



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida

e Islas del Atlántico Sur

República Argentina

FISCALÍA DE ESTADO

B.O. 1696

13/1/03

38

Tramita por ante esta Fiscalía de Estado de la Provincia el expediente de nuestro registro N° 67/02, caratulado: "s/SOLICITA SE DETERMINE SI FUNCIONARIOS DEL IPAUSS HAN INCURRIDO EN CONDUCTAS LESIVAS AL INTERÉS DEL SERVICIO PÚBLICO QUE BRINDA EL CITADO ORGANISMO", el que se iniciara con motivo de la recepción de la Nota N° 719/2002 SECRETARÍA GENERAL I.P.A.U.S.S. obrante a fs. 1.

En primer término debo decir que el suscripto se ha avocado a las presentes actuaciones con motivo de la excusación de fs. 22 del Sr. Fiscal de Estado, y de acuerdo a lo prescripto por el artículo 6° de la ley N° 3.

Efectuada la consideración precedente corresponde señalar que a través de la citada Nota N° 719/2002 SECRETARÍA GENERAL I.P.A.U.S.S., el Sr. Presidente del Instituto Provincial Autárquico Unificado de la Seguridad Social (en adelante I.P.A.U.S.S.) remite "copia de las Actas de Directorio Nros. 17 a 21 de este Instituto, de las cuales surge la no asistencia a las mismas de los Sres. Directores: el Sr. Director por la Municipalidad de Ushuaia Dn. Luis Alberto ROMANO, el Sr. Director por la Municipalidad de Río Grande el Sr. Director (sic) Pablo BLANCO, el representante por los Afiliados Activos Lic. José Carlos MARTÍNEZ y la Sra. Directora representante de las Afiliados Activos Sra. María Rosa DÍAZ, y la Sra. Directora representante de los Afiliados Pasivos Dña. Carmen VALENCIA"; solicitando en consecuencia, "determine si dichos funcionarios han incurrido en conductas lesivas al interés del Servicio Público que brinda el Instituto, y si dicha conducta provocaría perjuicio fiscal".

Ante ello, se efectuó requerimiento al Sr. Presidente del I.P.A.U.S.S. mediante la Nota F.E. N° 773/02 (fs. 25), en el que además se le informó a dicho funcionario que la cuestión referida al presunto perjuicio fiscal era de competencia del Tribunal de Cuentas de la Provincia; obteniéndose respuesta a través de la Nota N° 771/2002 SECRETARÍA GENERAL I.P.A.U.S.S. de fs. 69, a la que se adjuntó la documentación obrante a fs. 26/68; la que fuera ampliada por la Nota N° 784/2002 SECRETARÍA GENERAL I.P.A.U.S.S. (fs. 70).

Debo decir que la respuesta obtenida al requerimiento formulado ha distado de ser satisfactoria, tal como más adelante se

observará; no obstante lo cual seguidamente he de expedirme respecto a la cuestión planteada.

A tal fin, en primer término cabe puntualizar que corresponde excluir del presente análisis a la reunión extraordinaria del día 7 de noviembre del corriente (que previo cuarto intermedio se reanudó el día 12 del mismo mes y año; véase fs. 18); a la que se refiere el Acta N° 18 de fs. 14/8; pues de esta última surge que a la citada reunión concurrió la totalidad de los integrantes del Directorio del I.P.A.U.S.S. (véase fs. 14 y 18).

En cuanto a la reunión ordinaria del día 31 de octubre del corriente (que previo cuarto intermedio se reanudó el día 5 de noviembre del corriente; véase fs. 7); a la que se refiere el Acta N° 17 de fs. 2/13; constituye un caso especial que será abordado más adelante; pues allí, la cuestión a analizar son las consecuencias de la decisión de ausentarse de algunos de los integrantes del Directorio, ello al intentar tratarse el punto decimosexto del orden del día (véase fs. 13).

Efectuadas las aclaraciones precedentes; cabe referirse a la reunión extraordinaria convocada para el día 28 de noviembre del corriente, a que se refiere el Acta N° 19 de fs. 19.

De la citada Acta surge la ausencia de los integrantes del Directorio del I.P.A.U.S.S. Luis Alberto Romano; Pablo Blanco; José Carlos Martínez; María Rosa Díaz y Carmen Valencia; pero no obstante haberse requerido mediante la Nota F.E. N° 773/02 "*todo antecedente vinculado al asunto (v.gr. ...**notificación a los funcionarios ausentes**, etc.)*"; no se han arrojado los **elementos mínimos** para expedirme sobre el particular; motivo por el cual, no me es posible opinar sobre las mencionadas ausencias.

A fs. 20 obra Acta N° 20 correspondiente a la reunión extraordinaria convocada para el día 29 de noviembre del corriente (según surge de fs. 29, entre otras, para las 12.00 hs.), indicándose allí la ausencia de los integrantes del Directorio del I.P.A.U.S.S. Luis Alberto Romano; Pablo Blanco; José Carlos Martínez; María Rosa Díaz y Carmen Valencia.

Con referencia a dicha convocatoria debo decir que las notificaciones realizadas a los miembros del Directorio antes citados, no han sido efectuadas en debido tiempo y/o forma.



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida

e Islas del Atlántico Sur

República Argentina

FISCALIA DE ESTADO

En tal sentido corresponde puntualizar que no existe constancia fehaciente alguna respecto la notificación al Director Luis Alberto Romano, pues la frase "*Dctor Luis Romano se convocó por T.E. con Dr. Plomer 19.09 hs. 28/11/2002*" (fs. 30), seguida de una firma supuestamente perteneciente al Administrador General del I.P.A.U.S.S.; **carece de todo valor como constancia de notificación**; a la par que se invoca un procedimiento de notificación **notoriamente improcedente** (la vía telefónica).

Similar observación cabe formular respecto a la notificación al Director Pablo Blanco, aunque en este caso cabe señalar que conforme fax del 29/11/02 (11.46 AM) el mismo admite que "*fui notificado hoy a las 9,30 hs, vía telefónica por mi Secretaria Privada*"; pero agrega que "*me es imposible concurrir a dicha sesión*", ello "*por compromisos asumidos en la Ciudad de Río Grande, anteriormente a la convocatoria de la sesión del día de la fecha*" (véase fs. 28).

Y aquí he de referirme a otra causal para considerar que no sólo la notificación al Director Pablo Blanco, sino también a los Directores José Carlos Martínez; María Rosa Díaz y Carmen Valencia no ha sido correctamente realizada para la reunión extraordinaria del día 29 de noviembre del corriente; la que está referida al escaso tiempo que medió entre la notificación a los mismos y la fecha y horario fijada para la reunión.

Si bien el artículo 9º de la ley N° 534 establece que las "sesiones especiales" deben convocarse con tres (3) días de anticipación; pero admite que dicho lapso de tiempo "*podrá ser reducido en caso de reputarse por los convocantes necesaria tal reducción*"; no puede haber duda alguna, que esta última alternativa debe utilizarse con **razonabilidad**; criterio que **obviamente alcanza a la antelación con que deben efectuarse las notificaciones a los miembros del Directorio**; lo que no ha sido respetado en la convocatoria a los Directores Blanco; Martínez; Díaz y Valencia para la reunión del día 29/11/02.

En efecto, según lo expresado por el Director Blanco en el fax antes referido; la "comunicación" de que a las **12 hs. del 29/11/02** había reunión de Directorio se realizó a las **9.30 hs. de ese mismo día, estando en la ciudad de Río Grande (la reunión se realizaba en Ushuaia)**, de lo

que se dejó constancia en el Acta N° 20 (fs. 20). Entiendo que aún un lego en la materia, comprenderá que el lapso de tiempo que medió entre la "comunicación" al Sr. Blanco (quien se encontraba en la ciudad de Río Grande) y la fecha y horario de reunión, resultó **notoriamente irrazonable**.

Y dicha irrazonabilidad se ve agravada en los casos de Martínez; Díaz y Valencia.

En el caso del Director José Martínez, de acuerdo a la documentación arrojada, se le notificó de la reunión fijada para las **12.00** hs. del **29/11/02 en la ciudad de Ushuaia**; a las **11.20 hs. del mismo 29/11/02** en, supuestamente (en éste, como en los demás casos, no se ha remitido a este organismo de control documentación que acredite cuál es el domicilio donde debían efectuarse las notificaciones), su domicilio en la ciudad de Río Grande (fs. 30 vta.).

Además, a fs. 41 vta. obra "CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN", cuyas razones no han sido explicitadas, y en la que se lee:

"SE DEJA CONSTANCIA QUE AL NO CONTAR CON DOMICILIO FEHACIENTE DEL SR. DIRECTOR POR ACTIVOS, MARTÍNEZ JOSÉ CARLOS, EN LA CIUDAD DE USHUAIA Y A INDICACIÓN DE LA SRA. MATTEAZZI SOLEDAD SE PROCEDIÓ A ADOSAR A LA PUERTA DEL DOMICILIO DE AUSTRAL 2462 DE ESTA CIUDAD, EL PRESENTE ORDEN DEL DÍA, SIENDO LAS 11.30 HS. A LOS 29 DÍAS DEL MES DE NOVIEMBRE DE 2002." (el destacado me pertenece).

Como se observa, dejando de lado las serias objeciones que merece la segunda notificación (la constancia comienza puntualizando que no se cuenta en Ushuaia con domicilio fehaciente de la persona a notificar); tanto esta última como la primera se realizaron prácticamente sobre el horario de reunión, lo que resulta a todas luces irrazonable.

Con relación a la Directora María Rosa Díaz, según surge de fs. 40 vta. **"SE PROCEDIÓ A ADOSAR A LA PUERTA DEL DOMICILIO DE 245 VIVIENDAS TIRA 14 "A" DE ESTA CIUDAD, EL PRESENTE ORDEN DEL DÍA, SIENDO LAS 11.35 HS. A LOS 29 DÍAS DEL MES DE NOVIEMBRE DE 2002"** (el destacado me pertenece); lo que no resulta razonable conforme lo expresado en la última parte del párrafo precedente con relación a la



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida

e Islas del Atlántico Sur

República Argentina

FISCALIA DE ESTADO

notificación al Director Martínez; y por otra parte, en un acto **carente de todo valor** se dejó *"constancia que el día 28 de Noviembre del corriente año, la Sra. Directora María Rosa DÍAZ, se notificó del Orden del Día dispuesto para el día 29/11/02, que se encontraba en la PC de la Secretaría General"* (fs. 42).

Por último, en el caso de la Sra. Carmen Valencia se realizaron o intentaron realizar tres notificaciones (véanse fs. 32 vta. - en donde consta la negativa a recepcionar el orden del día, pues quien se encontraba en el domicilio en el que se pretendió realizar la notificación afirmó que la casa no era el domicilio real de la Sra. Valencia -; 36 vta. - precedida la "constancia" con la aclaración de que no se cuenta con "domicilio fehaciente" de la citada Directora en Ushuaia -; y 44 vta. - en donde ni siquiera se indica el lugar donde se realiza o pretende realizar la notificación-); todas en horarios muy cercanos al de realización de la reunión, motivo por el cual aquí también cabe considerar irrazonable la anticipación con que se efectuaron las notificaciones.

En síntesis, por las razones precedentemente expuestas, es mi opinión que no es posible formular reproche a los miembros del Directorio ausentes en la reunión prevista para las 12.00 hs. del día 29 de noviembre del corriente; aún cuando hubiera sido deseable que los mismos hubieran expuesto las razones de sus ausencias.

De las actas a las cuales aludiera el Sr. Presidente del I.P.A.U.S.S. en su nota de fs. 1, resta referirse a la N° 21 (fs. 21); vinculada a la reunión extraordinaria convocada para las 14.00 hs. del día 3 del corriente (fs. 33); y a la cual no asistieran los Directores Romano; Blanco; Martínez; Díaz y Valencia.

En el presente supuesto, sin perjuicio de señalar que en algunos casos se reincidió en conductas ya observadas (v.gr. véase fs. 39 vta.); cabe afirmar que las notificaciones se realizaron en debida forma y tiempo, razón por la cual, a la luz de la documentación arrojada, la ausencia de los Directores citados en el párrafo precedente sería injustificada.

En dicha línea de pensamiento, corresponde ahora analizar cuales son las acciones que cabría desarrollar ante dicha

circunstancia; cabiendo comenzar expresando que la ley N° 534 no ha previsto dicha situación.

Asimismo mediante la Nota N° 784/2002 SECRETARÍA GENERAL I.P.A.U.S.S. se ha informado que en el ámbito del Directorio del I.P.A.U.S.S. no existe reglamento interno que regule el funcionamiento del Directorio (véase fs. 70); lo que aunado a lo anteriormente señalado; indicaría la ausencia de una norma que regule expresamente el caso de ausencia injustificada de los miembros del mencionado cuerpo colegiado, a las reuniones a que fueran convocados.

Ante ello el camino correcto a seguir, con limitaciones como se verá, es recurrir a la analogía, prevista en el artículo 16 del Código Civil, el que *"no obstante su ubicación, pertenece a la llamada parte general del derecho, aplicable en todos los ámbitos del mismo"* (*"Tratado de Derecho Administrativo"*; Marienhoff; T. I, p. 277).

Y así cabe tomar en consideración, por analogía, lo dispuesto respecto a los miembros de la Legislatura Provincial en la Constitución Provincial y en el Reglamento Interno del órgano legislativo.

La primera se refiere a la cuestión en su artículo 95, el que en su último párrafo, que es el que aquí interesa dice:

"Se aplicará la pérdida automática y proporcional de la dieta en caso de ausencia injustificada a las sesiones o reuniones de comisión".

Por su parte, el Reglamento Interno de la Legislatura establece:

"Artículo 19.- Se aplicará la pérdida automática y proporcional de la dieta en caso de ausencia injustificada a las sesiones o reuniones de Comisión. En el caso de que una sesión estuviere conformada por más de una reunión, la pérdida se aplicará proporcionalmente a las ausencias pertinentes."

"Artículo 20.- La inasistencia injustificada de un Legislador al cincuenta por ciento de las sesiones y de las reuniones de Comisión en un año calendario, ocasionará la revocación del mandato de pleno derecho."

Considerando lo antes transcripto, y aplicando la analogía conforme lo expresado anteriormente, es mi opinión que en los casos de



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

FISCALIA DE ESTADO

ausencia **injustificada** de los miembros del Directorio del I.P.A.U.S.S. a las sesiones o reuniones de comisión, corresponde la pérdida proporcional de sus remuneraciones.

El otro aspecto de la cuestión, esto es, la posibilidad de hacer cesar en sus cargos a los miembros del Directorio con motivo de su ausencia injustificada y reiterada, ofrece mayor dificultad, pues dada la gravedad de una medida expulsiva no es posible aplicar la analogía para crear una causal de remoción no prevista para la situación específica que nos ocupa, razón por la cual considero que no resulta aplicable al caso lo dispuesto en el artículo 20 del Reglamento Interno de la Legislatura.

Por lo tanto, corresponde atenerse en este aspecto a lo dispuesto en la norma específica que regula el funcionamiento del ente (ley provincial N° 534); así, y con relación a los Directores que ocupen sus cargos por designación, lo correcto sería requerir fundadamente al funcionario que los hubiera designado que proceda a su remoción, en los términos del artículo 6°, primer párrafo, in fine, de la ley citada.

En cuanto a los Directores electivos, el mismo artículo 6° establece que sólo podrán ser separados de sus cargos "*por mal desempeño o hallarse incurso en delito doloso*".

Siendo evidente que no nos hallamos ante la comisión de un delito doloso, debe interpretarse si la situación que nos ocupa puede ser considerada "*mal desempeño*", causal ésta que debe ser evaluada con suma prudencia y conforme a las circunstancias de cada caso, pues no se pueden brindar pautas generales, en tanto nos hallamos ante lo que en derecho se define como un "concepto jurídico indeterminado" (Sagües la caracteriza como un concepto elástico, equivalente a un *tipo penal abierto*).

Por consiguiente, la aplicación práctica de la causal en tratamiento obliga a efectuar una tarea interpretativa o creativa en cada caso concreto, conforme a las peculiaridades que presente; en la situación que ahora me ocupa entiendo que, a la luz de sus antecedentes, no se dan los presupuestos necesarios para considerar que se ha incurrido en mal desempeño, pues surge de lo supra analizado que, en definitiva, sólo se puede reprochar la ausencia injustificada a una sola reunión de Directorio, lo que evidentemente no puede configurar causa de remoción.

Sin perjuicio de lo expuesto, debo resaltar que la necesidad de recurrir – parcialmente - a la analogía, ha surgido no sólo por cierto vacío sobre la materia en la ley N° 534; sino también con motivo de la ausencia de un Reglamento Interno del Directorio del I.P.A.U.S.S., conforme se informara a través de la Nota N° 784/2002 SECRETARÍA GENERAL.

Asimismo se revela como necesaria la promoción por parte de los integrantes del Directorio, de las modificaciones pertinentes a la ley N° 534, tendientes a regular situaciones como las aquí analizadas; lo que incluye un procedimiento de remoción de darse las causales previstas en el artículo 6° de la ley N° 534.

Aquí debo agregar que las líneas de acción antes referidas, en caso de darse las circunstancias que las justifican, obviamente podrán ser aplicables a cualquier otra sesión o reunión de comisión en que se produzca la ausencia injustificada de sus integrantes (v.gr. reuniones de los días 4, 5, y 6 de diciembre, respecto a las cuales no se efectuó la consulta originalmente, pero sin brindar explicación alguna se remitió cierta documentación incompleta); decisión que naturalmente deberá ser adoptada por las autoridades del I.P.A.U.S.S., asumiendo las obligaciones que le competen.

Corresponde ahora referirse a lo ocurrido en la sesión del día 31 de octubre de 2002, la que previo cuarto intermedio se reanudara el 5 de noviembre del corriente; y de la que da cuenta el Acta N° 17 de fs. 2/13.

En la misma, los miembros del Directorio Luis Romano; Pablo Blanco; José Martínez; María Rosa Díaz y Carmen Valencia se retiraron al pretender abordarse el punto decimosexto del orden del día.

Sobre el particular cabe analizar si ello implicó dejar sin quórum a la sesión; siendo mi opinión que los miembros del Directorio que permanecieron en la misma podrían haber votado el asunto sujeto a tratamiento, ello por las razones que seguidamente expongo.

El artículo 9° de la ley N° 534 determina que "*...El quórum se formará con mayoría simple de los miembros integrantes del Directorio, incluyendo al Presidente. Las resoluciones serán válidas por simple mayoría de los votos de los presentes, teniendo el Presidente, en caso de empate,*



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida

e Islas del Atlántico Sur

República Argentina

FISCALIA DE ESTADO

doble voto. En los casos en que la presente Ley u otras vigentes a la fecha de entrada en vigencia de ésta, establecieren mayorías especiales, las decisiones se aprobarán por mayoría simple de votos de la totalidad de los integrantes del Cuerpo."

Del Acta N° 17, surge que tanto al tiempo de constituirse, como durante el transcurso de la sesión, hasta abordar el punto decimosexto del orden del día, el quórum estaba claramente formado.

Ahora bien; como ya he expresado, es en ese momento en que se produce el retiro de cinco de los miembros del Directorio, quedando cinco en la sala de reuniones; planteándose la duda de si éstos estaban en condiciones de votar el asunto, o si por el contrario no podían hacerlo a raíz de haber quedado sin quórum (criterio que se sostuvo en ese momento, según surge de fs. 13).

Sobre el particular MARIENHOFF dice:

"En los supuestos de abstención obligatoria, los abstinentes, aunque se hallen presentes en el recinto, no se computan a los efectos de la validez de la asamblea o reunión, o de la votación, porque - se dice - el que "debe" abstenerse ha de reputarse jurídicamente como ausente. Diversa es la situación del que se abstiene por su propia voluntad - abstención "facultativa" -, es decir, sin causa jurídica, utilizando el instituto de la abstención como medio de coerción para lograr el propósito que desea. En estos casos los abstinentes se computan a los fines de la validez de la asamblea o reunión, o votación, es decir a los efectos del "quórum". En apoyo de esto se dice que el miembro del "collegium" que declara abstenerse, pero permanece en el recinto, demuestra claramente su intención de querer que se le compute en el número de los miembros del colegio necesario para la validez de la asamblea o reunión, o para la validez de la votación.

En cambio se sostiene que los miembros del "collegium" que, facultativamente, se abstienen y se retiran del recinto antes de que se vote, no deben ser computados a los efectos del respectivo "quórum", porque éste debe existir no sólo al comienzo de la sesión, sino también en el acto de la votación. A los fines de la validez de la asamblea o reunión del número originario deben deducirse, entonces, los miembros del "collegium"

que se hayan retirado de la sala. Tal es lo que generalmente se afirma en lo que a este punto respecta. **Disiento con dicha solución: ésta aparece desprovista de contenido ético. No es plausible auspiciar soluciones jurídicas carentes de fundamento moral. En los supuestos de abstención "facultativa", es decir cuando ésta se produce sin causa jurídica y sólo como medio de coerción para lograr un propósito, el miembro que se abstiene, aunque se retire del recinto, debe ser tenido en cuenta a los efectos del "quórum" requerido para que la votación sea válida. Debe tenersele como presente. Su actitud, totalmente potestativa, implica en tales casos una verdadera injuria para el "collegium", cuya sesión no debe darse por fracasada como consecuencia de semejante acto coercitivo. El funcionario o empleado público, antes que un "derecho" al cumplimiento de las funciones inherentes al cargo que invisten, tiene el "deber" jurídico de cumplirlas; no hacer esto, implica violar dicho deber jurídico. Es inconcebible que, facultativamente, por propia autoridad y sin causa jurídica que lo justifique, el miembro de un organismo colegiado deje de cumplir sus deberes, haciendo para ello un desmedido uso del instituto de la abstención, sólo concebible para situaciones plausibles, determinadas por un "interés personal" – suyo o de sus parientes en grado sucesible – que lo obliguen a no participar de la sesión. En su mérito, no habiendo un texto expreso que, a los efectos del respectivo "quórum", permita que, en los supuestos de esas abstenciones "facultativas", los miembros abstinentes que se retiren del recinto no sean computados, tales miembros abstinentes, a pesar de su ausencia, deberán ser tenidos en cuenta a los fines del "quórum" necesario para la validez de la reunión o de la votación. En derecho toda solución debe reposar sobre bases éticas. Los actos meramente potestativos jamás deben crear derechos o surtir efectos a favor de quien los realice.** Llama la atención que ni los órganos colegiados de tipo constitucional (parlamentos), ni los órganos colegiados de tipo administrativo, hayan reaccionado aún contra la práctica perniciosa y contraria a derecho de dar por fracasada la sesión ante la ruptura del



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

FISCALIA DE ESTADO

"quórum" determinada por la voluntaria abstención y abandono del recinto por parte de uno o algunos de sus miembros." ("Tratado de Derecho Administrativo; t. I; ps. 115/7; el destacado me pertenece).

Compartiendo el criterio de Marienhoff; a la luz de su por demás clara y precisa exposición de los motivos que le llevan a sustentarlo; me remito a lo precedentemente transcrito.

Asimismo a efectos de evitar, o al menos disminuir, la existencia de planteos ante la Justicia por decisiones adoptadas conforme al criterio descripto, pues ello constituye una cuestión controvertible, es mi opinión que sería sumamente conveniente que el mismo se vea plasmado en el Reglamento Interno del Directorio del I.P.A.U.S.S. que inexcusablemente este último debiera aprobar a la brevedad.

Sin perjuicio de lo expuesto, no puedo omitir resaltar la importancia de que en forma previa a abordar, y fundamentalmente someter a votación, los distintos asuntos que conforman el orden del día de las sesiones del Directorio del I.P.A.U.S.S.; sus integrantes hayan podido contar con toda la información y documentación que le permita adoptar la decisión más correcta.

DICTAMEN FISCALÍA DE ESTADO N° 38 /02.-

Ushuaia, 19 DIC. 2002


Dr. RICARDO HUGO FRANCAVILLA
FISCAL ADJUNTO
Fiscalía de Estado de la
Provincia de Tierra del Fuego,
Antártida e Islas del Atlántico Sur