

“E.S.E.B.A. S.A. c/ Tribunal de Cuentas de la Provincia de Buenos Aires s/ Demanda contencioso administrativa” del 13/09/06.

1- La circunstancia de que la materia tal vez principal del pleito sea de índole constitucional, porque se impugne como inconstitucional una ley en la cual se fundó bien o mal el acto o hecho, no quita al pleito carácter de contencioso administrativo. El propio legislador ha receptado tal criterio al sancionar el nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo (ley 12.008 y modificatorias). El art. 3º del mentado digesto adjetivo prevé que “La competencia contencioso-administrativa no quedará desplazada aun cuando para la resolución del caso fuere necesario declarar la inconstitucionalidad de leyes, de ordenanzas municipales o de actos administrativos de alcance general o particular”, garantizando así la consagrada tutela judicial efectiva.

2- La creación de entes descentralizados bajo formas societarias comerciales y su sometimiento a regímenes de derecho privado, no importa negar carácter público a los fondos que constituyen su capital social. La sociedad así creada celebrará sus relaciones jurídicas, habitualmente, al amparo del derecho privado, mas de ello no se sigue que su patrimonio resulte "privatizado", sino que, por el contrario, continúa siendo público. Si en el caso, el aporte estatal estuvo conformado por el patrimonio neto de la ex D.E.B.A., la transformación jurídica del organismo y su sometimiento a un régimen preponderante de derecho privado, decidida en el marco de una política de organización estatal, no tiene potencialidad para convertir el patrimonio público en capital privado, por lo tanto, su administración no puede quedar exenta de los controles externos instituidos, precisamente, para su defensa.

3- El art. 159 de la Constitución provincial, no permite advertir habilitación constitucional en favor de la Legislatura para establecer excepciones a la competencia atribuida al Tribunal de Cuentas. Surge prístino del enunciado normativo que su competencia no va más allá del dictado de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, sin poder alterar, modificar o limitar las atribuciones que a este órgano le confiere la Constitución provincial.

ACUERDO

En la ciudad de La Plata, a 13 de septiembre de dos mil seis, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el

siguiente orden de votación: doctores Roncoroni, Negri, Pettigiani, Kogan, Genoud, de Lázari, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa B. 54.015, "E.S.E.B.A. S.A. contra Tribunal de Cuentas de la Provincia de Buenos Aires. Demanda contencioso administrativa".

ANTECEDENTES

I- La Empresa Social de Energía de Buenos Aires Sociedad Anónima -en adelante E.S.E.B.A. S.A.- promueve acción contencioso administrativa pretendiendo la declaración de nulidad de la Resolución del Tribunal de Cuentas de fecha 27 de marzo de 1991, por la cual este organismo se declaró competente para ejercer el contralor sobre la sociedad, asignando el estudio de la respectiva rendición de cuentas a la Vocalía de la División Reparticiones Autárquicas. Impugnado oportunamente tal decisorio, fue mantenido en todos sus términos por el Tribunal de Cuentas, mediante Resolución de fecha 19 de junio de 1991.

Sostiene que el art. 10 de la ley 10.904 la ha exceptuado de la aplicación de las leyes y reglamentos concernientes a la administración y al patrimonio provincial. Ello -explica- resulta consecuencia del acto de creación, en el que se determinó la naturaleza privada del ente, ajustado a las normas propias de la Ley de Sociedades Comerciales 19.550 (sociedad anónima con participación estatal mayoritaria).

Entiende que la resolución impugnada lesiona su derecho, por cuanto al otorgar prevalencia a la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas 10.869, la sujeta a rendir cuentas, procedimiento que necesariamente importa requerimientos de información, documentación y conocimientos de procedimientos internos de la sociedad, que quedaría sujeta no sólo a la consiguiente publicidad de sus actos, sino también ella misma y las personas a través de las que ésta actúa, a la facultad sancionatoria del mentado Tribunal.

Aduce que para dictar la resolución del 27 de marzo de 1991 el Tribunal de Cuentas declaró la inconstitucionalidad del art. 10 de la ley 10.904, por contravenir el entonces art. 147 -actual art. 159- de la Constitución provincial, que atribuye al Tribunal de Cuentas el examen de las cuentas de percepción e inversión de las rentas públicas provinciales, sosteniendo que ésta disposición debe prevalecer sobre el cuestionado art. 10, en mérito a su rango constitucional.

Señala que, conforme lo destaca en forma unánime la doctrina y jurisprudencia, la declaración de inconstitucionalidad no es cuestión que pueda formular un órgano

administrativo, en tanto su actuación debe ajustarse a la ley, no pudiendo excederse de ella. Refiere que su obligación es cumplir y ejecutar la ley, cabiéndole solo plantear su inconstitucionalidad ante el Poder Judicial en los casos y bajo los procedimientos judiciales establecidos o promover su derogación ante el Poder Legislativo.

Con tal base -señala- no cabe sino ampararse en las disposiciones de la ley 10.904 y en las del estatuto social configurado en base a ella. Es así que tratándose E.S.E.B.A. S.A. de una sociedad comercial tipificada en la ley 19.550 y sus modificatorias, su accionar se ha ajustado a dicha normativa de fondo, estatuyendo un régimen de contralor que encaja perfectamente en sus previsiones.

Argumenta que el sistema de contralor a cargo del Consejo de Vigilancia en el marco de la ley de fondo es suficiente garantía para los accionistas; en el caso, el Estado provincial tiene en dicho órgano una forma de contralor, adecuada y eficaz que no enerva el desenvolvimiento societario y que se compadece con su naturaleza como que es una institución de amplia difusión en el derecho comercial comparado.

Por otra parte destaca que el art. 1º de la ley 10.904 atribuyó al Ministerio de Obras y Servicios Públicos de vastas facultades de planificación, control y fiscalización, para el seguimiento de las finalidades públicas concernientes al objeto societario.

Posteriormente, el decreto 1.852/90 dio forma de entidad autárquica a dicho organismo bajo el nombre de Dirección de la Energía de la Provincia de Buenos Aires (D.E.B.A.), decreto posteriormente ratificado por ley 11.081. Subraya que, en consecuencia, ya no se trata de un órgano de contralor genérico como la S.I.G.E.P., sino de una entidad administrativa con funciones específicas de contralor respecto de E.S.E.B.A. S.A.

En definitiva, destaca que el Consejo de Vigilancia, como órgano de contralor interno propio de la sociedad anónima, y la actual D.E.B.A. como órgano de control público destinado a ejercer el control externo en uso de las facultades del Estado provincial, configuran el sistema de fiscalización establecido por el legislador.

Por lo demás, aduce que la ley 19.550 ha establecido el régimen de control de las sociedades, lo que impide toda injerencia externa de órganos locales en lo que hace al desenvolvimiento de la sociedad, salvo el contralor estatal previsto en el art. 299 de la mentada ley; que al dictar la ley 10.904 la legislatura provincial ha actuado en ejercicio de las facultades que derivaban del entonces art. 90 -actual 103- inc. 13 de la Constitución, evaluando y decidiendo en función de las concretas circunstancias existentes y en atención a especiales razones de oportunidad, mérito y conveniencia.

Sostiene que la Constitución local ha deferido a la Legislatura el dictado de la ley del Tribunal de Cuentas, circunstancia que supone la atribución de determinar en que supuestos el referido Organismo no será competente para examinar las cuentas de percepción e inversión, lo que ha sucedido en el caso.

Hace reserva del caso federal.

II.1. Al contestar la demanda, el Fiscal de Estado solicita su desestimación, en base a los siguientes fundamentos:

a) E.S.E.B.A. S.A. es una sociedad anónima con participación estatal mayoritaria, regida por la ley 19.550. Estas sociedades se caracterizan por ser creadas por el Estado, quien es propietario de las acciones que representan por lo menos el 51% del capital, lo que le debe permitir prevalecer en asambleas ordinarias y extraordinarias. Por lo tanto, si bien desde una perspectiva estas sociedades aparecen regidas por el derecho común, desde otra tienen un carácter eminentemente público. Ello así por cuanto se originan en actos administrativos, se constituyen con dinero público, quienes concurren en representación de la Administración lo hacen como funcionarios del Estado, el Estado tiene predominio en el gobierno y administración del ente por designar a la mayoría de los administradores, controlando la voluntad social, y los fines de la sociedad son públicos, al ser coincidentes con el interés del socio mayoritario.

b) La existencia de fondos públicos en estas sociedades plantea el problema de determinar cómo debe controlarse el patrimonio estatal. La magnitud de los intereses patrimoniales que el Estado tiene en dicho ente requiere el control por parte de un órgano externo (Tribunal de Cuentas), distinto del que ejerce esa misma función cuando los intereses en juego incumben solamente a particulares (Dirección Provincial de Personas Jurídicas).

c) Por lo demás ello viene impuesto por el actual art. 159 de la Constitución provincial: en tal sentido el art. 10 de la ley 10.904 deviene inconstitucional, pues es obvio que una disposición legal no puede soslayar la aplicación de normas de orden constitucional. El régimen normativo impuesto a las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria por la ley 19.550 no resulta incompatible con el art. 159 de la Constitución provincial. A todo evento, aun en caso de colisión normativa, destaca que las provincias conservan todo el poder no delegado al gobierno federal, en especial en lo atinente a darse sus propias instituciones y regirse por ellas.

Concluye señalando que la adopción de un régimen de derecho privado no puede servir de excusa para excluir las funciones propias de contralor del Tribunal de Cuentas, toda vez que encuentran sólido sustento constitucional.

2. Por otra parte niega que el Tribunal de Cuentas haya declarado la inconstitucionalidad del art. 10 de la ley 10.904. A su juicio tal organismo se limitó a considerar aplicable a E.S.E.B.A. S.A. el art. 159 de la Constitución de la Provincia, trayendo a colación la opinión de calificada doctrina científica que sustenta la posibilidad de que los órganos administrativos se abstengan de aplicar una ley en supuestos en que la consideren groseramente inconstitucional.

3. A todo evento plantea la inconstitucionalidad del art. 10 de la ley 10.904 en relación con el art. 159 de la Constitución local.

Sostiene, con sustento en el art. 57 de la Constitución provincial, que toda ley contraria a los preceptos de la ley fundamental local, serán inconstitucionales y no podrán ser aplicados por los jueces. Aduna doctrina del Alto Tribunal nacional según la cual todos los jueces -sin importar su jerarquía o fuero- tienen el deber de interpretar y aplicar ante todo la Constitución en las causas cuyo conocimiento les corresponde ("Fallos", 149:122; 254:437; 256:104; 263:296; 302:1325; 311:2484).

Además, destaca que la petición es procedente, dado que no se trata de una típica reconvención, ya que el acogimiento del planteo formulado no tiene como efecto obtener una condena contra la parte actora, sino tan sólo el rechazo de su pretensión.

Hace reserva del caso federal.

III. Al contestar el traslado del planteo de inconstitucionalidad del art. 10 de la ley 10.904, la accionante refiere que resulta improponible y ajeno al marco del presente proceso.

A su juicio, la acción de inconstitucionalidad debe canalizarse exclusivamente por la vía prevista por el art. 683 y sges. del Código Procesal Civil y Comercial, resultando ajena al marco de la acción contencioso administrativa.

En consecuencia, requiere su rechazo.

IV. Siendo que la única prueba ofrecida por las partes consistió en la documental acompañada y en las actuaciones administrativas agregadas sin acumular (fs. 107), habiendo alegado sobre su mérito ambas partes (fs. 110/111 y 112/113), los autos fueron pasados en vista al Procurador General (fs. 114), quien consideró que no correspondía su intervención en autos (fs. 115).

Encontrándose la causa en estado de ser resuelta, corresponde plantear y votar las siguientes

CUESTIONES

1ª) ¿Es admisible el planteo de inconstitucionalidad del art. 10 de la ley 10.904 efectuado por la Fiscalía de Estado al contestar la demanda?

2ª) ¿Es fundada la demanda?

VOTACION

A la primera cuestión planteada, el señor juez, doctor Roncoroni dijo:

I.a) Como quedara expuesto en el relato de los antecedentes, E.S.E.B.A. S.A. pretende la declaración de nulidad de la Resolución dictada el 27 de marzo de 1991 por el Tribunal de Cuentas, por la cual resolvió "declarar que en cuanto hace a la materia de su competencia, en el caso particular de la sociedad anónima con participación estatal mayoritaria 'Empresa Social de la Energía de Buenos Aires Sociedad Anónima' (ESEBA) son aplicables las normas del artículo 147 inc. 1º de la Constitución Provincial y Ley Orgánica nº 10.869 modificada por Ley 10.876, sin perjuicio de las disposiciones que regulan su funcionamiento y de la forma que oportunamente se adopte para realizar su contralor" (ver copia a fs. 28/30).

b) A fin de sostener la ilegalidad de tal decisorio, la accionante señala:

1) Que el art. 10 de la ley 10.904 establece que "No serán aplicables a ESEBA S.A. ninguna de las disposiciones legales o reglamentarias vinculadas a la Administración Provincial o al patrimonio público o privado del Estado Provincial".

2) Que la Constitución ha deferido a la Legislatura el dictado de la ley del Tribunal de Cuentas, lo que supone la atribución de determinar en que supuestos tal Organismo no será competente para examinar las cuentas de percepción e inversión, lo que sucede en el caso.

3) Que el Tribunal de Cuentas careció de atribuciones para declarar la inconstitucionalidad del mentado art. 10 de la ley 10.904.

4) Que por su naturaleza (sociedad anónima con participación estatal mayoritaria), sólo debe ajustarse a las disposiciones de la Ley de Sociedades Comerciales, norma que, entre sus previsiones, contempla un adecuado régimen de contralor (consejo de vigilancia).

5) Que, sin perjuicio de ello, el art. 1º de la ley 10.904 atribuyó al Ministerio de Obras y Servicios Públicos vastas facultades de planificación, control y fiscalización, para el

seguimiento de las finalidades públicas concernientes al objeto societario, competencia que posteriormente fue atribuida a la Dirección de la Energía de la Provincia de Buenos Aires. De tal forma el control externo del ente se encuentra asegurado.

II. Para oponerse a la procedencia de la demanda, el Fiscal de Estado sostiene que:

1) ESEBA S.A. ha sido creada por el Estado, quien es propietario de por lo menos el 51% del capital social; por tal motivo tiene predominio en el gobierno y administración del Ente; quienes concurren en representación de la Administración lo hacen como funcionarios del Estado; los fines de la sociedad son públicos.

Todos estos elementos le confieren un carácter eminentemente público, sin perjuicio de que su funcionamiento se rija por el decreto ley 19.550.

2) La existencia de fondos públicos exige determinar la forma de control del patrimonio estatal.

3) El actual art. 159 de la Constitución provincial impone el control de las cuentas de percepción e inversión de las rentas públicas, razón suficiente para considerar inconstitucional el art. 10 de la ley 10.904.

4) El régimen establecido por la Ley de Sociedades Comerciales para las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria no resulta incompatible con la mentada cláusula constitucional provincial. Aun cuando así no fuera, en caso de producirse una colisión normativa, habrán de prevalecer las cláusulas constitucionales locales, máxime cuando las provincias conservan todo el poder no delegado al gobierno federal, en especial en lo atinente a darse sus propias instituciones y regirse por ellas.

5) El Tribunal de Cuentas no declaró la inconstitucionalidad del art. 10 de la ley 10.904, sino que sólo decidió su inaplicabilidad, otorgando prioridad a la cláusula contenida en el art. 159 de la Constitución provincial.

III. Expuestos los argumentos de las partes, cabe pues, adentrarnos en el examen de la primera cuestión propuesta, esto es, dilucidar si resulta fundada la oposición de la accionante al cuestionamiento que sobre la constitucionalidad del art. 10 de la ley 10.904 efectúa la Fiscalía de Estado al contestar la demanda.

Anticipo mi rechazo a la articulación formulada por E.S.E.B.A. S.A.

A fin de sustentar mi posición considero cabe traer a colación, sintéticamente, los fundamentos de los pronunciamientos emitidos con fecha 3 de marzo de 1998 en las causas B. 53.450, "Molinos Río de La Plata S.A." y B. 51.686, "Cebitronic", oportunidad

en que el Tribunal modificara la doctrina -hasta entonces mayoritaria-, contraria a la acumulación de la cuestión constitucional en el proceso contencioso administrativo.

El planteamiento y decisión de cuestiones constitucionales en el proceso contencioso administrativo -sin que quepa, al respecto, distinguir según la parte que lo articula-, encuentra sustento en dos normas básicas: a) el art. 15 de la Constitución provincial mediante el cual se asegura la tutela judicial continua y el acceso irrestricto a la justicia (conf. art. 8º del Pacto de San José de Costa Rica) y b) la primacía de los principios constitucionales, cuyo observancia impone a los jueces el art. 57 de la Constitución provincial.

Tal como señalara en los mentados decisorios el distinguido colega, doctor de Lazzari "... La circunstancia de que la materia tal vez principal del pleito sea de índole constitucional, porque se impugne como inconstitucional una ley en la cual se fundó bien o mal el acto o hecho, no quita al pleito carácter de contencioso administrativo...)".

En sentido concordante cabe señalar que el propio legislador ha receptado tal criterio al sancionar el nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo (ley 12.008 y modificatorias). En efecto, el art. 3º del mentado digesto adjetivo prevé que "La competencia contencioso-administrativa no quedará desplazada aun cuando para la resolución del caso fuere necesario declarar la inconstitucionalidad de leyes, de ordenanzas municipales o de actos administrativos de alcance general o particular".

Lo expuesto es suficiente para fundar el rechazo de la articulación formulada por la accionante.

Voto por la afirmativa.

A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor Negri dijo:

Respecto al planteo constitucional articulado en autos, he adherido en oportunidades anteriores a la doctrina de este Tribunal que sostiene que la acción contencioso administrativa y la acción originaria de inconstitucionalidad no son susceptibles de acumulación.

Sin embargo, en diversos precedentes afirmé que cuando por las circunstancias particulares del caso se podía advertir que las partes habían ejercido el único modo eficaz posible de reclamar el control judicial de constitucionalidad, debía habilitarse su conocimiento y juzgamiento conjuntamente con la acción intentada.

Evaluando ahora la cuestión a la luz de las disposiciones previstas en el nuevo Código Contencioso Administrativo (ley 12.008, texto según ley 13.101) entiendo que esta

última doctrina es la que debe prevalecer como criterio general desplazando la imposibilidad de acumulación antes sostenida, garantizando así la consagrada tutela judicial efectiva.

Por lo expuesto, voto por la afirmativa.

A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor Pettigiani dijo:

Con relación al tópico de análisis debo destacar que, en los precedentes citados por el señor ministro del primer voto, me pronuncié afirmativamente sobre la posibilidad de abordar el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad en casos en que la fundamentación legal del acto aplicado al impugnante resulte agravante a disposiciones de la ley fundamental provincial.

Ello así, aún en el supuesto de que la tacha sea esgrimida como pretensión autónoma de anulación del acto particular por la inconstitucionalidad de la ley, decreto, ordenanza o reglamento en que aquél se funda. De ese modo, declarada la colisión constitucional de la normativa impugnada, por relación de causa efecto, el acto administrativo carecerá de efectos jurídicos válidos.

Circunstancia que, por otro lado, resulta de plena vigencia en la actualidad a la luz de las previsiones del nuevo Código Contencioso Administrativo (ley 12.008, texto según ley 13.101) ya mencionadas por los ministros preopinantes.

En el caso, es la demandada quien, al argumentar a favor de la licitud de la decisión administrativa cuestionada por la actora, plantea la incompatibilidad del art. 10 de la ley 10.904 con el texto constitucional provincial (arts. 155 y 159), ello a fin de señalar la imposibilidad de sustraer del contralor del Tribunal de Cuentas -cuya competencia deriva directamente del precepto constitucional- a la sociedad accionante. Y sobre este aspecto estructura todo su planteo defensivo.

De allí que el pronunciamiento judicial que en la especie se dicte, en concordancia con lo antes expuesto y conforme a un elemental orden lógico jurídico de razonamiento, deberá abordar la cuestión constitucional ensayada en autos, cuya resolución -necesariamente- proyectará sus efectos sobre la legitimidad de los actos administrativos puestos en crisis.

En consecuencia, juzgo que la objeción planteada por la parte actora debe ser desestimada.

Voto por la afirmativa.

La señora Jueza doctora Kogan, por los fundamentos del señor Juez doctor Roncoroni, votó la primera cuestión también por la afirmativa.

A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor Genoud dijo:

Adhiero a los fundamentos y a la solución que propone el señor Juez del primer voto.

Sólo he de añadir que este Tribunal ha resuelto que el nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo -ley 12.008, texto según ley 13.101- deviene aplicable a las causas iniciadas antes del 15 de diciembre de 2003 en tanto sus normas resulten compatibles con la jurisdicción atribuida a esta Suprema Corte por el art. 215, segunda parte, de la Constitución provincial, con las excepciones previstas en el referido cuerpo legal (art. 78 incs. 2 y 3, ley cit.; causa B. 64.996, "Delbés", res. del 4-II-2004).

De ese modo, siendo que supuesto en tratamiento se encuentra previsto en dicho ordenamiento (art. 3, ley cit.), voto por la afirmativa.

Costas por su orden (arts. 17, C.C.A.; 78 inc. 3, ley 12.008, texto según ley 13.101).

A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor de Lazzari dijo:

Adhiero a los fundamentos y a la solución propuesta por el señor Juez del primer voto.

Este Tribunal dictó sentencia en las causas B. 51.686, "Cebitronic" y B. 53.450, "Molinos Río de la Plata S.A. (ex Tres Cruces S.A.I.C. y F.)" resolviendo -por mayoría- la admisión de pretensiones declarativas de la inconstitucionalidad de la disposición en la que el acto impugnado se basa, en el seno del proceso administrativo.

En el mismo sentido el art. 3 de la ley 12.008 prevé que "la competencia contencioso administrativa no quedará desplazada aún cuando para la resolución del caso fuere necesario declarar la inconstitucionalidad de leyes, de ordenanzas municipales o de actos administrativos de alcance general o particular".

Voto por la afirmativa.

Costas por su orden (arts. 17, C.C.A.; 78 inc. 3, ley 12.008, texto según ley 13.101).

A la segunda cuestión planteada, el señor Juez doctor Roncoroni dijo:

I- En sustancia, el núcleo de la cuestión consiste en determinar si el Tribunal de Cuentas posee atribuciones para ejercer el contralor sobre E.S.E.B.A. S.A.

El principal escollo resulta de la letra del art. 10 de la ley 10.904, en tanto establece que "No serán aplicables a ESEBA S.A. ninguna de las disposiciones legales o reglamentarias vinculadas a la Administración Provincial o al patrimonio público o privado del Estado Provincial".

La claridad de la cláusula deja al desnudo la voluntad del legislador contraria al ejercicio del mentado contralor.

II- Considero necesario, previo a ingresar de lleno en el análisis de la cuestión, detener por un momento la atención en las características de E.S.E.B.A. S.A.

a) Mediante la ley 10.904 se decidió transformar la Dirección de Energía de la Provincia de Buenos Aires (D.E.B.A.) en la Empresa Social de Energía de Buenos Aires, bajo el régimen de una sociedad anónima con participación estatal mayoritaria. Al efecto, el art. 2º de la referida ley autorizó al Poder Ejecutivo a constituir, sobre la base del patrimonio neto de la actual D.E.B.A., que resultara luego de excluir el pasivo a que se refiere el art. 6º, una sociedad anónima con participación estatal mayoritaria bajo el régimen de la ley 19.550 (cap. II, sección VI), la que tendrá personería jurídica plena y capacidad para actuar pública y privadamente en cumplimiento de su objetivo, y la cual contraerá la obligación de asegurar la plena normalización y eficiencia en la prestación del servicio dentro de la jurisdicción a su cargo.

b) Las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria constituyen una de las formas jurídicas que el Estado puede adoptar para descentralizar su gestión.

Son entidades dotadas de personalidad jurídica y patrimonio propio, creadas por ley, regidas estructuralmente por el derecho privado, siendo su objeto habitual la explotación de actividades económicas.

Dos resultan ser sus características definitorias:

- 1.** Que por lo menos el cincuenta y uno por ciento (51%) del capital social pertenezca al Estado;
- 2.** Que la participación estatal en el capital social sea suficiente como para que su voluntad pueda prevalecer en las asambleas ordinarias y extraordinarias.

III- Con tal piso de marcha entiendo se impone analizar dos aspectos esenciales para la resolución del caso:

a) Si el patrimonio y el giro económico de E.S.E.B.A. pueden ser conceptualizados como renta pública, y

b) En caso afirmativo, si la cláusula constitucional prevista en el art. 159 de la Constitución provincial habilita al Poder Legislativo a establecer excepciones a la actividad de control atribuida al Tribunal de Cuentas.

IV- La creación de entes descentralizados bajo formas societarias comerciales y su sometimiento a regímenes de derecho privado, a mi juicio, no importa negar carácter

público a los fondos que constituyen su capital social. La sociedad así creada celebrará sus relaciones jurídicas, habitualmente, al amparo del derecho privado, mas de ello no se sigue que su patrimonio resulte "privatizado", sino que, por el contrario, continúa siendo público.

En el caso, el aporte estatal estuvo conformado por el patrimonio neto de la ex D.E.B.A. La transformación jurídica del organismo y su sometimiento a un régimen preponderante de derecho privado, decidida en el marco de una política de organización estatal, no tiene potencialidad para convertir el patrimonio público en capital privado.

Siendo así, su administración no puede quedar exenta de los controles externos instituidos, precisamente, para su defensa.

Lo expuesto es suficiente para considerar que el capital social y giro de E.S.E.B.A. constituyen renta pública y fondos públicos, en los términos de los incs. 1º y 2º del art. 159 de la Constitución provincial.

V-a) Para comenzar a hacer camino en el análisis del segundo punto propuesto, un inmejorable punto de partida es el brindado por el art. 159 de la Constitución provincial.

Reza tal cláusula: "La legislatura dictará la ley orgánica del Tribunal de Cuentas. Este se compondrá de un presidente abogado y cuatro vocales contadores públicos, todos inamovibles, nombrados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado. Podrán ser enjuiciados y removidos en la misma forma y en los mismos casos que los jueces de las Cámaras de Apelación.

Dicho tribunal tendrá las siguientes atribuciones:

1º) Examinar las cuentas de percepción e inversión de las rentas públicas, tanto provinciales como municipales, aprobarlas o desaprobarlas y en este último caso, indicar el funcionario o funcionarios responsables, como también el monto y la causa de los alcances respectivos.

2º) Inspeccionar las oficinas provinciales o municipales que administren fondos públicos y tomar las medidas necesarias para prevenir cualquier irregularidad en la forma y con arreglo al procedimiento que determine la ley.

Las acciones para la ejecución de las resoluciones del Tribunal corresponderán al Fiscal de Estado".

La lectura de la cláusula transcripta -contrariamente a lo sostenido por la accionante- no permite advertir habilitación constitucional en favor de la Legislatura para

establecer excepciones a la competencia atribuida al Tribunal de Cuentas. Surge prístino del enunciado normativo que su competencia no va más allá del dictado de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, sin poder alterar, modificar o limitar las atribuciones que a este órgano le confiere la Constitución provincial.

Por lo expuesto, al establecer en el art. 10 de la ley 10.904 que "No serán aplicables a ESEBA S.A. ninguna de las disposiciones legales o reglamentarias vinculadas a la Administración Provincial o al patrimonio público o privado del Estado Provincial", la Legislatura se ha excedido notoriamente en sus atribuciones, desconociendo una manda jerárquicamente superior, lo que impone la descalificación de tal dispositivo legal.

b) Si bien el reproche formulado -sustentado en la clara interpretación gramatical del texto constitucional-, resulta suficiente para descalificar la constitucionalidad del art. 10 de la ley 10.904, no pueden perderse de vista los motivos que llevaron a la inserción de controles externos como reaseguro del patrimonio estatal.

b.1.) Al respecto cabe advertir que, aun con un sistema de control institucional distinto al provincial, la Nación creó en su momento la Sindicatura General de Empresas Públicas (ley 21.801) a fin de asegurar el control externo de las empresas de propiedad total o mayoritaria del Estado.

El actual sistema, establecido mediante ley 25.164, consolidado por la reforma constitucional de 1994 -que otorgó rango constitucional a la Auditoría General de la Nación, atribuyéndole "... el control de legalidad, gestión y auditoría de toda la administración pública centralizada y descentralizada, cualquiera fuera su modalidad de organización..." quien "... Intervendrá necesariamente en el trámite de aprobación o rechazo de las cuentas de percepción e inversión de los fondos públicos" (art. 85)-, incluye a tales entes entre los sometidos al control.

Lo expuesto pone de relieve que en el orden nacional los controles internos de la sociedad fueron juzgados insuficientes, instituyéndose -sin perjuicio de la forma jurídica descentralizada del ente- mecanismos de contralor externos en resguardo del patrimonio nacional.

b.2.) La situación en la Provincia de Buenos Aires se presenta aún con mayores exigencias, por cuanto desde la propia Constitución se vertebra una sólida estructura de control institucional, imponiendo a distintos órganos el ejercicio de atribuciones tendientes a asegurar la protección del patrimonio provincial.

En particular, respecto del Tribunal de Cuentas, cabe destacar que desde su incorporación en la Constitución de 1889, tal órgano ha mantenido su sustento

constitucional -más allá de las reformas de 1934 (art. 147) y de 1994 (art. 159)- hasta el presente.

Para comprender la razón de ser del organismo, quizá convenga traer a colación lo manifestado por el Convencional Constituyente, señor Ortiz de Rozas, en la sesión del 27 de junio de 1889: "... suponiendo que la Legislatura tuviera tiempo y voluntad de ocuparse del examen minucioso de los asuntos de la Administración, no sería buen juez, porque es una corporación esencialmente política, mala para administrar y mala para intervenir en todas estas cuestiones; habría poca garantía para aquéllos que no estuviesen representados por sus amigos políticos y habría demasiada lenidad para aquéllos cuyos amigos formasen las cámaras.

Es necesario buscar fuera de esta afinidad, fuera de esta enemistad, jueces imparciales que examinen esas cuentas, las aprueben o desaprueben y tengan facultad para compeler a los administradores de los caudales públicos al cumplimiento de su deber y medios legales de hacer efectiva la responsabilidad.

A ese fin, señor Presidente, y sin introducir por otra parte una novedad, desde que es una forma de control establecida en varios países, ha creído la Comisión conveniente proponer a la Convención la creación de este Tribunal" (la negrita me pertenece). (Convención Constituyente de 1889. Diario de Sesiones; págs. 293/294).

c) Establecido que el patrimonio y giro de E.S.E.B.A. S.A. constituyen renta y fondos públicos, no cabe sino reconocer al Tribunal de Cuentas habilitación competencial para ejercer sobre ésta el contralor que la Constitución le atribuye.

En definitiva, la previsión constitucional no puede ser soslayada con el simple mecanismo de acudir a formas societarias del derecho privado, resultando inadmisibles reconocer a otros órganos -internos o externos al ente (art. 6º, ley 10.904)-, el ejercicio del contralor que constitucionalmente corresponde al Tribunal de Cuentas.

VI- En atención a la forma en que propongo sea resuelta la causa, considero innecesario pronunciarme sobre la atribución del Tribunal de Cuentas -en tanto tribunal administrativo- para pronunciarse sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes.

Ello por cuanto cualquiera fuera el pronunciamiento que en definitiva se adoptare al respecto, no produciría efecto alguno en autos a partir de la invalidez constitucional del art. 10 de la ley 10.904 aquí postulada, siendo vedado a los jueces, en el ejercicio de su ministerio, efectuar declaraciones académicas o abstractas.

VII- Por las razones expuestas, considero que la demanda debe ser rechazada.

Voto por la negativa.

Costas por su orden (arts. 17, C.P.C.A.; 78 inc. 3, ley 12.008, texto según ley 13.101).

El señor Juez doctor Negri, por los fundamentos expuestos por el doctor Roncoroni, dio su voto a la segunda cuestión planteada por la negativa.

A la segunda cuestión planteada, el señor Juez doctor Pettigiani dijo:

Adhiero al voto del doctor Roncoroni.

Voto por la negativa.

Los señores jueces doctores Kogan y Genoud, por los fundamentos del señor Juez doctor Roncoroni, votaron la segunda cuestión planteada por la negativa.

A la segunda cuestión planteada, el señor Juez doctor de Lazzari dijo:

Adhiero a los fundamentos y solución que propone el señor Juez del primer voto.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

SENTENCIA

Por los fundamentos expuestos en el acuerdo que antecede, se rechaza la demanda interpuesta.

Las costas se imponen por su orden (arts. 17, ley 2961; 78 inc. 3º, ley 12.008, texto según ley 13.101).

Por su actuación profesional en autos, régulanse los honorarios de los doctores Raúl E. Escaray y Roberto Alfredo Borean en las sumas de pesos ... y de pesos ..., respectivamente (arts. 1, 10, 14, 15, 16, 21, 22, 44 inc. "a", 51 y 54, decreto ley 8.904/1977), cantidades a las que se deberá adicionar el 10% (ley 8455).

Regístrese y notifíquese. Firmado Dres. Francisco H. Roncoroni; Héctor Negri; Luis E. Genoud; Hilda Kogan; Eduardo J. Pettigiani; Eduardo N. de Lazzari.