría y externos, ejercidos por el Tribunal de Cuentas; y c) Los controles propios de las sociedades anónimas".

Además, agregó que: "II.1.c) Finalidad pública perseguida. (...) en las sociedades comerciales ordinarias lo que se persigue es el fin de lucro. Es más, al Estado no se le puede atribuir la calidad de comerciante porque con su actividad no persigue fines de lucro privado, sino que el sentido de su intervención en la economía siempre rige el cumplimiento o la satisfacción del interés general, aún en los casos en los que realice actividades de carácter comercial o industrial (v. MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, t. III-A, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989, p. 19 en relación a las funciones estatales)(...).

Al respecto, catedráticos de la talla de Eduardo GARCIA DE ENTERRIA, han entendido que se trata de la utilización por parte de la Administración Pública de técnicas instrumentales que, utilizando una figura del derecho privado, traducen un medio práctico para cumplir sus fines de bien

"Las Islas Malvinas, Georgias, Sandwich del Sur son y serán Argentinas"

común, otorgándole flexibilidad en la gestión, en base a técnicas tradicionales del derecho privado en economías capitalistas ('Curso de Derecho Administrativo', t. I, ps. 254/255).

También el Dr. Rodolfo BARRA, que ilustra acerca de que el primer elemento que hace a la publicación es la estatización de actividades privadas de interés general (Comentario al fallo 'San Martín de Tours', CNacApelCont.Adm.Fed, Sala IV, 1981-09-15, La Ley 1982-B, 363).

En el mismo sentido, enseña Agustín GORDILLO que a la SAPEM se la identifica como una de las especies dentro del género 'empresa pública', entendiendo por ello a toda empresa en sentido económico (organización de medios materiales y personales para realizar determinada explotación económica) que se encuentra en el sector público y no solamente estatal de la economía, cuyo origen, capital, conformación, liquidación y fines son públicos (https://www.gordillo.com/pdf_tomo9/libroi/capitulo23.pdf, pag.471-485).

En consecuencia, son empresas públicas: las empresas del Estado, establecidas en la Ley nacional N° 13.653, las empresas de economía mixta, reguladas en la Ley nacional N° 15.349 y las sociedades comerciales cuyo capital societario se encuentra en manos del Estado, es decir, sociedades anónimas con participación mayoritaria, creadas en la Ley nacional N° 17.318 o minoritaria y las sociedades del Estado, Ley nacional N° 20.705.



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



Tribunal de Cuentas de Tierra del Fuego
Antártida
e Islas del Atlántico Sur

"2019 – AÑO DEL CENTENARIO DEL NACIMIENTO DE EVA DUARTE DE PERÓN"

Se sigue de ello que no es estéril el atributo dado a la empresa de 'pública' o de 'participación mayoritaria del Estado', sino que tiene un significado técnico: que la empresa se encuentra en el sector público, dentro del Estado, bajo la dirección del gobierno, del poder estatal.

Es más, así lo ha decidido la jurisprudencia administrativa de la Procuración del Tesoro de la Nación que, con firma del Dr. BALBÍN, en ocasión de analizar los controles a los que debe someterse Aerolíneas Argentinas Sociedad Anónima, ha dicho 'De otra parte, no debe perderse de vista que el Derecho Privado sirve en este marco un propósito instrumental, esto es, dotar a estas sociedades de mayor flexibilidad y agilidad. No parece plausible sostener que ese objetivo sea incompatible con ciertas notas de Derecho Público' (Dictámenes 301:49)".

*También, se manifestó que: **"II.1.d) Los atributos exorbitantes al derecho civil y comercial** (...) el Legislador nacional, también la identifica como persona pública estatal. En el artículo 308 de la Ley General de Sociedades, dispone: 'Quedan comprendidas en esta Sección las sociedades anónimas que se constituyan cuando el Estado nacional, los estados provinciales, los municipios, los organismos estatales legalmente autorizados al efecto, o las sociedades anónimas sujetas a este régimen sean propietarias en forma individual o conjunta de acciones que representen por lo menos el cincuenta y uno por ciento (51 %) del capital social y que sean suficientes para prevalecer en las asambleas ordinarias y extraordinarias'.*

Por cierto, el texto es claro: para constituir una SAPEM uno de los elementos esenciales es que el Estado sea propietario de, al menos, el 51% de las acciones. Y para ello, el legislador ha previsto CINCO categorías públicas que pueden ser las tenedoras de acciones e incluyó expresamente como persona pública a las SAPEM, considerándolas en igualdad de condiciones que al Estado Nacional, Provincial, Municipal y a organismos estatales autorizados a tener acciones. En consecuencia, considerar que la SAPEM es una persona jurídica de derecho privado equivaldría a sostener que para el Legislador la participación mayoritaria del Estado puede ser ejercida por una persona que no sea estatal.

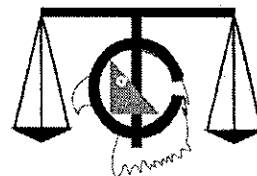
En ese andarivel, recuérdese que el artículo 264, inciso 4º de la Ley de Sociedades, estipula que no pueden ser directores ni gerentes los funcionarios de la administración pública cuyo desempeño se relacione con el objeto de la sociedad, hasta dos (2) años del cese de sus funciones. Sin embargo, el artículo 310 exceptúa de dicha prohibición, para el caso de las SAPEM.

La lógica del legislador es clara, en la inteligencia de que los miembros de la dirección y control de la SAPEM se asimilan a funcionarios públicos. En la hipótesis contraria, si al LFM se le aplicara el derecho comercial común, entonces ninguno de los actuales miembros de los órganos de control y de dirección podrían integrarlos”.

Finalmente, se dijo que: “II.1.e) Encuadre legal otorgado por el Poder Legislativo (...) En lo que respecta al fuero federal, véase que en sus relaciones con la Administración nacional la SAPEM tendría aquella jurisdicción, tal como aconteció con otras sociedades anónimas con participación estatal



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



Tribunal de Cuentas de Tierra del Fuego
Antártida
e Islas del Atlántico Sur

"2019 – AÑO DEL CENTENARIO DEL NACIMIENTO DE EVA DUARTE DE PERÓN"

mayoritaria cuando ANSES negó el pago de asignaciones familiares (v. gr. Resolución N° 90/2018 de ANSES, a la que se hará referencia más adelante).

En cuanto al fuero contencioso administrativo, al Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Tierra del Fuego, Ley provincial N° 133, reza en el artículo artículo 2 que: 'La competencia contencioso-administrativa del Superior Tribunal de Justicia también comprende: (...) b) las controversias en que sean parte las empresas o sociedades de propiedad total o mayoritaria del Estado Provincial, municipalidades y comunas, y sus entes autárquicos y jurídicamente descentralizados, en la actividad regida por el derecho administrativo, en tanto no se trate de cuestiones que se susciten con sus empleados o funcionarios; (...)', es decir, no hay duda alguna de su aplicación en todas aquellas relaciones con entidades públicas.

Además, debemos poner en relieve que no hay ninguna duda en el Legislador provincial, que considera a la SAPEM como organismo público descentralizado. De ningún otro modo se puede entender sino cómo, en la Ley de Transformación del Estado Provincial (Ley provincial N° 278), ordenó reducir la remuneración 'de los agentes de los tres poderes del Estado Provincial, sus reparticiones y organismos centralizados, descentralizados y autárquicos, empresas del Estado, empresas con participación estatal mayoritaria o de gestión con financiamiento público provincial, servicios de cuentas especiales, obras sociales y Banco de la Provincia de Tierra del Fuego' (art. 10, el resaltado no es original) y suspender los incrementos salariales (artículo 12), además de facultar a fusionar y reorganizar sus dependencias.

"Las Islas Malvinas, Georgias, Sandwich del Sur son y serán Argentinas"

Manteniendo el mismo encuadre jurídico, autorizó a los tres poderes del Estado Provincial, sus reparticiones y organismos centralizados, descentralizados y autárquicos, empresas del Estado, empresas con participación estatal mayoritaria o de gestión con financiamiento público provincial -aun cuando las actividades desarrolladas estuvieran fuera de la Provincia de Tierra del Fuego-, servicios de cuentas especiales y obras sociales y Banco Provincia de Tierra del Fuego, a compensar entre sí y con terceros créditos y deudas existentes (artículo 14) y les prohibió tanto contratar con deudores del Estado (art. 52) como la contratación de asesoramiento, consultoras y profesionales -salvo con autorización de la máxima autoridad del Poder Ejecutivo-(artículo 19) y también los inhibió de otorgar viviendas de servicio (artículo 25).

Especialmente importante para este análisis es que la Legislatura Provincial encomendó al Poder Ejecutivo que presente 'un escalafón único para todo el personal dependiente de los tres poderes del Estado Provincial, reparticiones u organismos centralizados, descentralizados, entes autárquicos, empresas del Estado, empresas con participación estatal mayoritaria o de gestión con financiamiento público provincial aun cuando las actividades desarrolladas estuvieran fuera de la Provincia de Tierra del Fuego, servicios de cuentas especiales y obras sociales y Banco Provincia de Tierra del Fuego, el que debe considerar las situaciones laborales especiales.' (artículo 36, segundo párrafo. El resaltado no es original).

Y en el mismo sentido, en el artículo 37, considera a la SAPEM como parte del Estado Provincial y dispone un régimen de retiro voluntario para empleados públicos, entre los que incluye al 'personal de los tres poderes del



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



Tribunal de Cuentas de Tierra del Fuego
Antártida
e Islas del Atlántico Sur

"2019 – AÑO DEL CENTENARIO DEL NACIMIENTO DE EVA DUARTE DE PERÓN"

Estado Provincial, sus reparticiones u organismos centralizados, descentralizados, entes autárquicos, empresas del Estado, empresas con participación estatal mayoritaria o de gestión con financiamiento público provincial aun cuando las actividades desarrolladas estuvieran fuera de la Provincia de Tierra del Fuego, servicios de cuentas especiales y obras sociales y Banco Provincia de Tierra del Fuego' (el destacado nos pertenece).

Esta postura fue confirmada recientemente, pues en ese sentido debe leerse la prohibición de la Ley Provincial N° 1200, Régimen de Retiro Anticipado para el Personal del Estado Provincial, que tras considerar que el retiro voluntario implica la renuncia irrevocable a la planta permanente de cualquiera de los organismos del Estado provincial (artículo 4°), dispone: 'Artículo 5°.- El agente desvinculado por acogimiento a este Régimen, no podrá ser designado en cargo alguno de la planta permanente, gabinete o transitoria, ni tampoco contratado personalmente, sea bajo el régimen de empleo público o de servicios, para cumplir funciones en cualquiera de los tres Poderes del Estado provincial, municipal o nacional ni en aquellas empresas o sociedades en que cualquiera de ellos tuviera algún tipo de participación ni en la Fiscalía de Estado y/o el Tribunal de Cuentas de la Provincia, hasta después de cumplidos cinco (5) años a contar desde el momento en que perciba la última cuota del beneficio' (el destacado nos pertenece).

Cabe añadir que el legislador provincial le ha dado el carácter de persona de derecho público al encuadrar a LFM y a sus dependientes como sujetos obligados en algunas de las leyes de orden público provincial, las que, por supuesto, su cumplimiento no está sujeto ni a la opinión de los administrados ni a

"Las Islas Malvinas, Georgias, Sandwich del Sur son y serán Argentinas"

un estatuto en particular. Sin hacer un análisis exhaustivo, se puede enumerar a modo de ejemplo las siguientes normas:

•Ley de Administración Financiera N° 495, artículos: 8, inciso b), 17, 62, 94 y 106;

•Ley de creación de la Obra Social de la Provincia de Tierra del Fuego (OSPTDF) N° 1071, artículos 1, 2, 4 y 19;

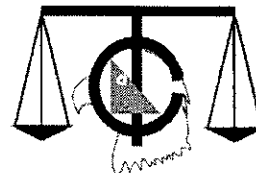
•Ley de creación de la Caja de Previsión Social de la Provincia de Tierra del Fuego N° 1070, artículos 2 y 17, que han de leerse conjuntamente con el artículo 40 del Régimen de jubilaciones y pensiones para el personal dependiente del Estado Provincial (Ley provincial N° 561 y modificatorias);

Por añadidura, el artículo 2, inciso b, de la Ley provincial N° 352, expresamente señala que tiene alcance sobre los Directores de la SAPEM, según ordena: 'b) todos los funcionarios de entes autárquicos o descentralizados, empresas con participación estatal mayoritaria o de gestión con financiamiento público provincial, servicios de cuentas especiales, obras sociales y Banco de la Provincia de Tierra del Fuego, sean electos o designados, incluyendo a los circunstanciales interventores.'

A ello debe agregarse la responsabilidad republicana de rendir cuentas, juntamente con la obligación de que quien dispone de fondos públicos debe actuar con transparencia y someterse, sin restricciones, al acceso a la



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



Tribunal de Cuentas de Tierra del Fuego
Antártida
e Islas del Atlántico Sur

"2019 – AÑO DEL CENTENARIO DEL NACIMIENTO DE EVA DUARTE DE PERÓN"

información de la opinión pública, tal como surge de los artículos 1° y 36 de la Carta Magna Nacional (conforme criterio sentado en Fallos 336:2293 y como presupuestos del proceso democrático), 8° siguientes y concordantes de la Constitución Provincial y la Ley provincial N° 653 de Derecho a la Información".

Por otro lado, en el Informe Legal N° 138/2019 Letra: T.C.P. C.A. al que venimos haciendo referencia, en relación a la calidad de funcionario público de los integrantes de los órganos de Dirección y Control que integran una Sociedad Anónima con Participación Estatal Mayoritaria, se indicó que: *"Desde esta perspectiva se puede entender claramente otro fallo de la Corte Federal, 'La Buenos Aires Compañía de Seguros S.A. v. Petroquímica Bahía Blanca S.A.' (Fallos 311:750) (...).*

A propósito de la naturaleza jurídica de la SAPEM y de la responsabilidad pública de sus directivos como funcionarios públicos se sentenció que 'el carácter estatal de la empresa, aún parcial, tiene como correlato la atracción de los principios propios de la actuación pública, derivados del sistema republicano de gobierno, basado en la responsabilidad de la autoridad pública, una de cuyas consecuencias es la publicidad de sus actos para aguzar el control de la comunidad, y, en especial, de los posibles interesados directos'.

(...) Hay que mencionar además, que la Corte Nacional también sostuvo en 'Pcia. del Neuquén c. Yacimientos Petrolíferos Fiscales' que 'no es exacto que las sociedades del Estado regladas por las leyes 20.705 y complementarias puedan considerarse personas particulares ya que son medios

"Las Islas Malvinas, Georgias, Sandwich del Sur son y serán Argentinas"

instrumentales de que se vale el Estado, más allá del amplio grado de su descentralización'. (Fallos 313:532).

(...) Indiscutiblemente es clara la evolución jurisprudencial de la Corte Suprema respecto de las SAPEM en cuanto que, si bien utiliza el molde del derecho comercial, ellas integran el sector público de la Administración (en especial cuando el Estado es el único o principal titular accionario) y, debido a ello, quedan sometidas al propio régimen exorbitante administrativo. Tal exorbitancia jurídica se justifica tanto en la búsqueda de satisfacer la finalidad de bien común -con la que se justificó su ley de creación-, como en el debido control de la inversión de los fondos públicos que le han sido transferidos (cf. BIANCHI, Alberto, 'Anotaciones sobre los conceptos de administración pública y función administrativa', en ED, 129-267).

En efecto, como hemos visto arriba, la más alta doctrina judicial ha manifestado que la naturaleza jurídica de las SAPEM, y de las empresas públicas, determina el régimen jurídico aplicable a los integrantes de sus órganos de dirección y control (y por ello se los considera funcionarios públicos) (...) Incluso se han resuelto controversias respecto del sometimiento de estas organizaciones al control del Tribunal de Cuentas.

Respecto de esto último se debe resaltar la solución al litigio, ya citado, interpuesto por la Empresa Social de Energía de Buenos Aires (E.S.E.B.A.) contra el Honorable Tribunal de Cuentas de la Provincia de Buenos Aires, en el que se discutió sobre los alcances de la rendición de cuentas de los integrantes de los órganos de dirección y control. La Corte Suprema provincial resolvió declarar



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



Tribunal de Cuentas de Tierra del Fuego
Antártida
e Islas del Atlántico Sur

"2019 – AÑO DEL CENTENARIO DEL NACIMIENTO DE EVA DUARTE DE PERÓN"

la inconstitucionalidad del artículo 10 de la ley de creación de la SAPEM que establecía que ninguna de las disposiciones legales o reglamentarias vinculadas a la Administración provincial o al patrimonio público o privado del Estado provincial le eran aplicables.

En pocas palabras, lo que allí se sentenció fue:

- Que la competencia para resolver este tipo de conflictos es la del fuero contencioso-administrativo.*

- Que la creación de entes descentralizados bajo formas societarias comerciales y su sometimiento a regímenes de derecho privado, no importa negar carácter público a los fondos que constituyen su capital social y que la sociedad así creada puede celebrar sus relaciones jurídicas, habitualmente, al amparo del derecho privado, mas de ello no se sigue que su patrimonio resulte privatizado, sino que, por el contrario, continúa siendo público y que por ello su administración no puede quedar exenta de los controles externos instituidos, precisamente, para su defensa.*

- Que la Constitución provincial no habilita a establecer excepciones a la competencia atribuida al Tribunal de Cuentas respecto del patrimonio provincial (...)"*

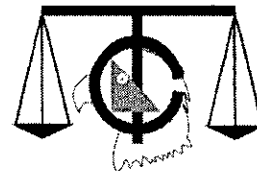
A mayor abundamiento, se expresó que: “(...) Cabe observar que la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción contempla expresamente el supuesto del funcionario público que se desempeña en una empresa pública, ya que en su artículo 2° inciso a), define que: 'por 'funcionario público' se entenderá: i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; iii) toda otra persona definida como 'funcionario público' en el derecho interno de un Estado Parte'.

Hay que hacer notar que esta Convención tiene jerarquía supralegal y que la República Argentina se obligó a ella como sujeto de derecho internacional, por lo tanto, es claro que sus directores son funcionarios públicos y que no podrían eximirse de los controles constitucionales ni el LFM ni los integrantes de los órganos de dirección y control, aún si así lo hubiese dispuesto alguno de los poderes provinciales.

En el mismo sentido, a nivel nacional también se ha entendido que a los integrantes de los órganos de dirección y control de las SAPEM se les aplica el régimen de los funcionarios públicos.



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



Tribunal de Cuentas de Tierra del Fuego
Antártida
e Islas del Atlántico Sur

"2019 – AÑO DEL CENTENARIO DEL NACIMIENTO DE EVA DUARTE DE PERÓN"

Así, la Ley nacional N° 25.188 (modificada por la ley 26.857) de *Ética en el Ejercicio de la Función Pública*, en su artículo 1° establece que: 'La presente ley de ética en el ejercicio de la función pública establece un conjunto de deberes, prohibiciones e incompatibilidades aplicables, sin excepción, a todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías, en forma permanente o transitoria, por elección popular, designación directa, por concurso o por cualquier otro medio legal, extendiéndose su aplicación a todos los magistrados, funcionarios y empleados del Estado. Se entiende por función pública, toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos'.

Por su parte, el Decreto P.E.N. N° 1278/2012 (B.O. 25/7/2012) que aprueba el Reglamento de representantes y directores designados por las acciones o participaciones accionarias del Estado, en su artículo 4° define a tales directores como funcionarios públicos y establece que tendrán las funciones, deberes y atribuciones que establecen las Leyes nacionales N° 17.811, N° 19.550 y N° 25.188; y el artículo 5° establece que los directores deben asumir las responsabilidades que impone la Ley nacional N° 19.550 y además las responsabilidades propias de su carácter de funcionarios públicos.

Cabe rememorar que la CSJN, en la causa 'S.A. Organización Coordinadora Argentina c/ Secretaría de Inteligencia de Estado' (Fallos: 321:174) ha dicho que 'aunque en principio pueda resultar indiferente a la ley el modo como los particulares arreglan sus propios negocios, no lo es la manera en que los funcionarios administran los asuntos públicos'.

"Las Islas Malvinas, Georgias, Sandwich del Sur son y serán Argentinas"

Por cierto que hay que tener presente que la Procuración del Tesoro de la Nación ha sostenido, frente a una consulta que se le formulara acerca del tratamiento a asignar a los niveles gerenciales de las sociedades anónimas con participación estatal, ya sea esta mayoritaria o minoritaria en lo relativo al carácter de funcionarios públicos de quienes ocupan esas posiciones, que '(...) son funcionarios públicos los directivos o empleados que representan al Estado en las Sociedades Anónimas con Participación Estatal –mayoritaria o minoritaria–, los de las Sociedades del Estado, los de las Empresas del Estado, los de las Sociedades de Economía Mixta y, en suma, todos aquellos que actúen por y para el Estado, cualquiera sea la entidad total o parcialmente estatal en la que lo hagan y el régimen jurídico laboral o contractual que se aplique a su relación con el Estado' (Dictámenes 250:87, suscripto por el Dr. Horacio ROSATTI)".

En consecuencia, se concluyó que: "(...) En síntesis, tanto la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, la Legislatura provincial y la jurisprudencia administrativa más relevante consideran, en razón de la naturaleza jurídica de la SAPEM y de los fondos que administra, que a los integrantes de sus órganos de dirección y control se los asimila a los funcionarios públicos (...)".

Por otro lado, la Ley provincial N° 352 de Régimen de Declaraciones Juradas Patrimoniales y Requerimientos de Justificación de Incrementos Patrimoniales, reglamentada por el Decreto provincial N° 2166/2010, en su artículo 2°, expresamente indica que: "El Registro creado mediante el artículo precedente, será responsabilidad del Tribunal de Cuentas de la Provincia



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



Tribunal de Cuentas de Tierra del Fuego
Antártida
e Islas del Atlántico Sur

"2019 – AÑO DEL CENTENARIO DEL NACIMIENTO DE EVA DUARTE DE PERÓN"

quedando comprendidos en el presente régimen: (...) b) todos los funcionarios de entes autárquicos o descentralizados, empresas con participación estatal mayoritaria o de gestión con financiamiento público provincial, servicios de cuentas especiales, obras sociales y Banco de la Provincia de Tierra del Fuego, sean electos o designados, incluyendo a los circunstanciales interventores".

Todas estas observaciones deberían leerse a la luz del artículo 189 de la Constitución Provincial que ordena: *"Los funcionarios mencionados en el artículo precedente y todos aquellos que tuvieran la responsabilidad de manejo o administración de fondos públicos, deberán presentar las correspondientes declaraciones juradas patrimoniales al asumir y al dejar sus cargos, que comprenden también las de sus cónyuges y personas a sus cargos.*

La omisión del cumplimiento de esta obligación importará la suspensión en la percepción de sus emolumentos o la privación de beneficios previsionales durante el tiempo que dure aquélla".

En virtud de la orden constitucional y toda vez que a los integrantes de los órganos de control y dirección de la SAPEM administran parte del patrimonio provincial y se los asimila a funcionarios públicos, se podría aseverar, que los miembros de la comisión fiscalizadora se encuentran obligados a presentar las declaraciones juradas en los términos y plazos de la Ley provincial N° 352.

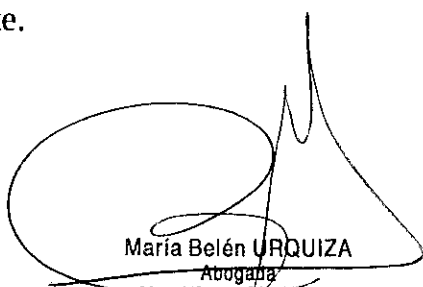
III- CONCLUSIÓN

En virtud de todo lo expuesto, y centrándonos en el requerimiento efectuado por el Presidente del FOGADEF, Licenciado Leonardo ZARA, sería prudente hacerle saber que la sociedad que este preside, es una empresa pública de las que conforma el Sector Público provincial, cuyos fondos son públicos y por ello su administración no puede quedar exenta del control de este Tribunal de Cuentas.

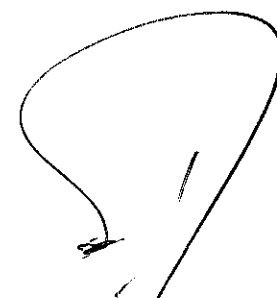
Además, que en razón de la naturaleza jurídica del FOGADEF y de los fondos que administra, los integrantes de sus órganos de dirección y control revisten la calidad de Funcionarios Públicos y en consecuencia, se encuentran obligados a presentar la correspondiente Declaración Jurada Patrimonial ante este Tribunal de Cuentas, conforme lo previsto en la Ley provincial N° 352 y su Decreto reglamentario N° 2166/2010.

Sin otras consideraciones, se elevan las presentes para la continuidad

 del trámite.



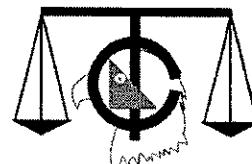
María Belén URQUIZA
Abogada
Mat. N° 728 CPAU TDF
Tribunal de Cuentas de la Provincia



Dr. Luis Mario GRASSO
Abogado
Mat. N° 710 CPAU TDF
Tribunal de Cuentas de la Provincia



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



Tribunal de Cuentas de Tierra del Fuego
Antártida
e Islas del Atlántico Sur

"2019 - AÑO DEL CENTENARIO DEL NACIMIENTO DE EVA DUARTE DE PERÓN"

Nota Interna N° 1731 /2019
Letra: TCP-SL

Ushuaia, 21 AGO. 2019

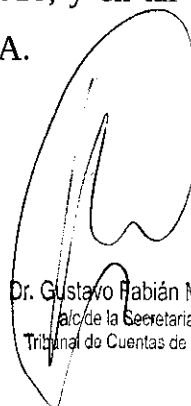
SR. VOCAL ABOGADO
EN EJERCICIO DE LA PRESIDENCIA
DR. MIGUEL LONGHITANO
S. _____ / _____ D.

Tengo el agrado de dirigirme a Ud. en relación a la nota del Presidente de la FOGADEF Lic. Leonardo ZARA, registrada en este Tribunal de Cuentas como Nota N° 9647/2019, en la que consulta sobre el carácter de funcionarios públicos de los miembros de la comisión fiscalizadora, a los fines de la presentación de las declaraciones juradas.

A tal efecto, glosa en las actuaciones el Informe Legal N° 144/2019 Letra: TCP-CA, en el que se hace el correspondiente análisis a la consulta formulada; compartiéndolo de mi parte en todos sus términos.

Por tal motivo, ratifico el criterio expresado en la conclusión del citado Informe Legal en cuanto al carácter de funcionarios públicos que revisten los integrantes de los órganos de dirección y control de la FOGADEF, por lo que corresponde encuadrarlos en los alcances de la Ley provincial N° 352, reglamentada por el Decreto provincial N° 2166/2010, y en tal sentido, ratificar los motivos de la Nota N° 1946/2019 Letra: TCP-CA.

Atentamente.



Dr. Gustavo Fabián MIRABELLI
Jefe de la Secretaría Legal
Tribunal de Cuentas de la Provincia

