REGISTRADO BAJO EL Nº: 2091

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

"2010 – AÑO DEL BICENTENARIO DE LA REVOLUCION DE MAYO"

En la ciudad de Ushuaia, capital de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, siendo las 12:30 horas del día 24 de Septiembre de 2010, se reúnen los Miembros del Tribunal de Cuentas, a fin de dar tratamiento plenario el **Expediente del Registro de este Tribunal de Cuentas caratulado "T.C.P S.P Nº 116 del año 2010 "S/MULTA AL SUBSRIO. OBRAS PÚBLICAS ARQ. JORGE MARCELO COFRECES Y AL SRIO. DE FINANZAS CPN GUSTAVO ZAMORA- RES PLENARIA Nº 115/2010"** y el expediente del Registro de la Municipalidad de Ushuaia caratulado "OP Nº 913 año 2009 "PAGO DE FACTURA A LA COOP. MAGUI-MAR, POR TRABAJOS DE CONTROL Y REGISTRO DE TRANSPORTE DE CARGA EN LA ZONA DEL AUTODROMO MUNICIPAL MES OCTUBRE/2008"----------

En primer término fueron analizadas las actuaciones por el **Sr. Vocal Contador en ejercicio de la Presidencia, C.P.N. Luis A. CABALLERO**, emitiendo el voto que a continuación se transcribe: "...Viene a este Vocal Contador a cargo de la Presidencia, el expediente del Registro de este Tribunal de Cuentas caratulado "T.C.P S.P Nº 116 del año 2010 **"S/MULTA AL SUBSRIO. OBRAS PÚBLICAS ARQ. JORGE MARCELO COFRECES Y AL SRIO. DE FINANZAS CPN GUSTAVO ZAMORA- RES PLENARIA Nº 115/2010"** y el expediente del Registro de la Municipalidad de Ushuaia caratulado "OP Nº 913 año 2009 "PAGO DE FACTURA A LA COOP. MAGUI-MAR, POR TRABAJOS DE CONTROL Y REGISTRO DE TRANSPORTE DE CARGA EN LA ZONA DEL AUTODROMO MUNICIPAL MES OCTUBRE/2008" a fines de emitir mi voto en relación al recurso de Reconsideración presentado por el CP. Gustavo Oscar ZAMORA y el Arq. Jorge Marcelo COFRECES, ambos con el patrocinio Letrado del Dr. Ruben REGALADO contra las Resoluciones Plenarias Nº 115/2010 y Nº 157/2010.--------

Plantean la nulidad de las Resoluciones referidas argumentando la violación del debido proceso por cuanto se dispuso de la aplicación de las multas sin derecho a ser oído.----------

Luego de efectuar una reseña del expediente, se quejan básicamente porque consideran que no se ha efectuado un análisis de los descargos presentados por los recurrentes y su ponderación, en consecuencia -sostienen- se ha violentado la garantía de defensa, citan doctrina y jurisprudencia que consideran aplicable.------

Así mismo se quejan al considerar que el Tribunal de Cuentas, ha violentado las normas de procedimiento internas de control posterior, (plan anual TCP período 2008-2009) del Acuerdo Plenario Nº 1753, el que indica que el control posterior se efectuará a no más de 30 días de efectuados los pagos, y que los descargos realizados serán evaluados por el Auditor Fiscal quien, en base a los nuevo

elementos de juicio, resolverá sobre el levantamiento o mantenimiento: informando al Vocal de Auditoría, por conducto del Secretario Contable, la existencia de presunto perjuicio fiscal o bien de los extremos que hacen presumir la aplicabilidad de sanciones.----------

Sostienen, en su *particular visión*, que en el caso se ha excedido el plazo de 30 días, como también no se ha cumplido con la evaluación del Auditor Fiscal de los nuevos elementos de juicio aportados por los funcionarios municipales, por lo que consideran, que no debió ser remitido el expediente al Plenario de Miembros para evaluar la aplicación de sanciones, sino que debían ser devueltas a la Auditora Fiscal para que le diera oportunidad de ser oídas y se efectuara un análisis y ponderación de los elementos aportados por los funcionarios Municipales.---------

Señalan que existe una conducta contradictoria del Tribunal de Cuentas, indicando que en el marco de 23 expedientes del registro de la Municipalidad se emite la Resolución Plenaria Nº 270/09.----------

En ella, y luego de describir diversas irregularidades observadas, llevadas a cabo por la gestión anterior, se expresa "efectuar una advertencia al actual Intendente de la Municipalidad de Ushuaia a fin que no se reiteren las irregularidades detectadas en las futuras contrataciones de la Municipalidad bajo apercibimiento de sanción".----------

Sostienen, que no se comprende como tiempo después de ello, los integrantes del Tribunal de Cuentas que advirtieron e hicieron saber que no debía incurriese en las mismas irregularidades en las actuaciones del año 2007, hayan dispuesto la aplicación de multa por los hechos anteriores al 17 de diciembre de 2009.---------

En otro acápite, plantean la prescripción para el ejercicio de las acciones que al Tribunal de Cuentas le otorga la Ley 50, puntualizando que el cómputo del plazo establecido de un año se realiza a partir de cometido el hecho que causo el daño o producido éste si fuere posterior.----------

Formula en su petición, se declare la nulidad absoluta e insanable de las Resoluciones Plenarias Nº 115/2010 y 157/2010 y de todos los actos dictados en su consecuencia y subsidiariamente se declara la prescripción de conformidad con el art. 75 de la Ley Nº 50.----------

Remitidas las actuaciones a la Secretaria Legal del Tribunal de Cuentas, se emite el Informe Legal Nº 245/2010, del 26 de Julio de 2010, el que es compartido por el suscripto en forma general, no así algunas conclusiones que oportunamente analizare puntualmente.----------

Dicho informe es compartido por el Prosecretario Legal a/c de la Secretaría Legal acompañando un proyecto de resolución que considera, sería del caso dictar.-------

Mi opinión.----------

En primer término, quiero resaltar en al momento de analizar los expedientes administrativos, compartí no solo las actas de constatación de Control Posterior que en forma individual y para cada expediente formuló la Auditora Fiscal C.P.N María Fernanda COELHO, el Informe del Auditor Fiscal CPN Rafael CHOREN, el Informe del Secretario Contable y sino que también compartí el Informe Legal Nº 69/10 emitido por el Dr. MARCHESE, el cual aconsejaba la aplicación de sanciones a los funcionarios involucrados de las presentes actuaciones.----------

Analizado el recurso formulado y el Informe Legal, no encuentro ningún asidero en la nulidad planteada por los recurrentes por la supuesta afectación del derecho de defensa, toda vez que son afirmaciones dogmáticas sin sustento en las constancias del expediente, o prueba alguna que lo avale.----------

Así, a poco de andar, se observa en las actuaciones, que una vez emitida el Acta de Constatación de Control Posterior Nº 105/09, la Auditora Fiscal le corrió traslado a las autoridades Municipales para que en un plazo de diez (10) días remitan las respuestas que corresponda al Área de Control sobre las observaciones formuladas.----------

Como consecuencia de ello, el expediente administrativo es remitido a fin de dar respuesta al acta de constatación, agregándose la Nota Nº 021/09 y el Informe N 225/2009, las que no solamente fueron evaluadas al momento de ponderar la aplicación de sanciones, sino que la mismas fueron tenidas en cuenta por el Auditor Fiscal C.P. CHOREN al emitir el Informe Nº 90, indicando que se ha justificado con los descargos, la necesidad de realizar dichas tareas, como así también pareciera haberse justificado la real prestación del servicio, recomendando la aplicación de sanciones.----------

A pesar de ello, **NO** pudieron justificar ni probar en ninguno de los descargos o respuestas, que los graves incumplimientos normativos detectados y que fueron analizados en la Resolución Plenaria que se impugna no existían, o cual era la errónea interpretación realizada sobre la normativa incumplida, que fuera motivo de las sanciones impuestas.----------

No obstante ello este Tribunal al aplicar las sanciones evaluó los descargos formulados, y la documental aportada por los funcionarios.----------

Así no se vislumbra falta de fundamentación suficiente o afectación del derecho de defensa en el dictado de la Resolución Plenaria, como alegan vanamente los recurrentes, sino antes bien, un muy poco apego por parte de los funcionarios sancionados a los normas de procedimiento en materia de contratación pública.---

Tampoco surge de los recursos en análisis, algún elemento probatorio nuevo, o una argumentación fáctica y jurídica, que intente mínimamente justificar que no existió el grave apartamiento normativo endilgado a los funcionarios.----------

Es claro, que no es procedente la nulidad por la nulidad misma, por ello al no existir ningún tipo de prueba que modifique el criterio sostenido en la Resolución Plenaria impugnada, los débiles fundamentos expuestos en los Recursos de Reconsideración, no conmueven al suscripto.----------

Por su parte, no se entiende cómo se pudo afectar el derecho de defensa de recurrente, cuando el expediente estuvo **seis (6) meses** en el ámbito Municipal, para que los responsables de la tramitación administrativa formulen los descargos a las observaciones efectuadas en el Acta de Constatación.----------

En este sentido, no se puede imputar responsabilidad a este Tribunal por la supuesta afectación del derecho de defensa, por el hecho que algún funcionario que intervino en las actuaciones administrativas no haya formulado el descargo o lo haya hecho en forma deficiente, pues dicha circunstancia es solo imputable a los funcionarios responsables de la Municipalidad.----------

En este sentido, es claro, que si el expediente estuvo **SEIS (6) MESES** en poder de la Municipalidad para que los responsables puedan formular sus descargos, y no lo hicieron, o lo fue en forma deficiente, esa circunstancia no es imputable a este Órgano de Control, sino a sus propios actos, por lo que no corresponde a mi criterio, hacer lugar a la nulidad pretendida al no existir ninguna vulneración al derecho de defensa alegado por los recurrentes.----------

Por su parte, surge de las actuaciones que una vez confeccionada el Acta de Constatación Control Posterior por la Auditora Fiscal María Fernanda COELHO, luego de seis (6) meses que fue devuelto el expediente con los descargos formulados, los mismos fueron analizados por el Auditor Fiscal Rafael CHOREN, recomendado la aplicación de sanciones, y luego de pasar por la Secretaría Contable y Legal, el Cuerpo Plenario de Miembros se abocó a su tratamiento.-------

Por lo expuesto, no ha existido ningún apartamiento al procedimiento de control posterior, compartiendo en este aspecto, las consideraciones vertidas en el Informe Legal Nº 245/2010.----------

En cuanto a la supuesta conducta contradictoria planteada por los recurrentes, en tanto mediante Resolución Plenaria Nº 270/09, del 19 de diciembre de 2009, se formuló advertencias para que en futuras contrataciones se lleven de acuerdo con la normativa vigente.----------

Cabe resaltar que en dicho expediente no se aplicaron sanciones en virtud de lo normado por el art. 75 de la Ley Nº 50 y que dicha advertencia, no se encontraba dirigida a convalidar, o salvar las graves irregularidades que fueron observadas en las contrataciones llevadas adelante por parte del Municipio en su actual gestión, como tampoco tuvieron sustento en el incumplimiento a la Resolución Plenaria Nº 270/09.----------

En este sentido, es inexcusable que se intente convalidar el ilegitimo actuar de los funcionarios con practicas contrarias a la ley, y pretender escudarse sobre la advertencia formulada en un único expediente, cuya resolución fue emitida, antes que se pudieran observar las irregularidades que estaban siendo llevadas a cabo en forma sistemática por las máximas autoridades del Municipio local en otras actuaciones.----------

En conclusión, que este Tribunal de Cuentas mediante Resolución Plenaria Nº 270/09 le haya advertido al Sr. Intendente Municipal **Federico SCIURANO,** que debía respetar las normas sobre contratación pública, no transforma a los actos anteriores y contrarios a derecho, en legales y en legitimo algo que no lo fue.-------

No cabe ninguna duda, que la advertencia formulada, no priva a este Tribunal de Cuentas de las facultades que le son propias y de la aplicación de sanciones cuando, como en el caso, se observa que se lleva adelante en forma sistemática y como práctica administrativa habitual, diversas y variadas contrataciones en violación de las normas vigentes, por lo que dichos actos merecen el reproche y la consecuente sanción, debiendo asumir los funcionarios la responsabilidad de sus acciones.----------

En consecuencia con lo expuesto, no encuentro una conducta contradictoria, pues los incumplimientos normativos a la contratación pública, fueron llevados adelante en forma casi sistemática y con anterioridad a las advertencias formuladas, es decir que no hay relación o nexo entre las advertencias y las sanciones aplicadas a los funcionarios, toda vez que la conducta llevada adelante y por la que fueron sancionados los funcionarios, lo fue en forma autónoma a la advertencia dirigida al Sr. Intendente.----------

Por su parte no puedo dejar de advertir, que era obligación del Secretario de Hacienda y Finanzas de la Municipalidad de Ushuaia, como funcionario que en última instancia habilita el pago de las facturas presentadas por la Cooperativa Magi Mar, quien debió, por lo menos, advertir a las distintas áreas, pares y superiores, de las graves irregularidades administrativas que presentaban las actuaciones antes de continuar con el trámite para la cancelación de las facturas, máxime que, como en el caso, no existía un dictamen jurídico que avalara la legalidad de la forma en la tramitación llevada adelante.----------

Dicha obligación le era impuesta al Señor Secretario de Hacienda y Finanzas de la Municipalidad de Ushuaia, C. P. Gustavo ZAMORA, no solo por ostentar una profesión que le otorga conocimientos especificos y especiales (Contador), sino que se ha desempeñado durante muchos años como personal permanente de este Tribunal de Cuentas, con el cargo de Auditor Fiscal por lo que posee un conocimiento especifico en la materia.----------

Así el quejoso, C.P Gustavo ZAMORA no puede alegar desconocimiento de los requisitos mínimos y necesarios establecidos en la normativa vigente para llevar adelante la contratación en la administración pública, y menos aún, su propia torpeza, para eximirse de su responsabilidad por las graves irregularidades administrativas detectadas en los expedientes por los que ha sido sancionado.----

Así el Código Civil en el Artículo 902 dice: ***"Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos".***----------

Por lo expuesto, considero que no ha existido una conducta contradictoria de los Miembros del Tribunal de Cuentas al emitir la Resolución Plenaria que se recurre.----------

En relación a la prescripción planteada en el recurso, éste Vocal ya se ha pronunciado en diversas oportunidades en cuanto al alcance y plazo de computo del art. 75 de la Ley N° 50, por lo que desde ya adelantaré mi postura a rechazar el planteo formulado.----------

Al tomar conocimiento de las irregularidades cuando el expediente es remitido al Tribunal de Cuentas para el control posterior, surge allí la toma de conocimiento del hecho por parte de este organismo de control, por ello no se puede imputar inacción, desinterés y abandono del derecho, pues de lo contrario el Tribunal de Cuentas quedaría sometido a la voluntad de la administración, quien de remitir el expediente luego de transcurrido un año, neutralizaría toda posible acción de reparación patrimonial que pudiera ser llevada adelante contra los agentes responsables.----------

Es claro, que en el ejercicio del control previo que lleva este organismo de conformidad con la Resolución Plenaria 01/01 se realiza en forma previa al pago, por lo que en algunos casos resulta casi concomitante el hecho generador del daño con la toma de conocimiento, por ello es que en general la acción de daños no escapa a la regla general en materia de prescripción, pero difiere el momento para el cómputo del inicio del plazo de prescripción, cuando el control del gasto se efectúa en forma posterior al pago, pues es allí donde se toma conocimiento de las actuaciones y del eventual daño, por lo cual ese es el punto de partida para el computo de la prescripción.----------

La doctrina indica: " La acción de daños y perjuicios, en principio, no escapa a la regla de que la prescripción comienza a correr desde la fecha en que se produce el daño[1], que en casi todos los casos es la misma que la del hecho ilícito[2]----------

1 Ha dicho la Corte Suprema que "Se cae necesariamente en el absurdo cuando se considera prescripto el reclamo de los daños y perjuicios antes de que éstos se hubiesen producido" 2/4/1991, "Guastavino, Diana Estela v. Nación Argentina (Poder Ejecutivo Nacional- Ministerio del Interior), Fallos 314:907.

2 Moisset de Espanés, Luis, Prescripción cit., p. 399. (Tratado de la Prescripción Liberatoria Edgardo Lopez Herrera

El daño actúa en este caso como título de la obligación (art. 3956, C. Civil) en el sentido de que el padecimiento del daño, sea contemporáneo o posterior, hace nacer una obligación civil de reparar el daño. La Corte Suprema de Justicia ha resumido el principio diciendo que: "...el punto de partida de la prescripción debe ubicarse en el momento a partir del cual la responsabilidad existe y ha nacido la consiguiente acción para hacerla valer o, en otros términos, desde que la acción quedo expedita...".----------

Sin embargo, también el máximo tribunal de nuestro pais ha decidido que, excepcionalmente, puede determinarse un momento diferente, ya sea porque el daño aparece después, o bien porque no puede ser apropiadamente apreciado hasta el cese de una conducta ilícita continuada.[3]----------

"...El principio, de apariencia clara y no problemática, es que la prescripción de la acción de daños comienza a partir de la medianoche del mismo día del hecho generador porque lo que acostumbra suceder es que se originan en un mismo momento.----------

Pero cuando el hecho ilícito produce sus efectos dañosos en un momento posterior, el plazo inicial se fija en el momento del acaecimiento, aparición o concreción del daño, y en algunos supuestos de excepción incluso en el momento posterior a su producción como puede ser el momento de conocimiento del daño o de su causa, o cuando existan comportamientos del dañador que constituyan nuevas etapas del daño.----------

El conocimiento que se requiere no es una noticia rigurosa sino una razonable posibilidad de información...".----------

"...La doctrina nacional es pacifica en hacer arrancar excepcionalmente la prescripción desde la fecha del conocimiento del daño salvo que el desconocimiento provenga de una negligencia culpable, porque es recién desde ese momento que el dañado puede actuar...."[4] ----------

En este sentido refuerza lo dicho por la jurisprudencia local que tiene dicho: *"...Respecto al agravio que versa sobre la errónea aplicación del artículo 4037 del Código Civil, debo destacar que lo resuelto en la instancia de grado sobre el cálculo de los intereses desde el momento de la celebración del respectivo contrato condice con razonables pautas aplicables en pos de la determinación del perjuicio.*----------

Dicho elemento no puede ser confundido con la determinación del momento a partir del cual debe computarse el plazo de prescripción, el cual debe correr desde que el efecto dañoso tuvo lugar, sin desmembrarlo en relación a cada rubro

3 Corte Sup., 31/8/1999, "Tarnopolsky, Daniel v. Estado nacional" JA 2000-III-680 (Tratado de la Prescripción Liberatoria T I Edgardo Lopez Herrera pag. 139.)

4 Tratado de la Prescripción Liberatoria T I Edgardo Lopez Herrera pag. 141

indemnizable.----------

En el presente caso, cobra relevancia el concepto conforme al cual debe partirse de la premisa del conocimiento cabal del daño por parte de la víctima como punto de partida del plazo de prescripción.----------

Tal extremo, ha sido corroborado por el máximo Tribunal Federal:----------

Si bien en los casos de responsabilidad extracontractual el plazo de prescripción del art. 4037 del Cód. Civil (Adla, XXVIII-B, 1799), se computa, en principio, desde la producción del hecho generador del reclamo, su vencimiento está subordinado al conocimiento por parte del acreedor de ese hecho y del daño proveniente de él, conocimiento que debe ser real y efectivo.(Corte Suprema de Justicia de la Nación 16/12/1986? Etcheverry, Luisa M. y otros c. Provincia de Buenos Aires y otros? LA LEY 1987-B, 255 - DJ 987-2, 224 (Publicado en la página web de la Editorial. La Ley).----------

La jurisprudencia de otros estrados, ha seguido dicha posición:----------

Si la víctima ignora la producción de los daños, sin que la ignorancia sea imputable, el plazo de prescripción de la acción de dos años del art. 4037 del Cód. Civil comienza a correr a partir del conocimiento de los mismos. (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I? 25/08/1998. Ramírez, Elfo c. Municipalidad de Buenos Aires. LA LEY, 1999C, 40 DJ, 199921210 - RCyS 1999, 892). Publicado en la web de Editorial. La Ley.----------

El plazo de prescripción comienza a correr desde el hecho ilícito, salvo ciertos supuestos de desconocimiento. Si luego se produjeron otros daños que agravaron los inicialmente producidos como consecuencia del hecho ilícito, esto no determina que respecto de cada daño haya un plazo de prescripción distinto, ni tampoco determina que recién tras la producción del último daño comience a correr el plazo de prescripción. (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F 30/04/1987 Néspola, Guillermo c. Novak, S. R. L. Leopoldo y otros LA LEY 1988-D, 105, con nota de Jorge Mosset Iturraspe - DJ 1989-1, 283). Publicado en página web de Editorial La Ley. ***"Marcolini, Norberto Abel c/ Volkswagen Argentina S.A. s/ Daños y Perjuicios"*** *Secretaría de Recursos, Superior Tribunal de Justicia Provincia de Tierra del Fuego, Causa: 00829/05 Fecha: 05 de Diciembre de 2005.*----------

En definitiva, el expediente fue remitido al Tribunal de Cuentas para el control posterior al pago con fecha del 12 de mayo de 2009 y una vez efectuado el pago.----------

El Auditor Fiscal con fecha del 8 de julio de 2009 emite el Acta de Constatación Nº 105/09 en la que indica las diferentes irregularidades observadas, es decir que recién allí el Tribunal toma conocimiento, momento en el que comienza a correr el

plazo de prescripción.----------

Por último debo recordar que este organismo de Control, al momento de aplicar las sanciones por los apartamientos normativos, los Vocales toman en consideración los hechos de cada actuación en particular y general, como así también la gravedad de la mismas.----------

En este sentido, cabe recordar a titulo ilustrativo, la multa que fue aplicada mediante Resolución del Tribunal de Cuentas Nº 281/05 VL, en el expediente caratulado "IRREGULARIDADES OBRA MUNICIPAL USHUAIA, (CARGA ROCA)" (II cuerpos) y su agregado el Expediente S.C Nº 137/02 del registro del Tribunal de Cuentas; caratulado "OBRA: CARGA TRANSPORTE Y DESCARGA 35.800 M3 ROCA-MUN USHUAIA".----------

En dicha ocasión, si bien fue declarado libre de Responsabilidad Administrativa, se le aplicó al entonces Secretario de Obras y Servicios Públicos Ing. Mariano POMBO, en una sola Resolución de Vocalía Legal, tres (3) multas equivalentes al 5% de su remuneración cada una, y tres (3) multas del 10% de su remuneración cada una, por los apartamientos normativos en los tres expedientes de la obra analizados, los que eran casi similares entre si.----------

Es decir, que no se aplico una única multa del 10% como pretende el recurrente, sino que en una sola Resolución, por los incumplimientos normativos analizados en tres expedientes, le fueron aplicadas sanciones individuales la que totalizaron en un 45% de la remuneración, las que siendo razonables y proporcionales a las infracciones cometidas, su evaluación surgió de un criterio de oportunidad, mérito y conveniencia de este Órgano de Control.----------

Por lo expuesto voto por rechazar en todos sus términos los recursos de Reconsideración interpuestos por el Arq. Jorge Marcelo COFRECES y el C.P. Gustavo Oscar ZAMORA, destacando que los funcionarios públicos tienen inserto al asumir en sus cargos la responsabilidad y la obligación de someterse a rendir cuentas de su gestión, y la importancia del control de las finanzas púbicas se encuentra en los principios de la democracia, la que exige el control y la transparencia de la utilización de los fondos públicos.----------

"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". SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, RAWSON, CHUBUT - Sala CIVIL (Daniel Luis Caneo Fernando S.L. Royer José Luis Pasutti) - P. E.C. y Otros c/ Provincia del Chubut s/ Demanda Contencioso Administrativa - SENTENCIA del 17 de Diciembre de 2008.----------

Por ello, no encuentra cabida la queja formulada, en cuanto que se lo estaría *"sometiendo injustificadamente al suscripto al descrédito de su actuación llegando incluso al supuesto de generar consecuencias perjudiciales no solo en lo patrimonial sino también políticas, ocasionando un grave perjuicio no sólo al buen nombre y honor de mi persona sino a la investidura del cargo que ocupo".*----------

Por último, como ya adelanté, si bien comparto en lo sustancial el Informe Legal Nº 245/10, no estoy de acuerdo con las conclusiones a las que arriba, toda vez que la aplicación de sanciones y su graduación es resorte del Cuerpo Plenario de Miembros, conforme lo estatuye el art. 4 inc h de la Ley Nº 50.----------

En consecuencia, el dictamen legal no puede ***abarcar las cuestiones de oportunidad, mérito y conveniencia,*** debiendo recomendar a la Secretaría Legal que al momento de intervenir en los expedientes, limite su actuación a lo estrictamente jurídico.----------

"No existe óbice jurídico para el dictado del proyecto de resolución por el cual se rechaza el recurso de alzada interpuesto por una empresa contra una resolución del Comité Federal de Radiodifusión mediante la que se le aplicó una multa por haber difundido la promoción de un programa en infracción a la reglamentación de la Ley Nº 22.285 aprobada por el Decreto Nº 286/81; toda vez que no se advierte que la autoridad administrativa competente haya procedido en forma arbitraria o ilegal o haya incurrido en desviación de poder.----------

*El cometido de la Procuración del Tesoro de la Nación **es estrictamente jurídico y no abarca las cuestiones de oportunidad, mérito y conveniencia** (v. Dictámenes 169:463; 201;090; 21:255). **De lo contrario, ese Organismo asesor estaría sustituyendo la función de la autoridad de aplicación, lo que no es admisible,** salvo que exista un claro apartamiento de la ley o una notoria arbitrariedad en su aplicación, aspecto éste que sí podría ser considerado de índole jurídica."* (Dictamen 000253, partes ARTEAR S.A. 23 de junio de 2004).-----

Por lo expuesto se debería dictar el acto administrativo que disponga:----------

RECHAZAR en todos sus términos el Recurso de Reconsideración interpuesto por el Arq. Jorge Marcelo COFRECES y el C.P Gustavo Oscar ZAMORA, contra la Resolución Plenaria TCP Nº 115/2010 y 157/2010, que le impuso una multa por

los apartamientos normativos constatados en las presentes actuaciones.----------

NOTIFICAR a los recurrentes en el domicilio constituido con copia del Acuerdo Plenario, haciéndoles saber que se ha agotado la vía administrativa y que podrán interponer las acciones establecidas en la Ley Nº 133.----------

NOTIFICAR el Acuerdo Plenario a la Secretaría Legal a los efectos del registro de sanciones y multas y a la Dra. Griselda LISAK a los efectos de tomar conocimiento de la recomendación formulada.----------

NOTIFICAR a la Secretaria Contable y por su intermedio a los Auditores Fiscales intervinientes.----------

Es mi voto".----------

A continuación toma la palabra el **Sr. Vocal Abogado, Dr. Miguel Longhitano** señalando: "...Viene a este Vocal Abogado el **Expediente del Registro de este Tribunal de Cuentas caratulado "T.C.P S.P Nº 116 del año 2010 "S/MULTA AL SUBSRIO. OBRAS PÚBLICAS ARQ. JORGE MARCELO COFRECES Y AL SRIO. DE FINANZAS CPN GUSTAVO ZAMORA- RES PLENARIA Nº 115/2010"** y el expediente del Registro de la Municipalidad de Ushuaia caratulado "OP Nº 913 año 2009 "PAGO DE FACTURA A LA COOP. MAGUI-MAR, POR TRABAJOS DE CONTROL Y REGISTRO DE TRANSPORTE DE CARGA EN LA ZONA DEL AUTODROMO MUNICIPAL MES OCTUBRE/2008" a los fines de fundar mi voto.-- Las actuaciones bajo examen vienen precedidas del voto del Sr. Vocal Contador en ejercicio de la Presidencia de este Tribunal de Cuentas, C.P.N. Luis A. Caballero, por lo que me remito a los antecedentes detallados por este en honor a la brevedad y en función de compartir el análisis efectuado, adhiero a las medidas propuestas.----------

Sin perjuicio de ello, corresponde en esta instancia analizar la particular interpretación que se otorgó, mediante el Informe Legal Nº 245/10 Letra TCP-CA, a los efectos derivados del dictado de la Resolución Plenaria Nº 270/09.---------

En este orden indica la letrada interviniente: *"...**cabe hacer lugar parcialmente al planteo formulado** por el Sr. Secretario de Obras Públicas Arquitecto Jorge Marcelo COFRECES y el Sr. Secretario de Hacienda y Finanzas de la Municipalidad de Ushuaia C.P.N Gustavo ZAMORA, **en tanto se advirtió al Municipio en fecha 17 de diciembre de 2009, que en futuras contrataciones se suscriba el pertinente contrato, se emita la orden de servicio y el acto administrativo de autorización de la contratación, bajo apercibimiento de sanción y luego -a poco de ello- se les aplicó una multa por idénticas irregularidades cristalizadas con anterioridad a la fecha de la advertencia.------ Por ello, se debería hacer lugar parcialmente al Recurso de Reconsideración planteado contra las Resoluciones Plenarias Nº 115/10 y 157/10,** meritando el*

Plenario de Miembros la ***unificación de las sanciones impuestas****...atento que se cumpliría la función correctiva y ejemplificadora buscada por el Tribunal con la aplicación de una única multa del 10% por los diferentes incumplimientos advertidos en los diversos expedientes,* ***teniendo en cuenta la similitud de las irregularidades detectadas y el criterio sustentado por el propio Tribunal en otras ocasiones, además de ser menor la cantidad de incumplimientos por los cuales persistiría la sanción, en atención a la advertencia efectuada en fecha 17 de diciembre de 2009".*** (Lo resaltado no es del original).----------

En primer lugar hago la salvedad de que no comparto la interpretación efectuada por la Dra. Lisak. Así, respecto a la "unificación de las sanciones" propuesta en base a la "similitud de las irregularidades detectadas" hago propios los fundamentos vertidos por el Vocal Contador en ejercicio de la Presidencia.--------

En el sentido de que tal consideración escapa al análisis jurídico que le compete a la letrada interviniente, siendo la aplicación y graduación de las penas funciones propias del Cuerpo Plenario de Miembros conforme lo dispone el Art. 4° inc. h) de la Ley Provincial Nº 50. Por lo que no abundaré en el tema en cuestión, en función de que su tratamiento se encuentra debidamente abarcado por el Vocal preopinante.----------

Establecido ello, cabe señalar que la base de la teoría de la responsabilidad de los funcionarios públicos se funda en el deber incumplido, por ello para poder hablar de responsabilidad es indispensable saber cual es el deber, el cometido o la obligación de los agentes públicos (conf. Tomás Hutchinson, "Breves consideraciones acerca de la Responsabilidad", Derecho Administrativo Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica, pág. 102).----------

Según el criterio expuesto, la responsabilidad de los funcionarios deriva de la inobservancia a las disposiciones legales o reglamentarias, así como del incumplimiento de los deberes que competen a cada servidor por sus funciones específicas. Por ello en el caso **se debe partir del principio de legalidad de la Administración** que comprende a los que se desempeñan en ella.----------

Indica asimismo el autor precitado que el principio de legalidad constituye un dogma tradicional del sistema administrativo que nos rige, siendo la manifestación esencial del estado de Derecho. En este principio se basa la exigencia *de que la Administración realice su actividad de conformidad con el ordenamiento jurídico.* Por lo que cabe atribuir al principio de legalidad los siguientes contenidos: a) sometimiento de la acción administrativa a la totalidad del sistema normativo; b) la plena juricidad de la acción administrativa.----------

A partir de los parámetros señalados, surge claro que en su accionar los funcionarios tienen el deber de adecuarse al bloque de legalidad, ya que de lo

contrario, su accionar genera su responsabilidad personal.----------

En las presentes actuaciones ha quedado sobradamente demostrado que tanto el Sr. Secretario de Obras Públicas Arquitecto Jorge Marcelo Cofreces y el Sr. Secretario de Hacienda y Finanzas de la Municipalidad de Ushuaia C.P.N Gustavo Zamora, incumplieron con la normativa vigente en materia de contrataciones estatales.----------

Sobre el particular cabe señalar que el fin último en el ejercicio de las funciones por parte de un Organismo de Contralor, es el control de legitimidad, o como bien dice el Dr. Domingo Sesin, el de juricidad.----------

En este sentido señala el mentado autor que: *"En lugar de requisitos de legitimidad del acto administrativo, debemos hablar de requisitos de juricidad y, consecuentemente, de control de juricidad: su razón es que la terminología actualmente en uso, legitimidad o legalidad, podría entenderse prima facie demasiado apegada a la ley y olvidar, de tal forma, que la Administración moderna debe someterse a un contexto mucho más amplio. De tal manera también son elementos que hacen a la juricidad del acto:* ***la buena fe, la igualdad, la proporcionalidad, la razonabilidad, el precedente****; y sus vicios: la desviación de poder, la falsedad en los hechos, la ilogicidad manifiesta, el error manifiesto de apreciación, la arbitrariedad, la irrazonabilidad, entre otros. Ello* ***amplía los clásicos elementos o requisitos de la legitimidad que tradicionalmente recaen sobre la competencia, causa, motivación, objeto, forma, procedimiento y fin,*** *con sus consecuentes vicios.*----------

Por lo tanto, con el control de juricidad, la estrategia o metodología de fiscalización no debe construir su silogismo lógico jurídico sólo sobre la base de la ley, sino revisar el acto con un criterio amplio de adecuación a la unicidad del orden jurídico...". (Lo resaltado no es del original. Domingo J. Sesin, "El necesario retorno del control preventivo del gasto público", Cuestiones de Control de la Administración Pública Administrativo, Legislativo y Judicial, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, pág. 678, Ed. RAP).----------

Una vez aclarado ello, corresponde analizar la interpretación efectuada por la letrada interviniente en el Informe legal precitado.----------

En el mismo se indica: *"A mayor abundamiento, este Tribunal, en otras ocasiones, ha tratado los diversos expedientes de un mismo organismo como un todo, aplicando a cada funcionario una única sanción con motivo de los diversos incumplimientos detectados en los expedientes analizados, por lo que en el caso bajo examen podía haberse realizado un análisis integral de las irregularidades y unificar la multa del Sr. Subsecretario de Obras Públicas Arq. Cófreces y del Sr.*

Secretario de hacienda y Finanzas C.P Zamora, ***atento que los incumplimientos en los que se ha incurrido han sido prácticamente los mismos*** *..."* (Lo resaltado no es del original).----------

Continúa exponiendo la letrada: *"Además de ello* ***no hay que perder de vista que varias de las irregularidades por las cuales se sancionó en esta oportunidad, no tendrían que haberse tenido en cuenta para fundar la multa, atento ser anteriores a la fecha de la advertencia a la fecha de la advertencia efectuada por Resolución Plenaria Nº 270/09...***----------

...Por lo expuesto, entiendo corresponde hacer lugar parcialmente al planteo efectuado por los recurrentes". (La negrita es propia).----------

Como bien es sabido, los expedientes municipales son analizados por este Organismo de Contralor en *forma posterior* a la realización de los pagos (conf. Resolución Plenaria Nº 15/2006).----------

En estos supuestos, el plazo anual de prescripción dispuesto en el Art. 75 de la Ley Provincial Nº 50 comienza a correr a partir de la *toma de conocimiento* de las actuaciones por parte de este Tribunal de Cuentas, esto es, desde que son remitidas a la delegación de este Organismo en la Municipalidad.----------

Por el contrario la *fecha en que se cometieron las irregularidades* nada tiene que ver con la competencia de este Plenario de Miembros para ejercer el control de las actuaciones municipales.----------

Consecuentemente, si bien es cierto que los incumplimientos normativos que resultaron multados en estos actuados son de fecha anterior a la Resolución Nº 270/09, ello no inhibe a la competencia de control de este Organismo.----------

Ello en función de que en el marco de las actuaciones en que se dictó la mentada Resolución, se analizaron contrataciones celebradas entre la Municipalidad y la Cooperativa Magi Mar durante el **Año 2007**. Mientras que en las presentes actuaciones resultaron objeto de análisis las contrataciones celebradas con la Cooperativa Magi Mar en el **Año 2009**.----------

A mayor abundamiento, lo "futuro" de la advertencia formulada por medio de la Resolución Nº 270/09 es en relación a las contrataciones celebradas por la Municipalidad con la Cooperativa Magi Mar durante el Año 2007. No en relación a la fecha de la Resolución misma.----------

Cada irregularidad es controlada por el Plenario de Miembros independientemente de las sanciones ya aplicadas en otras actuaciones. Ello debido a que el alcance de una Resolución dictada en un expediente determinado no abarcan "irregularidades similares" cometidas en el marco de otras actuaciones.----------

Por el contrario, según el Informe Legal precitado, este Plenario de Miembros no podría sancionar a los funcionarios por las infracciones cometidas en las

contrataciones con la Cooperativa Magi Mar del en el Año 2009, por el simple hecho de que estas se cometieron previo a la emisión de la Resolución Nº 270/09 (que únicamente tomó en cuenta las contrataciones del Año 2007). Tal razonamiento no resiste el menor análisis.----------

De lo contrario podría suponerse -erróneamente- que la Resolución Plenaria Nº 270/09 arrojó un "manto de legalidad" sobre expedientes que en ningún momento fueron analizados por el Plenario de Miembros.----------

Ello asimismo derivaría en el absurdo jurídico de sujetar la competencia de este Organismo de Contralor, a la voluntad del Municipio en remitir las actuaciones para su control. O lo que es peor, en "premiar" a la Municipalidad, no aplicándole sanciones cuando las infracciones normativas "ya hubieran sido cometidas previamente".----------

Sobre el particular, cabe señalar que el único principio jurídico que actúa como un límite para la aplicación de sanciones, resulta ser el de *non bis in idem*. Así no puede penarse a una misma persona dos veces por el mismo hecho.----------

Este principio no resulta aplicable para el supuesto de "hechos similares", ya que ello entrañaría el absurdo jurídico de que la "reincidencia" no podría ser penada.---

Justamente en los supuestos de reiteración en los incumplimientos, resulta más ajustado a Derecho que las penas a aplicar por este Organismo se agraven.-------

Amén de lo indicado en los parágrafos anteriores, cabe destacar que no resulta una justificación al incumplimiento normativo llevado a cabo por los funcionarios, la circunstancia de que la "advertencia" haya sido efectuada en forma posterior a los incumplimientos por los que se los multó en las presentes actuaciones.----------

Ello en función de que, tal como fuera indicado *ut supra*, en la base de la responsabilidad de los funcionarios se encuentra el principio de legalidad de sus actos, como presupuesto básico de la actuación administrativa en general.----------

En síntesis, el hecho de que los actos por los que se multó a los funcionarios sean de fecha anterior a la emisión de la Resolución Plenaria Nº 270/09, no implica que tales irregularidades no puedan ser sancionadas posteriormente por el Plenario de Miembros.----------

Este Organismo resulta competente para multar a los funcionarios por la violación a la Ley Territorial Nº 6 y su Decreto Reglamentario Nº 292/72, en función de que esta es la primera vez que se analizan las contrataciones con la Cooperativa Magi Mar durante el Año 2009.----------

La similitud de infracciones no puede en modo alguno jugar en favor del organismo controlado, sino todo lo contrario.----------

Consecuentemente, no se comparte el Informe Legal Nº 245/10 en cuanto sugiere la disminución de la sanción aplicada con fundamento en que la advertencia

efectuada por medio de la Resolución Plenaria Nº 270/10 era a futuro y los actos objeto de reproche actual son "anteriores" a la emisión de la aquélla.----------

Por todo lo cual no corresponde la disminución de la sanción de multa del 10% de sus salarios aplicada mediante la Resolución Plenaria Nº 115/2010 al Secretario de Obras Públicas Arquitecto Jorge Marcelo COFRECES y al Secretario de Hacienda y Finanzas de la Municipalidad de Ushuaia C.P.N Gustavo ZAMORA.----

Es mi voto".----------

Concluido el análisis de los presentes obrados, se deja constancia que el Vocal de Auditoría, CPN Claudio RICCIUTI, no interviene en el tratamiento de las presentes actuaciones, por los motivos expresados en la Resolución Plenaria Nº 251/10.----------

Por todas las consideraciones expuestas, este Cuerpo Plenario de Miembros en función de las atribuciones conferidas por el Art. 27 y cdtes. de la la Ley Provincial N °50,----------

RESUELVE----------

ARTÍCULO 1º.- RECHAZAR en todos sus términos el Recurso de Reconsideración interpuesto por el Arq. Jorge Marcelo COFRECES y el C.P Gustavo Oscar ZAMORA, contra la Resolución Plenaria TCP Nº 115/2010 y 157/2010, que le impuso una multa por los apartamientos normativos constatados en las presentes actuaciones.----------

ARTÍCULO 2º.- NOTIFICAR a los recurrentes en el domicilio constituido con copia del Acuerdo Plenario, haciéndoles saber que se ha agotado la vía administrativa, quedando expedita la vía judicial, pudiendo interponer recurso de apelación ante el Superior Tribunal de Justicia en el plazo de treinta (30) días corridos, de conformidad con los dispuesto por los artículos 70 inc. a) y 77 de la Ley Provincial Nº 50, o demanda contencioso administrativa en el plazo de noventa (90) días hábiles judiciales, de conformidad a lo prescripto por los arts. 7 inc. a), 15 y 24 de la Ley Provincial Nº 133.----------

ARTICULO 3º.- NOTIFICAR el Acuerdo Plenario a la Secretaría Legal y a la letrada interviniente a los efectos de tomar conocimiento de la recomendación formulada.----------

ARTÍCULO 4º.- NOTIFICAR a la Secretaria Contable y por su intermedio a los Auditores Fiscales intervinientes.----------

ARTÍCULO 5º.- NOTIFICAR oportunamente a la Escribanía General de Gobierno a fin de librar testimonio, con carácter de título ejecutivo, de conformidad a las previsiones del artículo 459.1 del CPCCRyM de la Provincia, conforme lo establece el artículo 3º, inc. c) de la Resolución Plenaria Nº 33/06.----------

ARTÍCULO 6°.- NOTIFICAR con copia certificada del presente, al Registro de Sanciones y Multas creado por Resolución Plenaria N° 112/05 y a la Dirección de Administración, a los efectos del control de la realización del depósito del importe de las multas en el plazo acordado; disponiendo que durante dicho plazo el presente Expediente sea reservado en la Secretaría Privada del Cuerpo Plenario de Miembros, y que, vencido el mismo, sea remitido a la Secretaría Legal,a los efectos previstos por los artículos 11°, 12° y °13 del Anexo I de la Resolución Plenaria N° 33/06.----------

Por Secretaria del Cuerpo Plenario de Miembros, se registrará, notificará y publicará el presente Acuerdo Plenario en el Boletín Oficial de la Provincia, y se realizará la tramitación administrativa de rigor.----------

En virtud de las consideraciones precedentes y no habiendo otras cuestiones pendientes de tratamiento en el marco de las presentes actuaciones, se da por finalizado el acto en el lugar y fecha indicados *ut supra*. Fdo: VOCAL CONTADOR, en ejercicio de la Presidencia: C.P.N. Luis Alberto CABALLERO - VOCAL ABOGADO,: Dr. Miguel LONGHITANO.-------

ACUERDO PLENARIO N° 2091 .-

Dr. Miguel LONGHITANO
VOCAL ABOGADO
Tribunal de Cuentas de la Provincia

Lic. Luis Alberto CABALLERO
VOCAL CONTADOR
PRESIDENTE
Tribunal de Cuentas de la Provincia