------ En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut a los 13 días del mes de Abril del año dos mil nueve, 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. Fernando S. L. ROYER, y asistencia de los Sres. Ministros Dres. Daniel Luis CANEO y José Luis PASUTTI, para dictar sentencia en los autos caratulados: **"R., A. O. c/ Provincia del Chubut s/ Demanda Contencioso Administrativa" (Expte. Nº 20.861 –R– 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. D. C. S.A., se había pagado el Impuesto a las Ganancias que correspondía a sus Directores y Síndicos durante los ejercicios 1997/1998, 1998/19999, /// 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 de Cuentas.----------

------ II.- A fs. 2/33 vta. de autos el Sr. A. O. R. acude en acción contencioso administrativa a este Tribunal, solicitando la declaración de nulidad de ese Acuerdo que dispuso formularle cargo en su calidad de ex integrante del Directorio del B. D. C. S.A., y subsidiariamente, la nulidad del Acuerdo Nº 514/06 dictado por el mismo Órgano, que dispuso rechazar el Recurso de Revisión que impetró contra aquel acto administrativo, con costas.----------

------ Las constancias -informe de la nómina de directivos de fecha 26/04/05, a fs. 481/482 de este Expte. Administrativo aludido- dan

cuenta que el actor se desempeñó en ese cargo de Director de la sociedad como titular desde el 20/08/1996 hasta el 17/12/1999.---------

------ 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 19.892/2001 caratulado: "B. D. 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 /// 829-0-2004, 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 2001- un Auditor del Tribunal de Cuentas solicita, mediante ***Requerimiento Nº 4/01***- *Fiscalía Nº 6-TC* (fs. 4) al B. D. 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 Síndicos*" 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. D. 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. N. S."*.- 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 2001- en el que los Cres. L. y G. manifiestan que haciéndose presentes en la casa Matriz del B. D. 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. D. 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 2001, pues es la Nota Nº 04/01 de la Secretaría de Presidencia del B. del 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 03438479.-*** 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 S. y al Síndico

V.???): "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. O. que el B. D. 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 2000*** -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 2003 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. del 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 2000; 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 2001 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 2000 porque si bien obraba documentación posterior, mas 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 C. (fs. 56) comparte el del Asesor Legal en especial su último párrafo, opinando que correspondería dar vista a las autoridades del B. D. 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 1999/Junio 2000.-*** 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 C. analiza que el hecho imponible es la percepción de honorarios por el desarrollo de actividades de Directores y Síndicos del B. D. 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 Julio 1999/Junio 2000-; y que en tanto se libró el cheque N° 03438479 por ese monto para pagar las retenciones de ganancias sobre los honorarios de aquéllos y se imputó a la cuenta N° 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 estos por $9077,72 más intereses.----------

------ 8.- A fs. 64 el mismo Contador Fiscal C., ordena al Cr. O. 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. D. 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 C., 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. D. 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. D. 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 2004, 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. D. 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. D. 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 N° 1510), conteste con los informes de auditoria 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...*".----------

------ En particular, respecto del Lic. Antonio O. R., miembro del Directorio, se señaló su negativa expresada a fs. 367 de ***"continuar la declaración indagatoria antes del reconocimiento de firmas"***.- Esto, respecto de las Actas de Directorio Nº 95 y 121, al discriminar los hechos que se consideraban probados correspondientes a los ejercicios de 1997/98 y 1998/99.- En cuanto al ejercicio contable de 1999/00 y respecto del Acta de Directorio Nº 143, se dejó constancia de que el

///

Sr. R. *ya no era Director a la fecha de dicha Acta.*----------

///--- 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 en general para enervar tal antijuricidad y la incólume responsabilidad ante el Tribunal de Cuentas.----------

------ En particular, respecto del actor, se desestimó la existencia de razón en la línea de investigación en torno a la relevancia de la

calidad de funcionario público que objetara a esa jurisdicción administrativa, *propuesta en la indagatoria de R. a fs. 367* -entre otros- se concluyó.----------

///--- 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 los Síndicos –se individualizan- 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…"* .----------

------ 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 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 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 -desestimados antes otros argumentos relativos a la inexistencia de violación de estas resoluciones-, 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 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 al actor en autos,

/// además de otros Directores y Síndicos del B. DEL C. S.A.----------

---

------ Así el ***"Lic. A. O. R.*** *resulta responsable solidario (art. 24 del Estatuto) por su participación en la antijurídica decisión tomada* ***en Acta N° 95*** *(para el ejercicio 1997/98 por $61.119,12) y* ***Acta N° 121*** *(para el ejercicio 1998/99 por $61.119,12), y resulta beneficiado con la ilegítima decisión del pago de sus impuestos a las ganancias por los períodos fiscales 1997/98, 1998/99 y diez meses de 1999/00 (Julio/99 a Abril/00 ambos inclusive) 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. 90 ($10.861,77), fs. 120 ($10.861,77) y fs. 303($15.576,01), 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 efectos de que ejercieran su derecho de defensa -el actor entre otras personas, a fs. 737/y vta. se notifica por cédula al domicilio constituido en la declaración de fs. 367.- A fs. 767/770 vta. presenta escrito "*PLANTEA INCOMPETENCIA-FORMULA DESCARGO-OFRECE PRUEBA*".-Esta consiste en *pericial documentológica e informativa.*----------

///--- 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. DEL 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 O.- Explicó que el control externo a aquel Banco desde Diciembre de

2000 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, 2000 y 2001, 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 distintos imputados, rechazándose algunas por inconducentes y dilatorias.- Entre éstas, las que propusiera el actor.----------

------ 17.- La Instructora Sumariante a fs.909 ratifica las Conclusiones del Sumario de fs. 718/26 –que detallé antes- y a fs. 912/921 presenta su Dictamen Final.- A fs. 934 y vta. el Tribunal de Cuentas ordena conferir vista de las actuaciones para que produzcan sus descargos los indicados como responsables –entre ellos el actor, notificándolo por cédula a su domicilio constituido a fs. 945 y vta..----------

------ 18.- A fs. 952/960 vta. quien acciona presentó escrito "CONTESTA VISTA-REITERA INCOMPETENCIA Y PRUEBA"- nuevamente pericial documentológica e informativa.----------

------ 19.- En mérito al Dictamen Legal de fs. 1055/57, respecto de las medidas probatorias ofrecidas por "numerosas defensas" –se justificó-, sólo se admitió a fs. 1058 la informativa al B. del C. S.A. a los /// efectos de la remisión de copia certificada del **Acta de Asamblea Ordinaria N° 26** de fecha 26/11/04 -que fue referida por el Vocal Zamora en el Acuerdo 477/05- la que se produjo a fs. 1060/66.- A fs.

1067 se ponen los *autos para alegar* sobre el mérito de la prueba producida -sólo aquella Acta- en los términos del artículo 50 de la Ley Nº 4139.----------

------ 20.- A fs. 1078/80 obra Dictamen del Asesor Legal, quien analiza la prueba incorporada –dicha 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 V. 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 2006 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 y producida –Acta de Asamblea Nº 26, ofrecida por otros imputados y por el Vocal Z.- aspecto en el que también se comparten 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 N° 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. del. 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 distintos imputados, agrupándolos.----------

------ Meritúa las siguientes defensas esgrimidas por el Sr. R. a fs. 952/960 -en conjunto con las de otro imputado-:----------

------1) ***Incompetencia del Tribunal de Cuentas por no revestir calidad de funcionarios públicos, ni estar comprendidos en el artículo 25 de la Ley 4139.-*** Se advierte acerca de la insistencia en la mera reiteración de argumentos defensivos opuestos en la Instrucción, que no ameritan

///

como fundada enervación del rechazo en esa etapa.- No puede prosperar el planteo –se dice- habida cuenta de la irrelevancia de la calidad de Funcionario Público o de Estipendiario frente al Juicio de Responsabilidad, al quedar sometidos a la Jurisdicción del Tribunal de Cuentas "*todos los funcionarios y empleados de...Sociedades con Participación Estatal*", *como lo es el Banco (arts. 16 inc. b y 25 de la Ley 4139).*----------

---

------ 2) Ante la invocación de la doctrina de los ***actos propios*** –del Tribunal- ***por no haber ejercitado el control ni al Banco ni a otras Sociedades del Estado*** se reitera lo dicho en general –al comenzar el análisis-, respecto de la inoponibilidad de la regla del *"venire"* en casos como el presente donde hay ejercicio del poder de

/// policía.- Se agrega que "no se ve conmovido" con la jurisprudencia citada por los encartados en tanto referidas sólo a cuestiones contractuales, *a lo que se suma la inexistencia del supuesto de hecho y demás circunstancias configurantes*.----------

------ 3) Opuesta ***la prescripción comercial de cualquier acción,*** se advierte que no puede prosperar la misma, ya desestimada a fs. 916 (punto g) y 917 vta (punto d) –del Dictamen Final del Instructor Sumariante-, y 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 4139,* en el sometimiento del Banco a la Ley 19.550 y en su alcance, a todos los organismos de la Provincia accionista, habida cuenta que esta específica materia se sujeta al régimen de los arts. 16 inc. b), 21 y 25 de la Ley 4139 ***bajo la prescripción decenal.-*** Asimismo se considera 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.- Se remite a lo señalado a fs. 723 vta y 724 - y a fs. 914 y vta. –se trata de las Conclusiones del Sumario y el Dictamen Final del Instructor Sumariante-, diciendo que el Tribunal de Cuentas los comparte y hace suyos.----------

------ 4) ***Al desconocimiento de la competencia por parte del Banco,*** lo desestima arguyendo que, más allá de su irrelevancia, *no surge de la indagatoria de fs. 445 esgrimida, que en cambio refiere gestiones para solicitar el cese de la fiscalización,* evitando costos del personal a disposición de las auditorias, lo cual evidencia el reconocimiento de la competencia.----------

///--- 5) Otro argumento defensivo es ***la inexistencia de causa legal de la responsabilidad.-*** Tampoco puede prosperar –se dice- toda vez que lo aprobado por las Asambleas de Accionistas fueron los honorarios.- Atento que *los estados contables donde figuraban gastos de representación viáticos y movilidad falsos al no responder su monto al concepto, sino a impuestos a las ganancias de los directores y síndicos por orden del Directorio,* para cuyo saneamiento se exigía el tratamiento expreso por separado, atento la materia.- Se apoya en lo expresado por la Instrucción a fs. 723 y añade: el tratamiento en todo caso podría haberse efectuado en los términos del 246 inc.1 LS, al no encontrarse en el orden del día, si las circunstancias requeridas se reuniesen, pese a lo cual -se advierte- tampoco se verificó.- Entonces no se ven conmovidos los fundamentos del Dictamen Final a fs. 920 y sus remisiones, que este Tribunal comparte y hace suyos –se concluyó.------

///

------ 6) En otra defensa se arguyó ***la convalidación y aprobación implícita de la gestión.-*** No puede prosperar –se aclara- toda vez que además de resultar contradictoria con la pretensión de incompetencia, no viene sino a exhibir una distinta fundamentación para la oposición de la doctrina del *venire, cuya desestimación por inaplicabilidad en este caso ya fue supra fundada…* No puede prosperar tampoco la oposición de la supuesta aprobación tácita de la gestión según ordena el juego de los arts. 72 y 275 LS –se analiza- resultando irrelevante por demás frente a la violación de la ley, el estatuto o el reglamento.- Se comparten las fundamentaciones expresadas en las Conclusiones de la Instrucción a fs. 723 vta..----------

------ 7) Frente a los cuestionamientos respecto de la ***la Falta de Sujeción Voluntaria al régimen de control instaurado por la Ley Nº 4139.-*** se dice que no resiste el análisis, toda vez que tal sujeción nace de la Ley y se perfecciona con la aceptación del cargo como sujeción al régimen especial que incluye la jurisdicción del Tribunal en los términos de los arts 16 inc. b y 25 de la Ley Nº 4139.-----

///---8) En cuanto a la ***incompetencia por falta de impugnación judicial previa de los estados contables por la Asamblea***, se advirtió que esta defensa ya había sido planteada por el hoy actor en la Instrucción y desestimada a fs. 913 y vta. en términos que ahora el Tribunal de Cuentas comparte y hace suyos.- Se desestima al no encontrarse cuestionada *ni la Asamblea ni el iter asambleario, como para el supuesto de hecho de procedencia requiere el art. 251 LS.*--------

------ 9) Frente a las manifestaciones sobre ***conculcación del derecho de defensa por el rechazo pretendidamente infundado de las medidas probatorias ofrecidas en la etapa instructoria,*** se tilda *de falaz pretensión la ausencia de fundamentación sostenida a fs. 957/60, y 998 y vta*

(escrito del Sr. R.) - *toda vez que a fs. 867, expresamente, luce fundada tal impertinencia, con apoyo en doctrina y en forma inobjetable, que este Tribunal hace suyo-* y se rechaza.----------

------ Se concluye que a los efectos del decisorio, el Tribunal coincide con la merituación de la probanza efectuada en Dictamen 086/06 CF, y en Dictamen de Asesoría Legal de fs. 1078/80, *razón por la cual procede estarse al requerimiento fiscal efectuado y formular cargo como se solicita*.----------

------ Con estos fundamentos entonces, efectuó el Tribunal de Cuentas la formulación de cargos, según el detalle de montos más intereses del actor –se discriminan las sumas por ejercicios contables, a más de las que le corresponden por responsabilidad solidaria- emplazándolo -a él y los demás- 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 Nº 4139.----------
///--- V.- Notificado a fs. 1120/y vta del Acuerdo Nº 292/06, el **Sr. R.** interpuso **Recurso de Revisión** en los términos y a los efectos del art. 64 de la Ley 4139 (a fs. 1154), solicitando que se dejara sin efecto aquel acto administrativo**.-** Por ***Acuerdo Nº 514/06*** el Tribunal de Cuentas declara inadmisible tal recurso (a fs. 1464/1470 vta.).----------

------ VI.- 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. C. 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. I. D. M..- 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. -figura el actor M. 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 Area 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 RETUERTO –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 RETUERTO -en el carácter invocado- propone ratificar a los titulares de la Comisión Fiscalizadora –entre otros al Dr. M. y *"de acuerdo a la propuesta recibida por la minoría parlamentaria…"* se mencionan dos miembros de la Comisión Fiscalizadora (titular V. y suplente F.).- *"Al no existir objeciones y atento el carácter del proponente se aprueba 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. I. de M., 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 2000: ----------

------ 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 manifestó 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 CI 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 2001: ----------

------ 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.----------

///--- VII.- Descriptos los antecedentes relevantes, cumpliré ahora con relatar la demanda instaurada por el Sr. A. O. R. quien fuera –como lo expuse en II- Director de la Sociedad.----------

------ 1.- Comienza con una reseña de los antecedentes que constan en el Expte. Administrativo Nº 1319/2004; describe los hechos, los planteos que interpuso en sede administrativa y la prueba que ofreció.----------

------ 1.1.- Así comenta, que solicitó que se declarase ***la prescripción de las acciones social de responsabilidad e individual de responsabilidad previstas en los arts. 276 y 279 de la ley 19.550,*** conforme el art. 848 inc. 1 del Código de Comercio que establece un plazo de tres años desde las Asambleas que aprobaron los Balances que reflejaron las operaciones sociales de los ejercicios 1997/1998 y 1998/1999.- Aclaró que debía computarse desde que las mismas se cumplieran, en tanto, de acuerdo al Informe de fs. 855, el Tribunal de Cuentas auditó las operaciones en actuaciones iniciadas inmediatamente después de realizadas y ha conocido la existencia de las decisiones que ahora se reprochan, por lo que la Provincia de Chubut, en cuanto

accionista, se anotició de esos actos.- No había sido interrumpido el plazo de prescripción –afirmó- porque al haberse iniciado las actuaciones en 2.004, aquél ya había operado.----------

------ Arguyó entonces que encontrándose prescriptas las acciones que la Ley de Sociedades puso a disposición de la Provincia en su calidad de accionista, su potestad de actuar se encuentra limitada en todos sus organismos, incluído el Tribunal de Cuentas.----------

///--- 1.2.- Señala que planteó también en aquella sede **la *incompetencia del Tribunal de Cuentas*** para someter al actor a su jurisdicción, sostenida por diversos argumentos:----------

------ *que no investía el Sr. R. el carácter de funcionario público;*----------

------ *que no estaba el actor comprendido en ninguno de los supuestos del art. 25 de la Ley 4139*;----------

------ *que el propio B. DEL C. S.A. había desconocido la competencia del Tribunal de Cuentas* según se desprende de la declaración de N. S. a fs. 445;----------

------ *que ese Órgano no había examinado, considerado o emitido nunca acto alguno relativo a las cuentas o a la gestión de cualquier Sociedad comercial cuyas acciones o cuotapartes hayan integrado en momento alguno al patrimonio del Estado Provincial del Chubut.-* A modo ilustrativo –dice- mencionó a las acciones de X S.A. que en algún momento estuvieron en poder de esta Provincia.----------

///

------ A juicio del actor tales "circunstancias" –los predichos argumentos- se convertían en verdaderos ***actos propios del Tribunal de Cuentas*** en los términos y efectos de esta doctrina judicial homónima.- Apoyándose en jurisprudencia de este Superior Tribunal de Justicia –autos "P. C. R. S.A. c/PROVINCIA DEL CHUBUT S/ORDINARIO (Expte. N° 10.350/82)- dijo que la mentada doctrina impide hacer valer en juicio un derecho que resulta incoherente con respecto a una conducta anterior, no errónea y relevante, observada dentro de la misma situación jurídica.- Arguyó que si en el pasado ese Órgano ha considerado que carecía de competencia para examinar las cuentas del B. del C. S.A. o cualquier otra Sociedad Comercial de las que la Provincia del Chubut era accionista o cuotapartista, no puede ahora adoptar una actitud contraria e incoherente con esos precedentes.-------

///--- De lo contrario –estimó- se daría esta paradojal situación: si se afirma la jurisdicción con relación al B. d. C. S.A., debería ejercerse también contra X S.A. o cualquier otra Sociedad de cuyas acciones hubiera sido propietario el Estado Provincial.- Adujo que si eso no se hizo en un caso exactamente igual al de autos, estamos ante un incumplimiento de deberes de funcionario público que el Tribunal de Cuentas debe denunciar obligatoriamente.----------

------ Concluyó que la configuración de actos incongruentes con una conducta anterior importa quebrantamiento de los siguientes principios:----------

------ del *principio de legalidad* -previsto en el art. 26 inc. 1 del Dto. Ley 920- al disponerse la intervención en una asunto que está fuera de la jurisdicción del Tribunal de Cuentas, sea por la calidad personal del actor ajena a la función pública, como al carácter comercial del B. del C. S.A..- Entendió que esto importa, en los términos de esa norma, un acto tomado fuera de las atribuciones regladas; ***un desvío de poder*** que en el art. 100 de aquel Decreto se menciona como causal de revocación.----------

------ del *principio de verdad material,* contenido en el art. 26 inc. 3 del mismo ordenamiento, que resultó afectado –dijo- toda vez que la afirmación de la jurisdicción cuestionada importa una falsedad o mero dogmatismo sin soporte en la realidad de los hechos.----------

------ Extrajo entonces la siguiente conclusión: en cualquiera de estos supuestos estamos ante un acto viciado que debe ser ***revocado por ilegitimidad*** y declarado nulo de puro derecho conforme **el art. 33 inc. 1** de aquella norma administrativa.- Y solicitó que así se declarase.-

///--- 1.3.- Reseñó después el descargo que reiteró, impetrando la correspondiente solicitud de absolución, aunque subsidiariamente lo amplió en dos puntos:----------

------ a) *a la inexistencia de causa legal de la responsabilidad que se procuraba determinar*, porque –afirmó- la responsabilidad de los Directores nace cuando se configura un quebrantamiento del deber de lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios –citó el art. 59 LS- o la violación de la ley, el estatuto o reglamento –art. 274 LS.- Arguyó que en las conclusiones sumariales se hizo referencia a la falta de

aprobación asamblearia del pago efectuado por el Banco del Impuesto a las Ganancias devengado por los honorarios del Director, pero que sin embargo, para la defensa –opuso- ***existe autorización suficiente de la Asamblea para la realización del pago de los honorarios, toda vez que quedó expuesta esa operación en los Balances de los ejercicios 1997/1998 y 1998/1999 y como tal fue alcanzada por la aprobación de los estados contables*.-** Que no obsta a tal interpretación –señaló- la falta de tratamiento específico del punto ni su mención en el orden del día, toda vez que las Asambleas en que se aprobaron los Balances tuvieron carácter de unánimes en los términos del art. 246 de la Ley 19.550 y no fue necesaria esa formalidad.- Adujo la evidencia de la pertinencia del argumento, si se supone el caso en que la Asamblea unánime hubiera aprobado la remuneración de los Directores por el monto del Impuesto a las Ganancias devengado por los honorarios sin que el punto figurase en el orden del día… señalando que nadie podría objetar tal procedimiento, ni sostener que hubo un quebrantamiento de los deberes de lealtad y diligencia o violación de normas.- Añadió que no diferían en lo sustancial el caso hipotético y el configurado; sólo en lo formal por el grado de "explicitud" de la decisión respectiva en las Actas que instrumentaron tales Asambleas.- Concluyó en que el resultado hubiera sido el mismo desde el punto de vista económico: si en aquel /// supuesto no podía haber daño resarcible, mal puede declararse en el caso, atento que esa circunstancia anulaba la causal de responsabilidad que se trata de determinar.----------

///

------ b) *la convalidación de la conducta reprochada de lo actuado por el Directorio*, porque con el Informe de fs. 855 y la copia de fs. 856 quedaba acreditado que respecto del ejercicio 1996/1997 la auditoría del Tribunal de Cuentas fue cerrada sin observaciones, pese a que el pago del Impuesto a las Ganancias tuvo el mismo procedimiento que en los ejercicios siguientes.- Si no existió irregularidad en ese ejercicio, mal podía afirmarse que la hubo en los posteriores con igual proceder –reprochó y solicitó que el Tribunal de Cuentas así lo declarase.- Refutó lo sostenido por la Instructora Sumariante en cuanto a *"que no existe aprobación de la gestión de los Directores"* reiterando lo dicho en cuanto a la prescripción de las acciones sociales de responsabilidad e individual de responsabilidad respecto de la gestión de R. como Director.- Argumentó que si esas acciones eran las únicas disponibles para la Provincia en cuanto accionista del Banco para actuar contra él u otro miembro del Directorio, al estar prescriptas, *resultaba imposible cualquier declaración de responsabilidad* -de éstos y legal por esa causa- *fuera de parte de la sociedad, o de un accionista particular* en los términos de los arts. 276 y 279 de la ley 19.550.---------

------ Aseveró que el sumario no podía acordarle a la Provincia del Chubut como socio del Banco del Chubut S.A. una potestad más amplia que la acordada por el ordenamiento legal de las sociedades, resultando también prescripta la facultad de determinar la responsabilidad en el mismo.----------

///

///--- Concluyó con el siguiente razonamiento: ***si como resulta del Informe de fs. 855, la Provincia conoció a través de su órgano Tribunal de Cuentas las decisiones cuestionadas y no promovió en el plazo disponible de tres años una Asamblea para habilitar la acción de responsabilidad contra los Directores que las adoptaron, el proceder del Directorio está consentido y aprobado.-*** Solicitó que así fuera declarado por aquel Órgano.----------

------ 1.4.- Afirmó, en cuanto a la prueba que ofreció en sede administrativa, que la Pericial Documentológica y la Informativa que debían rendir el Sr. Gobernador, el Ministro de Coordinación de Gabinete y el Ministro de Economía no fueron admitidas por el Tribunal de Cuentas.----------

------ 1.5.- Relata que el 24 de Mayo de 2.006 ese Órgano dictó el ***Acuerdo Nº 292/06*** formulando cargo contra el actor, contra el cual interpuso Recurso de Revisión el que fue desestimado por el ***Acuerdo 514/06.-***----------

------ 1.6.- También –señala- planteó Recurso Judicial Extraordinario en los términos y al efecto del art. 67 de la Ley N° 4139 y siguientes, el que fue denegado por el Tribunal de Cuentas, por lo que interpuso Recurso de Queja, que tramitó por los autos caratulados "R..." (Expte. Nº 20.675-R-2006) en el que se declaró abstracta la cuestión

atento lo resuelto en "M…" (Expte. Nº 20.587-M-2006) –ambas causas las ofrece como prueba de la presente.----------

------ 2.- Concluida esta narración, embate –previa transcripción- el ***Acuerdo N° 292/06***, afirmando que incurre en "novedosas y forzadas interpretaciones" de las normas nacionales y provinciales.- Entiende /// que ha sido en vano el intento, porque *el quebrantamiento legal es tan obvio que no puede sino calificarse de absurdo e irracional.*---------

------- Desarrolla los siguientes fundamentos acerca de la manifiesta nulidad de ese acto administrativo:----------

------ 2.1.- ***Se desconocen las prescripciones de la Ley 19.550 y decide excluir al B. del C. S.A. de su régimen.***---------

------ Señala que es errónea la concepción cuando se basa en que el Banco es una Sociedad Anónima con Participación Estatal Mayoritaria.- Aún cuando esto fuera cierto – razona- no puede válidamente invocarse que queda sometida a controles distintos a los previstos en la legislación comercial, tanto la Sociedad como sus órganos de gobierno, fiscalización y administración.----------

------ Aduce ***que las SAPEM son personas de Derecho Privado*** y no pueden ser asimiladas a una persona de derecho público en ningún aspecto, ni siquiera para el control de sus gastos operativos.----------

///

------ Entiende que es una opinión incontrovertida en la jurisprudencia de nuestro país que estas sociedades son personas de Derecho Privado, como tipo específico del género Sociedad Anónima, reguladas en la Ley N° 19.550, con total independencia de que una parte de su capital pertenezca al Estado.----------

------ En cuanto a la doctrina, dice que también las encuadra como una típica Sociedad Comercial de la Ley de Sociedades, especie de la Sociedad Anónima, con órganos de administración, gobierno y /// fiscalización; que sus decisiones asamblearias y resoluciones del Directorio traducen la existencia de actos jurídicos que de modo alguno pueden considerarse actos administrativos, por cuanto están regulados por un régimen jurídico propio, contenido en los Códigos Civil y Comercial.- Consecuentemente –dice- someter a sus actos a Recursos Administrativos ***importaría subvertir el orden jurídico particularizado de las sociedades mercantiles, instituyendo por encima de ellas "superiores jerárquicos" con facultades superiores de control sobre la legitimidad y oportunidad de sus decisiones.***----------

------ Arguye que la supervisión de sus actos por los Tribunales de Cuentas constituyen índices exorbitantes del Estado controlante de las mismas, provocando mayor confusión e inseguridad jurídica en relación a la "formulación y tipicidad de cómo fueron regladas y constituidas".---

------ Si las SAPEM quedan inexorablemente sometidas a la legislación mercantil emanada del Congreso Nacional, único facultado para sancionar la legislación de fondo –deduce- ***son abiertamente inconstitucionales las previsiones en contrario que contengan las legislaciones provinciales.-*** *Entre ellas –señala- la Ley 4139 y* ***hace reserva de plantear su inconstitucionalidad y de cualquier otra norma en sede judicial.-***----------

------ Entonces –concreta- el B. del C. S.A. debe quedar sometido en todos sus aspectos, incluso en el control de gastos operativos, a la legislación nacional.- Lo mismo debe concluirse respecto del actor en su calidad de ex integrante del Directorio de esa entidad.- Se apoya en el art. 31 CN y dice que las previsiones de aquella norma provincial devienen absolutamente ***inaplicables al caso***.- Por esto el Acuerdo debe ser dejado sin efecto en todas sus partes.----------

///--- 2.2.- ***Se desconoce*** –en el Acuerdo- ***que las cuestiones de prescripción constituyen materia delegada por las provincias al Gobierno Federal… cuando se rechaza la prescripción impetrada por el Sr. R. invocando el plazo decenal previsto en la Ley 4139.-***----------
---

------ Insiste en que el B. del C. S.A. no obstante la participación estatal mayoritaria es persona de derecho privado resultándole aplicable –insiste- la normativa comercial contenida en la Ley N° 19.550.- A pesar de que esto último es "incontrovertible" -estima- el Tribunal de Cuentas -en el acto opugnado- sostiene que las prescripciones en materia comercial resultan ***inaplicables al caso***, y

///

por esto no puede prosperar su planteo de prescripción, aplicando el art. 21 de la Ley N° 4139.- Aduce entonces que esta preceptiva ***resulta inconstitucional*** si se considera que es facultad del Congreso de la Nación dictar las normas de fondo.- Comprende la misma –aduna con jurisprudencia que se funda en el art. 75 inc. 12 de la CN- establecer las formalidades que sean necesarias para concretar los derechos que reglamentan, entre ellas la de legislar de manera uniforme sobre la prescripción.----------

------ 2.3.- ***Se desconoce el carácter netamente penal del juicio de responsabilidad y se contrarían los principios básicos de esa rama del derecho… cuando se establece la responsabilidad solidaria del ex Directorio.***----------

------ Entiende que si la jurisprudencia de nuestro país es conteste en afirmar que son claramente penales "las sanciones" impuestas en sede administrativa... y que se ha quebrantado el principio de la /// personalidad de la pena.- Si nadie es penalmente responsable por un hecho ajeno –aduce- mal puede imponerse una responsabilidad solidaria a la totalidad de los ex integrantes del órgano de administración de la Sociedad, por lo cual el Acuerdo incurre en un ***error de derecho***.----------

------ 2.4.- ***Se violenta lo dispuesto en el art. 53 de la Ley N° 4139 porque carece de la fundamentación necesaria que debe tener todo acto***

administrativo, cuando se omite detallar no sólo los fundamentos de la decisión sino los elementos que le sirvieron de base para la misma.-------
----

------ Entiende que no cumple dicho acto con ese imperativo legal que dispone que el fallo será fundado y expreso.----------

------ 2.5.- Encuentra además ***arbitrariedad*** en la Resolución opugnada, atentos los siguientes argumentos:----------
------ porque señala "*que la aprobación de la gestión por los órganos competentes resulta irrelevante frente a la violación de la ley, el reglamento y el estatuto*" y no individualiza qué ley, reglamento y/o estatuto considera violado.----------
------ porque desestima cada una de las defensas opuestas limitándose a referenciar un sinnúmero de normas que considera aplicables pero sin fundamentar su supuesta aplicabilidad al caso.----------
-
------ porque *no especifica los motivos por los cuales sería procedente una responsabilidad solidaria* de los ex miembros del Directorio.-------
------ porque se circunscribe a fijar montos históricos y actualizados de condena, sin especificar ni aportar los parámetros en base a los cuales llega a dichos montos.----------

///--- 2.5.- Acusa asimismo que ***se afecta el derecho de defensa palmariamente*** por la falta de fundamentación del acto administrativo, atento que al desconocer los supuestos argumentos considerados por el Tribunal de Cuentas para adoptar su decisión, le imposibilita atacarla adecuadamente, tornando el acto nulo de

nulidad absoluta por afectar la garantía de defensa en juicio prevista en el art. 18 CN.----------

------ A modo de conclusión, insistirá en la falta de motivación del acto administrativo, ante la orfandad de explicación de hechos y jurídica – ambas, advierte, independientes de tal manera que si falta una, afecta al acto administrativo tornándolo ilegítimo.- En el caso no hay explicación jurídica y ni siquiera se ha hecho un relato pormenorizado de los hechos en que se funda la decisión.- Acota que estas omisiones no son casuales, sino que ***los hechos nunca podrían haber sido válidamente subsumidos en las normas citadas y menos ser pasibles de la sanción impuesta.-***----------

------ 3.- Subsidiariamente ataca el **Acuerdo N° 514/06** que dispuso rechazar el Recurso de Revisión que interpusiera contra el Acuerdo N° 292/06 y fuera rechazado.- Recuerda que en ese recurso se invocaron los mismos fundamentos con los que en esta demanda se solicita la declaración de nulidad de este último.----------

------ Sustenta esta nulidad – sintéticamente- en la insistencia en sostener la competencia del Tribunal de Cuentas, cuestionando que este Órgano incluyese "como novedad" para justificarla Acuerdos que dictó en 1984, cuando el B. del C. S.A. *"ni siquiera existía"* (menciona los N° 458/84 y 532/84); señala que recién en 1996 por

/// medio de la Ley 4164 se transformó en una Sociedad Anónima con Participación Estatal Mayoritaria el B. DE LA P. DEL C..- Dice que el art. 1 de esta última norma "hecha por tierra los irracionales intentos" que aquel Tribunal utiliza para justificar su competencia.- No obstante este imperativo legal –acusa- este Organismo insiste en ser competente haciendo referencia a los arts. 16 inc. b y 25 de Ley N° 4139, y solicita, con esos argumentos, la declaración de inconstitucionalidad de estas últimas normas.----------

------ Insiste en la inaplicabilidad al caso de la citada por ser el B. del C. S.A. una persona jurídica de derecho privado sometida a la legislación mercantil sancionada por el Congreso Nacional, que al Banco se le aplica la Ley 19.550, no obstante ser una SAPEM; en la cuestión de prescripción; en la violencia e inaplicación de la Ley de Sociedades Comerciales.- Acusa falta de fundamentación y arbitrariedad.----------

------ Finalmente funda en derecho –remite al invocado en toda la demanda, jurisprudencia y doctrina citada.- Ofrece prueba y realiza petitorio de estilo.- Hace reserva del caso federal.----------

------ VIII.- La accionada Provincia del Chubut, al contestar la demanda (fs. 55/60) efectúa las negativas de estilo y arguye que son improcedentes los planteos del accionante, refutándolos.----------

------ Por un lado, rechaza la nulidad del **Acuerdo Nº 292/06;** niega que desconozca las prescripciones de la Ley 19.550 y/o haya decidido excluir al B. DEL C. S.A. de su régimen; que contraríe principios

básicos del derecho administrativo; que carezca de fundamentos y/o sea arbitrario; que se haya afectado el derecho de defensa y/o incorrecta valoración de las pruebas; que resulte aplicable /// la prescripción pretendida; que resulte procedente y se aplique la jerarquía normativa en la forma que se pretende; ni que se aplique al caso la doctrina y/o jurisprudencia citada por la actora.- Por otro, niega que corresponda el planteo subsidiario efectuado en la demanda.--------

------ 1.- Sostiene que "el acto" ***no contiene vicios*** en los elementos competencia, finalidad, causa, motivación, objeto y forma; que está suficientemente causado en hechos y derecho, que la contraparte se basa en sus meras especulaciones.- A más señala que se trata de una reiteración de argumentaciones oportunamente contestadas en sede administrativa.----------

------ 2.- Bajo el título "***De la pretendida prescripción"*** controvierte la opuesta por el actor y efectúa otras consideraciones.-----

------ Critica y tilda de errónea la interpretación que hace el accionante de las actuaciones del Tribunal de Cuentas, en tanto afirma que el Acuerdo opugnado omite considerar que el B. del C. S.A. es una SAPEM y lo excluye del control previsto en la Ley N° 19.550.- Aclara entonces, que el Banco en su carácter de Sociedad Anónima con Participación Estatal Mayoritaria, queda indubitablemente incluido en el art. 16 de la Ley N° 4.139, en cuanto

expresamente atribuye competencia a aquel Órgano sobre las Haciendas Paraestatales, entendiendo por tales aquellas entidades de derecho público o privado en cuya dirección o administración tenga el Estado representantes.------

------ Resulta insostenible –indica- ***la pretendida competencia excluyente de la Asamblea*** –refuta- fundada en la *inaplicabilidad /// de la Ley 4139 por prevalencia de otras normas* –remite a otro capítulo en el cual se explaya sobre el punto.----------

------ Sostiene que ***norma alguna limita la posibilidad de actuar el juicio de responsabilidad*** de aquella norma *a la previa acción social de responsabilidad del art. 276 LS* o *a la declaración del art.296 LS,* máxime ante la independencia de criterio del Tribunal de Cuentas establecida en el art. 18 de su ley.- Manifiesta que son diferentes intereses los tutelados: social en la Ley N° 19.550 y público en la Ley N° 4139.----------

------ Tampoco resulta sostenible –afirma- ***la aprobación de gestión*** mediante ***la aprobación de los Estados Contables*** y no se deduce de ésta –remite al art. 72 LS-, quedando configurada la responsabilidad con prescindencia de *quitus* al transgredirse el art. 31 del Estatuto del B. del C. S.A., incursionando en la culpa in vigilando vedada por el art. 297 LS.----------

------ 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 LS (recogido expresamente por el art. 38 inc. b) del Estatuto Ley 4164), razón por la cual no es jurídicamente reemplazable con 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 sub-caso, y en la documental respaldatoria sólo se alude a números de notas cuyo concepto no se expone y a órdenes de imputación contable.----------

///--- Señala que resulta insostenible la aprobación por ***la Asamblea Nº 26 del 25/11/04,*** toda vez que como señala el Dictamen Contable de fs.1.107 del Expte. Nº 1.319/04-TC, la misma refiere a adelantos de honorarios ya pagados en la gestión 2.00/01 y 2.002/03 pendientes de aprobación que por la misma efectúa y que nada tiene relación con la aprobación de los montos correspondientes a las liquidaciones del Impuesto a las Ganancias en cuestión.- Este Dictamen es compartido expresamente por el Tribunal de Cuentas en el Acuerdo 292/06 –asegura- y aun de existir (tal aprobación), resulta irrelevante frente a la violación de la ley, el reglamento y el estatuto (art. 275 LS aplicable por el art. 298 LS).----------

------ Resulta "patético" –expresa- pretender ***desviación de poder*** al receptar el Tribunal de Cuentas la jurídica irrelevancia del *quitus* rechazando la necesidad de acción social de responsabilidad del art.

276 LS.- Sostiene que "inobjetablemente" tal rechazo procede ante la diferencia de intereses jurídicos tutelados, viabilizando el Juicio de Responsabilidad de la Ley N° 4139 frente a la afectación del interés público en el caso.----------

------ La que califica como *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 impedir el juicio administrativo de responsabilidad.-* Lo advierte y dice que el planteo no resiste el menor análisis por cuanto éste no se subordina a aquélla… y procede aún encontrándose 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.----------

///--- No hay una caprichosa elección de normas para condenarlo, como sostiene el actor –rechaza- toda vez que en cada ocasión se sustentaron en derecho las razones pertinentes que las avalan.- Advierte que es "el ordenamiento jurídico" el que establece la irrelevancia del *quitus* ante las situaciones prevista en el art. 275 LS; que no se encuentra enervado por el régimen de derecho público, ni puede ser ignorado para "*sobreseer" al actor del cargo que su omisión provocara* –arguye-*, aunque no quepa seguir la línea de responsabilidad social prevista en el art. 272 LS con la caducidad del art. 277 LS cuando se trata de la protección del interés público que la Ley encomienda.*----------

------ 3.- Dedicada un capítulo a "***la pretendida supremacía de leyes nacionales",*** rechazándola con los siguientes argumentos.------

///

------ Sostiene que es pacífica la sujeción del Banco al Código Fiscal del Chubut, a las Leyes Tributarias anuales e inspecciones de control, pese a que las mismas no están citadas en su Estatuto.----------

------ No resulta jurídicamente sostenible *"la insinuada prevalencia"* de normas nacionales por razones de especificad material, máxime cuando la competencia del Tribunal de Cuentas es explícita en su Ley, reglamentaria de la propia Constitución .- Además, por dicha especificad material determinante de la competencia de ese Órgano sobre Sociedades con participación estatal… rechazará –al final del capítulo- el quite de competencia por la Ley N° 4164 de Transformación del Banco.----------

------ Rechaza a más la prevalencia de normas nacionales aducida ***cuando se trata de materia local federalmente reservada a las provincias, en el caso el control hacendal público regido por el Derecho Administrativo .***----------

///--- Se funda en la habilitación legal especial del art. 304 LS, aplicable en el ámbito provincial por el 121 CN.- Aduce que tal posición es seguida por la doctrina –señala y cita a VERON y su "Manual de Sociedades Comerciales Tº III-1877".- Tilda de *enredo semántico e ideológico* lo expuesto por el actor, a fin de sustraerse a la referida doctrina, que termina por contradecir la cita que sostiene la duplicidad de controles -en virtud de aquel artículo de la Ley de

Sociedades, aclara-, el nacional por un lado y el provincial por otro, cuyos límites están dados, en primer término por aquella norma constitucional, que reserva para los Estados Provinciales, como poder no delegado, el ejercicio del poder de policía; en segundo término -añade- por los arts. 16 y 17 de la Ley N° 4139 que faculta a constituirse para auditar haciendas paraestatales y 18 de la misma Ley, que faculta a auditar sociedades con participación estatal.- Significan habilitación del ejercicio del poder de policía hacendal sobre las mismas, en lo relativo a gastos operativos; y ***ninguna declaración de inconstitucionalidad ha recaído sobre los mismos, ni ella ha sido solicitada por el actor;*** están vigentes y son de aplicación al caso.----------

------ Considera que en nada enerva la competencia normativamente adjudicada, la discusión sobre la naturaleza de ciertos actos del Banco dictados en ejercicio de actividad materialmente administrativa al tratarse de un ***Ente Público no Estatal***.----------

------ Distingue la actividad operativa bancaria de la actividad materialmente financiera controlada por el Banco Central de la República Argentina.----------

///--- Estima que no procede la crítica de la actora en relación con ***la naturaleza jurídica del B. del C. S.A.***.- Alude a la dada por este Superior Tribunal de Justicia en S.D. N° 31/SRE/00 y por la Cámara de Apelaciones de Trelew en "C. c/ B. del C. S.A." y por la doctrina administrativista que cita.- Advierte que no se presenta una oposición entre las SAPEM y restantes tipos societarios, que se equivoca en el

encuadre la actora, toda vez aquellas 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 –se apoya en doctrina.----------

------ Argumenta que es absolutamente claro el control que el Tribunal de Cuentas debe ejercer sobre actos de sociedades con participación estatal y haciendas paraestatales, susceptibles de producir responsabilidad.- Se apoya –en general- en los arts. 16 inc. b), 17 inc b), 18, 25 y 43 de la Ley N° 4139.----------

------ En particular, entienden clara la inclusión del B. del C. S.A. dentro del alcance de dicho art. 16 inc. b), en cuanto la norma atribuye competencia a aquel Tribunal sobre las haciendas paraestatales y se entiende por tales –define- a aquellas entidades de derecho público o privado en cuya dirección o administración tenga el Estado representantes.- Agregará que la pretensa interpretación de la actora de los arts. 4 y 5 de la Ley N° 21.526 (BCRA) vulnera las competencias provinciales no delegadas sobre el poder de policía hacendal.----------

------ Dirá también, con sustento en el art. 55 LS, que a pesar de que éste 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.----------

------ ***Arguye que en ningún momento estuvo el Banco sin control por parte del Tribunal de Cuentas.-*** Interpreta que el Acuerdo N° 308/90 - 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 el actor no puede opinar sobre la decisión de la técnica de auditoría utilizada, legalmente adjudicada por los arts. 17 inc. b) y 18 de la última norma.----------

------ Afirma que está expuesta la innecesariedad de reglamentación alguna para intervenir en el control de dicho Banco, ante lo dispuesto por dichos arts. 16 inc. b) y 17 inc. b); 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 asevera que no puede aducir el actor que se haya aplicado un régimen ex post facto.----------

------ 4.- Algunos de esos argumentos los reitera en otro capítulo que titula ***"¿Del planteo de inconstitucionalidad?".-*** Aclara que los signos

///

de interrogación se justifican ante el desprolijo y confuso planteo de la actora, plagado de transcripciones.- Dice que pareciera haber tenido en algún momento la intención de plantear la inconstitucionalidad de alguna norma; pero que no logra determinar cuál, y no lo logra porque no lo expone en el objeto ni en el petitorio del /// escrito titulado Demanda Contencioso Administrativa.- Transcribe dos párrafos de fs. 18 vta. de la demanda.- En uno el actor alude a una *"reserva de plantear la inconstitucionalidad" de la Ley 4139 y cualquier otra norma provincial en el ámbito creado para hacerlo cual es la sede judicial… y en el otro a la "inaplicabilidad…al caso" de las previsiones contenidas en esa misma ley***.-** La demandada resalta que *es diferente pedir la declaración de inconstitucionalidad de una norma que decir que es inaplicable al caso concreto*; y que no puede hacerse como "al pasar".

------ Rechaza estos planteos y argumenta:----------

------ 4.1.- Que una cuestión "obviada" por la actora es la raigambre constitucional del Tribunal de Cuentas y sus funciones, por lo que no puede prosperar el planteo de inconstitucionalidad frente a los ***arts. 16 inc. b) y 25 de la Ley N° 4139, como reglamentación del art. 219.1 de la Constitución Provincial, en cuanto le atribuye a aquel Órgano el control de la legitimidad de lo ingresado e invertido en función del presupuesto por las sociedades con participación estatal.***- El 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 puede la actora "escandalizarse" -dice- ni existe la pretendida incongruencia a su respecto, toda vez que en la primera norma se incluye a tales Sociedades.----------

------ 4.2- Frente a **la** "***pretendida prescripción del art. 277 LS"*** opone ***la ausencia de subordinación de esta norma al Juicio de Responsabilidad.-*** Este procede –sostiene- aun encontrándose aprobada la cuenta en el Juicio de Cuentas, conforme el art. 44 inc. c) /// de la Ley 4139, que no se enerva por la personal consideración de la actora que se resiste a visualizar a la auditoría como forma de rendición de cuentas.----------
---

------ 4.3.- Sostiene ***la sujeción del actor a la jurisdicción del Tribunal de Cuentas… sin subordinación a la acción del art. 276 LS y a su plazo de caducidad.-*** ----------

------ A más de la interferencia del art. 18 de la ley N° 4139… resulta irrelevante -afirma- ***la calificación de funcionario público o de estipendiario…*** por el imperativo del art. 46 in fine de esa Ley para los sujetos pasibles de Juicio de Responsabilidad indicados en el art. 25 de la misma.- Arguye que expresamente se deja sometidos a la jurisdicción de dicho Tribunal a todos los funcionarios y empleados de las Sociedades con Participación Estatal, quedando sujetos así los Directores y Síndicos, a lo que se suma el plazo de prescripción de diez años establecido para la acción por daños imputables a los

///

agentes de haciendas paraestatales, establecido en el art. 21 tal normativa.----------

------ Remite al concepto de ***estipendiario*** y su correlación con la responsabilidad en distintas normas: art. 21 de la Ley 4139, como copia del derogado art. 90 de la Ley de Contabilidad N° 12961 y del art. 118 de la Ley de Contabilidad de Chubut Nº 1911, tomado del Anteproyecto Bayetto.- Entiende que se ha fijado el ámbito subjetivo de la responsabilidad al compatibilizarse con el ámbito material del **art. 22** de la primera norma, ***encerrando un concepto amplio de funcionario, al punto que la responsabilidad subsiste aun para quienes no reciben estipendios del Estado con motivo del ejercicio de sus funciones.-***----------

///---4.4.- Arguye que desconoce el actor la naturaleza y las consecuencias del carácter de ***ente público no estatal*** asignado al B. del C. S.A. -se apoya en la doctrina y jurisprudencia local.- Dice que ***el patrimonio estatal aparece comprometido, aun bajo esta forma societaria regida por el Derecho Privado… hace que el B. del C. S.A. se encuentre regido con más intensidad por el derecho público que cualquier SAPEM.-*** Tal marco resulta de aplicación en la materia de administración, sobre los gastos operativos, para sostener la posibilidad de sus operaciones bancarias, fijando para las misma un ámbito regido por el principio de vinculación positiva -restringe- al ordenamiento jurídico, el que prohíbe hacer lo expresamente prohibido, y lo no permitido o autorizado, y a cuya luz deben

interpretarse los arts. 23 y 24 del Estatuto ley 4164.—----------
---

------ 5.-Rechaza ***el planteo de arbitrariedad y falta de fundamentación*** apoyándose en jurisprudencia de este Superior Tribunal de Justicia (S.D. Nº 31/SRE/04) que hace referencia a la ***importancia de una motivación suficiente*** del acto administrativo, como resguardo de garantías constitucionales… pero que puede resultar de cualquiera de los momentos que componen la forma del mismo…puede ser concomitante o contemporánea con la declaración de voluntad o anterior a tal declaración, o en el proceso de formación.- Con sustento en jurisprudencia de la SCBA sostiene que aún admitiendo la falta de motivación de aquéllos, teniendo presente que su trascendencia nulificante dependerá de la indefensión que los mismos provoquen, por lo que cabe la aplicación de la ***teoría de la subsanación.- No interesa la indefensión sucedida en sede prejudicial si el interesado pudo defenderse ante la justicia.-***

///--- 6.- Con fundamentos similares a los expuestos en el párrafo anterior y también apoyándose en aquella S.D. Nº 31/SRE/04 y en el *principio de subsanación,* funda la demandada su rechazo a la pretendida nulidad por ***afectación del derecho de defensa del actor.-*** ---
---

------ Resiste además la indefensión que radica el Sr. R. en ***la inadmisión de prueba en sede administrativa***, pues –dice- ***no se intentó en este juicio la producción de la prueba*** desestimada en aquella sede por “dilatoria e improcedente –alude a la Pericial

Documentológica e informativa ofrecida a fs. 957 del Expte. Adm. Nº 1319/04.- "- la cual no era determinante para dilucidar los argumentos del actor.----------

------ 7.- Rechaza finalmente el planteo subsidiario del actor: la declaración de nulidad del Acuerdo Nº 514/06 del Tribunal de Cuentas que no admitió el Recurso de Revisión impetrado por aquél.----------

------ Advierte que ya fue tratado por este Superior Tribunal de Justicia la cuestión, en los autos "M… y otros" (Expte. Nº20.587-M-2006) cuando se consideró –transcribe- "… *lo resuelto no importa privar a quienes se consideraran agraviados del control judicial del acto que cuestionan el que podrá instarse por vía de la acción contencioso administrativa, en juicio pleno, para cuyo conocimiento y decisión se ha otorgado –clara y específicamente- competencia exclusiva a este Cuerpo (art. 32 inc. 3 Ley 37)".-* Concluye en que deviene abstracto el tratamiento de esta actuación en virtud de la presente demanda contencioso administrativa.----------

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

------ IX.- Se declaró la cuestión de puro derecho (fs. 67).----------

------ A fs. 72 el actor contesta el traslado en los términos del art. 359 del CPCC.- Señala que la oscuridad y deficiente redacción de la contestación de demanda le impiden ejercer adecuadamente su derecho de defensa y solicita que sea tenga en consideración al dictar Sentencia.- reitera los argumentos de la acción y en particular, en el capítulo ***"La inconstitucionalidad"*** (fs. 74 y vta.), asevera que la accionada falta a la verdad –cuando dice que no fue claramente incoada- porque sí solicitó la actora la declaración de inconstitucionalidad de la Ley N° 4139 y lo reitera.- Esto puede corroborarse –acota- en el punto 35 del escrito inicial cuando expresa "*dejo desde ya solicitada la declaración de inconstitucionalidad de dicha norma";* y en el punto 38 sostuvo "*en virtud de las consideraciones expuestas y resultando indiscutible la invalidez e inconstitucionalidad de la norma que dispone el plazo de prescripción decenal, solicito así se la declare*".----------

------ Hace reserva del caso federal y de recurrir ante la CIDH.----------

------ X.- A fs. 77 se llamaron autos para Sentencia y a fs. 78 la causa fue sorteada.----------

------ XI.- La prueba documental aportada consiste en el Expediente Administrativo Nº 1319/2004 que se encuentra agregado en autos "M…" (Expte. Nº 20.587-M-2006), que tengo a la vista; así como las judiciales citada y las caratuladas "R… s/Recurso de Queja c/Acuerdo Nº 639/06 del Tribunal de Cuentas" (Expte.Nº 20.675-R-2006) y "P…" (Expte. Nº 20.811-P-2007).----------

///--- XII.- ANÁLISIS.----------

///

-----I.- En dos fallos me he pronunciado ya, respecto de pretensiones cuyo objeto guarda identidad con el de esta causa : S.D. Nº 11/SCA/08 ("P….") y Nº 2/SCA/09 ("U…") cuyos actores fueron Síndicos del B. del C. SA; en ambos, a favor de la validez del Acuerdo del Tribunal de Cuentas Nº 292/06.----------

------ En ésta, viene a la jurisdicción el Sr. A. O. R., Director del B. del C. S.A. desde Agosto de 1998 a Diciembre de 1999, resistiendo también la imputación administrativa que el Tribunal de Cuentas le formula por el mismo acto, practicándole cargo fiscal por las sumas que la Sociedad abonara de su patrimonio en concepto de Impuesto a las Ganancias que sostiene debió oblar a título personal, durante los ejercicios contables *1997/98, 1998/99 y diez meses de 1999/00 (Julio/99 a Abril/00 ambos inclusive).*----------

------ Al igual que en aquellos casos fallados, partir de algunas requisitorias -me remito a la glosa del punto III- el Tribunal de Cuentas sometió al accionante a Juicio de Responsabilidad (Acuerdo Nº 290/04), y sustanciado el sumario, encontrándose acreditados los hechos que puntualizan las Conclusiones, le atribuyó responsabilidad personal y solidaria con otros Directores y con los Síndicos, por supuestos hechos propios y por la omisión de observaciones de éstos.--

------ Señalaba en mis votos, que 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 se les reprochó no haber efectuado observación legal a aquellas tres decisiones del Directorio.----------

------ Pero -decía y es válido para el caso- el Órgano 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.----------

------ También destacaba preliminarmente -y es igualmente aplicable al caso- que no hay en el 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.----------

------ El actor, no niega el presupuesto fáctico de los cargos que se les formularon.- Cuestionará -claro y como en los casos ya resueltos- su interpretación jurídica, mas -pongo de resalto- no niega que la Sociedad haya pagado lo que a él a título personal como obligado

hacia la AFIP correspondía, ni atinará a exponer justificación ninguna para ello.-------

------ Por el contrario, sostuvo en sede administrativa como defensa -y lo reproduce en la demanda a fs. 6 y vta., según he transcripto ***en los puntos VII-1.3.a) y b) –*** que para el ***pago efectuado por el Banco del Impuesto a las Ganancias devengado por sus honorarios existe autorización suficiente de la Asamblea toda vez que quedó expuesta esa operación en los Balances ///de los ejercicios 1997/1998 y 1998/1999 y como tal, fue alcanzada por la aprobación de los estados contables.-*** Adujo que no obsta a tal interpretación la falta de tratamiento específico del punto, ni su mención en el orden del día, toda vez que las Asambleas en que se aprobaron los Balances tuvieron carácter de unánimes en los términos del art. 246 de la Ley Nº 19.550 y no fue necesaria esa formalidad.- Encontró evidente "la pertinencia del argumento" planteando el supuesto de que la Asamblea unánime ***hubiera aprobado la remuneración de los Directores por el monto del Impuesto a las Ganancias devengado*** por los honorarios sin que el punto figurase en el orden del día… Nadie podría objetar tal procedimiento, ni sostener que hubo un quebrantamiento de los deberes de lealtad y diligencia o violación de normas, dijo y agregó que *no difieren en lo sustancial* el caso hipotético y el configurado; sólo en lo formal por el grado de "explicitud" de la decisión respectiva en las Actas que instrumentaron tales Asambleas.- Frente a su hipótesis concluyó en que el resultado hubiera sido el mismo desde el punto de vista económico: si en aquel supuesto no podía haber daño resarcible,

mal podía declararse en el caso, atento que esa circunstancia anulaba la causal de responsabilidad que se trata de determinar.----------

------ También dijo que ha quedado acreditado respecto del ejercicio 1996/1997 -con el Informe de fs. 855 y la copia de fs. 856, a los que remitió- ***que la auditoría del Tribunal de Cuentas fue cerrada sin observaciones, pese a que el pago del Impuesto a las Ganancias tuvo el mismo procedimiento que en los ejercicios siguientes.-*** Arguyó que ***si no existió irregularidad en ese ejercicio, mal podía afirmarse de los posteriores con igual proceder*** y solicitó que el Tribunal de Cuentas así debía declararlo.- --

///--- Explícito -claramente- el reconocimiento aludido.----------

------ II.- Dicho esto he de establecer, que con las diferencias naturales de estrategia y técnica que cada letrado imprime a su causa, los argumentos que R. trae como fundamento de la nulidad pretendida, no son disímiles a los esgrimidos por quienes fueran actores en los casos pronunciados antes.----------

------ Así es que el esencial, lo será la ***incompetencia del Tribunal de Cuentas para someterlo a Juicio de Cuentas y de Responsabilidad*** y formular los cargos que lo afectan.- Resiste las actuaciones de este Órgano por resultar ellas una ***ingerencia en la "supervisión"*** de los actos del B. D. C. S.A.... Sus actuaciones ***"constituyen índices exorbitantes del Estado controlante..."*** Cuestiona el control "***sobre la legitimidad y oportunidad de las decisiones..."*** Fundado en que cuenta el Banco con órganos propios de administración, gobierno y

///

fiscalización… Como SAPEM y como tipo específico de las Sociedades Anónimas, ***está regulado por la Ley 19.550, con total independencia de que una parte de su capital pertenezca al Estado*** (Provincial).--------

------ Así, en la posición del Sr. R., sólo pueden estar sometidos a la Ley de Sociedades Comerciales Nº 19550 las decisiones y resoluciones del Directorio, como órganos de administración y gobierno de una Sociedad Anónima, y de ningún modo a la Ley Nº 4139 Orgánica del Tribunal de Cuentas.----------

------ Consecuentemente, me reiteraré en lo que expuse en las citadas SD N° 11/SCA/08 y 2/SCA/09: "***la pretensión implica oponerse a devolver lo que se dice mal pagado 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 que refieren a imputaciones punitivas".***----------

------ 1.- A partir de ello "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. del 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 FIORINI (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)."----------

------ "VILLEGAS 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 la demanda, relativas al ***quebrantamiento del principio de la personalidad de la pena…*** propio del Derecho Penal.- Y resulta inoficioso que analice si resulta aplicable a los procedimientos administrativos de índole disciplinaria o -también- sancionatoria de policía (al llamado Derecho Penal Administrativo), el que se analiza en el sub-lite es de naturaleza resarcitoria o restitutiva.- Porque "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. del C. S.A. sin causa legítima (art. 53).”----------

------ Ello así, en la medida en que es posible “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.”----------

------ 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 FIORINI, 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 (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."----------

------ Acoto aquí, que la negativa del carácter de estipendiario que

opone R., con fundamento en que no es funcionario público (aspecto al que ya me referí antes) es ociosa en la medida en que -como lo sostuve y sostengo *"los administrados por el Directorio y fiscalizados por los Síndicos del B. del C. SA,* ***son dineros fiscales***."----------

------ Continuando con la glosa: "Miguel MARIENHOFF, quien 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)."----------

///--- Dije en ambos pronunciamientos: "***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. del 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, recordé en los mismos fallos: "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....", N° 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: “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, continuaba "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. del 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.”----------

------ “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 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."----------

------ Decía que "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.”- Planteo similar el de R. en su carácter de Director de la institución crediticia.----------

------ Entonces “estando a los conceptos que he desarrollado antes en este análisis (XII-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. del C., dada por Ley N° 4164 -SAPEM regida por Ley N° 19.550- 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 no es sino reglamentaria de esta manda.----------

------ Y a este punto habré de dejar asentado, que los embates de inconstitucionalidad del actor en contra de la preceptiva en ésta contenida con relación a la cuestión bajo análisis, amén de -como dice la Provincia, ser oscilantes y confusos, resultan insostenibles.- Y lo son simplemente porque tales normas emanan de la Carta Magna, y para fundar la tacha aludida debió comenzar a todo evento, por atacar la misma Constitución, lo que no hace.- A más, debo añadir, que de ninguna manera veo -según lo que vengo de exponer y expondré-

transgresión ninguna en la Ley al texto constitucional provincial, ni tampoco a la Carta Nacional.- Por el contrario, creo e insisto en ello, la materia de control administrativo está reservada por las Provincias y no hay impedimento ninguno para que éstas regulen los controles internos y externos que han de imponerse a las distintas formas de aplicación de los dineros públicos.----------

------ Aclaración mediante, seguiré con la Ley Nº 4139 que -expresaba en los fallos que vengo transcribiendo "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 Tº I-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. del 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. del C. S.A. 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 2003."***----------

------ "Esto determina, en una primera conclusión, que éstos -los aportes- son gastos públicos.- VILLEGAS (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 concluía en ambos fallos 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. del C. S.A.***.- 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".----------

------ V.- Atento lo que vengo de analizar entonces y reiterando lo que ///he votado en las S.D. N° 11/SCA/08 y S.D. N°2/SCA/09 para el caso, son improponibles los argumentos del actor en cuanto funda la incompetencia del Tribunal de Cuentas que sustenta sus acciones, en que el Banco del Chubut S.A. 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."----------

------ "Admito que ocupa bastante a la doctrina el analizar los conflictos que suscita interpretar cuál ese 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 19.550, 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 B. del C.).- 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. del 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."----------

------ “Enrique 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 (Enrique 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 ESEBA S.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 ESEBA 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" (ESEBA 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."----------

------ Advertí en aquellos fallos que vengo citando y lo hago en éste, que comparto algunos aspectos de esta última concepción, pero mas bien adhiero a las tesis composicionales.- Traigo nuevamente al

maestro 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 una vez más estas pautas, en el sublite no encuentro que exista el conflicto de normas que plantea el Sr. R., entre una Ley Nacional y una Ley Provincial -la Ley Nº 19.550 y la 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 supremacía de la primera sobre la segunda, expuesto en la demanda.-*** Cada una rige en su ámbito y el Tribunal de Cuentas aplica ambas y la Ley y el Estatuto del B. del C. S.A., tomando de cada una la que encuentra pertinente.----------

------ Así lo dije en ambos pronunciamientos y añadí: “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. del C. S.A., 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."----------

------ Y agrego -aunque sea sobreabundante- lo que aclaré entonces: "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."----------

------ VI.- Por otra parte, la Provincia sostiene que ninguna norma limita la posibilidad de actuar el juicio de responsabilidad de Ley N° 4139, a la previa acción social de responsabilidad del art. 276 LS o a la declaración del art. 296 LS, máxime ante la independencia de criterio del Tribunal de Cuentas establecida en el art. 18 de de aquélla.- Manifiesta que son diferentes intereses los tutelados: social en la Ley N° 19.550 y público en su Ley orgánica.----------

------ Tampoco resulta sostenible -afirma- *la aprobación de gestión* mediante *la aprobación de los Estados Contables* y no se deduce de ///ésta -remite al art. 72 LS- quedando configurada la responsabilidad con prescindencia de *quitus* al transgredirse el art. 31 del Estatuto del B. del C. S.A., incursionando en la culpa in vigilando vedada por el art.297 LS.----------

///

------ En verdad, no veo que esta defensa esté dirigida a algún planteo del actor -al menos no lo encuentro en forma explícita.- Y así dicho, expone una conjetura: ¿podría el Estado como socio, antes de iniciar el Tribunal de Cuentas un Juicio de Cuentas y/o de Responsabilidad, haber iniciado una acción de responsabilidad - ***que no inició***…? Contra quién?.----------

------ Dije en aquellas Sentencias y vale para ésta frente a planteos también confusos: "la judicatura no está facultada a resolver planteos hipotéticos, sino casos concretos", e itero, no encuentro controvertido en el caso la posibilidad de ejercitar estas acciones por parte del Estado Provincial como socio o de la Sociedad B. del C. S.A..----------

------ A todo evento me limitaré a lo ya dicho en los dos fallos que vengo glosando "los Juicios de Cuentas y de Responsabilidad son procedimientos administrativos, no acciones judiciales, aunque 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, VILLEGAS BASAVILBASSO y FIORINI que así lo consideran).-------- ----------

///--- Asimismo, y con referencia al régimen que, en general, la Ley de Sociedades Nº 19.550 ha estructurado de ejercicio de las acciones de responsabilidad -no específicamente para las SAPEM, decía entonces "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.----------

------ Hice notar, que "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".----------

///--- Recordé palabras del maestro HALPERÍN cuando 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)".----------

------ Resalté en ambos pronunciamientos: "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 el 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... que en otra norma existan otros procedimientos que puedan derivar de los mismos hechos?".----------

------ He de arribar a idéntica conclusión: no encuentro impedimento para que 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.----------

------ VII.- El actor -aunque confusamente planteado- arguye que el Tribunal de Cuentas "suple la voluntad" del accionista Estado

Provincial ***como socio, que ya intervino en la Asamblea, controló y aprobó***.----------

------ No creo que así sea.- Estimo que siendo público el origen de los fondos ningún argumento puede ser traído al juicio que se sustente en la afectación -por el control- de los accionistas.- 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 concientes quienes concurran con sus capitales, como deben estarlo los representantes de la porción accionaria que la Ley ha otorgado al personal de la Sociedad***.--------- ----------

------ Frente a la acérrima oposición de actor 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, nuevamente me reiteraré en lo que ya antes he pronunciado: ----------

------ “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"" -idéntica numeración en este voto.----------

------ "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".- Remití a la relación de causa y lo hago ahora, en iguales puntos y acápites."----------

------ "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. del 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".- Lo repito.----------

///--- 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. del C. SA.----------

------ VIII.- Con referencia a la prescripción, el actor viene a cuestionar el art. 21 de Ley Nº 4139 -sea por dudar de su constitucionalidad en algún párrafo y en otros referirse a la *inaplicabilidad* derechamente la Ley, sin especificar que artículo- que prevé un plazo de 10 años para hacer efectiva la reparación civil de los daños e intereses ocasionados a la hacienda pública.- Aduce que se trata de materia de fondo, no reservada por las Provincias, que corresponde regular al Gobierno Federal.----------

------ Sobre este particular, también me pronuncié en las SD N° 11/SCA/08 y SD N°2/SCA/09 afirmando que esta construcción es ociosa, ya que, en tanto se trata de hacer efectiva responsabilidad administrativa, la prescripción del Código de Comercio es inaplicable, y en todo caso, la 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 en todo caso -por causa de la invocada inconstitucionalidad o inaplicabilidad 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 12.961 que no preveía plazo ninguno), también de 10 años.- Si ambos plazos son coincidentes, al menos en lo que al actor respecta, no veo la razón de la queja que sustenta la pretensión en este orden.-----

///--- IX.- El Sr. R. se agravia además, porque según expone, el Acuerdo opugnado adolece de *falta de fundamentos jurídicos o fácticos*, acusando arbitrariedad y afectando se defensa.----------

------ Sustenta la arbitrariedad en que el Tribunal de Cuentas señala que *"la aprobación de la gestión por los órganos competentes resulta irrelevante frente a la violación de la ley, el reglamento y el estatuto"* y no especifica qué ley, reglamento y/o estatuto considera violado....porque se desestiman cada una de las defensas opuestas limitándose a referenciar un sinnúmero de normas que considera aplicables pero sin fundamentar su supuesta aplicabilidad al caso...porque *no especifica los motivos por los cuales sería procedente una responsabilidad solidaria* de los ex miembros del Directorio.-------

------ A su vez, en la sede administrativa, en su descargo, según quedó expuesto -por él en la demanda- y en mi síntesis -remito al VI.1.3 a) y b), había sostenido la inexistencia de causa legal de la responsabilidad que se procuraba determinar... y la convalidación de la conducta reprochada de lo actuado por el Directorio.----------

///

------ En orden a la responsabilidad de los Directores -dijo- nace cuando *se configura un quebrantamiento del deber de lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios*, conforme el art. 59 LS o *la violación de la ley, el reglamento y el estatuto* remitiendo al art. 274LS.- Se defendió arguyendo que *existía autorización suficiente de la Asamblea para el pago de los honorarios* toda vez que la operación quedó expuesta en los Balances de 1997/1998 y 1998/1999 y como tal fue alcanzada por la aprobación de los estados contables.----------

------ En cuanto a *la convalidación*, la vinculó a la falta de observación *en las auditorías que cerró* el Tribunal de Cuentas, pese a que el pago ///del Impuesto a las Ganancias había tenido el mismo tratamiento que en los ejercicios anteriores, lo cual se contradice con lo expuesto respecto de *los actos propios de ese Tribunal* que había afirmado antes (punto VI.1.2 de mis síntesis) al señalar que si en el pasado ese Órgano nunca antes había examinado acto alguno de las cuentas o de la gestión de cualquier sociedad comercial cuyas acciones o cuotapartes hubieran ingresado al patrimonio del Estado Provincial.----------

------ Como en los casos resueltos por las Sentencias a que vengo refiriendo el actor encuentra una inercia previa en el obrar del Tribunal de Cuentas que durante años -dice- fue ajeno al obrar del Banco, salteando -aduce- la institución misma, y se elige enjuiciar directamente a quienes fueran Directores y Síndicos del B. del C. S.A.

y no de otras sociedades comerciales en la que el Estado Provincial tiene acciones.----------

------ 1.- Esta *falta de antecedentes fácticos, ausencia de fundamentos de hecho en que se apoya el acto* vienen sustentando una suerte de vicio de desviación de poder.- Por ello, tal como lo hice en la anteriores Sentencias, traigo 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)".----------

------ Examinados por ***tercera vez*** 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.----------

------ 2.- Tampoco encuentro vicio de arbitrariedad -que radica en la motivación del acto- ni afectación de la defensa por esta causa endilgada de *falta de fundamentos de derecho y de hecho*.----------

------ Es cierto que la motivación, como elemento esencial del acto administrativo es -lo dije en S.D. N° 7/SCA/06 antes citada, en éstas que gloso 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)".----------

------ "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 S.D. N° 12/SCA/06, en S.D. N° 9/SCA/08 "que las referencias al procedimiento del sumario y antecedentes incorporados 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)".----------

------ "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, la S.D. Nº 4/SCA/01 (in re "Funes"...) de 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)".----------

------ Y a esta luz, no ha de ser distinta mi conclusión de la de la que arribara en los dos fallos precedentes a éste ya citados.- De la lectura del Acuerdo N° 292/06, surge que los extremos aludidos fueron cumplidos.- Para arribar a la cuestionada decisión que determinó la responsabilidad personal y solidaria del actor, en su carácter de Director del B. del 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 del Sr. R., 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.----------

------ 3.- La vinculación con la doctrina de los actos propios (fundamentos dados en la sede administrativa), la encuentra el actor en la inactividad previa a estas actuaciones del Tribunal de Cuentas sobre actos de cuentas o gestiones de cualquier sociedad comercial en que el Estado Provincial tiene acciones... a la par que advierte sobre

la aprobación de otras auditorías de años anteriores en las que se había efectuado del mismo modo el pago del Impuesto a las Ganancias de Directores y Síndicos…Algo así como ¿puede inferir el Tribunal de Cuentas que ahora tiene competencia si jamás inspeccionó a tales sociedades anónimas en las que interviene? Y contradictoriamente arguye -como lo hace notar la Provincia- si auditó antes "pagos" de ///igual tenor y no efectuó observaciones al Banco ¿puede hacerlo ahora?.----------

------ Sobre ello, he de reiterar lo que dije en las dos Sentencias ya dadas:, cuando adherí 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".----------

------ Consideré entonces y lo hago ahora que por la forma en que el actor actuó 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.”----------

------ En síntesis, no veo en el acto atacado, ni en los procedimientos que le precedieron desviación ninguna de la finalidad, ni la ausencia de fundamentos fácticos o jurídicos en que se sustentan, ni actos propios del Tribunal de Cuentas que le sean oponibles a la intervención en el caso.----------

///

------ X.- A mayor abundamiento, tampoco encuentro *vicios de forma* en el procedimiento administrativo seguido y en el acto impugnado si en esto radica su ***afectación del derecho de defensa***.- He de reiterar lo que manifesté en el mismo fallo que sigo:----------

------ "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"-ídem en esta litis."----------

------- "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."----------

///

------ Recordé también 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)” (CNFCA Sala V, en “Sosa, Mirta E…”, del 04/06/1997; IMP 1997-B, 2076 - DJ 1997-3, 183 –LL online)”.- No existiendo perjuicio ninguno desecharé el planteo.----------

------ Mi conclusión no puede ser otra que el rechazo de la pretensión de nulidad del Acuerdo N°292/06.- Efectuaré esta sola aclaración: las sumas reclamadas al Sr. R. por el Acuerdo N° 292/06 deberán ser abonadas al B. del C. SA, pues de sus utilidades, que debieron destinarse al objeto estatutario, fueron indebidamente retraídas.----------

///--- XI.- Resta acotar, que la pretensión subsidiaria del actor de nulidad del Acuerdo N° 514/06 que desestima un Recurso de Revisión planteado en el ámbito administrativo, no puede prosperar.----------

------ Primero, porque como se dijo en Sentencias Interlocutorias N° 60 y 61/SCA/96, “el control judicial de los actos de la Administración

Pública, es -en el sistema instaurado por nuestro derecho para la protección de los derechos subjetivos de los administrados, ***final***. "El Estado de Derecho engendra e implica como necesidad lógica la "existencia de órganos contralores", y de la evolución de éstos surge la justicia administrativa, como el más alto exponente del contralor de juridicidad, para hacer efectiva la sujeción de la administración al principio de legalidad". La administración debe sujetarse al derecho y a la justicia, y "la forma de hacer realizable esa justicia comprende una gradualidad ascendente, que comienza con el autocontrol administrativo y concluye con el control jurisdiccional". "Quienes juzgan en último término la adecuación de cada acto a los principios y normas del ordenamiento jurídico, son los jueces y tribunales" (DROMI - Derecho Subjetivo y Responsabilidad Pública - Ed. Grouz -1986- págs. 96 y 118). Ello, en tanto no compete a los jueces sustituir al poder administrador en el ejercicio de sus competencias, en orden al elemental principio republicano de la separación de los poderes.---------

------ Es evidente que si el Sr. R. ha traído a esta sede judicial el Acuerdo N° 292/06 para su control final, no puede pretender al mismo tiempo la declaración de la nulidad un Acuerdo para que regresen las actuaciones para ser "revisadas" en sede administrativa….- Así cualquiera fuere el resultado del fallo.----------

---

///--- Y a más, se impone la aplicación del ***principio de subsanación***, pues este proceso aventa cualquier alteración del derecho de defensa

que queda asegurada en la instancia judicial (SD N°31/SCA/04, mi voto).- ----------

------ Por todos estos motivos por los cuales me pronuncio, he de votar por el rechazo de la presente acción en todas sus partes.----------

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

------ En S.D. N° 11/SCA/08 y, recientemente, en S.D. N°2/SCA/09 voté a favor de la pretensión que impetraron sus actores, propiciando la declaración de nulidad del Acuerdo N° 292/06 dictado por el Tribunal de Cuentas de la Provincia, que también se ataca en éste.----------

------ Analizados los argumentos de las partes actora y demandada, no puedo más que reiterar la opinión que diera en aquellas Sentencias, en las que dije: ----------

------ 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 2008, pág. 357- de la conferencia que dictara en las XXXIII Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo de Mendoza del año 2007)."----------

------ "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 B. de la P. del C., 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. del C. S.A. 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. del C, S.A., 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 desempe1ñaron 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.- En el sublite, 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, al igual que en el fallo que vengo refiriendo.---

------ Sus argumentos son por cierto contundentes –como dije entonces- y me impulsaron a un análisis más que exhaustivo de esta controvertida cuestión.- Así lo expresaba: "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 este 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 BARRAZA - Fabiana Haydeé SCHAFRIK- 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.- BARRAZA y SCHAFRIK 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. del C. S.A., 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."----------

------ "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° 19.550), como lo es el B. del C., 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 B.O. 28/10/57, ///que reglamenta varios capítulos del Dto. Ley N° 23.354/56 – 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 HIDRONOR SA, que sigue -dice- el ejemplo de SEGBA, la considerará una "empresa pública" (estimo, en un sentido lato), sujeta a esta Ley Nº 17.318.- 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 21.801 a Sindicatura General de Empresas Públicas y hoy, a la Sindicatura

General (control interno) y Auditoría General de la Nación (control externo)– Ley Nº 24.156 -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° 19.550.”----------

---

///--- “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 2.----------

------ "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 2.----------

------ "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…”----------

///

------ "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° 19.550 – 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 19.550, 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. del 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° 19.550.- 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 19.550, *"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 (B.O. 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. del C. S.A, 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 19.550".----------

------ "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. del 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 hacerlas 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, Tº 3, 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. Tº 3, 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. del 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".----------

------ Aplicando este análisis y conclusión al sub-lite, votaré por admitir la acción.----------

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

------ Es la segunda oportunidad en que me toca votar, para discernir la validez del Acuerdo N° 292/06 emitido por el Tribunal de Cuentas

de la Provincia y las actuaciones que lo precedieron.----------

------ I.- Como en la primera, 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. del 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.--------

------ En el sublite el actor, que cumplió en el Banco la función de Director, acude a esta jurisdicción atacando de nulidad aquel Acuerdo, con basamento, fundamentalmente, en la incompetencia del Tribunal de Cuentas para ejercer la fiscalización, someterlo a estos procedimientos y exigirle 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 sostiene 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 enarbola el actor, y no difieren de los que analicé en S.D. N°11/SCA/08, afincando la incompetencia que apoya su pretensión principal, 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, como ocurrió en el fallo a que aludo al principiar mi voto.----------

------ Me toca así una vez más la grave responsabilidad de dar el juicio definitivo, y dada la identidad de objeto entre la presente, y la ya /// resuelta por S.D. N° 11/SCA/08, me reiteraré en aquel pronunciamiento:----------

------ 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 el Sr. R., y el que el autor citado considera como vicio de mayor gravedad.----------

------ Cité a Ismael MATA en el mismo fallo, cuando dice "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)".----------

///--- "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).----------

------ Con palabras del maestro FIORINI, sostuve "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".----------

------ Recurrí a la doctrina de los maestros GARCÍA y TREVIJANO FOS, cuando 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 19.550 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 nuevamente en esta instancia, la siguiente reflexión de GARCÍA TEVIJANO FOS –que tomo de mi voto en el fallo que vengo glosando- 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. "PAMPETROL S.A.P.E.M.", 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"***.----------

------ Cité a DROMI en la misma obra, publicada en 1977- cuando 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”.----------

------ Decía en el mismo pronunciamiento y lo reitero: “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 B. de la P del C..- 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 además "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".--

------ Traje las palabras del Diputado Fernández Vecino, quien 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".----------

------ Quien 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 19.550; 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. S.) y externamente (por Estudio S. y M.) 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".----------
----

------ Encontré en aquel pronunciamiento "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.- Dije que "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".----------

------ Remití –lo reitero- a la S.D. Nº 31/SRE/00, cuando voté a favor de considerar la posibilidad de tratar un Recurso de Apelación Ordinaria en autos en los que fue parte el B. del C. SA decía que *"de acuerdo a la Ley Provincial Nº 4164, se transformó la personalidad jurídica del B. de la P. del C., 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. del 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".----------

------ Reflexioné " Se ve entonces que esta admisión de interés indirecto del Estado Provincial, no modifica la conclusión a la que

///

antes he arribado".----------

--

------ VII.- Abundaba afirmando "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. del C.".----------

------ "El Directorio del B. del 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 19.550".- Lo reitero.----------

------ VIII.- Por las razones anotadas no puedo más que nuevamente concluir que 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 al Sr. R., acogiendo favorablemente su pretensión principal.------

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

------ Según voté la primera propongo: 1) Rechazar la demanda intentada por el Sr. A. O. R.contra la Provincia del Chubut.- 2) Costas a la actora (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 al 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. J. M.
/// F. DE L. C., P. J. F. T. y L. F. M., en forma conjunta, por la representación del actor, en el 4% (50% del 8%) aplicado sobre las sumas a cuyo pago fue conminado éste (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 el Sr. A. O. R. contra la Provincia del Chubut, DECLARANDO LA NULIDAD del Acuerdo N° 292/06 del Tribunal de Cuentas de la Provincia.-2) Costas a la demandada (art. 68 CPCC).-3) Considerando que la cuestión se declaró de puro derecho, y medió dúplica, regular los honorarios de los Dres. J. M. F. DE L. C., P. J. F. T. y L. F. M., en forma conjunta, por la representación del actor, en el 12% aplicado sobre las sumas a cuyo pago fue conminado éste por el Acuerdo declarado nulo (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** la demanda intentada por el Sr. A. O. R. contra la Provincia del Chubut, DECLARANDO LA NULIDAD del Acuerdo N° 292/06 del Tribunal de Cuentas de la Provincia.- ----------

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

------ 3º) **REGULAR** los honorarios de los Dres. J. M. F. DE L. C., P. J. F. T. y L. F. M., en forma conjunta, por la representación del actor, en el 12% aplicado sobre las sumas a cuyo pago fue conminado el actor por el Acuerdo declarado nulo (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. Fernando S.L. Royer, Daniel Luis Caneo y José Luis Pasutti.
Recibida y Registrada en Secretaría el 13/04/09 Bajo el N° 03/SCA/09

///