



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

ES COPIA FIEL

30/07/2007


ERIC LEONARDO PÉREZ
AUXILIAR PRINCIPAL
Sec. Reg. Despacho y Contable
FISCALÍA DE ESTADO

Tramita por ante esta Fiscalía de Estado de la Provincia el expediente de nuestro registro, N° 26/2007, caratulado: "S/SOLICITA INTERVENCIÓN", el que se iniciara con motivo de una presentación realizada por el Sr. Julio César Peralta, a través de la cual pone en conocimiento y denuncia ante este organismo de control que ha iniciado acciones penales contra los actuales Directores del I.P.A.U.S.S., por considerar que han incurrido en el delito de encubrimiento tipificado por el art. 277 del Código Penal de la Nación.

Una vez recepcionada la presentación del Sr. Julio César Peralta, desde este organismo se realizaron diversos requerimientos de acuerdo al siguiente detalle: 1) Nota F.E. N° 297/07 (fs. 31), respondida a través de la NOTA N° 289/07 LETRA: IPAUSS - A.P. (fs. 271), a la que se le adjuntó la documentación obrante a fs. 32/270, 2) Nota F.E. N° 338/07 (fs. 272), respondida a mediante la NOTA N° 295/07 LETRA: SECRETARIA GENERAL I.P.A.U.S.S. (fs. 369), a la que se le adjuntó la documentación obrante a fs. 273/368 y, 3) Nota F.E. N° 461/07 (fs. 370), respondida a través de la NOTA N° 412/07 SECRETARIA GENERAL I.P.A.U.S.S. (fs.389), a la que se le adjuntó la documentación obrante a fs. 371/388.

Expuesto precedentemente lo actuado en este organismo de control con motivo de las presentación realizada por el Sr. Julio César Peralta, debo decir que la información y documentación colectada me permiten expedirme sobre el asunto planteado.

A los efectos de dar tratamiento a la denuncia en cuestión, es necesario remontarse a los hechos que originaran los presentes actuados, es decir, la Resolución del Gerente Previsional N°443/03 (fs. 183/184), del 18 de Diciembre del 2003, a través de la cual se modifica el beneficio previsional de retiro voluntario otorgado al Sr. Abel Zanarello mediante Resolución del I.P.P.S. N° 533/92 (fs. 103/104), del 7 de octubre de 1992, transformándolo en jubilación ordinaria a partir del 30 de Septiembre de 1998.

Es necesario establecer que la Resolución del Gerente Previsional N° 443/03 cumple su cometido modificando los términos de la Disposición I.P.P.S. N° 440/98 (fs. 136), mediante la cual se rehabilitaba el

ES COPIA FIEL**ERIC LEONARDO PEREZ**
AUXILIAR PRINCIPAL
Sec. Reg. Despacho y Contable
FISCALIA DE ESTADO

beneficio de retiro voluntario del Sr. Zanarello a partir 30 de Septiembre de 1998. Ello es así por cuanto el Sr. Zanarello se desempeñó como presidente del Banco Provincia de Tierra del Fuego entre el 24 de Julio de 1996 y el 30 de Septiembre de 1998.

Conforme los antecedentes obrantes, el Directorio del I.P.A.U.S.S. mediante Acta N° 50/2004, ordena la revisión de todos los beneficios concedidos en un período de tiempo determinado entre los cuales se encuentra el expediente que tramitó el beneficio concedido en el párrafo precedente (fs. 201).

En consecuencia, el 27 de Septiembre de 2006, se produce el DICTAMEN D.A.J.P. N° 305/2006 (fs. 226/234), en donde se señala una colección de irregularidades que marcan la ilegalidad y nulidad absoluta del acto administrativo que convirtió el beneficio previsional de retiro voluntario en jubilación ordinaria y que, asimismo, inducen a pensar en la posible comisión de un delito, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial de los funcionarios que dictaron el acto.

En dicho dictamen jurídico se señala que el acto administrativo se encuentra viciado de nulidad absoluta, apartándose de las normas que establecen el procedimiento y la competencia para otorgar el beneficio, destacándose también la falta de fundamentación y motivación del instrumento toda vez que el particular no cumplía con los requisitos necesarios para acceder a la jubilación ordinaria.

En efecto, la resolución en cuestión ha sido dictada por el Director Gerente Previsional sin la debida intervención de la Comisión de Asuntos Previsionales, conforme a lo dispuesto por la Resolución de Directorio N° 36/02 (fs. 356/366), dictada en febrero de 2002, y lo resuelto a través de la Resolución de Directorio N° 141 del 9 de octubre de 2003 (fs. 388), suscripta, entre otros, por los funcionarios firmantes de la Resolución del Director Gerente Previsional N° 443 del 18 de diciembre de 2003 (fs. 183/4).

Asimismo la invocación para el dictado de esta última de facultades a las que ley orgánica del ente -véase art. 17 de la Ley Provincial N° 534, en aquel momento sin la modificación introducida por la Ley Provincial N° 641- remitía (arts. 17 y 18 de la Ley Territorial N° 244),

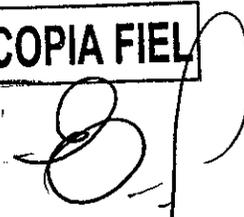


Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina

FISCALÍA DE ESTADO

3

ES COPIA FIEL


ERIC LEONARDO PEREZ
AUXILIAR PRINCIPAL
Secc. Reg. Despacho y Contable
FISCALIA DE ESTADO

23

no es correcta, pues al momento de la emisión del acto -18/12/03- se encontraban ya derogadas, atento a lo dispuesto por el artículo 80 del régimen previsional establecido por la Ley Provincial N° 561 (sancionada el 10/12/02, promulgada el 18/11/02 por Decreto N° 2.082 y publicada en el Boletín Oficial de la Provincia del 27/11/02), cuestión que los funcionarios firmantes de la Resolución de la Dirección Gerencia Previsional N° 443/03, dictada, reitero, en diciembre de 2.003, obviamente no podían desconocer.

Lo que es aun peor, más allá de la eventual incompetencia, es que en el caso particular se concede el beneficio sin verificar el cumplimiento de los requisitos prescriptos por la normativa aplicable para otorgar la jubilación ordinaria.

Las Irregularidades observadas justifican la postura esgrimida en el DICTAMEN D.A.J.P. N° 305/2006: existe una violación absoluta del procedimiento reglado, innumerables vicios en el procedimiento que en definitiva se adoptó y palmarios errores de hecho y de derecho en los elementos en los cuales se funda el acto, que no pueden sino concluir en su fatal nulidad.

Asimismo, entre otros vicios de procedimiento, se señalan la falta de cargo en el escrito que dio inicio a las actuaciones, que el Administrador General efectúa el pase al Director Gerente Previsional sin previa intervención del servicio jurídico correspondiente (Art. 99 inc. d) LPA), la falta de pase a la Comisión de Asuntos Previsionales, la falta de certificación por el último período laborado en el Banco de la Provincia de Tierra del Fuego, la falta de cómputo de edad y servicios por parte del área técnica competente, etc..

Contextualmente, a toda la situación hay que agregarle que en la misma fecha del dictado de la Resolución N° 443/03, se aprueba una suba en el pago de los intereses a las devoluciones (véase Resolución del Director Gerente Provisional N° 442 obrante a fs. 185/6), y se evidencia una inusual celeridad en el trámite que coincide llamativamente con la finalización del mandato de las autoridades en ejercicio hasta el 9 de enero de 2.004.

ES COPIA FIEL
ERIC LEONARDO PEREZ
AUXILIAR PRINCIPAL
Sec. Reg. Despacho y Contable
FISCALIA DE ESTADO

Aun suponiendo que todos los errores formales y materiales cometidos durante el procedimiento pudieran ser subsanados y no fulminaren el acto dictado en consecuencia, lo cual no considero posible, resulta más que grosero el error en la fundamentación de dicho acto.

El argumento central por el cual se convierte el beneficio previsional de retiro voluntario en una jubilación ordinaria está fundado en la contestación efectuada mediante Nota N° 199/93 Letra I.P.P.S. SECRETARIA (fs. 116/118), a un oficio judicial librado en el marco de una causa laboral iniciada por el Sr. Zanarello contra el Banco Provincia de Tierra del Fuego por su despido.

Es evidente que dicha contestación fue sacada de contexto, pues tenía la evidente finalidad de informar la fecha de eventual jubilación del actor de no haber sido despedido y, consecuentemente, de haber continuado haciendo aportes.

Nótese que la referencia a marzo de 1998 sólo pudo haberse efectuado considerando que el actor continuó haciendo aportes, máxime cuando a Septiembre de 1998, con su segundo cese, y no obstante la falta de cumplimiento de otros requisitos, no contaba con la edad suficiente para jubilarse, no alcanzando inclusive los años de exceso de servicios con que contaba el Sr. Zanarello para compensar la falta de edad.

Dicho ello, aun considerando que tuvieran competencia el Sr. Director Gerente Previsional y el Administrador General para dictar el cuestionado acto administrativo, tesis que desde ya no comparto, se debe destacar que éstos no pudieron haber desconocido que la norma aplicable a la solicitud de conversión era la Ley Provincial N° 561, vigente desde el año 2002, y no la Ley Territorial N° 244, que se encontraba derogada, a la par que no se daba la situación contemplada en el artículo 77 de esta última, y que por lo tanto su invocación a fs. 182 fue errónea; destacando que en ambos casos no se reunían las condiciones establecidas tanto en la Ley Territorial N° 244 (art. 81) como en la Ley Provincial N° 561 (art. 62) para proceder a la conversión, como tampoco pudieron haber desconocido los restantes pasos y requisitos



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

FISCALIA DE ESTADO

5

ES COPIA FIEL


ERIC LEONÁRDD PÉREZ
AUXILIAR PRINCIPAL
Secc. Reg. Despacho y Contable
FISCALIA DE ESTADO

administrativos previos, sea para efectuar los cómputos correspondientes como para dictar el acto administrativo en cuestión.

Los elementos arrimados bien permiten presumir que la omisión cometida por los funcionarios difícilmente pueda ser atribuida a una casualidad sino más bien a una causalidad. La única forma en que se pudo haber concedido la conversión del retiro anticipado en Jubilación ordinaria, era mediante la artificiosa interpretación que se le dio a la Nota N° 199/93 Letra I.P.P.S. SECRETARIA por cuanto a la fecha de dictado del acto no se cumplía con los restantes requisitos necesarios para poder actuar en el sentido en que en definitiva se hizo.

El acto administrativo menciona erróneamente al artículo 89 de la Ley Territorial N° 244, el cual permite la conversión o ajuste de los beneficios previsionales de aquellos afiliados que hubieran vuelto a trabajar, sujetos a condición de los demás requisitos contenidos en la norma. Entre dichos requisitos se encuentra el establecido por el artículo 81, inciso b), que establece que para ser computables estos nuevos servicios, deben tener un mínimo de tres años, condición que el Sr. Zanarello no llegó a cumplir.

Como ya se dijera anteriormente la solicitud efectuada por el Sr. Zanarello, quien, reitero, erróneamente invocó al artículo 77 de la Ley Provincial N° 561 para que su asunto fuera analizado a la luz de la Ley Territorial N° 244, debió haber sido encuadrada en la Ley Provincial N° 561, por ser la vigente al momento de la petición. Esta aclaración en nada modifica el hecho de que no se cumplían los requisitos necesarios, por cuanto el nuevo régimen previsional también requiere de tres años de nuevos servicios para lograr la conversión.

Se debe considerar en este punto que no estamos hablando aquí de funcionarios legos en el conocimiento de la materia previsional, sino de personas idóneas que trabajaban en un organismo técnico, especialista en la materia y que no pueden alegar desconocimiento de las normas.

La forma en que se dictó el acto administrativo, con falta de intervención de la Comisión de Asuntos Previsionales y de

ES COPIA FIEL
ERIC LEONARDO PÉREZ
AUXILIAR PRINCIPAL
Seco. Reg. Despacho y Contable
FISCALIA DE ESTADO

dictamen jurídico previo emitido por el área correspondiente, tampoco puede ser entendida como casual.

Resultando manifiestamente improcedente el beneficio otorgado no resulta aventurado presumir que el grosero apartamiento del procedimiento reglado haya sido al solo efecto de procurar el ocultamiento de la solicitud a órganos que, sin lugar a dudas, hubieran determinado la ilegitimidad de la pretensión, tal como luego lo hicieron saber cuando se les dio participación extemporáneamente.

Aun así y más allá de las irregularidades cometidas, aunque hubiera existido algún viso de procedencia en la solicitud, resulta incomprensible como se determinó un pago retroactivo al 30 de Septiembre de 1998 (fecha de la supuesta rehabilitación del retiro anticipado) cuando el primer reclamo es del 5 de diciembre del 2003, por lo que hasta dicha fecha el Sr. Zanarello consintió todas las liquidaciones anteriores de su beneficio previsional, habiendo perdido su derecho a reclamarlos.

Incluso en una hipótesis más benigna, dejando de considerar la falta de impugnación que dejó firme los actos mediante los cuales se liquidaron los haberes previsionales, no se puede desconocer que el plazo máximo de prescripción cuando se reclaman haberes mal liquidados es de un año para atrás; esto es que aun de haber sido legítimo el reclamo, el pago retroactivo nunca pudo haber ido más allá de Diciembre de 2002, lo que redundará en un claro perjuicio fiscal.

En este punto es bueno recordar que la Ley Territorial N° 244 establece en su artículo 92 que *"Las disposiciones de carácter general que rigen el Sistema Nacional de Previsión son aplicables supletoriamente y en lo pertinente al presente régimen"*. Idéntica solución contiene el artículo 74 de la Ley Provincial 561, norma provincial vigente en la actualidad.

Es decir, no existiendo un plazo de prescripción específico en la normativa provincial vigente, hay que recurrir supletoriamente a los plazos de prescripción contenidos en la Ley Nacional N° 18037 que establece el régimen del Sistema Nacional de Previsión.



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

FISCALÍA DE ESTADO

ES COPIA FIEL


ERIC LEONARDO PÉREZ
AUXILIAR PRINCIPAL
Secc. Reg. Despacho y Contable
FISCALÍA DE ESTADO

Y el artículo 82 de dicha norma establece que *"...Prescribe al año la obligación de pagar los haberes jubilatorios y de pensión, inclusive los provenientes de transformación o reajuste, devengados antes de la presentación de la solicitud en demanda del beneficio..."*.

En consecuencia, aun ante la remota posibilidad de que hubiera correspondido la conversión del beneficio, el pago retroactivo nunca pudo haber excedido el plazo de un (1) año desde la solicitud de fs. 182 y no favorecer al actor como en definitiva se hizo, abonándole más de cinco (5) para atrás.

Este criterio ya ha sido confirmado por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Tierra del Fuego en autos *"Isorna, Amelia Esther c/ I.P.P.S. s/Contencioso Administrativo-Sumario"* (Causa N°41/1994 SDO, 9 de octubre de 1995) y *"Godoy, Antonio Hugo c/Instituto Provincial de Previsión Social-Ordinario-Cobro de Haberes"* (Causa N°16/1994 SDO, 27 de Mayo de 1996).

Si a ello se le suma la inverosímil celeridad del trámite, el cual es iniciado, tramitado y concedido en el término de 13 días, sin intervención de las áreas técnicas competentes, en grosera infracción a aspectos materiales y formales, dictada casi en un período de receso o feria previsional, no se puede sino concluir que fueron fundados los motivos que llevaron a la asesoría letrada a aconsejar al directorio, sin perjuicio de la acción de lesividad correspondiente, que se efectúe la denuncia penal contra los funcionarios por los hechos señalados.

Cabe señalar que respecto de la administración infiel, a la que se refiere en el DICTAMEN D.A.J.P. N° 305/2006 (fs. 231/232), se ha considerado que la actual redacción del art. 173, inc. 7, describe la conducta típica como *"...una defraudación por violación del deber de fidelidad y por abuso de poderes conferidos al autor para el manejo, administración o cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos..."* (Código Penal Comentado, Omar Breglia Arias y Omar Gauna, Ed. Astrea, 5ta. Ed., pág. 250).

Estos autores continúan diciendo: *"...El inc. 7 del art. 173 contiene dos acciones, que doctrinal y jurisprudencialmente son*

ES COPIA FIEL


ERIC LEONARDO PÉREZ
 AUXILIAR PRINCIPAL
 Sect. Reg. Despacho y Contable
 FISCALÍA DE ESTADO

denominadas "quebrantamiento de la fidelidad" (o infidelidad) y "abuso defraudatorio..." (ob. cit. pág. 254).

Al definir dichos dos elementos dicen: "...La ruptura del deber de fidelidad se torna delictuosa cuando se traduce en la causación dolosa de un daño, un deterioro patrimonial, potencial o efectivo, en los bienes e intereses pecuniarios manejados, administrados o cuidados por el sujeto activo, y puede cometerse por acción u omisión, y por los más diversos medios: abandono, deterioro, inutilización, destrucción, mal uso, pérdida, renuncia, etc..."

Respecto de la segunda acción, afirman: "...A diferencia de la infidelidad, que puede ser cometida hasta omisivamente, y por diversos medios (destrucción, consumición, pérdida, deterioro), esta forma comisiva se caracteriza por el "uso intencionadamente dañoso del poder de representación patrimonial"; sólo se puede incurrir en abuso defraudatorio a partir de la facultad de obligar externamente, mediante la concreción de un negocio jurídico, sea disponiendo abusivamente de bienes, asumiendo obligaciones abusivas, otorgando garantías incausadas, constituyendo prendas, hipotecas, prendas u otros derechos reales, suscribiendo contratos perjudiciales u obteniendo préstamos en condiciones anormales; realizando inversiones ajenas al objeto social, en condiciones decididamente desventajosas; comprometiendo perjudicial o innecesariamente los intereses económicos mandados más allá de las posibilidades económico - financieras de quien se los ha confiado, etcétera..." (ob. cit. Pág. 254/255).

Los elementos del caso, aun cuando en definitiva puedan no llegar a subsumirse en el tipo penal descrito por la figura de la administración infiel, sin lugar a dudas ameritaban la denuncia judicial correspondiente para determinar la existencia del delito denunciado, o por la posibilidad de una eventual subsunción de los hechos en otras de las que dispone el Código Penal de la Nación.

Resulta indudable que los funcionarios intervinientes han vulnerado un sinnúmero de normas procesales y sustantivas que han redundado en un favorecimiento indebido del Sr. Zanarello, quien en



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

FISCALIA DE ESTADO

9

ES COPIA FIEL

ERIC LEONARDO PEREZ
AUXILIAR PRINCIPAL
Sec. Reg. Despacho y Contable
FISCALIA DE ESTADO

condiciones normales no hubiera accedido a tal beneficio y que, prima facie, podría acreditar la eventual comisión de un delito.

Habiendo sentado que las irregularidades señaladas por el Dictamen D.A.J.P. N° 305/2006, demuestran lo ilegítimo del beneficio concedido y, razonablemente, informan al Directorio sobre la posible comisión de un delito, corresponde analizar ahora la conducta asumida por éste último, que fue la que en definitiva originó la denuncia mediante la cual se solicita la intervención de esta Fiscalía de Estado.

Con fecha 20 de Febrero de 2007, mediante Acta de Directorio N° 156 (fs. 297/299), se aprueba la Resolución 20/2007 (fs. 249/250), en cuyo articulado se ordenan cuatro cuestiones: a) declara la lesividad de la Resolución D.G.P. N° 443/2003 (art. 1°), b) ordena obtener en sede judicial la nulidad del acto impugnado por la administración y la devolución de las sumas mal percibidas, c) ordena formular la denuncia penal en términos del Dictamen D.A.J.P. N° 305/2006 (art. 3°) y, finalmente, d) dispone que el área jurídica del instituto inicie las acciones civiles patrimoniales contra los funcionarios que aprobaron la resolución declarada lesiva para repetir las sumas mal pagadas (art. 4°).

Cabe señalar que el único voto por la negativa es el del Director Blanco (fs. 298/299) quien formula varias consideraciones.

En primer lugar hace referencia a que las actuaciones se ponen a consideración del Directorio, a más de tres años de remitidas las actuaciones a la Comisión de Asuntos Previsionales para su análisis.

Considera, erróneamente, que todas las acciones a la fecha se encuentran prescriptas. Cita jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, hace mención al artículo 4030 in fine del Código Civil, manifiesta que las acciones patrimoniales, de lesividad y contra los funcionarios públicos intervinientes, se encuentran prescriptas o caducas.

Entiende que al haber dado de alta el Instituto al beneficio en cuestión representa una clara señal de la Buena Fe de los afiliados.

Hace un alocución sobre la revisión del caso "Magaldi", (formulando críticas varias al cuerpo jurídico del Instituto), el cual

ES COPIA FIEL
ERIC LEONARDO PÉREZ
AUXILIAR PRINCIPAL
Secc. Reg. Despacho y Contable
FISCALIA DE ESTADO

aparentemente nada tiene que ver con las cuestiones a resolver en el caso particular.

Finalmente se expide por la conclusión y archivo de todas las actuaciones iniciadas con motivo de lo resuelto en el punto 21 del Acta 50 en el estado en que se encuentran.

Mas allá de haber sido el único Director que ha mocionado por la negativa, debo señalar que los argumentos vertidos por el Sr. Blanco deben ser rechazados de plano.

En primer lugar, al efecto del cómputo de eventuales plazos de prescripción, no puede considerarse al punto 21 del Acta 50, dictada en el mes de enero de 2004.

Elo es así porque la orden de revisión de ciertos beneficios concedidos en un plazo de tiempo determinado, no presume per se la toma de conocimiento de un delito ni de una irregularidad. En efecto, el Directorio toma conocimiento de la irregularidad, vicio o posible comisión del delito a partir de que se gira el expediente con el dictamen que manifiesta tales irregularidades (27 de Septiembre de 2006) lo cual descarta la hipótesis de caducidad en los términos que plantea dicho Director.

No puede darse a ese requerimiento el efecto pretendido por el Director Blanco, pues fue una mera instrucción del Directorio al efecto de fiscalizar beneficios otorgados en un período de tiempo, y determinar ex post la eventual existencia de irregularidades que tornen nulo el beneficio, circunstancia ésta que en definitiva se constató según se sostuviera en el dictamen jurídico de fs. 226/234.

Nótese que la referencia efectuada sobre los vicios de la voluntad por parte del citado Director es sobre actos anulables, y que en el caso particular se trata sin lugar a dudas de un acto nulo de nulidad absoluta.

En este sentido se debe recordar que el artículo 83 del Código Contencioso Administrativo de la Provincia establece un plazo de 90 días hábiles a partir de la resolución que declare lesivo el acto para los intereses públicos.



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

FISCALÍA DE ESTADO

ES COPIA FIEL


ERIC LEONARDO PÉREZ
AUXILIAR PRINCIPAL
Sec. Reg. Despacho y Contable
FISCALÍA DE ESTADO

Cabría preguntarle al Sr. Blanco si la teoría propuesta tendría aplicación para el caso de que le hubieren otorgado por error una jubilación ordinaria a una persona de 30 años y se detectara luego de tres o cuatro años el error. ¿Se tendría que pagar dicho haber hasta el fallecimiento del beneficiario o se debería anular el acto a todas luces ilegítimo?

Este criterio por el cual se sostiene que la acción para procurar la lesividad de un acto viciado de nulidad absoluta es imprescriptible ha sido sostenido por nuestro Superior Tribunal en las causas "I.P.P.S. c/ Garde, Rubén s/ Acción de lesividad" (Causa N° 057/95 S.D.O., 9 de abril de 1997) y "I.P.P.S. c/ VERA Jorge Néstor s/ Acción de lesividad" (Causa N° 058/95 S.D.O., 9 de abril de 1997).

Del voto del Dr. Carranza en la causa "I.P.P.S. c/ VERA Jorge Néstor s/Acción de lesividad" (Causa N° 058/95 S.D.O., 9 de abril de 1997) se puede extraer que: *"...Según queda dicho, tratándose de una resolución viciada de nulidad absoluta, no es susceptible de prescripción. Así lo ha establecido la Corte Suprema en numerosos pronunciamientos, señalando que la nulidad absoluta es imprescriptible, no así la nulidad relativa, que es prescriptible. En un fallo citado por Marienhoff, dijo la Corte: "lo que es inmoral, lo que es contrario al orden social, lo que se reputa inexistente por falta de formas sustanciales, no puede subsanarse por el transcurso del tiempo. El acto será siempre inmoral, contrario al orden público o carente de las formas indispensables a su existencia, cualquiera sea el número de años que hayan pasado desde su celebración. El tiempo es impotente para transformar lo inmoral en moral, lo ilícito en lícito, lo informal en formal, y siempre el acto conservará el vicio original" (Ver, Miguel Marienhoff, "Tratado...", t. II, pág. 486, nota 603, donde cita un fallo de la C.S.J.N. en Fallos, t. 179, ps. 278 y 279)..."*

Asimismo el Dr. Hutchinson en la misma causa afirma: *"...Ya dije en la causa 057/95 "I.P.P.S. c/ GARDE" del 9 de abril de 1997, que si tal como se decide, por mayoría, el defecto del acto se sanciona con la nulidad absoluta (art. 14 L.N.P.A.) la acción intentada no está prescripta, por cuanto la impugnabilidad del acto afectado de nulidad absoluta es*

ES COPIA FIEL



ERIC LEONARDO PÉREZ
AUXILIAR PRINCIPAL
Secc. Reg. Despacho y Contable
FISCALÍA DE ESTADO

imprescriptible. No otra puede ser la solución desde que un acto Irregular de tal naturaleza perjudica al orden jurídico desde que transgrede la jerarquía normativa (art. 31 C.N.)..."

Por ende, bajo ningún punto de vista se puede decir que la acción de lesividad se encuentra prescripta cuando es imprescriptible, en todo caso lo que puede variar es el perjuicio patrimonial que se produzca pues, hasta la notificación de la demanda, se entiende que los haberes fueron consumidos de buena fe y, por lo tanto, son irrepetibles del demandado.

En cuanto a la formulación de denuncia penal, es dable puntualizar que no está supeditada a la obtención de resultados favorables en otro tipo de acciones (por ejemplo: de lesividad), ello, desde ya, en la medida en que existan elementos de juicio que permitan suponer la presunción de existencia de delito. Caso contrario podría darse incluso el caso de que habiéndose obtenido resultado favorable en una acción de lesividad, o de carácter civil, por encontrarse a la espera del resultado, la posterior formulación de denuncia penal resultara tardía. En el caso, cabe señalar en atención a su cita en el dictamen de fs. 226/234, que el plazo de prescripción para la figura prevista en el art. 173 inc. 7 del C.P.N. es de seis años.

Los tópicos señalados no pueden ser justificados a partir de los argumentos arrimados. Razones de estricta prudencia indican que la eventual comisión de un delito debió haberse sometido al conocimiento de la justicia, y allí se establecerá si existió o no el mismo.

Por otra parte cabe decir que, ante dudas en materia de iniciación de acciones de carácter patrimonial, en atención a las facultades que le han sido atribuidas al Tribunal de Cuentas de la Provincia por la Ley 50, correspondía siquiera a modo consultivo su intervención.

Corresponde ahora analizar la conducta asumida por los Directores –excluido Blanco-, quienes, luego de promover tanto la denuncia penal, como la acción patrimonial contra los funcionarios firmantes, en forma sorpresiva y sin justificación alguna dejaron sin efecto el articulado que así lo ordenaba y, lo que es aun más llamativo, a



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

FISCALÍA DE ESTADO

ES COPIA FIEL

ERIC LEONARDO PEREZ
AUXILIAR PRINCIPAL
Sec. Reg. Despacho y Contable
FISCALÍA DE ESTADO

posteriori, en una votación dividida se pretendió deshacer nuevamente la situación retrotrayéndola a la situación inicial sobre la base de un error "material".

En efecto mediante Resolución 93/2007 (fs. 336/337), conforme Acta de Directorio N° 158 del 14 de marzo de 2007, se dejaron sin efecto los artículos 3° y 4° de la Resolución N° 20/2007.

De los considerandos de dicha resolución sólo se desprende, de una manera lacónica, que se ha procedido a revisar la disposición anterior resultando procedente dejar sin efecto los artículos 3° y 4°, omitiéndose mencionar cuales son los fundamentos que justificaron el cambio de posición.

También debe hacerse notar que, conforme surge del Acta 158, punto vigésimo segundo, ninguno de los Directores fundamentó el cambio de criterio como así tampoco surge de las actuaciones cuales fueron los motivos que derivaron en la revisión del acto.

No se puede obviar que, si el Directorio mayoritariamente votó para efectuar la denuncia penal e iniciar acciones patrimoniales contra los funcionarios intervinientes -salvo la negativa del Director Blanco-, deberían haberse explicitado los "fundados" argumentos que dejarían sin efecto algo que, poco tiempo atrás resultaba completamente claro para siete de los ocho miembros del directorio.

A la vista de las actuaciones, la disposición que deja sin efecto los art. 3° y 4° de la Resolución carece completamente de fundamentación.

Ahora bien, en una tercera oportunidad el Directorio vuelve a debatir la cuestión referente a los artículos 3° y 4° de la Resolución de Directorio N° 20/2007, conforme consta en el punto décimo del Acta N° 160 (fs. 256/258).

En esta oportunidad se toma conocimiento del Dictamen de la Comisión de Asuntos Previsionales N° 83/2007, mediante el cual los Directores Deheza y Torres solicitan la revisión de la resolución 93/2007, sobre la base de un supuesto "error material" en el

ES COPIA FIEL


ERIC LEONARDO PEREZ
 AUXILIAR PRINCIPAL
 Sec. Reg. Despacho y Contable
 FISCALIA DE ESTADO

entendimiento que de no proceder a formular la denuncia penal podrían estar incurso en el delito de encubrimiento (art. 277 CPN), en el entendimiento que como funcionarios públicos es su deber poner en conocimiento de la justicia la posible comisión de un delito y no negar su existencia.

Sometida la cuestión a votación, por la afirmativa se expiden los Directores Deheza, Torres, Sinchicay y Guevara; por la negativa los Directores Stratta, Blanco, Toledo Zumelzu y Martinez Allende. Por el doble voto de la Directora Stratta en su carácter de presidente se rechaza la moción.

Del Acta de Directorio N° 160 se desprende que el Director Blanco fundamenta su voto negativo en base a los mismos argumentos expuestos en oportunidad de dictarse la Resolución 20/2007.

En la misma acta la Directora Toledo Zumelzu fundamenta sus voto negativo en los siguientes términos: en primer lugar, entiende y fundamenta que no puede considerarse, como lo propone la moción efectuada, que se ha incurrido en error material alguno. Hace cita a la norma provincial comentada por Hutchinson y manifiesta que esta solución solamente es aplicable ante la existencia de errores aritméticos o de tipeo que no requieran análisis alguno.

En segundo lugar, sobre la cuestión de fondo, entiende que la prudencia indica que antes de efectuar la denuncia penal y la acción patrimonial contra los funcionarios conforme fuera sugerida en el informe jurídico, es necesario que la justicia se expida previamente sobre la nulidad del acto lesivo por cuanto, hasta que la justicia así lo defina, el accionar se presume legítimo, por lo que iniciar la acción patrimonial antes de que se expida la justicia sobre la lesividad del acto podría constituir una vía de hecho administrativa, obrar ilícito de parte de la administración.

Agrega que es apresurado iniciar las acciones como si el acto ya estuviera fulminado de nulidad cuando es la justicia la que en definitiva determinará la ilegitimidad del mismo.

Concluye en que sin que se determine la nulidad del acto administrativo en sede judicial no se tiene la base sobre la cual se



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

FISCALÍA DE ESTADO

ES COPIA FIEL


ERIC LEONARDO PEREZ
AUXILIAR PRINCIPAL
Sec. Reg. Despacho y Contable
FISCALIA DE ESTADO

puede hacer el reclamo patrimonial establecido en la Constitución Provincial porque no puede prosperar el reclamo si no se ha acreditado el daño. Sobre el mismo análisis entiende que con mayor prudencia se debe actuar cuando se está delineando una responsabilidad penal, que oscila entre "la probabilidad y la certeza" al referirse en potencial sobre las conductas de los funcionarios intervinientes.

Se puede coincidir con este voto, en que la revisión solicitada no puede ser encuadrada bajo ningún punto de vista como la rectificación de un error material. Aquí no se trató de un error material sino lisa y llanamente de un cambio de criterio del Directorio lo cual exime de realizar mayores comentarios.

Respecto de la segunda parte de la fundamentación efectuada, si bien puede tener cierto asidero la necesidad de esperar la declaración judicial de nulidad para determinar el perjuicio, como su alcance (aún cuando hasta se los puede citar en el mismo juicio a los responsables, art. 188 de la Constitución Pcial.), esta solución no se puede hacer extensiva a la denuncia de los hechos en sede penal.

Las irregularidades señaladas en el DICTAMEN D.A.J.P. N°305/2006, aún sin necesidad de entrar en el análisis de la eventual nulidad del beneficio concedido, ameritaban poner los hechos en conocimiento de la justicia quien oficiosamente determinaría la apertura o no de un proceso y, en caso afirmativo, continuaría su tramitación.

No está demás decir que la determinación sobre si se ha producido la comisión de delito no está en cabeza del Directorio sino de la justicia, a través de los mecanismos correspondientes para que verifique si ha existido el mismo y, de corresponder, será el Ministerio Público el que requerirá al magistrado interviniente.

Debo señalar que el plazo para computar la prescripción de la acción penal se empieza a contar a partir de las cero horas del día siguiente al de la comisión del delito. Por ello es vital poner en conocimiento de la justicia la potencial comisión de un delito. Si se espera la resolución civil para denunciar los hechos irregulares en sede penal se corre el riesgo que, para el momento que se determine la lesividad del acto, la acción penal ya se encuentre prescripta.

ES COPIA FIEL
ERIC LEONARDO PÉREZ
AUXILIAR PRINCIPAL
Secc. Reg. Despacho y Contable
FISCALIA DE ESTADO

A modo de síntesis podemos decir que: la Resolución del Director Gerente Previsional N° 443/03 ha sido dictada en contradicción a la normativa vigente, viciada de nulidad absoluta por carecer de requisitos esenciales (artículo 110 LPA).

Los elementos arrojados hacen presumir que las irregularidades cometidas no se corresponden con simples omisiones administrativas, sino a la franca intención de conceder un beneficio ilegítimo, sobre todo a partir del conocimiento especializado de la materia que deberían tener los funcionarios firmantes.

Esos mismos elementos justifican plenamente la recomendación efectuada por el servicio jurídico del organismo de efectuar la denuncia penal, que, salvo por la negativa del Director Blanco, originalmente fue aprobada por los restantes Directores que suscribieron la Resolución N° 020/2007 de fs. 249/250.

Aun así, cabe señalar que en ningún momento se negó la improcedencia del beneficio –ni siquiera el Director Blanco, contrario a las acciones, defendió la legitimidad del beneficio– por lo que, a los efectos penales, nada justifica desistir de denunciar los hechos ante la justicia, pues, que sea irrevisable el acto en sede administrativa, no implica que hayan quedado purgadas eventuales responsabilidades penales de los funcionarios que hubieran seguido una conducta que podría constituir delito.

No existió fundamento alguno al momento del dictado de la Resolución de Directorio N° 93/07 (fs. 253) que permitiera justificar la supresión de los artículos 3° y 4° de la resolución anterior sobre el asunto, lo que implica, entre otras que existieron, una clara violación al deber de fundar los actos administrativos (art. 99, inc. e) de la LPA por parte de los directores.

Por último, atento a que aquí también se plantean cuestiones de exclusivo tenor patrimonial, es conveniente la intervención del Tribunal de Cuentas de la Provincia, para determinar el alcance del perjuicio patrimonial al estado y la eventual repetición de parte de los funcionarios que suscribieron el acto lesivo.



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

FISCALIA DE ESTADO

ES COPIA FIEL

ERIC LEONARDO PEREZ
AUXILIAR PRINCIPAL
Sec. Reg. Despacho y Contable
FISCALIA DE ESTADO

A los efectos de materializar las conclusiones a las que se ha arribado, corresponde emitir el pertinente acto administrativo el que con copia certificada del presente dictamen deberá notificarse a los miembros del Directorio del I.P.A.U.S.S. y del Tribunal de Cuentas de la Provincia, a través de sus Presidentes, y al presentante; como así también ser puesto en conocimiento del Sr. Juez interviniente en la causa iniciada por el Sr. Julio César Peralta.-

DICTAMEN FISCALIA DE ESTADO N° 23 /07.-

Ushuaia, - 4 SET. 2007

VIRGILIO J. MARTINEZ DE SUCRE
FISCAL DE ESTADO
Provincia de Tierra del Fuego,
Antártida e Islas del Atlántico Sur