Comentario [COMMENT]: Creation Date:

Comentario [COMMENT]: Document Name: FORMATO DE SENTENCIA

Comentario [COMMENT]: Document Type:

Comentario [COMMENT]: Subject:

Comentario [COMMENT]: Author:

Comentario [COMMENT]: Typist:

Comentario [COMMENT]: Abstract:

Comentario [COMMENT]: Account:

Comentario [COMMENT]: Keywords:

----- En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut a los 17 días del mes de Diciembre del año dos mil ocho, reunida en Acuerdo la Sala Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativa, de Familia y Minería del Excmo. Superior Tribunal de Justicia con la Presidencia de su titular, Dr. José Luis PASUTTI, y asistencia de los Sres. Ministros Dres. Daniel Luis CANEO y Fernando S. L. ROYER, para dictar sentencia en los autos caratulados: **"P. , E. C. y otros c/ Provincia del Chubut s/Demanda Contencioso Administrativa" (Expte. Nº 20.811-P-2007)"** y atento lo dispuesto por la Acordada Nº 3204/00 correspondió el siguiente orden para la emisión de los respectivos votos: Dres. CANEO, ROYER y PASUTTI. ----------

------ Acto seguido se resolvió plantear y votar las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es procedente la demanda? y **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.----------

------ A la primera cuestión el Dr. CANEO dijo:----------

------ I.- Culminando el Expediente Administrativo Nº 1319/2004-TC, el Tribunal de Cuentas de la Provincia emite el Acuerdo N° 292/06 - a fs. 1112/1118 y vta. de aquél- que resuelve el Juicio de Responsabilidad que por aplicación del art. 43 de la Ley Nº 4139 –

///

///Orgánica del Tribunal- ordenara mediante Acuerdo Nº 290/04, en virtud del perjuicio al Estado Provincial que estima emerge de haber verificado, que con imputación al patrimonio del B. C. S.A., se había pagado el Impuesto a las Ganancias que correspondía a sus Directores y Síndicos durante los ejercicios 1997/1998, 1998/1999, 1999/2000.- Ello ocurrido por decisión del propio Directorio tomada en reuniones de fechas 17/12/98, 28/10/99 y 9/11/00 (explicitadas en Actas N° 95, 121 y 143, respectivamente), cuando instruye al Área de Contabilidad se imputen tales pagos en la cuenta denominada "Representación, Viáticos y Movilidad".- Así -sostiene el acto- sin observación legal por parte de los miembros de la Comisión Fiscalizadora y sin autorización ni legal aprobación de la Asamblea.----
---

------ A resultas, formuló los respectivos cargos y emplazó a los responsables a ingresar las sumas indicadas a la orden de ese Tribunal.

------ II.- El Dr. E. C. P. , y los Contadores J. E. M. y P. A. R. (fs. 27/66, 135/156 y 228/249 vta. de estos autos acumulados), individualizados responsables, acuden en acción contencioso administrativa a este Tribunal, solicitando -todos- la declaración de nulidad de ese Acuerdo, pretensión a la que en plena jurisdicción añade el primero, la restitución de las sumas que bajo protesto y expresa reserva de repetición abonara, más intereses desde que efectuó el pago y hasta la efectiva devolución.----------
---

///

///--- Las constancias -informe de la nómina de directivos de fecha 26/04/05, a fs. 481/482 d e este Expte. Administrativo aludido- dan cuenta de que los tres actores se desempeñaron como Síndicos de la sociedad: P. , como titular desde el 20/08/96 hasta el 2/09/02, M. , también titular desde el 20/08/96 hasta el 26/01/04, suplente desde esta última fecha hasta el 29/06/04 y titular desde ésta, R. , titular desde el 20/08/96, los dos últimos con continuidad a la fecha del informe, manifestando al accionar ambos, que cesaron en sus cargos el 5 de julio de 2006.----------

------ III.- Las actuaciones del Tribunal de Cuentas que concluyeron con el Acuerdo N° 292/06 impugnado, se inician el 6 de junio de 2001 con el Expediente Administrativo Nº 19.892/2.001 caratulado "B. C. S.A. s/Rendición de cuentas Período 07/00 a 06/01" (copia simple agregada en el cuerpo I de las Actuaciones del Ministerio Público Fiscal-Trelew-Agencia de Coordinación y Gestión Rápida Nº 829-0-2.004, autos *"J. , R. J. y otros psa Fraude en perjuicio de Administración Pública"*).----------

------ Prevengo, que a su vez, algunas copias y originales de esta actuación, ulteriormente se incorporarán a otra ***-el Expte. N° 1319/TC/2004-*** a partir de la decisión de apertura del Juicio de Responsabilidad, por Acuerdo N° 290/04, por lo que la foliatura que habré de citar, se corresponde con la de este último Expediente, tal

///como viene individualizada en el Acuerdo N° 292/06 del Tribunal de Cuentas que se dice nulo.----------

------ 1.- Pues bien, en esa fecha -6 de Junio de 2.001- un Auditor del Tribunal de Cuentas solicita, mediante ***Requerimiento Nº 4/01***-*Fiscalía Nº 6-TC* (fs. 4) al B. C. S.A. -"en virtud de la Ley 4139/95 TC y normas vigentes" - poner a disposición las Minutas Contables y documentación respaldatoria de los asientos Nros. 41835 y 50387 de fecha 17/01/01 y 01/02/01 respectivamente ***de la Cuenta del Mayor N° 560012-04 (VARIOS)***.----------

------ A fs. 5 obra copia de este asiento, en el que consta *"Gcias. Direct. y Sindicos"* por la suma de $57.219,70 en cada una de esas fechas -denominado como "extracto de la cuenta Nº 56001204".----------

------ Por Nota del día 8 siguiente (copia a fs. 2), el Presidente del Tribunal de Cuentas, Cr. FRIC, solicita al Presidente del B. C. S.A. ***dé cumplimiento a dicho Requerimiento Nº 4/01***.- En ella se explica que el mismo fue efectuado ***"en ejercicio de la función de control que sobre la Institución que Ud. preside, este Tribunal ejerce, conforme lo prescribe el artículo 219 inciso 1 de la Constitución Provincial"***.- Se expresó como motivo de esta nota *"la circunstancia de haberse generado el entredicho a que hace referencia el Informe N° 61/01, que anexo se agrega, entre los profesionales que lo efectuaran y la Sub Gerente General Cra. Nora SIDE"*.- Se advirtió asimismo, que lo solicitado lo era sin perjuicio de la prosecución del pertinente Juicio de

///

///Cuentas.----------

------ A fs. 3 obra el original de dicho Informe N° 61/01 -fechado el mismo 8 de Junio de 2.001- en el que los Cres. L. y G. manifiestan que haciéndose presentes en la casa Matriz del B. C. S.A., fueron atendidos por un Sr. R. de la Gerencia de Contabilidad y Control de Gestión, que los derivó a la Cra. S. , quien expresamente les comunicó que ***no habían reunido la información solicitada por Requerimiento Nº 4/01 y que estaban realizando gestiones para que el Tribunal de Cuentas dejara de fiscalizar a dicha Institución***.----------

------ A fs. 11 el Tribunal de Cuentas (por Resolución N° 116/01) decide "conminar" al Presidente del B. C. S.A. y a la Gerente de Contabilidad y Control de Gestión a contestar el citado Requerimiento bajo apercibimiento de lo dispuesto en el art. 17 inc. c) de la Ley N° 4139.----------

------ El 20 de julio (cargo a fs. 11) la institución crediticia contesta (fs. 20) presentando documentación, la que glosaré cronológicamente ordenada:----------

------ a) del 18/10/00, ***la C.I. Nº 350/00*** del Área de Contabilidad y Control de Gestión, referido al Impuesto a las Ganancias sobre

///honorarios de Directores y Síndicos, suscripta por la Gerente Departamental A. M. D. I. de M. y Sra. G. de P. del Área de Contabilidad, por la que comunican al Gerente General: *"atento a que el próximo 31 del corriente mes se llevará a cabo la reunión de Asamblea, se remite el informe elaborado con respecto al tema indicado en la referencia para su conocimiento y a los efectos que corresponda.- Asimismo, una vez concluida dicha Asamblea,* ***se requiere una respuesta con la mayor brevedad posible, en virtud de poder cumplir con las disposiciones vigentes (Resolución General Nº 830/00-AFIP)*** *referidas al pago del impuesto mencionado"* (fs. 17).----------

------ b) del 9/11/2000, ***Acta Nº 143*** -reunión del Directorio, bajo la Presidencia del Sr. J. F. B. y los miembros de la Sindicatura- donde consta el tratamiento de los temas incluidos en el Orden del Día y en el punto 2-Tratamiento de Acuerdos y Despachos se dejó la siguiente constancia: "***se instruye a la Gerencia de Contabilidad y Control de Gestión, en respuesta a la C.I. Nº 350/00, que se efectúe la imputación a la cuenta 560012-Representación Viáticos y Movilidad. Notificar por Secretaría de Directorio a la Gerencia de Contabilidad y Control de Gestión"*** (fs. 15) .----------

------ c) consta a fs. 16 que se ordenó esto último el 16 de Enero de 2.001, pues es la Nota Nº 04/01 de la Secretaría de Presidencia del B. C. S.A. la que informa -instruye- a la Gerencia de Contabilidad y Control de Gestión, en respuesta a la ***C.I. Nº 350/00*** ///***a "que se***

///

efectúe la imputación a la cuenta 560012-"Representación, Viáticos y Movilidad".----------

------ d) a fs. 19 copia del Comprobante Interno de la Gerencia de Contabilidad con sello y fecha ***17/01/01***- "créditos varios"-cuenta 2244038/8-centro 22.- ***El importe es de $114.439,40 en concepto de retenciones de ganancias sobre honorarios de Directores y Síndicos-Cheque Nº*** **********.- Y otras registraciones concordantes con aquélla y ésta suma.----------

------ 2.- Por Requerimiento Nº 5/01 (fs. 22) se solicitó al mismo Banco -"en virtud de la Ley 4139/95-TC y normas legales vigentes"- poner a disposición -entre otra documentación- con respecto a los Directores y Síndicos (Se menciona sólo al Director SAMAMÉ y al Síndico VIÑALS???): "3.1. retenciones efectuadas del impuesto a las ganancias discriminadas por cada uno de lo mismos (ejercicio cerrado el 30/06/01)" y "3.2. Acta de Asamblea en donde se aprueban los honorarios (ejercicio cerrado el 30/06/01)".----------

------ A fs. 23 consta la respuesta al punto 3.2.: "consultado el Directorio de la Institución, nos informa que ***"aún no se ha realizado la Asamblea Ordinaria en la que se tratarán entre otros puntos la aprobación de los anticipos de honorarios correspondientes al ejercicio 01/07/2000-30/07/2001."*** Y a fs. 27, en respuesta al punto 3.1., se

///

///remitió la Comunicación Interna Nº 377/01 de la Gerencia de Contabilidad y Control de Gestión, que reza: "que ***al 30/06/01 no se han efectuado retenciones del Impuesto a las Ganancias sobre honorarios de Directores y Síndicos*** *debido a que los mismos perciben anticipos, y hasta tanto no se aprueben los importes como honorarios definitivos a través de la Asamblea Ordinaria no se realiza ningún tipo de retención"*.----------

------ En el Informe Nº 73/01 -fs. 30- da cuenta el Relator Fiscal del Tribunal de Cuentas Cr. OWEN que el B. C. S.A. ***ha dado respuesta parcial al Requerimiento Nº 5/01***, quedando pendiente documentación respaldatoria.----------

------ 3.- Referido a un ***Requerimiento Nº 6-TC*** (que no se adjunta), en respuesta a una CI Nº 331/01- (tampoco se agrega), el 13/08/01 (CI 398/01 – fs. 34) se remite:

------ a) por la Gerente Departamental de la Gerencia de Contabilidad y Control de Gestión la ***liquidación final del Impuesto a las Ganancias de Directores y Síndicos*** (planillas de fs. 35 y 36), que al final contiene la leyenda: *"monto no computable por los Directores - $ 381.171,76 atento que la S.A. no ha determinado Impuesto, todo el excedente debe ser considerado como computable por los Directores y Síndicos"*.- Y manifiesta que no existe comprobante del Sistema SICORE debido a que no hay un agente de retención por tratarse de "auto retenciones".----------

///

///--- b) copia del ***Acta de Asamblea Ordinaria Nº 10 reunida el 31 de Octubre de 2.000*** -fs. 37/39.- En la misma consta la presencia de los representantes de accionistas clase "A" y "B" con derecho a voto -el entonces Gobernador Don José Luis LIZURUME y el Sr. C. L., respectivamente, y que oficia de Secretario el Dr. B. M. E. .- El Presidente J. F. B. plantea el primer punto del día ***"consideración del Balance y Resultados, Memoria e Informe de la Comisión Fiscalizadora correspondiente al último ejercicio" y manifiesta que los mismos han sido puestos a disposición de los accionistas con la debida antelación y se omitirá su lectura.-*** Se aprueba por unanimidad.----------

---

------ Consta a más, el tratamiento del segundo punto del Orden del Día ***"consideración retribución de los Directores y Comisión Fiscalizadora"***; el Presidente manifiesta *"que sobre este punto los accionistas también cuentan con la información* ***sobre los montos percibidos mensualmente como anticipos****, manifestando que de acuerdo con la importancia de las tareas desarrolladas y el patrimonio en custodia, resultan sumamente inferiores a Bancos privados y estatales resultando adecuadamente razonables.- Sometido a consideración* ***se aprueban por unanimidad, los importes percibidos como honorarios****"*.----------

------ 4.- El 5 de Junio de 2.003 el Asesor Legal del Tribunal de Cuentas en Dictamen Nº 24/03 (fs. 52/54), analizando estos

///antecedentes descriptos y tomando como normativa aplicable la Resolución General Nº 830 AFIP (arts. 10, 12 incs. a) y b) y 41, en copia a fs. 47/49) concluyó en que *"resulta obvio"* que debieron haberse efectuado las correspondientes retenciones al momento de los pagos realizados a favor de cada una de las personas en cuestión, extremo que no se cumplió.- Luego se refirió al art. 38 inc. b) del Estatuto del B. C. S.A., en cuanto alude a que las ganancias realizadas y líquidas se destinarán a remuneraciones de los integrantes del Directorio y del Órgano de Fiscalización, que será fijada por Asamblea Ordinaria con sujeción al art. 261 de la Ley 19550 y conc. -aclarando que éste sólo establece pautas máximas para fijar los honorarios, a fin que por esa vía no se escamotee a los socios los beneficios sociales.----------
---

------ Señala el Asesor que surge de las actuaciones que la Asamblea Ordinaria N° 10 se llevó a cabo el 31 de octubre de 2.000; que por Acta Nº 143 el Directorio y los miembros de la Sindicatura el siguiente 9 de noviembre "resolvieron instruir" a la Gerencia de Contabilidad y Control de Gestión, en respuesta a la C.I. Nº 350/00 del 18 de Octubre del mismo año, que se efectuase la imputación a la Cuenta 560012 "Representación, Viáticos y Movilidad", disponiéndose notificar por Secretaría del Directorio a aquella Gerencia, extremo que se cumplimentó el 16 de Enero de 2.001 mediante Nota Nº 04/01, lo que condujo -señala- a las imputaciones en dicha cuenta, las que se acreditan con la planilla de fs. 5, en fechas 17/01/01 y 01/02/01; y advierte que ambas imputaciones lo fueron

///

///por $ 57.219,70 cada una, totalizando $ 114.439,40, importe éste que coincide exactamente con la suma total descripta en la planilla de honorarios agregada a fs. 36.- Hace notar que en ésta se discrimina el importe individual de las retenciones que a cada Director y miembros del Consejo de Vigilancia se debió efectuar y la sumatoria refleja aquel mismo total: $ 114.439,40.----------

------ Advirtiendo que circunscribía el análisis al ejercicio año 2.000 porque si bien obraba documentación posterior, nada se arrimó para que pudiera expedirse al respecto, pudiendo ser objeto de posteriores intervenciones, y previo a aclarar que la *Asamblea aprobó los "montos percibidos", sin habérsele sometido a su consideración los correspondientes a "retenciones del Impuesto a las Ganancias"*, por lo que *"a la fecha carecen de aprobación"*, finalmente concluye el Asesor Legal, en que por dicha Asamblea Ordinaria Nº 10 exclusivamente se aprobaron "los montos percibidos mensualmente como anticipos de honorarios" y que lo dispuesto por el Directorio y el Consejo de Vigilancia mediante aquella Acta Nº 143 *"resulta violatorio de las disposiciones legales y reglamentarias vigentes por cuanto dichos órganos no cuentan con facultades para incrementar sus propias remuneraciones ni, para el caso, disponer una "imputación" que contraviene la normativa pertinente al Impuesto a las Ganancias (eludiendo así, las retenciones que por Ley debieron de haberse efectuado)"*.----------

///

///--- Opinó asimismo que dicha disposición ("orden") emitida por Acta Nº 143, notificada a la Gerencia de Contabilidad y Control de Gestión mediante Nota Nº 04/01 de fs. 16, no fue advertida por escrito por parte de esa Gerencia, lo que apareja su responsabilidad solidaria al respecto.- Dictaminó que podría corresponder, previo a otro accionar del Tribunal de Cuentas, y teniendo en cuenta el principio de economía procesal, correr vista a la Asamblea Ordinaria a efectos de que se expidiera en relación con los importes abonados, aprobando o desechándolos de manera que, recién entonces se tenga por definitivamente configurada (o en su caso subsanada) la situación analizada.----------

------ 5.- En su Dictamen 185/03, el Contador Fiscal CARRASCO (fs. 56) comparte el del Asesor Legal en especial su último párrafo, opinando que correspondería dar vista a las autoridades del B. C. S.A. -art. 36, Ley Nº 4139.----------

------ 6.- Por Nota Nº 268/03-TC (fs. 58) se le solicitó al Banco que informase ***si se aprobaron como honorarios los montos correspondientes a retenciones de Impuestos a las Ganancias de Directores y Síndicos, por los honorarios percibidos durante el ejercicio Julio 1.999/Junio 2.000.-*** A fs. 62, el Banco responde que ***"no surge de las Actas de Asambleas que los montos correspondientes a retención del Impuesto a las Ganancias de Directores y Síndicos hayan sido aprobados como mayor Honorario dentro del ejercicio por ustedes reclamado"***.----------

///

///--- 7.- En Dictamen 92/04 (fs. 60/61), el Contador Fiscal CARRASCO analiza que el hecho imponible es la percepción de honorarios por el desarrollo de actividades de Directores y Síndicos del B. C. S.A.; que los sujetos pasivos y obligados principales son dichos Directores y Síndicos; que el monto a tributar es $114.439,40 -remite a la liquidación de fs. 35/36 que abarca el período julio1999/junio2000-; y que en tanto se libró el cheque N° ********** por ese monto para pagar las retenciones de ganancias sobre los honorarios de aquéllos y se imputó a la cuenta 560012 "Representación, Viáticos y Movilidad" -fs. 19-, ***ha solventado dicho Banco la obligación tributaria de aquéllos***, con el concomitante incumplimiento de los verdaderos obligados al pago del Impuesto a las Ganancias.- Añade que conforme la respuesta del Banco (el Informe de fs. 62 que antes describí) *"no surge de las Actas de Asamblea que los montos correspondientes a retenciones de Impuestos a las Ganancias de Directores y Síndicos hayan sido aprobados como mayor honorario dentro del ejercicio..."*.- Estas observaciones en la rendición de cuentas del período 7/00 al 6/01, lo llevan a opinar que ***debería formularse cargo art. 39 Ley 4139,*** previa vista para que formulen descargos -art. 47 inc. c) misma norma- a los Directores y Síndicos -entre ello los tres actores, cada uno de éstos por $ 9077,72 más intereses.----------

------ 8.- A fs. 64 el mismo Contador Fiscal CARRASCO, ordena al Cr. OWEN avocarse al estudio de los otros períodos anteriores:

///

///*"1989/1999 y 1999/2000 a fin de indagar sobre el pago de retenciones del Impuesto a las Ganancias de los Directores y Síndicos... procedencia y quién ha soportado dicha carga fiscal".-* A resultas se formula el ***Requerimiento N° 6/04-*** Fiscalía N° 6-TC, el 19/04/2004 (fs. 65) en el que se solicita al B. C. S. A.: 1) movimiento, minutas contables y documentación respaldatoria de los períodos ***1997/1998, 1998/1999 y 1999/2000***; 2) copias de las Actas de Directorio que aprobaron los honorarios de Directores y Síndicos durante tales períodos; 3) retenciones efectuadas de aquel impuesto respecto de estos últimos discriminadas por cada período.----------

------ 9.- Así se solicitó la apertura de una Auditoría (fs. 64/139) *"...s/Retención del Impuesto a las Ganancias de honorarios a Directores y Síndicos"*, que amplió la investigación a aquéllos ejercicios.- A fs. 140 consta que la misma se agregó al Expte. N° 19.892/01, con la documentación de esa Institución bancaria (fs. 67/133), analizada exhaustivamente las registraciones contables a fs. 134/137 en la Nota Interna 11/04, que -acoto- es el detalle más claro y completo que encuentro de toda la registración de los tres períodos, que luego sustentó las conclusiones en el Juicio de Responsabilidad.----------

------ Luego, el Contador Fiscal CARRASCO, emitió su Dictamen 121/2004 (fs. 138/139 vta.), en el que expone encontrar evidenciado que ***se intenta simular una erogación que debieron soportar cada uno de los Directores y Síndicos, con el consecuente cargo a los resultados del Banco, generando de ese modo una pérdida de igual monto a las***

///

///***arcas del B. C. S.A., "a través de una malversación de los fondos y defraudación a los bienes que se le han confiado a estos funcionarios"***.--
---

------ La operatoria -según la Nota N° 11/04-F6 y el Dictamen referido, resultó probada por los siguientes actos para los ejercicios contables Julio 1997/Junio 1998 y Julio 1998/Junio 1999: ----------
------ 1°) las Asambleas Ordinarias (Actas N° 6 del 5/10/98 y N° 7 del 30/09/99) aprobaron los honorarios percibidos por Directores y Síndicos correspondientes al ejercicio ya cerrado en Junio anterior;
------ 2°) el Área Contable informaba a la Gerencia General el monto del Impuesto a las Ganancias que el sujeto pasible de retención debía ingresar, conforme la liquidación que el Cr. A. S. *(cuya intervención no está claramente explicada en autos, pero que puede deducirse era una especie de consultor en materia impositiva)* determinaba para cada uno de los Directores y Síndicos -en ambos ejercicios;
------ 3°) se efectuaba un "asiento provisorio" en una cuenta Deudores Varios 171139-02-01 (Subcuenta varios)-711753-01-CUENTA PUENTE- con la leyenda "retenciones de ganancia s/honorarios de Directores y Síndicos- s/ejercicio al 30/06/98" y "...al 30/06/99", respectivamente;
------ 4°) Se pagaba el monto de las retenciones de dicho impuesto con cheques con el mismo monto de esa cuenta puente;

///--- 5°) el Directorio (Actas N° 95 del 17/12/98 y N° 121 del 28/10/99) instruía al Área Contable en respuesta a las Comunicaciones Internas N° 335/98 y N° 278/99 -respectivamente- que la imputación se efectuara en la cuenta N° 560012 - Representación, Viáticos y Movilidad, y por Secretaría de Presidencia se comunicaba esto último;

------ 6°) la imputación definitiva se hacía en esta última cuenta -un contra-asiento del anterior por el mismo monto-con la leyenda "Acta N° 95 del Honorable Directorio" y "Acta N° 121 del Honorable Directorio".- Los asientos son los N° 5148 y 48237.----------

------ Pudieron llegar esos profesionales a tal conclusión tomando las hojas del Mayor General de la cuenta contable N° 560012-04 (varios) 22 de la Casa Central (fs. 67/68) donde aparecen los últimos asientos sólo con el monto y esa leyenda.----------

------ Se expone de este modo la situación que a la postre se dirá que no se visualiza en el Balance, Estado de Resultados y Memoria, que es lo que tienen los accionistas en la Asamblea a la vista.----------

------ Concluyó opinando que ***deberían formularse cargos por los periodos 1997/98 y 1998/99 en los términos de los arts. 39, 73 y 47 inc. c) de la Ley Nº 4139*** (lo que así se suma a lo concluido para el ejercicio 1999/2000).----------

///

///--- 10.- A fs. 141 y 142, respectivamente, obran nuevos Dictámenes del Asesor legal y el Contador Fiscal.----------

------ 11.- El 5 de julio de 2004, según consta en Acta N° 185 (copia a fs. 1 del Expte. Nº 19.892/01) de la reunión plenaria del Tribunal de Cuentas, en el punto "CUARTO: B. C. S.A. Impuesto a las Ganancias miembros del Directorio", se decide extraer copias de las partes pertinentes -de aquel Expte.- certificarlas y proceder a la apertura de actuación, ordenando el Juicio de Responsabilidad.----------

------ Finalmente, el 29 de Septiembre de 2.004, el Tribunal de Cuentas decide por Acuerdo Nº 290/04 (fs. 177 y vta.) abrir ese Juicio en virtud de los "hechos expuestos en los considerandos" (artículo 1°) en los que se alude específicamente a los antecedentes que se vienen relatando, incluidos los fundamentos dados por los Dictámenes del Asesor Legal y del Contador Fiscal (de fs. 52/54 y 141, y de fs. 60/61 y 142), y a más en el Oficio Nº 165/04 ***y la Resolución Nº 52/04 del Sr. Fiscal Anticorrupción por la que aquél da por concluida la prevención sumarial que iniciara por esta misma cuestión y formula denuncia penal*** -copia a fs. 150/175.- Se advierte que cuando se ordenó el 5/06/04 desglosar las partes pertinentes del Expte. Nº 19.892/2001-TC (período 1999/2000) y proceder a la apertura de esta actuación, se incluyeron los ejercicios 1997/1998 y 1998/1999.----------

///

///--- En el artículo 2°) se ordena la instrucción de un sumario administrativo a los efectos de deslindar responsabilidades que pudieran corresponder, en los términos del Art. 46 de la Ley N° 4139.-

------ 12.- Tramitado el mismo en el Expediente Administrativo Nº 1319/2004-Tribunal de Cuentas caratulado "B. C. S.A. S/ RETENCION IMPUESTO A LAS GANANCIAS -DIRECTORIO y CONSEJO DE VIGILANCIA" se ordenó la clausura de la investigación y a fs. 718/726 vta. se elaboraron las ***"Conclusiones sobre la Investigación Sumarial Instructoria de Oficio"*** -que se fundó en el art. 101 de la Ley 1510 (17/06/05).- Se efectuó una relación circunstanciada de los hechos -que vengo de describir en los precedentes acápites- se recordó que la investigación sumarial ordenada surgió como corolario de "la auditoria tramitada mediante la Actuación 1319/04…" desglosada del Expediente de Rendición de Cuentas N° 19892/01 TC y resultando en la apertura de Juicio de Responsabilidad, y se describieron los hechos investigados estimados irregulares.----------

------ Luego se detallaron los hechos que se consideraron probados y se analizaron los elementos y antecedentes reunidos a los efectos de determinar responsables.----------

------ Fueron los primeros: ----------
------1) Que por decisión y orden del Directorio del B. C. S.A., se contabilizó el gasto por los Impuestos a las Ganancias que le

///

///correspondía oblar a sus Directores y Síndicos por los ejercicios 1997/98, 1998/99 y 1999/00 como gasto imputado a "Representación, viáticos y movilidad," originando así la asunción y pago de la deuda por el Banco con sus dineros propios, sin efectuarse ni retención, ni autoretención sobre los honorarios de dichos Directores y Síndicos.----------

------ Así lo acreditaron la pericial contable obrante a fs. 683/84 (Informes de la Asesora Contable designada en los términos del art. 86 de la Ley 1510), conteste con los informes de auditoría que sirvieran de base para el Juicio de Responsabilidad, y con la prueba documental consistente en las Actas de Directorio 95, 121 y 143.- Discriminando la documental que se tomó de los tres períodos, se analizó la misma, así como cada una de las Actas de Asamblea donde se aprobaron los anticipos de honorarios de Directores y Síndicos.-----

------ Se analizó que como informa la pericia contable, "tal decisión de Directorio sobre la imputación del gasto, hace desaparecer contablemente el derecho al reintegro o repetición de lo pagado a favor de terceros reflejado en el pase 531...".----------

------ 2) Que al disponer la imputación como gasto del Banco empleador que los relevaba de efectivizar personal y directamente la carga tributaria, los Miembros del Directorio conocían y debían

///conocer que estaban ante un supuesto de auto retención por imperio de la normativa impositiva.----------

------ 3) Que las sumas contabilizadas como gasto del Banco por decisión del Directorio, fueron efectivamente pagadas de su propio peculio por dicho Banco empleador para cubrir el Impuesto a las Ganancias de sus Directores y Síndicos por sus honorarios de los ejercicios económicos 1997/91 1998/99, y 1999/00.----------

------ 4) Que es atribución de la Asamblea de Accionistas fijar las remuneraciones de Directores y Síndicos, pese a lo cual no trató ni aprobó en particular el gasto del Banco para el pago de los Impuestos a las Ganancias de aquéllos, circunstancia que torna antijurídico lo resuelto al respecto por el Directorio en contra de las Resoluciones Generales 2784/88 DGI y 830/00 AFIP, con irrelevancia jurídica de la aprobación asamblearia de los Balances c. general para enervar tal antijuricidad y la incólume responsabilidad ante el Tribunal de Cuentas.----------

------ 5) Que los síndicos miembros de la Comisión Fiscalizadora no objetaron, en ejercicio del poder de control de legalidad que les compete como deber, el gasto decidido por el Directorio que los favorecía.- Circunstancia ésta que se entendió acreditada con las Actas de Directorio N° 95, N° 121, y N° 143 “en las que se toma la decisión del gasto”, las Actas de Directorio N° 96, N° 122 y N° 123 “que aprueban las actas anteriores, de las que no surge objeción de los

///

///Síndicos" y las Actas de Asamblea N° 6, N° 7 y N° 10 "de las que no surge informe de los Síndicos en los términos del art. 31 in fine del Estatuto Ley 4164 -se dijo-, todo lo cual *"otorga verosimilitud a las declaraciones confesionales e indagatoria prestadas por los Síndicos miembros de la Comisión Fiscalizadora que han de ser consideradas confesiones calificadas, en tanto reconocimiento de la participación en la omisión imputada en su contra sin perjuicio que añadan circunstancias tendientes a excluir la responsabilidad"*.----------

------ En ese sentido se entendió verosímil la confesión de P. y M. -fs. 294/295 y 286/287 respectivamente- porque *"reconocen la omisión de objeción al gasto del Banco para el pago del Impuesto a las Ganancias de Síndicos y Directores por decisión del Directorio en trasgresión a las Resoluciones Generales 2784/88 DGI y 830/00 AFIP…"* Y se advirtió de la negativa a declarar en indagatoria expresada por R. -fs. 404- pese a su comparendo.----------

------ Además -se sostuvo- porque los Síndicos debían tener conocimiento de las Resoluciones Generales de la DGI y AFIF citadas, determinativas de los obligados al pago en supuestos como el de marras.----------

------ Se previno que no se merituaría la línea de investigación introducida por la pretendida exculpación de haber entendido que la

///decisión se hallaba dentro de las atribuciones conferidas al Directorio por el Estatuto y la LS por no considerarlo aumento de honorarios, planteada por P. y M. -entre otros- en razón de la confesión de J. (fs. 267/268) y B. (fs. 269/270) sobre la ***intención de paliar con dicho gasto las diferencias salariales respecto del personal de línea generadas por incidencia del impuesto*** (remite a puntos anteriores) y en razón del régimen legal que expuso, resultando inoponibles -afirmó- las desinterpretaciones del mismo y sus concreciones contables.----------

------ Se desestimó la línea de investigación propuesta en torno a la inexistencia de expresa prohibición legal, interpretando que, respecto de los gastos operativos para posibilitar la función de operatoria bancaria de este "ente público no estatal" -así se lo calificó- el principio se invierte resultando prohibido todo lo no permitido a tenor del Estatuto.- Fundando además en que el principio del art. 542 CC se prohíbe la "autofijación" de remuneraciones, consecuentemente, de autorizar gastos de representación que la integran, calidad que revisten los del caso en tanto no estar destinados al pago de gastos por gestiones en interés del empleador, lo que excluye la posibilidad de encuadre jurídico como gasto funcional (según P.), o gasto que hace a la representatividad de la función (según M.).----------

------ Se restó trascendencia a la línea de investigación propuesta en la exculpación de M. respecto a la ausencia de objeción por ///otros

órganos de control, porque no los relevaría de sus obligaciones, y porque "no existe en lo que aquí respecta la pretendida aprobación", añadiendo que la Auditoria seguida por ese Tribunal se vio dilatada por los incumplimientos del Banco y concluye con la observación de la cuenta y el presente sumario a los efectos del Juicio de Responsabilidad.----------

------ También desestima la defensa relativa a la aprobación asamblearia planteada por P. y M. , a tenor de los argumentos ya expuestos.----------

------ Rechazó las argumentaciones en torno a la inexistencia de violación de las Resoluciones Generales 2784/88 DGI y 830 AFIP/OO, sea por no constituir un sistema inmutable al que deben someterse las Sociedades Anónimas, planteado por P. ; o por facultamiento dado por el art. 145 del Dto. 1344/98 planteado por M. , pues -dijo- en todo caso tal facultad le corresponde al órgano que fija las remuneraciones y no al Directorio que mediante su ejercicio se autobeneficia.----------

------ Se interpretó que en virtud del art. 31 del Estatuto Ley N° 4164 el control interno de legalidad incumbe a los Síndicos miembros de la Comisión Fiscalizadora con obligación de observación de los actos irregulares del Directorio en las propias reuniones (art. 294 inc. 3 LS)

///y aviso a la Asamblea con solicitud de instrucciones, a los fines de evitar la responsabilidad establecida en el art. 297 LS solidaria con los Directores -a su vez solidariamente responsables entre sí - cuando con su voto autoricen operaciones prohibidas por las leyes, disposiciones generales y por el Estatuto (art. 24).----------

------ Finalmente se entendió que esta omisión de los Síndicos, de la observación del gasto decidido por el Directorio violando la estatuaria y legal competencia de la Asamblea y las Resoluciones Generales 2784/88 DGI y 830/00 AFIP, conforma cuando menos "culpa in vigilando" de la Comisión Fiscalizadora y los hace solidariamente responsables con los Directores por los hechos y omisiones de éstos cuando *"el daño no se hubiera producido si hubieren actuado los Síndicos de conformidad con lo establecido por la ley el estatuto y las decisiones asamblearias (art. 297 LS)"*.----------

------ Se concluyó en que ***"en virtud de lo expuesto, de estas investigaciones sumariales surgen incursos en responsabilidad patrimonial solidaria, los Directores (art. 24 del Estatuto Ley 4164) y los Síndicos (art. 297 LS) actuantes por acción y omisión respectivamente en la decisión antijurídica tomada en Actas de Directorio imputando el pago de sus propios impuestos a las ganancias como gasto de representación, viático y movilidad haciéndole pagar al Banco esos impuestos, resultando además personales obligados a la restitución en tanto beneficiarios de esas antijurídicas decisiones, siendo tales en los respectivos ejercicios…*** -individualizando los actores

///

///en autos, además de otros Síndicos y Directores del B. C. S.A.--------
---

------ Así el *"**Cr. J. E. M.** resulta responsable solidario (art. 297 LS) por su falta de observación legal a la antijurídica decisión tomada en Acta N° 95 (para el ejercicio 1997/98 por $ 61.119,12), Acta N° 121 (para el ejercicio 1998/99 por $ 61.119,12), y Acta N° 143 (para el ejercicio 1999/00 por $ 114.439,40); y resulta beneficiado con la ilegítima decisión del pago de sus impuestos a las ganancias por los periodos, fiscales 1997/98, 1998/99 y 1999/00, por las sumas que surgen, conforme planillas de fs. 72/73, 104/105 y 35/36 respectivamente, y formularios y tickets de pago de fs. 95 ($3.989,39), fs. 125 ($3.989,39) y fs. 309 ($9.077, 72) respectivamente"*.----------

------ **El *Dr. E. C. P.*** *"resulta responsable solidario (art. 297 - LS) por su falta de observación legal a la antijurídica decisión tomada en Acta N° 95 (para el ejercicio 1997/98 por $ 61.119,12), Acta N° 121 (para el ejercicio 1998/99 por $ 61.119,12), y Acta N° 143 (para el ejercicio 1999/00 por $114.439,40); y resulta beneficiado con la ilegítima decisión del pago de sus impuestos a las ganancias por los periodos fiscales 1997/98, 1998/99 y 1999/00, por las sumas que surgen, conforme planillas de fs. 72/73, 104/105 y 35/36 respectivamente, y formularios y tickets de pago de fs. 93 ($3.989,39), fs. 123 ($3.989,39) y fs. 310 ($9.077, 72) respectivamente"*.----------

///

///--- El ***Cr. P. A. R.*** *"resulta responsable solidario (art. 297 LS) -- por su falta de observación legal a la antijurídica decisión tomada en Acta N° 95 (para el ejercicio 1997/98 por $ 61.119,12), Acta N° 121 (para el ejercicio 1998/99 por $ 61.119,12), y Acta N° 143 (para el ejercicio 1999/00 por $ 114.439,40); y resulta beneficiado con la ilegítima decisión del pago de sus impuestos a las ganancias por los periodos fiscales 1997/98, 1998/99 y 1999/00, por las sumas que surgen, conforme planillas de fs. 72/73, 104/105 y 35/36 respectivamente, y formularios y tickets de pago de fs. 96 ($3.989,39), fs. 126 ($ 3.989,39) y fs. 311 ($ 9.077,72) respectivamente".*----------

------ Se aclaró que en todos los casos los importes de dinero respectivos se expresaban en sumas a valores históricos conforme surge de las planillas de liquidación de honorarios y cálculo de Impuestos a las Ganancias en cada caso referidas, contestes con los formularios DGI 799-A y sus respectivos tickets de pago, cálculos de individuales de auto retención, la pericia contable, y los cheques de pago.----------

------ Se excluye luego la responsabilidad de otros empleados de la institución bancaria.----------

------ 13.- Dictadas las conclusiones del Sumario, se clausura la instrucción; a fs. 727 se ordena citar a los imputados -a los actores entre otras personas (cédulas de notificación a aquéllos a fs. 736/vta.-, 738/vta. y 741/vta.)-, corriéndoseles vista a los efectos de que

///

///ejercieran su derecho de defensa.- Presentó descargo sin ofrecer prueba el Dr. P. (a fs. 771/778 vta.) y presentaron descargo y ofrecieron prueba los Cdres. R. (a fs. 828/835) y M. (a fs. 836/841 vta.).----------

------ 14.- A fs. 852 como medida para mejor proveer, la Instructora Sumariante ordenó requerir al Tribunal de Cuentas un informe sobre el detalle de las normas que disponen el modo de control externo de aquél sobre el B. C. S.A. con su consecuente aplicación y los respectivos resultados para los ejercicios 1997/1998, 1998/1999, 1999/2000 y 2000/2001 adjuntando documental respectiva en su caso.----------

------ A fs. 855 y vta. produjo el Informe Nº 86/05-F6 el Relator Fiscal OWEN.- Explicó que el control externo a aquel Banco desde Diciembre de 2.000 se realiza por esa Fiscalía según la reglamentación del Acuerdo Nº 408/00 -explicó su contenido y requerimientos en general, y en particular referido al Banco, confecciona un detalle que relaciona con los arts. 16 v, 17 b y 18 de la Ley Nº 4139.- Aclaró que antes esa Fiscalía se regía por el Acuerdo Nº 308/90 derogado por aquél, y refiere a la documentación que se le solicitaba, con relación a las mismas normas.- Alude a las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria (SAPEM) y a las Haciendas Paraestatales.----------

///--- Se adjuntó a fs. 856 la Resolución Nº 61/00 (del 28/03/00) mediante la cual el Tribunal de Cuentas dio por concluida la Auditoría correspondiente al ejercicio económico cerrado el 30/06/97 (Expte. 17.028/96), y se individualizaron los Expedientes iniciados en los años 1998, 2.000 y 2.001, correspondientes a las Auditorías no concluidas respecto de dicho Banco, correspondientes -respectivamente- a las rendiciones de cuentas de los ejercicios 07/97 a 06/98, 07/1998 a 06/2000 y 07/00 a 06/01.----------

------ 15.- También se requirió como medida para mejor proveer, que el Tribunal de Cuentas amplíe el último párrafo del Dictamen Legal 37/04 *"sobre la configuración de la caducidad por la existencia y oponibilidad de la aprobación ficta dispuesta por el art. 42 de la Ley Nº 4139, reglamentado por el art. 4 del Anexo I del Acuerdo 220/96, respecto de los ejercicios referidos"*.- A fs. 861 se expide el Asesor Legal, opinando que no ha operado la caducidad por aprobación ficta, atento que no han concluido las auditorías ante la existencia de observaciones sin levantar.- Criterio para el Juicio de Cuentas que no se conmueve -dice- frente a la transformación frente a ciertos hechos en Juicio de Responsabilidad.- Interpreta los arts. 39, 43, 44 inc. b y c de aquella misma ley.----------

------ 16.- A fs. 867/876 se proveen las pruebas ofrecidas por los imputados, rechazándose algunas por inconducentes y dilatorias.------

///

///--- 17.- A fs. 912/921 presenta su Dictamen Final la Instructora Sumariante.- A fs. 934 y vta. el Tribunal de Cuentas ordena conferir vista de las actuaciones para que produzcan sus descargos los indicados como responsables.----------

------ 18.- Presentaron descargo y ofrecieron prueba los Cres. M. (a fs. 1027/1038) y R. (a fs. 1039/1053); en tanto, presentó descargo sin ofrecer prueba el Dr. P. (a 961/971).----------

------ Respecto de las medidas probatorias ofrecidas, en mérito al Dictamen Legal de fs. 1055/57, sólo se aceptó a fs. 1058 la informativa al B. C. S.A., identificada como Acta de Asamblea N° 26 -(que fue referida por el Vocal Z. en el Acuerdo 477/05)- la que se produjo a fs. 1060/66.----------

------ 19.- A fs. 1067 se ponen los autos para alegar (en los términos del artículo 50 de la Ley Nº 4139) a favor de M. y R. que habían ofrecido en su defensa la medida informativa admitida, sin que ejercitasen tal derecho.----------

------ 20.- A fs. 1078/80 obra Dictamen del Asesor Legal, quien analiza la prueba incorporada -Acta de Asamblea N° 26- estimando que se refiere a ejercicios no investigados en este Juicio de Responsabilidad

///que se refiere a “honorarios”, y nada señala sobre la aprobación del pago de Impuesto a las Ganancias como “Gastos de Representación, Viáticos y Movilidad”, por lo que -afirma- es inidónea para acreditar las defensas pretendidas.- Advierte que con la misma no se logra acreditar la suficiencia de la aprobación de la gestión a los efectos de la extinción de responsabilidad.- Ello, *“por el ligue con la prescripción de la acción social de responsabilidad (arts. 275 y 276/277 de la Ley de Sociedades)”* planteada por las defensas a fin de sortear la sostenida *“ineficacia del quitus de responsabilidad por la aprobación de gestión en caso de antijuricidad de la decisión cuestionada (art. 275 aplicable a los síndicos por el art. 298 misma Ley)”*.- Concluye efectuando otras consideraciones legales -que fueron tomadas al dictar el acto impugnado- compartió lo sostenido por la Instrucción y consideró que se encontraba en estado de resolver, previa vista de la Contaduría Fiscal.----------

------ 21.- A fs. 1107/1110, se expide la Contadora Fiscal VICENTE mediante Dictamen 086/06, solicitando la formulación de los cargos que detalla por los fundamentos que expone y efectuando el cálculo de capital e intereses -en planillas adjuntas al mismo.----------

------ 22.- Finalmente, con el informe Conclusivo en los términos del art. 50 de la Ley Nº 4139 del Asesor Legal, quedaron los autos en estado de producir el fallo del Tribunal, según norma el art. 53 de la Ley citada modificado por el art. 5 de la Ley Nº 5084.----------

///

///--- IV.- El 24 de Mayo de 2.006 se dicta el Acuerdo 292/06 (a fs. 1112/1118 vta.), cuya nulidad se plantea en autos, que compartiendo las conclusiones sumariales, y los Dictámenes finales fiscales y legales, resuelve formular los cargos emergentes.----------

------ Previo, analiza la prueba de descargo admitida -Acta de Asamblea Nº 26- aspecto en el que también comparte los Dictámenes Legal (de fs. 1078/80) y fiscal (Nº 86/06), aseverando que la misma no resulta idónea para acreditar los extremos pretendidos.- El Acta en cuestión -afirmará- se refiere a ejercicios no investigados en el Juicio de Responsabilidad conforme al Acuerdo 290/04, y se limita a honorarios sin referir el pago de Impuestos a las Ganancias como Gastos de Representación, Viáticos y Movilidad, a lo que se suma que no logra acreditar la aprobación de gestión, incluso irrelevante en el Juicio frente a la ilicitud del gasto.----------

------ Puntualizó el órgano que una lectura pormenorizada de las defensas opuestas en la etapa instructoria y en esta instancia, del Informe Final de la Instrucción Sumarial, y de lo expuesto en el Dictamen Legal de fs. 1078/80, permitía sostener en síntesis, que existe una contradicción que se basa en la opuesta concepción de la naturaleza jurídica del B. C. S.A. con sus consecuencias sobre el régimen jurídico aplicable, y de la doctrina del "venire" en la materia fiscalizadora y sancionadora de este Tribunal.----------

///

///--- Así se consideró, que *la Instrucción se basa en la concepción del Banco como Sociedad Anónima con Participación Estatal Mayoritaria (SAPEM), legalmente sujeta en sus gastos operativos al control de este Tribunal como ordenan los arts. 16 inc."b" y 25 de la Ley Nº 4139 como régimen exorbitante al derecho común,* además de su sujeción al control de BCRA sobre la operatoria bancaria intermediadora de la oferta y demanda de dinero (fs. 724, 914 y vta, 918/21).- En cambio, *las defensas se apoyan en la concepción del Banco como sujeto privado regido por la Ley de Sociedades y control del BCRA, esto es, como si no fuera una SAPEM a los efectos del control de gastos operativos, en cuya virtud plantean entonces la Incompetencia, la Prescripción Comercial, la afectación del non bis in idem, la excluyente sujeción a las acciones sociales de la LS cuando no su prejudicialidad, y la inexistencia de ilicitud*.----------

------ A ello se añade, que mientras la Instrucción sostiene la específica inaplicabilidad de la doctrina del "venire" en casos como el presente donde la fiscalización de gastos y el poder sancionatorio conforman el ejercicio del poder de policía autorizado por Ley, más allá de la inexistencia del presupuesto de hecho y de otras circunstancias configurativas (867 y vta., 913 vta., 914 vta., 917 y 918 vta.), algunas defensas pretenden su genérica aplicación.----------

------ Se concluyó ante tal discordancia, jurídicamente razonable la concepción sostenida por la Instrucción en ambas cuestiones, compartiendo sus fundamentos, desechando la que calificó de genérica inconsistencia en la discrepancia defensiva, por no reunir tal

///

///carácter la mera reiteración argumentativa y por no resultar razonable pretender la incompetencia del Tribunal ante la vigencia de las normas de los arts. 14, 16 inc "b", 17 inc. "b", 18 de la Ley Nº 4139, que expresamente incluyen sin distingos por actividad a las SAPEM, desdeñando la aplicación de la Doctrina de los Actos Propios desmereciendo así la específica y reconocida posición doctrinaria de la inoponibilidad al ejercicio del poder de policía sostenido, con una jurisprudencia referida a materia contractual.----------

------ Analiza luego los fundamentos esgrimidos por los imputados.-----

------ Merituando en conjunto los argumentos relativos a la ***incompetencia*** del Tribunal de Cuentas, aducida entre otros por los actores, entendió:

------- a) que la invocación del principio de ***ley especial*** (la de creación del B. C. SA) es una falacia y no puede prosperar, toda vez que el "mero disenso interpretativo" no alcanzó a conmover la sólida construcción de la Instrucción sobre multiplicidad de controles y su marco jurídico, máxime cuando la interpretación de los encartados obedece a la errada concepción sobre la naturaleza del Banco -se aclaró enviando a fs. 915 y vta. y sus remisiones, compartiéndolas y haciéndolas suyas-.----------

///

///--- b) que los cuestionamientos respecto de la ***ausencia de controles reglamentados*** se debían rechazar, toda vez que -sostiene el acto- en ningún momento estuvo el Banco sin control del Tribunal de Cuentas con marco normativo habilitante, habida cuenta que el Acuerdo 308/90 se derogó por el Acuerdo 408/00 e interregno la Ley Nº 4139, que sujeta sin distinción por actividad a las SAPEM al Tribunal data de 1995.- Se agregó que no compete a los encartados opinar sobre la decisión de la técnica de auditorías legalmente adjudicada por el art. 17 inc."b" y 18 de la citada Ley.- Y que no permite sostener desviación de poder -alegada por las defensas- por el resultado adverso de la selectividad frente a la existencia de la consumada irregularidad, máxime cuando el sistema de auditorías es una forma de rendición de cuentas (art. 18 in fine de la Ley 4139);----------

------ c) que la alegada ***inexistencia la obligación de rendir cuentas e inaplicabilidad del Juicio de Cuentas*** no puede prosperar, frente al sometimiento a la jurisdicción del Tribunal establecida en los vigentes artículos 16 inc b) y 25 de la Ley Nº 4139 como fiel reglamentación de los arts. 219 y 223 de la Constitución del Chubut y compatible con el Derecho Administrativo, máxime cuando el artículo 18 in fine de la Ley mencionada establece que la rendición de cuentas en el artículo 223 de aquella Carta podrá efectuarse a través de una Auditoría en los casos en que el Tribunal resuelva;----------

------ d) que los argumentos relativos a las competencias de ***otros órganos de control*** del B. C. S.A. deben desestimarse, ///por cuanto la

///

asignada sobre las SAPEM sin distinción de actividad por los arts, 16 inc. "b" y 25 de la Ley Nº 4139 no se enerva respecto de los gastos operativos con la competencia del BCRA sobre la operatoria bancaria en su soporte desplegada.----------

------ e) que la sostenida ***Aprobación de la Gestión por los órganos competentes y extinción de la responsabilidad y prescripción*** no puede prosperar y cabe su desestimación.- La primera, al no referirse a los periodos comprendidos en el Juicio de Responsabilidad, y aún de existir resulta irrelevante frente a la violación de la ley, el reglamento y el Estatuto (art. 275 LS).- Afirmó que no puede prosperar la Prescripción Comercial que ahora se funda en la equiparación de propósitos de las acciones de responsabilidad de la Leyes Nº 19.550 y del Juicio de Responsabilidad de la Ley Nº 4139, en el sometimiento del Banco a la primera, y en su alcance a todos los organismos de la Provincia accionista, dado que esta específica materia se sujeta al régimen de los arts. 16 inc. b), 21 y 25 de la Ley Nº 4139 bajo la prescripción decenal.- Y que ***no existe tal equiparación de acciones al tutelarse intereses jurídicos diferentes, las primeras el interés social de los accionistas entre los que se encuentra el Poder Ejecutivo, y el segundo el interés público de legal administración económico-financiera al que también se subordina la SAPEM*** -remitiendo a lo señalado a fs. 723 vta y 724 y 914 y vta., 915 y vta. y sus referencias, que hace propio.----------

///

///--- f) la invocación de la ***Jerarquía normativa*** (Ley Nacional Nº 19550 vs. Provincial Nº 4139) fue también desechada, pues se consideró que no prosperaba por la invocación genérica de la aplicabilidad de las Leyes nacionales sobre la banca privada, para denostar un régimen legal vigente establecido para el caso en que tal actividad la ejerza una SAPEM.- Tampoco corresponde -dijo- la asimilación de acciones que tutelan intereses jurídicos diferentes, como antes ya había analizado (remite a fs. 914/15).----------

------ g) la opuesta limitación de la ***atribución del Tribunal de Cuentas a la revisión de actos y procedimientos administrativos*** es desestimada por ser un "yerro del régimen jurídico aplicable nacido de la desinterpretación de la naturaleza del Banco", resultando entonces carente de sustento para conmover lo sostenido a fs. 914 vta. – Dictamen Final en el que se interpretó que sí eran actos administrativos los dictados por los "entes públicos no estatales".- Y en cuanto a la sujeción de éstos al Derecho Público, remite a lo dicho por la doctrina y jurisprudencia citada por la Instrucción, y otra que cita- receptada, dice, en la jurisprudencia de la Corte en Fallos 315:1830.----------

------ Añade que esto último no viene sino a mostrar la coherencia sistemática de los arts. 16 inc. b) y 25 de la Ley N° 4139 sobre el control de la actividad administrativa del Banco como SAPEM, al configurar un ente público no estatal según -asevera- sentó este Superior Tribunal de Justicia en Sentencia N° 31-SRE-00 y la Cámara

///

///de Apelaciones del Noreste del Chubut, Sala A, en autos "Cardozo J.C. c/ B. C. S.A.".----------

------ Finalmente, respecto de las argumentaciones que atañen a la ***"violación del principio non bis in idem"*** considera que "no se ve enervado por la insistencia en desconocer la diferencia de intereses jurídicos protegidos por las leyes que establecen distintas acciones, máxime cuando no se trata de igualdad de objeto", advirtiendo que ya habían sido desestimadas a fs. 915, en criterio que el Tribunal comparte y hace suyo.----------

------ Con estos fundamentos entonces, efectuó la formulación de cargos, según el detalle de montos más intereses para cada uno de los actores emplazándolos a ingresarlos a la Tesorería General de la Provincia o girarlos como perteneciente a la causa, en el término de 15 días, bajo apercibimiento de los arts. 59 y 61 Ley 4139.----------

------ V.- Concluyendo con el detalle de actuaciones, destacaré el contenido de algunas de las Comunicaciones Internas, Actas del Directorio y de las Asambleas Generales Ordinarias, cronológicamente.----------

------ **1.-Año 1998:** ----------

///--- 1.1.- El Acta de Asamblea Ordinaria Nº 6 (del 5/10/98, a fs. 69/70) da cuenta de que reunidos el Presidente, R. J. J. , el representante de las acciones clase "A" Sr. M. D. B. -designado por Dto. Nº 1029/98 del Poder Ejecutivo- y el Sr. Carlos L., designado representante por los accionistas clase "B" -por Resolución Nº 314/98 de la Asociación Bancaria- con la presencia de Directores y Miembros de la Comisión Fiscalizadora, tratan como primer punto *"… Balance, Estado de Resultados, Memoria e Informe de la Sindicatura cerrado el 30/06/98"*.- El Presidente efectúa un informe sintético sobre los dos primeros y lee los dos últimos, los que somete a la aprobación en general.- En particular pone en consideración *"las remuneraciones percibidas por el Directorio y la Comisión Fiscalizadora"*.- Procede a realizar un informe la Cra. Innocenti de Mur.- Puesto a votación se aprueban en general y por unanimidad los importes percibidos durante el ejercicio cerrado… como retribuciones por los Directores y Miembros de la Comisión Fiscalizadora.----------

---

------ 1.2.- Nota del 11/11/98 (fs. 71) -referencia "Retención de Ganancias sobre Honorarios de Directores y Síndicos"- del Área de Contabilidad a la Gerencia General, informando el detalle que se debe ingresar conforme lo ha elaborado el Cr. A. S. -figuran los actores en autos, cada uno por un monto de $3.989,39 (se deduce que el mismo correspondería en cumplimiento de la RG Nº 2784-DGI) pues se explica que por su art. 27, en cuanto prevé que si se realizan pagos comprendidos en aquella resolución y se omite ///efectuar la retención

///

o se da la situación prevista en su art. 26, "el sujeto pasible de retención deberá ingresar, dentro de los cinco días de percibido el importe, la suma que hubiera correspondido ser retenida".----------
---

------ 1.3.- Acta de Directorio Nº 95 (del 17/12/98, a fs. 97), que expone que reunidos el Presidente, Directores y los miembros de la Sindicatura, respecto del punto 2) -Tratamiento de los Acuerdos y Despachos- consta que *"se da lectura a los Despachos de Presidencia y se ratifican por unanimidad, instruyendo al Área de Contabilidad en respuesta a la Comunicación Interna Nº 335/98 que la imputación se efectúe en la cuenta 560012-Representación, Viáticos y movilidad.- Notifíquese por Secretaría"*.--

------ Por Comunicación Interna Nº 04/99 (fs. 99) comunica esto último el Secretario de Presidencia al Área de Contabilidad.----------

------ **2.- Año 1999:** ----------

------ 2.1.- Acta de Asamblea Ordinaria Nº 7 (del 3/09/99, a fs. 101/103), (que no consta pero se interpreta que corresponde al ejercicio cerrado el 30/06/99) expresa que, reunidos el Presidente R. J. J. , el Vicepresidente Cr. J. F. B. , el representante de las acciones clase "A" Ministro de Hacienda, Obras y Servicios Públicos Juan Ismael R. –///designado por Dto. Nº 1156/99 del Poder Ejecutivo- y el Sr. C. L.,

designado representante por los accionistas clase "B" –por Resolución Nº 333/99 de la Asociación Bancaria, tratan como primer punto: *"...Memoria, Balance, Estado de Resultados e Informe de la Sindicatura"*.- El Presidente efectúa un informe sintético sobre el *Balance y Estado de Resultados*, se leen por Secretaría la Memoria y el Informe de la Sindicatura, aprobándose por unanimidad.- Como segundo punto, se trató *"... retribución de los Directores y Comisión Fiscalizadora";* también el Presidente efectúa un informe *"sobre los montos percibidos mensualmente como anticipos, que de acuerdo con la importancia de las tareas desarrolladas y patrimonio en custodia, resultan sumamente inferiores a Bancos privados y Estatales resultando adecuadamente razonables"*.- Consta que sometido a consideración *"se aprueban por unanimidad los importes percibidos como honorarios"*.- El Ingeniero R. -en el carácter invocado- propone ratificar a los titulares de la Comisión Fiscalizadora -entre otros- Cr. M. y Dr. P. y *"de acuerdo a la propuesta recibida por la minoría parlamentaria…"* se mencionan dos miembros de la Comisión Fiscalizadora (titular VIÑALS y suplente FRIC).- *"Al no existir objeciones y atento el carácter del proponente se aprueba por unanimidad"*.- Por su parte, el otro representante, el Sr. L., propone ratificar al otro miembro titular Cr. R. de dicha Comisión Fiscalizadora, aprobándose por unanimidad.- No expone este Acta la presencia de Directores y Miembros de la Comisión Fiscalizadora.------

///--- 2.2.- Comunicación Interna Nº 278/99 (del 7/10/99, a fs. 128) referida al Impuesto a las Ganancias, que el Área de Contabilidad-Sector Impuestos remite al Presidente.- Le informa que tal como se

///

solicitara, en la fecha se han efectuado los pagos correspondientes al gravamen de la referencia sobre Honorarios de Directores y Síndicos por un total de $61.119,12, adjuntando las liquidaciones, los formularios 799/A con los tickets de pago… quedando *"al aguardo de vuestras instrucciones al respecto"*.- Suscribe la Cra. Innocenti de Mur, Gerente Departamental.----------

------ 2.3.- Se corresponde con el Acta de Directorio Nº 121 (del 28/10/99, a fs. 129) que en el punto 2 "Tratamiento de los Acuerdos y Despachos"- consta -después de otros asuntos- que *"se instruye al Área de Contabilidad General en respuesta a la Comunicación Interna Nº 278/99 que se efectúe la imputación en la cuenta 560012-Representación, Viáticos y movilidad.- Notifíquese por Secretaría al Área de Contabilidad General"*.----------

------ Por Comunicación Interna Nº 339 del 4 de Noviembre -ilegible el año- a fs. 131, se comunica la resolución adoptada mediante Acta N° 121 de fecha 28/10/99 mediante el Secretario de Presidencia al Área de Contabilidad.----------

------ **3.- Año 2.000:** ----------

///--- 3.1.- Acta de Asamblea Ordinaria Nº 10 (del 31/10/00, a fs. 37/39) que ya ha sido antes descripta en el punto III – 3. b).- Reiteraré solamente que de allí surge que ***Balance, Resultados,***

Memoria e Informe de la Comisión Fiscalizadora fueron puestos a disposición de los accionistas con la debida antelación omitiéndose su lectura.- Y en orden a ***retribución de los Directores y Comisión Fiscalizadora*** se manifiestó que ***"sobre este punto los accionistas también cuentan con la información sobre los montos percibidos mensualmente como anticipos, manifestando que de acuerdo con la importancia de las tareas desarrolladas y el patrimonio en custodia, resultan sumamente inferiores a Bancos privados y estatales resultando adecuadamente razonables"*** todo lo que se aprueba por unanimidad.- ----------

------ 3.2.- Unos días antes, el 18/10/00, por C.I. Nº 350/00 (a fs. 17) del Área de Contabilidad y Control de Gestión que he glosado en el punto III.1.a), ante la proximidad de la Asamblea se remitía el informe elaborado con respecto al tema, solicitando ***una respuesta con la mayor brevedad posible, en virtud de poder cumplir con las disposiciones vigentes (Resolución General Nº 830/00-AFIP)*** referidas al pago del Impuesto a las Ganancias, aguardando "cualquier aclaración al respecto"----------

------ 3.3.- Acta de Directorio Nº 143 (del 9/11/2000, a fs. 15), relacionada ya en el punto III.1.b), en la que se resuelve instruir a la Gerencia de Contabilidad y Control de Gestión para que se efectúe la ///imputación a la cuenta 560012-Representación Viáticos y Movilidad.----------

///

------ **4.-** ***Año 2.001:*** ----------

------ 4.1.- Nota Nº 04/01 (del 16/01/01, a fs. 16), la que glosé en III.1.c) por la que la Secretaría de Presidencia informa al Área de Contabilidad y Control de Gestión que por Acta de Directorio Nº 143 y en respuesta a la CI Nº 350/00, se resolvió instruir a la Gerencia de Contabilidad y Control de Gestión que efectuara la imputación a la cuenta 560012-Representación, Viáticos y movilidad.----------

------- VI.- Descriptos los antecedentes relevantes, cumpliré ahora con relatar las demandas instauradas por los Sres. P. , M. y R. , quienes fueran -como lo expuse en II, Síndicos de la Sociedad.----------

------ 1.- En general, de consuno atacan el Acuerdo N° 292/06 con fundamentos comunes, que se traducen en vicios de Incompetencia, transgresión al principio del "non bis in idem", desviación de poder.---

------ 1.1.- La ***incompetencia*** del Tribunal de Cuentas para someter a los actores al Juicio de Responsabilidad y formular el "cargo" ///consecuente -tal el primer agravio que sustenta las acciones- es sostenida por diversos argumentos:----------

///

------ a) Los primeros se relacionan -en general- con la ***naturaleza del B. C. SA***, y así dirán:

- que sólo la Asamblea de Accionistas del B. C. SA, a través de la acción social de responsabilidad prevista en el art. 276 de la Ley de Sociedades Comerciales N° 19.550 -que analizan- tiene la atribución para reclamarle la conducta que se les endilga cual es, que en su carácter de Síndicos no efectuaron observaciones a la decisión del Directorio de autorizar el pago del Impuesto a las Ganancias de Directores y Síndicos con fondos propios del Banco.-----

------ No hay Ley especial -sostendrán en síntesis- que a juicio de los actores habilite el control del Tribunal de Cuentas, ni por ende, la acción administrativa -independiente de toda acción societaria- que ejerció.----------

------ Así es, afirman porque: ----------

- se ha tergiversado la doctrina citada del art. 276 LS, y las previsiones de la Ley N° 4139, ya que V. -obra Sociedades Comerciales, que citan las conclusiones sumariales a las que el Tribunal adhirió en el Acuerdo nulidicho - no refiere a juicio de responsabilidad alguno independiente de acciones societarias cuando alude a “fiscalizaciones adicionales” -referidas por el art. 304 LS- y ///que son las que competen al Banco Central de la República Argentina, Comisión de Valores y otras, que dictan normas de cumplimiento obligatorio, y se encuentran previstas en Leyes

///

especiales.- El Dr. P. afirmará (punto IV.1) de su libelo), que tratándose de una SAPEM "no hay perjuicio al erario público".----

- porque el TC se arroga la voluntad de los accionistas clases A, B y C tratándolos como incapaces de ejercer sus derechos, por ejemplo, la acción de responsabilidad, olvidando que es una SAPEM -juzgando errónea la concepción del derecho y de la naturaleza del B. C. S.A. expresada en el Acuerdo 292/06----------

- porque es falaz el argumento utilizado en el acto impugnado cuando contrapone el disenso interpretativo y la errada concepción sobre la ***naturaleza del Banco*** argumentando que no existe "la supuesta oposición" entre las SAPEM y los entes regidos por la LS, género al que las primeras pertenecen; que sólo son un tipo de Sociedad Anónima, alcanzadas de manera plena por la Ley de Sociedades, en sus arts. 308 al 312, derogados los arts. 313 y 314, y que nada tiene que ver con las cuestiones a las que se refiere la Instrucción.----------

- que su carácter de SAPEM ***no hace aplicable el art. 16 inc. b) de la ley 4139***, sino que el legislador ha previsto ***el control de la*** ///***Administración*** -pública- de su porción accionaria, ***mediante sus representantes en el Directorio*** -entre ellos el Presidente- y la mayoría

de los miembros de la Comisión Fiscalizadora, quienes representan a los accionistas y efectúan el control de representación.----------

-que el ***control del BCRA*** no se limita a la intermediación financiera; la Ley N° 21526 le otorga la facultad de fiscalizar a todas las entidades comprendidas en ésta; ----------

-que ***se ha ignorado el art. 55 LS que excluye la posibilidad de control individual de los socios en S.A. que cuentan con Sindicatura.-*** Remite al art.284 LS y lo considera "sugestivo", porque esto limita con claridad el control del TC.----------

------ Traen en su apoyo el fallo "Organización Metalúrgica c/Banco de S. F. S.A. (AyS 94-pág.414/427), en el que se sostuvo, que el legislador al sancionar la Ley N° 20.705 de Sociedades del Estado, en su debate afirmó la característica de las mismas como ente privado pero con capital estatal, regidas por reenvió por la Ley de Sociedades Comerciales N° 19550.----------

------ b) Sostienen además, relacionado con el acápite anterior, la incompetencia ***por inaplicabilidad de las Acordadas del Tribunal de Cuentas***.----------

///--- Destacan que hasta Enero de 1996, el Banco era un ente autárquico del Estado Provincial, y tenía como obligado organismo de control al Tribunal de Cuentas, estando previsto que éste ejerciera un

///

exhaustivo análisis de las cuentas y así lo reglamentaba el Acuerdo N° 308 del año 1990 que fue derogado.- Desde aquella fecha, aseveran, dicho Tribunal no aplicó ni podía aplicar este Acuerdo, porque el Banco dejó de rendirle cuentas.- Y esto es -señalan- porque desde su transformación en S.A. cuenta con una Asamblea de Accionistas, un Directorio y una Comisión Fiscalizadora, ***rigiéndose principalmente por la Ley de Sociedades***.----------

------ Los hechos -argumentan- se produjeron en el período 1997/2000, y el Tribunal de Cuentas no había dictado ninguna norma particular para el B. C. S.A., ni se fijó procedimiento de ningún tipo, ni ha tenido injerencia en su actividad, desde su creación en 1996.----------

------ El argumento de que es aplicable el ***Acuerdo 408 de Diciembre del año 2000*** -y antes sólo la Ley N° 4391 -sostendrán- es falaz.- El mismo Tribunal está admitiendo que debe acudir a algún tipo de reglamentación para poder intervenir en el Banco, y entonces acude a este "forzado" Acuerdo -amén de que dejó transcurrir cuatro años para emitirlo- que está referido a los entes que confeccionan balances, previendo que se realicen auditorías, mediante sistemas de muestreos ///y pedidos de informes.- Pero ese Acuerdo -dicen- no es específico para el B. C. S.A., sino genérico para los entes que confeccionan Balances y argumentan que se trata ésa de una Acordada "híbrida"

que carece de fundamentos jurídicos y prácticos, que lleva a incurrir en contradicciones al mismo organismo de control.----------

---

------ Rechazan así la intervención que consideran *"ex post facto"* de un órgano ajeno al marco normativo vigente al tiempo de asumir sus funciones y producirse los hechos investigados, estimando que la pretensión de que leyes, acuerdos y reglamentos deban serle de este modo aplicados, importa una violación de las garantías previstas en el art. 18 de la Constitución.----------

c) Argumentan luego ***no estar sometidos a la obligación de rendir cuentas, ni por ende, al Juicio de Cuentas,*** también como acápite de la incompetencia denunciada.----------

------ Así es porque -afirman- ***no manejan bienes del patrimonio público*** ni han tenido disposición de ellos, por lo que es un error de derecho incluir a los Síndicos dentro de los obligados a rendir cuentas conforme el art. 223 de la Constitución Provincial.- En particular el actor Cr. R. advierte que ***menos en su caso***, que ni siquiera ha sido designado por el Poder Ejecutivo Provincial.- Señala -para este punto y el anterior- que fue designado miembro de la Comisión Fiscalizadora en representación del Accionista clase "B", en el régimen ///de propiedad participada sindicada a favor de la ***Asociación Bancaria*** situación ésta que entiende lo diferencia de sus consortes.- Encuentra arbitrariedad y falta de coherencia en esta imputación.------

///

------ Señalan que ni antes, ni en la actualidad, el B. C. S.A. como SAPEM, ni los Directores y Síndicos individualmente, rinden cuenta documentada semestral, ni ello les es exigido, encontrando en ello un reconocimiento al régimen jurídico especial de dicho Banco.----------

---

------ d) Sostienen además que hay incompetencia, ***porque el B. C. SA está sujeto a otros controles específicos***.- Aducen que si el art. 1 de la Ley N° 4164 dispone que el Banco se transforme en una SAPEM, de derecho privado, regida por las normas de los arts. 308 a 314 de la Ley N° 19.550, y el art. 31 del Estatuto del Banco prescribe que serán atribuciones y deberes de los Síndicos los establecidos en el art. 294 de la Ley N° 19.550... la efectivización de la responsabilidad de los Síndicos está taxativamente prevista en la Ley de Sociedades.- Y, el art. 276 de ésta prevé la Acción de Responsabilidad, la cual le corresponde a la Sociedad, previa resolución de la Asamblea de accionistas, estipulando el art. 296 que la decisión de la Asamblea que declare la responsabilidad de los Síndicos importará su remoción.- Y ello no puede ocurrir por acción del Tribunal de Cuentas.----------

///--- Denuncian violación *ex profeso* de ese conjunto de normas -en el acto impugnado- por un órgano incompetente, al imputarle cargos que en ningún momento la Asamblea les ha formulado.----------

------ Si los Directores hubieran aprobado gastos no autorizados por la Asamblea, no es el Tribunal de Cuentas quien tiene competencia para juzgarlos, contraviniendo a la Asamblea, que es la competente - entienden.----------

------ Arguyen que la hermenéutica seguida por dicho *Tribunal lo lleva a arrogarse una acción de responsabilidad contra los Directores y Síndicos representantes de la minoría accionaria*, asumiendo el rol de "gestores" o reemplazantes de la voluntad societaria, que reside en la Asamblea.- Y ésta en ningún momento encontró violada su estatutaria y legal competencia.----------

------ e) Manifiestan luego, siempre en el marco de la incompetencia aducida- que mediando ***aprobación de la gestión, hay extinción de responsabilidad y que ha operado la prescripción***.----------

------ El art. 275 LS -analizan- dispone que la responsabilidad de Directores y Gerentes *respecto de la Sociedad* se extingue por aprobación de su gestión.- Y que aún cuando no procede en casos de violación de la ley, estatutos y reglamentos... ni los accionistas individualmente, ni la Sociedad, a pesar de haber cambiado en su totalidad la Administración, ha efectuado objeciones, menos aún iniciado acciones ///contra los actores, sino que ***han aprobado expresamente su gestión incluidos los gastos cuestionados por el Tribunal de Cuentas***.----------

///

------ Así se acredita -estiman- con el Acta de Asamblea N° 26 (25/11/2004) que, en su punto 2 aprobó por unanimidad "la gestión del Directorio y de la Comisión Fiscalizadora, consideración de la retribución de los Directores y Síndicos".----------

------ A más -en particular- P. aclara que fue aceptada su renuncia en el año 2.002; ídem R. , el 5 de Julio de 2.006.- A su vez el Cr. M. por su parte hace notar, que fue removido en esa última fecha por la Asamblea Ordinaria y a pedido expreso del actual Gobernador, y que no se tuvo en cuenta que su designación y remoción ya correspondía a la minoría parlamentaria.- Refiere a aquella Asamblea, en la que sostiene se aprobó su gestión como representante de dicha minoría y del Poder Ejecutivo Provincial.-------

------ Oponen a más en este acápite la ***prescripción de las acciones***; aluden a las que se derivan del Contrato de Sociedad y de las operaciones sociales, ***prevista en tres años, conforme el art. 848 del Código de Comercio***, atento que las Actas de Directorio N° 95, 121 y 143 datan de los años 1998, 1999 y 2.000, respectivamente, en virtud de las imputaciones deducidas.----------

///--- Controvierten la prescripción decenal invocada en la decisión -en relación con lo normado en el art. 21 de la Ley N° 4139- la que

afirman inconstitucional, si se considera que corresponde al Congreso de la Nación dictar las normas de fondo al respecto.----------

------ f) Justamente la cuestión de ***jerarquía normativa*** (Ley Nacional LS sobre Ley TC -Ley posterior del Banco rige y no la Ley TC) será traída a continuación como fundamento de la incompetencia sostenida.----------

------ Por un lado, señalarán la ***jerarquía preeminente de las leyes nacionales sobre la normativa provincial***.- Por otro, destacarán que la Ley Orgánica del B. C. S.A. N° 4164, que es ***posterior*** a la Ley N° 4139 del Tribunal de Cuentas, en ningún momento menciona a éste, sino que remite a la Ley de Sociedades.- Encuentran en ello la voluntad del legislador de no pretender modificar el sistema de responsabilidades previsto y menos aún -señalan- de quitarle a la Asamblea de Accionistas sus específicas facultades.-A juicio de los actores, la LS y el Código Comercio rigen el funcionamiento del B. C. S.A. porque la normativa nacional -Ley de Entidades Financieras- así lo exige y además, porque la Ley de creación de ese Banco lo dispuso.----------

------ A más, argumentarán que el art. 15 de la Ley Nº 4164 declara la misma ***de orden público y dispone derogar toda norma que se oponga a la misma.***----------

///--- Deducen que no es posible que existan dos acciones de responsabilidad con el mismo objeto y materia a cargo de dos órganos

distintos.- Si la Asamblea de Accionistas aprobó los balances de la entidad, la gestión de los Directores y Síndicos y deja transcurrir el período de prescripción de la acción social de responsabilidad, es porque ninguna irregularidad ni objeción ha merecido la actuación de aquéllos a los propietarios de la Sociedad, siendo improcedente que el Tribunal de Cuentas interprete los mismos hechos de manera distinta iniciando una acción de responsabilidad.----------

------ g) Abordan también la cuestión de ***los límites de las atribuciones del Tribunal de Cuentas -aplicada según indican al control de actos y procedimientos administrativos***.- Así lo sugiere -razonan- la Constitución Provincial, que si bien al legislar sobre el Tribunal de Cuentas menciona las Sociedades con participación estatal, pone especial énfasis en ese tipo de control, relativo a lo gastado e invertido en función del presupuesto.- Afirman que la norma alude a los aportes que se realizan en función del presupuesto.----------

------ Mas como la asunción de determinados gastos por parte de la Sociedad no son actos administrativos cabe remontarse en todo caso ***para hallar un acto o hecho administrativo, a la decisión de la Asamblea de Accionistas que en representación del Estado Provincial decide, expresa o tácitamente, aprobar todo lo actuado***.----------
///--- Insistiendo en que toda competencia la asume la Asamblea, admiten que puede haber una residual del Tribunal de Cuentas para

el caso en que la Ley no la otorgue a otros órganos, citando como ejemplo el control del accionar de los funcionarios que integran la Asamblea.----------

------ Mencionando que la Comisión Fiscalizadora efectuó otras observaciones -que no se relacionan con este gasto en particular- se preguntan qué valor tendría la observación de los Síndicos, si el intérprete final es el Tribunal de Cuentas?.- Acaso -siguen- debían el Directorio o los accionistas girar las observaciones a aquél para dictamen? O debían resolver por sí mismos acerca de la pertinencia o no de las observaciones?.----------

------ Luego de señalar que el Tribunal de Cuentas jamás solicitó, inspeccionó o auditó ningún informe de la Comisión, y por ende el Órgano desconoce si todos los informes y observaciones coinciden con el criterio jurídico del Tribunal, aseveran: la Comisión Fiscalizadora representa a los accionistas y sólo éstos tienen derecho a observar sus actos, y si el Tribunal de Cuentas no está de acuerdo con los accionistas...a ellos debería dirigir sus observaciones.----------

------ A continuación de estos argumentos, el Dr. P. , sustentará su pretensión en ***la doctrina de los propios actos*** citando jurisprudencia.----------

///--- 1.2.- Reiterando los extremos aducidos al referirse a la imposible "duplicidad" de acciones por responsabilidad (ver punto 1.1.e)),

///

acusan ***la violación del principio "non bis in idem"*** lo que acarrea la nulidad del Acuerdo que atacan.----------

------ Afirman que éste que realiza el TC, es un juzgamiento posterior de los mismos individuos por los mismos hechos, y por la tutela de un mismo bien jurídico.- Considera el organismo -erróneamente, dicen- que la acción que la LS otorga en el art. 276 a los accionistas no es del mismo objeto ni está dirigida a los mismos sujetos que la investigación que aquél mandó llevar adelante.----------

------ Este principio -refieren a "jurisprudencia de esta Provincia"- o constituye un principio contenido en los arts. 26 y 33 de la CP, o es derivación del derecho de defensa e igualdad ante la Ley y de cualquier modo su violación haría nula la decisión que la contuviese.--

------ Insisten en que si la Asamblea de Accionistas juzgó que ningún perjuicio patrimonial había derivado del accionar de la Comisión Fiscalizadora al no ejercer en plazo legal la acción social de responsabilidad, confirmando en sus cargos a los Síndicos y/o aceptando sus renuncias sin condicionamientos, resultaron aprobadas las gestiones de cada uno de los actores.----------

///--- Si el Tribunal de Cuentas – se inquieren- pretendiera hacer efectiva una responsabilidad patrimonial por perjuicios sufridos por el

B. C. S.A. ¿cómo se condice esta situación con lo previsto en el art. 276 de la LS?.- Resultaría –se responden- una invasión a las potestades de la Asamblea de Accionistas, pues en caso de perjuicio la LS exige la remoción de estas autoridades, y el TC no podría decidir la continuidad o no de los representantes de los accionistas.- Insisten en que aquel Organo es incompetente para *intentar sumario disciplinario* alguno a los actores y así debió declararlo, ordenando su archivo.----------

------ 1.3.- Sostienen además, que procedimiento y Acuerdo adolecen de ***desviación de poder***.- Durante diez años –refieren- el Tribunal de Cuentas fue indiferente al accionar del B. C. S.A. y ahora, en un caso en que ni siquiera los accionistas ni la Sociedad Anónima manifestaron el menor agravio, activa mecanismos punitivos.- Aducen que es el primer y único sumario desde la transformación del Banco ocurrida en el año 1996, que se efectúa contra funcionarios de dicha institución y es además el único sumario que ha sido instruido directamente en organismos que no pertenecen al Poder Central, pues los precedentes indican que ante la presunción de irregularidades se han realizado en los propios organismos -cita a Vialidad Provincial, CORFO, Municipalidades- elevando las conclusiones al Tribunal de Cuentas.----------

///--- Cuestionan que no se ordenase efectuar el sumario al mismo Banco, sino que se optase por transgredir sus precedentes y efectuarlo directamente “salteando” a la institución presuntamente interesada.-

///

------ Como corolario -critican- ***se ordenó a los que consideró responsables ingresar a la Tesorería General los montos que hipotéticamente corresponden al Banco, incluyendo en su resolución a los representantes de los accionistas minoritarios*** en decisión que califican descabellada.----------

------ Estiman que el Tribunal de Cuentas obró persiguiendo fines ajenos a los queridos por la Ley, forzó interpretaciones para perjudicar a determinadas personas y su conducta enmarcó ***"en fines personales o políticos totalmente ajenos al fin público para el que fue creado..."***, reñidas con la buena fe.----------

------ Entonces ha incurrido en abuso o desviación de poder, y el acto es nulo.----------

------ M. y R. destacarán que la mayoría de las personas encartadas han ocupado cargos políticos en la gestión anterior de la UCR, o son afiliados a la misma, y la conformación actual del Tribunal de Cuentas (salvo el Cr. Z. que votó en disidencia) responden al Partido Oficialista, *algunos por origen, otros ///por conversión* (fs. 131 vta. - 245).- Y señalan que antes de su notificación se publicó el Acuerdo en Jornada, y sus nombres con el del Dr. Samamé y otros, de extracción radical, en la tapa.- Considerando que ello tipifica delitos, tal el de

abuso de autoridad e incumplimiento de deberes del funcionario público -art. 248 CP- solicitan que de comprobarse esa situación, se remitan los actuados al Ministerio Público Fiscal de Trelew.- Señalan asimismo que esta *"actitud dolosa por parte de los miembros del Tribunal de Cuentas es rayana a las causales prescriptas en Ley Nº 23592"*.----------

---

------ 1.4.- Los tres actores bajo el título "Resoluciones Fiscales - Ratificación", describen las actuaciones que se siguieran en la causa que por los mismos hechos -que fueron penalmente denunciados- tramitara en la justicia criminal- "J. ...y otros p.s.a. fraude en perjuicio de la Administración Pública" -Expte. Nº 829- traído como prueba a este juicio, las que fueron objeto primero de una decisión fiscal de Archivo, y posteriormente, de Desestimación.- Estiman que la decisión allí recaída, ratifica la arbitrariedad del pronunciamiento condenatorio del Tribunal de Cuentas, remarcando la desviación de poder del Acuerdo en este juicio dicho nulo.----------

------ 2.- Los actores M. y R. , añadirán en sus libelos como fundamento de sus acciones, el vicio de violación a la garantía del debido proceso, refiriendo a la afectación del derecho de defensa y la incorrecta interpretación de la prueba.- Argumentarán asimismo sobre la improcedencia de imponer una responsabilidad ///solidaria, y argüirán sobre la deficiente fundamentación del Acuerdo 292/06.-------

---

///

------ 2.1.-Así, describirán el procedimiento prescripto por el Dto. Ley Nº 1510, señalando que se ha omitido cumplir con el art. 117 del mismo afirmando que no se dictó ningún acto determinando las responsabilidades disciplinarias y patrimoniales, privándolos ilegítimamente de intentar los Recursos legislados por el Dto.Ley Nº 920.- El sumario entonces -dicen- no ha concluido, y se explayan sobre la significación del "debido proceso".----------

------ Pondrán de manifiesto que se les ha menoscabado la posibilidad de defensa al negarse la producción de prueba que ofrecieran, y que las manifestaciones que el Acuerdo contiene sobre ello, conforman una apreciación errónea del Tribunal.----------

------ También erróneo estimarán el rechazo como prueba conducente del Acta de Asamblea que lleva el Nº 26/04, por "referirse a ejercicios no investigados", pues ella -aseveran- aprueba los honorarios de Directores y miembros de la Comisión Fiscalizadora correspondiente a ***ejercicios anteriores***.----------

------ Cuestionarán la solidaridad de la responsabilidad que les endilgan porque -afirmarán- se trata de un procedimiento de sustancia ///penal, y se afecta entonces el principio de "personalidad de la pena".----------

------ 2.2.- Considerarán que el Acuerdo Nº 292/06, no conforma el fallo fundado y expreso que exige el art. 53 de Ley Nº 4139, pues incurre en los que entienden gruesos errores de derecho.- Señalarán en particular, el que importa desconocer las facultades de los órganos competentes de la Sociedad afirmando que la misma es irrelevante frente a la violación de la ley; la desestimación de las defensas opuestas sin fundar la aplicabilidad de las normas que invoca; la omisión de establecer los motivos por los que sería procedente una responsabilidad solidaria; la falta de tratamiento de los puntos de descargo efectuados.----------

------ Falta de motivación que aseguran vicia el acto, determinando su nulidad.----------

------ Todos hacen reserva del caso federal, detallan la prueba documental acompañada y realizan petitorio de estilo.----------

------ VII.- La accionada Provincia del Chubut, al contestar cada una de las demandas (fs. 70/77 vta., 170/178 y 260/268, respectivamente) efectúa las negativas de estilo, sostiene la legitimidad del Acuerdo N° 292/06 y arguye que son improcedentes los planteos de los accionantes, refutándolos.- A más señala que se trata de una ///reiteración de las defensas efectuadas en sede administrativa, que fueron ya contestadas en ese acto.----------

///

------ 1.- Bajo el título "Irrazonabilidad de los fundamentos de la demanda" encuentra ***improcedente el planteo de incompetencia del Tribunal de Cuentas por inexistencia de leyes especiales que habiliten su intervención***, porque se trata de una materia local federalmente reservada a las Provincias, esto es, el control de la hacienda pública, regido por el Derecho Administrativo.- Afirma que no resulta jurídicamente sostenible la prevalencia de normas nacionales sobre las locales posteriores: Leyes Nacionales N° 19.550, 21.526 y Provincial N° 4164, por razones de especificad material, cuando la competencia del Tribunal de Cuentas está reglamentando la propia Constitución.- Y añade que se aplican pacíficamente al B. C. S.A. el Código Fiscal de Chubut, las Leyes Tributarias Anuales, y se hacen inspecciones de control, pese a que las mismas no están citadas en su Ley-Estatuto.- A más se funda en la habilitación legal especial del art. 304 LS, aplicable en el ámbito provincial por el 121 CN, aduce.--------

------ 2.- Interpretando los arts. 16 -y su inciso b), acápites 17, 18, 25 y 43 de la Ley N° 4.139, sostiene la facultad del Tribunal de Cuentas de auditar haciendas paraestatales y Sociedades con participación estatal, habilitando el ejercicio del poder de policía hacendal sobre las mismas.- Y -advierte- ninguna declaración de inconstitucionalidad ///ha sido solicitada ni pronunciada, resultando vigentes y de aplicación al caso.- Aclara que ***en nada enerva la competencia adjudicada la naturaleza del B. C. S.A***.- Alude a la dada por este

Superior Tribunal de Justicia en SD 31/SRE/00, y por la Cámara de Apelaciones de Trelew en "Cardozo c/ B. C. S.A." y por la doctrina administrativista que cita.----------

------ Aduce que las SAPEM no son sólo un tipo de S.A., sino principalmente una forma de intervención del Estado en la economía mediante técnicas societarias... y que en su actividad se rigen por el Derecho Privado Mercantil y por el Derecho Público Administrativo en las relaciones con el Estado.----------

------ Considera que la interpretación que los actores efectúan de los arts. 4 y 5 de la Ley N° 21.526 (BCRA) no vulnera las competencias provinciales no delegadas sobre el poder de policía hacendal.- En cuanto al art. 55 LS que excluye el control individual de los socios en las Sociedades Anónimas con Sindicaturas, no importa desechar la atribución de control del Tribunal de Cuentas, cuando no han sido declarados inconstitucionales los arts. 17 inc. b), 18 y 25 de la Ley N° 4139 que la otorgan sobre Sociedades en que el Estado tiene representantes, estipulando el citado art. 18 la independencia de controles.- Rechaza la distinción, por inaplicable, en cuanto a la calidad de representante de los accionistas clase B, opuesta por el actor Cr. R. .----------

///--- 3.- Rechaza también la ***incompetencia por inaplicabilidad de las Acordadas del Tribunal de Cuentas***, manifestando que ***en ningún momento estuvo el Banco sin control por parte del Organismo***.-

///

Interpreta que el Acuerdo N° 308/90 (vigente para el Banco ente autárquico) se derogó por el Acuerdo 408/00, pero interregno la Ley N° 4139 sujetó el control de la SAPEM al Tribunal; que ésta data de 1995 y que los actores no pueden opinar sobre la decisión de la técnica de auditoría utilizada, legalmente adjudicada por los arts. 17 inc. b) y 18 de la última norma.----------

------ Añade que está expuesta la innecesariedad de reglamentación alguna para intervenir en el control de dicho Banco, ante lo dispuesto por los arts. 16 inc. b) y 17 inc. b) de la misma norma, y que el Acuerdo 408/00 es sólo un medio idóneo para uniformar criterios para los revisores auditores, al estar prevista por Ley la potestad, respecto de las haciendas paraestatales y Sociedades con participación estatal.- Por ello aseveran que ***no pueden aducir los actores que se haya aplicado un régimen ex post facto***.----------

------ 4. Contesta ***la incompetencia fundada en la inexistencia de Juicio de Cuentas y obligación de rendir cuentas, con la aplicación de los arts. 16 inc. b) y 25 de la Ley 4139, como reglamentación del art. 219.1 de la Constitución Provincial, en cuanto al control de lo ingresado e invertido en función del presupuesto por las sociedades con*** ///***participación estatal***.- En cuanto al art. 223 de esa Carta (rendición semestral de cuentas de todo funcionario que maneja patrimonio público), lo suma a aquel argumento, por entender que el art. 18 "in

fine" establece que las rendiciones de cuentas pueden hacerse por auditorías; mal pueden los actores sostener -dice- la incongruencia que plantean a su respecto, toda vez que en la primera norma se incluye a tales Sociedades.----------

------ 5. En cuanto al planteo ***de incompetencia por especificidad de los órganos de control del B. C. S.A***., lo resiste ***porque el razonamiento de los actores se desenvuelve en el ámbito privado prescindiendo del derecho público aplicable a las SAPEM, caracterizada como Ente Público No Estatal por la Ley 4164 –intelige-; que la actividad es de interés público, lo que torna improcedente el mismo, siendo una reiteración de otros***.----------

------ 6.- Controvierte la ***incompetencia por aprobación de la gestión, extinción de responsabilidad y prescripción*** opuestas por los actores.- Analiza los arts. 72, 261, 276, 275, 277, 296 y 298 de la Ley de Sociedades N° 19.550, por un lado y por otro, de los arts. 18, 21 y 44 inc. c) de la Ley del Tribunal de Cuentas.----------

------ Manifiesta que ***son diferentes intereses los tutelados: social en la Ley 19.550 y público en la Ley 4139.- No resulta sostenible*** -afirma- ***la aprobación de los Estados Contables por el art. 72 LS y por el art.31 del Estatuto del B. C. S.A., configurada la ///responsabilidad con prescindencia de quitus al transgredirse este último precepto.***---------
---

///

------ Expone sobre ***la jurídica exigencia de exposición por separado de las cuestiones remuneratorias de Directores y Síndicos a los efectos de la fijación asamblearia, que tiende a garantizar el impedimento del "self dealing" del Directorio y la inviolabilidad por dicha vía del tope legal del art. 261, recogido expresamente por el art. 38 inc.b) de tal Estatuto, por lo cual no es reemplazable por "la mera aprobación del Balance y Estado de Resultados", máxime -estima- cuando el "gasto en cuestión" se encuentra expuesto dentro de un global, sin discriminación de otro rubro como en el caso, y en la documental respaldatoria sólo se alude a números de notas cuyo concepto no se expone y a órdenes de imputación contable***.----------

------ Con respecto a la que califica ***"mal llamada prescripción del art. 277 LS"***, señala ***que se trata de la caducidad de la acción social de responsabilidad del art. 276 de la misma Ley -planteada para resistir e impedir el juicio administrativo de responsabilidad, advierte-, porque éste no se subordina a aquélla y porque aún no se encuentra aprobada la cuenta en el Juicio de Cuentas -se apoya en el art. 44 inc. c) de la Ley 4139***.- Agrega ***que en materia de prescripción resulta aplicable el art. 21 de ésta***.----------

///--- 7.- Estima además improcedente la ***incompetencia por jerarquía normativa*** con los mismos argumentos antes glosados en el punto 1.---

------ 8.- Respecto de la ***incompetencia por inexistencia de actos administrativos y aplicación de la doctrina de los actos propios*** remite a lo respondido en el punto anterior referido a incompetencia por inexistencia de leyes especiales, porque ***el control del Tribunal de Cuentas no se reduce a aquéllos; también se hace*** -insiste- ***sobre hechos y omisiones y sobre actos de las Sociedades con participación estatal y haciendas paraestatales***, susceptibles de producir responsabilidades, conforme a los arts. 16 inc. b), 17 inc. b), 18, 25 y 43 de la Ley N° 4139.- Critica las “”elucubraciones hermenéuticas” de los actores, que desconocen normas constitucionales y las consecuencias del carácter de ente público no estatal asignado al B. C. S.A.----------
---

------ En cuanto a la aplicación de ***la regla del venire***, opone primero que su interposición viola el principio de congruencia al no haber sido opuesta en sede administrativa.- Y subsidiariamente contesta que rechaza su aplicación para el caso, porque reconoce que no se discute que se aplique a la Administración Pública, sin embargo advierte sobre su ***interpretación restrictiva cuando está en juego el ejercicio de potestades públicas***; y se trata -concluye- la de Tribunal de Cuentas de una potestad pública de control, que tiene como Órgano constitucional.----------

///--- 9.- Aduce que carece de asidero el planteo de nulidad por ***violación del principio non bis in idem en el caso, toda vez que la duplicidad de controles no traduce per se doble condena porque se trata***

///

de materias diferentes.- La materia de lo actuado por el Tribunal de Cuentas enmarcada en las Leyes Nº 1510 -art.3- y 4139 -art. 15- desautoriza la afectación de aquel principio, al tratarse de un ente público no estatal y -dice- ***"sin perjuicio de los vicios en su constitución que mantendrían su autarquía"***, acotación que no es comprensible.----

------ A más entiende que no lo afecta, porque ***el régimen societario, en su art. 304, dispone que la fiscalización de esa Ley es sin perjuicio de la que establezcan leyes especiales, y siendo que, en la reserva del art. 121 CN, la Ley N° 4139 establece un control a las SAPEM por tutelar interés público y específico de evitar un perjuicio fiscal*** en la denominación de su art. 73 y concordantes, resulta así un interés jurídicamente tutelado.----------

------ Asimismo -argumenta- ***la materia de control es diferente: la del BCRA, sobre la actividad bancaria financiera para atender el interés público nacional; y la del Tribunal de Cuentas es la actividad administrativa de la SAPEM para atender el interés público local de la correcta administración del Estado y de las Sociedades donde éste tenga participación***; por otro lado, materia de la Asamblea, la acción social del art. 276 LS para atender el interés social.----------
///--- Encuentra falacia en la hipótesis de los actores, la que radica en la suposición de que se trata un mismo sujeto damnificado, un mismo interés afectado y una misma naturaleza de la sanción.- Y arguye que

el sujeto afectado en la primera es la SAPEM, y en la segunda la sociedad políticamente organizada toda incluída ésta que es el general de la legal administración de Estado y las sociedades donde tenga participación.- En cuanto a la naturaleza, la primera es resarcitoria en cuanto judicial, mientras que la segunda es correctiva y ejemplificadora a los fines regulatorios que todo control supone y que se autoriza constitucionalmente atribuyendo facultades jurisdiccionales administrativas sin violar la división de poderes.--------

------ Acusa indefensión porque -dice- los actores no precisan en qué elemento del acto se encuentra este vicio que a su criterio, conduciría a su nulidad.----------

------ 10.- En orden a la denunciada ***desviación de poder*** que afectaría el acto impugnado y enuncian los tres actores, sólo la responde en el juicio de P. aseverando que ***no surge en lo actuado la persecución de una finalidad distinta a la que la ley le otorga en su competencia al Tribunal de Cuentas***, destacando que el actor "se guarda de precisar" esa finalidad distinta...----------

------ Resultando la finalidad de la Ley Nº 4139 la tutela del interés en la correcta administración del Estado y de las Sociedades donde éste tenga participación, sancionando a los responsables de los daños en su ///defecto, la misma en el caso la encuentran cumplida.- Ello porque "se sancionó" a los actores por su omisión de observación, función que legalmente les correspondía, del pago de sus propios Impuestos a

///

las Ganancias con dinero del Banco "empleador" sin autorización de la Asamblea.----------

------ No contesta las alegaciones en este punto de M. y R. , que sí aclararon dónde encontraban la desviación de finalidad (Ver Punto VI- 1.3).----------

------ Añade que las penurias que alegan los actores atravesar por "la condena" que el Acuerdo N° 292/06 les impuso, no son sino las que resultan de su conducta antijurídica "motivo de la sanción" y en nada demuestran la pretendida desviación de poder.----------

------ 11.- Responde en particular -en las contestaciones de demanda de M. y R. - a la pretendida nulidad por ***violación del debido proceso***, porque no se causó indefensión, si pudo defenderse ante la justicia.- Cita jurisprudencia de este Superior Tribunal de Justicia relativa al principio de subsanación.----------

------ La ***violación del derecho de defensa, incorrecta valoración de la prueba***, también argumentada por los nombrados es resistida con los mismos argumentos: porque no se intentó en este juicio la producción ///de la prueba rechazada en la sede administrativa por "dilatoria e improcedente", la cual -añade- no es determinante para dilucidar los argumentos de los actores.----------

------ En cuanto a la nulidad por la ***falta de fundamentación del Acuerdo 292/06***, la rechaza porque entiende que dependerá de la indefensión que la misma provoque y -afirma- no la hubo.- Cita jurisprudencia de este Superior Tribunal de Justicia.----------

------ 12.- Con referencia al fundamento de las acciones que fincan en la causa penal "J. ..." (Ver punto III.4), amén de criticar la transcripción opinando que bastaba la referencia...no conforma -afirma- antecedente doctrinario ni jurisprudencial que se deba reconocer.- Tampoco el fallo que se cita -dicen- de un Juzgado Laboral de Santa Fe por no resultar pertinente.- Considera que no es necesario abundar sobre la naturaleza del B. C. S.A. -persona jurídica de derecho público o de derecho privado- y la aprobación asamblearia o no de la decisión de abonar lo correspondiente al Impuesto a las Ganancias de Directores y Síndicos con fondos de dicho Banco.- Transcribe la posición del ex Procurador SAMAMÉ en la causa "B. C. S.A. s/Hurto" (Expte. N° 18.103-B-01), sentencia del 26/12/01, considerándola de evidente importancia por tratarse de uno de los involucrados en la Resolución del Tribunal de Cuentas.- Allí el nombrado refiere a esa naturaleza, y a los objetivos de la entidad, y dice *que su actividad no resulta ser netamente comercial privada como algunas teorías sostienen*.---------

---

///--- Al responder las acciones de M. y R. , agrega un párrafo relativo a *la pretendida dependencia del Derecho Civil y el Derecho Administrativo*

///

para con el Derecho Penal que los actores intentan reflejar, pero nada concluye al respecto.----------

------ Hace reserva del caso federal, detalla la prueba documental acompañada y realiza petitorio de estilo.----------

------ VIII.- Se declaró la cuestión de puro derecho en los tres pleitos (fs. 90/91, 180/181 y 270/271).- En ninguno hubo dúplica, ni por ende, réplica.- Las causas se acumularon a autos "P. ..." por aplicación del art. 188 y 194 CPCC sin oposición de partes, refoliándose las causa.- A fs. 278 se llamaron autos para Sentencia y a fs. 279 la misma fue sorteada.----------

------ **IX.- ANÁLISIS:** ----------

------ I.- Resisten fuertemente los actores, quienes fueran Síndicos del B. C. Sociedad Anónima, la imputación administrativa que el Tribunal de Cuentas les formula por vía del Acuerdo Nº 292/06, practicándoles cargo fiscal por las sumas que la Sociedad abonara de su patrimonio en concepto de Impuesto a las Ganancias, que sostiene debieron oblar a título personal, durante los ejercicios ///contables 1997/1998, 1998/1999 y 1999/2000, encontrando en ello perjuicio fiscal.----------

///

------ A partir de algunas requisitorias -me remito a la glosa del punto III- el Tribunal de Cuentas sometió a quienes accionan a Juicio de Responsabilidad (Acuerdo Nº 290/04), y sustanciado el sumario, encontrándose acreditados los hechos que puntualizan las Conclusiones, les atribuyó responsabilidad personal y solidaria con los Directores por supuestos hechos de éstos y omisiones propias.----------

------ Se entendió por el Órgano constitucional de control externo de la hacienda pública -sintéticamente expresado- que la decisión de abonar estos conceptos, adoptada por el Directorio sin autorización de la Asamblea, en las reuniones del 17/12/98, del 28/10/99 y 9/11/00, según Actas N° 95, 121 y 143, respectivamente, fue ilícita, así como la de instruir al Área de Contabilidad del Banco para que imputara aquellos pagos a la cuenta Representación, Viáticos y Movilidad.- A los Síndicos en particular se les reprochó no haber efectuado observación legal.----------

------ Pero no aplica pena ninguna.- Los reproches, posiblemente por aquello de que no hay responsabilidad sin culpa (art. 21 de Ley N° 4139) y teniendo presente las normas invocadas, fundan el "cargo", que consiste exclusivamente en la obligación de pago de las sumas que se indican.----------
///--- II.- He de destacar preliminarmente, que no hay en este pleito hechos controvertidos.- Si bien su detalle se torna indispensable para interpretar el acto administrativo impugnado -del cual son

antecedentes- y la posición de las partes, la cuestión a dilucidar es de puro derecho.----------

------ Insisto.- Los actores no niegan el presupuesto fáctico de los cargos que se les formularon.- Cuestionarán -claro- su interpretación jurídica, mas -he de destacarlo tan fuertemente como resisten- no niegan que la Sociedad haya pagado lo que a ellos a título personal como obligados hacia la AFIP correspondía, ni atinarán a exponer justificación ninguna para ello.- Sostendrán, es natural, que la Sociedad tenía potestades para así proceder, y estas potestades y de la forma en que se ejercieron, absorberán sin más, la legitimidad de lo resuelto.----------

------ Así es que reconocerán en la Demanda que la Comisión Fiscalizadora de la que formaron parte, observó e informó a los accionistas numerosos actos del Banco que entendió contrarios a la Ley y a su Estatuto, pero "no observó" en cambio la asunción del gasto que motiva el sumario y los cargos, por no considerarlo violatorio de norma alguna.----------

///--- Esencialmente, las demandas fundarán la nulidad del Acuerdo Nº 292/06 que solicitan esta jurisdicción declare, en la incompetencia del Tribunal de Cuentas para someterlos a Juicio de Cuentas y de Responsabilidad y formular los cargos que los afectan, por los diversos

motivos que enuncian.- Así, y como consecuencia, la pretensión implica oponerse a devolver lo que se dice malpagado por la institución crediticia, porque esto es lo único que se les está reclamando a los actores, pese a los argumentos que se traen a la acción -y también a la contestación por confusión del Estado- que refieren a imputaciones punitivas.----------

------ 1.- Insistiré también entonces en que no hay aquí penas.- La que se encuentra e imputa por el Acuerdo nulidicho es responsabilidad administrativa, y ésta es de naturaleza resarcitoria, no punitiva.---------

------ Tengo presente la opinión de la doctrina que en el caso de estas Sociedades, niega a los administradores -en particular a los representantes del Estado- el carácter de funcionarios públicos, criterio que también fue seguido por este Tribunal (SD Nº 20/SP/01 – "B. C. SA s/Hurto").- Es útil sin embargo -considerando los procedimientos a los que los actores fueron sometidos, no distintos a los que se instauran para los agentes públicos- que traiga la distinción que efectúa F. (de la que participan otros muchos administrativistas) en orden a las responsabilidades, señalando la diferencia y manifestando que es un equívoco destacar la responsabilidad administrativa como una consecuencia de la potestad ///disciplinaria, y afirmando que la primera nada tiene que ver con esta última responsabilidad, que se establece por faltas de servicio y se traduce en la aplicación de sanciones.- La responsabilidad administrativa, aplicada a quienes *administran o custodian bienes o fondos fiscales, por*

///

negligente o mal manejo de los dineros públicos o de las cosas que utiliza o tiene bajo su cuidado, por un comportamiento dañoso o culpable con ellos, ampara bienes jurídicos distintos de la disciplinaria y se aplican por órganos y procedimientos específicos, aunque coexisten y puedan coincidir o no en cada caso dado.- Y añade -téngase en cuenta la época- "la responsabilidad se aquilata como tema especial en nuestros días respecto de Directores de Empresas Públicas.- Este tema es nuevo" (Derecho Administrativo – Tomo I – pág. 307/308).----------

------ V. BASAVILBASO -en el Tº III de su Tratado de Derecho Administrativo- se referirá a la que llama *responsabilidad contable*, como una especie de responsabilidad civil o patrimonial, y establece sus caracteres a partir de las diferencias que menciona con otros tipos de responsabilidad: penal y disciplinaria, calificándola como "formalmente administrativa" (pág. 549/550 ob. cit.).----------

------ Es por ello que resultan inaudibles en este juicio, las alegaciones, argumentos o afirmaciones traídas en las demandas, relativas al "non bis in ídem", propio del Derecho Penal, que en su sentido técnico apropiado, trasladado al Administrativo, indica que la misma ///conducta no puede ser juzgada dos veces dentro de una misma esfera jurisdiccional, y aplicarse dos penas distintas por una misma causa.- El principio, es en este orden aplicable a los procedimientos administrativos de índole disciplinaria o -también- sancionatoria de

policía, (el llamado Derecho Penal Administrativo) ajeno a los de naturaleza resarcitoria o restitutiva.- Porque -añadiré- si bien el Tribunal de Cuentas ejerce funciones jurisdiccionales administrativas -cuya legitimidad ha sido admitida por doctrina y jurisprudencia en la medida en que se posibilite revisión judicial, sobre lo que no me he de extender por no se materia debatida en el juicio -y como resultado, puede aplicar penas (art. 16 inc. m), 40 y 55 de Ley N° 4139) no es el caso de autos, en que la función se ha dirigido exclusivamente – insisto- a obtener el recupero de los estimados responsables, de lo pagado por el B. C. SA sin causa legítima (art.53).---------

------ Así sin desconocer que la expresión suele ser utilizada en un sentido amplio, de tal modo, que si se entiende que el principio fue opuesto desde el punto de vista de la imposibilidad de atribuir distintas responsabilidades por los mismos hechos- ha de decirse, que no puede discutirse que coexistan pacíficamente diversas responsabilidades en cabeza de un mismo sujeto frente a un sólo presupuesto fáctico: penal, civil, comercial, disciplinaria, administrativa, según el régimen jurídico a que en la múltiple funcionalidad de las conductas humanas se halle sujeto, y según los bienes o valores jurídicos que respectivamente tienden a proteger o tutelar.----------
///--- Ulteriormente me referiré a la posibilidad de coexistencia de medios procesales idóneos, esto es, acciones, para hacer efectiva distintas responsabilidades por un mismo hecho.----------

///

------ 2.- Cabe asimismo acotar, que aún cuando los antecedentes indican (véanse los informes del Contador Fiscal a fs. 56, 60/61, 138/139 del Expte. Administrativo (glosado en los puntos III.5, III.7 y III.9) y fs. 142 que ratifica aquéllos, y del Asesor Legal de fs. 141) a las normas que regulan el Juicio de Cuentas -en particular al art. 39 de Ley N° 4139- ha de estarse para el caso a lo resuelto por Acuerdo Nº 290/04, que claramente dispone la instrucción de Juicio de Responsabilidad, con sustento en los arts. 43 y 46 de la citada Ley, y éste es el que resuelve el Acuerdo N° 292/06, que se ataca de nulidad.-

------ También F., en el marco de la responsabilidad administrativa, se referirá al Juicio de Cuentas y al Juicio de Responsabilidad, ambos a cargo en esta Provincia, como en muchas otras, de este Órgano de contralor hacendal externo, que es el Tribunal de Cuentas, sustituido hoy en la Nación por la Auditoría General.----------

------ El autor dirá que el Juicio de Cuentas se realiza por la rendición obligatoria impuesta a los agentes responsables. El Juicio de Responsabilidad investiga y fija la culpabilidad por los daños ///ocasionados a los agentes y a los *bienes del erario fiscal*, sea por hechos u omisiones negligentes o actos dolosos (Ob. cit. pág. 871).- Y si bien éste en principio está previsto para los supuestos de responsabilidad

que no es emergente de la rendición de cuentas, puede derivar de ella.----------

------ GIULIANI FONROUGE, enseñará que la finalidad del Juicio de Cuentas es examinar la gestión de manejo de bienes del Estado, y en su caso determinar las responsabilidades derivadas de esa tarea (en "Derecho Financiero", Tº 1, pág. 300).----------

------ Analizando el sistema que antiguamente regía en el orden Nacional -de gran semejanza con el instituido por Ley N° 4139- este autor recuerda que el Tribunal de Cuentas de la Nación ejercía dos funciones: *de control administrativo y jurisdiccional* (en el Decreto Ley 23.354/56, régimen de contabilidad nacional).- En cuanto a la *función de control administrativo*, al Tribunal de Cuentas le correspondía el *control externo de la marcha general de la administración y de las haciendas paraestatales*, ***así como la fiscalización de las empresas estatales y de las entidades de derecho privado en las cuales intervenía el Estado; tenía la facultad de analizar los actos y observarlos***.- El control no sólo alcanzaba a su aspecto contable, sino a todos los actos y personas vinculados con la actividad financiera del Estado… era un control de legalidad, no debía entenderse restringido sino con alcance a todo aquello que importara una "irregularidad formal"… pero no se refería a las formas de los documentos, sino a la concordancia de los actos ///examinados con las normas legales o reglamentarias que los regían; por lo mismo excluye cuanto se relacione con la política del gobierno (Ob. Cit. Tº 1, pág. 296, con cita de BIELSA).- El autor advierte que

///

se eludía -en aquel ordenamiento que regulaba el Juicio de Cuentas- enumerar las causas de impugnación... para utilizar una sola expresión genérica: ***observación***.- Se facilitaba su comprensión y quedaba librado al Tribunal de Cuentas la apreciación de los casos en que podía objetar los actos.- Los actos y omisiones violatorios de disposiciones legales o reglamentarias, importaban "responsabilidad solidaria" para quienes los disponían, ejecutaban o intervenían y sólo quedaban dispensados de ella los agentes que advertían por escrito a sus superiores, la posible infracción que aparejaba el cumplimiento de las órdenes respectivas.----------

------ Asimismo, el Tribunal de Cuentas ejercía otras funciones de tipo jurisdiccional, que alcanzaba no sólo a los agentes de la administración nacional, sino también a ***los estipendiarios del Estado*** (concepto éste mas amplio y genérico aplicado a todo el que recibe dineros del Estado) que se desarrollaba en dos formas: el Juicio de Cuentas y el Juicio de Responsabilidad.- El doctrinario -ob. cit. pág. 297- advierte que no obstante el empleo de la palabra "juicio" para designarlos se desarrollaban inicialmente en forma de proceso sin controversia, sin contienda propiamente dicha -examen de cuentas en un caso, sumario unilateral en otro- y la acción técnicamente ///jurisdiccional (alude a la acción de responsabilidad civil) tenía lugar ulteriormente, en el caso de ser objetadas las cuentas o al declararse la presunción de responsabilidad de los agentes o de terceros.-

Cotejando la competencia del antiguo Tribunal de Cuentas nacional con la Corte de Cuentas de Francia, el autor establece entre otras, que ésta sólo aprecia "cuentas" y acota ***el tribunal argentino fijaba además responsabilidades por irregularidades no emergentes de una rendición de cuentas***.- Mientras la Corte francesa juzga objetivamente y no a las personas, por lo que no establece responsabilidades ni aplica sanciones -compara- el Tribunal argentino procedía ***objetiva y subjetivamente, apreciaba cuentas, determinaba responsabilidades y aplicaba sanciones.***----------

------ Interpreta además, que no existía incompatibilidad en la sustanciación simultánea o sucesiva de ambos juicios -de Cuentas y de Responsabilidad- con respecto a las mismas personas, *por versar ellos sobre cuestiones distintas*.- Por eso -señala- la Ley permitía que los obligados a rendir cuenta fueran pasibles del segundo proceso, con anterioridad, durante o después de la rendición.- En el primer caso -es decir antes- cuando se concreten daños; después de aprobadas las cuentas, al surgir un daño imputable a culpa o negligencia del responsable; y en cualquier momento, cuando se trate de actos, hechos u omisiones extraños a la rendición de cuentas (ob. cit. pág. 301).----------

///--- Así resulta claro además de la Ley N° 4194, que luego de establecer que todo estipendiario responde por los daños que por su culpa o negligencia sufra la hacienda pública y quiénes están sujetos a la jurisdicción y competencia del Tribunal -art. 21 y 25- ha

determinado los obligados a rendir cuentas -art. 26-, susceptibles de ser sometidos al Juicio de Cuentas, los sujetos a Juicio de Responsabilidad -art. 39- y la posibilidad de someter a los obligados, a ambos -art. 44-.----------

------ De acuerdo a estos conceptos, y si bien según lo que digo en el primer párrafo, ante la decisión clara de instaurar Juicio de Responsabilidad, parece inoficioso dirimir aquellas defensas que tren los accionantes referidas -particularmente- a la improcedencia de ser sometidos a Juicio de Cuentas por la especificidad de la función sindicatural que cumplen para la Sociedad (punto VI.1.1.c), y ante ella, o en función de ella, entender que no está obligados a la rendición semestral, la que según sostienen nunca fue exigida, no lo es tanto establecer ahora, que ***los administrados por el Directorio y fiscalizados por los Síndicos del B. C. SA, son dineros fiscales***.----------
---

------ Miguel MARIENHOFF, después de historiar orígenes y evolución del concepto de Fisco, nos dirá que "actualmente se denomina Fisco, al Estado cuando desenvuelve su personalidad en el ///campo del derecho privado…sirve para designar al Estado considerado como sujeto de derechos pecuniarios, de índole patrimonial de derecho privado".- Y concluirá: los bienes que integran el dominio privado del Estado son bienes fiscales... (Tratado de

///

Derecho Administrativo – Ed. Lexis Nexis – pág. 75/76) - ***Si se consideraran*** -repito- si se consideraran - tal las acciones Clase A del Banco, y sin perjuicio de lo que más adelante he de analizar, los actores no pueden negar esta calidad frente a la realidad de cómo se constituye el patrimonio del B. C. SA, sobre lo que más adelante me extenderé.----------

------ De cualquier modo, entonces, y mas allá de los distintos objetivos -como dice FONROUGE- entre ambos "juicios", en definitiva procesos administrativos, obligados o no a esa rendición, la situación jurídica resistida en autos ha de examinarse a la luz del art. 25 y concordantes de la referida Ley e -ineludiblemente- de la Constitución Provincial.----------

------ III.- Efectuadas estas aclaraciones, y en tanto lo fundamentalmente discutido es la competencia del órgano público, habré de recordar que la misma, desde una concepción tradicional, no es sino la medida de la potestad atribuida por el ordenamiento a un órgano jurídico o un ente, que equivale en el Derecho Administrativo, a la capacidad en el Derecho Privado con una diferencia: mientras en éste la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción, en el Derecho Administrativo el principio se invierte, y no es concebible la ///existencia de potestad estatal sino a partir de una norma habilitante (Conf. LINARES "La competencia y los postulados de la permisión", Rev. Argentina de Derecho Administrativo, N° 2, Sec. Doctrina, Publicación de la Universidad del Museo Social Argentino, Bs. As.

///

1971, pág. 14, conc. CNCAF - Sala I - en "Gas Natural Ban S.A....", nº 33.167/00, del 9/05/02 - voto del Dr. Licht); Sala V, 2/09/98, en "Tandecarz..." Res.3397/3398/96 2662/95", Causa: 25.156/96).---------

------ Esta relación inescindible entre norma y el accionar del Estado, recuerda COMADIRA, fue denominada por MERKL "principio de juridicidad" y considerada por el autor austríaco como una ley jurídico-teórica en virtud de la cual todas las acciones del Estado, y entre ellas, las administrativas, son funciones jurídicas en el sentido de que ninguna conducta puede ser imputada a aquél sin una norma que así lo establezca.----------

------ Esta habilitación normativa expresa -dice el autor- como sustento de la competencia estatal, ha sido mantenida en el tiempo, pues aunque la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido poderes "implícitos o inherentes", ellos -se dijo- carecen de independencia y sustantividad, no exceden el alcance meramente auxiliar, instrumental y subordinado, pues no pueden implicar un desconocimiento de que el principio que sostiene el diseño institucional de la República es que ningún poder puede arrogarse ///mayores facultades de las que le hayan sido expresamente conferidas (Fallos 322:1616 -"Fayt..."19/8/99 – 318:1967 "Peláez..." – 19/10/95).- Sin embargo -ejemplificará- cuando ha tenido que resolver en particular respecto de órganos determinados, no se ha encuadrado

en este marco conceptual, y ha discernido las competencias por el principio de la especialidad, involucrando en ellas los poderes “razonablemente implícitos”. Concordante, el Cuerpo decía en la SD Nº 7/SCA/06 -mi voto- “la competencia es al órgano administrativo, lo que la capacidad al sujeto de derecho privado, y se "tiene" en el marco de los poderes atribuidos por las normas positivas.- Así surge, en contraposición a aquello que es propio, en general, de los sujetos privados, que la Administración no puede obrar sin que el ordenamiento lo autorice en forma expresa o razonablemente implícita (CSJN Fallos: 254:56; 307:198)”.----------

------ A partir de allí el doctrinario citado postulará ciertas premisas, que aplicadas habrán de determinar el alcance de la potestad atribuida a un órgano: la primera, el texto expreso de la norma atributiva; luego, los componentes razonablemente implícitos (el de realizar todos los actos necesarios para el cumplimiento de su finalidad, el paralelismo de las competencias), sin perjuicio de las prohibiciones que puedan derivar de otras normas o principios constitucionales o legales operantes, no sólo para proteger los derechos individuales, sino también para preservar adecuadamente el interés público, ambas, dimensiones tuitivas del derecho Administrativo; y finalmente, los propios de la naturaleza o esencia ///del órgano que se trate, potestades propias y originarias de éste que no requieren una expresa enunciación normativa (“Los criterios para determinar el alcance y las competencias de los órganos y los entes del Estado” – Julio Rodolfo COMADIRA en la obra colectiva

///

"Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público" – ED. RAP 2005).----------

------ IV.- Dicho esto, se impone comenzar el análisis de esta controversia, examinando las dos normas provinciales que en el caso convergen, sobre cuya preeminencia aplicativa no hay acuerdo: la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas Nº 4139 (B.O. del 28/11/95) sin descuidar la Constitución Provincial a la que reglamenta, y la Ley Nº 4164 (B.O. del 15/02/96), por la cual la Honorable Legislatura determinó la transformación del que fuera Banco de la Provincia del Chubut, ente autárquico del Estado Provincial, en una Sociedad Anónima con Participación Estatal Mayoritaria, denominándola B. C. S.A. y estableciendo -expresamente en su art. 1º- que sería continuadora de aquél en todos sus derechos y obligaciones y lo haría en el carácter de Banco Oficial de esta Provincia.----------

------ 1.- Irrumpe esta "forma" societaria en la Provincia, como resultado posiblemente -algunos autores lo señalarán- de coyunturas económicas o de iliquidez, procurando preservarlas como unidad económica-financiera en funcionamiento, de una actividad que se ///estimó de relevante interés público, como lo demuestra la enunciación de objetivos contenidos en el art. 3 del Estatuto aprobado como Anexo en la misma Ley : "…concurrir con el crédito a la promoción de la producción agrícola ganadera, industrial y mineral,

atender … las necesidades del comercio, de la construcción, el turismo, los distintos servicios y factores de la economía en la Provincia y todo aquello que tienda justificadamente al bien común, todo ello conforme las reglamentaciones que dicte el Directorio….fomento de actividades productivas, siempre que sea justificable por los beneficios públicos que reporte…edificación de viviendas…actividad inmobiliaria".----------

------ El art. 1 de esta Ley que operó la transformación, expresó *"…regida por las normas de los arts. 308 a 314 de la Ley N° 19.550, T.O. Dto. N° 841/84…".-* El art. 6° dispuso que el 10% de la acciones sería otorgado al personal…, el 7° que el Poder Ejecutivo ejercerá los derechos inherentes al Estado Provincial en su condición de socio.- El art. 14 constituye al Estado en garante de las operaciones del Banco; el art. 15 declara la Ley de orden público provincial.- El Estatuto a su vez -en lo que a este juicio puede interesar- insistirá en la sujeción a la Ley de Sociedades, impondrá prohibiciones a la gestión del ente, fijará el capital social, otorgará al Estado el 90% accionario (Acciones Clase A).- Establecerá asimismo la integración del Directorio: 10 Directores, 6 titulares y 4 suplentes de los cuales 8 eran designados por el Estado Provincial (Presidente y Vice con acuerdo legislativo - 3 titulares y 3 suplentes) y de la Comisión Fiscalizadora, que integraron 10 Síndicos, ///5 titulares y 5 suplentes, de los cuales 8 los designa el Estado, 2 a propuesta de la minoría parlamentaria, fijando sus obligaciones.- La Ley Nº 5.116 (B.O.5/01/04), modificó a posteriori esta integración, disminuyendo el número de Directores a 5 de los cuales 3 designa el

///

Estado (Presidente, 1 titular y 1 suplente), y de Síndicos: 6, 3 titulares y 3 suplentes de los que 4 (2 titulares y 2 suplentes) nombra el Ejecutivo, 2 a propuesta de la minoría parlamentaria.- Regula sobre las Asambleas, el ejercicio social (finaliza el 30 de Junio de cada año), el régimen jurídico laboral del personal, disolución, prórroga y liquidación.----------

------ Con basamento en ella es que los actores niegan las atribuciones que el Tribunal de Cuentas ejerciera y eclosionara en el acto opugnado, aferrándose a la forma societaria dada -SAPEM- alcanzada -dicen- de manera plena por la Ley de Sociedades Nº 19550, sus ampliatorias y modificatorias, fundándose en la especifidad de los órganos de control societarios, afirmando que el único control de la porción accionaria del Estado Provincial, previsto por el legislador, deviene de sus representantes en el Directorio, entre ellos su Presidente, y la mayoría de los miembros de la Comisión Fiscalizadora.- En particular, aducen que si ya han sido aprobados el Balance y los Estados Contables por la Asamblea, quedaron incluidos los "gastos" cuestionados por dicho Tribunal, porque no fueron objetados, ni insinuada siquiera la posibilidad de iniciar la acción ///social de responsabilidad o individual contra ellos, por su actuación como Síndicos, sino que fueron ratificadas sus respectivas gestiones.---

------ 2.- Ahora bien, estando a los conceptos que he desarrollado antes en este análisis (IX. III), la habilitación legal de competencias al Tribunal de Cuentas, comienza por la Constitución de la Provincia.- Porque quienes accionan han procurado denostar la competencia del Tribunal de Cuentas, acudiendo a la naturaleza jurídica del B. C. , dada por Ley N° 4164 – SAPEM regida por Ley N° 19550- mas han desdeñado la naturaleza del Tribunal de Cuentas, cuya concepción tampoco es pacífica.- Si para algunos es un órgano de la Administración pública con independencia funcional (HUTCHINSON – SCBA), para otros, se encuentra en una zona ambigua, entre el Ejecutivo y el Legislativo (REGODESEBES), o bien, es un órgano de control delegado del Poder Legislativo (COLLAZO – SCARFONI ARAGUEZ), o -y es esta la tesis que comparto- un Tribunal de la Constitución, no dependiente del Ejecutivo, que ejerce las funciones delegadas (art. 20 de Ley N° 4139) y atribuidas por la propia Constitución y los conflictos que debe dirimir son entre la administración y sus órganos, llámense funcionarios o empleados públicos, estipendiarios o cuentadantes (CASTIGLIONE, Antonio con cita de MARIENHOFF, en LL 1998-A-1026).- En cualquiera de esas posiciones, es evidente, sus funciones lo colocan “por sobre” todas aquellas personas físicas o jurídicas a quienes tiene la potestad y el deber de fiscalizar.----------

///--- En este orden y por imperio de la Constitución Provincial, la administración del patrimonio del Estado (sobre este continente habré de volver) está sometido a su control externo.- Así, la misma

señala que a dicho Órgano le corresponde ***"controlar la legitimidad de lo ingresado e invertido, en función del presupuesto, por ... empresas del Estado, sociedades con participación estatal..." (art. 219.1 en su primer párrafo)***.- Esta referencia la agrega la ***nueva Constitución -de 1994-*** sin hacer distingos entre unas y otras; ni entre Sociedades en las que el Estado tenga participación mayoritaria o no (a la fecha desde hacía varios años vigente la Ley Nº 19550, que incorpora con modificaciones, la regulación del "tipo" SAPEM que había sido dada por Ley Nº 17318), los constituyentes lo impusieron de tal control.----

------ La Ley N° 4139 -reglamentaria de esta manda- expresamente, en su art. 16 inc. b)- estableció que *"corresponde al Tribunal de Cuentas....b) fiscalizar y vigilar las operaciones y cuentas de* ***las Haciendas Paraestatales****, entendiéndose por tales aquellas* ***entidades de derecho público o privado*** *en cuya dirección o administración tenga el Estado Provincial representantes o responsabilidad, a los cuales éste hubiera asistido con: aportes de capital; garantizado materialmente su solvencia o utilidades; les haya acordado concesiones, privilegios o subsidios para su instalación o funcionamiento"*.- Redacción similar ésta a la de la antigua norma de Contabilidad Nacional (Dto. Nº 23.354/56 - arts. 84 inc. a) y 138) como lo hace notar Miguel MARIENHOFF (Tratado de Derecho ///Administrativo TºI -pág. 523) que desde su posición consideraba "poco alabable" el texto del precepto en cuanto comprendía en la denominación de entes paraestatales a las entidades de derecho

privado.- A su juicio sólo debían considerarse paraestatales, las personas jurídicas *públicas no estatales*, pues eran éstas las que están y actúan *al lado del Estado, colaborando con él en la satisfacción del interés general*.- Aunque como se ve por los objetivos de creación de esta SAPEM en particular -el Banco- ya no es así.----------

------ Estando entonces a la definición que la propia norma efectúa de Haciendas Paraestatales, claramente queda expuesto qué entes el legislador consideró que debían ser fiscalizados, describiendo sus características.----------

------ De allí, que considero:----------

------ 1.- que el Directorio del B. C. , está integrado en mayoría por representantes del Estado Provincial - según antes lo describí- a más de los que especialmente se facultan para intervenir en las Asambleas Ordinarias en representación del Poder Ejecutivo cuando no asiste su titular -el Gobernador de la Provincia; ----------

------ 2.- que la relación del Estado Provincial con el B. C. SA se desenvuelve en una posición de cierto privilegio respecto de otros Bancos, lo que surge de su misma condición de Banco Oficial, agente financiero del Estado Provincial (art. 1 y 3 de la Ley y 41 del ///Estatuto: recaudador de rentas y pagador de sus obligaciones – incluidos los salarios del personal de la APP a quienes se obliga a mantener allí las cuentas “laborales”- seguros sobre bienes y personal,

///

ART, receptor de la totalidad de los depósitos oficiales y judiciales), con las exenciones impositivas que autoriza el art. 4º y los objetivos estatutarios que he descripto al iniciar este acápite;----------

------ 3.- que son sustanciosos los aportes de capital que el Estado Provincial efectúa, y lo hace ***conforme las "previsiones presupuestarias"***, lo cual emerge de actos específicos, todos publicados en el Boletín Oficial.- Vg. por Dto. N° 160/02 BO 7/3/02), se efectúa un ***aporte irrevocable*** en su capital para integrar futuros aumentos de éste, se efectúa la ***cesión de un crédito que el Estado provincial mantiene con el estado Nacional*** y "se instruye a los Directores designados por el Estado Provincial" en dicho Banco para propiciar un aumento de capital que permita formalizar dicho aporte; por Dto. 1301/03 (29/08/03), aludiendo a que se requiere una importante capitalización ... se consideró que resultaba posible realizar la integración inmediata de cierto capital por medio de un ***aporte irrevocable*** en el capital del Banco, previendo futuros aumentos del mismo, lo que ***se imputó al Presupuesto de la Administración en la Partida 613 -que corresponde a Instituciones Públicas Financieras, Ejercicio 2.003***.----------

///--- Esto determina, en una primera conclusión, que éstos -los aportes- son gastos públicos.- V. (en Curso de Finanzas y Derecho Tributario – pág. 36, 37, 38, 39) enseña, que aquéllos no sólo deben

ser estudiados como causa de los ingresos para poner en funcionamiento las actividades mediante las cuales se satisfacen necesidades públicas.- La evolución del concepto demuestra que el gasto público es un importante factor de distribución del ingreso y del patrimonio nacional, de estabilización económica, de incremento de la renta con influencia decisiva sobre aspectos tan esenciales como la plena ocupación, el ahorro, la inversión.- En la actualidad -decía hace ya años- es un medio de acción del Estado, un instrumento de gobierno de importancia decisiva por su efecto directo e indirecto sobre la actividad económico social de la colectividad.----------

------ Señalaba el autor como sus características esenciales, el ser erogaciones generalmente dinerarias, efectuadas por el Estado (todas las sumas que por cualquier concepto salen del Tesoro y consisten en empleos de riqueza…siempre que de una u otra forma incidan sobre las finanzas del Estado (se funda en FONROUGE – su obra- T I pág. 194) y deban ser solventados mediante la recurrencia a sus ingresos.- Así en virtud de ley, aunque la relación no sea inmediata y para cumplir sus fines consistentes en la satisfacción de necesidades públicas, inclusive finalidades económicas – regulación o incentivamiento de la economía general o sectorial.- En el caso de empresas públicas comerciales e industriales, añade, podrían no figurar detalladamente en el Presupuesto general y únicamente se ///reflejan en él en forma de ***aportes*** para instalación, ampliación o cubrir déficits de explotación...----------

///

------ Así, reitero, los aportes de capital al Banco, constituyeron en este marco, gasto público, emergente de presupuesto, y los actos por los cuales se formalizan -citados antes- dan cuenta acabada de ello.---------

------ Y a más, tengo que concluir en que por todo lo dicho se trata de una Hacienda Paraestatal, que el Tribunal ***debe "fiscalizar y vigilar las operaciones y cuentas"***, y debe hacerlo porque así lo marca la Ley cuando le fija atribuciones y deberes mínimos en el mentado art. 16 inc. b), el que es concordante con los art. 17 inc. b) y 25 que ***las sujeta a su jurisdicción y competencia***, y ha sido revestido de facultades amplias para actuar, sea por auditorías u otros procedimientos, y en su caso, proceder a efectuar el Juicio de Cuentas y/o Juicio de Responsabilidad, si las circunstancias constatadas lo justifican.----------

------ El art. 17 citado, en su inc. b), lo atribuye para ***"constituirse en cualquier organismo del Estado... y Haciendas Paraestatales para efectuar auditorías, comprobaciones, verificaciones o recabar los informes que considere necesarios..."*** -Y el art. 18 a establecer para las Haciendas Paraestatales ***"otros sistemas de fiscalización (auditorías) cuando así lo exija o haga conveniente, la naturaleza especial u ///organización de los mismos*** -hasta puede contratar servicios profesionales externos cuando las circunstancias así lo requieran-".-----

------ Frente a este plexo normativo claro, es en ***verdad ocioso discernir si reglamentó o no tales facultades, o si recién en el año 2000 dictó una Acordada en la que establece cómo ejercerá el control contable del B. C. SA.*** La norma es operativa por evidente de que no requiere de aquélla para ser aplicada.- Tan es así, que aún cuando la Acordada viene a establecer cuál es la documentación que requerirá periódicamente a la entidad, podría exigirle la presentación de otra, según sea necesario en cada caso, y con la periodicidad que estimara.- Sus facultades para ejercer el control sobre las haciendas paraestatales -otorgadas por la Ley- son amplias.----------

------ 3.- Atento lo que vengo de analizar entonces, son improponibles los argumentos de los actores en cuanto fundan la incompetencia del Tribunal de Cuentas que sustenta sus acciones, en que el B. C. SA es una SAPEM regida en forma excluyente por la Ley de Sociedades.------ ----------

------ Ha de verse, que la Provincia del Chubut en el responde viene argumentando que éste, como SAPEM, está regida "prioritariamente" por el Derecho Privado Mercantil y por el Derecho Público Administrativo en las relaciones con el Estado, ***en cuanto a la dirección, control y la sujeción al planeamiento y directivas, y a las específicas del derecho societario***.- Justifica en doctrina y lo funda en ///que el Estado crea tales sociedades con la finalidad de atender actividades consideradas de interés público, lo cual las diferencia del mero interés de lucro seguidas por las restantes personas jurídicas de

///

carácter meramente privadas.- Cabe agregar que además, como institución financiera está regulada por la Ley específica y sujeta a la jurisdicción y control del Banco Central de la República Argentina.----

------ Y no veo ningún impedimento en que así sea.- Por su origen, su naturaleza, sus objetivos, su actividad específica, su desenvolvimiento, muchas son las normas que lo condicionan.- Como a cualquier persona, física o jurídica en un Estado de Derecho.----------

------ 3.1.- Admito que ocupa bastante a la doctrina el analizar los conflictos que suscita interpretar cuál es el derecho aplicable a las SAPEM.- El estudio que he efectuado de aquélla, sea Administrativa, sea especializada en Derecho Societario, da cuenta de la "aparición" de estas figuras como manifestaciones de la transformación el Estado benefactor al Estado "subsidiario" caracterizado por el "intervencionalismo" -en términos de CASSAGNE- en el campo de la gestión económica, que se justifica en el bien común, y hasta conduce a la mutación del clásico concepto de "potestad". Las Empresas del Estado, como forma descentralizada de este accionar, y las Sociedades del Estado, de Economía Mixta, Anónimas con participación estatal son sus formas "instrumentales.- Y pareciera existir cierta ///contradicción entre la forma instrumental elegida y la finalidad que persiguen estas Sociedades -especialmente las Anónimas que el Estado crea- no por el afán de participar en actividades económicas, no con

fin de lucro, sino en pos de objetivos de interés general.- Para BALBIN integran la Administración Pública descentralizada aún cuando no cumplen un fin público específico o típicamente administrativo, porque -estima- tales Sociedades han sido creadas por un acto de autoridad estatal, tienen personalidad propia, poseen patrimonio estatal y a su vez, lo dicho: los fines que persiguen suponen el cumplimiento de objetivos de bien común.----------

------ Este autor hace notar, que una de las características que presentan todas las Sociedades Comerciales que han sido reguladas en Ley Nº 19550, es el fin de lucro, esto es, que a través de su actuación se pretende la obtención de ganancias.- Sin embargo las Sociedades Anónimas creadas por el Estado Nacional -analiza- no persiguen con su actividad la obtención de beneficios de naturaleza económica, tal como lo haría un empresario privado, sino que...dichas formas societarias tienen por objeto desarrollar actividades dirigidas a cumplir con fines de naturaleza pública que, en consecuencia, no persiguen un lucro sino satisfacer una necesidad de la colectividad (repárese en los objetivos del art. 3 del Estatuto del +).- Al igual que ocurre con las Sociedades del Estado -sigue- la elección de esta forma societaria -Anónima- responde a la necesidad de permitir una mayor flexibilidad y dinamismo a la actividad que deberá desarrollar para cumplir con los cometidos que el Estado le ///encarga y que, en muchos aspectos, resultan equiparables desde un punto de vista fáctico a las actividades que despliega una empresa comercial privada.- Por lo que descarta que se trate de entes privados.-

///

(Régimen jurídico de las actividades empresariales del Estado. Las empresas absorbidas por el Estado - Carlos F. BALBIN, pág. 631/633, en la obra colectiva Organización Administrativa, función Pública...que antes he citado – Ed. RAP 2005).----------

------ Esta caracterización -dice- conlleva a asumir que existen diferentes aspectos de la actuación de estas Sociedades sometidos expresamente a las disposiciones del Derecho Privado -en lo que hace a lo específico del objeto de su actuación y en lo relativo a su organización y gobierno- y en ese sentido es posible diferenciarlas de los entes descentralizados y su régimen.- En efecto, el interés público comprometido -en el caso de las SAPEM- es de carácter mediato y en consecuencia dichas actividades están sujetas a las norma del derecho privado.- Sin embargo ello no obsta a que bajo un sistema aparentemente privado, se oculte un régimen de fuerte interés público, cuyas connotaciones típicas de Derecho Administrativo se imponen, en caso de duda, por sobre los principios de las Sociedades privadas.----------

------ HALPERÍN expondrá que las críticas que las SAPEM suelen merecer, se refieren menos a su técnica que a la política económica de ///los gobiernos que hicieron su aplicación.- Señalará que entre sus reglas de constitución y funcionamiento, requieren pluralidad de constituyentes, aunque todos sean estatales.- Y acota: de lo

contrario...si el Estado es socio único... ***sólo habrá un ente estatal organizado como una Sociedad Anónima, esto es, estructura societaria y nada más*** (Sociedades Anónimas – Depalma – págs.731 y 734).- Pondrá de manifiesto su fracaso, y citará a D´ANGELO, en cuanto expone que la Ley Nº 19550 sólo prevé un régimen genérico, mas la competencia para crearlas es de Derecho Público.----------

------ CASSAGNE, destacará que en estos entes, la nota común está dada por la aplicabilidad predominante ***-casi*** exclusiva- el Derecho Privado o Mercantil, sin perjuicio de las parciales injerencias determinadas por la presencia estatal, especialmente en materia de ***dirección y control*** que sobre ellas ejerce la Administración considerando asimismo que en definitiva, ninguno de los criterios esbozados hasta ahora para definir con carácter universal los derechos Público y Privado logra imponerse, pues la contingencia histórica e institucional de cada Estado torna prácticamente imposible la tarea.- (Derecho Administrativo – Tomo I – pág. 416, 419, 420).- Menciona que el ***poder de dirección*** se proyecta a la Sociedad como deber de observar las directivas generales y particulares que se le impartan, y la naturaleza vinculante del planeamiento estatal en la programación de sus actividades (***Véase si no, con respecto al B. C. , la Ley N° 4301, que incorporó un aumento de capital, ordenando que "deberá ser destinado en su totalidad a la generación de una línea de ///crédito para…", indicando plazos, tasa, y condiciones para ser beneficiarios…con obligación de rendición semestral al Poder Ejecutivo…información al Legislativo***).----------

///

------ Citará a GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, en tanto señalan que la realidad subyacente a la forma mercantil, obliga a regular aspectos de la misma por el Derecho Público.- Pero esta regulación es parcial y de excepción en el régimen de la entidad, salvo las derogaciones específicas propias de la regulación normativa aplicable a cada tipo societario (Curso de Derecho Administrativo - T. I – pág. 409).- Derogación específica o exclusión de un régimen general que desde ya señalo, no ha ocupado al legislador provincial.----

------ E. GROISMAN dirá, que no basta "decir" que una sociedad estará regida por el derecho privado para que así sea.- Entiende que el derecho privado nunca puede regir por entero el acto de un ente estatal sino cuando más uno de sus elementos: el objeto.- Aunque considera que no son de ese tipo las sociedades creadas por la Ley Nº 17.318 -explicaba analizando en su origen a las SAPEM, en un artículo del año 1971- ***el capital estatal que en ellas se invierta*** obligará -determinará- una serie de consecuencias.----------

------ Una de ellas -indica- es el control sobre la inversión de esos fondos.- Si bien -refiere- el mensaje que se acompañó a la Ley Nº ///17.318 reconoció la necesidad de controles y dijo haberlos previsto, no estableció ninguno -sólo el que corresponde a la Dirección Gral. de Personas Jurídicas, por el hecho de tratarse de Sociedades Anónimas.-

Por ello, señala- ante la existencia de "fondos públicos", ello hace posible la intervención del Tribunal de Cuentas; pero esto dependerá -interpreta- de que el Estado incluya la sociedad dentro de las denominadas haciendas paraestatales y de que el mencionado Tribunal decida hacer efectiva su intervención (E. I. GROISMAN "Acerca del régimen jurídico aplicable a las sociedades anónimas con capital estatal mayoritario", LL 143 (1971)-1204).-------

------ En una posición extrema, Claudio VIALE (con cita de VILLAR PALASSI, VILLAR EZCURRA y Rodolfo BARRA), considerará que las acciones de estas Sociedades del Estado –SAPEM- son patrimonio del Estado, pero –argumentará- la noción que de patrimonio da el art. 2311 del CC (y su nota) no puede trasladarse de un modo simplista al ordenamiento público estatal.- Expresará que el Estado, como consecuencia de su sustancia instrumental que lo habilita solamente a actos de administración y no de disposición, no es titular de derechos, sino de potestades.- En definitiva, no es "domine" sino "vicario".- Las cosas y bienes que gestiona son de gran diversidad, dispersas en unidades organizativas y numerosas administraciones, por lo que no se da la homogeneidad que exige la noción de universalidad del derecho privado.- Se rige entonces por un principio de "comunicabilidad de patrimonios" que determina una remisión a la unidad.- Por ende, estas disparidades entre la situación de los ///particulares y el Estado imponen un ordenamiento jurídico distinto, y las normas del derecho común no le son aplicables -así opina- aunque se trate en algunos casos de las mismas cosas u objetos, y su

///

semejanza lleve a asignarles el mismo nombre; ***tal el caso de las denominadas "acciones" de las Sociedades del Estado***.----------

------ Estima el autor, en interesante construcción, que el CC cuando hace referencia a los "bienes del Estado" en realidad no está estableciendo su régimen jurídico, sino determinando límites conceptuales del derecho real de dominio que regula las situaciones particulares.- No aborda el tema del patrimonio del Estado, lo cual relega al Derecho Administrativo (arts. 2336, 2337 inc. 1), y luego de referirse al dominio público y a los bienes estatales, afirma que respecto de ellos no hay una relación de dueño, sino de administrador, es decir, son afectados a un objetivo social determinado y para ello se predisponen las potestades necesarias para su gestión.- En consecuencia -asevera- que las acciones de las Sociedades del Estado no son bienes en el sentido civil, ni comercial, pues no cumplen con ninguno de los requisitos de los títulos comerciales como consecuencia de no representar la "propiedad" de capital..., pero aún considerándolos bienes, por tratarse de medios materiales predispuestos por el ordenamiento jurídico para el cumplimiento de una función pública, son indisponibles libremente y requieren un proceso regulado de afectación y desafectación (La ///acción societaria en la Sociedad del Estado – En XXXIII Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo – publicada en RAP – 361, pág. 323).----------

------ Coincidente -cita- la Suprema Corte de Buenos Aires, sin entrar al análisis de la naturaleza de las acciones- entendió que el paquete accionario de ,mS.A. debía ser encuadrado dentro del patrimonio del Estado cuya regulación corresponde al Derecho Público; que "la transformación -en el caso- del organismo (ex DEBA) y su sometimiento a un régimen preponderante del Derecho Privado, decidida en el marco de una política de organización estatal, no tiene potencialidad para convertir el patrimonio público en capital privado.- Siendo así su administración no puede quedar exenta de los controles externos instituidos, precisamente para su defensa.- Lo expuesto es suficiente para considerar que el capital social y giro de E. S.A. constituye una renta pública y fondos públicos en los términos de los inc. 1 y 2 del art. 159 de la Constitución Provincial" (E. S.A. c/Tribunal de Cuentas de la Pcia. de Bs. As...." causa B 54.015 del 13/9/06).- En idéntico sentido la minoría en fallo de una Cámara Civ. y Com. de Córdoba (la mayoría resolvió la inadmisibilidad formal del recurso) considerando un caso de embargo autorizado sobre el paquete accionario de una Sociedad del Estado que gira como S.A, sujeta a la Ley de Sociedades Nº 19550 y en la que la totalidad del capital es estatal, sostuvo inaplicable al caso la regla de que "el patrimonio es prenda común de los acreedores", y afirmó que las acciones de esta SA no son bienes que se encuentren dentro del ///comercio, sino simplemente una manera de instrumentar las potestades que tiene la AP para administrar los bienes que le

///

corresponden a dicha sociedad" (Coop. Obras y Serv. Púb. Río III..." Cám CC de 1º Nom. A.I. 23/5/06).----------

------ Como corolario el autor dirá, que estas acciones son instrumentos que acreditan una situación más *hacendal* que jurídica, y el ordenamiento aplicable será la Constitución Provincial y el Derecho Administrativo, porque la Sociedad Anónima es un "ropaje" instrumental que utiliza la AP para cumplir más acabadamente determinados fines públicos que integran el bien común, como una "técnica formal de gestión".- A la postre, estimará directamente inaplicables las norma de Ley Nº 19550.----------

------ 3.2.- Comparto algunos aspectos de esta última concepción, pero mas bien adhiero a las tesis composicionales.- Como bien dice LINARES, cuando alude al fundamento gnoseológico de la tarea de interpretar la Ley, la búsqueda del sentido jurídico, debe ser sistemático.- Debe concurrir a una interpretación "totalizadora", por la cual se inserte o incardine la solución del caso en todo el orden jurídico, y especialmente en el contexto de la "familia dogmática" que le corresponde (en el caso responsabilidad) en una conceptualización coherente de casos anteriores y casos posibles.- A su vez, el "sentido", implica una orientación axiológica del acto o hecho que se subsume ///en la norma, considerados los valores unilaterales y bilaterales o comunitarios, todo lo que conduce a desentrañar aquél y determinar

la aplicabilidad al caso concreto (Fundamentos de Derecho Administrativo -Astrea- págs. 110, 115,116, 117).----------

------ Aplicando estas pautas, no encuentro que exista el conflicto de normas que plantean los actores, entre una Ley Nacional y una Ley Provincial -Ley Nº 19.550 y Ley Nº 4139- máxime ante la norma constitucional que atribuye al Tribunal el control de Sociedades en las que el Estado participa, ***lo cual da por tierra con todos los argumentos de "jerarquía normativa" expuestos en las demandas***.- Ni entre Ley anterior -esta última- y Ley posterior -la Nº 4164.- Cada una rige en su ámbito y el Tribunal de Cuentas aplica todas, tomando de cada una la que encuentra pertinente.----------

------ Si en el concepto de las Haciendas Paraestatales -conforme la Ley del Tribunal de Cuentas en análisis- se incluyen "aquellas entidades de derecho público o privado...", no empece al control al que está obligado por manda constitucional el Órgano que en dicho art. 1 de la Ley Nº 4164 se aluda a una SAPEM "de derecho privado".- Como ocurre con otros tipos de Sociedades en las que participa el Estado, existen diferentes clasificaciones que utilizan los autores y sus opiniones pueden ser discordantes, pero el "encaje" lo darán las normas.- En otros términos, el hecho de que esa norma estipule que se trata de una *"Sociedad Anónima con Participación Estatal Mayoritaria, de derecho privado, regida por las normas de los arts. 308 a ///314 de la Ley 19.550, t.o. Dto. 841/84"* no determina que ello

///

implique que sea esta Ley de Sociedades la única que pueda serle aplicada, o el derecho privado en forma exclusiva.----------

------ La inclusión a la que refiere GROISMAN, a mi juicio está dada para el caso del B. C. SA, cuando la Ley de "transformación" la califica como SAPEM, sin hacer excepción de la norma general - Ley Nº 4139- cuando trae el concepto de hacienda paraestatal, con posibilidad de limitar a su respecto, por vía hermenéutica, el sentido y alcance del art. 219.1 de la Constitución de la Provincia.----------
---

------ Porque no es impedimento para admitir este control, que la Ley de "transformación" del Banco sea posterior.- Aquélla es -reitero- norma general respecto de las haciendas paraestatales, y por el principio de "lex specialis" de la última, y ante la prescripción de la Constitución Provincial que sustenta la primera, la "derogación" que los actores tímidamente atisban, como antes lo previne no puede ser tal.- Tampoco la exclusión por la sola ulterioridad, pues a más de que la Ley no puede contravenir la Constitución, justamente por ser posterior, si el legislador hubiera querido así disponerlo, expresamente hubiese estipulado la inaplicabilidad -al menos- de la Ley Nº 4139, o excusado por limitación interpretativa al ente "transformado" de la ///referencia de la Constitución, y por ende al Tribunal de Cuentas del poder-deber que ella le otorga.----------

///

------ 3.4.- Vinculado con esta cuestión, los actores -en forma dispersa en la demanda- sostienen la pretensión en una ***duplicidad de acciones de responsabilidad*** para cuestionar la competencia del Órgano.- Así cuando se refieren al *"non bis in idem"* y a *"la jerarquía normativa"*- arguyendo que *no pueden existir dos acciones de responsabilidad con el mismo objeto y materia "a cargo de dos órganos distintos"*, porque entonces se persigue un doble resarcimiento, por el mismo monto y la misma causa.- Se alude -en un planteo bastante confuso- a la Asamblea de accionistas y la posibilidad de que ejerza la acción de responsabilidad del art. 276 de la Ley de Sociedades, mas también a la posibilidad que el Estado hubiera iniciado una acción antes.- Algo así como ¿podría el Tribunal de Cuentas, después de iniciar un juicio de cuentas y/o de responsabilidad, continuar en otra acción de responsabilidad -que no individualizan- o podría antes haber iniciado el Estado como socio una acción contra los Síndicos –que no inició…?.----------

------ 3.4.1.- Dígase primero, que la judicatura no está facultada a resolver planteos hipotéticos, sino casos concretos.- En verdad, la comparación que proponen no está clara, ni con cuál de las acciones, si la social, la individual (a ambas refiere el art. 276 LS) u otra.- Tampoco consta aquí que el Estado Provincial haya iniciado acción de responsabilidad social, ni individual en contra de los aquí actores por los hechos que se le endilgan... En el caso no se ha presentado tal ///duplicidad.- Según antes lo he expuesto, los Juicios de Cuentas y de Responsabilidad son procedimientos administrativos, no acciones

///

judiciales, aunque -como dije- el Estado aquí ejerza funciones que pueden calificarse de "jurisdiccionales".- Es más, estos procedimientos, de índole investigativa, a guisa de diligencias informativas previas, para indagar si la lesión resarcible efectivamente se produjo, pueden ser sustento adecuado para iniciar "a posteriori" acciones judiciales, y no falta el autor que estime que éste es el procedimiento normal a seguir (antes he citado a FONROUGE, V. BASAVILBASSO y F. que así lo consideran).--------

------ 3.4.2.- Por otra parte, ya la jurisprudencia advierte sobre la aparente confusión o duplicidad -que no es tal- entre las mismas acciones de la Ley Nº 19.550.- En general, la ley de Sociedades ha estructurado un régimen de ejercicio de estas acciones de responsabilidad -no específicamente para las SAPEM- que en verdad hubieran merecido un tratamiento especializado, no tanto porque el Estado es socio, sino porque son "instrumento" para la realización del bien común.- Pero no es así, y quedaron sometidas a ese régimen general aludido que prevé: en el art. 251, la acción de nulidad de decisiones asamblearias adoptadas en violación de la ley, el estatuto o el reglamento, por los accionistas que no hubieran votado favorablemente o si su voto es anulable por vicio de la voluntad, estipulando el art. 254 la responsabilidad de los socios que votaron y ///de los directores y síndicos.- A su vez, el art. 59 establecerá la obligación de los administradores y representantes de actuar con

lealtad, y diligencia de un buen hombre de negocios, lo que completan los arts. 271, 272 y 273 aplicables a los síndicos en virtud del art. 298, que refieren a los casos de conflictos de intereses entre el Director o Síndico y la Sociedad, indicando la forma en que deben proceder, quedando sujetos en caso de falta, a la responsabilidad ilimitada y solidaria para reclamar la cual el art. 276 regula la acción de responsabilidad.- La norma indica, en síntesis, que a) La sociedad la ejercerá por decisión previa de la Asamblea (art. 276, párrafo 1°); b) La acción social podrá ser ejercida por el accionista individualmente: 1) si la acción dispuesta por la Asamblea conforme al art. 276 no fuera ejercida en el término de tres meses computado desde la fecha del acuerdo (art. 277); 2) por los accionistas que ejercieron oposición a la aprobación de la gestión, renuncia o transacción previstas en el art. 275 (art. 276, párr. 2°).- c) La acción social en responsabilidad podrá ser ejercida por el representante del concurso (art. 278).- d) El accionista goza de una acción individual cuyo ejercicio le corresponde ministerio legis (art. 279); se refiere a daños que reciba personalmente o como integrante de una clase de acciones -no es un daño que sufre indirectamente, integrante del daño mayor que soporta la sociedad y de la misma naturaleza que la de todos los demás accionistas... en general alude a la violación de algunos de los derechos individuales del accionista que le correspondan por la ley, el estatuto o el reglamento.- e) Los terceros conservan su acción individual, incluso en caso de concurso de la sociedad (art. 279), por los derechos propios ///que ha sido lesionados por el Director... los accionistas

///

individualmente también integran esta categoría por los daños recibidos, ajenos a su calidad de accionistas.----------

------ Se ve de este modo, que son muchas y distintas las acciones que prevé la Ley de Sociedades, otorgando legitimación, sea a la Sociedad, a los socios individualmente, o a terceros, de tal suerte que distintos supuestos pueden presentarse y derivar en diferentes acciones por los mismos hechos.- Vg. la acción social de responsabilidad regulada en el art. 276 de la Ley de Sociedades, que la sociedad puede iniciar -por ejemplo contra los Síndicos, por su mal desempeño- previa resolución de la Asamblea de accionistas, no cabe confundirla con la acción individual que los socios tienen a su alcance, conforme el art. 277 *"cuando no fuera iniciada dentro del plazo de tres meses…"* de aquélla.- Mientras "la acción social tiende a la tutela del interés corporativo societario; la acción individual requiere que se invoque y demuestre la existencia de un perjuicio que trasunte una lesión personal e inmediata y directamente sufrida por el sujeto y no en forma indirecta o mediata a través de la afectación del patrimonio social" (CN Com. Sala A, 27/6/97, LL 1998-E-125).- Fácil se advierte entonces que pueden coexistir estas dos acciones, que tutelan intereses diferentes -de la sociedad y del socio, respectivamente- y en el marco de la misma Ley.- También es distinta de la acción de nulidad de Asamblea ///-art. 251- que incumbe al socio, y consecuente responsabilidad -art. 254.----------

------ HALPERÍN señala -respecto a la acción individual del accionista- que en tanto que la acción social y la acción individual se diferencian por el carácter general o especial del perjuicio sufrido, suscita dificultades en ciertos casos límite.- A la vez advierte que la acción individual del accionista puede derivar del mismo hecho dañoso, perjudicial para la sociedad -entre otros problemas que pueden suscitarse en el ejercicio de la acción en responsabilidad (Ob. cit. pág. 457 y ss y 536 y ss).----------

------ Véase a más que esta acción del art. 276 de la Ley Nº 19550, accede al accionista que ejerció oposición en concordancia con el art. 274 (aplicable a los síndicos por remisión del art. 298) con las posibilidades de exención que éste ha previsto, y la responsabilidad se extingue, si se trata de un acto de gestión, con la aprobación de la Asamblea -en lo que los actores basan su excusión- a condición de que no exista violación de la Ley, el estatuto o el reglamento...que justamente es el caso.- Si aquí el accionista Estado no formuló oposición al acto de gestión, ni la formularon los actores como Síndicos, y la Asamblea no la resolvió ¿qué duplicidad posible se invoca?...----------

----- Sabia la Constitución y sabia la Ley Nº 4139...que permite al Estado elegir el medio, y así pone a cubierto de negligencias de los ///administradores los dineros de estos entes que él ha creado para mejor satisfacer intereses públicos...en beneficio de éstos y de la

///

comunidad destinataria, por un plazo mayor que el exiguo previsto por estas normas, propias de las relaciones comerciales entre particulares, poco adecuados para cuando participa el Estado.----------

------ Por otra parte, si aquellas acciones pueden coexistir en el ordenamiento societario, ¿por qué concebir como una duplicidad ilegítima de acciones (o una afectación del non bis in idem como se plantea) que en otra norma existan otros procedimientos que puedan derivar de los mismos hechos?.----------

------ No encuentro impedimento para un mismo hecho dañoso dé lugar a otro tipo de procedimiento o acción, fuera del marco de esa norma, si así está prevista en el ordenamiento jurídico, sea que se estime que afecta a la Sociedad, o al socio Estado Provincial.----------

------ En definitiva, si analizara todas las acciones societarias que están previstas en la Ley N° 19.550, las posibilidades de superposición o duplicidad también aparecerían.- Y no puede decirse que en la misma Ley de Sociedades, entre sus artículos unos deban aplicarse y otros no, para no incurrir en la declamada "duplicidad".----------

///--- Va de suyo, que en todo caso, habrá de estarse al contenido de la acción y a la triple identidad procesal, para dirimir una eventual litis pendencia, o cosa juzgada si llegara a presentarse.----------

---- 3.4.3.- Agrego, que siendo público el origen de los fondos (***de todos los fondos*** pues los accionistas de Clases B y C no aportaron capital, lo que me recuerda la opinión de HALPERÍN que aduné antes), ningún argumento puede ser traído al juicio que se sustente en la afectación -por el control- de los accionistas privados, o en la situación de sus representantes, como denuncia R. .- Máxime cuando no sólo es la Ley, sino la Constitución la que ampara la fiscalización por el Tribunal de Cuentas de toda Sociedad con participación estatal.- Situación que por otra parte no habría de variar si hubiera -como puede haber en algún momento- aporte de capitales privados.- La presencia del Estado sellará la situación de la Sociedad, y de ello habrán de estar conscientes quienes concurran con sus capitales.--------

------ 3.4.4.- La acérrima oposición de los actores rechazando la competencia del Tribunal de Cuentas, que se funda en que la Asamblea aprobó sus gestiones, y las respectivas cuentas incluidas éstas por las cuales se les formula cargo, merece una digresión.----------

------ Las constancias indican que el Directorio autorizó este gasto (aunque no lo hizo directamente, sino indicando una forma de "asiento" contable – ver Actas - punto V – 1.3, 2.3, 3.3), sin observación de los síndicos, y luego la Asamblea los aprobó, así como ///sus gestiones, habiendo prescripto las acciones por las cuales la sociedad y el socio pueden reclamar responsabilidad.- Esto es, si se considerara que medió violación al Estatuto en perjuicio de la

///

sociedad, en el marco de los arts. 24, 38 inc. b) y 31 del Estatuto del Banco y analizando los arts. 261, 292 y 298 de la Ley de Sociedades, la aprobación asamblearia "lavó" las irregularidades.----------

------ Mas ha quedado manifiesto, la forma sinuosa en que la operación se autoriza internamente, y abstrusa en que esta cuestión se expone a la Asamblea.- Y me remito a la descripción que di en el punto III – acápites 3, 6, y V acápites 1, 2, y 3.----------

------ Tengo para mí, que no se trataba aquí simplemente de la aprobación de las remuneraciones de Directores y Síndicos, sino de un aumento encubierto de las mismas, comprendido en el art. 261 – último párrafo- de la Ley de Sociedades, que no se expuso abiertamente como tal.- Porque la aprobación de una suma "X" como remuneración u honorario, implicaba la obligación de los beneficiados -he aquí otro tipo de responsabilidad concurrente- de aportar los tributos a que según las normas vigentes están obligados entre los cuales está el Impuesto a las Ganancias- fuere por vía de retención o autoretención siguiendo las pautas de la AFIP.- El hecho de que el Banco haya asumido ese pago, fue, indirectamente un aumento en la misma proporción que debieron retenerse, decidida por los mismos ///beneficiados.- Y ese aumento, y por la vía en que se lo había resuelto, no fue claramente expuesto a la Asamblea que es en virtud de la misma norma la autorizada para fijar retribuciones (son

ilustrativas las palabras que constan en el Acta Nº 10 del 31/10/00 – punto III.3).- La manera dudosa en que contablemente se registró como "otros gastos" en una partida realmente impropia (ver punto III acápite 1, apartados a), b), c) y d)), y aún "puesto a disposición de los accionistas" memoria y balance, como reza el Acta Nº 10 –(punto III acápite 3 y V –acápite 3)) pasó desapercibida.- Y el propio Banco así lo considera (ver punto III – acápite 6).----------

------ Cabe preguntarme qué acción social podía ejercer el socio ante la ignorancia impulsada por quienes se beneficiaban, y qué acción podía ejercer la sociedad cuyas autoridades y representantes, y quienes debían fiscalizarla -como los actores- eran justamente los favorecidos.-

------ Estas sumas fueron "escamoteadas" de las utilidades del B. C. , que como Sociedad del Estado con participación estatal mayoritaria, ***único aportante de su capital, totalmente ajeno el fin de lucro***, ha buscado con esta forma un "instrumento" para cumplir más ágil y certeramente con el fin de bien común estatuído, al que sus administradores y fiscalizadores debían y deberán atender.- Desde ya, no gratuitamente; con la remuneración que a tal efecto les fije la Asamblea, de la que deberán personalmente deducir las cargas que les incumben.----------

///--- Insisto…sabia la Constitución y sabia la Ley.----------

///

------ Por todos estos motivos votaré a favor de la competencia del Tribunal de Cuentas para emitir el Acuerdo N° 290/06, y formular a los actores el cargo fiscal que les impone la restitución de las sumas que sustituyéndolos en sus obligaciones ante la AFIP, pagó efectivamente el B. C. SA.----------

------ IV.- En orden a la prescripción, los actores cuestionan la constitucionalidad del art. 21 de Ley Nº 4139, que prevé un plazo de prescripción de 10 años para hacer efectiva la reparación civil de los daños e intereses ocasionados a la hacienda pública, insistiendo -M. y R. - en que se aplique el art. 848 del Código de Comercio aplicado a las acciones que deriven de contrato de sociedad y operaciones sociales.- Aducen -estos actores- que se trata de materia de fondo, no reservada por las Provincias, que corresponde regular al Gobierno Federal; citan jurisprudencia de la Corte Nacional que indica que las legislaciones provinciales que reglamentan la prescripción en forma contraria al Código Civil, son inválidas.----------

------ Toda esta construcción es ociosa.- De más está el decir, según lo que he desarrollado en el punto III.1 de este análisis, que en tanto se trata de hacer efectiva responsabilidad administrativa, la prescripción invocada del Código de Comercio es inaplicable.- En todo caso, la ///prescripción que se estipula, razonablemente comprensiva de la posibilidad de formular "cargos" es la de las acciones por

responsabilidad civil.- Y la prescripción que en el marco del Derecho Común de fondo correspondería aplicar de estar a la opinión de los actores -por causa de la invocada inconstitucionalidad de Ley Nº 4139 que la prevé en 10 años- es la del art. 4023 CC (así lo estimaba María SCARFONI, en un artículo publicado en RAP Nº 57 comentando la Ley Nacional Nº 12961 que no preveía plazo ninguno), también de 10 años.- Si ambos plazos son coincidentes, al menos en lo que a los actores respecta, no veo la razón de la queja que sustenta la pretensión en este orden.----------

------ V.- La desviación de poder, es otro de los vicios traídos como fundamento de la nulidad solicitada.- Derivado de una inercia previa en el obrar del Tribunal de Cuentas que durante años -dicen- fue ajeno al obrar del Banco, salteando -aducen- la institución misma, se elige enjuiciar directamente a quienes fueran Directores y Síndicos, con fines "personales o políticos" (R. y M. destacarán la filiación política de signo opuesto al Gobierno de algunos de los indicados responsables) ajenos al público para el que se lo creó.---------

------ En SD Nº 7/SCA/06, este Tribunal citaba a ESCOLA -autor que vincula la causa del acto con motivación y finalidad- quien sostiene que existe vicio en el acto administrativo cuando: a) las circunstancias de hecho o de derecho alegadas como motivo del acto emitido no existen en realidad, o no son las que la administración pretende que ///sean, b)cuando entre el acto dictado y los motivos invocados no existe correlación lógica, c)cuando entre los precedentes citados y los

///

motivos que han determinado el acto falta la necesaria correlación.- Y, al definir la desviación de poder como vicio que afecta el elemento finalidad del acto, expone, que su existencia no siempre es fácilmente determinable -salvo casos muy groseros- porque "la administración habrá de procurar encubrir la irregularidad o la ilicitud de la finalidad real...alegando otras que pueden parecer procedentes o plausibles".- Y que entonces será preciso un atento examen del acto, sus condiciones, antecedentes y circunstancias, seguida de una adecuada apreciación de la finalidad, para arribar a conclusiones ciertas.- (Tratado General de Procedimiento Administrativo -pág. 89/92).----------

------ Pues bien, examinados los antecedentes más que profusos incorporados a las actuaciones administrativas, en orden a las conclusiones del sumario instruido y la decisión adoptada, no encuentro desviación de la finalidad: el hecho existió y es admitido, el derecho lo estimo correctamente aplicado, hay correlación lógica.- En orden al precedente de inactividad del Tribunal de Cuentas, que la demandada no niega, éste por sí no es demostrativo de desviación ninguna.- El Dr. P. , relaciona esta inactividad -a más de apoyar en ella la desviación de poder- con la doctrina de los ***actos propios***.- No lo dice -sólo cita un caso de jurisprudencia- pero entiendo que este comportamiento pasivo es a su juicio el "acto ///precedente" que funda la aplicación del principio del "venire", y la buena fe afectada está justamente en esa omisión de fiscalizar.----------

------ Adhiero en la materia a la opinión de FORSTHOFF: “la ausencia de protesta por parte de la Administración frente a una situación dada, prueba solamente que ella quiere tolerar por el momento; no se puede extraer la conclusión de que la acepta para siempre” (citado por MAIRAL en “La doctrina de los propios actos y la Administración Pública” – Depalma – pág. 149).-Tampoco la teoría alemana del Verwikung, traducible como “caducidad o des-eficacia” según la cual no se admite por considerárselo “abusivo” y contrario a la buena fe el ejercicio de un derecho con “retraso desleal”.- Esta puede obrar entre particulares, pero tratándose de potestades del Estado, no hay retrasos abusivos que cubran acciones irregulares, menos aún si la hacienda fue afectada.----------

------ Más si considero que, por la forma en que los actores actuaron, los hechos se presentaron como contablemente encubiertos, para ser retraídos de fiscalizaciones no deseadas, incluso del conocimiento de la Asamblea de la Sociedad a la que no se expone la situación con la claridad debida.----------

------ Como administradores de lo ajeno, funcionarios y ciudadanos deben rendir cuentas.- Las relaciones de responsabilidad pueden ayudar en el control de los abusos, corrupción, y mal uso del poder, asegurando que los recursos públicos sean aplicados a las políticas ///públicamente fijadas, que en el caso, son objetivos de la institución Bancaria “transformada”; transformación que justamente operó como

///

política pública para asegurar su cumplimiento.- La exigencia de responsabilidades promueve y fomenta la actuación de los administradores de bienes fiscales, dentro del marco de la legalidad.- Si obraron bien, no deben temer el control, la que es una exigencia del constitucionalismo democrático, ya que democracia y responsabilidad son instituciones jurídicamente inseparables.- La tendencia de hablar de los derechos que nos otorga la democracia, pero olvidar las obligaciones que comporta debe ser desterrada.----------

------ No veo en el acto atacado, ni en los procedimientos que le precedieron desviación ninguna de la finalidad.- Los hechos son los hechos, cualquiera fuese la filiación política -si la tuvieren- de los responsables.----------

------ VI.- Los actores R. y M. -endilgan vicios de forma en el procedimiento administrativo seguido y en el acto impugnado con afectación del derecho de defensa.----------

------ 1.- En primer lugar he de decir, que no advierto apartamiento ninguno de los preceptos rituales aplicables.- La Ley N° 4139, habilita al Tribunal de Cuentas en el art. 46 a designar de oficio un ///sumariante, si la índole del asunto, sus características o su importancia lo aconsejaran.- Y así lo hizo.----------

///

------ Se siguió el procedimiento previsto por el Dto. Ley N° 1510, y se otorgó la posibilidad de defensa en cada etapa prevista.- El Dto. Ley Nº 920 no es aplicable al caso, ante las previsiones expresas de Ley Nº 4139.----------

------ Aun en materia de prueba el procedimiento se muestra correcto, pues el carácter de dilatoria que otorgó el Tribunal de Cuentas a algunas para denegarlas, queda corroborada en este juicio en que los actores no ofrecieron ninguna, solicitando se declarara la cuestión de puro derecho.----------

------ En cuanto al mérito dado a la misma, que se considera errado, no es desde ya ningún vicio de forma.- Lo importante es que se haya ameritado como lo fue.- Si a todo evento la valoración no fue la que correspondía, ésta es justamente materia de pretensión ante el tribunal contencioso.----------

------ Recordaré entonces que “la nulidad por vicios procesales carece de un fin en sí misma, es decir, no tiene existencia autónoma, dado que el derecho procesal es una vía para asegurar la aplicación del derecho de fondo. Sólo procede cuando de la violación de formalidades surge un perjuicio real y concreto en el derecho de la parte que invoca. Este principio se sintetiza en la máxima "no hay ///nulidad por la nulidad misma", que se encuentra receptado en el art. 172 del Cód. Procesal en lo Civil y Comercial de la Nación" (sala III, in re "Dapuente" del 25/3/93)” (CN FCA Sala V, en “Sosa, Mirta

///

E…", del 04/06/1997; IMP 1997-B, 2076 - DJ 1997-3, 183 –LL online) y no existiendo perjuicio ninguno, desecharé el planteo.---------

------ 2.- En cuanto a motivación, es cierto, la misma como elemento esencial del acto administrativo es -lo dije en SD N° 7/SCA/06 antes citada y en muchas otras- "la fundamentación fáctica y jurídica con que la Administración sostiene la legitimidad y oportunidad de su decisión.- La constituyen, por tanto, los presupuestos o razones que han inducido a la emisión del acto.- Debe ser, dice DROMI- una auténtica y satisfactoria explicación de las razones de emisión (Derecho Administrativo, Tomo I pág. 185)".----------

------ Agregaba que "La doctrina y la jurisprudencia le han atribuido una importancia vinculada en forma inseparable con el sistema republicano de gobierno adoptado constitucionalmente, reconociendo que ella se conecta estrechamente con valores ponderables que aseguran la juridicidad del quehacer de la Administración como certeza, responsabilidad del funcionario, facilidad para hacer efectivo el contralor de legitimidad y oportunidad (TAWIL - Administración y Justicia, T. I- pág. 357; HUTCHINSON- Ley Nacional de Procedimientos Administrativos- pág. 322; DROMI -Derecho ///Administrativo Tº I, pág 186), CNCAF, Sala II, en "Laurencena..." del 5/11/96, Causa 23.658/94- conc. Dictámenes PTN 96:299; 77:71; 84:154; 103:105)"…"toda decisión administrativa que afecte derechos

de los particulares, debe responder a motivación suficiente y resultar la derivación razonada de sus antecedentes, de modo tal que se encuentren cabalmente a resguardo las garantías constitucionales en juego, como son, entre otras, las tuteladas por los arts. 16, 17 y 18 de la Carta Magna (cfr. Sala I, "Díaz, Vicente O." y "Casas", del 9/6/88 y 12/5/88, respectivamente) (CNCAF - Sala IV, en "S.A. de Exportaciones Sudamericanas ...." causa: 45.246/95 - 7/05/96).----------

------ También dije en las SD N° 12/SCA/06 y recientemente en SD N° 9/SCA/08, que las referencias al procedimiento del sumario y antecedentes inc orporados son suficientes, una motivación “in aliunde” “...término que se dice fue acuñado por ERATÓSTENES- o “per relationem”, que se aplica a la distribución de la motivación de un acto dentro y fuera de él.- La Procuración del Tesoro de la Nación, la define como aquélla que se puede hallar en los informes y antecedentes con fuerza de convicción que obren en las actuaciones administrativas (Dictámenes 191:25, 199:427, 209:248, 236:91), y responde básicamente a dos principios: unidad de Expediente e informalismo; el primero obliga a tener en cuenta el procedimiento administrativo globalmente; el segundo se entiende como la no exigencia de rigurosidades innecesarias, que diseñado a favor del administrado se extiende a la administración no sin cuestionamientos (vg. GORDILLO - Tratado de Derecho Administrativo - Tomo 2 - IX-25)”.- ///--- Señalé también en ese fallo que esta motivación ha sido “…Criticada en lo general por la doctrina, mas no por ello inadmitida por la jurisprudencia, el embate que resiste es esencialmente fundado

///

en la afectación del derecho de defensa.- Sin embargo, no comparto su descalificación "in abstracto". Frente al acto, si los antecedentes obrantes en el procedimiento administrativo que lo preceden son unitarios, suficientes, y la defensa no resulta afectada, la referencia o remisión a los mismos será legítima.- Lo cual induce al examen de la motivación dada "in aliunde" en cada caso concreto para discernir su validez, como lo sugiere la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 314:625)".----------

------ En coincidencia con esta posición en la SD Nº 4/SCA/01 (in re "Funes"...) este Superior Tribunal de Justicia (voto Dr. Torrejón) exponía que "...esa expresión del o los motivos que determinan el Acto... puede resultar de cualquiera de los momentos que componen la forma del mismo: en el proceso de formación o en el de la expresión de la voluntad de la Administración Pública.- Esto es, la motivación puede ser concomitante o contemporánea con la de declaración de voluntad, o anterior a tal declaración, apareciendo en este último caso en el proceso "de formación" del Acto Administrativo.- Se ha dicho inclusive, que no es necesaria una relación analítica o circunstanciada, sino que basta una relación sucinta que sea ilustrativa de la causa del acto...incluso cuando una norma legal aplicable es suficientemente ///comprensiva su mera referencia puede surtir efectos de motivación, resultando así que la simple cita de la disposición legal valdría como tal... (Conf. MARIENHOFF, Tratado de Derecho Administrativo - T.

II - pág.323 y sgtes. Conc. CN Cont. Adm. Sala I in re "Crespo de Basanta..." sala II, en "Beamurguia, Narciso c/Estado Nacional..." 23/12/93)".----------

----- De la lectura del Acuerdo N° 292/06, surge los extremos aludidos fueron cumplidos.- Para arribar a la cuestionada decisión que determinó la responsabilidad personal y solidaria de los actores, en su carácter de miembros de la Comisión Fiscalizadora del B. C. S.A., el Tribunal de Cuentas provincial fundó su competencia, refirió a los procedimientos previos, a informes legales, del Contador fiscal y conclusiones del sumario.- Respondió -aunque en forma sintética- a cada uno de los planteos efectuados en los escritos de defensa de los implicados, y se remitió expresamente al Dictamen del Asesor Legal de fs. 1078/80.- Quedó expuesta así claramente voluntad administrativa, la legislación en la que se apoya y restantes fundamentos de la decisión.----------

------ Consecuentemente no encuentro justificada la falta de motivación que se endilga al acto, ni la afectación del derecho de defensa que lo sustenta, por lo que también este argumento merece rechazo.----------

///--- VII.- En cuanto al resultado del proceso penal oportunamente originado en denuncia que formulara la Fiscalía de Investigaciones Administrativas, para nada influye en mi convicción en orden a la

///

existencia de responsabilidad administrativa que por el acto nulidicho se hace efectiva.----------

------ Todos motivos por los cuales me pronuncio por el rechazo de la acción, con la sola aclaración -único aspecto de la controvertida competencia del Tribunal de Cuentas en la que doy razón a los accionantes- de que las sumas deberán ser abonadas a la institución bancaria, pues de sus utilidades, que debieron destinarse al objeto estatutario, fueron indebidamente retraídas.- Las que satisfizo el Dr. P. , deberán ser devueltas al Banco por la Tesorería General de la Provincia.----------

------ ASÍ LO VOTO.----------

------ A la misma cuestión dijo el Dr. Royer: ----------

------ 1.- Es hoy una realidad indiscutible, que el Estado interviene en la Economía, en múltiples facetas: como Estado-legislador, regulador, planificador, financiero, cliente, productor.- Desde una perspectiva histórica, esa intervención ha variado de intensidad conforme la definición política adoptada, y desde el campo de la filosofía política, ///ese debate se ha trasladado al campo jurídico.----------

------ A lo largo de la segunda mitad del siglo XX, la economía mundial transitó de una organización empresaria básicamente privada a aceptar esa participación activa del Estado, que se valió como instrumento -primero- de empresas públicas en diversas categorías jurídicas para, finalmente, observar una retirada de esa intervención estatal, concretada en una corriente privatizadora aparentemente generalizada.- Así es que las empresas públicas tuvieron su mayor desarrollo entre 1950 y 1983 resultando durante ese período un medio idóneo para llevar adelante un proceso de industrialización que había comenzado a gestarse varias décadas antes, que estuvo sin duda fuertemente influido por una determinada concepción del Estado vigente en aquellos años, y a partir de la cual se llevaron a cabo las nacionalizaciones de los servicios públicos y el auge de grandes industrias en diversos lugares del mundo. (María Laura ALFONSO - Las nuevas empresas públicas, elDial -DCAD1 –doctrina).----------

------ En aquella época antes aludida, surgen en nuestro país, diversas figuras jurídicas de empresa, delineándose distintos modelos: las Sociedades de Economía Mixta (SEM) se regularon por Dto. Ley Nº 15.349/46; la Ley Nº 13.653 -en 1949- lo hizo con las Empresas del Estado (EE); las SAPEM (Sociedades Anónimas con participación estatal mayoritaria) por la Ley Nº 17.318, y a posteriori resultaron tipificadas en la Ley de Sociedades Comerciales N° 19.550 en los arts. 308 al 314 (hoy derogados los dos últimos preceptos); la Ley N° 20.705 ///dio paso la Sociedad del Estado (SE).----------

///

------ Los motivos políticos expuestos en cada caso al crear o transformar tales sociedades fueron de distinta índole entre otros, ejercer por sí su rol productor o asegurar la subsistencias de ciertas industrias.----------

------- Ismael MATA, estudiando la intervención que ha tenido el Estado en la economía de nuestro país encuentra distintos grados de intensidad.- Auxilia al intérprete distinguir las técnicas que se utilizan a los efectos de corregir fallas en el funcionamiento de los mercados ejerciendo la denominada ***función reguladora***- la *"directiva"*, equivalente al concepto jurídico de potestad o prerrogativa, y *el "incentivo"* equiparable al fomento, por cuanto trata de obtener las conductas deseadas de los operadores a través de la oferta de ventajas o beneficios.- Desde la visión económica, una forma extrema de intervención por "directiva" sería la acción de una empresa estatal en condiciones de monopolio, mientras que si una empresa de ese tipo operase en el mercado en condiciones de competencia real, la política pública sería de "incentivo" (en una reciente publicación –RAP 361- Octubre de 2.008, pág.357- de la conferencia que dictara en las XXXIII Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo de Mendoza del año 2.007).----------

///--- Ahora bien -comenta el autor- existen diferentes niveles de injerencia en la economía.- En un primer grado de intensidad, la

intervención estatal puede adoptar un modo de *gestión directa*, desarrollando por sí la actividad económica, siguiendo modelos de centralización, o bien, de descentralización.----------

------ Como alternativas de centralización -sigue- puede señalarse la creación de *entidades autárquicas* con un régimen legal propio -v.g. los Ferrocarriles Argentinos con la Ley N° 18.360; también el régimen general de las Empresas del Estado de la Ley N° 13.653 (en 1949), creadas con el objeto de desarrollar actividades de carácter comercial, industrial o de explotación de servicios públicos.- Sujetas al derecho privado en todo lo referido a tales actividades y al derecho público en sus relaciones con la Administración o al servicio público que tuvieran a cargo, adoptan en sustancia el perfil jurídico de una entidad autárquica.----------

------ Tal fue, hasta su transformación por Ley Nº 4164, el Banco de la Provincia del Chubut, que por sí y para sí, la Provincia asumió como Estado-financiero.----------

------ La descentralización -continúa el autor- puede salir del ámbito orgánico de la Administración para ingresar al derecho común o privado y, en este caso el Estado adopta figuras societarias de índole comercial: Sociedades de Economía Mixta (SEM), Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria (SAPEM), ///Sociedades del Estado (SE) y más recientemente Sociedades con un régimen legal propio (v.g. Correo Oficial S.A. - DNU N° 721/04;

///

Energía Argentina S.A. - Ley N° 25.943; Aguas y Saneamiento Argentino S.A. - DNU N° 303/06; Empresa Argentina de Soluciones Satelitales S.A. - Ley N° 26.092, entre otras).----------

------ Una de estas formas -SAPEM- es la que por vía de la Ley citada se otorgó al B. C. SA en Enero de 1996.----------

------ MATA subraya, que el cotejo de las distintas normas que rigen a estas figuras empresariales, permite distinguir que la intervención del Estado en cada una se efectúa a través de sistemas diferentes, estableciendo métodos de control interno o externo disímiles.- La intención del legislador de optar por un modelo u otro -dice y coincido- induce al intérprete a circunscribirse al mismo, pues no es ociosa su elección, quedando determinado que el nacimiento, el desarrollo de la vida del ente y su disolución, sean diferentes en cada caso.----------

------ Sin embargo la cuestión no es sencilla, y de ello da cuenta la diversificación de opiniones respecto del orden jurídico aplicable.- Así es para el caso de las SAPEM, y en particular del B. C. SA, por la escueta regulación de la Ley N° 19.550 -arts. 308 al 312- de tal modo que sólo la tarea hermenéutica habrá de desentrañar esta ///cuestión que nos traen los actores -que se desempeñaron como Síndicos- al encontrarse después de 4 años de gestión del ente -según dicen-con

un contralor ejercido por el Tribunal de Cuentas, y a más un examen de cuentas, un Juicio de Responsabilidad y un cargo fiscal impuesto por un acto de aquél, que examina y califica sus conductas encontrándola irregular, pese a que la cuestión de fondo que la motiva (el pago por la institución del Impuesto a las Ganancias que gravaba sus retribuciones), se aduce aprobada por la Asamblea social, aprobadas sus gestiones personales y prescriptas las pertinentes acciones de responsabilidad societaria.----------

------ 2.- El Ministro prevotante ha cumplido en sana crítica con esa labor de inteligencia normativa, y llegado a la conclusión de que aquel Órgano fue competente para proceder como lo hizo, encontrando legítimo el acto que aquí se dice nulo, propiciando el rechazo de las demandas.----------

------ Sus argumentos son por cierto contundentes, y me impulsan a un análisis más que exhaustivo de esta controvertida cuestión.- Y como para concretizar en el caso la generalidad normativa el método no es uno solo, y como enseña la filosofía del Derecho, son diversos los elementos a considerar: letra, elemento histórico, pautas teleológicas, de adecuación, composicionales (ver ALVAREZ GARDIOL – Manual de Introducción al Derecho – Juris – Capítulos X y XI), comenzaré -so riesgo de ser acusado de “dogmático”- analizando estas distintas figuras porque en verdad creo, que salvo la ///nota común de la participación estatal en su constitución -esto es, como propietario o socio- alguna diferencia debe de existir que

///

impulse a aquél a la adopción de un "tipo" u otro, de lo contrario no parece sensata la variedad implementada.----------

------ Así para de este modo tratar de desentrañar sus diferencias en los métodos de control interno y externo, procurando detectar el de las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria, y en particular si puede ejercerlo el Tribunal de Cuentas y ***hacerlo efectivo después de la participación de los órganos específicos de fiscalización de la sociedad***, como fue el caso.----------

------ Como dice el filósofo, en esta tarea de interpretar no puede desconocerse la formidable gravitación de la tradición jurídica *"...el legislador puede crear, y muy frecuentemente crea, nuevas formas de regulación del comportamiento cumpliendo con el mandato inexorable de progreso jurídico, pero es muy difícil que pueda liberarse de las ataduras que lo ligan a las formas primeras de juridicidad.- La norma de hoy, nueva, novísima, aún regulando supuestos jamás regulados antes, está definitivamente anclada en un pretérito, y es allí, en aquel pasado, donde debemos rastrear el origen de la institución.- Nunca o casi nunca, los hechos de la realidad subsumibles en el derecho lo son en una norma única, aislada, como especialmente creada para el caso.- Siempre hay un verdadero complejo normativo en el cual adecuar las específicas modalidades del caso a resolver..."* (pág. 204).----------

///--- 2.1.- Merece que advierta previo a ese análisis, que ha de partirse de considerar, que todas estas variedades, cualquiera sea su forma,

tienen un origen de Derecho Público, aspecto que no está controvertido en autos.- Porque sea que luego en su conformación y acción se rijan por el Derecho Privado -Ley de Sociedades Comerciales incorporada al Código de Comercio- son una creación, en su marco, de un acto del Estado Nacional, o de los Estados Particulares, las Provincias, lo cual, en particular en materia de Sociedades, determina ciertas consecuencias como lo haré explícito mas adelante.----------

------ 2.2.- Efectuada esta aclaración, trataré en primer lugar el ordenamiento general que nace con la Ley 13.653 (con las modificaciones de la Ley 14.380, TO por Dto. 4053/55 y modificado a su vez por la Ley 15.023), que instrumenta un tipo de entidad que se llamó *Empresa del Estado*.- No fue la primera creada – ese mérito correspondió a las Sociedades de Economía Mixta (SEM)- pero esta figura de "Empresa" fue una de las preferidas en el orden nacional.-----

------ 2.2.1.- Se estableció en el art. 1° de la Ley, que quedarían sometidas al derecho privado en todo lo que se refiere a sus actividades específicas, y al derecho público en todo lo que atañe a sus relaciones con la administración o al servicio público que se hallase a su cargo... Vincula CASSAGNE estas últimas previsiones normativas a un principio que no puede obviarse, y es aquél que determina que las actividades industriales y comerciales de acuerdo con *el principio de* ///*subsidiariedad o suplencia* corresponde sean desarrolladas por los particulares, debiendo intervenir el Estado sólo para suplir o

///

completar la actuación privada o por razones que hacen al bien común (soberanía, defensa nacional, naturaleza monopólica de la actividad, etc.), aunque –señalará- este principio rector no siempre fue observado (Derecho Administrativo T° I, pág. 389), alcanzando las críticas doctrinarias a múltiples aspectos que no cabe analizar en el caso.----------

------ GORDILLO advertía -en la edición 1974 de su "Tratado de Derecho Administrativo", pág. XI-21- que estas Empresas del Estado fueron reguladas como si fueran entes autárquicos.- Manuel María DIEZ- señalará entre sus caracteres, personalidad jurídica propia –distinta de la del Estado- e individualidad financiera.- Pero sólo en el sentido de que preparan sus propios presupuestos y los ejecutan, pero... lo someten al Poder Ejecutivo que lo aprueba y comunica al Congreso (art. 4 Ley N° 15.023) ("Derecho Administrativo" T°II, pág. 120/121).----------

------ El maestro recordaba, que a fin de que ajustase su gestión a la orientación de la política económica impartida por el Poder Ejecutivo se dictó el Dto. 10.599/61, y en lo demás cada una tenía una Ley y un Estatuto orgánico aprobado por Decreto que las regulaba.----------
///--- Los dirigentes o administradores de estas Empresas, son funcionarios o empleados públicos, no así los inferiores cuya relación se somete al derecho privado (una de las notas que la diferencian de

las entidades autáquicas).- Y si bien en sus orígenes no fue así, luego la Ley Nº 15023 dispuso la aplicación de la Ley de Contabilidad supletoriamente de sus propios estatutos.----------

------ En cuanto al control -señalan Javier Indalecio B. - Fabiana Haydeé S.- el *interno*, fue atribución de la Contaduría General de la Nación que las fiscalizaba en su desenvolvimiento económico-financiero mediante el procedimiento de auditoría contable que reglamentaba el Poder Ejecutivo-.- Y su *control externo* -conforme el art. 84 inc. f) de la Ley de Contabilidad Nacional (Dto.Ley 23.354/56), y agrego, en concordancia con la Ley específica, art 6- le correspondía al Tribunal de Cuentas de la Nación, que designaba auditores o síndicos.- ("El control de la Administración Pública", pág. 78/79).- Tarea que -critican los autores- no fue efectuada cabalmente por ese órgano...----------

------ DIEZ comentando el texto de la Ley N° 15.023, decía que el contralor de las Empresas del Estado lo efectuaba el Poder Ejecutivo, en el ejercicio de su poder de policía *(adviértase la referencia en el Acuerdo Nº 292/06, al contestar la defensa de uno de los actores que opuso la teoría del "venire")*.- Que el más importante era el control financiero -previsto expresamente en su art. 6, que es el que expresamente disponía que el Tribunal de Cuentas ejercería el mismo *mediante el ///procedimiento de auditoría contable* en todos los aspectos relacionados con su desenvolvimiento legal, económico, financiero y patrimonial a cuyo efecto debía fiscalizarse el desarrollo del presupuesto, verificar la

gestión patrimonial y observar todo acto que contraviniese las disposiciones legales, reglamentarias y estatutarias....- Se regulaba un procedimiento para el caso de observaciones con comunicación a la empresa, luego al Poder Ejecutivo y finalmente -si no eran satisfechas- se iniciaba las "acciones legales que correspondieran contra los responsables".- A más, se previó la posibilidad de que el Tribunal designara en cada empresa representantes auditores con funciones continuas, y se fijaron las obligaciones de las Empresas respecto del Tribunal para facilitar su tarea.----------

------ A posteriori, con el Dto. 10.599/61, se creó en el Ministerio de Economía la Sindicatura General, a cuyo cargo quedó *el control preventivo* de los planes de inversión de las Empresas del Estado -supervisadas por aquel Ministerio y el de Obras y Servicios Públicos.- En cada una de éstas, el Poder Ejecutivo designaba -por conducto del primer Ministerio- un Síndico.- Esta norma estableció como atribuciones de éstos el impugnar actos de administración o disposición que implicasen transgredir la orientación económica del Poder Ejecutivo o el ordenamiento económico financiero (arts. 4 y 6 de ese Decreto).- Ante una impugnación, estaba prevista la suspensión del acto impugnado -siguiendo un procedimiento allí ///descripto.- Razona DIEZ, que este control financiero debía ser ágil para no trabar el desenvolvimiento de la empresa.- (ob. cit. T° II- pág. 125).----------

///

------ En cuanto a las responsabilidades de las autoridades de las Empresas del Estado, en el art.8 de la ley 13.653 -con las modif. citadas- se establecía que se determinarían según las normas aplicables a los funcionarios públicos -que lo son- a cuyo efecto, como es natural, quedaban sujetos al juicio de responsabilidad que le sería aplicado conforme la Ley de Contabilidad, independientemente de las sanciones administrativas que correspondieran según la naturaleza de la infracción cometida.- Expresamente se previó que la determinación de la responsabilidad personal estaría a cargo del Tribunal de Cuentas de la Nación, sobre la base de la relación que existía entre la competencia legal-estatutaria o reglamentaria asignada al agente y la acción u omisión que configurase la transgresión.- Cuando la sanción pecuniaria debiera ejercerse contra dos o más responsables, su cumplimiento tendría carácter solidario por parte de los mismos.--------

------ 2.2.2.- Así y hasta el año 1973 en que se crea la Corporación de Empresas Nacionales por la Ley Nº 20.558.- B. y S. mencionarán que hasta ese momento, la atribución del Tribunal de Cuentas de fiscalizar estas Empresas no llegó a encararse con normas y procedimientos desarrollados.- Fue recién con aquélla cuando se instituye una auténtica auditoría externa realizada según las normas profesionales de rigor (ob.cit. pág. 91).----------

///--- Al margen de lo dicho, este sistema de control que he detallado, guarda una ostensible similitud -en orden a procedimientos y responsabilidades- al que el Tribunal de Cuentas de la Provincia

///

adoptó para con el B. C. SA, al iniciar en el caso con "requerimientos", las actuaciones que se incorporan al Expte. Administrativo N° 1319/TC/04 (también antes de acuerdo a las constancias documentales de fs. 855 a 858), que culmina -ahora- con el Acuerdo N° 292/06, que los actores nulidicen.- Sin contar, claro, con una norma clara y determinante como lo fueron éstas a que me vengo refiriendo, ni con la organización prevista, ni ser los responsables -imputados- funcionarios públicos.----------

------ Es fácil notar, después de esta descripción, la semejanza.- Incluso los razonamientos dados en el acto, parecen propios de esta "forma" empresaria.----------

------ Así pese que puede apreciarse que el art. 12 de la Ley analizada, estipulaba que la misma ***no sería de aplicación para las instituciones que integran el sistema bancario oficial, que continuarían bajo el régimen de fiscalización que establecieran sus leyes respectivas, sin perjuicio de que los balances del BCRA fuera certificado por uno de los contadores mayores de la Nación designados por el Poder Ejecutivo.-*** BIELSA lo destaca en su comentario a la norma en su Derecho Administrativo -T°I –pág. 278 Ed.1955.----------
///--- En relación con esto último, y lo cito a guisa de ejemplo- la Procuración del Tesoro de la Nación, interpretó -en relación con el Banco Central de la República Argentina, órgano rector del sistema

bancario en el país, que "El art. 136 de la Ley de Contabilidad establece que dicha ley se aplica a las entidades descentralizadas, salvo que en las cartas orgánicas se establezcan procedimientos que los sustituyan, o que expresamente los excluya. Para el caso del Banco Central de la República Argentina, cuando el art. 44 de su Carta Orgánica establece que la Ley de Contabilidad sólo se aplicará en lo que se refiere a una rendición de cuentas anual y que las erogaciones tengan previsión presupuestaria, ha querido la exclusión del Banco Central en lo que se refiere al Juicio de Responsabilidad".----------

------ 2.3.- Pero además de estas ***Empresas del Estado*** evidentemente sometidas por sus controles al Derecho Público como lo he relatado, se previeron -antes y después- otras formas empresariales que instauraron controles distintos.- Al describirlas, MATA distingue aquellas Empresas del Estado de las ***"figuras societarias": SEM, SAPEM y SE*** (recuerdo: Sociedades de Economía Mixta, Anónimas de Participación Estatal Mayoritaria y las que se nominaron Sociedades del Estado).- Afirma que *"cuando el Estado integra sociedades"* se está en presencia de *otro sistema*, porque estas figuras de participación estatal son parte de la legislación de fondo, con competencia constitucional del Congreso Nacional (art. 75 inc. 12 CN) y tal circunstancia acentúa la política del legislador consistente en la adopción de modelos de gestión privada (ob. cit. pág. 354).- Ni ///siquiera -comenta- cuando es el Estado el "único socio" como ocurre en las último mencionadas.----------

///

------ Es de señalar, que la doctrina no guarda uniformidad cuando del tratamiento de estas formas societarias estatales se trata, descollando un entrecruzamiento de normas y principios públicos y privados, y gran confusión de propósitos y conceptos en los sucesivos órganos que han legislado en la materia, observándose una *verdadera incoherencia en la conducta de la Administración que no respeta el carácter del ente cuya creación ella misma propició ante el Congreso* (Vg. MAIRAL - LL 1981-A-790).----------

------ De cualquier modo, y tal como lo dejé asentado antes, son una creación del Estado Nacional o los Estados Provinciales.- Y siendo así, y desde que uno u otros las crean e integran con su participación de la manera indicada para cada "tipo" de empresa, y son instrumentos para el logro del interés general que mueve a su formación, Nación y Provincias poseen una amplia atribución de regular, en el marco de su soberanía, el modo de intervención y de reservarse ciertos derechos al constituirla, inclusive, formas particulares de contralor, siempre que no contraríen la norma federal que las rige.----------

------ En términos más claros, si se trata de Empresas o Sociedades del Estado, sin perjuicio de que éste deba respetar las normas que las ///instituyeron y autorizaron, y a aquéllas a cuya regulación se sometieron, ningún obstáculo jurídico existe para que el Estado se "guarde" algún poder de dirección, o regimente mayores y mejores

controles de gestión, ejecución y aplicación de las utilidades, pues en definitiva en estas "formas" estatales está ausente el fin de lucro, que es el propio y natural de las Sociedades Comerciales, y su creador puede someterlas al Derecho Administrativo, eminentemente local por no delegado (art. 121, 122, 126, 127 de la Constitución Nacional).----------

------ Así porque si en ellas los intereses del socio son individuales, en pro del obtenimiento de ganancias personales, en éstas -en las que el Estado participa- los intereses del socio Estado se confunden con los intereses de la comunidad, y entonces aquél no solo tiene el derecho sino el deber de propender a su mejor satisfacción.----------

------ La cuestión radica -a mi juicio- en discernir de qué modo debe operar ese sometimiento, si así fuera dispuesto, y por supuesto, el cómo.----------

----- 2.3.1.- La primera de estas formas societarias regulada fue la ***Sociedad de Economía Mixta*** (Dto. Ley N° 15349/46 ratificado por Ley N° 12.962 y luego por Dto. Ley N° 19.550.-), que según la finalidad propuesta en su constitución podía ser persona de derecho público o privado.- En el primer caso -dice GORDILLO - la coparticipación estatal y privada se da en forma permanente y ///continua, previéndose en los estatutos, en la ley o el decreto de creación, el porcentaje en que participa el Estado en la Sociedad y no pudiendo cambiarse sin modificar dicho acto en forma expresa.- En el

///

segundo caso, la participación del Estado no es estatutaria, sino mediante la simple tenencia de acciones de sociedades privadas sin compromiso de seguir integrándolas en el futuro, caso en el cual es accidental e informal la coparticipación estatal y privada.- En las primeras el Estado tiene ciertas atribuciones especiales como socio y en las segundas es un socio más (conf. Tratado de Derecho Administrativo-T°1- pág. XI-24/25 y 29, año de edición 1974).---------

------ En el mismo sentido opinaron DIEZ (Tratado... Tomo II – pág. 130 y sigs.) y M. MARIENHOFF que señaló los requisitos que debían reunir para ser consideradas de Derecho Público (fines propios del Estado de interés general, que detente derechos de poder público – "potestad de imperium", que el control del Estado sobre la entidad sea constante (Tratado...- tomo I – pág. 457 y sigs.)).- Todo -por cierto- según Estatutos.- Criterio al que adhirió la Corte Nacional en "Montenegro de Baldoma..." (del 05/10/95– LL 1996-C-108).----------

------ En todos los casos, y a salvo de las disposiciones especiales, rigen para este tipo de sociedades las prescripciones aplicables a las Sociedades Anónimas en el Código de Comercio (art. 3°), aunque ***no se sigue*** -GORDILLO lo analiza- ***el régimen propio de las Sociedades ///Anónimas***.- Así, el Estado puede participar de diversas maneras –no sólo con capital-, la dirección y administración se lleva a cabo por un Directorio, cuyo Presidente, un síndico y por lo menos un tercio de

sus integrantes representan a la Administración Pública y son nombrados por ésta (art. 7°) lo que implica una participación especial de carácter estatutario y permanente.- Luego, con motivo de la sanción de la Ley 19.550, se transformó la Sindicatura en un órgano colegiado en número impar.----------

------ La particularidad en este tipo de Sociedades, y a la vez determinante de la injerencia estatal, es la institución del veto, por cuyo mérito el Presidente o en su ausencia cualquiera de los Directores nombrados por la Administración Pública tienen la facultad de vetar las decisiones del Directorio y la Asamblea de accionistas, veto que procede ante los supuestos de una decisión contraria al ordenamiento en general o de la norma de creación o del Estatuto, o cuando pudiera comprometerse la conveniencia del Estado vinculada a la sociedad (art. 8).----------

------ CASSAGNE comentando estas características y facultades de los órganos de estos entes, se pregunta *¿cuál es la relación jurídica que vincula a los representantes estatales con la Administración Pública?* Distingue dos casos posibles que expone la doctrina: que el representante estatal sea al propio tiempo funcionario o empleado publico, en cuyo caso la relación jurídica es la propia de la relación de función pública, dentro de la cual está el cumplir con las órdenes e ///instrucciones que le impartan los superiores jerárquicos con relación a la administración de la sociedad.- O bien, que dicho representante estatal no sea funcionario o empleado público, en cuyo caso la

///

relación jurídica es la del "mandato", pero de derecho público sin perjuicio de la recurrencia analógica a las reglas del derecho privado, dado que esta figura carece de regulación en el derecho administrativo.- Coincide MARIENHOFF (Tratado de Derecho Administrativo, T°I, pág. 474 y 475).----------

------ Como es natural -señalará DIEZ- el Estado debe reservarse en estas Sociedades un papel fundamental de contralor; de allí la sindicatura y el veto.- Porque si la participación del Estado fuere minoritaria, las reglas del Derecho comercial serían insuficientes.- Pero, considera- ***si la participación fuere mayoritaria, no habría necesidad de derogar el derecho común porque la mayoría estaría en manos de los representantes de la administración que ejercerían el contralor de la empresa…*** (Tratado... – Tomo II – pág. 136/137).--------

------ En síntesis...muchos aspectos dependen.- Y dependen de la regulación dada por los Estatutos.----------

------ 2.3.2.- En lo que refiere a la ***Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria*** (creadas en por Ley N° 17.318 en 1967 luego incorporada a la N° 19550), como lo es el B. ///Chubut, tienen una regulación mas que limitada.- En el mensaje ministerial dirigido al Poder Ejecutivo por BORDA y ETCHEBARNE que se adjunta al proyecto de la que habría de ser la Ley Nº 17.318

(publicado en ADLA XXVII-B-1480) expresamente se aduce que está *"destinado a adaptar la Sociedad Anónima a los requerimientos propios de la actividad económica estatal"*.----------

------ Se estimaba que se había logrado regular un sistema que permitía armonizar la flexibilidad y fluidez operativas que son "características de las empresas comerciales" con el adecuado control que exigen los intereses del Estado.- Aprovechando las "positivas modalidades" de la iniciativa privada en la conducción de la empresa... se creaba una ***"estructura jurídica que garantizase la participación prevalente del Estado en sus órganos de administración y control"***.- Así, se establecieron dos requisitos: que se trate de Sociedades Anónimas en las que la participación estatal no sea menor a un 51% del capital social; y que las acciones de que sean titulares el Estado o los demás entes incluídos en el régimen, resulten suficientes para constituir por sí el quórum y prevalecer en las asambleas ordinarias y extraordinarias.- Se advirtió que "una modificación a las normas vigentes en materia de Sociedades Anónimas posibilitaría el segundo requisito...- (por ello el art. 3° esa Ley excluía la aplicación de diversas normas del Código de Comercio).- Aquellos recaudos del art. 1 -en redacción similar- quedaron plasmados luego en el art. 308 de la Ley de Sociedades Comerciales N° 19.550.----------

///--- En un comentario de la ley 17.318 y de aquel mensaje, Salvador Darío BERGEL (también en ADLA XXVII-B-1480) interpretaba que de la lectura de su articulado se desprende el carácter esencial de esta

ley: no se trata -decía- de regular una Sociedad de Economía Mixta, sino la modificación y complementación de determinadas normas relativas a las Sociedades Anónimas, observándose en el resto la vigencia de las disposiciones propias de este tipo societario.- Señala que este aserto está ratificado por el contenido expreso del art. 15 – cuyo texto reza: "la presente ley se incorporará como título especial al Código de Comercio".----------

------ NISSEN, al comentar esta figura, expresa que la sujeción a los arts. 308 a 314 de la Ley de Sociedades determina que la Sociedad Anónima con Participación Estatal Mayoritaria, no constituye un tipo societario propiamente dicho, sino un subtipo de la ley de Sociedades....----------

------ A la par que alababa el sistema, Belisario J. HERNÁNDEZ criticaba desde un artículo (LL 130-968), que ***la ley no establecía forma alguna de control por parte del Tribunal de Cuentas de la Nación, organismo al que específicamente la Ley de Contabilidad (ADLA XVII-A,154) le imponía la fiscalización general de la hacienda pública, de la cual forma parte directamente el capital accionario estatal; y que tampoco se incluía -hacía notar- otro tipo de*** ///***control externo contable.***- Y si bien aceptando en principio que en atención de la naturaleza o condición jurídica de los entes, que son eminentemente privados, pareciera lógico esa falta de control, a la par

efectúa -a modo de recomendación- que atento la magnitud de los intereses del Estado... ***resulta necesaria la implementación de algún tipo de control sobre la gestión societaria, por medio de un organismo externo y ajeno a la misma que mediante procedimientos ágiles, flexibles y adecuados a la práctica mercantil permitan realizar ese control, sin que implique trabar o dificultar la marcha de los negocios empresarios, en que la rapidez de decisión es factor importantísimo…”***.-

------ Esto es, al crearse este “tipo” societario, las formas de fiscalización previstas por la norma, fueron las propias de las Sociedades Anónimas: Sindicatura, Asamblea y Auditoría externa.------

------ 2.3.3.- Así en ambos tipos, hasta que –expresamente en 1973, la Ley Nº 20.558, crea la Corporación de Empresas Nacionales, que clara y contundentemente centralizó la fiscalización externa de la gestión financiera de las Empresas y Sociedades Nacionales comprendidas -las del tipo antes analizado- en un órgano que se denominó Sindicatura General.----------

------ Antes, sin embargo, está vigente ***-en la Nación-*** la ley de Contabilidad Nacional -Dto. Ley 23.354/56- cuyos arts. 84 inc. a) y 85 inc. c), y 138, admitieron (“podrá”) la fiscalización por el Tribunal ///de Cuentas de la Nación sobre las que llamó “haciendas paraestatales”.----------

///

------ El concepto de hacienda paraestatal que da esta norma refería a *"entidades de derecho privado en cuya dirección o administración tenga responsabilidad el Estado o a las cuales éste se hubiera asociado, garantizando materialmente su solvencia o utilidad..."* .- Así pudieron entenderse comprendidas las SEM y SAPEM (hasta ese momento, aún no reguladas las SE).- Sin embargo, dice Belisario HERNÁNDEZ, ***la reglamentación del art. 138, limitó el concepto genérico de hacienda paraestatal a las entidades que el Poder Ejecutivo declare como tales en función de lo previsto por el artículo reglamentado.- Concordantemente, el Tribunal de Cuentas de la Nación, en la correspondiente Norma de Interpretación, dispuso que lo determinado por el art. 138 de la Ley, este Tribunal determinará en cada caso el régimen de fiscalización de las haciendas paraestatales"*** (Tbjo. citado.- Se está refiriendo al Dto. N° 13.100/57 BO 28/10/57, que reglamenta varios capítulos del Dto. Ley N° 23354/56 – Ley de Contabilidad Nacional).----------

------ Comenta el mismo autor, que la referencia a "entidades privadas" en este concepto de haciendas paraestatales, es una terminología poco apropiada, y que la ley quiso referirse a haciendas que desarrollan actividades paralelas a las del Estado y ///consecuentemente se encuentran a su lado, las que jurídicamente constituyen entidades o personas públicas no estatales (equívoco terminológico que atribuye a la circunstancia de que se está tratando

una materia ajena al Derecho, como lo es la contabilidad y no se tuvo en cuenta esta categoría jurídica aludida).- Y culmina afirmando que si se entiende que el control debe extenderse a personas jurídica privadas en las que el Estado tenga participación, que incida directa o indirectamente sobre la hacienda pública, así debió establecerse con prescindencia de la nominación de paraestatal.----------

------ Refiriéndose a H. SA, que sigue -dice- el ejemplo de SEGBA, la considerará una "empresa pública" (estimo, en un sentido lato), sujeta a esta Ley Nº 17318.- Destacará que ésta rige la Sociedad en los aspectos no contemplados en el Estatuto, y se referirá a la determinación de las normas contenidas en él, que subordinan la Sociedad a la orientación de quienes son sus organismos participantes (Dirección Nacional de Energía y la Empresa Estatal Agua y Energía, tales los titulares de las acciones), a la Sindicatura y la importancia de la responsabilidad de control atribuida, previendo que el Directorio debía dictar normas "para que se convierta en un verdadero órgano de control y asesoramiento general", quedando sujeta además, por las mismas disposiciones estatutarias al control de los órganos del Estado que se indican (Secretaría de energía y Minería en obras, Ministerio de Economía en el plan de financiación).----------

------ 2.3.4.- A mediados de 1974, ve la luz otra forma "societaria" de ///participación económica estatal, las Sociedades del Estado, creadas por Ley Nº 20705.- Si en la SEM y SAPEM, participaban capitales privados, en éstas el capital es exclusivamente del Estado, único socio,

///

///excluyendo aquéllos.- El art. 3º somete a las mismas a las normas que regulan las Sociedades Anónimas en cuanto fueran compatibles con el sistema de la Ley, prohibiéndose que se transformen en SAPEM, incorporando capitales foráneos.----------

------ Expresamente la norma estipula la inaplicabilidad de las Leyes de Contabilidad, Obras públicas y Procedimentos Administrativos autorizando al Estado a "transformar" en este tipo nuevo, las EE, SEM y SAPEM.- Inaplicabilidad que debe entenderse dispuesta para la Nación, en orden a la facultad que he entendido propia de las Provincias, cuando fueren éstas las que la constituyen.- No se aclaró sobre su sujeción a la Corporación de Empresas Nacionales, mas quedaron luego sometidas al control dispuesto por Ley Nº 21801 a Sindicatura General de Empresas Públicas y hoy, a la Sindicatura General (control interno) y Auditoría General de la Nación (control externo)– Ley Nº 24156 -art. 8 inc.b) – aunque excluidas del primero los entes financieros por Resolución Nº 37/06 –SGN.----------

------ 2.4.- Si bien es cierto que la SE no es SAPEM, pues ésta está dada para posibilitar la integración del Estado con capitales privados, no lo es menos que en el caso, la única socia que aporta capital es -al ///menos hasta hoy- la Provincia, y ambas tienen en común la de ser Sociedades Anónimas y regirse por Ley N° 19550.----------

///

------ Por ello resulta interesante la opinión de MAIRAL (en tbjo. antes citado y aplicada al primer “tipo”), que procura determinar el régimen jurídico aplicable, considerando el problema de la compatibilización de la propiedad y control estatales con la utilización de principios jurídicos del derecho privado, tema que a su vez desembocará en uno más amplio: el marco de aplicación de las normas y principios de Derecho Administrativo, o sea, los límites en la aplicación a tales figuras de esta rama del Derecho.----------

------ Afirma en este sentido, que la vigencia de las normas sobre Sociedades Anónimas tiene consecuencias que las hacen incompatibles con el Derecho Administrativo, y postulará la aplicación irrestricta del derecho privado.----------

------ Reflexiona primero, acerca de una cuestión que he venido señalando a lo largo del presente voto: las diferencias que revisten “la empresa pública” y la “Sociedad del Estado”.- Define -siguiendo al presidente Roosevelt al inaugurar en 1933 la Tennessee Valley Authority, aclara- como "un sistema de organización investido de las potestades gubernamentales" pero poseyendo además "la iniciativa y flexibilidad de la empresa privada" -a este tipo corresponden el "établissement public" francés y la "public Corporation" inglesa.- Y en cambio *la sociedad del Estado adopta una estructura similar a la de las ///sociedades privadas y correlativamente una menor, o nula, concesión de prerrogativas públicas* -las "sociétés nationales" y las "state companies" corresponden a esta categoría.----------

///

------ Destaca remitiendo al mensaje del Poder Ejecutivo, que este tipo de Sociedad "*aspira a amalgamar la flexibilidad operativa propia de las sociedades anónimas, con las garantías de orden social inherentes a la propiedad estatal absoluta*". Transparentando así -entiende- la voluntad de crear un ente regido ***primordialmente*** por el derecho privado a diferencia de las entidades autárquicas, que se rigen casi exclusivamente por el derecho público, y de las empresas del Estado que se rigen alternativamente por el derecho público y por el derecho privado.----------

------ A juicio del autor, en opinión más que razonable, si ya estaban funcionando en nuestro derecho las Empresas del Estado con ese régimen mixto, es evidente que sólo se justifica la creación de un nuevo tipo de ente, si se le otorga un régimen jurídico sustancialmente distinto a fin de que la actividad del caso, alcanzara un mayor nivel de eficiencia.----------

------ Recuerda que la exclusión en su momento de la aplicación a estas figuras de las leyes de Contabilidad, de Obras Públicas y de Procedimientos Administrativos, fue motivo de debate parlamentario, ///habiéndose propuesto y desestimado la intervención del Tribunal de Cuentas, así como la imposición de un "estatuto tipo", que regulara su régimen de contrataciones.----------

------ Se interroga ¿existe alguna limitación constitucional a la potestad del Congreso de aplicar un régimen jurídico de derecho privado para las actividades económicas que desempeña el Estado? Considera que la respuesta debe ser negativa atento, en primer lugar, a que no se encuentra ninguna norma de la Constitución que expresamente impida este tipo de estructura jurídica y, además, porque tampoco implica el mismo una limitación irrazonable de la potestad constitucional del Poder Ejecutivo, como Jefe Supremo de la Nación, de tener a su cargo la administración general del país.- Advierte que las actividades que realizan las sociedades del Estado tienen carácter industrial, comercial o de explotación de servicios públicos, es decir, que no se trata de funciones que el Estado debe llevar a cabo por sí mismo, de manera indelegable, por imperativo constitucional, como podría ser la recaudación de impuestos, el control de las aduanas o las relaciones exteriores.----------

------ Postulará la idea de que no todos los entes estatales son públicos y propondrá designar como “estatales” a los entes que directa o indirectamente son íntegramente de propiedad del Estado, y de entre ellos llamar “públicos” sólo a los que realizan actividad administrativa, regidos exclusiva o preponderantemente por el Derecho Administrativo. Así el calificativo “estatal” haría referencia al ///titular del patrimonio del ente y los adjetivos “público” y “privado” al tipo de régimen jurídico al que está sometido.- Las Empresas del Estado -expresa- estarán a horcajadas entre las personas públicas y

///

privadas (recuérdese –añado- también lo dicho sobre las SEM), pero -afirmará- las SE están entre las últimas.----------

------ Queda librado al Poder Ejecutivo -indica- la designación de las personas que ejercerán los cargos directivos, facultad ésta que, si bien se ejerce dentro de la Asamblea de la Sociedad del Estado, no por ello deja de permitirle nombrar y remover a su arbitrio a los mismos.- Y señala que todo lo referente al procedimiento por el que la Administración fija el criterio a seguir por sus representantes en la Asamblea será materia regida por el Derecho Administrativo, pero una vez que esos representantes actúan en el seno de la Asamblea se aplica el derecho privado, y cualquier exceso o apartamiento del mandato sólo viciará las resoluciones Asamblearias si ello es procedente bajo los principios privatísticos.----------

------ En lo que hace al control a efectuar por el Estado, sostendrá que debe ser ejercido en el marco de la Ley de Sociedades, es decir, mediante la actuación de sus representantes en la Asamblea, y la designación de directores y comisión fiscalizadora, descartando toda idea de "intervencionismo administrativo" por no ser compatible con el régimen societario.- En orden a la calificación de los directores que ///representan el capital estatal, señala la contradicción existente en el debate parlamentario: mientras Diputados los consideró "funcionarios del Estado", Senadores señaló que "no encuadran dentro del ámbito

oficial de la administración Pública".- Con esta última posición coincide, entendiendo que se rigen por las normas de la Ley de Sociedades que fija un sistema de responsabilidad distinto, ajeno a la disciplinaria, y al excluirse de la Ley de contabilidad el tipo societario, tampoco están sujetos a la responsabilidad de los estipendiarios de la Nación.- Cita que la Procuración del Tesoro -justamente en las SAPEM- determinó su carácter de empresa privada, la aplicación de la legislación comercial, la inexistencia de facultades disciplinarias por el Estado, que sólo puede remover al Director por los mecanismos propios de la normativa societaria.----------

------ Éstos tampoco están obligados a seguir "directivas" que imparta el Poder Ejecutivo y no serían jurídicamente responsables los Directores que se negaran a hacerlo, aunque de hecho -analiza- de proceder así serían removidos…----------

------ Poco es útil lo que expresa sobre los síndicos a la realidad de esta Provincia, pues alude al sistema nacional y a su sujeción a la Sindicatura General de Empresas Públicas, a la cual deben obediencia, pues la norma que la creara les impone deberes e instaura todo un procedimiento de observaciones, inexistente en el orden local, por lo cual se encontrarían -estimo- en situación similar a la de los Directores.----------
///--- Se postula a favor de la aplicación del régimen de Derecho Privado como regla, porque -insiste- si se creó un régimen distinto al de empresa del Estado, fue porque se deseó constituir o crear un tipo

de ente distinto y no es posible terminar aplicándoles un régimen análogo al de aquéllas.----------

------ ***Desde el punto de vista de los intereses públicos, el Estado*** -dice- ***tiene a su disposición los mecanismos de control societario y en especial las acciones de responsabilidad previstas por Ley N° 19550 – Utilícelos -invita- y si la experiencia demuestra su eficacia modifique la Ley, pero ante el mandato legislativo vigente, no se proclame "a priori" su ineficiencia para aplicar exclusivamente un régimen de control administrativo.- Por otra parte*** -asevera- ***tomada la decisión privatística en la Ley que crea estos entes, no pueden normas posteriores modificarla, salvo que lo hagan en forma expresa***.----------

------ Acepta entonces, que si el Congreso de la Nación en ejercicio de la facultad que le confiere la Constitución de *promover el bienestar general*, podría disponer la privatización de estas sociedades, es decir, su venta y traspaso total a manos privadas, e incluso prohibir al Poder Ejecutivo incursionar en el ámbito comercial o industrial mediante el poderoso arbitrio del control presupuestario, parecería que, a "fortiori", ***está facultado para reglar su régimen jurídico mientras permanezcan de propiedad del Estado***.----------
///--- 2.5.- De esta descriptiva que he efectuado, una nota saliente descolla: frente a las formas societaria instituidas, incluidas en la Ley General de Sociedades Nº 19550, son las determinaciones

estatutarias dadas por el acto constitutivo, u otras conexas y complementarias posteriores impuestas a cada Sociedad, las determinantes para discernir el control.- Son los Estatutos los que han de prever el órgano y el modo, siendo insuficientes a SAPEM y SE, la posible comprensión en el concepto de "hacienda paraestatal", aunque comprenda –genéricamente- a las "sociedades".----------

------ Lo expuesto me lleva a concluir en que la intervención del Tribunal de Cuentas no es determinante: o se prevé en aquéllos, o, en su defecto, en normas ulteriores, clara y concretamente.----------

------ 3.- A esta conclusión no es opuesta la previsión constitucional que estipula como deber del Tribunal referido, controlar la legitimidad de lo ingresado en función del presupuesto por …sociedades con participación estatal -art. 219 inc. 1.----------

------ Primero, porque las potestades públicas, así como los derechos y garantías que la Carta Magna acuerda, están sometidos a las leyes que reglamentan su ejercicio, y ningún impedimento existe para que el Legislador, a quien primero cabe esa misión, determine de entre la variedad de participaciones admitidas por las Leyes del Congreso Nacional, que se incorporan a los Códigos de fondo, cuáles de entre ellas están comprendidas, incluyendo unas, excluyendo otras, según ///sea conveniente a los intereses generales.- Fundamentalmente -si estima que el control debe ser ejercido- el cuándo y el cómo- compatibilizando las preceptivas de aplicación.----------

///

------ Esta "compatibilización" es fundamental, pues de no preverse, o de no existir plasmada en las normas, ello daría por tierra con la decisión legislativa individual de "crear" un ente bajo una forma societaria determinada, creando buenas dificultades para la solución de los conflictos que pudieran suscitarse…tal como lo expone este juicio.----------

------ 3.1.- En este marco el Legislador dicta primero, en Noviembre de 1995, *como norma general*, la Orgánica del Tribunal de Cuentas.- En el art. 16 –inc. b)- determina como función del órgano el fiscalizar y vigilar las operaciones y cuentas de las haciendas paraestatales, y al definirlas, incluye -también genéricamente- las entidades de derecho público o privado, en cuya dirección tenga el Estado representantes o responsabilidad, a los cuales hubiera asistido con aportes de capital… el inciso o) referirá en particular a las Empresas del Estado, "según los procedimientos que se fijen reglamentariamente".- El art. 21, trae a su jurisdicción a los "estipendiarios", que de acuerdo al concepto de la doctrina son los que reciben de algún modo aportes del Estado, esto es y para el caso, podría serlo el Banco como institución.- Cuando alude a las acciones por *responsabilidad civil*, y a la prescripción, ///menciona a "*los agentes de la Administración provincial, incluidos* -así lo dice- *los de "Entidades Descentralizadas, Empresas del Estado y Haciendas paraestatales…"*, lo que complementa el art. 25 que sujeta a su

jurisdicción a los *"funcionarios y empleados de la Administración Centralizada y Descentralizada, Entidades autárquicas, Empresas del Estado, Sociedades con Participación Estatal, haciendas paraestatales…"*.- El art. 26, se aparta de esta calificación de empleados públicos, para -cuando refiere a la obligación de rendir cuentas- junto a los jefes de servicios administrativos, mencionar a las autoridades de…Sociedades con participación estatal, haciendas paraestatales….- El art. 31, obliga a los responsables de los mismos entes entre otros, *a remitir las contrataciones* superiores a 50 módulos... El resto del articulado, refiere siempre genéricamente los "responsables", con intervención si no hubiere observación de la Contaduría General, desembocando si las hubiera, en el Juicio de Cuentas o de Responsabilidad.----------

------ 3.2.- A poco, en Febrero de 1996, el Legislador dicta la Ley N° 4164, decidiendo para el B. C. que venía siendo ente autárquico, darle una "forma" de Sociedad Anónima con Participación Estatal Mayoritaria, regida -dispuso- por el derecho privado, refiriendo a la Ley N° 19550.- Lo hizo en el acto constitutivo y lo repitió en los Estatutos.----------

------ De este modo, el "control" del socio mayoritario -Estado Provincial- por aplicación de la norma sustantiva aludida, reposó internamente en el criterio de los Directores que en mayor número ///designó, en la Asamblea, en la que participa el Poder Ejecutivo o quien éste designe en su representación, y en los Síndicos que nombró

///

para integrar la Comisión Fiscalizadora, mas las auditorías a que pudiera acudir la institución.----------

------ No estableció modo ninguno de relación entre mandantes y mandatarios (por estar a la opinión de MARIENHOFF).- Ni a Directores ni a Síndicos les impuso el deber de informar, o consultar, o "intermediar" con el Tribunal de Cuentas.- Ni la obligación de obedecer instrucciones.- Tampoco de remitir el presupuesto cuya aprobación quedó a cargo del Directorio, al que además se dotó de amplias facultades como lo expone la sóla lectura del art. 23 del Estatuto.- Destaco -por la "oposición" con la norma general y como ejemplo claro (art. 31 – Ley 4139) la atribución de establecer el régimen de contrataciones.- A más, confeccionar Balances, cuentas de ganancias y pérdidas, destino de utilidades del ejercicio, memoria *"todo lo cual será sometido a la Asamblea de Accionistas para su aprobación"*- Los arts. 29, 30 y 31 previeron *un sistema de fiscalización* "a cargo de una sindicatura plural" -integrada en mayoría y presidida por uno designado por el socio Estado- para cuyas atribuciones y deberes expresamente se remitió a la Ley Nº 19550, *"ejercerán* -dice el art. 31- *los controles de legalidad y de gestión con la colaboración de la auditoría Interna y Externa."*; se regularon las Asambleas, órgano por excelencia de toda Sociedad.- Hasta determinó el régimen que era aplicable a su ///personal en actividad, y el jubilatorio.- En ningún momento

mencionó otro tipo de controles, por sobre o además de los que se estatuían.----------

------ 3.3.- Así es que, si esto reguló una Ley especial, de orden público ¿no debiera acaso primar en su aplicación frente a la norma general?.- Diría ALVAREZ GARDIOL que el aplicador "no puede tantear a oscuras dentro del inmenso material jurídico que atesora un determinado sistema, cuáles pueden ser las normas aplicables o susceptibles de ser aplicadas al caso.- Debe respetar, sin duda, el sistema..." y una vez hallado el material jurídico dentro del sistema, seguramente una sola norma no estará elaborada totalmente para que funcione como determinante, sino que será necesaria su composición, conexión, vinculación con el resto de las del sistema al que pertenece (ob. ct. pág. 214).----------

------ Ley especial, ley posterior ¿acaso no fue clara la voluntad legislativa?.----------

------ La afirmación de que quedó sometido porque así lo determina la Constitución cuando menciona "empresas con participación estatal", o la Ley cuando repite esa mención y define las haciendas paraestatales, y sujeta a los "responsables" a un Juicio de Cuentas y/o de Responsabilidad por sobre los controles societarios, no satisface -en mi concepto- la intención de la Ley al dar al Banco, que además es una institución financiera y sujeta a otros controles específicos (lo que

///

///tampoco debe perderse de vista) la forma de SAPEM, y regular sus Estatutos.----------

------ Ha de verse asimismo -como elemento corroborante- que en el marco de la Ley Nº 4626 (BO del 5/10/00) que sustituyó la Ley de Contabilidad para acomodarse a los modernos sistemas de gestión presupuestaria (luego a su vez reformada por Ley Nº 5447), si bien se incluyeron las Empresas y Sociedades del Estado, lo fueron las "no financieras", quedando así excluido claramente el B. C. SA, lo que sin duda ninguna surge del debate parlamentario.----------

------ En definitiva, el Estado -socio mayoritario- participa en el Directorio, tiene sus propios síndicos, y el propio titular del Poder Ejecutivo, o quien éste designe en su representación, tiene en sus manos la aprobación o desaprobación de lo actuado en la Asamblea, y a todo evento, es titular de la acción de nulidad de ésta, y las de responsabilidad, legisladas en la Ley Nº 19550.----------

------ Razono que si la Provincia decidió optar por el instrumento de una SAPEM para acudir con el crédito a fines de interés social, es porque estimó que la entidad autárquica -esto era el B. C. - no servía del mejor modo a esos fines, que la figura de "Empresa Estatal" no era la adecuada, y que el objetivo se cumpliría ///mejor con esta forma de

derecho privado, regida por Ley de Sociedades, agilizando de este modo su gestión.----------

------ Ha de verse por otra parte, que a la época de sanción de estas Leyes, las Empresas y Sociedades del Estado Nacional, venían claramente sometidas a una fiscalización administrativa por parte de un cuerpo especial, la Sindicatura General de Empresas Públicas, con procedimientos especiales.- El mismo art. 16 inc. o) de Ley N° 4139 que antes he resaltado, las sometió a la fiscalización del Tribunal de Cuentas, pero, según las normas a dictarse oportunamente.- Llama la atención que la Ley no haya sido igualmente clara respecto de las sociedades en las que el Estado participa, a las que en cambio, se refirió con una generalidad poco sana, si se tiene en cuenta aquel precedente nacional, y los distintos "tipos" legislados desde hacía muchos años.----------

------ No cabe suponer imprevisión ni ignorancia en el legislador, y éste, ante a la preexistencia de estas normas, no estableció al dictar la Ley N° 4164, la vía de control que aquí se cuestiona (art. 55 - LS).- Al utilizar la forma de la Sociedad Anónima, es dable inteligir que el Estado tuvo la voluntad de restringir, en principio, su participación a aquélla que corresponde al accionista, es decir, la que se efectúa a través de la Asamblea, según Estatutos.- Y toda injerencia ajena a esta forma elegida -antes lo he considerado- puede disponerla el legislador, pero debiera derivar de norma especial y posterior.----------

///

///--- El Estado socio, único o mayoritario, y sus órganos, deben constreñirse a la voluntad del legislador.----------

------ 4.- Así debiera ser además, porque en el marco de la Ley de Sociedades Comerciales se ubica la *tipicidad*, la que supone un catálogo cerrado de figuras cuya instrumentalidad en aquel contexto limita la libertad de elección de los particulares en función de las "formas" expresamente previstas.- Consecuencia de tal "opción", el interesado, acorde las pautas de configuración interna, *queda vinculado a la especie de sociedad de que se trate, debiendo cumplimentar ciertos recaudos esenciales mínimos.- A los particulares les es permitido elegir la especie societaria o esquema patrimonial que mejor satisfaga al proyecto...*(Mariano GAGLIARDO, "Responsabilidad de los Directores de Sociedades Anónimas", pág. 63/64).----------

------ La sociedad comercial, como sujeto de derecho, presupone la existencia de un punto o centro de imputación jurídico que reconoce como sustrato a un grupo de individuos con una finalidad común por la cual "*se autoimponen"* un ordenamiento parcial.- La persona jurídica constituye entonces un ordenamiento particular, sancionado por los socios constituyentes y se encuentra regida por un complejo de normas emanadas de la ley y de los estatutos o instrumento constitutivo.- El estatuto es la ordenación constitucional de la asociación; es el conjunto de normas que regulan de un modo

///abstracto y general la estructura interna de la asociación, su funcionamiento y su actividad en el exterior (Francisco JUNYENT BAS, “Responsabilidad civil de los administradores societarios”, pág. 141).----------

------ Por ende, al analizar la intervención del Estado integrando una sociedad comercial como socio, corresponde atender a esta visión de centro de imputación diferenciada, con las particularidades propias del tipo que se ha elegido.- Si como ocurre en el caso, el Estado decide formar una SAPEM, y en el estatuto social establece que bajo esa denominación “funciona una sociedad por acciones bajo la forma de Sociedad Anónima con Participación Estatal Mayoritaria, arts. 308 a 614 de la Ley 19.550...” ello es indicativo de que se autoimpone el tipo societario, constituyendo su norma de creación -o de transformación- la Ley Nº 4164- y su estatuto el ordenamiento particular al que se sujeta.- En lo previsto, habrá de regirla como sociedad de un modo abstracto y general su estructura interna, su funcionamiento y su actividad en el exterior.----------

------ Respecto a lo “no previsto” en ese ordenamiento así configurado, en el mismo existe una expresa remisión a la Ley de Sociedades como es natural, pues es una sociedad tipificada en esta norma (v. g. arts. 1, 9 de la Ley, arts. 11, 12, 23, 32, 38, o las “excepciones” a tal régimen (v.g. art. 5 de la Ley).- Estas remisiones y excepciones al régimen general de las Sociedades Anónimas también surgen de los artículos

///

///de la Ley de Sociedades a los que remiten la Ley y el Estatuto de dicho Banco.----------

------ Así entonces, los órganos de Dirección y la Sindicatura, tendrán la responsabilidad que les confiere la Ley de Sociedades.- Y la forma de hecerlas efectiva, también debe ser la prevista en ese marco jurídico por el legislador elegido.----------

----- Porque como enseña COLOMBRES, la voluntad de las sociedades presupone un orden jurídico especial que a su vez se subdivide en estructuras internas, con determinadas competencias, que permiten la actuación de sus integrantes y tornan imputable dicha conducta a la sociedad.- Para que sea viable la actuación concreta del ente es necesaria la existencia de personas físicas que actúen en su representación, y ello se logra mediante un elemento estructural y constitutivo del ente, en relación inescindible con la persona jurídica, de manera tal que la actuación material de la persona física permite una imputación jurídica directa al sujeto de derecho.- Esto sucede porque se considera que cuando actúa el órgano lo hace institucionalmente como expresión de la voluntad de la persona jurídica.- (JUNYENT BAS- ob. cit. pág. 142).----------

------ De esta manera, el órgano es un instrumento estructural de la persona jurídica.- Una estructura normativa, con funciones

///determinadas, para cuyo cumplimiento están habilitadas personas concretas, en razón de una determinada legitimación.- La actual Ley de Sociedades reconoce a los diversos órganos sociales una tipicidad particular y necesaria para la expresión de voluntad de la persona jurídica.- Superada por la teoría del órgano la concepción de los administradores como mandatarios, en consecuencia, no tienen poderes derivados, sino que tienen poderes y deberes propios de la competencia orgánica.- Los distintos órganos poseen la competencia exclusiva que la ley otorga a cada uno, sin que uno de ellos pueda asumir facultades de otro.- Lo dicho no implica compartimientos estancos, sino funcionamiento armónico; y en caso de eventuales conflictos, la ley establece la metodología legal y procesal para solucionar los diferendos, vía que primero deberá agotar las alternativas estatutarias y, en su caso, integrarse con las correspondientes *acciones judiciales* (JUNYENT BAS- ob. cit. pág. 144).----------

------ 5.- Este es el mecanismo establecido en el régimen de las Sociedades Anónimas para hacer efectiva la responsabilidad de los Directores y Síndicos, regulándose en los arts. 276 a 279 las acciones de responsabilidad societaria.----------

------ VERÓN distingue cuatro supuestos y cuatro categorías de acciones -si bien lo hace comentando la responsabilidad de los Directores o administradores, aplicables son a los Síndicos (art. 298 LS): a) cuando el perjuicio causado es colectivo, afectando

///

///directamente a la sociedad, la acción es social; b) cuando el perjuicio es personal de un accionista, la acción puede ser individual, c)cuando un tercero acciona contra el administrador, la acción también es individual; d) y si los representantes legales de la sociedad rehusaran intentar la acción social, ésta podrá ser ejercida por los accionistas a título individual *uti singuli*.- (Sociedades Comerciales-Ley 19.550 comentada, anotada y concordada, Tº3, pág. 235).----------

------ De esta manera la acción social de responsabilidad procura reparar un daño sufrido por el patrimonio social; este daño provocado por la conducta culposa de los directores puede recaer directamente sobre dicho patrimonio y sólo de manera indirecta lesionar el interés de que representa para accionistas…o bien directamente sobre el patrimonio particular de éstos.- En el primer caso estamos frente a la acción social; en el segundo frente a la *acción individual* de responsabilidad.- La regulación de la responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital por la gestión operativa y empresaria da lugar a: a) la *acción social mayoritaria* de responsabilidad (debe ser entablada previa decisión de la Asamblea ordinaria, por el representante legal de la sociedad y en su defecto por cualquier accionista, una vez transcurridos tres meses -arts.58, 59, 234 inc.3º, 274, 277 y conc. LSC); la *acción social minoritaria* de responsabilidad (que puede ser entablada por los que se hubieran opuesto a la extinción de responsabilidad de gestión operativa y empresaria que

///representen por lo menos el 5% del capital social- arts. 274 a 276 in fine…), a más de las acciones concursales.- (VERON, ob. cit. Tº3, pág. 235/236).----------

------ La acción social de responsabilidad ejercida por los accionistas en el supuesto de su no ejercicio por parte de la Sociedad, tiene un carácter subsidiario (ob. cit. pág. 241).- La acción individual de responsabilidad (art. 279) es una acción independiente de la acción social e implica que la sociedad no tiene intervención alguna en su planteamiento, en su desarrollo o en sus resultados; que es indiferente que la apruebe o la desapruebe; que tal acción no puede estar condicionada ni limitada por ningún acuerdo de la Asamblea general ni por ninguna cláusula estatutaria (ob. cit. pág. 253).- La jurisprudencia así lo ha entendido: "la acción individual de responsabilidad prevista en el art.279 de la LSC no se halla subordinada a la promoción de la acción social concurrente, ni actúa en subsidio de ella, ni necesita autorización de la sociedad para promovérsela" (CN Com. Sala A, 10/7/97, LL1999-B-777, 41.257-S y ED 174-593).- La independencia señalada no obsta a que ambas acciones –social e individual- puedan existir, sin perjuicio de su acumulación procesal, pues tienen idéntica naturaleza y tramitan por el mismo tipo de procedimientos (VERÓN, ob. cit. pág. 253).----------

------ Lejos está el Estado -socio mayoritario, con sindicatura propia- de quedar desprotegido con el sistema.----------

///

///--- 6.- Ahora bien, la conclusión que vengo desarrollando, no oblitera la posibilidad de compatibilizar, vincular, o concordar estas normativas, aspecto al que me referí en el punto 3.3 "in fine" de este análisis.----------

------ Porque hay un elemento en autos que no puede dejar de considerarse, y es que el B. C. , ya transformado en SAPEM, ***se sometió voluntariamente y rindió al Tribunal de Cuentas su gestión por los Ejercicios 1996/97, 1997/98, 1998/00, 2000/01***.- Ignoro si así en los primeros años fue por entender aún aplicable la Acordada Nº 308/90 que le era impuesta cuando era entidad autárquica, y determinaba la documentación que debía remitirse a aquél organismo; y después lo hizo porque así lo dispuso la Acordada Nº 408/00.- Así lo prueban las constancias de fs.855 a 858 del Expediente Administrativo.----------

------ Por cierto, que digo no obstaculizan la conclusión jurídica descripta, pues los hechos, no crean derecho.- Pero son útiles para demostrar esta posible compatibilidad, que fue desdeñada.----------

------ De aquellas regulaciones del Tribunal, allí resulta que desde sus inicios, debieron remitirse: Balance mensual de sumas y saldos, planilla mensual de consolidación de saldos, libro mayor, Balance trimestral presentado al BCRA, Estado de origen y aplicación de

///fondos (Anexo Acordada Nº 308/90 – punto IV Anexo Acordada Nº 408/00).----------

------ Y ello demuestra que el Tribunal de Cuentas pudo advertir la "irregularidad" que procura aclarar por Requerimientos del 2001 (me remito a la glosa del punto III del voto del Dr. Caneo), que surge de la Cuenta del Mayor 560012-Varios, mucho, pero muchísimo antes.- Ello le hubiera permitido poner en marcha el control societario a que el Legislador sometió la institución, pues, como Órgano del Estado, pudo informar al Poder Ejecutivo en tiempo oportuno a fin de que se comunicara con la Sindicatura pidiendo aclaraciones, o bien obrare en consecuencia en la Asamblea, requiriendo mayores explicaciones, y a todo evento formulara las oposiciones del caso, y no aprobara ...lo que aprobó.----------

------ Este -y hasta allí- es el posible punto de contacto entre ley general y ley especial: una fiscalización cuya finalidad sea la de permitir al Estado el ejercicio efectivo de los derechos de socio en el marco de la Ley de Sociedades, y -consecuentemente- el ejercicio de las acciones que le competen para reclamarlas de los Directores y Síndicos.- Aún tardando un tiempo razonable, que no fue, pudo impulsar -si se hubiera producido la aprobación- la acción de nulidad asamblearia.- No traerlos al Juicio de Cuentas o al de Responsabilidad, totalmente impertinente para las autoridades y miembros de la comisión fiscalizadora, sujetos en su responsabilidad – bien claro surge de la Ley Nº 4164- a la Ley de Sociedades.----------

///

///--- Aún desde el punto de vista de los intereses públicos, es más que evidente que por los hechos que por el acto opugnado se calificaron como irregulares el Estado Provincial tuvo a su disposición los mecanismos de control societario y, en especial, la acción de responsabilidad que le otorga el art. 274 de la ley 19.550, no las acciones judiciales que considere correspondan ser ejercidas.----------

------ Pero después de puestos en movimiento los mecanismos societarios, una vez producida la aprobación por la Asamblea, e incluso la aprobación de las gestiones de los hoy actores -y doy por reproducida la descripción del punto V – 1, 2, 3 del voto que precede- prescriptas las acciones específicas, no cabe reconocer aptitud ninguna al Órgano para acudir, exhorbitando sus atribuciones- a estos procedimientos que no fueron los queridos por el Legislador al dictar la Ley Nº 4164.- Menos aún para emitir el acto cuestionado, formulando cargos.----------

------ Si se considera que el Estado es ineficiente como socio para actuar en el tiempo "societario"... si no se confía en la Sociedad como ente...si esta "desconfianza" abraza a Directores y Síndicos cuya mayoría él mismo nombra, si se estima que no tendrán el "criterio" adecuado para defender el patrimonio... la forma "instrumental" elegida no es satisfactoria.- Y una nueva Ley especial habrá de reformar los Estatutos, sometiendo expresamente a la institución a los

///controles que se consideren necesarios, fijando el procedimiento.- Mientras así no ocurra, el sistema instaurado debe ser respetado.-------

------ Me pronunciaré a resultas, por la incompetencia del Tribunal de Cuentas para dictar el Acuerdo Nº 292/06, lo que determina su nulidad absoluta e insanable.- Por ende, no abriré juicio de valor ninguno sobre la conducta de los actores que fue "comprometida" en este proceso administrativo.----------

------ Votaré en consecuencia por admitir la acción.----------

------ A la misma cuestión el Dr. Pasutti dijo: ----------

------ I.- Estos autos dan cuenta que el Tribunal de Cuentas de la Provincia, hacia Junio de 2001, inició una serie de "requerimientos" dirigidos a obtener información sobre un hecho -aparentemente detectado por un asiento en el Libro Mayor- indicativo de que el B. C. SA, habría pagado a la AFIP, el Impuesto a las Ganancias que debían abonar directamente o por autoretención, los Directores y Síndicos de esa Sociedad.----------

------ A partir de allí, desarrolla todo un procedimiento que motiva la sujeción de estas autoridades del Banco a un examen de cuentas y ulterior Juicio de Responsabilidad, el que finaliza con el dictado del Acuerdo Nº 292/06, por el que se formulan cargos fiscales a los encontrados "responsables" del que considera daño ocasionado

///

///directamente al patrimonio del ente, e indirectamente al Estado accionista mayoritario de la Sociedad, para resarcirse del mismo.--------

------ Los actores, que cumplieron en el Banco la función de Síndicos, acuden a esta jurisdicción atacando de nulidad aquel Acuerdo, con basamento, fundamentalmente, en la incompetencia del Tribunal de Cuentas para ejercer la fiscalización, someterlos a estos procedimientos y exigirles el pago como "devolución, en razón de sostener que la Ley de constitución de la entidad crediticia, Nº 4164, le da forma jurídica de Sociedad Anónima y la somete a las prescripciones de la Ley general de Sociedades -que integra el Código de Comercio- Nº 19550.- Con mayor énfasis sostienen esta tesitura, en tanto a la fecha del Acuerdo, y de conformidad a esta normativa, la Asamblea de Accionistas, en la que tuvo la representación debida el Estado socio mayoritario, aprobó las "cuentas" que ahora se estiman por este Organismo, dañosas para el fisco (me remito a la relación amplia que efectúa el Dr. Caneo en el punto III de su voto) .----------

------ Son variados los argumentos que enarbolan los actores afincando la incompetencia que apoya sus pretensiones, todos los cuales merecen respuesta de la accionada, Provincia del Chubut.- Se infiere de ellos una supuesta colisión normativa, que esta Sala debe desentrañar para dirimir la controversia, y avocados a la siempre

///difícil y compleja misión hermenéutica, los Ministros cuyos votos preceden han llegado a conclusión diversa.----------

------ Me toca así la grave responsabilidad de dar el juicio definitivo.---

------ II.- Para ello, he de tener como premisa, ciertas pautas que se han venido reiterando desde antiguo por la señera jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que enseña: que para preservar los derechos reconocidos por la Constitución, la interpretación de las leyes se ha de hacer, en cuanto al texto en cuestión lo permita sin violencia, de la manera más acorde con los principios y garantías constitucionales (Fallos 234:229); que los jueces deben interpretar las leyes de modo que concuerden con esos principios y garantías (Fallos 242:128), teniendo que preferirse en la interpretación de la ley la que mejor concilie con ellos (Fallos 256:24); que la misión judicial no se agota con la sola consideración de la letra de la ley sino que requiere la determinación de su versión técnicamente elaborada como resultado de una hermenéutica sistemática y razonable, respetuosa de la intención legislativa (Fallos 265:336, 263: 453, 265:21); que la exégesis armonizante no puede llevar a desconocer el fin manifiesto de la de la ley en su letra y espíritu (Fallos:261:36); que no corresponde a los jueces suplir las deficiencias reales o presuntas de las leyes remitiéndose a principios analógicos incompatibles, contradictorios, rectificadores o destructores de la naturaleza y los propósitos de la ley que se trata (Fallos 211:1063, 213:405).----------

///

///--- III.- Sobre tales bases, ubicaré primero la competencia cuestionada, en tanto aptitud que un Órgano público puede legítimamente ejercer, en razón de la materia, el territorio, el grado, el tiempo.----------

------ 1.- En el caso, se controvierte la material, que GORDILLO identifica como la referida a las actividades o tareas que legítimamente puede desempeñar el órgano, es decir, al objeto de los actos y las situaciones de hecho ante las que puede dictarlos.- Menciona que pueden presentarse varias hipótesis y entre las que describe cita aquella que se relaciona sólo respecto de materias "administrativas", sea porque la ejercida corresponde a un órgano distinto, o porque un órgano ejerció aquéllas que ninguno tiene facultades para ejercer ("El acto administrativo", pág. 258 y 261/262, nota 93).----------

------ Este último caso es el denunciado por los actores, y el que el autor citado considera como vicio de mayor gravedad.----------

------ Reflexiona Ismael MATA, que por sobre los distintos conceptos que de competencia se ensayan, para discernirla en un modelo sistémico se debe responder al *quién* para identificar al órgano o sub órgano, según las relaciones internas (endoestructura) que tiene aptitudes para generar relaciones que condicionan las externas

///(exoestructura); después establecer el *qué*, o sea lo atribuido, encomendado, o asignado, que no está distribuido de cualquier modo, sino que consisten en atribuciones -autónomas o heterónomas- y deberes; por último se indaga el *para qué*, el fin de la competencia porque ella se relaciona con la especialidad y define el ámbito de libertad de su ejercicio.- También el sistema jurídico puede indicar el *cómo*, de qué modo o con sujeción a qué patrones instrumentales deben ejercitase las funciones asignadas.- El límite -lo prohibido- es todo lo que no se le atribuye en competencia, según su especialidad (en la obra colectiva Acto Administrativo y Reglamento – Ed. RAP-Univ. Austral- Mayo 2001).----------

------ En cuanto a los límites la jurisprudencia ha dicho: “Cuando una norma no otorga al órgano de la administración determinada facultad, ha de interpretarse que no la tiene (interpretación restrictiva de la competencia), importando lo contrario un evidente disvalor político y jurídico.” (ST Río Negro -Sala Civil - en “ Vicente Robles S.A....”, 16/07/96, SAIJ Sumario F0012834).- “La sujeción de la Administración Pública al principio de legalidad determina que toda la actuación estatal se encuentre acorde con normas atributivas de competencia orgánica con sustento en las cuales se dictan los actos pertinentes…” (SCBA - 2-8-94, en “Coloschi Hnos. S.A....” AyS 1994 III, 235).- “La actividad de la Administración Pública se concreta en hechos o actos cuya validez depende de que la actividad correspondiente haya sido desplegada por el órgano actuante dentro del respectivo círculo de sus atribuciones legales. Dentro de cada uno

///

///de los órganos esenciales se lleva a cabo una distribución jurídica de funciones, que constituye la competencia atribuida" (SCBA, 14-2-1995 en "De Ortuzar..." AyS 1995 I, 67).----------

------ F., advierte por su parte que la distribución de la competencia de los órganos que integran la administración pública, puede distinguirse por la forma en cómo la asignan las respectivas normas.- Y distingue *la competencia de atribución genérica* como aquélla que, en forma general y global, sin condicionamiento, se asigna a determinado órgano.- Esta clase de distribución comprende -dice- la denominada competencia implícita para el efectivo cumplimiento de las atribuciones reconocidas y encuentra su límite en el mismo contenido de la materia atribuida.- Se distingue así de la *competencia exclusiva* que, a diferencia de la anterior, establece en forma expresa el órgano que debe desarrollarla sin relación de dependencia jerárquica y con exclusión de la intervención de cualquier otro órgano.- La norma que establece esta clase de competencia *exclusiva* -señala- debe ser determinada en forma expresa o por una norma que prohiba la intervención de cualquier otro órgano en la realización de sus actividades.----------

------ 2.- Vinculada directa e inescindiblemente con la competencia, se halla el concepto técnico de ***potestad***, pues de ésta aquélla es una derivación.----------

///--- Si bien se suele analizar relacionada con los derechos subjetivos de los administrados, lo importante es establecer su concepto derivado del principio de legalidad, del cual es su expresión.- La legalidad, otorga facultades de actuación, ***definiendo cuidadosamente sus límites***, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndole poderes jurídicos.- Toda acción administrativa se presenta así como ejercicio de poder atribuido previamente por la Ley (la competencia), y por ella ***delimitado y construido*** (Sigo a Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA Y Tomás Ramón FERNÁNDEZ – en Curso de Derecho Administrativo – Ed. La Ley, pág. 449 a 460).----------

------ Entendida de este modo, la potestad no se genera en relación jurídica ninguna, ni en pactos, negocios o actos o hechos singulares, sino que procede directamente del ordenamiento; y no recae sobre ningún objeto específico, sino que tiene un carácter genérico y se refiere a un ámbito de actuación definido en grandes líneas o direcciones genéricas, con adherencia a un fin público.----------

------ Pero la potestad se atribuye a órganos; y si el primer requisito de esa atribución, es la de ser expresa (insisto, competencia), la segunda, es la de ser específica: concreta, determinada, limitada.- No hay poderes administrativos ilimitados o globales, todos son específicos, concretos, tasados, con un ámbito de ejercicio lícito.- Todo lo cual debe derivar de leyes -en sentido material o formal- que construyen la posición jurídica singular de su ejercicio.----------

///

///--- GARCÍA y TREVIJANO FOS, consideran, desde otro punto de vista, que la atribución de potestades puede ser genérica o específica, explícita o implícita, aunque lo normal indica que sean específicas y expresas.- Pero admiten que sea genérica cuando deja librado a la Administración alguna valoración para su ejercicio o implícita para determinados órganos, cuando derivan de otras otorgadas (los llamados poderes inherentes o implícitos, que por excepción, se infieren de una determinación normativa).- Estas últimas -indican- dependen del régimen político: en países de regímenes autoritarios existe una "ampliación" que puede ser un abuso, en los mas democráticos, no existe o son limitadas (Tratado de Derecho Administrativo -Ed. Rev. de Der. Privado- 3ª Edición – Madrid- Tomo I- pág.423/414).----------

------ 3.- En el sub-lite, la potestad comprometida en la controversia es -sin dudas- la de control, vigilancia o fiscalización que cabe al Estado Provincial sobre el erario, la hacienda o el patrimonio público, como prefiera llamársele.- Inexpresada en sí misma, pues ningún texto de la Carta la consagra, esa expresión, surge de la atribución de su ejercicio a órganos en particular: la Fiscalía de Estado, la Contaduría General, el Tribunal de Cuentas de la Provincia, postulándose respecto de éste una competencia de atribución genérica.----------

///--- Ello es claro en particular al menos, respecto de empresas y sociedades “en las que el Estado tenga participación”.- Así lo creo pues al dictarse la Carta, en 1994, ya existían reguladas las diversas formas en las que el Congreso de la Nación, ejerciendo a su vez poderes delegados o no reservados por las Provincias, había admitido la participación del Estado en la actividad comercial o mercantil.- Pero no hay concreción en la prescripción constitucional, de lo que debe necesariamente inferirse que las Leyes reglamentarias habrían de precisar, cuáles de estas formas, y cómo, se incluirían en ese control atribuido.----------

------ Así se entiende -pacíficamente- respecto de la función del Fiscal de Estado, por dar un ejemplo.- La defensa del patrimonio del Estado, la representación en juicio...ni siquiera se aplica a los entes autárquicos.----------

------ 4- Así debe entenderse además, porque -como lo enseñan GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, la Ley no es ejecución de la Constitución.- La Ley ha de producirse en el cuadro de la Constitución, en cuanto a sus contenidos orgánicos y competenciales y principios materiales.- Pero dentro de ese cuadro el Legislador actúa con plena libertad, libertad que no es una mera “discrecionalidad”, sino que supone una libertad política de configuración de contenidos normativos de un ámbito mucho más amplio.- La Constitución erige el sistema político en cuanto “status” orgánico y valores materiales, pero la vida de ese sistema son los órganos que han de actuarla, y en

///

///particular, en cuanto regulación concreta de la sociedad y el Estado, el Poder Legislativo.----------

------ Salvo reglas constitucionales de mandato o prohibición, la esencia misma de la legislación es la de modificar el derecho objetivo, innovar en la regulación de las distintas situaciones y relaciones de la vida social, ordenando el conjunto hacia fines que varían según la conveniencia y utilidad de cada momento.- (Ob. cit. Tomo I – pág. 125/126/127).----------

------ IV.- En este orden, la Ley Nº 4139 al reiterar las expresiones de la Constitución, y definir en el art. 16 inciso b) las haciendas paraestatales, procura una concretización... mas no lo logra definitivamente.- Esta competencia, también tiene visos de genérica.--

------ Si de algún modo a partir de esa definición general, puede entenderse involucrada en virtud de "poderes implícitos", el ejercicio de la misma a alguna sociedad existente que reuniera tales características dadas (en el inc. b) del art. 16), o derivada esta posibilidad de alguna otra expresión de la Ley general, creo evidente que la voluntad legislativa posterior claramente expresada en Ley Nº 4164, modifica la situación jurídica para la institución financiera oficial, transformada de ente autárquico a esta Sociedad Anónima con Participación Estatal Mayoritaria.----------

///--- Así sin perjuicio de la posibilidad de que una nueva Ley, decida someterla a otro tipo de controles, en tanto no cabe discutir la facultad de las Provincias para imponer, por vía de Derecho Público local, otros por sobre los que la Ley Nº 19550 implementa (conc. art. 55), incluido el del Tribunal de Cuentas.- Como lo expresa DROMI, aquéllas tienen plena competencia constitucional para regular el control administrativo del obrar estatal ("Derecho Administrativo Económico", Astrea, 1977, T.1, pág. 332 y sgts.) aspecto que comparto, con la salvedad de que al igual que el Dr. Royer estimo, que ante la clara voluntad del legislador dada en la Ley Nº 4164, una norma del mismo rango habrá de imponerla.- Mientras tanto, la fiscalización del Estado habrá de cumplirse en el marco jurídico al que se sometió.----------

------ Es útil traer en esta instancia, la siguiente reflexión de GARCÍA TEVIJANO FOS cuando analiza los "Órganos con regímenes especiales" que crea el Estado para intervenir en una determinada rama y sobre todo en la económica, aún los con autonomía financiera, pero "sin personalidad", caso en el cual -expone- *todas las normas aplicables a la organización de la cual forman parte se aplican automáticamente*.- Dice: "resulta ilógico que una empresa mercantil explotada por la Administración pública esté sometida a los preceptos de contabilidad, presupuesto y fiscalización *como las demás organizaciones normales*; ello la llevará al fracaso, porque ante las fluctuaciones del mercado no podría modificar su actuación al verse vinculada por el "presupuesto" inicial.- ***Por eso el Estado... dota de***

///

///***autonomía técnica, financiera y administrativa*** a tales órganos.- Si la Administración explota empresas económicas y lo hace con los sistemas clásicos de administración no existe eficacia por la carencia de flexibilidad mercantil; por el contrario, si se les dota de una administración autónoma y se aplican técnicas privadas, entonces la eficacia surgirá... –aconseja (pág. 205/206).----------

------ El consejo, no lo aplica al los órganos con autonomía financiera ***con personalidad***, porque en este caso, señala, ***las normas de la organización no se aplican automáticamente, sino hay que declararlo expresamente***.----------

------ Un ejemplo de una expresa atribución de competencia sobre una SAPEM la encuentro, buceando el derecho comparado nacional, en la Ley Nº 2225 de la Provincia de La Pampa, que crea la EMPRESA P. DE P. "P."S. .", la que en su art. 6° establece que ***"La sociedad ejercerá todas las atribuciones y estará sometida a los mismos controles, que alcanzan a las personas jurídicas de su tipo. La intervención del Tribunal de Cuentas de la Provincia, será realizada en el marco de lo establecido por el Artículo... de la Constitución Provincial"***.----------

------ DROMI- en la misma obra, publicada en 1977, deja en claro, refiriéndose a las SAPEM -aún cuando las clasifica como personas

///públicas estatales- que en su vida interna se rigen por la Ley 19.550, aun cuanto tengan a su cargo actividades de interés público, que dicho cometido no implica la transferencia de potestades o prerrogativas públicas, como las Empresas del Estado de la Ley Nº 13.653, en cuanto *al control* que sobre ellas ejerza el Estado no difiere del aplicado a otras Sociedades Anónimas (art.299 Ley 19.550), "aunque eventualmente el Ejecutivo decidiera incorporarlas al régimen del art. 138 de la Ley de Contabilidad..." Según el autor la regulación jurídica es de Derecho Público *en su nacimiento y extinción* (T°I pág. 343).----------

------ Así lo dice porque la reglamentación de la Ley de Contabilidad, art. 138, vino a aclarar en orden a las que aquélla llamaba haciendas paraestatales, que era necesario un acto expreso en cada caso, para incorporarlas al control del Tribunal de Cuentas.----------

------ V.- Participar -por otra parte- como socio mayoritario, es una de las posibilidades -como lo manifestara el Dr. Royer- de intervención en la economía a las que han recurrido el Estado Nacional o los Estados Provinciales en nuestro país, por motivos de distinta índole, y en muchos casos, a sugerencia del Banco Central.- Porque la naturaleza de institución financiera sujeta a la rigurosa policía bancaria de esta Sociedad, es un aspecto que no puede desmerecerse.--

------ No fue distinto para la Provincia.- En función parlamentaria, me tocó presidir la sesión en la que se presentara a la Honorable

///

///Legislatura el Proyecto (consta en Acta de Sesión Extraordinaria Nº 534 del 24/1/96).- Allí señaló el entonces Diputado Barneche, que el mismo se correspondía ***"con la necesidad del Poder Ejecutivo Provincial de capitalizar y transformar a nuestra entidad bancaria con el objeto de adaptarla a la modernidad y a las necesidades del nuevo sistema financiero imperante en el país"***.- Añadía que era "imperiosa la necesidad de dotar a la Provincia del Chubut de la herramienta financiera que hiciera posible un adecuado manejo, compromiso e inserción laboral, la implementación de políticas de auspicio y promoción capaces de reactivar, reconvertir y consolidar el aparato productivo provincial".- Señalaba que la decisión que promovía el Ejecutivo "debió ser encauzada en un marco muy particular en el cual la realidad del sistema financiero debió ser estudiada muy detalladamente buscando la oportunidad y las condiciones propicias para la concreción de cada paso tendiente a la transformación definitiva del Banco de la Provincia del Chubut".- Así para "colocar como objetivo institucional prioritario la ampliación de nuestra escala, la mejora, la eficiencia y el rendimiento en todos los negocios y servicios tendientes a modificar básicamente la composición de todos los ingresos que nuestra institución bancaria tiene hasta la fecha".----------

------ Mencionaba que en las circunstancias económicas que atravesaba el país, marcado fue "el efecto sobre la banca oficial y privada como lo

///demuestran algunas cifras...la situación de desequilibrio en el mercado internacional...ha puesto de manifiesto la endeblez con que el sistema financiero nacional todavía se encuentra".----------

------ El objetivo "es transformar la entidad en una estructura megabancaria, en un supermercado de productos financieros en la perspectiva de ser proveedor único de dichos productos para todos sus clientes y en todo el territorio de la Provincia" ya que la existente "encuentra serias limitaciones para el logro de la efectiva respuesta eficiente y la posibilidad de incorporar el Banco al sistema financiero sin ningún tipo de limitaciones. Unas son las limitaciones de tipo operativo y las otras son las que redefinen el sistema financiero, ya que ***el Banco Central a través de la normativa correspondiente aplicada tiene una limitación, una actitud rectora que tiene efectos directos sobre la solvencia y la liquidez de todas las entidades financieras"***.----------

------ Destacaba que la propuesta había logrado el concurso de las distintas fuerzas políticas, con el aporte de los sectores de la producción, gremial y de los empleados y directivos de la institución.-

------ El Diputado Fernández Vecino, ratificaba estos conceptos y decía que "la actividad de los legisladores de este Poder, respecto de este Proyecto como de la adecuación jurídica y de los Estatutos correspondientes del Banco de la Provincia, tienen un criterio unánime que nos ha movido, en realidad, al desarrollo de un trabajo

///

///fecundo en los últimos días con la participación de sectores que han efectuado sus aportes".- Aplaudía -y apoyaba sin reservas el voto de la bancada Justicialista- la transformación del Banco "en Sociedad Anónima con capital estatal mayoritario, porque ese instrumento moderno será absolutamente indispensable para poder remontar...".- Este -decía- "es un proyecto que conforma a todos los sectores que tienen que ver con el trabajo, la producción y el desarrollo del comercio de nuestra Provincia".----------

------ Finalizaba "...técnicamente ha sido impecable el aporte de la Dirección de Inspección de Personas Jurídicas, que nos ha permitido lograr un texto prolijo y adecuado que, ***conforme las exigencias de una normativa compleja, como es la de la Ley 19.550, sus modificatorias y todo el conjunto de normas que tienen que ver con el fenómeno de la propiedad participada, también está contenido en el tratamiento del proyecto"***.- Queremos destacar como de mucho valor la actitud que ha tenido esta Legislatura y la recepción que ha merecido la sugerencia de ampliar el sistema de fiscalización del Banco, se ha comprendido lo que significa fiscalizar, es decir, tener la posibilidad de escuchar lo que uno no quiere escuchar. Los sistemas de fiscalización nutridos por un solo sector del Estado a veces suelen no ser completos y terminan produciendo hechos en contra del funcionamiento del mismo Estado, cuando se incluye un sistema de fiscalización más amplio que

///corrobora hasta qué punto el Poder Legislativo puede cooperar en sistemas que se perfeccionan y funcionan".----------

------ Tal, explícita, la voluntad legislativa.- No hay modo de inferir, o atisbar, una voluntad de someter esta nueva y necesaria forma societaria a la fiscalización del Tribunal de Cuentas, la misma que antes ejercía cuando el Banco era ente autárquico, porque si era igual ¿a qué cambiar?.- Quiso claramente el legislador someterla al sistema de Ley Nº 19550; en el marco de la genérica potestad de control del Estado Provincial, esta SAPEM es fiscalizada en ese contexto jurídico por el propio Estado, por otros medios: su participación en la dirección en mayoría, con una comisión de síndicos designados en mayoría, con su participación en la Asamblea con mayoría de voto, con la titularidad de las acciones judiciales previstas por la Ley de Sociedades que ha detallado ampliamente el Dr. Royer, por lo que no habré en ello de abundar.----------

------ Si algún tipo de "intervención" del Tribunal de Cuentas puede producirse admitida por el Directorio o la sindicatura, o a instancias del Ejecutivo, o pudo aceptarse a raíz de una inteligencia errónea de las potestades de aquel Organismo, que se expresaron en una Acordada emitida en Diciembre del año 2000, la misma solamente pudo tener en miras algún modo de inducir al Estado socio a adoptar alguna conducta en la Asamblea.- Pero, producida por ésta – representado el Estado por el mismísimo Gobernador o su mandatario- la aprobación de los estados contables, además auditados

///

///internamente (Estudio Cr. Sánchez) y externamente (por Estudio Suárez y Menéndez) como da cuenta la documental acompañada, y hasta las gestiones de los Directores y Síndicos, sólo por vía de las acciones de responsabilidad pudo reclamarse y hacerse efectiva la que se pretendió por estos procedimientos.----------

------ Inaceptable la iniciativa del Tribunal de Cuentas, ilegítimos por opuestos a la Ley especial en su recto sentido y alcance estos "juicios" de Cuentas y Responsabilidad (que no está demás decir la Constitución los aplica a los funcionarios y agentes públicos -art. 219 inc. 2- y estas autoridades no lo son), llama en verdad la atención de que los actores se hubieran sometido a ellos.----------

------ VI.- Ello no importa -porque sería un despropósito- negar que existe interés por parte del Estado Provincial, que de hecho aporta exclusivamente en esta Sociedad, el capital.- Ahora que así es, o en el futuro en que pude atraer capitales privados.- Pero ese interés es indirecto.----------

------ En SD Nº 31/SRE/00 al emitir mi voto a favor de considerar la posibilidad de tratar un Recurso de Apelación Ordinaria en autos en los que fue parte el B. C. SA decía que *"de acuerdo a la Ley Provincial Nº 4164, se transformó la personalidad jurídica del Banco de la Provincia del Chubut, que de entidad autárquica de derecho público, pasó a ///ser una*

Sociedad Anónima con participación estatal mayoritaria, regida por las normas de los arts. 304 a 314 de la Ley 19.550".----------

------ Identifiqué los objetivos de este "instrumento" al que se acudía en el art. 3° del Estatuto Social, Anexo de la Ley de transformación y dije que debía valorarse, que esta Sociedad "tiene, entre otros objetivos,... *el de concurrir con el crédito a la promoción de la producción agrícola, ganadera, industrial y minera, atender las necesidades del comercio, de la construcción, del turismo, de los distintos servicios y factores de la economía de la Provincia y a todo aquello que tienda justificadamente al bien común-todo ello conforme a las reglamentaciones que dicte el Directorio....- También podrá aplicar en su operatoria criterios de fomento a actividades productivas, siempre que esto sea justificable por los beneficios públicos que reporte.....*".----------

------ Interpreté que *"en base a esta nueva personalidad del Banco demandado, dispuesto por la Ley Nº 4164, estamos -sin dudas- en presencia de una Sociedad Anónima con participación estatal mayoritaria, de derecho privado, regida por la Ley 19.550 en sus artículos 308 a 314. Debe tenerse en cuenta, que en este tipo societario no se trata de una sociedad mixta de la regidas por el Dto.Ley Nº 15.349/46, pues incluso no debe necesariamente integrarse con aportes concurrentes del Estado y entes no estatales, dado que el capital puede ser íntegramente estatal sin lesionar con ello las disposiciones específicas de esa sección o el régimen general de la Ley de Sociedades. Aunque parece lógico inferir que dicho modelo, como el de la Ley 20.705, está*

///

///destinado a reemplazar -como en los hechos ha ocurrido- a las Sociedades de Economía Mixta".----------

------ "Por lo dicho, no ha de buscarse su origen en el régimen de las empresas mixtas del decreto 15.349/46, con las que su vinculación es relativa. El único antecedente de derecho positivo es el Dec. Ley Nº 17.318/67, que instituyó el tipo de sociedad a que me refiero, conforme lo expone José Roberto Dromi, en su "Derecho Administrativo Económico", edit. Astrea, 1977, T.1, p g. 332 y sgts..- Esta Ley N" 17.318, constituyó el nacimiento de un nuevo tipo de sociedad, un modelo intermedio entre la Economía Mixta del dec. ley 15.349/46 y la Anónima del Código de Comercio. No se trata del primero sino que tan sólo legisla sobre una de las posibles formas en que puede concretarse la participación societaria mixta, pero tampoco se identifica con el modelo ordinario de la Sociedad Anónima por cuanto en su régimen jurídico imperan algunos aspectos de Derecho Público (v.gr. exclusión de la quiebra y de la calidad de accionista para ser Director)".- Derogado lo dicho de la quiebra.----------

------ Tomando a DROMI recordé que *"la creación tuvo por finalidad adaptar la Sociedad Anónima a los requerimientos propios de la actividad estatal y lograr así un sistema que permita armonizar la flexibilidad y fluidez operativas que son características de las empresas comerciales, con el adecuado control que exigen los intereses del Estado. En otros términos, los rígidos*

///regímenes de las empresas del Estado, entidad autárquica y Sociedades de Economía Mixta, no se adaptan a todas las formas que asume la actividad estatal, siendo por ello necesario crear un sistema dinámico dotado de las ventajas de la empresa privada, diversificando los tipos de empresas del Estado e incluso los modos de participación pública en la actividad empresaria".--------

------ Entendí que ***"el Estado tiende a invadir así, progresivamente las actividades económicas antes reservadas exclusivamente a los particulares, como lo expone el autor citado, y lo hace ahora, no en la forma de "empresa estatal propiamente dicha" (régimen de Derecho Público), sino bajo la apariencia de sociedades privadas (civil, comercial, laboral, etcétera).*** Por ello -concluí-***, la regulación de las Sociedades Anónimas con participación estatal no es una simple modificación de la leyes que rigen las empresas del Estado ni las Sociedades de Economía Mixta, sino que es algo más: implica concebir toda la actividad comercial e industrial del Estado como susceptible de ser llevada a cabo bajo la forma de entidades regidas por el Derecho Privado"***.----------

------ No obstante -concluía- atendiendo a los descriptos objetivos del B. C. S.A., y si la mayoría del capital del Banco pertenece al Estado Provincial (conf.: último párrafo del art. 6 del Estatuto), requisito al cual hace referencia DROMI en la obra citada en pág. 334, en modo alguno puede arribarse a la conclusión de que la Provincia carece de interés indirecto en la cuestión.----------

///

///--- Admití entonces que el remedio intentado fuese correctamente concedido, aún cuando este tipo de Entidades se rijan por el derecho privado... advirtiendo que las normas -que se analizaban- *"las que contemplan la Apelación Ordinaria, no hacen en modo alguno mención ni exclusión de aquellas situaciones en que* ***el Estado actúa como sujeto de derecho privado****, ni menos aún que sea necesario que se encuentren afectados bienes del mismo perteneciente al dominio público..."*.- La decisión lo era en beneficio del derecho a la jurisdicción, entendido de la manera lo más amplia posible.----------

------ Se ve entonces que esta admisión de interés indirecto del Estado Provincial, no modifica la conclusión a la que antes he arribado.-

------ VII.- Abundando, añadiré que la propia Constitución y la Ley Nº 4139, se refieren a la facultad de contralor del Tribunal de Cuentas "en función de presupuesto".- Y este es para mí un elemento más de convicción que a más de los ya dados indica que la atribución genérica de competencias no incluye al B. C. .----------

------ El Directorio del B. C. S.A. es el que aprueba el presupuesto de esta entidad, conforme se ha establecido en su Estatuto.- La Honorable Legislatura, el presupuesto del Estado Provincial en sus tres Poderes.- Si el presupuesto significa un *"control preventivo"*, el de la Contaduría General *uno interno y previo al gasto* y el ///del Tribunal de

Cuentas uno *posterior y externo*, al no estar el del Banco incluido en el presupuesto que la Legislatura aprueba... no encuentro mucho sentido a la fiscalización que pudiera ejercer el Tribunal de Cuentas en función de la manda constitucional relativa al "control presupuestario" (art. 219 inc. 1).----------

---- Salvo, claro -insisto- norma específica posterior.- Como lo señalé en su oportunidad, si así lo quieren los poderes de gobierno, una Ley especial deberá someter a esta institución al control del Tribunal de Cuentas provincial; y si así lo hace, además habrá seguramente de establecerse un sistema adecuado para ejercitarlo.- Como lo prevé el art. 16 inc. o) de Ley Nº 4139, en general, respecto de las Empresas del Estado.----------

------ El único control legítimo fue y es -por imperio y efecto de la Ley Nº 4164- el previsto por la Ley Nº 19550.----------

------ VIII.- Por las razones anotadas, el Tribunal de Cuentas de la Provincia no fue competente para dictar el Acuerdo Nº 292/06.- Y siendo así, el acto es nulo, por lo que acuerdo con la solución que propicia el Dr. Royer; cabe dar razón a los actores, acogiendo favorablemente sus pretensiones.----------

------ A la segunda cuestión dijo el Dr. Caneo: ----------

///

///--- Según voté la primera propongo: 1) Rechazar las demandas intentadas por los Sres. E. C. P. , J. E. M. , y P. A. R. contra la Provincia del Chubut.- 2) ORDENAR a la Tesorería General de la Provincia la devolución de las sumas que abonare el Dr. E. C. P. , al B. C. S.A.- 3) Costas a los actores (art. 68 CPCC).- 3) Regulando los honorarios del Sr. Fiscal de Estado Dr. Jorge Luis MIQUELARENA en el 6% (50% del 12%) de la suma reclamada a cada actor, y de sus apoderados en forma conjunta Dres. J. F. J. y A. L. P. en el 30% de lo regulado a su patrocinante.- A los Dres. N. U. G. y E. a. M. , en forma conjunta, por la representación de los actores M. y R. , en el 4% (50% del 8%) de lo reclamado a cada uno de éstos (art. 6 inc. a) a f), 7, 9, 38 y 47 del Dto. Ley N° 2.200 – T.O. Dto. N° 138/99).----------

------ A la misma cuestión dijo el Dr. Royer: ----------

------ De conformidad con mi voto a la primera cuestión propicio: 1) ACOGER FAVORABLEMENTE la demanda intentada por los Sres. E. C. P. , J. E. M. , y P. A. R. contra la Provincia del Chubut, DECLARANDO LA NULIDAD del Acuerdo N° 292/06 del Tribunal de Cuentas de la Provincia, ordenando restituir al Dr. P. , la suma que ///abonara en virtud de la conminación contendida en el Acuerdo que de declara nulo, mas intereses a la misma Tasa que se aplicara para su cálculo.- 2) Costas a la demandada (art. 68 CPCC).- 3) Considerando

que la cuestión se declaró de puro derecho, y no medió dúplica, regular los honorarios del Dr. P. -letrado en causa propia- en el 7,8% ((50% del 6%)+30%) del monto a restituir.- El de los Dres. N. U. G. y E. a. M. , en forma conjunta, por la representación de los actores M. y R. , en el mismo porcentual -7,8%- aplicado sobre las sumas a cuyo pago fueron conminados cada uno de ellos (arts. 6 incs. a) a f), 7, 9, 38 y 47 del Dto. Ley N° 2.200 – T.O. Dto. N° 138/99).- No corresponde fijar estipendios a los representantes procesales de la Provincia del Chubut (art. 20 – Ley N° 5117).----------

------ A la misma cuestión dijo el Dr. Pasutti: ----------

------ Comparto la solución que propone el Dr. Royer, que se conforma al sentido dado en mi voto a la primera cuestión.----------

------ Con lo que terminó el acto, quedando por mayoría acordado dictar la siguiente; ----------

---------- **S E N T E N C I A :** ----------

------ **1º) ACOGER FAVORABLEMENTE** las demandas intentadas por los Sres. E. C. P. , J. E. ///M. , y P. A. R. contra la Provincia del Chubut, DECLARANDO LA NULIDAD del Acuerdo N° 292/06 del Tribunal de Cuentas de la Provincia, ordenando restituir al Dr. P. , la suma que abonara en virtud de la conminación contendida en el

///

Acuerdo que se declara nulo, más intereses a la misma Tasa que se aplicara para su cálculo.----------

------ **2º) COSTAS** a la demandada (art. 68 CPCC).----------

------ **3º) REGULAR** los honorarios del Dr. P. -letrado en causa propia- en el 7,8% ((50% del 6%)+30%) del monto a restituirle; de los Dres. N. U. G. y E. a. M. , en forma conjunta, por la representación de los actores M. y R. , en el mismo porcentual -7,8%- aplicado sobre las sumas a cuyo pago fueron conminados cada uno de ellos (arts. 6 incs. a) a f), 7, 9, 38 y 47 del Dto. Ley N° 2.200 – T.O. Dto. N° 138/99) con mas IVA si correspondiere.----------

----- 4º) **REGÍSTRESE** y notifíquese.----------

Fdo. Dres. José Luis Pasutti, Daniel Luis Caneo y Fernando S.L. Royer.-
Recibida y registrada por Secretaría el 18 de Diciembre de 2008 bajo el Nº 11/SCA/08.-

///