

**UNIVERSIDAD
AUSTRAL**



**TRABAJO FINAL DE MAESTRÍA. TESIS DE DERECHO
APLICADO PARA OPTAR AL TÍTULO DE MAGÍSTER EN
DERECHO ADMINISTRATIVO.**

FACULTAD DE DERECHO. UNIVERSIDAD AUSTRAL.

AUTORA:

Yesica Susana LOCKER

TÍTULO DEL TRABAJO:

EL CONTROL DEL FIDEICOMISO PÚBLICO POR EL TRIBUNAL
DE CUENTAS DE LA PROVINCIA DE TIERRA DEL FUEGO

DIRECTORA:

Dra. Mirian Mabel IVANEGA

RÍO GRANDE, TIERRA DEL FUEGO.

2019.

A Ismael Mata, a quien agradezco y culpo por haberme introducido en el mundo del derecho administrativo.

A Mirian Ivanega, que a fuerza de control de cambios, sugerencias y muchos colores, convirtió un dictamen en una tesis.

A todos los que buscan dejar sin efecto la regla de los cinco dígitos oscilantes.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I - EL CONTRATO DE FIDEICOMISO	3
A. LA REGULACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. ASPECTOS ELEMENTALES.	3
B. EL FIDEICOMISO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. LA APLICACIÓN ANALÓGICA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN.	7
C. UNA DEFINICIÓN DE FIDEICOMISO PÚBLICO. SUS ELEMENTOS.	9
<i>C.1. Los principios generales del derecho</i>	11
CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO.	13
CAPÍTULO II - PORQUÉ DEBE CONTROLARSE AL FIDEICOMISO PÚBLICO	15
A. EL FIN PERSEGUIDO CON LA CONSTITUCIÓN DEL FIDEICOMISO PÚBLICO, QUE OBLIGA AL CONTROL.	15
B. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS BIENES Y FONDOS QUE CONFORMAN EL PATRIMONIO FIDEICOMITIDO Y QUE EXIGE EL CONTROL DEL FIDEICOMISO PÚBLICO.	17
C. LOS FONDOS FIDUCIARIOS: EL SECTOR PÚBLICO PROVINCIAL, SU PREVISIÓN EN EL PRESUPUESTO GENERAL DE GASTOS Y CÁLCULO DE RECURSOS DE LA ADMINISTRACIÓN PROVINCIAL Y SU CONTROL.	21
CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO.	25
III. QUIÉN CONTROLA AL FIDEICOMISO PÚBLICO Y CÓMO	26
A. BREVE RESEÑA SOBRE EL CONTROL DEL FIDEICOMISO PÚBLICO POR LA SOCIEDAD.	26
B. EL CONTROL POR EL TRIBUNAL DE CUENTAS PROVINCIAL. CARACTERÍSTICAS Y CONFORMACIÓN. COMPETENCIAS ANTE EL FIDEICOMISO PÚBLICO.	28
<i>B.1. Las competencias del Tribunal de Cuentas y su alcance.</i>	29
<i>B.2. El ámbito de aplicación de las competencias del Tribunal de Cuentas. Los fideicomisos públicos.</i>	37
CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO.	39
IV. CUÁNDO CONTROLA EL TRIBUNAL DE CUENTAS PROVINCIAL Y QUÉ DEL FIDEICOMISO PÚBLICO	40
A. EL CONTROL PREVIO, PREVENTIVO Y POSTERIOR DEL TRIBUNAL DE CUENTAS PROVINCIAL.	40
B. EL CONTROL PREVENTIVO Y POSTERIOR DEL TRIBUNAL DE CUENTAS PROVINCIAL EN LAS ETAPAS PRECONTRACTUAL Y CONTRACTUAL DEL FIDEICOMISO PÚBLICO. PAUTAS DE CONTROL.	41

<i>B.1. Qué debe controlar el Tribunal de Cuentas en preventivo, durante la etapa precontractual del fideicomiso público</i>	42
<i>B.2. Qué debe controlar el Tribunal de Cuentas en preventivo, durante la etapa contractual del fideicomiso público</i>	45
<i>B.3. Qué debe controlar el Tribunal de Cuentas en posterior, durante la etapa contractual del fideicomiso público. El presunto perjuicio fiscal, la responsabilidad patrimonial y la acción de recupero.</i>	46
CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO.....	51
V. CONCLUSIONES FINALES	53
A. DE LA REGULACIÓN Y CONCEPTO DEL FIDEICOMISO PÚBLICO.....	53
B. DEL CONTROL	53
BIBLIOGRAFÍA CITADA. JURISPRUDENCIA CITADA. OTRAS FUENTES.	56
A. BIBLIOGRAFÍA CITADA.....	56
B. JURISPRUDENCIA CITADA	62
<i>B.1. Corte Interamericana de Derechos Humanos.</i>	62
<i>B.2. Corte Suprema de Justicia de la Nación.</i>	62
<i>B.3. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Tierra del Fuego</i>	63
<i>B.4. Cámara de Apelaciones de la Ciudad de Río Grande, Sala Civil, Comercial y del Trabajo.</i>	65
C. OTRAS FUENTES CITADAS.....	66
<i>C.1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos</i>	66
<i>C.2. Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación</i>	66
<i>C.3. Acuerdos y Resoluciones Plenarias del Tribunal de Cuentas de la Provincia de Tierra del Fuego.</i>	66
ABREVIATURAS EMPLEADAS.	68

INTRODUCCIÓN

De manera preliminar debe tenerse presente que, para la Administración Pública Nacional, la falta de un marco normativo específico del fideicomiso público, ha servido como pretexto para que, en la práctica, tenga características *sui generis*. Ello, mediante un bagaje legal conformado por disposiciones determinadas para cada caso concreto que, en definitiva, redundaría en una morigeración de los controles.

Así lo ha advertido la Auditoría General de la Nación en su Informe Especial de Relevamiento de la Actividad Fiduciaria del Sector Público Nacional N° 23/2005, además de poner de manifiesto las inconsistencias entre las normas de creación y las disposiciones contractuales (punto 4.15) y que, en general, no se encontraba prevista la obligación de auditoría externa de los estados contables (punto 4.7) o la obligación de presentar informes de gestión periódicos y estandarizados por parte de los órganos de administración de los fideicomisos a la dependencia estatal correspondiente, con excepción de los relativos a información presupuestaria (punto 4.17).

En rigor, la falta de transparencia en el manejo de los fondos públicos y la discrecionalidad con que se han utilizado en los fideicomisos públicos, puede atribuirse no sólo a aquellos marcos jurídicos particularizados que no prevén la rendición de cuentas y a la ausencia de apego al fin perseguido con su constitución, sino también a su falta de control en el entendimiento de que el carácter "*privado*" de la figura lo eximiría del régimen público y de la fiscalización por el Órgano de Contralor respectivo.

La Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur (en adelante, "*la Provincia de Tierra del Fuego*" o "*la Provincia*") no es ajena a esta problemática.

Por lo tanto, el presente trabajo pretende demostrar que el control de los fideicomisos públicos por el Tribunal de Cuentas Provincial, no es consecuencia de la previsión expresa (normativa o contractual) que los incluya como objeto de tal función, sino de su naturaleza jurídica, esto es, su contenido: de los fondos y bienes públicos que componen el patrimonio fideicomitado y de los fines públicos perseguidos con su constitución.

Esta afirmación permite considerar que aún ante la ausencia de una regla explícita en cada marco normativo e independientemente de su inclusión en el Sector

Público Provincial, el Organismo de Contralor fueguino tendrá el deber de controlar los fideicomisos públicos. Complementariamente, la naturaleza de los fondos y bienes públicos, destinados a fines públicos, obligan a que quienes los administren deban necesariamente rendir cuentas de la gestión de aquellos.

Entonces, seguidamente se conceptualizará a la figura para, en el segundo capítulo, proponer que los fideicomisos públicos son objeto de control, conforme los siguientes presupuestos: a) por el fin perseguido con su constitución, que es público; b) por la naturaleza jurídica de los bienes públicos, que no mutaría al constituirse el patrimonio fideicomitado; c) porque el fideicomiso público forma parte del Presupuesto del Sector Público Provincial. Así se concluirá en el *porqué* del control de la figura.

Luego, en el tercer capítulo se procurará determinar la conformación y competencias del Tribunal de Cuentas Provincial y por ende el alcance del control que ejerce. El cuarto capítulo se dedicará a analizar la oportunidad de ese control, es decir, *cuándo* debe ejercerse, diferenciando entre el control preventivo y posterior. Ello permitirá adentrarse en el último apartado, relativo a la modalidad y técnicas que se deben aplicar para controlar al fideicomiso público (*qué*), incluyéndose a la rendición de cuentas. En este aspecto, se buscará insistir en la importancia del fin público perseguido con la constitución del fideicomiso público, ya que aquél determinará los objetivos y metas con los que se contrastarán los resultados obtenidos, en una planificación estratégica del fideicomiso público. Ello, teniendo presente que debe tender al cumplimiento de los principios de transparencia, eficacia, eficiencia y buena administración¹.

A su vez, se explorarán los niveles de responsabilidad patrimonial del fiduciario y fiduciante, que pueda derivar como consecuencia de un presunto perjuicio fiscal.

En definitiva, la investigación realizada y plasmada en los capítulos mencionados permite proponer pautas que consideramos más eficaces para el control que debe realizar el Tribunal de Cuentas respecto de los fideicomisos públicos.

¹ En efecto, la configuración de estos mecanismos de financiación debe orientarse a aquellos principios (cfr. MERTEHIKIAN, Eduardo, “*Nuevas alternativas de financiación de la contratación administrativa (Acerca de la utilización de fideicomisos por el sector público)*”, Jornadas sobre Organización Administrativa, Dominio Público y Función Pública organizadas por la Universidad Austral, mayo de 2004, publicado en DA – 2003/2004).

CAPÍTULO I - EL CONTRATO DE FIDEICOMISO

A. La regulación en el Código Civil y Comercial de la Nación. Aspectos elementales.

El Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante “CCyCN”) vigente desde el año 2015, prevé el contrato de fideicomiso y el dominio fiduciario (Título IV, Libro Tercero, Capítulos 30 y 31). En su versión anterior, se encontraba regulado en la Ley nacional N° 24.441 de financiamiento de la vivienda y la construcción (artículos 1 a 26).

En rigor, el nuevo texto no implicó una modificación sustancial sino antes bien mejoras requeridas por la doctrina, tales como la distinción entre negocio fiduciario y dominio fiduciario (antes ausente), que el dominio fiduciario pueda ser posterior a la celebración del contrato (antes era condicionante), la creación de un registro público de contratos de fideicomisos (antes ausente), la incorporación de universalidades como objeto del contrato (antes ausente), entre otras².

El objeto de esta investigación obliga a reseñar las disposiciones del CCyCN que contienen los elementos de este contrato.

El artículo 1666 indica que: *“Hay contrato de fideicomiso cuando una parte, llamada fiduciante, transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes a otra persona denominada fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de otra llamada beneficiario, que se designa en el contrato, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fideicomisario”*.

Del concepto transcrito se destaca el carácter contractual³, al que se adiciona la naturaleza consensual, nominada típica, bilateral, formal (artículos 969 y 1669) y que podrá ser oneroso o gratuito en función de lo pactado respecto de la retribución del fiduciario.

² Para mayor abundamiento, ver el trabajo de LISOPRAWSKI, Silvio V., *“Fideicomiso en el Código Civil y Comercial”*, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular, 2015 (abril), 510.

³ El artículo 1667 del CCyCN regla los contenidos mínimos del contrato de fideicomiso, pudiendo las partes incorporar otras cláusulas. Aquella enumeración, a su vez, debe ser completada con las disposiciones del resto del capítulo 30. El fideicomiso puede también constituirse por testamento (artículos 1699 y 1700 del CCyCN) o decisión del Poder Legislativo, este último cuando el patrimonio fiduciario se conforme con la transferencia de bienes del Estado (cfr. LORENZETTI, Ricardo L., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. VIII, 1ª ed., Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 171).

La modalidad constituye otra de sus características principales, ya que la propiedad fiduciaria se encuentra limitada por un plazo o condición resolutoria⁴. Ante la extinción, cesa el fideicomiso y el fiduciario debe transmitir los bienes remanentes al fideicomisario o, a falta de previsión contractual, al fiduciante o sus herederos (artículos 1698 y 1672).

Paralelamente, de aquella definición caben extraer los elementos subjetivos y objetivos.

En lo que respecta a los primeros, se distingue entre:

a) El *fiduciante*, que constituye el fideicomiso y establece los fines a los que se destina la gestión de los bienes que transmita, que conformarán la propiedad fiduciaria.

b) El *fiduciario*, que puede ser cualquier persona humana o jurídica, individual o plural, es el titular del derecho transmitido sobre los bienes fideicomitados y tiene a su cargo la gestión de ese patrimonio en función del encargo o manda fiduciaria, regulándose sus facultades y obligaciones. Dentro de las facultades, encontramos amplios poderes de administración y disposición, con un carácter de dueño perfecto, siempre que actúe en función del fin previsto para el fideicomiso y las disposiciones contractuales (artículos 1688 y 1704). Asimismo, se establece en el artículo 1674, como pauta de actuación, que el fiduciario en el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el contrato y por la ley, deberá obrar con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios, que actúa sobre la base de la confianza depositada en él⁵. A ello nos permitimos agregar como parámetro a la buena fe, que ha sido positivizada en el artículo 9 como una exigencia en el ejercicio de los derechos y en el artículo 961, a modo de pauta de interpretación en la celebración, interpretación y ejecución de los contratos. Además, el fiduciario tiene la obligación de rendir cuentas (artículos 1675 y 1676). Estos aspectos resultan esenciales, puesto que se agrava la conducta del fiduciario, exigiendo una diligencia especial y un mayor compromiso que incluiría conocimientos particulares del negocio o su capacitación, en razón de la gestión

⁴ A diferencia del dominio pleno que es perpetuo (cfr. RIVERA, Julio C. y MEDINA, Graciela, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. IV, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2014, p. 904). El art. 1668 del CCyCN fija un período máximo de treinta (30) años, contados desde la celebración del contrato o al cumplimiento de una condición resolutoria, que se considerará consumada en ese plazo.

⁵ De allí que pueda sostenerse que la conducta impuesta al fiduciario es específica y agravada, sirviendo como parámetro al momento de analizar judicialmente si se ha cumplido el encargo en forma diligente (cfr. KIPER, Claudio M. y LISOPRAWSKI, Silvio V., “*Remoción judicial del fiduciario por incumplimiento. Causales. Procedimiento. Medidas cautelares*”, La Ley 2016-A, 1032).

requerida (que excede a un mandato común)⁶, actuando de buena fe (entendido como un comportamiento objetivo o mandato de optimización⁷). Ello se verá reflejado en la rendición de cuentas, que hace a la transparencia de la gestión del fiduciario, ya que será el medio o base para determinar que efectivamente actuó conforme a derecho.

c) El *beneficiario*, individual o plural, persona humana o jurídica, que recibe los frutos o beneficios del fideicomiso durante su vigencia y puede existir o no al tiempo del otorgamiento del contrato, en cuyo caso será necesario que se consignen los datos para su individualización -artículos 1667 inciso d) y 1671-. El artículo 1671 indica que pueden ser beneficiarios el fiduciante, el fideicomisario y el fiduciario, siendo en este último caso necesario que aquella parte actúe privilegiando los intereses de los restantes sujetos, incluso cuando entren en conflicto con los propios (artículo 1673).

d) El *fideicomisario*, como beneficiario residual o del remanente, ya que es la persona a quien se transmite la propiedad al concluir el fideicomiso (artículos 1667 inciso e y 1672). El fideicomisario podrá ser el fiduciante, el beneficiario o una persona distinta de ellos, excluyéndose al fiduciario (en concordancia con el artículo 1676, que impide adquirir para sí los bienes que gestiona).

También aclara el Código que los intereses del beneficiario y fideicomisario se garantizan con la facultad de reclamar al fiduciario el cumplimiento del contrato y con la acción de fraude para revocar los actos perjudiciales (artículo 1681).

Por otro lado, dentro de los elementos objetivos, no efectúa clasificación o categorización de los fines, no obstante destinarse las secciones 4^a a 6^a al fideicomiso financiero -que es una clase de fideicomiso, propia del mercado de valores- y el artículo 1680 al fideicomiso en garantía. Los encargos o fines perseguidos con la constitución de la figura deben ser lícitos y, a su vez, aquellos importarán un límite al que debe sujetarse el patrimonio fideicomitado⁸.

En cuanto a la forma del contrato, se prevé que puede celebrarse por instrumento privado o público, debiendo en ambos casos inscribirse en el Registro Público que

⁶ Cfr. LORENZETTI, Ricardo L., *Código...*, pp. 194-196.

⁷ ALEXI explica que los principios jurídicos son normas que tienen la estructura de mandatos de optimización y no identifican qué es lo que debe hacerse sino que ordenan “(...) *que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes (...)*” (ALEXI, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 86-87).

⁸ En este sentido, la finalidad impuesta por el fiduciante será la pauta sobre la que el fiduciario deberá actuar, con la debida diligencia a que refiere el artículo 1674 del CCyCN y con la consecuente eficacia sobre las gestiones que realice (artículo 1688 y concordantes).

corresponda. Además, de requerirse instrumento público por la naturaleza de los bienes, deberá cumplimentarse esa formalidad con el consecuente registro a nombre del fiduciario, por cuenta y orden del fideicomiso, a partir de cuyo momento el carácter fiduciario de la propiedad tendrá efectos frente a terceros (artículo 1669).

Por último, respecto del objeto del contrato, la particularidad que presenta el fideicomiso radica en la creación de un patrimonio de afectación con los bienes fideicomitidos, denominado *propiedad fiduciaria*, bajo titularidad del fiduciario, que se distingue o separa del patrimonio del fiduciante, fiduciario, beneficiario y fideicomisario (artículos 1685 y 1686). Así, garantiza el cobro de las deudas que puedan generarse por la actividad del fiduciario, sin perjuicio de la responsabilidad de éste por aplicación de los principios generales⁹, en caso de corresponder (artículo 1687).

Justamente, en la dinámica del fideicomiso se producen ingresos y egresos de derechos y obligaciones en el patrimonio fideicomitado, que deben ser ejercidos y cumplidos de conformidad con los fines estipulados contractualmente.

Por ello, se prevé la obligación del fiduciario de rendir cuentas de sus acciones con una periodicidad no mayor a un año¹⁰, que podrá ser solicitada por el fiduciante, el beneficiario o el fideicomisario, para el control por éstos de la gestión (artículos 1675 y 1676).

En otras palabras, el deber de rendir cuentas radica en la protección del interés del beneficiario, desde que el fiduciario ejerce la propiedad en el provecho de aquel (artículo 1666), así como del fiduciante, que tiene un interés especial en la marcha y gestión del fideicomiso y del fideicomisario, como destinatario final.

A aquel interés de los sujetos mencionados, se adiciona que la falta de bienes fideicomitidos para atender a las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso y ante la insuficiencia de otros recursos aportados por el fiduciante o el beneficiario,

⁹ Pues se circunscribe a las siguientes: a) frente a terceros; b) por incumplimiento de las obligaciones impuestas; c) penal. Para mayor abundamiento sobre esos ámbitos, ver RIVERA, Julio C. y MEDINA, Graciela, *Código...* pp. 919-920.

¹⁰ El CCyCN dedica los artículos 858 a 864 a la rendición de cuentas, definiéndola como la descripción de los antecedentes, hechos y resultados pecuniarios de un negocio, que se pone en conocimiento de la persona interesada. La falta de presentación de este deber de información, es causal de remoción judicial del fiduciario (v. artículo 1678 inciso a). A su vez, una vez presentada, la rendición debe ser aprobada en forma expresa o tácita, pudiendo impugnarse total o parcialmente e iniciando un juicio de comprobación de cuentas (cfr. RIVERA, Julio C. y MEDINA, Graciela, *Código...*, p. 922). Por lo demás, la rendición de cuentas se encuentra estrechamente ligada con la obligación de llevar contabilidad, prevista en los artículos 320 y siguientes del CCyCN.

procede la liquidación del fideicomiso (artículo 1687). De allí la significación que implica el conocimiento de la marcha del negocio fiduciario, mediante una correcta rendición de cuentas¹¹.

B. El fideicomiso en la contratación pública. La aplicación analógica del Código Civil y Comercial de la Nación.

Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante “CSJN”) ha explicado que cuando el Estado contrata¹², en ejercicio de funciones públicas y dentro del marco de competencias legalmente asignadas, a los fines de satisfacer necesidades de ese mismo carácter, el régimen jurídico de sus consecuencias es signado por el derecho público. Además, la Administración Pública se halla sujeta al principio de legalidad –o más precisamente, principio de juridicidad-, cuya virtualidad propia es la de desplazar la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes, en la medida en que somete la celebración del contrato a las formalidades preestablecidas para cada caso y su objeto a contenidos impuestos normativamente, indisponibles sin expresa autorización legal¹³.

Luego, en el marco del interés público y las finalidades que persigue el Estado a través de los contratos administrativos, se ha determinado que el fideicomiso constituye una herramienta eficaz. El problema que se plantea es la norma aplicable, pues se trata de una figura jurídica no prevista originariamente para que la Administración la utilice, motivo por el cual la única regulación vigente, aplicable, es el CCyCN, tal como sostuvimos en el punto anterior.

Cabe entonces reconocer, que cuando aquella pretenda hacer uso de esa herramienta (el fideicomiso) el problema será la norma legal que regirá ese vínculo

¹¹ Cfr. KIPER, Claudio M. y LISOPRAWSKI, Silvio V., *Tratado de Fideicomiso*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 2004, p. 268-269.

¹² Acerca de la naturaleza del contrato administrativo, ver COVIELLO, Pedro J. J., “*La teoría general del contrato administrativo a través de la jurisprudencia de la CSJN*”, en CASSAGNE, Juan C. y RIVERO YSERN, Enrique (Directores), *La contratación pública*, t. I, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, pp. 89 y ss. También COMADIRA, Julio R., ESCOLA, Héctor J. y COMADIRA, Julio P., *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, pp. 15 y ss.

¹³ Fallos 253:101; 263:510; 315:158 y 321:714 y Fallos 316:3157, respectivamente. Si bien en aquellos resolutorios la CSJN sólo incluyó dentro de la Administración Pública a las entidades y empresas estatales, en Fallos 311:750 se incorporaron a las sociedades del Estado como entes descentralizados (en el caso, una sociedad anónima con participación estatal). En la misma línea se enrola la Procuración del Tesoro de la Nación (Dictámenes 239:592 y 241:242), en postura aquí compartida.

contractual, lo que obliga a acudir a dos técnicas para completar el sistema normativo: la subsidiaria y la analógica¹⁴.

La analogía implica una elaboración y adaptación a raíz de la necesidad de respetar, en la integración, las características y exigencias propias y especificidades del sistema normativo integrado. Por contraposición, la aplicación subsidiaria excluye esa elaboración o adaptación al importar la aplicación directa de un sistema a otro¹⁵.

Así, el fideicomiso del CCyCN resulta insuficiente en una aplicación subsidiaria, ya que en los contratos administrativos su celebración estará precedido por trámites y procedimientos esenciales, comprendidos en el elemento forma¹⁶, que serán requisitos de existencia del contrato¹⁷ (a diferencia del Código, en el que basta con un instrumento privado o público). Además, presupone como antecedente que el fin público buscado se encuentre definido al inicio de la contratación, del cual derivarán las características y condiciones del fideicomiso público, los bienes que conformarán el patrimonio fideicomitado y su régimen jurídico, entre otros aspectos, los cuales no podrán ser objeto de negociación por el particular contratista (mientras que en el CCyCN rige el principio de autonomía de la voluntad de las partes)¹⁸.

Sin embargo, nada obstaría a que a través de la analogía¹⁹, se utilice la figura del fideicomiso para alcanzar la concreción de políticas públicas y sus fines públicos, entendido como un medio jurídico para exteriorizar una actividad o un hacer del Estado.

¹⁴ De hecho, la Doctrina ha expresado y fundamentado la necesidad de su tipificación legal (cfr. CATUOGNO, Juan L. y LISOPRAWKI, Silvio V., “*El denominado fideicomiso público existe pero no existe*”, La Ley, Sup. Act. 27/02/2007, 1; LO VUOLO, Rubén M. y SEP, Fernando, “*Los fondos fiduciarios en Argentina. La privatización de los recursos públicos*”, N° 50, CIEPP, Buenos Aires, abril de 2006, pp. 35-38; LENARDON, Fernando R., *Fideicomiso Gubernamental*, 1ª ed., Osmar D. Buyatti, Buenos Aires, 2008, pp. 166-175; entre otros).

¹⁵ Cfr. COMADIRA, Julio R., *El acto administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2003, pp. 14-15, nota 32.

¹⁶ Cfr. CANDA, Fabián O., “*La importancia del elemento forma en el contrato administrativo (consecuencias de su omisión en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación)*”, en la obra colectiva *Cuestiones de Contratos Administrativos*, en Homenaje a Julio R. Comadira, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2007.

¹⁷ Desde el *leading case* “*Más Consultores*” (Fallos 323:1515), la CSJN ha reiterado el criterio en Fallos 323:1841, 323:3924, 324:3019, entre otros.

¹⁸ Los autores coinciden en que la constitución, modificación y extinción del fideicomiso público se rigen por el derecho administrativo (cfr. BELLO KNOLL, Susy I., *El fideicomiso público*, 1ª ed., Marcial Pons, Buenos Aires, 2013, pp. 274-280; DALLAGLIO, Matías y FONTANINI, Gastón, *Fideicomisos Públicos*, 1ª ed., Osmar D. Buyatti, Buenos Aires, 2013, p. 45; LENARDON, Fernando R., *Fideicomiso...* p. 115; LISOPRAWKI, Silvio, “*Los fondos fiduciarios públicos. Necesidad de una legislación específica*”, La Ley 2007-C, 1092).

¹⁹ Consagrada en el famoso precedente “*Ganadera Los Lagos*”, Fallos 190:142. Ver también Fallos 318:1959. Ver también GUIRIDLIAN LAROSA, Javier, *Contratación pública y desarrollo de infraestructuras. Nuevas formas de gestión y financiación*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, p. 110 y

Aquella conclusión es compartida por la Doctrina, que admite en la integración del derecho público con las características propias del fideicomiso del CCyCN y a los efectos de no desnaturalizar la figura del derecho privado, que en el fideicomiso público medie una relación fiduciaria, la afectación de bienes a una finalidad y la separación patrimonial²⁰.

C. Una definición de fideicomiso público. Sus elementos.

Sin desconocer las definiciones de fideicomiso público de reconocidos doctrinarios²¹, nos permitimos formular la propia:

Habrà contrato administrativo de fideicomiso público, cuando el Estado, en ejercicio de función materialmente administrativa²², previo los procedimientos administrativos, transmita o se comprometa a transmitir fondos públicos o la propiedad de bienes de su dominio privado a otra persona denominada fiduciario, para que éste la ejerza específicamente en miras a los fines públicos allí establecidos (de acuerdo con las condiciones y términos previstos en las bases de la contratación), en beneficio de otra persona llamada beneficiario para luego transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fideicomisario. El régimen jurídico del fideicomiso público será de derecho público, exorbitante del derecho privado en un marco de juridicidad, con aplicación analógica del CCyCN.

La definición propuesta tiene en cuenta que los fideicomisos públicos son constituidos con un patrimonio especial que se conforma con bienes del Estado (cosas,

BARRA, Rodolfo C., *Tratado de derecho administrativo*, t. 4, 1ª ed., Ábaco de Rodolfo Depalma, 2010, pp. 68-69.

²⁰ Cfr. BELLO KNOLL, Susy I., *El fideicomiso...*, p. 171-172, en el que se hace referencia a LISOPRAWski, Silvio V., “*Los fondos...*”, 1092. No obstante, en el artículo el autor explica que dichos elementos se presentan en los fondos fiduciarios públicos, a los que califica como parasitarios de la Ley nacional N° 24.441.

²¹ Ver el material de consulta obligatorio en la materia, en el que, sin perjuicio de recomendarse su lectura íntegra, se destaca el compendio de definiciones de diversos autores del fideicomiso público y la naturaleza jurídica de la figura: BELLO KNOLL, Susy I., *El fideicomiso...*, pp. 169-182 y 171-172. También LENARDON, Fernando R., *Fideicomiso...*, p. 165; GUIRIDLIAN LAROSA, Javier, *Contratación...*, p. 105.

²² Cfr. COMADIRA, Julio R., *Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros estudios*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Abeledo-Perrot, Buenos aires, 2003, cap. V, “*Función administrativa y principios generales del procedimiento administrativo*”, y con explicación ampliada, COMADIRA, Julio R., ESCOLA, Héctor J. y COMADIRA, Julio P., *Curso...*, pp. 3-6.

derechos, fondos, acciones, títulos de deuda, entre otros²³) y requieren para su transferencia que se encuentren en el comercio, es decir, que se traten de bienes del dominio privado del Estado²⁴. Ante bienes pertenecientes al dominio público, será necesario su desafectación previa²⁵. En todos estos casos deberá autorizarse por ley la incorporación al patrimonio fideicomitado.

La naturaleza jurídica de estos bienes de dominio privado del Estado está dada por los elementos titularidad, objeto, destino y régimen jurídico²⁶:

- La titularidad: los bienes privados son aquellos sobre los que el Estado tiene un derecho de propiedad²⁷, o sea que integran el patrimonio estatal.

- El objeto: ante la ausencia de definición en el derecho público, será de aplicación el CCyCN, que determina los bienes que encuadran dentro de esta categoría, siendo tanto bienes muebles como inmuebles (artículo 236).

- El destino: se trata de bienes instrumentales, porque son el medio para que el Estado desarrolle sus actividades administrativas, industriales, mercantiles, incluso de recaudación de fondos, entre otras. Empero, no es un destino privado o particular, sino de interés general o bien común, desde que el Estado desarrolla esas actividades usando esos bienes, en cumplimiento de un fin de utilidad pública y social²⁸.

- El régimen jurídico: que entendemos que conlleva las obligaciones propias del derecho constitucional y público.

²³ Cfr. GELER, Laura, HAFFORD, Deborah y SANCHEZ DE BUSTAMANTE, Marcela, “*Riesgos de corrupción en Fideicomisos públicos. Medidas en pos de una mayor transparencia*”, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, marzo de 2007.

²⁴ Cfr. MOLINA DE ALEVA, Marcela, “*Fideicomiso Público*”, en MAURY DE GONZALEZ, Beatriz (Directora), *Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso*, 2ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 339.

²⁵ Coincidimos con BARRA en que la inclusión del bien de dominio público en la ley que instituye el patrimonio fiduciario, hace las veces de desafectación (BARRA, Rodolfo C., *Tratado...*, p. 96).

²⁶ Para ampliar sobre los bienes de dominio privado del Estado y su naturaleza jurídica, ver UGOLINI, Daniela, *Bienes privados del Estado*, 1ª ed., Astrea - RAP, Buenos Aires, 2015. A propósito de los fondos públicos, ver GARCÍA, José Pascual, “*Fondos públicos y responsabilidad contable*”, Revista española de control externo, ISSN 1575-1333, Vol. 1, N° 2, 1999, pp. 173-200, obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=201203> (disponible el 11-IX-2019), que explica que también se caracterizan por su titularidad y por el destino a satisfacer necesidades públicas.

²⁷ Cfr. BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo*, 6ª ed., t. III, La Ley, Buenos Aires, 1964, p. 459, referenciado en CUADROS, Oscar A., “*Dominio del Estado*”, RDA 2015-97, 235; MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo, Parte General*, t. V, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 25; BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, t. II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 58; CIFUENTES, Santos, *Código Civil, Comentado y Anotado*, 3ª ed., t. IV, La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 397; entre otros.

²⁸ Cfr. UGOLINI, Daniela, *Bienes...*, pp. 40-41 y UGOLINI, Daniela, “*Dominio público y privado del Estado*”, obtenido de <http://www.buenosaires.gob.ar/procuracion-general/dominio-publico-y-privado-del-estado> (disponible el 11-IX-2019).

Además, a nivel provincial los bienes de uso del Estado poseen su régimen particular, normando su disposición, su uso y su administración para que cumplan con su destino público.

En efecto, para la disposición de los bienes la Constitución Provincial estipula la necesidad de una previa autorización legislativa (artículo 105, inciso 27 y, en concordancia, artículo 65 de la Ley provincial N° 1015). A su vez, para el uso y administración, la Ley provincial N° 1015 dedica el título II a la gestión de los bienes de uso del Estado, indicando que son aquellos de propiedad provincial (artículo 54) y previendo entre los principios rectores del sistema a los siguientes: la economicidad, eficiencia y eficacia en todas y cada una de las etapas del proceso de administración de bienes (artículo 55, inciso a); la responsabilidad de los agentes y funcionarios que autoricen, dirijan y ejecuten las acciones de disposición, administración, guarda o custodia en cuanto a su legitimidad, oportunidad, mérito o conveniencia (artículo 55, inciso d); que la gestión de los bienes coadyuve al desarrollo y ejecución de las distintas políticas públicas en vigor (artículo 55, inciso e); entre otros principios.

C.1. Los principios generales del derecho

Las características del fideicomiso público, como lo definimos en el punto anterior, presupone la presencia de principios generales del derecho que configuran la columna vertebral del sistema jurídico y que no pueden ser obviados en la práctica de este contrato.

Con ese temperamento, es importante considerar tanto las previsiones constitucionales como los documentos internacionales (como las Cartas Iberoamericanas) que con una visión renovada incluyen los principios generales en el diseño de la gestión pública actual.

En tal sentido, resulta importante indicar la relevancia que tendrán los principios generales del derecho en este tipo de contrato en el cual se dará transcendencia a la utilización de bienes privados del Estado, identificándose a continuación los que consideramos de mayor preeminencia para la materia:

- Juridicidad: ya que cuando la Administración Pública acciona en procura del bien común, lo hace respetando todo el ordenamiento jurídico²⁹;
- Eficacia: definida como la consecución de los objetivos, metas y estándares orientados a la satisfacción de las expectativas y necesidades del ciudadano³⁰;
- Eficiencia: que comprende la optimización de los resultados alcanzados, en relación a los recursos disponibles e invertidos en su consecución por la Administración Pública³¹;
- Celeridad, economía y simplicidad: implica que los procedimientos se desarrollen rápidamente y evitando aquellos que resulten sobreabundantes o innecesarios, por el interés público comprometido³²;
- Equidad: entendida como la rectificación de lo justo legal y concreto³³;
- Igualdad: que no requiere tratar a todos de una misma manera, sino de idéntica forma a todos los iguales, es decir, los que estén en similares condiciones³⁴;
- Proporcionalidad y razonabilidad: como adecuación entre el medio seleccionado por la Administración Pública y el interés público comprometido y perseguido³⁵;
- Consecución del interés general y cumplimiento de los objetivos del Estado: como norte al que debe dirigirse la actividad administrativa, en pos del bien común³⁶;

²⁹ Cfr. COMADIRA, Julio R., *Derecho...*, p. 279. V. punto 7 de la Carta Iberoamericana de Calidad de la Gestión Pública.

³⁰ Punto 13 de la Carta Iberoamericana de Calidad de la Gestión Pública. Aquello es coincidente con el derecho a la buena administración (Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública) que exige que el Estado cumpla con sus fines en forma diligente, garantizando resultados. En esa línea se enrola la Constitución Provincial con el artículo 67.

³¹ Punto 14 de la Carta Iberoamericana de Calidad de la Gestión Pública). En concordancia, la Constitución Provincial (artículo 73) y las Leyes provinciales N° 1015 –régimen de contrataciones y disposiciones comunes del sector público provincial- y N° 495 -administración financiera y sistemas de control del sector público provincial-.

³² Previsto como deber de la Administración Pública en la Constitución Provincial (artículo 73). En concordancia, el artículo 21 de la Ley provincial N° 141 (de Procedimientos Administrativos) y artículo 3, inciso d) de la Ley provincial N° 1015.

³³ Cfr. VIGO, Rodolfo L., “*Distintas concepciones de la equidad*”, La Ley 2015-C, 1314. El principio es establecido para las contrataciones administrativas en el artículo 3, inciso 5 de la Convención Interamericana contra la Corrupción.

³⁴ Artículos 16 de la Constitución Nacional y 14, inciso 4°, de la Carta Magna Provincial.

³⁵ Cfr. CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1998. El principio de razonabilidad deriva del artículo 28 de la Constitución Nacional y artículo 50 de la Carta Magna Provincial y es expresamente previsto en el artículo 3, inciso a) de la Ley provincial N° 1015.

³⁶ Artículo 26 del Código Iberoamericano de Buen Gobierno. Además, son el basamento para la calidad institucional (punto 22 de la Carta Iberoamericana de Calidad de la Gestión Pública). La Constitución Provincial pone en cabeza del Poder Ejecutivo, tomar todas las medidas necesarias para hacer efectivos

- Transparencia: que implica permitir el conocimiento de la res publica³⁷ y se manifiesta a través de la publicidad de los actos de gobierno³⁸ y el acceso a la información³⁹.

Por lo tanto, a los efectos del cumplimiento de aquellos principios, se establece la forma de instar su observancia haciendo responsables a los funcionarios públicos⁴⁰ tanto disciplinaria, penal, política como patrimonialmente⁴¹, para lo cual resulta primordial el control⁴².

Conclusiones del capítulo.

- El marco normativo del CCyCN resulta insuficiente ante un contrato administrativo de fideicomiso público. Por ende, la analogía aparece como correcta técnica de integración normativa entre aquél y el derecho administrativo, ya que se contemplan los principios y normas del régimen público, logrando una articulación que

los derechos, deberes y garantías constitucionales y el buen orden de la administración, en cuanto no sean atribuciones de otros poderes o autoridades (artículo 135, inciso 19).

³⁷ II Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, identificada como Declaración de La Habana (La Habana, Cuba, 24 y 25 de junio de 1999), punto 2. Este principio de transparencia, junto con el de control, son presupuestos del proceso democrático (artículo 36 de la Carta Magna Nacional). A su vez, la transparencia en el manejo de la renta pública y una anticipación de su destino, se vincula con la forma republicana de gobierno (Fallos 314:595).

³⁸ Como principio básico de nuestro sistema de gobierno republicano, instituido en el artículo 1º de la Constitución Nacional. El artículo 8 de la Constitución Provincial lo prevé expresamente, haciendo énfasis en la publicidad de aquellos actos relacionados con la percepción e inversión de los fondos públicos y toda enajenación o afectación de bienes estatales, bajo apercibimiento de nulidad absoluta del acto administrativo no publicitado, sin perjuicio de las responsabilidades políticas, civiles y penales.

³⁹ Artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conforme el alcance otorgado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el precedente “*Claude Reyes y otros vs. Chile*” (en sentencia del 19 de septiembre de 2006, párr. 77) y reiterado en el caso “*Gomes Lunk y otros ‘Guerrilha do Araguaia’ vs. Brasil*”, (sentencia del 24 de noviembre de 2010, párr. 197), en criterio ponderado en Fallos 338:1258; 337:1108; 337:256; y 335:2393. Ello debe ser complementado, a nivel Provincial, con la Ley N° 653 de Derecho a la Información.

⁴⁰ Punto 16 de la Carta Iberoamericana de Calidad de la Gestión Pública; punto 54, inciso b, de la Carta Iberoamericana de la Función Pública; artículo 8, inciso 1º de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; artículo III, punto 3 de la Convención Interamericana contra la Corrupción; y, como derivado del derecho fundamental a la buena administración pública, el derecho a exigir el cumplimiento de las responsabilidades de las personas al servicio de la Administración Pública (artículo 46 de la Carta de Derechos y Deberes del Ciudadano). Por su parte, la CSJN ha sostenido que la responsabilidad de los funcionarios públicos deriva del principio republicano de gobierno (Fallos 301:1226; 302:186; entre otros).

⁴¹ Ver por todos IVANEGA, Mirian M., *Mecanismos de Control Público y argumentaciones de responsabilidad*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2003, pp. 206-223; y más recientemente IVANEGA, Mirian M., *Control Público*, Astrea – RAP, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016, pp. 247-284. Además, a nivel provincial la Carta Magna determina dicha responsabilidad en el artículo 188.

⁴² De origen constitucional, ya que del principio republicano del artículo 1º, deriva la exigencia de mecanismos de control sobre la gestión pública y la tarea de los agentes (Fallos 336:2293 y 327:5863).

permita el instituto jurídico sin contrariar las especificidades de la otra rama del derecho mediante su adaptación.

- En consecuencia, se entiende innecesaria una norma especial que regule a los fideicomisos públicos⁴³, no obstante que su existencia permitirá disipar todo tipo de dudas sobre su naturaleza y régimen públicos.

⁴³ Cfr. CATUOGNO, Juan L. y LISOPRAWISKI, Silvio V., “*El denominado...*”, 1. A favor de un cuerpo normativo específico, ver LO VUOLO, Rubén M. y SEP, Fernando, “*Los fondos...*” pp. 35-38.

CAPÍTULO II - PORQUÉ DEBE CONTROLARSE AL FIDEICOMISO PÚBLICO

La definición de fideicomiso público propuesta pone de manifiesto que debe obligatoriamente ser controlado⁴⁴, por el fin público que persigue, por la naturaleza jurídica de los fondos y bienes de dominio privado del Estado que componen el patrimonio fideicomitado y por su inclusión en el Presupuesto, independientemente de la falta de previsión como parte del Sector Público Provincial.

A. El fin perseguido con la constitución del fideicomiso público, que obliga al control.

Ya explicamos que el CCyCN prevé un control del accionar del fiduciario, quien debe actuar en función del fin del fideicomiso, predeterminado en el contrato. En otras palabras, el fin justifica el control y esa verificación se proyecta sobre su gestión durante toda la vida del fideicomiso. Ello es de aplicación al caso del fideicomiso público, a los efectos de evitar desvíos⁴⁵.

Además, para que se trate efectivamente de un fideicomiso público, el fin perseguido debe ser público y no debe existir otra herramienta más idónea para alcanzar los resultados pretendidos. Estos aspectos también justifican su control.

En lo que respecta al primero, considerando que la flexibilidad del fideicomiso permite adaptarlo a diversas finalidades, por las particularidades de su estructura, el Estado provincial podría desarrollar su actividad a través de esa herramienta, siempre y cuando pretenda cumplir con sus funciones esenciales⁴⁶.

Así, la prestación final buscada se debe relacionar, ya sea en forma directa o indirecta, con algunas de las funciones esenciales o específicas del Estado, es decir, con

⁴⁴ A contrario de lo que ha detectado la Doctrina, que sostiene que en el fideicomiso del Estado “(...) se manejen sumas de dinero incommensurables, que además impiden controles de organismos del Estado (...)” (cfr. ALLENDE, Lisandro A. y BORDA, Guillermo, “Apuntes sobre la práctica del fideicomiso”, La Ley 2007-D, 1267).

⁴⁵ Cfr. SCOCCO, Mónica, “Cuando la extrapresupuestariedad y la defensa del federalismo van de la mano. El Fondo Fiduciario Federal de Infraestructura Regional (la importancia de que el Estado Nacional se mantenga en pie de igualdad con las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires)”, La Ley 2004-D, 1417.

⁴⁶ Cfr. HERRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo y PICASSO, Sebastián, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. IV, 1ª ed., Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, p. 370. Allí se indicó que esa flexibilidad también ha sido aprovechada en el ámbito público, señalando los fideicomisos previstos por las Leyes nacionales N° 26.167, N° 25.798 y N° 25.908, cuya validez fue confirmada por la CSJN. V. también Fallos 336:1689.

sus fines públicos propios⁴⁷ que surgen de la Constitución Provincial, su Preámbulo e incluso de la normativa de la Legislatura.

Por ende, si el Estado Provincial decidiese realizar actividades que exceden a su cometido específico, como acontecería en el caso de un fideicomiso cuyo objeto sea comercial, industrial o de gestión económica⁴⁸, por no constituir una función estatal *stricto sensu*⁴⁹, la norma de creación debe determinar, expresa y detalladamente, aquella causa fin que excedería las funciones propias del Estado normativamente establecidas. Máxime la posibilidad de su irrazonabilidad⁵⁰ y sin perjuicio de contrariar la tendencia constitucional a la aceptación de la iniciativa privada⁵¹.

A ello se agrega que, a diferencia de lo que acontece a nivel nacional⁵², en la Provincia de Tierra del Fuego la creación de un fondo fiduciario integrado total o parcialmente con bienes y/o fondos del Estado no requiere del dictado de una Ley. Así, el fideicomiso público puede tener su autorización en la ley de presupuesto anual, una norma que otorgue la competencia habilitante al órgano o una regulación detallada de la herramienta utilizada⁵³.

En consecuencia, la manera de exigir la justificación del fin público perseguido, es a través de su control. Ello se explica y fundamenta en el sistema republicano y democrático de gobierno, en el entendimiento de que la división de poderes originaria es insuficiente y como mecanismo de equilibrio ante desviaciones del poder y abusos de

⁴⁷ Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, t. III-A, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989, p. 17 y ss.

⁴⁸ Como fuente de financiamiento, ver BELLO KNOLL, Susy I., "*Fideicomiso Público*", Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho, España, 2011, p. 234.

⁴⁹ Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, p. 19.

⁵⁰ Por arbitrariedad de la ley, ver CASSAGNE, Juan C., "*La acción declarativa de inconstitucionalidad*", La Ley 2015-D, 589.

⁵¹ En efecto, la Constitución Provincial reza en los artículos 63 y 65 que "*La organización de la economía y el aprovechamiento integral de las riquezas provinciales tienen por finalidad el bienestar general, respetando y fomentando la libre iniciativa privada, con las limitaciones que establece la presente Constitución, proponiendo un sistema económico subordinado a los derechos del Hombre, al desarrollo provincial y al progreso social*" y que "*El Estado Provincial se abstendrá de intervenir en la actividad privada, comercial o industrial, hasta donde ello sea compatible con el bienestar general de la población, a la que defenderá de todo tipo y forma de abuso de poder económico*".

⁵² El artículo 5º, inciso a), de la Ley nacional N° 25.152 exige expresamente que los fondos fiduciarios que involucren fondos o bienes del Estado deben ser creados por ley.

⁵³ Cfr. BARRA, Rodolfo C., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 4 – *Administración Financiera*, 2ª ed., Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2011, p. 86. En la Provincia de Tierra del Fuego, se ha interpretado que una autorización genérica para realizar inversiones en la ley orgánica de una entidad autárquica, habilitaría la constitución de un fideicomiso público (ver el análisis de la Resolución Plenaria N° 58/2017. Todos los actos del Cuerpo Plenario de Miembros pueden obtenerse de www.tcptdf.gob.ar).

autoridad en el hacer estatal⁵⁴. El control legitima la acción pública⁵⁵, por lo que se procura que las decisiones adoptadas por el Estado Provincial en pos de la ejecución de políticas públicas, se enmarquen en el ordenamiento jurídico⁵⁶.

Desde otra arista, la decisión de recurrir a aquel instrumento será objeto de control por tratarse de una gestión pública, es decir, que el uso de la figura del fideicomiso público (por sobre otra herramienta) debe ser acorde con los resultados que se persigan y la consecuente satisfacción del fin público. En definitiva, que se trate de una medida eficiente.

A ello se adiciona que el buen gobierno se vincula con la obligación de justificar los actos que se dictan (Código Iberoamericano de Buen Gobierno), en atención al derecho fundamental a la buena administración (previsto en la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública).

Así, el control tendrá como propósito evitar la ineficiencia administrativa⁵⁷, la corrupción y la discrecionalidad en el fideicomiso público.

B. La naturaleza jurídica de los bienes y fondos que conforman el patrimonio fideicomitado y que exige el control del fideicomiso público.

Tal como hubiésemos indicado en el capítulo anterior, a nivel provincial existe un régimen jurídico de los bienes privados del Estado, que procura que cumplan con su fin público. Por ende, surge la necesidad insoslayable del control en el manejo de los bienes y fondos públicos, ya que es la forma en la que se verifica que la gestión de éstos –que incluye tanto la disposición, gasto o uso- sea en el marco de la juridicidad, cumplimentando con esos principios rectores y que, en definitiva, logren su cometido de bien común.

⁵⁴ Cfr. MAYOR, Armando, “*Órganos de Control y Auxiliares*”, publicado en HERNANDEZ, Antonio M., *Derecho Público Provincial*, 1ª ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2008, pp. 471-472.

⁵⁵ Cfr. RODRIGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime, “*Principios jurídicos y contratación pública global*”, Sup. Const. 2014 (mayo), 11, La Ley 2014-C, 893.

⁵⁶ Para mayor abundamiento, ver IVANEGA, Mirian M., “*Breves reflexiones en torno al control externo administrativo y sus consecuencias en la República Argentina*”, *Estud. Socio.Jurid.*, Bogotá, enero-junio de 2005, pp. 75-89 y “*Reflexiones en torno al control externo de la Administración Pública y sus consecuencias*”, *Jurisprudencia Argentina, Suplemento Derecho Administrativo*, LexisNexis, id. SAIJ: DACF070005.

⁵⁷ Como se focalizaba el paradigma del modelo weberiano, en el que se vigilaban las decisiones tomadas por la burocracia, partiendo de una desconfianza total en los funcionarios públicos (v. el documento “*Una Nueva Gestión Pública para América Latina*” del CLAD, ya mencionado).

Ahora bien, ¿qué sucede con sus elementos, esto es, la titularidad, el objeto, el destino y el régimen jurídico, una vez que son incorporados como parte del patrimonio de un fideicomiso?⁵⁸

En lo que refiere al primer aspecto, podría argumentarse que esta característica de titularidad especial o desde el punto de vista subjetivo se perdería, ya que el patrimonio fiduciario es ejercido por el fiduciario en su carácter de titular, teniendo las facultades del dueño perfecto.

Sin embargo dicha propiedad fiduciaria es relativa⁵⁹, previendo el CCyCN que: el fiduciario se obligue a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato y dar a los bienes el destino indicado cuando finalice el fideicomiso (artículo 1666); la propiedad fiduciaria se sujete a una condición (artículo 1667, inciso c); el fiduciario sólo pueda disponer o gravar los bienes fideicomitidos cuando lo requieran los fines del fideicomiso, permitiéndose que el contrato estipule limitaciones a esas facultades (artículo 1688); deba someterse al fin que se persigue con él y a las reglas estipuladas en el fideicomiso (tal como lo dispone el artículo 1704); entre otras.

De lo anterior se desprende que la propiedad fiduciaria hace excepción a la normativa general del dominio y del dominio imperfecto, lo cual es expresamente estipulado en el artículo 1703 del CCyCN, por lo que carecerá de los caracteres de ser perpetuo, exclusivo y absoluto⁶⁰.

A su vez, esta “*relatividad*” se refleja en que no hay una desvinculación total de los bienes del Estado que conforman el patrimonio fideicomitado, ya que el fiduciario tiene vedada la posibilidad de disponer de los bienes inmuebles y al extinguirse el fideicomiso deberán ser restituidos al Estado como fideicomisario⁶¹, salvo que una ley lo autorice expresamente (artículo 105, inciso 25, de la Constitución Provincial).

En esta línea, la Doctrina ha sostenido en criterio aquí compartido, que por el origen públicos de los fondos y bajo el régimen de la Ley nacional N° 13.064⁶², la

⁵⁸ Se ha sostenido que en el negocio fiduciario dejarían de formar parte del dominio del Estado (cfr. MERTEHIKIAN, Eduardo, “*Nuevas alternativas...*”, 267-268).

⁵⁹ Cfr. BARRA, Rodolfo C., *Tratado...*, p. 110 y LENARDON, Fernando R., *Fideicomiso...*, p. 55 y 57.

⁶⁰ Cfr. ORELLE, José M., “*El fideicomiso en la Ley 24.441*”, La Ley 1995-B, 874.

⁶¹ Cfr. BELLO KNOLL, Susy I., *El fideicomiso...*, p. 200; CASSAGNE, Juan C. y DE LA RIVA, Ignacio M., “*Formación, trayectoria y significado actual del dominio público en la Argentina*”, Revista Derecho Administrativo, editorial Abeledo Perrot, número 93, 2014, pp. 799-824 –en particular, p. 819-.

⁶² Por el artículo 14 de la Ley nacional N° 23.775 (Provincialización del Territorio de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur) aquella norma será de aplicación hasta tanto la Legislatura dicte una que la reemplace, en criterio confirmado por el STJ en “*PROVINCIA DE TIERRA DEL FUEGO*,

afectación especial al fideicomiso no importa una mutación de la naturaleza pública de la obra, porque no se transfiere el contenido económico de la propiedad⁶³.

Por consiguiente, puede razonablemente sostenerse que la propiedad y el derecho de propiedad sean relativos y se ponga en duda que mute la titularidad dominial de los fondos y bienes de dominio privado del Estado, al ser incluidos en el patrimonio fiduciario. Esto último se reafirma por el hecho de que los fondos fiduciarios deban reflejarse en el Presupuesto.

Por otro lado, conforme al artículo 236 del CCyCN, el objeto abarca tanto bienes muebles como inmuebles, cuyo carácter no se vería afectado por su incorporación al patrimonio fiduciario.

De hecho, si el fiduciario vendiese bienes inmuebles del Estado (previa autorización legislativa), su producido constituye fondos públicos e integran el Tesoro provincial (artículo 66, inciso 2 de la Constitución Provincial), es decir, que mantienen su carácter de bien de dominio privado del Estado.

La misma conclusión se alcanza respecto de la naturaleza jurídica de los bienes en razón de su destino de bien común.

Ello se debe a que la propiedad fiduciaria tiene que afectarse al cumplimiento de un fin público determinado. En concordancia, los bienes de dominio privado del Estado sólo pueden tener un destino de bien común. Por lo tanto, necesariamente deberán ser coincidentes el fin público de los bienes y del objeto del fideicomiso público. Sólo así será acorde al principio de razonabilidad.

Finalmente, si los bienes del Estado constituyen herramientas o instrumentos destinados a la gestión del bien común, su régimen jurídico será de derecho público⁶⁴. Luego, no podría equipararse ese marco normativo al de la propiedad de los

ANTARTIDA E ISLAS DEL ATLANTICO SUR c/ZOPPI HERMANOS SOCIEDAD ANONIMA, CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA S/LANZAMIENTO” (Expte. N° 87/1995 – SDO, del 6/04/1995).

⁶³ Cfr. DRUETTA, Ricardo T. y GUGLIELMINETTI, Ana P., *Ley N° 13.064 de obras públicas comentada y anotada*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, pp. 11-12. Ver también DALLAGLIO, Matías, FONTANINI, Gastón y ORDÍZ, Antonio, “*Los Fideicomisos Públicos, una innovadora herramienta estatal. Propuesta de su abordaje desde la perspectiva de los Organismos de Control*”, XXI Congreso Nacional de Tribunales de Cuentas, Órganos y Organismos Públicos de Control Externo de la República Argentina, Mendoza 2, 3 y 4 de noviembre de 2011; y en idéntico sentido, DALLAGLIO, Matías y FONTANINI, Gastón, *Fideicomisos...*, p. 21.

⁶⁴ Cfr. UGOLINI, Daniela, *Bienes...*, pp. 60-79.

particulares⁶⁵ y no se encuentran razones que expliquen una mutación en su esencia protectoria al incluirse en el patrimonio fiduciario.

Por ende, es dable concluir que la naturaleza jurídica de los bienes del Estado, incluido el régimen jurídico, no se ve afectada por su incorporación al patrimonio fideicomitado, puesto que la propiedad fiduciaria es relativa y el fin público de los bienes del Estado es tenido en miras al constituirse el fideicomiso, debiendo ser coincidente con su objeto⁶⁶.

Ello nos lleva a las siguientes preguntas: ¿qué implicancia tiene el régimen jurídico de los bienes del Estado con el control en un fideicomiso público? ¿genera algún tipo de incompatibilidad con el régimen del CCyCN?

Como los fideicomisos públicos administran o disponen de recursos y bienes públicos, que provienen de las arcas del Estado y además tienen una finalidad de interés público, el control en la aplicación de estos bienes es más que necesario por imperativo constitucional, es decir, para verificar que cumplan su cometido público. Eso a su vez justifica que el propio Estado lleve adelante este control a través de sus organismos competentes y más aún cuando tengan dependencia financiera del Estado, a través de aportes⁶⁷.

A ello se adiciona que los fondos públicos son pre ordenados en los Presupuestos Generales de Gastos y Cálculo de Recursos a concretos fines de interés general y obviamente requerirán de un control para ser protegidos desde una doble óptica: por su origen de la sociedad, esto es, como resultado de la contribución de todos al sostenimiento de los gastos públicos, como por el destino que los representantes de la soberanía popular le han asignado. La misma conclusión cabe extenderla para los bienes del Estado. La forma en la que ésta se canaliza, cuando son bienes de su dominio privado, que no comparten las características de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de los bienes de dominio público⁶⁸, es a través de un estricto control de su uso, en pos del destino de interés general.

⁶⁵ Cfr. BOTASSI, Carlos A., “*Dominio y jurisdicción. Competencia nacional, provincial y municipal*”, Revista RAP, Ediciones Especiales – Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público, p. 665.

⁶⁶ A similar conclusión arriban CASSAGNE, Juan C. y DE LA RIVA, Ignacio M., “*Formación...*”, pp. 799-824 –en particular, p. 820- y BELLO KNOLL, Susy I., *El fideicomiso...*, p. 198.

⁶⁷ Por sus fundamentos, BARRA, Rodolfo C., *Tratado...*, p. 110.

⁶⁸ Artículo 237 del CCyCN.

Lo hasta aquí expuesto no generaría una incompatibilidad con el régimen de CCyCN, sino que la razón del control y la protección de los bienes y fondos que integran el patrimonio fideicomitado es coincidente: el interés del fiduciante, el beneficiario y el fideicomisario.

Más aún, teniendo presente que el régimen del Código estipula que el fiduciario debe cumplir las obligaciones impuestas por la ley y por el contrato con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios, actuando de buena fe. Así, dentro de estas obligaciones, la rendición de cuentas se determinó como manda indispensable por convención⁶⁹, siendo la manera que encontró el legislador para evitar que se frustre el control.

Por lo tanto, el régimen jurídico de los bienes privados del Estado se encuentra en la misma línea que el CCyCN, ya que en ambos se prevén las obligaciones de rendición de cuentas y control, que hace a la transparencia en el manejo de los fondos y bienes fideicomitados⁷⁰.

C. Los fondos fiduciarios: el Sector Público Provincial, su previsión en el Presupuesto General de Gastos y Cálculo de Recursos de la Administración Provincial y su control.

El Sistema Nacional de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional (Ley nacional N° 24.156), previó su aplicación en todo el Sector Público Nacional, el que se compone por, entre otros, los fondos fiduciarios integrados total o mayoritariamente con bienes y/o fondos del Estado nacional (artículo 8°). De allí que éstos integren el sector público, sean incluidos en el Presupuesto y deban ser controlados.

En cambio, el Sistema instaurado a nivel provincial por la Ley N° 495 (de Administración Financiera y Sistemas de Control del Sector Público Provincial), no

⁶⁹ Esta obligación sería de orden público y cualquier cláusula que importe una dispensa de la rendición de cuentas sería nula (cfr. KIPER, Claudio y LISOPRAWSKI, Silvio V., *Obligaciones y responsabilidad del fiduciario*, Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 13). No obstante, en postura que no compartimos para el caso del fideicomiso público, se ha sostenido que la manda sería imperativa y su violación daría lugar a la nulidad relativa (MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *El fideicomiso en la dinámica mercantil*, 3ª ed., B de F, Buenos Aires, 2013, p. 112).

⁷⁰ La rendición de cuentas es una de las bases de todo gobierno republicano, ver IVANEGA, Mirian M., *“Empleo público, responsabilidad y rendición de cuentas”*, RDLSS 2012-15, 1320. Ver también la Declaración de Asunción – Principios sobre Rendición de Cuentas, de la XIX Asamblea General de la Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores (OLACEFS).

incluye expresamente a los fondos fiduciarios como integrantes del Sector Público Provincial y, por ende, se plantea el interrogante en relación con la aplicación de los preceptos contenidos en la norma, en particular, su inclusión en el Presupuesto y lo relativo al Sistema de Control.

A propósito de la primer cuestión –inclusión presupuestaria-, se recuerda que por Ley provincial N° 694, la Provincia de Tierra del Fuego adhirió al Régimen Federal que estableció la Ley nacional N° 25.917, de creación del Régimen de Responsabilidad Fiscal⁷¹. Esta última norma fue modificada por la Ley nacional N° 27.428, que dispuso el Régimen Fiscal de Responsabilidad Fiscal y Buenas Prácticas de Gobierno y al que la Provincia también ha adherido mediante la Ley N° 1230. Así, en la actualidad y en lo que a la presente respecta, el artículo 3° estipula lo siguiente:

“Artículo 3°: Las leyes de presupuesto general de las administraciones provinciales, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de la Administración Pública Nacional contendrán la autorización de la totalidad de los gastos y la previsión de la totalidad de los recursos, de carácter ordinario y extraordinario, afectados o no, de todos los organismos centralizados, descentralizados, de las instituciones de la seguridad social y los flujos financieros de los fondos fiduciarios. Asimismo, informarán sobre las previsiones correspondientes a todos los entes autárquicos, los institutos, las empresas y sociedades del Estado del Sector Público no Financiero. Los recursos y gastos figurarán por sus montos íntegros, sin compensaciones entre sí. Lo dispuesto en el presente artículo no implica alterar las leyes especiales en cuanto a sus mecanismos de distribución o intangibilidad, en cuyo caso no estarán sometidas a las reglas generales de ejecución presupuestaria” (el destacado no es original).

Por lo tanto, a raíz de aquella norma y amén de la falta de previsión como integrantes del Sector Público Provincial en la Ley N° 495, los fondos fiduciarios deben encontrarse reflejados en el Presupuesto, con la necesidad de contenerlos en el clasificador institucional⁷². Ello, a su vez, tendrá como consecuencia que serán objeto de control.

⁷¹ Artículo 1°, estipulándose en el artículo 2° determinadas reservas en relación con lo dispuesto los artículos 21 y 32, inciso III.

⁷² De hecho, por la Disposición de la Dirección General de Presupuesto N° 2/2018 se aprobó el procedimiento para los fondos fiduciarios en la formulación y ejecución presupuestaria. Dicha Dirección es el órgano rector del Sistema Presupuestario del Sector Público Provincial, conforme lo dispuesto en el art. 16 de la Ley provincial N° 495.

En efecto, la Constitución Provincial ha establecido como competencia del Poder Legislativo, la aprobación anual del Presupuesto General de Gastos y Cálculo de Recursos de la Administración provincial⁷³ -en el que se incluirían los fondos fiduciarios- y, a los efectos de verificar su cumplimiento, la facultad para aprobar o desechar las cuentas de inversión del año fenecido, dentro del período ordinario en que se remitan⁷⁴. Para ello, se prevé la intervención del Órgano de Contralor constitucionalmente estipulado⁷⁵ -quien controlará a los fondos fiduciarios-.

Pero además, resulta que la Constitución Provincial establece la pauta para su control, ya que por el artículo 67 el Presupuesto contendrá no sólo los ingresos y egresos, sino que además deberá acompañarse por un detalle de las actividades y programas que se desarrollarán en cada unidad de organización presupuestaria.

Al respecto, es dable destacar que los Convencionales Constituyentes decidieron la inclusión de la exigencia de una planificación de gobierno, que convierta al presupuesto en una herramienta más ágil y que permita, por un lado, determinar los costos de cada función –y no por área- que deba realizar el Estado en atención a objetivos y, por otro, un mejor control sobre la actividad del Poder Ejecutivo, otorgando mayores visos de seguridad, con una mayor responsabilidad para el Ejecutivo⁷⁶.

Entonces el presupuesto, ya sea como instrumento de programación económica y social, instrumento de gobierno o instrumento de administración⁷⁷, establece los objetivos para el cumplimiento de políticas y contiene el plan de acción para un período, siendo obligatoriamente controlado por manda constitucional.

⁷³ Artículos 67 y 105, inciso 16, de la Constitución Provincial. Para profundizar en la importancia del sistema presupuestario y en particular del Presupuesto, ver IVANEGA, Mirian M., *Mecanismos...*, pp. 32-37.

⁷⁴ Artículo 105, inciso 17, de la Constitución Provincial.

⁷⁵ Artículo 166, inciso 4, de la Constitución Provincial, que prevé dentro de las competencias del Tribunal de Cuentas de la Provincia el “*informar a la Legislatura sobre las cuentas de inversión del presupuesto anterior, dentro del cuarto mes de las sesiones ordinarias*”.

⁷⁶ La discusión del artículo 67 de la Constitución Provincial in extenso obra en las páginas 585/592 del Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Provincia, del 21 de febrero de 1991, que puede obtenerse en la página oficial del Tribunal de Cuentas Provincial, <http://www1.tcptdf.gob.ar/wp-content/uploads/diario-sesiones/Diario-de-Sesiones-Tomo-I-Discucion-Articulo-67-Presupuesto.pdf>. Ver lo expresado por los Convencionales FUNES, MORA, BLANCO y AUGSBURGER.

⁷⁷ Conforme al Manual del Sistema Presupuestario Nacional, para mayor detalle ver IVANEGA, Mirian M., *Mecanismos...*, pp. 32-35. Ver también GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, 3ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 659.

Lo anterior es conteste con la corriente de la Administración Pública Gerencial⁷⁸, que se centra en el servicio al ciudadano y se orienta al control de los resultados, para lo cual será menester definir claramente los objetivos, que permitan verificar el cumplimiento de metas y, a su vez, retroalimente para elaborar estrategias futuras⁷⁹. De hecho, la calidad en la gestión pública se vincula con el propósito fundamental de un buen gobierno democrático, de sujetar los resultados a diversos controles sobre las acciones y su correlativa responsabilidad en el ejercicio de la autoridad pública, mediante el control social y rendición periódica de cuentas⁸⁰.

Por ende, la comprobación de que, efectivamente, el fideicomiso público es la herramienta más eficiente, económica y eficaz para el cumplimiento del fin público perseguido con su constitución, requiere de metas y objetivos claros y cuantificables para un control de los resultados⁸¹. Ello se relaciona, asimismo, con el principio de proporcionalidad de las decisiones administrativas, que deberán ser adecuadas al fin previsto en el ordenamiento jurídico⁸².

En síntesis, su control se torna obligatorio en el esquema constitucional de frenos y contrapesos (para evitar la arbitrariedad y tiranía), por la ineludible transparencia en el proceso de toma de la decisión de recurrir a aquel instrumento (y la asignación de los recursos), que comprende la verificación de los resultados buscados atento a pautas de eficiencia, eficacia y economía (y que permita la retroalimentación)⁸³. Sólo de esta manera se logrará una gestión pública honesta, responsable y legitimada con más sociedad y más Estado⁸⁴.

⁷⁸ Para mayor abundamiento, ver IVANEGA, Mirian M., *Control...*, pp. 15-34.

⁷⁹ Ver el documento “*Una Nueva Gestión Pública para América Latina*” del CLAD y el principio de eficacia, definido en los puntos 6 y 7 de la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública.

⁸⁰ Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública (Preámbulo y punto 3. Contenido finalista de la gestión pública de calidad).

⁸¹ En este sentido, el punto 36 del título IV. Reglas vinculadas a la gestión pública, del Código Iberoamericano de Bueno Gobierno.

⁸² V. punto 16 de la Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública.

⁸³ Actualmente se procura combinar los principios de la Gestión por Resultados con los del agilismo, ver el trabajo “*Recursero de evaluación. Herramientas para una gestión ágil: Teoría de Cambio y pensamiento evaluativo*”, publicado por la Subsecretaría de Innovación Pública y Gobierno Abierto, dependiente del Ministerio de Modernización de la Presidencia de la Nación Argentina.

⁸⁴ Cfr. BARREIRO, Fernando, “*El poder, la rendición de cuentas y la sociedad civil*”, publicado en GARCÍA LÓPEZ, Roberto y LAGUZZI, Heraldo (editores), *Gestión pública para resultados en el desarrollo: Corresponsabilidad del Estado y la sociedad civil, Memorias del II y III Seminario Regional*, Banco Interamericano de Desarrollo, PRODEV, pp. 126-127, obtenido de http://www.coplac-prd.org/images/stories/Sociedad_Civil_CD.pdf (disponible el 11-IX-2019).

Conclusiones del capítulo.

- El fideicomiso público debe satisfacer un fin público, que surge de las funciones esenciales o específicas del Estado. En su defecto, la norma de creación deberá determinar, expresa y detalladamente, aquella causa fin considerando la función subsidiaria del Estado, siendo necesario el control a los efectos de evitar desviaciones de poder. Así, se legitimará la acción pública.

- Además, el uso de la figura del fideicomiso público (por sobre otra herramienta) debe ser acorde con los resultados que se persigan y la consecuente satisfacción del fin público. Su control permitirá evitar la ineficiencia administrativa, la corrupción y la discrecionalidad.

- El régimen jurídico de los bienes privados del Estado, que procura que cumplan con su fin público, no se ve modificado por la incorporación de éstos al patrimonio fideicomitado. Por ende, surge la necesidad insoslayable del control en su administración y disposición, para verificar que sea acorde con los principios generales del derecho y las mandas legales. Asimismo, justifica que el propio Estado lleve adelante este control a través de sus organismos competentes.

- Tanto el régimen jurídico de los bienes privados del Estado como los parámetros fijados por el CCyCN para el fideicomiso, prevén la obligación de rendición de cuentas y control, que hace a la transparencia en el manejo de los fondos y bienes fideicomitados.

- La Ley N° 495, de Administración Financiera y Sistemas de Control del Sector Público Provincial, no incluye expresamente a los fondos fiduciarios como integrantes del Sector Público Provincial, pero éstos son incluidos en el Presupuesto (por Leyes provinciales N° 694 y N° 1230) y serán obligatoriamente controlados por manda constitucional.

III. QUIÉN CONTROLA AL FIDEICOMISO PÚBLICO Y CÓMO

A. Breve reseña sobre el control del fideicomiso público por la sociedad.

Si bien el presente trabajo tiene por objeto el control del fideicomiso público por el Tribunal de Cuentas de la Provincia, debe necesariamente mencionarse aquel que ejercerá la sociedad.

Ello tiene su razón de ser en el sistema democrático y republicano de gobierno, desde que en el origen de las políticas públicas se encuentra la sociedad y sus demandas, es decir, que las decisiones deben responder al pueblo soberano⁸⁵. El Estado Provincial formula políticas, planes y modelos para su desarrollo económico y social, tendientes a la consecución del interés general y el cumplimiento de los objetivos del Estado, siendo su función primordial garantizar la educación, la salud, la seguridad y la justicia (conf. artículo 64 de la Constitución Provincial).

Así entendido, la política debe conectar con los protagonistas públicos y privados, permitiendo que con esa interacción surja de la participación ciudadana: la cooperación en la toma de decisiones, el conocimiento de las medidas concretas adoptadas por el Estado (que se vincula con el principio republicano de la publicidad de los actos de gobierno), impone un límite a la discrecionalidad en la toma de esas decisiones y conlleva al control de la gestión y de las responsabilidades⁸⁶.

Entonces, para lograr tal transparencia, es indispensable el acceso a la información⁸⁷.

⁸⁵ Cfr. DELAMAZA, Gonzalo, “*Gestión para resultados: Instrumentos y competencias para la sociedad civil*”, publicado en GARCÍA LÓPEZ, Roberto y LAGUZZI, Heraldo (editores), *Gestión pública para resultados en el desarrollo: Corresponsabilidad del Estado y la sociedad civil, Memorias del II y III Seminario Regional*, Banco Interamericano de Desarrollo, PRODEV, p. 51, obtenido de http://www.coplac-gprd.org/images/stories/Sociedad_Civil_CD.pdf (disponible el 11-IX-2019).

⁸⁶ Cfr. IVANEGA, Mirian M., “*Mitos y verdades acerca de la transparencia gubernamental. El rol del Poder Legislativo*”, ponencia presentada en el Primer Congreso Internacional y Segundo Mexicano de Derecho Administrativo, Veracruz, México, 24 a 26 de septiembre de 2008, obtenido de <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/oper-prima-derecho-admin/article/view/1513/1413> (disponible el 11-IX-2019).

⁸⁷ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que “(...) *el valor del acceso a la información comprende la promoción de los objetivos más importantes en las Américas, incluida una democracia transparente y efectiva, respeto por los derechos humanos, la estabilidad de los mercados económicos y la justicia socioeconómica (...)* De esta manera, el acceso a la información habilita a los ciudadanos para asumir un papel activo en el gobierno, que es condición de una democracia sana. Un mecanismo transparente que brinda acceso a información en poder del Estado es también esencial para fomentar un clima de respeto por todos los derechos humanos. El acceso a la información en poder del Estado es igualmente necesario para evitar futuros abusos de los funcionarios gubernamentales y para asegurar la garantía de contar con recursos efectivos contra tales abusos” (Caso 10488, informe N°

La Constitución de la Provincia de Tierra del Fuego declara a la información como un bien social e indica que la ley garantizará el libre acceso a las fuentes públicas de información (artículo 46). En concordancia, la Ley provincial N° 653 (publicada en el Boletín Oficial Provincial el 3 de enero de 2005 y reglamentada por Decreto provincial N° 2150/2017) determina las pautas de su ejercicio.

El fideicomiso público, al involucrar bienes y fondos públicos, también estará sometido a esta manda y, por ende, pensamos que los parámetros de aquella normativa resultan comprensivos de la información relativa al patrimonio fiduciario.

En primer lugar, la ley determina que todas las personas físicas o jurídicas tienen derecho a solicitar y recibir información pública (sin necesidad de manifestar el propósito de la requisitoria)⁸⁸ en forma completa, veraz, adecuada y oportuna (artículos 1 y 6), que incluye lo relativo a la gestión de los fondos y bienes públicos destinados al patrimonio fiduciario.

A su vez, el requerimiento podrá ser formulado, en lo que al presente interesa, respecto de cualquier órgano perteneciente al Estado en cuanto a su actividad administrativa, quien deberá facilitar el acceso a la información que hubiese sido obtenida o que se encuentre en su posesión y bajo su control (artículos 1 y 2). Entonces, ante una solicitud deberán entregar copias de las rendiciones de cuentas exigidas al fiduciario.

Pero también pensamos que las personas físicas o jurídicas, independientemente de su carácter de beneficiarios o fideicomisarios (por estar habilitados expresamente por el artículo 1675 del CCyCN), podrían solicitarle las rendiciones de cuentas al propio fiduciario. Si bien éste último no reviste un carácter público o estatal y no figura dentro de los legitimados pasivos de la ley, deberá obligatoriamente brindar la información porque el fideicomiso público persigue un fin público y utiliza fondos y bienes de ese carácter⁸⁹.

136/1999, “*El Salvador, Ignacio Ellacuría*”, 22/12/1999, párrs. 222º/223º). También Fallos 314:1517 y 321:2767.

⁸⁸ Sobre la innecesidad de fundamentar un derecho subjetivo o interés legítimo, ver sentencia de la Cámara de Apelaciones de la Ciudad de Río Grande, Sala Civil, Comercial y del Trabajo, “*GAVILÁN, LILIANA ELIZABETH c/ GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE TIERRA DEL FUEGO-MINISTERIO DE EDUCACIÓN s/AMPARO POR MORA s/C. DE COMP.*” (Expte. N° 20731/2015, en trámite ante Alzada bajo el N° 7671/2015, del 16/11/2015).

⁸⁹ Fallos 335:2393 y 338:1258 (“*Giustiniani*”). A nivel local, salvando las distancias, la Cámara de Apelaciones de la Ciudad de Río Grande, Sala Civil, Comercial y del Trabajo, en “*TAGLIAPIETRA, SERGIO c/ COLEGIO DE ABOGADOS DE USHUAIA s/AMPARO POR MORA*” (Expte. N° 18368/2013,

Por lo pronto, en caso de no contar al momento del pedido con esa información actualizada, el órgano o fiduciario requeridos no tienen la obligación de crearla o producirla (artículo 2 in fine), pero estimamos que deberán entregar la última rendición en su poder y justificar la falta de actualidad en la periodicidad de éstas.

B. El control por el Tribunal de Cuentas Provincial. Características y conformación. Competencias ante el fideicomiso público.

Para poder adentrarnos en las razones por las que el fideicomiso público será controlado por el Tribunal de Cuentas, primeramente deben aclararse la naturaleza jurídica y competencias del organismo de contralor, que explicarán su función primordial en el esquema provincial.

El Tribunal de Cuentas se encuentra previsto en la Constitución Provincial, estipulando en los artículos 163 a 166 su integración, designación de miembros, incompatibilidades, inhabilidades, prerrogativas, garantía de inamovilidad y atribuciones. Aquello debe ser complementado con la Ley orgánica N° 50.

De ello se deriva, en primer lugar, que justamente por esa inclusión es un organismo constitucional y, en consecuencia, que se relaciona en el mismo nivel jerárquico con los otros Poderes por su *status*. Además, que la especialidad y esencialidad del Tribunal de Cuentas hace a la subsistencia del Estado⁹⁰.

En segundo lugar, se trata de un Órgano con un alto grado de independencia. La Carta Magna provincial en la Segunda Parte – Autoridades de la Provincia, Título I – Gobierno Provincial, dedica las secciones primera a tercera a los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial respectivamente y la cuarta a los Órganos de Contralor, dentro de los que incluye al Tribunal de Cuentas, al Fiscal de Estado y al Contador General y Tesorero. De allí que podamos afirmar que por su ubicación en el esquema constitucional se trata de un órgano extrapoder⁹¹.

en trámite ante Alzada bajo el N° 6791/2013 del 12/03/2014), entendió que los Colegios de Abogados persiguen fines públicos y por ende corresponde el acceso a la información en los términos de la ley.

⁹⁰ Cfr. BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo y GARCÍA PELAYO, Manuel, a quienes se hace referencia en DE VEGA BLAZQUEZ, Pedro, “*La configuración constitucional del Tribunal de Cuentas en España*”, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Cuestiones Constitucionales, N° 1, Julio-Diciembre de 1999.

⁹¹ STJ, “*TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA PROVINCIA C/SINCHICAY VICENTE DEL V., SANDEZ LUIS G., NACCARATO RAFAEL R., MARTÍNEZ INÉS L. Y OTRO S/ACCIÓN RESARCITORIA*” (Expte. N° 2269/2015-SR, del 20/03/2018) y en “*PROVINCIA DE TIERRA DEL FUEGO, ANTÁRTIDA E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR-AUDITORÍA GENERAL C/DEPARTAMENTO EJECUTIVO DE LA*

A ello se agrega la metodología de elección de los tres vocales que lo integran, ya que si bien son designados por el Poder Ejecutivo, el Vocal Abogado es a propuesta del Consejo de la Magistratura, uno de los Vocales Contadores a propuesta de la Legislatura y el otro por decisión del Poder Ejecutivo (artículo 164 de la Constitución Provincial). Entonces la estructura colegiada tiende a una neutralidad política. Además, los Miembros gozan de las mismas prerrogativas que los magistrados del Poder Judicial y de la garantía de inamovilidad mientras dure su buena conducta, siendo en su caso sometidos a juicio político (artículo 165).

Adiciona a la independencia, idoneidad y objetividad de criterio del Tribunal de Cuentas el hecho de que los Auditores Fiscales y demás cargos de planta permanente sean cubiertos mediante concurso (artículo 81 de la Ley).

Por último, posee el carácter de autónomo (artículo 1 de la Ley), ya que cuenta con personalidad jurídica propia, competencia para dictar su reglamento interno (artículo 26 inciso b), facultades de designación y remoción del personal (artículo 166, inciso 6 de la Constitución Provincial y artículo 26, inciso c de la Ley), capacidad para administrarse a sí mismo (artículos 4, inciso a y 15 inciso c de la Ley) y autarquía financiera (artículo 166, inciso 6, de la Constitución Provincial y artículo 26 inciso d de la Ley)⁹².

B.1. Las competencias del Tribunal de Cuentas y su alcance.

En consecuencia, para desarrollar su acción funcional de control externo el Tribunal de Cuentas posee las competencias que se identifican a continuación, con los respectivos procedimientos aprobados por el Órgano de Contralor (cuya facultad surge del artículo 26, inciso h de la Ley provincial N° 50):

MUNICIPALIDAD DE USHUAIA S/CONFLICTO DE PODERES” (Expte. N° 8/1994-SDO, del 21/10/1994) y su acumulado “*DEPARTAMENTO DELIBERATIVO DE LA MUNICIPALIDAD DE USHUAIA C/ DEPARTAMENTO EJECUTIVO DE LA MUNICIPALIDAD DE USHUAIA S/ART. 157, INC. 2° DE LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL*” (Expte. N° 12/1994-SDO, del 21/10/1994). A nivel doctrina, ver MAYOR, Armando, “*Órganos...*”, p. 476. En contra SESIN, Domingo J., “*El deber de control preventivo*”, en “*V y VI Jornadas Rosarinas de Derecho Administrativo ‘Dr. Antonio Pedro Chede’*”, RAP, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Año XXXIV, N° 405, pp. 119-120.

⁹² Algunos de aquellos aspectos fueron confirmados por la Cámara de Apelaciones de la Ciudad de Río Grande, Sala Civil, Comercial y del Trabajo, en “*VENEGAS, RODOLFO DANIEL S/INCIDENTE DE RECURSO DE QUEJA EN AUTOS TRIBUNAL DE CUENTAS C/FISBEIN, LUIS ALBERTO Y OTROS S/ACCIÓN RESARCITORIA*” (Expte. N° 1701/2016, tramitado en Alzada bajo el N° 8175/2016, del 13/07/2017).

- Realiza auditorías externas⁹³: que presuponen procedimientos o técnicas para aplicar en el control posterior. En el caso de las auditorías externas gubernamentales, se ha explicado que implican un proceso sistemático de obtención y evaluación de evidencias, que permitirán la formación de un juicio de valor respecto de la información producida por el ente auditado y si su realidad es acorde con los criterios establecidos, concernientes a la administración y gestión de los programas u operaciones gubernamentales⁹⁴.

- Efectúa investigaciones especiales⁹⁵: implican el desarrollo de procedimientos de control en sede administrativa para hechos o actos específicos. A diferencia de las auditorías, que procuran obtener una “*foto macro*” del organismo para identificar deficiencias e irregularidades y sugerir mejoras, las investigaciones tienen por objeto un análisis particularizado de determinadas irregularidades que puedan configurar un perjuicio fiscal. Así puede comprenderse que las investigaciones especiales sean ordenadas por la Vocalía de Auditoría, ante una denuncia formulada por un particular (artículo 76 de la Ley provincial N° 50, de allí la importancia del acceso a la información pública explicado en el apartado anterior).

- Interviene en la cuenta de inversión del presupuesto anterior⁹⁶: si bien existe un control durante toda la ejecución presupuestaria, al finalizar el ejercicio financiero el Órgano de Control Externo fiscalizará e informará al Poder Legislativo sobre la regularidad en el cumplimiento de los actos y el manejo de los fondos públicos⁹⁷, en base a los estados contables-financieros remitidos por la Contaduría General⁹⁸. Para elaborar los Informes Ejecutivos y Analíticos de las Cuentas de los organismos, se utilizan las normas de auditoría previstas en la Resolución Plenaria N° 243/2005, la

⁹³ Artículo 166, inciso 3 de la Constitución Provincial y artículos 2, inciso c) y 4 inciso e) de la Ley. Si bien existen distintos tipos de auditorías, en el caso del Tribunal de Cuentas de la Provincia se utilizan las previstas en la Resolución Plenaria N° 243/2005 y en el Acuerdo Plenario N° 299, que regulan los procedimientos. Ver por todas IVANEGA, Mirian M., *Mecanismos...*, pp. 88-96.

⁹⁴ Cfr. Instituto de Estudios Técnicos e Investigaciones, del Secretariado Permanente de Tribunales de Cuentas, Órganos y Organismos de Control Externo de la República Argentina, “*Normas de Control Externo Gubernamental – Febrero 2019*”, obtenido de <http://www.ietei.com.ar/wordpress/normas/> (disponible el 11-IX-2019).

⁹⁵ Artículo 166, inciso 3 de la Constitución Provincial. El procedimiento se encuentra regulado en la Resolución Plenaria N° 71/2002, modificada por su similar N° 363/2015.

⁹⁶ Artículos 105, inciso 17 y 166, inciso 4, de la Constitución Provincial, artículos 2, inciso d) y 26, inciso f), de la Ley y artículo 92, inciso b), punto 1 y concordantes de la Ley provincial N° 495. El procedimiento de estudio de la Cuenta General del Ejercicio se fijó en la Resolución Plenaria N° 15/2002.

⁹⁷ Cfr. IVANEGA, Mirian M., *Control...*, p. 41.

⁹⁸ La Ley provincial N° 495, artículos 88, inciso f) y 89.

Resolución Técnica N° 37 y Recomendaciones Técnicas N° 1 a N° 3 de la Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas.

- Examina las rendiciones de cuentas⁹⁹: implica el análisis por los Auditores Fiscales de las rendiciones de cuentas, que informan y brindan las explicaciones sobre las decisiones y acciones que se han realizado con los fondos, valores u otros bienes de pertenencia del Estado¹⁰⁰.

- Ejerce el juicios de cuentas¹⁰¹: ante la falta de presentación o presentación deficiente de la rendición de cuentas, el Órgano de Contralor podrá disponer el inicio del Juicio de Cuentas, cuyo objeto radica en el examen de las cuentas observadas por el Auditor Fiscal. Este juicio tiene por fin que la Vocalía de Auditoría apruebe o desapruebe las rendiciones de cuentas.

- Ejerce el juicio administrativo de responsabilidad o entabla acciones ante el órgano judicial¹⁰²: en ambos se procura determinar la responsabilidad civil patrimonial por los hechos, actos u omisiones que lesionaron la hacienda pública y a obtener el recupero del perjuicio fiscal ocasionado¹⁰³. La competencia como tribunal de jurisdicción administrativo ha sido ratificada en sendas oportunidades por el Superior Tribunal de Justicia (en adelante “STJ”)¹⁰⁴. De aquel se destaca que si del contralor de

⁹⁹ Artículo 166, inciso 5, de la Constitución Provincial y artículos 2, inciso h), 4, inciso f) y 36 de la Ley. Se encuentra regulado en los artículos 33 a 38 de la Ley y reglamentado por la Resolución Plenaria N° 33/1994.

¹⁰⁰ Cfr. VILLANUEVA LOMELÍ, David, “Rendición de cuentas y gobiernos locales: retos y perspectivas”, en *Fiscalización, transparencia y Rendición de Cuentas*, D3 Ediciones, México, 2015, pp. 27-29.

¹⁰¹ Artículo 166, inciso 5, de la Constitución Provincial y artículo 2, inciso h) de la Ley. El procedimiento se encuentra regulado en los artículos 37 a 42 de dicha ley y reglamentado por la Resolución Plenaria N° 14/1995.

¹⁰² Artículo 166, inciso 5, de la Constitución Provincial y artículos 2, incisos e) y f), 26 inciso i), 43 y 48 de la Ley, regulando esta última el procedimiento en los artículos 23, 42, 44 a 66, 72 a 75, 77 y 78 (este último indica que el Código Procesal Civil y Comercial será aplicado supletoriamente en el procedimiento jurisdiccional administrativo).

¹⁰³ El miembro informante de la Ley provincial N° 50 (atento a la doctrina de exégesis de Fallos 332:1704), explicó que: “(...) *El juzgamiento de los agentes por los perjuicios patrimoniales al Estado, causados en función de su responsabilidad de rendir cuentas o no, se realizará por un mismo procedimiento. En efecto, la ley crea un mismo procedimiento para el juzgamiento de la responsabilidad patrimonial de los estipendiarios del Estado. En otras palabras, las cuentas serán juzgadas a través del juicio de cuentas, mientras que la responsabilidad de los responsables de las cuentas y de los otros estipendiarios del Estado será juzgada a través del juicio de responsabilidad (...)*”.

¹⁰⁴ V. “ROMANO, JUAN MANUEL C/TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA PROVINCIA DE TIERRA DEL FUEGO S/CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO” (Expte. N° 325/1999 – SDO, del 29/03/1999); “SANTAMARÍA, FÉLIX ALBERTO Y OTRO C/TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA PROVINCIA S/CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO” (Expte. N° 1912/2006 – SDO, del 26/03/2010); “ZANARELLO, ABEL C/TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA PROVINCIA DE TIERRA DEL FUEGO S/CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO” (Expte. N° 1562/2002 – SDO, del 14/09/2007); y en fecha reciente “PRELI,

los actos de contenido patrimonial el Vocal de Auditoría detectare supuestos daños patrimoniales al Estado, formulará acusación contra el o los presuntos responsables ante la Vocalía Legal, a quien corresponderá la sustanciación y decisión del Juicio Administrativo de Responsabilidad. Así, la conformación de las Vocalías, tal como ha sido determinado en la Ley provincial N° 50, tiende a la independencia en las decisiones que se adopten, siendo consecuencia lógica que la Vocalía de Auditoría -uno de cuyos miembros luego integrará la Vocalía Legal- sea imposibilitada de expedirse en relación con la presunta existencia de perjuicio fiscal cuando resuelva un juicio de cuentas, sino que deba esperar a la acusación¹⁰⁵. Las decisiones están sujetas a un control judicial suficiente.

- Interviene en el juicio de residencia¹⁰⁶: que tiene por finalidad mantener al funcionario en el ámbito de la Provincia para que pueda rendir cuentas de su gestión dentro de los cuatro (4) meses siguientes al cese. No obstante, el transcurso de ese período no implica liberarlo de la eventual responsabilidad que pueda derivarse del manejo de fondos públicos durante su función, de surgir o determinarse con posterioridad al vencimiento de aquel plazo¹⁰⁷.

- Formula recomendaciones¹⁰⁸: a raíz de los diversos métodos de control, es factible que se detecten irregularidades o anomalías que no necesariamente impliquen un perjuicio fiscal o que sean susceptibles de sanción, pudiendo no obstante el Tribunal de Cuentas hacer sugerencias para que se eviten en lo sucesivo. De esta manera, cuando aquellas surjan de una investigación o una auditoría, entendiendo que son consecuencia de un juicio de valor y que indicarán los mecanismos o medidas a adoptar para corregirlo, tendrán el carácter de obligatorias para los auditados y el Órgano de

LILIANA GRACIELA C/TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA PROVINCIA S/CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO” (Expte. N° 3180/2015 – SDO, del 5/04/2019); entre otros.

¹⁰⁵ A propósito del sistema del Tribunal de Cuentas previsto en la derogada Ley de Contabilidad, ver ARIAS, Verónica, “Responsabilidad patrimonial. Algunas consideraciones en torno a la determinación del perjuicio fiscal”, RDA 2007-59, 272.

¹⁰⁶ Artículo 166, inciso 5, en concordancia con el artículo 190 de la Constitución Provincial. El procedimiento se encuentra previsto en la Ley provincial N° 264, modificada por su similar N° 619 y N° 856.

¹⁰⁷ STJ, “MARTINELLO, ROQUE LUIS C/PROVINCIA DE TIERRA DEL FUEGO S/ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD — MEDIDA CAUTELAR”, (Expte. N° 904/1999 – SDO, del 7/11/2000), con criterio adoptado por el Tribunal de Cuentas en el Acuerdo Plenario N° 1791 y reiterado en la Resolución Plenaria N° 118/2016.

¹⁰⁸ Artículo 4, inciso g) de la Ley provincial N° 50.

Contralor comprobará si lo recomendado fue implantado¹⁰⁹. Ello tiene su fundamento en el rol de activo colaborador del Tribunal de Cuentas, para que en el accionar de la Administración Pública en procura del bien común, se actúe de manera eficiente, eficaz y razonable, respetando todo el ordenamiento jurídico, acorde al derecho a la buena administración.

- Aplica sanciones¹¹⁰: la potestad sancionatoria, que abarca apercibimientos y multas, tiene su fundamentación en asegurar el cumplimiento del cometido del Tribunal de Cuentas respecto de quienes caen bajo su fiscalización¹¹¹. De allí que se permita el ejercicio de la competencia por la desobediencia ante pedidos de información y de rendiciones de cuentas, transgresión a disposiciones normativas e incluso ante conductas que generasen daños al patrimonio de la Provincia¹¹².

- Asesora¹¹³: acorde con lo dicho a propósito de las recomendaciones, en esta tendencia hacia una contribución del Tribunal de Cuentas en la mejora de la gestión pública, la ley lo facultó para asesorar a los poderes del Estado por su carácter especializado. Ello es congruente con la Declaración de Lima sobre Líneas Básicas de Fiscalización de 1977, dictada por la Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI), en la que además se aclaró que si bien el resultado de esta función de asesoramiento será no vinculante para quienes formulen la consulta, deberá fundamentarse su apartamiento y bajo su responsabilidad¹¹⁴.

- Observa los actos administrativos que dispongan fondos públicos, su inversión, percepción u operaciones financieros patrimoniales, por transgresiones de disposiciones

¹⁰⁹ Cfr. IVANEGA, Miriam M., *Mecanismos...*, pp. 85-87. El Tribunal de Cuentas ha adoptado como propios los fundamentos por los que las recomendaciones en una auditoría revisten el carácter de obligatorias para los auditados, extendiéndola a los casos de las investigaciones especiales (v. gr. Resoluciones Plenarias N° 169/2014 y N° 135/2014).

¹¹⁰ Artículos 4, inciso h), 37 y 44 de la Ley provincial N° 50, reglamentado el primero por el Decreto provincial N° 1917/1999. El procedimiento se encuentra previsto en la Resolución Plenaria N° 33/2006, complementado por su similar N° 315/2017 (que modificó a la N° 272/2014).

¹¹¹ STJ, “AGUIRRE EDUARDO E. C/TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA PROVINCIA DE TIERRA DEL FUEGO S/RECURSO DE APELACIÓN” (Expte. N° 190/1995 – SDO, del 7/05/1996); “TOLEDO ZUMELZU, ORLA C/ TRIBUNAL DE CUENTAS PROVINCIA S/RECURSO DE APELACIÓN” (Expte. N° 195/1995 – SDO, del 31/07/1996); entre otros.

¹¹² En los términos del Decreto provincial N° 1917/1999, tal como ha sido interpretado en el Acuerdo Plenario N° 2268. Aquello ha sido ratificado por el STJ en “MUÑOZ, FERNANDO JORGE C/TRIBUNAL DE CUENTAS PROVINCIAL S/CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO” (Expte. N° 367/1997 – SDO, del 30/06/1999) y en “MANSILLA VARGAS, VIVIANA GRACIELA C/TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA PROVINCIA S/CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO” (Expte. N° 2237/2009 - SDO, del 8/02/2012).

¹¹³ Artículo 2, inciso i), de la Ley provincial N° 50, reglamentado por Resolución Plenaria N° 124/2016.

¹¹⁴ Artículo 12, apartado I. En la misma línea, ver Dictámenes 266:338.

legales o reglamentarias¹¹⁵: esta potestad tendrá como consecuencia la suspensión de la ejecución del acto, ya sea en su totalidad o en la parte observada. Así, se busca que el funcionario rectifique su obrar, antes de obligar al Estado provincial e impidiendo un perjuicio antes de que se produzca. No obstante, el titular del poder o ente sujeto a control, podrá *insistir* en el cumplimiento de los actos observados, asumiendo la responsabilidad exclusiva por ello, debiendo el Tribunal de Cuentas remitirlo a la Legislatura, quien podrá aprobar o rechazar la insistencia¹¹⁶. En otras palabras, el accionar del Estado no se vería imposibilitado, pero implicará que las consecuencias patrimoniales de aquellos actos serán atribuidas al funcionario, quien deberá resarcir el daño causado. De ello entendemos que la responsabilidad que evaluará el Poder Legislativo será la política, mientras que la administrativa y patrimonial será competencia del Tribunal de Cuentas, como órgano que posee capacidad suficiente por mandato constitucional¹¹⁷.

Las competencias reseñadas deberán ejercerse dentro del alcance definido por la propia Ley provincial N° 50, que determina que el control será de la función económico – financiera, patrimonial y legal¹¹⁸.

Tradicionalmente, la fiscalización legal ha sido entendida como control de cumplimiento, mientras que por control financiero o contable patrimonial, aquel que tiene por objeto corroborar que la actividad del Estado se ajuste al marco normativo y que los estados contables e informes financieros se confeccionen de acuerdo con los principios de contabilidad, representando la realidad económica del organismo¹¹⁹.

El control de cumplimiento legal debe ceñirse a la materia específica, es decir, vinculándolo con el control financiero o contable patrimonial. Ello tiene sentido en el esquema constitucional de división de poderes provincial, que determina que el control genérico de legalidad de los actos de la Administración Pública corresponde al Fiscal de

¹¹⁵ Artículo 166, inciso 2 de la Constitución Provincial y artículos 4 inciso b), 26 inciso g), 30 y 31 de la Ley provincial N° 50. El procedimiento se encuentra reglamentado por la Resolución Plenaria N° 1/2001 y su modificatoria N° 89/2002 y en la Planificación Estratégica para el año 2019, aprobado por su similar N° 12/2019.

¹¹⁶ El STJ indicó que las observaciones son actos interlocutorios y no definitivos, en tanto que importan una advertencia sobre su posible ilegalidad (“*MUNICIPALIDAD DE USHUAIA C/TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA PROVINCIA S/CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO*”, Expte. N° 453/1997 - SDO, del 8/10/1997).

¹¹⁷ V. por sus fundamentos, el Acuerdo Plenario N° 1853.

¹¹⁸ Artículos 1, 2 incisos a) y b), 4 incisos b) y d), 33 y concordantes de la Ley provincial N° 50.

¹¹⁹ Cfr. IVANEGA, Mirian M., “*Reflexiones...*”, cita online 0003/010513.

Estado¹²⁰. Por ende, la delimitación de las facultades de fiscalización será de género-especie, correspondiendo al Tribunal de Cuentas sólo la legalidad de lo económico, financiero y patrimonial¹²¹.

Sin embargo, entendemos que aquel ámbito de ejercicio de las competencias no se circunscribe estrictamente a la verificación de aplicación de leyes o de principios contables, como surgiría de las Leyes provinciales N° 50 y N° 495. En la actualidad, debe ser ampliado a la protección de la hacienda pública desde diversos enfoques, abarcando un control de eficiencia, eficacia, economía, entorno, equidad (conocidas como las cinco “E”) y demás principios generales que tratamos al comienzo de este trabajo, para hacer cumplir la manda de juridicidad del obrar administrativo¹²².

Entonces, desde una primera aproximación, puede comprenderse que para la rendición de un fondo permanente bastaría con la copia certificada de la factura, conforme al artículo 40 de la Ley provincial N° 141 (de procedimiento administrativo). Sin embargo, la ausencia de documentación en original podría permitir que se utilice reiteradamente para fraguar otras rendiciones¹²³. El ejemplo sencillo pretende poner de manifiesto que la aplicación automática de la norma resulta insuficiente para satisfacer el interés público, debiendo en cambio tenerse presente todo el ordenamiento jurídico y, principalmente, el sentido buscado¹²⁴.

En consecuencia, si bien el control de legalidad será sólo en los aspectos económicos, financieros y patrimoniales, pensamos que estos últimos habilitan a un control de juridicidad y de gestión.

La función patrimonial, financiera y económica exige un control de cumplimiento de las cinco “E” y de todo el régimen normativo, comprendiendo los principios generales del derecho, en pos del interés público. Esta verificación es el control de juridicidad, como respeto a todo el ordenamiento jurídico en la protección de la hacienda pública.

¹²⁰ Artículo 167 de la Constitución Provincial. V. también la Ley provincial N° 3. En la práctica ambos organismos trabajan de manera coordinada y con un alto grado de colaboración (v. gr. Resolución Plenaria N° 45/2015).

¹²¹ Y aún así, habrá de verificarse si no existe otro órgano que revista el carácter de autoridad de aplicación, como acontece por ejemplo con la materia financiera por el Banco Central de la República Argentina (v. Acuerdo Plenario N° 2474).

¹²² Cfr. FIORINI, Bartolomé, *Derecho Administrativo*, 2ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976, t. 11, pp. 177 y ss.

¹²³ V. Acuerdo Plenario N° 2308.

¹²⁴ Cfr. SESIN, Domingo J., “*El deber...*”, pp. 124-125.

Respecto del control de gestión, coincidimos con SESIN en que tiende a verificar la legitimidad y regularidad de la gestión, que importa no sólo el análisis del acto administrativo concreto para verificar si se encuentra viciado¹²⁵, sino también el respeto a la buena fe, la igualdad, la razonabilidad y proporcionalidad, la equidad, la igualdad, la transparencia y en definitiva la consecución del interés general. Pero además, incluye el control de los efectos operativos y sociales de la actividad estatal, mediante el control de eficacia, economicidad y eficiencia¹²⁶.

Para ello, será necesario, entre otros métodos de control, contrastar los resultados alcanzados con lo planificado, que en la práctica se traduce en verificar lo previsto en el Presupuesto y implementado en la Cuenta de Inversión¹²⁷. Recordemos que a nivel provincial la Carta Magna exige que un presupuesto con clasificaciones programáticas (artículo 67). De allí que pueda exigirse que los objetivos políticos sean determinados de manera clara y cuantificable para su control y el cumplimiento del interés público estatal.

El límite a dicho control de gestión será la órbita propia de discrecionalidad del funcionario público, es decir, la oportunidad, mérito y conveniencia en la adopción de las políticas relacionadas a la administración y sus objetivos¹²⁸.

En síntesis, una comprensión interrelacionada del alcance de las facultades del Tribunal de Cuentas permite concluir que: a) el control de legalidad será sólo en los aspectos económicos, financieros y patrimoniales; b) el control de la función económico – financiera y patrimonial habilita un control de juridicidad y de gestión; y c) el límite al control de juridicidad y gestión estará dado por la adopción de las decisiones, esto es, la oportunidad, el mérito y la conveniencia.

¹²⁵ Incompetencia, objeto ilícito o imposible (o irrazonable), violación absoluta del procedimiento legal, falta de causa o motivación, violación de la finalidad (o desvío de poder) y exclusión de la voluntad por violencia o dolo (artículo 110 de la Ley provincial N° 141).

¹²⁶ Cfr. SESIN, Domingo J., “*Tribunal de Cuentas. Importancia y alcance del control previo. Nuevas perspectivas*”, en “*Control de la Administración Pública. Administrativo, Legislativo y Judicial*”, 2ª ed., RAP, 2009, pp. 317-335, en particular pp. 329-332; en la misma línea, MAYOR, Armando, “*Órganos...*”, p. 492.

¹²⁷ Cfr. MAYOR, Armando, “*Órganos...*”, pp. 497-498, cuya doctrina ha sido adoptada por el Tribunal de Cuentas para el análisis de la Cuenta General de Inversión del Ejercicio vencido, tal como surge de la Resolución Plenaria N° 160/2018.

¹²⁸ V. Resoluciones Plenarias N° 245/2014, N° 12/2015 y N° 102/2015, entre otras, así como los Acuerdos Plenarios N° 600 y N° 2432. Aquello es concordante con la doctrina sostenida por el STJ en las causas “*GALEGO, HORACIO JORGE C/TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA PROVINCIA S/RECURSO DE APELACIÓN*” (Expte. N° 446/1997 – SDO, del 04/02/1999) y “*GARCÍA CASANOVAS, ÁNGEL GUSTAVO C/TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA PROVINCIA S/CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO*” (Expte. 1936/2007 – SDO, del 29/09/2010).

B.2. El ámbito de aplicación de las competencias del Tribunal de Cuentas. Los fideicomisos públicos.

El ámbito de aplicación de aquellas competencias abarca, en nuestro entendimiento, un espectro subjetivo y uno objetivo.

Desde una óptica subjetiva, la tarea de contralor externo incluye a los tres poderes del Estado de la Provincia de Tierra del Fuego, a las empresas o sociedades de propiedad total o mayoritaria del Estado, entes autárquicos y jurídicamente descentralizados, a las comunas y a las municipalidades en tanto no establezcan su órgano específico¹²⁹. Además, el Tribunal de Cuentas podrá extender su competencia, por acuerdo plenario de sus miembros, al control de los actos de las entidades de derecho público no estatales o de derecho privado, siempre que en este último caso el Estado provincial estuviere asociado o fuere responsable de la dirección o administración (artículo 3 de la ley orgánica).

Objetivamente, la competencia para requerir las rendiciones de cuentas por el Órgano de Contralor incluye a los terceros que tuvieron la responsabilidad de recaudar, percibir, transferir, invertir, pagar, administrar o custodiar fondos, valores u otros bienes de pertenencia del Estado, como así también los que sin tener autorización para hacer interviniesen en las tareas mencionadas (artículo 33). Esta obligación se hace extensiva a la gestión de los créditos del Estado, por cualquier título que fuere, a las rentas que dejaren de percibir, a las entregas indebidas de bienes a su cargo o custodia y a la pérdida o sustracción de los mismos (artículo 34).

Ahora bien, conforme se expuso anteriormente, el fideicomiso público es un contrato al que el Estado recurre para llevar adelante su función administrativa. De allí que el Tribunal de Cuentas lo tendrá como objeto de control, a través del ejercicio de sus competencias propias, desde que el fiduciante se encuentra alcanzado por el ámbito de aplicación subjetivo, fiscalizándose los actos administrativos de disposición, inversión, percepción y gestión de bienes y fondos públicos.

Así, el Tribunal de Cuentas deberá controlar la juridicidad y gestión del fideicomiso público a través de auditorías externas¹³⁰; realizando investigaciones

¹²⁹ V. arts. 1º y 2º, inc. b), de la Ley provincial N° 50.

¹³⁰ De hecho, a través de la Resolución Plenaria N° 205/2018 se dispuso en el ámbito de la Caja Previsional para el Personal Policial y Penitenciario Provincial y Compensadora para el Personal Policial

especiales por irregularidades en su gestión; interviniendo en la cuenta de inversión del órgano estatal fiduciante, que incluya su evolución presupuestaria; examinando las rendiciones de cuentas que el Estado (como fiduciante) hubiese exigido al fiduciario; ejerciendo el juicio de cuentas ante la falta o presentación deficiente de las rendiciones; iniciando y desarrollando el juicio administrativo de responsabilidad o entablando las acciones judiciales, por la presunción de un daño al erario derivado de la gestión del fideicomiso; ejerciendo el juicio de residencia del funcionario responsable como fiduciante; haciendo recomendaciones al fiduciante; aplicando sanciones a los funcionarios por los incumplimientos a pedidos de información, falta de rendición de cuentas, entre otros; asesorando en la materia cuando así lo solicite el fiduciante; y observando los actos administrativos por los que el fiduciante disponga fondos y bienes públicos.

Desde la competencia objetiva, entendemos que el fiduciario, en su carácter de tercero, se encuentra obligado a rendir cuentas de su gestión ante el Tribunal de Cuentas, siempre que el objeto del fideicomiso público implicase la recaudación, percepción, transferencia, inversión, pago, administración o custodia de fondos, valores u otros bienes del Estado provincial (v. artículo 33).

De allí que si el Auditor Fiscal observa las cuentas, se iniciará el juicio de cuentas para examinarlas y si de sus conclusiones surgiese un presunto perjuicio fiscal, podrá el Vocal de Auditoría acusar al fiduciario por los daños que por dolo, culpa o negligencia causaren al Estado, estando sujeto a la jurisdicción del Órgano de Contralor Externo.

Aquello se encuentra previsto en el artículo 43 de la Ley provincial N° 50, que incluso agrega que la jurisdicción del Tribunal se extenderá a aquellas personas que, sin ser agentes del Estado, dispusieren o tuvieran en custodia bienes públicos, haciéndolos responsables.

De esta manera, atento a lo expuesto en el capítulo precedente en relación a la naturaleza jurídica de los bienes de dominio privado del Estado que son aportados al fideicomiso público, sumado al fin público que estos persiguen, es dable concluir que

del ex Territorio de Tierra del Fuego, el inicio de una Auditoría Externa de Inversiones, para que se analice el stock de inversiones, incluyendo la verificación de cada una de ellas, operatoria, rentabilidad y la correlación con el fin para el cual fue creada la Caja, incluyendo el análisis de los fideicomisos creados por el Organismo Previsional.

será el Órgano de Contralor Externo constitucional y legalmente previsto al efecto, quien controlará el cumplimiento del régimen jurídico de dichos bienes y fondos públicos cuando conformen el patrimonio fiduciario, para su protección. Aquel control tendrá como legitimados pasivos al funcionario que represente al Estado como fiduciante y al tercero fiduciario, con los alcances indicados.

Conclusiones del capítulo.

- El Tribunal de Cuentas controlará al fideicomiso público en ejercicio de su competencia propia, asignada constitucional y legalmente, que abarca la fiscalización de la función económico – financiera, patrimonial y legal de los tres poderes del Estado provincial, a través de un control de juridicidad y de gestión, mediante diversas técnicas o modos de control.

- Este control abarca, por un lado, al Estado como fiduciante a partir de los actos administrativos de disposición, inversión, percepción y gestión de bienes y fondos públicos. Por otro, controlará al fiduciario a raíz de las rendiciones de cuentas que obligatoriamente presentará, siempre que tenga en el fideicomiso público la responsabilidad de recaudar, percibir, transferir, invertir, pagar, administrar o custodiar fondos, valores u otros bienes del Estado provincial.

IV. CUÁNDO CONTROLA EL TRIBUNAL DE CUENTAS PROVINCIAL Y QUÉ DEL FIDEICOMISO PÚBLICO

A. El control previo, preventivo y posterior del Tribunal de Cuentas Provincial.

Si bien existen sendas clasificaciones del control público, la que aquí resulta de relevancia es aquella que distingue según la oportunidad en la que se efectúa, entre control previo, preventivo y posterior. La diferencia entre ellos ha sido claramente explicada por IVANEGA, en función de si el control se realiza antes o después de que el acto administrativo de disposición de fondos adquiera eficacia¹³¹.

Entonces, atento a la normativa provincial, el control previo del Tribunal de Cuentas será el efectuado con anterioridad a la emisión del acto, correspondiendo a esta instancia la competencia de asesoramiento. Las consultas deberán referirse a cuestiones puntuales, la intervención no resulta obligatoria y no reemplazará al asesoramiento de los servicios jurídicos.

El control preventivo es sobre actos dictados pero sin publicación o notificación (por ende ineficaces, conforme el artículo 104 de la Ley provincial N° 141, de Procedimiento Administrativo). Así, será posterior a la emisión del acto administrativo que disponga la afectación de fondos y en forma previa a su ejecución¹³². Este es el momento en el que se ejerce la competencia para observar los actos administrativos relativos a la inversión, percepción, afectación o que importen operaciones financiero patrimoniales, por transgresiones a disposiciones legales o reglamentarias. Además, en esta instancia podrán formularse recomendaciones e incluso aplicarse sanciones¹³³.

Finalmente, el control posterior es el ejercitado una vez que el acto se hubiese ejecutado, examinando las operaciones, acciones y sus resultados¹³⁴. En esta instancia el

¹³¹ Cfr. IVANEGA, Mirian M., *Mecanismos...*, pp.70-71.

¹³² Artículo 166, inciso b) de la Carta Magna Provincial, siendo dicha competencia reiterada en los artículo 2º, inciso a) y 32 de la Ley provincial N° 50. El procedimiento de control se encuentra previsto en la Resolución Plenaria N° 1/2001 y su modificatoria N° 89/2002. La metodología es de auditoría (artículo 32 de la Ley, reglamentado por el Decreto provincial N° 2460/2000).

¹³³ A partir de la Resolución Plenaria N° 122/2018 y su similar N° 347/2018, los apartamientos normativos susceptibles de sanción que no conlleven un perjuicio fiscal o una nulidad absoluta, son analizados en el marco del control posterior. Sin embargo, entendemos que nada obstaría a que se decidiese su evaluación previa publicación del acto, considerando que el fin es sancionatorio al funcionario e independiente de la validez del acto. El ejemplo típico es la reserva de crédito extemporánea (v. Resolución Plenaria N° 53/2016).

¹³⁴ El procedimiento de control posterior se encuentra regulado en la Resolución Plenaria N° 122/2018.

Tribunal de Cuentas ejerce las siguientes competencias: auditorías externas, investigaciones especiales, intervención en la cuenta de inversión del ejercicio vencido, examina las rendiciones de cuentas, ejerce el juicio de cuentas, lleva adelante el juicio administrativo de responsabilidad o la demanda judicial, decide en el juicio de residencia, formula recomendaciones y aplica sanciones.

Para su juego armónico, como no todos los expedientes son examinados en el control preventivo¹³⁵, la ley prevé que la inexistencia de control preventivo no obstará al posterior y que la intervención preventiva sin observación impide la posterior¹³⁶.

B. El control preventivo y posterior del Tribunal de Cuentas Provincial en las etapas precontractual y contractual del fideicomiso público. Pautas de control.

Los tipos de control del Tribunal de Cuentas en función del momento y el ejercicio de sus competencias, se vinculan directamente con las etapas del contrato.

En efecto, el fideicomiso público, como toda contratación administrativa, posee dos etapas: una instancia antecedente que se denomina etapa precontractual y, una vez suscripto el contrato, la etapa contractual o de ejecución¹³⁷.

Entonces, como indicamos en el apartado anterior, el control preventivo se efectúa justo antes de obligar al Estado, lo que coincide con la última instancia de la etapa precontractual del fideicomiso público. Pero además, en la etapa contractual de los fideicomisos públicos, el Estado puede hacer mayores aportes al patrimonio fiduciario en su carácter de fiduciante, en razón de su insuficiencia¹³⁸. Por lo tanto, entendemos que antes de la afectación de fondos públicos, habrá también un control preventivo.

Luego, el control posterior será aquel concomitante con la etapa contractual, resultando sustancial la rendición de cuentas periódica por el fiduciario.

¹³⁵ Ya que se utiliza el método de muestreo selectivo, conforme al artículo 2, inciso a) de la Ley y su Decreto reglamentario N° 2460/2000. Ver IVANEGA, Mirian M., “*Los actos emanados de los organismos de control y la afectación a terceros*”, en *Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo*, RAP, Buenos Aires, 2009, p. 807.

¹³⁶ Acuerdo Plenario N° 2301, sobre interpretación de los artículos 2º, inciso a) y 32 de la Ley provincial N° 50.

¹³⁷ Cfr. UGOLINI, Daniela, “*El perfeccionamiento del contrato administrativo*”, en la obra colectiva CASSAGNE, Juan C. –Director–, *Tratado General de los Contratos Públicos*, t. II, La Ley, Buenos Aires, 2013, pp. 1107 y ss.

¹³⁸ En el caso de que así se encuentre previsto en el contrato (v. art. 1687 del CCyCN).

Por lo tanto, resta clarificar qué será objeto de control del fideicomiso público e identificar las consecuencias y competencias de esa verificación en preventivo y posterior. Para ello, omitiremos los controles de legalidad en lo económico-financiero y patrimonial que se efectúan en cualquier tipo de contrato y nos centraremos en los principales ejes que, en nuestro entendimiento, permitirán un control de juridicidad y gestión del fideicomiso público.

Los parámetros que se proponen a continuación se sustentan en los principios generales del derecho y por lo tanto serán aplicables a cualquier fideicomiso público, independientemente del objeto del contrato (v. gr., en la experiencia argentina: recuperación crediticia, obra pública, racionalización del estado, aporte al desarrollo, fideicomiso de administración y de garantía¹³⁹).

B.1. Qué debe controlar el Tribunal de Cuentas en preventivo, durante la etapa precontractual del fideicomiso público

Esta instancia precontractual se caracteriza por el cumplimiento de formalidades y procedimientos esenciales preestablecidos¹⁴⁰, sometiéndose el objeto del fideicomiso público a un interés público impuesto normativamente. Por ello, de manera preventiva el Tribunal de Cuentas deberá controlar:

- El régimen de contrataciones y la selección del fiduciario: Conforme a la Constitución Provincial, en la selección del fiduciario debe utilizarse un procedimiento¹⁴¹, con una previa, amplia y documentada difusión (artículos 8 y 74). Entonces, el Tribunal de Cuentas verificará el cumplimiento de dicha manda, con el encuadre normativo respectivo en atención al objeto del contrato de fideicomiso público (v. gr. Ley provincial N° 1015 de Régimen General de Contrataciones o Ley nacional N° 13.064 para la construcción de una obra, trabajo o servicio, ejecutándose para ello fondos del Tesoro Provincial¹⁴²), la observancia del procedimiento que corresponda según el método de elección (licitación pública o privada, concurso, contratación directa, entre otros) y con la publicidad y difusión que requiera conforme a la

¹³⁹ Cfr. LENARDON, Fernando R., *Fideicomiso...*, pp. 135-159.

¹⁴⁰ Ante la nulidad o inexistencia del contrato, la cuestión patrimonial con el particular se resuelve por la teoría del enriquecimiento sin causa (STJ en “*J. LANGER Y CÍA. S.R.L. C/MUNICIPALIDAD DE RÍO GRANDE S/COBRO DE PESOS (ORDINARIO)*”, Expte. N° 440/2001 – SR, del 13/08/2001).

¹⁴¹ Cfr. MOLINA DE ALEVA, Marcela, “*Fideicomiso...*”, pp. 334-336.

¹⁴² Cfr. DRUETTA, Ricardo T. y GUGLIELMINETTI, Ana P., *Ley...*, pp. 11-12.

normativa. De esta manera, se verificarán los parámetros de juridicidad, igualdad, equidad, publicidad de los actos de gobierno, concurrencia y transparencia en la gestión.

- Las bases de la contratación: deberá analizarse la correlación entre el fin público buscado, los parámetros fijados por el acto de creación del fideicomiso (en el caso de que su constitución surja de una ley), el llamado (que debe fijar los criterios objetivos de selección del fiduciario, conforme a la capacidad técnica requerida¹⁴³), las características y condiciones del fideicomiso público y las disposiciones contractuales. Así, el control de juridicidad permitirá corroborar que medie eficacia, equidad, proporcionalidad y razonabilidad, transparencia, consecución del interés general y cumplimiento de los objetivos del Estado, considerando el orden de prelación normativa imperante a nivel provincial¹⁴⁴.

- El fin público, la competencia y la motivación para la creación del fideicomiso público: deberá por un lado controlarse que el fin público propio y específico buscado con la constitución del fideicomiso público, se condiga con las competencias del órgano que pretende utilizar la herramienta¹⁴⁵. Ello, a su vez, se vincula con la motivación de la decisión, en virtud de un interés público determinado que definirá la razonabilidad del medio elegido en su consecución (porqué utilizar un fideicomiso público, en caso de no surgir expresamente de una ley) y, al mismo tiempo, sustentará las funciones y obligaciones del fiduciario. Por lo tanto, con este control se verificará la eficacia, eficiencia, proporcionalidad y razonabilidad de la medida, así como la consecución del interés general y el cumplimiento de los objetivos del Estado.

- Los bienes que conformarán el patrimonio fideicomitado y su régimen jurídico: se controlará, en primer lugar, que medie la autorización respectiva del Poder Legislativo para el uso y la disposición de los bienes o fondos públicos¹⁴⁶, que debe constar como mínimo en el Presupuesto respectivo. En segundo lugar, que las previsiones del pliego (que rige luego la contratación como ley para las partes¹⁴⁷) se condigan con el régimen jurídico de los bienes de dominio privado del Estado, en

¹⁴³ Cfr. BELLO KNOLL, Susy I., *El fideicomiso...*, pp. 260-261 y CASTRO, Rosana, “*El fideicomiso público: régimen federal*”, *Revista de Derecho Administrativo*, 2010-71, 53.

¹⁴⁴ Art. 31 de la Constitución Provincial. Ver a propósito de la prelación normativa, lo sustentado en la Resolución Plenaria N° 108/2016.

¹⁴⁵ V. gr. en la ley orgánica de los entes autárquicos (que son creados y organizados por Ley, conforme el artículo 105, inciso 34, de la Constitución Provincial) o en lo previsto en la Ley de Ministerios.

¹⁴⁶ Artículo 105, inciso 25, de la Constitución Provincial.

¹⁴⁷ Cfr. COMADIRA, Julio R., *Derecho...*, p. 290.

particular lo relativo al fin público a que se destinan y las obligaciones del fiduciario en caso de autorizarse la disposición de aquellos. Entonces, con el control de gestión y de juridicidad se procurará el respeto del régimen de los bienes y fondos públicos, se buscará una primera aproximación a la eficiencia (de un contraste entre el resultado que se pretenda en relación con los recursos que se invertirán), la razonabilidad de la medida en atención al interés general buscado y la transparencia (por la publicidad de los actos de gobierno exigida ante la afectación de bienes estatales –artículo 8 de la Constitución Provincial-).

- El interés público y la planificación del fideicomiso público: como la Carta Magna exige que el presupuesto contenga un detalle de las actividades y programas que se desarrollarán en cada unidad de organización presupuestaria (artículo 67), lo que luego será contrastado con la realidad en la cuenta de inversión, el Tribunal de Cuentas verificará la planificación del fideicomiso público. De no surgir pormenorizadamente del presupuesto, deberá incluirse en el pliego de bases y condiciones o, en su caso, en el contrato. De allí que el Órgano de Contralor pueda exigir no sólo que se indique cuál es el fin público perseguido sino que, específicamente, sean determinados de manera clara y cuantificable los objetivos políticos, porque sólo así podrá controlarse el grado de cumplimiento del fiduciario y, por ende, la eficacia, economicidad y eficiencia del fideicomiso público.

- La planificación y la rendición de cuentas periódica: El artículo 36 de la Ley provincial N° 50 y la Resolución Plenaria N° 33/1994 determinan en forma genérica el plazo y las pautas mínimas de presentación de las rendiciones de cuentas. Empero, la línea de razonamiento propuesta en este trabajo tiende no sólo a la exigencia de dicha rendición por el imperativo control del fideicomiso público, sino principalmente a la obtención de resultados, que deben ser medidos y reflejados en la rendición. En otras palabras, la importancia de una rendición de cuentas periódica radica en la comprobación de la eficiencia de las medidas adoptadas en el fideicomiso público, en virtud de lo planificado y para la consecución de un fin público¹⁴⁸. Para ello, entendemos que corresponderá al fiduciante la parametrización de los extremos de medición así como los momentos en los que solicitará la rendición de cuentas, porque la

¹⁴⁸ Ver el excelente trabajo de BONINA, Nicolás, “*Administración Pública 3.0. Sobre la adjetividad de la Administración Pública: su modernización, eficiencia y simplificación*”, en Sup. Adm. 2018 (marzo), 1, La Ley 2018-B, 697.

estandarización de la rendición surgirá a partir de definidos cronogramas, metas e incluso estimación de insumos –con su respectiva valorización-. Luego, a los efectos del control de la futura actividad del fiduciario, el Tribunal de Cuentas podrá exigir en instancia preventiva que el Estado lo planifique por objetivos y metas, estandarice las rendiciones de cuentas y determine en consecuencia el plazo de presentación periódico. De esta manera, se tendrá una primera aproximación a la eficiencia y eficacia, así como la racionalidad en la utilización de los recursos y bienes públicos, conforme al régimen de estos últimos.

Por lo tanto, en el caso de detectarse una transgresión a disposiciones legales o reglamentarias (incluidos los principios generales del derecho) en la etapa precontractual del fideicomiso público, el Tribunal de Cuentas tiene competencia para *observar* el acto administrativo en el marco del control preventivo, es decir, el acto de adjudicación al fiduciario elegido, suspendiendo los efectos del acto.

B.2. Qué debe controlar el Tribunal de Cuentas en preventivo, durante la etapa contractual del fideicomiso público

Además, según el criterio que expusimos previamente, durante la ejecución del contrato habrá una intervención de tipo preventivo antes de que el Estado efectúe mayores aportes al patrimonio fideicomitado.

En este punto será imperativo que el Estado fiduciante sustente esta necesidad en informes técnicos que den cuenta de la observancia por el fiduciario de los objetivos y metas previstos (en el presupuesto, pliego o contrato) y que sin embargo los fondos y bienes aportados resultaron insuficientes para la continuidad del fideicomiso público.

Luego, el Tribunal de Cuentas verificará aquello con el análisis que hubiese hecho en el marco de las rendiciones de cuentas y, en su caso, de la cuenta de inversión, sobre el grado de cumplimiento de las obligaciones del fiduciario, corroborando la eficacia, eficiencia, economía, proporcionalidad y razonabilidad de las medidas y sus resultados.

En cambio, si los mayores aportes tienen su razón de ser en nuevas instrucciones al fiduciario, habrá de verificarse si la modificación del objeto requeriría la previa

aceptación de los beneficiarios (porque podría afectar derechos adquiridos) y si se cumplimentan los extremos que lo justificarían, en razón del fin público perseguido¹⁴⁹.

Así, en caso de que el Tribunal de Cuentas detectare que se originan en la deficiente gestión por el fiduciario o que no se condice su necesidad con el fin público, podrá observar el acto como resultado del control de juridicidad y gestión. Ello, con el objeto de que el fiduciante adopte las medidas necesarias en relación con el fiduciario, en el primer caso, o que fundamente y motive su necesidad para la consecución del interés general y el cumplimiento de los objetivos del Estado, en el segundo supuesto.

B.3. Qué debe controlar el Tribunal de Cuentas en posterior, durante la etapa contractual del fideicomiso público. El presunto perjuicio fiscal, la responsabilidad patrimonial y la acción de recupero.

Tanto el Estado en su carácter de fiduciante como el Tribunal de Cuentas, se encuentran facultados para solicitar la rendición de cuentas al fiduciario. Empero, entendemos que para evitar una superposición de labores y el consecuente dispendio administrativo, sea el fiduciante quien requiera la rendición y luego remita las actuaciones para su análisis al Órgano de Contralor Externo¹⁵⁰.

La labor del Tribunal de Cuentas en el posterior consistirá en examinar si las rendiciones de cuentas son presentadas por el fiduciario y si su contenido, contrastado con la realidad de lo actuado, se condicen con los resultados pretendidos en la planificación¹⁵¹.

El eje entonces estará en los objetivos propuestos y la medición de las evidencias, con información acorde que lo permita, en una planificación estratégica con gestión por resultados. El control será financiero (porque sí debe verificarse la

¹⁴⁹ Cfr. GELER, Laura, HAFFORD, Deborah y SANCHEZ DE BUSTAMANTE, Marcela, “Riesgos...”, marzo de 2007, y BELLO KNOLL, Susy Inés, “El fideicomiso” en CASSAGNE, Juan C. (Director), *Tratado General de los Contratos Públicos*, t. III, La Ley, Buenos Aires, 2013, pp. 835-880.

¹⁵⁰ Ese es el procedimiento para los órganos u organismos que otorgan subsidios, quienes exigen la rendición de cuentas de lo actuado al beneficiario, para luego el Tribunal de Cuentas requerir la remisión del expediente (v. gr. Resoluciones Plenarias N° 234/2016 y N° 286/2016).

¹⁵¹ En la misma línea, DALLAGLIO, Matías y FONTANINI, Gastón, “Interrelaciones entre el Control interno y externo como vía ineludible para la transparencia en la gestión de nuevas figuras: Fideicomiso Público”, en VII Congreso Argentino de Administración Pública, Mendoza, 18 a 20 de septiembre de 2013 y en *Fideicomisos Públicos...*, pp. 70-71.

existencia de los registros contables pertinentes)¹⁵² pero, principalmente, abarcará la relación de insumos-productos (input/output), las actividades, los resultados, el gasto y demás variables razonables y medianamente posibles de evaluar, a través de estándares de rendimiento y análisis de indicadores. Sólo así el Tribunal de Cuentas hará, en la práctica, un control de gestión.

Con aquellos datos concretos, se juzgará el avance del fideicomiso público, pudiendo identificar las implicancias de los desvíos (tales como la situación del país o problemas particulares de la organización) y deslindar eventuales responsabilidades.

Además, de este control surgirá la evaluación del desarrollo presupuestario del fideicomiso público. Por ende, la intervención que le corresponde al Tribunal de Cuentas en la cuenta de inversión del ejercicio vencido, tendrá como base de análisis los resultados alcanzados en las diversas intervenciones efectuadas en el marco del control posterior durante el año (que será concomitante a la ejecución presupuestaria).

Así, para el ejercicio de las competencias propias del Tribunal de Cuentas en control posterior, habrá de distinguirse según se trate de los siguientes supuestos:

- Falta de rendición de cuentas

En el caso de que el fiduciario no hubiese presentado la rendición de cuentas y el Estado como fiduciante no lo hubiese instado, entendemos que tendrá como consecuencia la sanción por el Tribunal de Cuentas de la conducta del funcionario público responsable.

En rigor, la Ley provincial N° 50 sólo prevé una multa para el agente público cuando éste tenga el deber de rendir (artículo 37), pero en el caso de un fideicomiso público la obligación recae sobre el fiduciario. Por eso, en principio, no podría sancionarse al funcionario -fiduciante-. Sin embargo, pensamos que el incumplimiento a la obligación indirecta de la rendición de cuentas (que es directa del fiduciario) lo amerita. El deficiente control del funcionario, sumado a la omisión del deber de exigir las rendiciones, sin una consecuente sanción, deja liberado en la práctica de toda responsabilidad por la omisión a sus obligaciones. De allí que consideremos que pueda sancionarse esa conducta, puesto que no sólo disuadirá de aquella pasividad contraria a

¹⁵² Cfr. ARIAS, Mirta V., LASORELLA, Delia N. y ERRAMOUSPE, Martín, “*Fideicomiso Público. Control y Contabilización*”, obtenido de <http://www.cgpcorrientes.gov.ar/congresos/2004-1.pdf> (disponible el 11-IX-2019).

su deber de velar por los intereses del Estado, sino que además evitará la connivencia y corrupción.

Paralelamente, a los efectos de lograr la rendición, el Tribunal de Cuentas tendrá dos opciones: requerirá al fiduciante que, previa intimación infructuosa, inicie la acción judicial de rendición de cuentas¹⁵³ o la solicitará directamente al fiduciario.

En este último supuesto, el procedimiento consecuente será el de Juicio de Cuentas, en el que se analizará la responsabilidad contable del fiduciario, pudiendo a tal fin examinar los libros de contabilidad y solicitar documentación que justifique su accionar¹⁵⁴. Aquí también será central la planificación del fideicomiso público que se hubiese hecho, para contrastar con las evidencias y explicar los eventuales desvíos.

Si de lo analizado resultase su insuficiencia para proceder a la aprobación, existiendo una presunción de daño a las arcas estatales, deberá actuarse conforme lo que se explica a continuación.

- Rendición insuficiente del fiduciario

Cuando el fiduciario rinda de manera insuficiente o deficiente y sea presumible un daño a la hacienda pública, el Tribunal de Cuentas le iniciará un Juicio Administrativo de Responsabilidad o lo demandará en sede judicial civil, por poseer legitimación activa al efecto.

Sin embargo, el Estado, en su carácter de fiduciante, también tiene legitimación activa para demandar al fiduciario por los daños y perjuicios causados al erario. De allí que, en principio, parecería factible que con el patrocinio de la Secretaría Legal y Técnica a título individual o en coordinación con la Fiscalía de Estado, en litisconsorcio con el Tribunal de Cuentas, se demande al fiduciario¹⁵⁵.

¹⁵³ El Código Procesal Civil, Comercial, Laboral, Rural y Minero de la Provincia de Tierra del Fuego (Ley provincial N° 147), establece el procedimiento en los arts. 600 a 605.

¹⁵⁴ Cfr. IVANEGA, Mirian M., *“La administración pública del siglo XXI: Entre la utopía y la realidad”*, LL 2011-B, 676 y *“Empleo...”*, 1320. El artículo 37 de la Ley orgánica indica que en caso de no presentación de la rendición de cuentas, el Tribunal podrá disponer la iniciación del juicio de cuentas.

¹⁵⁵ Artículo 26, inciso 5°, de la Ley provincial N° 1060 y modificatorias (Ley de Ministerios). A su vez, conforme lo previsto en el artículo 167 de la Constitución Provincial y los artículos 8° y 9° de la Ley provincial N° 3, que indican que corresponde al Fiscal de Estado la defensa del patrimonio de la Administración Pública Provincial, siendo parte en los juicios en los que se afecten directa o indirectamente los intereses de la Provincia. El litisconsorcio se encuentra previsto en los artículos 98 y 99 del Código Procesal Civil, Comercial, Laboral, Rural y Minero de la Provincia. No obstante, en la práctica el Tribunal de Cuentas finaliza su intervención ante la interposición de la demanda respectiva por la Fiscalía de Estado.

En todos esos casos, recurriremos al CCyCN para obtener el marco normativo del resarcimiento del perjuicio fiscal ocasionado por el fiduciario. Ello se debe a que la actividad del fiduciario se sujeta al derecho privado y no al derecho administrativo, por lo tanto su responsabilidad será civil y patrimonial, que es regulación propia del Congreso de la Nación (artículo 75, inciso 12 de la Constitución Nacional)¹⁵⁶.

A tal fin, deberán concurrir los siguientes presupuestos: a) la existencia de un daño, que debe ser cierto, no conjetural o hipotético, efectivo y subsistente; b) la imputación jurídica del daño, que es la atribución del daño injusto y por ende antijurídico, al fiduciario en razón de su culpa, dolo o negligencia (es decir, que la responsabilidad será subjetiva); y c) la relación de causalidad, que implica establecer que el hecho del fiduciario fue la causa adecuada del resultado dañoso y sin el cual el perjuicio no se hubiera producido¹⁵⁷.

Por ello en este trabajo hemos insistido en que a partir del fin público, el fideicomiso tenga claramente definida cuál es la política que se pretende, qué deberá hacer el fiduciario (expresamente detallado en el pliego o contrato) y cómo (objetivos). La planificación de metas físicas, actividades, gastos previstos y demás datos concretos harán que pueda corroborar el Tribunal de Cuentas o la Justicia si se alcanzaron los resultados.

De estas evidencias se podrá determinar, en primer lugar, la existencia cierta de un daño al Estado. En segundo término, que se debió a un incumplimiento de las obligaciones del fiduciario explícitamente previstas, quien debió actuar de buena fe y con la diligencia y prudencia de un buen hombre de negocios, por la confianza depositada en él (en la hermenéutica de la prevención del daño y considerando la mayor

¹⁵⁶ Artículos 1716 a 1780 del CCyCN.

¹⁵⁷ Cfr. IVANEGA, Mirian M., *Mecanismos...*, pp. 268-269; IVANEGA, Mirian M., *Control...*, pp. 263-265; HUTCHINSON, Tomás, “*Breves consideraciones acerca de la responsabilidad administrativa patrimonial del agente público*”, Depalma, Cita Online: 0027/000008; y ECHEVESTI, Rosario “*Código Civil y Comercial de la Nación. Diez puntos básicos en responsabilidad*”, Id SAIJ DACF150819, del 10 de noviembre de 2019, obtenido de <http://www.saij.gov.ar/rosario-echevesti-codigo-civil-comercial-nacion-diez-puntos-basicos-responsabilidad-dacfl50819-2015-11-10/123456789-0abc-defg9180-51fcanirtcod> (disponible el 11-IX-2019). Ver las sentencias del STJ en “*MURCIA, ROBERTO MARCIAL C/TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA PROVINCIA S/RECURSO DE APELACIÓN*” (Expte. N° 2234/2009 – SDO, del 19/10/2011) y “*CARDOZO, NÉSTOR RODOLFO C/TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA PROVINCIA DE TIERRA DEL FUEGO S/RECURSO DE APELACIÓN*” (Expte. N° 1533/2002 – SDO, del 28/05/2004), así como “*ROSSI, HORACIO EMILIO C/TRIBUNAL DE CUENTAS S/CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO*” (Expte. N° 1191/2000 - SDO, del 2/09/2002).

diligencia que se le exige y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias)¹⁵⁸. Por último, que este hecho, acto u omisión es el que causó ese perjuicio fiscal.

- Aprobación de la rendición por el fiduciante, de la que resulte un presunto perjuicio fiscal

Por último, en el supuesto de que el Estado, en su carácter de fiduciante, aprobase la rendición de cuentas del fiduciario y mediase un presunto perjuicio fiscal, el Tribunal de Cuentas iniciará un juicio administrativo de responsabilidad o la acción judicial civil respectiva. Tendrá como legitimado pasivo al funcionario que procedió a la convalidación de lo actuado por el fiduciario, a los efectos de lograr el recupero.

La pregunta que automáticamente surge es el marco normativo, en función del cual se evaluarán los presupuestos de la responsabilidad patrimonial del agente público. Ello, desde que el CCyCN expresamente dispone que el caso se rige por las normas y principios de derecho administrativo local (artículo 1766), la Provincia no ha adherido a la Ley nacional N° 26.944 y la Legislatura no ha legislado un régimen general de responsabilidad del Estado y de los funcionarios.

Sin embargo, estimamos que dicha adhesión o regulación sería innecesaria, al menos en lo que respecta a la responsabilidad del funcionario por daños patrimoniales a la hacienda pública, puesto que ya se encuentra prevista a nivel local.

En efecto, la Constitución Provincial estipula en el artículo 188 que los funcionarios públicos son personalmente responsables por los daños que resulten de las violaciones a sus deberes y a los derechos que se enuncian en la Constitución Nacional, esa Carta Magna y demás normas jurídicas que se dicten en su consecuencia.

En concordancia, la Ley provincial N° 50 –dictada a consecuencia de la Constitución Provincial- tiene previsto que los estipendiarios serán responsables por los daños que por su dolo, culpa o negligencia causaren al Estado, estando sujetos a la jurisdicción del Tribunal de Cuentas (artículos 43, 44, 46, 48 siguientes y concordantes). Además, para regular la prescripción, indica que el *dies a quo* será el hecho que causó el daño o de producido éste si fuere posterior (artículo 75).

De allí que no exista un vacío legislativo, porque la Provincia no delegó en el Gobierno Nacional la regulación de la materia, sino que, por el contrario, previó en la

¹⁵⁸ V. artículos 1708 a 1715 del CCyCN y, en particular, el 1725, que determina que por la confianza especial entre las partes, se estimará el grado de responsabilidad para la valoración de la conducta.

Constitución y la legislación la responsabilidad patrimonial personal de sus funcionarios por los daños causados al erario, sea de una rendición de cuentas o de un hecho ajeno¹⁵⁹.

Consecuentemente, entendemos que en el régimen provincial, para atribuir responsabilidad patrimonial a un agente que causó un perjuicio fiscal por la aprobación de una rendición y que proceda su recupero, también serán necesarios un daño cierto, una imputación jurídica subjetiva y una relación de causalidad adecuada.

Conclusiones del capítulo.

- En la etapa precontractual del fideicomiso público, el Tribunal de Cuentas efectuará un control de juridicidad y de gestión en preventivo y, por ende, con competencia para observar. Sin perjuicio de otros aspectos, entendemos que mínimamente el control deberá centrarse en: el régimen de contrataciones y la selección del fiduciario, las bases de la contratación, la competencia y motivación del fideicomiso público en virtud del fin público, la protección de los bienes y fondos públicos por su régimen jurídico, el interés público y la planificación del fideicomiso, surgiendo de esta última la exigencia de una rendición estandarizada y periódica.

- En la etapa contractual también habrá control preventivo, de juridicidad y de gestión, cuando el Estado fiduciante pretenda efectuar mayores aportes al patrimonio fideicomitado por su insuficiencia, que no podrán fundarse en la deficiente gestión por el fiduciario. El Tribunal de Cuentas controlará que se condiga con el fin público perseguido con el fideicomiso público.

- Durante la ejecución del contrato el Tribunal de Cuentas verificará la juridicidad y gestión en posterior, a través de las rendiciones de cuentas del fiduciario (conforme la planificación de la manda fiduciaria) y en la Cuenta de Inversión (por la evaluación del desarrollo presupuestario del fideicomiso público en las rendiciones de cuentas periódicas).

- Ante la falta de rendición de cuentas por el fiduciario, el Tribunal de Cuentas podrá iniciar el Juicio de Cuentas, en el que analizará su responsabilidad contable.

¹⁵⁹ Cfr. FAPPIANO, Oscar L., “*Responsabilidad patrimonial de los estados provinciales y de sus funcionarios y el nuevo Código*”, La Ley 2015-F, 1185. De hecho, se ha sostenido que a partir de la provincialización (Ley nacional N° 23.775), el Código Civil en esta materia se aplica como ley local y no como competencia regulada por la Nación, y que seguirá en vigencia hasta tanto la Legislatura la derogue (VALLEJOS, Roxana C. y VILLAR, Luciana, “*Tierra del Fuego, responsabilidad estatal y ultractividad del Código Civil*”, LLPatagonia 2015 -diciembre-, 1288).

- Cuando el fiduciario rinda de manera insuficiente o deficiente y sea presumible un daño al erario, el Tribunal de Cuentas iniciará un Juicio Administrativo de Responsabilidad o lo demandará en sede judicial civil. En ambos supuestos, deberán concurrir los presupuestos de la responsabilidad patrimonial del CCyCN, para cuya comprobación resulta esencial haber tenido una planificación de las tareas y las consecuentes obligaciones del fiduciario.

- Si el funcionario público que representa al Estado, aprobase la rendición de cuentas del fiduciario y mediase un presunto perjuicio fiscal, el Tribunal de Cuentas iniciará al agente un juicio administrativo de responsabilidad o entablará la acción judicial civil respectiva en su contra, para el recupero del daño, en función de los presupuestos de la responsabilidad que surgen de la Constitución Provincial y la Ley provincial N° 50.

V. CONCLUSIONES FINALES

A. De la regulación y concepto del fideicomiso público

1- En el marco del interés público y las finalidades que persigue el Estado a través de los contratos administrativos, el fideicomiso constituye una herramienta eficaz. Sin embargo, la única regulación vigente del vínculo contractual es el CCyCN, por lo que será aplicado mediante la analogía. Esta integración del derecho público con las características propias del fideicomiso del derecho privado permitirá que no se desnaturalice la figura, a la vez que presupone la aplicación de las normas del derecho público y administrativo, así como de los principios generales del derecho.

2- Por lo tanto, una ley específica que regule a los fideicomisos públicos será conveniente para clarificarlo y otorgar seguridad jurídica, mas no resulta condicionante para la utilización de la figura.

3- En ese contexto, habrá contrato administrativo de fideicomiso público, cuando el Estado, en ejercicio de función materialmente administrativa, previo los procedimientos administrativos, transmita o se comprometa a transmitir fondos públicos o la propiedad de bienes de su dominio privado a otra persona denominada fiduciario, para que éste la ejerza específicamente en miras a los fines públicos allí establecidos (de acuerdo con las condiciones y términos previstos en las bases de la contratación), en beneficio de otra persona llamada beneficiario para luego transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fideicomisario.

4- En la Provincia de Tierra del Fuego la creación de un fideicomiso público, al no requerir del dictado de una ley, puede tener su origen en la propia ley de presupuesto anual, en una norma de autorización que otorgue la competencia habilitante al órgano o en una regulación detallada de la herramienta utilizada.

B. Del control

1- El contrato de fideicomiso público requiere de un control específico, por el fin público que persigue, por la naturaleza jurídica de los fondos y bienes de dominio privado del Estado que componen el patrimonio fideicomitado y por su inclusión en el Presupuesto, independientemente de la falta de previsión como parte del Sector Público Nacional o Provincial.

En efecto, el fin debe necesariamente ser público, en virtud de las funciones esenciales del Estado. Además, es condicionante para que se trate de un fideicomiso público y no debe existir otra herramienta más idónea para alcanzar los resultados pretendidos. Ello justifica su control como mecanismo de legitimación de la acción pública, ya que las decisiones adoptadas por el Estado Provincial en pos de la ejecución de políticas públicas, se enmarcarán en el ordenamiento jurídico.

En segundo término, a nivel provincial existe un régimen jurídico de los bienes privados del Estado, que procura que cumplan con su fin público y que no muta por su incorporación al patrimonio fideicomitado. Así, se controlará que su disposición, gasto o uso sea en el marco de la juridicidad y que, en definitiva, logren su cometido de bien común.

Por último, los fondos fiduciarios deben encontrarse reflejados en el Presupuesto General de Gastos y Cálculo de Recursos de la Administración provincial y ser controlados por manda constitucional, en oportunidad de revisarse la Cuenta de Inversión por parte de los organismos competentes.

2- En consecuencia, el control del fideicomiso público es obligatorio en el esquema constitucional de frenos y contrapesos, por la ineludible transparencia en el proceso de toma de la decisión de recurrir a aquel instrumento y la asignación de los recursos, que comprende la verificación de los resultados buscados atento a pautas de eficiencia, eficacia y economía. Sólo de esta manera se logrará una gestión pública honesta, responsable y legitimada con más sociedad y más Estado.

3- El Tribunal de Cuentas Provincial ejerce el control externo sobre la función económico – financiera, patrimonial y legal. Por eso postulamos, por un lado, el control de legalidad y, por otro, el control económico, financiero y patrimonial, que requiere un contralor de juridicidad y de gestión para fiscalizar la eficacia, eficiencia, economía, equidad, igualdad, proporcionalidad y razonabilidad, consecución del interés general y cumplimiento de los objetivos del Estado y transparencia.

4- Respecto a las competencias, su control debe abarcar tanto al fiduciante (que integra el Estado) como al fiduciario (en su carácter de tercero), en los casos en que éste tenga por obligaciones la recaudación, percepción, transferencia, inversión, pago, administración o custodia de fondos, valores u otros bienes del Estado provincial.

5- Dicho control será preventivo y posterior del fideicomiso público, tanto de juridicidad como de gestión.

El control preventivo tendrá lugar durante la etapa precontractual del fideicomiso público, antes de obligar al Estado. Aquí la fiscalización deberá centrarse en el régimen en el que se hubiese encuadrado la contratación, el procedimiento de la selección del fiduciario y una previa, amplia y documentada difusión; la correlación entre el fin público y el acto de creación del fideicomiso, el llamado y las características y condiciones de la contratación; la competencia del órgano y la motivación del acto de constitución en virtud del fin público; el respeto del régimen jurídico para el uso y disposición de los bienes y fondos públicos; que la planificación del fideicomiso público sea acorde con el fin público; y que se encuentre estandarizada una rendición periódica de cuentas.

También habrá un control preventivo en la faz contractual, con anterioridad a la transferencia de mayores aportes al patrimonio fiduciario, en función del fin público y la planificación estratégica que dilucidarán sobre las razones de la insuficiencia.

El control posterior es propio de la ejecución del contrato y será ejercido a través del control de las rendiciones de cuentas del fiduciario y la fiscalización concomitante del desarrollo presupuestario. Aquí será fundamental juzgar el avance del fideicomiso público en relación con su planificación.

6- Ante un perjuicio fiscal, el Tribunal de Cuentas, como legitimado activo, podrá iniciar un juicio administrativo de responsabilidad o la acción judicial contra el fiduciario (en el marco del CCyCN). También podrá ser legitimado pasivo el fiduciante cuando aprobase la rendición de cuentas y mediase un daño al erario (siendo el régimen jurídico de los presupuestos de la responsabilidad la Constitución Provincial y la Ley provincial N° 50).

En síntesis, la investigación abordada muestra que se trata de una figura jurídica de suma actualidad para la provincia, al constituir un instrumento contractual versátil para el desarrollo de las funciones esenciales del Estado. La ausencia de una regulación específica y la aplicación del régimen de derecho privado, obliga a controles efectivos e integrales a fin de evitar que su utilización se desvirtúe, constituyendo un camino para desviar fondos públicos.

BIBLIOGRAFÍA CITADA. JURISPRUDENCIA CITADA. OTRAS FUENTES.

A. Bibliografía citada

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- ALLENDE, Lisandro A. y BORDA, Guillermo, “*Apuntes sobre la práctica del fideicomiso*”, La Ley 2007-D, 1267.
- ARIAS, Mirta V., LASORELLA, Delia N. y ERRAMOUSPE, Martín, “*Fideicomiso Público. Control y Contabilización*”, obtenido de <http://www.cgpcorrientes.gov.ar/congresos/2004-1.pdf> (disponible el 11-IX-2019).
- ARIAS, Verónica, “*Responsabilidad patrimonial. Algunas consideraciones en torno a la determinación del perjuicio fiscal*”, RDA 2007-59, 272.
- BARRA, Rodolfo C., *Tratado de derecho administrativo*, 1ª ed., t. 4, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2010.
- BARRA, Rodolfo C., *Tratado de Derecho Administrativo*, 2ª ed., t. 4 – *Administración Financiera*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2011.
- BARREIRO, Fernando, “*El poder, la rendición de cuentas y la sociedad civil*”, publicado en GARCÍA LÓPEZ, Roberto y LAGUZZI, Herald (editores), *Gestión pública para resultados en el desarrollo: Corresponsabilidad del Estado y la sociedad civil, Memorias del II y III Seminario Regional*, Banco Interamericano de Desarrollo, PRODEV, pp. 126/127, obtenido de http://www.coplac-gprd.org/images/stories/Sociedad_Civil_CD.pdf (disponible el 11-IX-2019).
- BELLO KNOLL, Susy Inés, “*El fideicomiso*” en CASSAGNE, Juan C. (Director), *Tratado General de los Contratos Públicos*, t. III, La Ley, Buenos Aires, 2013.
- *El fideicomiso público*, 1ª ed., Marcial Pons, Buenos Aires, 2013, pp. 274-280.
 - “*Fideicomiso Público*”, Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho, España, 2011.
- BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo*, 6ª ed., t. III, La Ley, Buenos Aires, 1964.
- BONINA, Nicolás, “*Administración Pública 3.0. Sobre la adjetividad de la Administración Pública: su modernización, eficiencia y simplificación*”, en Sup. Adm. 2018 (marzo), 1, La Ley 2018-B, 697.

- BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, t. II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999.
- BOTASSI, Carlos A., “*Dominio y jurisdicción. Competencia nacional, provincial y municipal*”, Revista RAP, Ediciones Especiales – Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público.
- CANDA, Fabián O., “*La importancia del elemento forma en el contrato administrativo (consecuencias de su omisión en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación)*”, en la obra colectiva *Cuestiones de Contratos Administrativos*, en Homenaje a Julio R. Comadira, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2007.
- CASSAGNE, Juan C. y DE LA RIVA, Ignacio M., “*Formación, trayectoria y significado actual del dominio público en la Argentina*”, Revista Derecho Administrativo, editorial Abeledo Perrot, número 93, 2014.
- CASSAGNE, Juan C., “*La acción declarativa de inconstitucionalidad*”, La Ley 2015-D, 589.
- CASTRO, Rosana, “*El fideicomiso público: régimen federal*”, Revista de Derecho Administrativo, 2010-71, 53.
- CATUOGNO, Juan L. y LISOPRAWski, Silvio V., “*El denominado fideicomiso público existe pero no existe*”, La Ley, Sup. Act. 27/02/2007, 1.
- CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1998.
- CIFUENTES, Santos, *Código Civil, Comentado y Anotado*, 3ª ed., t. IV, La Ley, Buenos Aires, 2011.
- COMADIRA, Julio R., *Derecho Administrativo, Acto Administrativo, Procedimiento Administrativo, Otros Estudios*, 2ª ed., LexisNexis, Buenos Aires, 2003.
- *El acto administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2003.
- COMADIRA, Julio R., ESCOLA, Héctor J. y COMADIRA, Julio P., *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.
- COVIELLO, Pedro J. J., “*La teoría general del contrato administrativo a través de la jurisprudencia de la CSJN*”, en CASSAGNE, Juan C. y RIVERO YSERN,

- Enrique (Directores), *La contratación pública*, t. I, Hammurabi, Buenos Aires, 2006.
- CUADROS, Oscar A., “*Dominio del Estado*”, RDA 2015-97, 235.
- DALLAGLIO, Matías y FONTANINI, Gastón, *Fideicomisos Públicos*, 1ª ed., Osmar D. Buyatti, Buenos Aires, 2013.
- “*Interrelaciones entre el Control interno y externo como vía ineludible para la transparencia en la gestión de nuevas figuras: Fideicomiso Público*”, en VII Congreso Argentino de Administración Pública, Mendoza, 18 a 20 de septiembre de 2013.
- DALLAGLIO, Matías, FONTANINI, Gastón y ORDÍZ, Antonio, “*Los Fideicomisos Públicos, una innovadora herramienta estatal. Propuesta de su abordaje desde la perspectiva de los Organismos de Control*”, XXI Congreso Nacional de Tribunales de Cuentas, Órganos y Organismos Públicos de Control Externo de la República Argentina, Mendoza 2, 3 y 4 de noviembre de 2011.
- DELAMAZA, Gonzalo, “*Gestión para resultados: Instrumentos y competencias para la sociedad civil*”, publicado en GARCÍA LÓPEZ, Roberto y LAGUZZI, Heraldo (editores), *Gestión pública para resultados en el desarrollo: Corresponsabilidad del Estado y la sociedad civil, Memorias del II y III Seminario Regional*, Banco Interamericano de Desarrollo, PRODEV, p. 51, obtenido de http://www.coplac-gprd.org/images/stories/Sociedad_Civil_CD.pdf (disponible el 11-IX-2019).
- DE VEGA BLAZQUEZ, Pedro, “*La configuración constitucional del Tribunal de Cuentas en España*”, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Cuestiones Constitucionales, Nº 1, Julio-Diciembre de 1999.
- DRUETTA, Ricardo T. y GUGLIELMINETTI, Ana P., *Ley Nº 13.064 de obras públicas comentada y anotada*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013.
- ECHEVESTI, Rosario “*Código Civil y Comercial de la Nación. Diez puntos básicos en responsabilidad*”, Id SAIJ DACF150819, del 10 de noviembre de 2019, obtenido de <http://www.saij.gob.ar/rosario-echevesti-codigo-civil-comercial-nacion-diez-puntos-basicos-responsabilidad-dacf150819-2015-11-10/123456789-0abc-defg9180-51fcanirtcod> (disponible el 11-IX-2019).
- FAPPIANO, Oscar L., “*Responsabilidad patrimonial de los estados provinciales y de sus funcionarios y el nuevo Código*”, La Ley 2015-F, 1185.

- FIORINI, Bartolomé, *Derecho Administrativo*, t. 11, 2ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976.
- GARCÍA, José Pascual, “*Fondos públicos y responsabilidad contable*”, Revista española de control externo, ISSN 1575-1333, Vol. 1, Nº 2, 1999, pp. 173-200, obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=201203> (disponible el 11-IX-2019).
- GELER, Laura, HAFFORD, Deborah y SANCHEZ DE BUSTAMANTE, Marcela, “*Riesgos de corrupción en Fideicomisos públicos. Medidas en pos de una mayor transparencia*”, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, marzo de 2007.
- GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, 3ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2008.
- GUIRIDLIAN LAROSA, Javier, *Contratación pública y desarrollo de infraestructuras. Nuevas formas de gestión y financiación*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004.
- HERRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo y PICASSO, Sebastián, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. IV, 1ª ed., Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015.
- HUTCHINSON, Tomás, “*Breves consideraciones acerca de la responsabilidad administrativa patrimonial del agente público*”, Depalma, Cita Online: 0027/000008.
- INSTITUTO DE ESTUDIOS TÉCNICOS E INVESTIGACIONES, del Secretariado Permanente de Tribunales de Cuentas, Órganos y Organismos de Control Externo de la República Argentina, “*Normas de Control Externo Gubernamental – Febrero 2019*”, obtenido de <http://www.ietei.com.ar/wordpress/normas/> (disponible el 11-IX-2019).
- IVANEGA, Mirian M., “*Breves reflexiones en torno al control externo administrativo y sus consecuencias en la República Argentina*”, Estud. Socio.Juríd., Bogotá, enero-junio de 2005.
- *Control Público*, Astrea – RAP, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016.
 - “*Empleo público, responsabilidad y rendición de cuentas*”, RDLSS 2012-15, 1320.
 - “*La administración pública del siglo XXI: Entre la utopía y la realidad*”, LL 2011-B, 676.

- “*Los actos emanados de los organismos de control y la afectación a terceros*”, en *Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo*, RAP, Buenos Aires, 2009.
- *Mecanismos de Control Público y argumentaciones de responsabilidad*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2003.
- “*Mitos y verdades acerca de la transparencia gubernamental. El rol del Poder Legislativo*”, ponencia presentada en el Primer Congreso Internacional y Segundo Mexicano de Derecho Administrativo, Veracruz, México, 24 a 26 de septiembre de 2008, obtenido de <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/opera-prima-derecho-admin/article/view/1513/1413> (disponible el 11-IX-2019).
- “*Reflexiones en torno al control externo de la Administración Pública y sus consecuencias*”, Jurisprudencia Argentina, Suplemento Derecho Administrativo, LexisNexis, id. SAIJ: DACF070005.

KIPER, Claudio y LISOPRAWISKI, Silvio V., *Obligaciones y responsabilidad del fiduciario*, Depalma, Buenos Aires, 1999.

- “*Remoción judicial del fiduciario por incumplimiento. Causales. Procedimiento. Medidas cautelares*”, La Ley 2016-A, 1032.
- *Tratado de Fideicomiso*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 2004.

LENARDON, Fernando R., *Fideicomiso Gubernamental*, 1ª ed., Osmar D. Buyatti, Buenos Aires, 2008.

LISOPRAWISKI, Silvio V., “*Fideicomiso en el Código Civil y Comercial*”, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular, 2015 (abril), 510.

- “*Los fondos fiduciarios públicos. Necesidad de una legislación específica*”, La Ley 2007-C, 1092.

LORENZETTI, Ricardo L., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. VIII, 1ª ed., Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015.

LO VUOLO, Rubén M. y SEP, Fernando, “*Los fondos fiduciarios en Argentina. La privatización de los recursos públicos*”, N° 50, CIEPP, Buenos Aires, abril de 2006.

- MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, t. III-A, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989.
- MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo, Parte General*, t. V, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992.
- MAYOR, Armando, “*Órganos de Control y Auxiliares*”, publicado en HERNANDEZ, Antonio M., *Derecho Público Provincial*, 1ª ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2008.
- MERTEHIKIAN, Eduardo, “*Nuevas alternativas de financiación de la contratación administrativa (Acercas de la utilización de fideicomisos por el sector público)*”, Jornadas sobre Organización Administrativa, Dominio Público y Función Pública organizadas por la Universidad Austral, mayo de 2004, publicado en DA – 2003/2004.
- MOLINA DE ALEVA, Marcela, “*Fideicomiso Público*”, en MAURY DE GONZALEZ, Beatriz (Directora), *Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso*, 2ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.
- MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *El fideicomiso en la dinámica mercantil*, 3ª ed., B de F, Buenos Aires, 2013.
- ORELLE, José M., “*El fideicomiso en la Ley 24.441*”, La Ley 1995-B, 874.
- RIVERA, Julio C. y MEDINA, Graciela, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. IV, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2014.
- RODRIGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime, “*Principios jurídicos y contratación pública global*”, Sup. Const. 2014 (mayo), 11, La Ley 2014-C, 893.
- SCOCCO, Mónica, “*Cuando la extrapresupuestariedad y la defensa del federalismo van de la mano. El Fondo Fiduciario Federal de Infraestructura Regional (la importancia de que el Estado Nacional se mantenga en pie de igualdad con las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires)*”, La Ley 2004-D, 1417.
- SESIN, Domingo J., “*El deber de control preventivo*”, en “*V y VI Jornadas Rosarinas de Derecho Administrativo ‘Dr. Antonio Pedro Chede’*”, RAP, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Año XXXIV, N° 405.
- “*Tribunal de Cuentas. Importancia y alcance del control previo. Nuevas perspectivas*”, en “*Control de la Administración Pública. Administrativo, Legislativo y Judicial*”, 2ª ed., RAP, 2009.

UGOLINI, Daniela, *Bienes privados del Estado*, 1ª ed., Astrea - RAP, Buenos Aires, 2015.

- “*Dominio público y privado del Estado*”, obtenido de <http://www.buenosaires.gob.ar/procuracion-general/dominio-publico-y-privado-del-estado> (disponible el 11-IX-2019).
- “*El perfeccionamiento del contrato administrativo*”, en la obra colectiva CASSAGNE, Juan C. –Director–, *Tratado General de los Contratos Públicos*, t. II, La Ley, Buenos Aires, 2013.

VALLEJOS, Roxana C. y VILLAR, Luciana, “*Tierra del Fuego, responsabilidad estatal y ultractividad del Código Civil*”, LLPatagonia 2015 -diciembre-, 1288.

VIGO, Rodolfo L., “*Distintas concepciones de la equidad*”, La Ley 2015-C, 1314.

VILLANUEVA LOMELÍ, David, “*Rendición de cuentas y gobiernos locales: retos y perspectivas*”, en *Fiscalización, transparencia y Rendición de Cuentas*, D3 Ediciones, México, 2015.

B. Jurisprudencia citada

B.1. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

“*Claude Reyes y otros vs. Chile*” (2006, párr. 77).

“*Gomes Lunk y otros ‘Guerrilha do Araguaia’ vs. Brasil*”, (2010, párr. 197).

B.2. Corte Suprema de Justicia de la Nación.

“*Asociación Derechos Civiles c/EN-PAMF*”, Fallos 335:2393 (2012).

“*Avellaneda, Carlos F.*”, Fallos 302:186 (1980).

“*CIPPEC c/Estado Nacional - Ministerio de Desarrollo Social - dto. 1172/03*”, Fallos 337:256 (2014).

“*Cooperamet c/Instituto Argentino de Promoción del Intercambio*”, Fallos 263:510 (1965).

“*De Coulon, Carlos S.*”, Fallos 301:1226 (1979).

“*Empresas Rodriguez Inc. Delaware c/Empresa Nacional de Transportes*”, Fallos 253:101 (1962).

“*Espacio S.A. c/Ferrocarriles Argentinos*”, Fallos 316:3157 (1993).

“Estado nacional c/Arenera El Libertador S. R. L.”, Fallos 314:595 (1991).

“Fiscalía Investigaciones Administrativas (ex.21.637/457) c/EN - M° Interior - PFA - nota 176/07 - sumario 226/05”, Fallos 336:2293 (2013).

“Giustiniani, Rubén Héctor c/Y.P.F. S.A.”, Fallos 338:1258 (2015).

“Ingeniería Omega Sociedad Anónima c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, Fallos 323:3924 (2000).

“Kao, Carl Chung Ching c/Provincia de La Pampa”, Fallos 324:3019 (2001).

“La Buenos Aires, Cía. de Seguros c/Petroquímica Bahía Blanca S.A.”, Fallos 311:750 (1988).

“Las Mañanitas S.A. c/Provincia del Neuquén”, Fallos 332:1704 (2009).

“Los Lagos S.A. Ganadera c/Gobierno nacional”, Fallos 190:142 (1941).

“Más Consultores Empresas Sociedad Anónima c/Provincia de Santiago del Estero (Ministerio de Economía)”, Fallos 323:1515 (2000).

“Mengual, Juan y otra c/Estado nacional (M. de Defensa EMGE.)”, Fallos 318:1959 (1995).

“Oehler, Carlos A. c/Secretaría de Turismo y Cultura de la Provincia de Jujuy - Estado Provincial”, Fallos 337:1108 (2014).

“Provincia de Buenos Aires c/Estado Nacional”, Fallos 321:714 (1998).

“Provincia de La Pampa c/Fondo Fiduciario de Infraestructura Regional”, Fallos 336:1689 (2013).

“Quiroga, Edgardo O.”, Fallos 327:5863 (2004).

“Servicios Empresarios Wallabies S.R.L. c/Provincia de Salta”, Fallos 323:1841 (2000).

“Urteaga, Facundo R. c/Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas”, Fallos 321:2767 (1998).

“Vago, Jorge Antonio c/Ediciones de La Urraca SA. y otros”, Fallos 314:1517 (1991).

“Yacimientos Petrolíferos Fiscales c/Provincia de Corrientes y Banco de Corrientes”, Fallos 315:158 (1992).

B.3. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Tierra del Fuego.

“AGUIRRE EDUARDO E. C/TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA PROVINCIA DE TIERRA DEL FUEGO S/RECURSO DE APELACIÓN” (Expte. N° 190/1995 – SDO, del 7/05/1996).

“CARDOZO, NÉSTOR RODOLFO C/TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA PROVINCIA DE TIERRA DEL FUEGO S/RECURSO DE APELACIÓN” (Expte. N° 1533/2002 – SDO del 28/05/2004).

“DEPARTAMENTO DELIBERATIVO DE LA MUNICIPALIDAD DE USHUAIA C/ DEPARTAMENTO EJECUTIVO DE LA MUNICIPALIDAD DE USHUAIA S/ART.. 157, INC. 2° DE LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL” (Expte. N° 12/1994-SDO, del 21/10/1994).

“GALEGO, HORACIO JORGE C/TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA PROVINCIA S/RECURSO DE APELACIÓN” (Expte. N° 446/1997 – SDO, del 04/02/1999).

“GARCÍA CASANOVAS, ÁNGEL GUSTAVO C/TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA PROVINCIA S/CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO” (Expte. 1936/2007 – SDO, del 29/09/2010).

“J. LANGER Y CÍA. S.R.L. C/MUNICIPALIDAD DE RÍO GRANDE S/COBRO DE PESOS (ORDINARIO)”, Expte. N° 440/2001 – SR, del 13/08/2001).

“MANSILLA VARGAS, VIVIANA GRACIELA C/TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA PROVINCIA S/CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO” (Expte. N° 2237/2009 - SDO, del 8/02/2012).

“MARTINELLO, ROQUE LUIS C/PROVINCIA DE TIERRA DEL FUEGO S/ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD — MEDIDA CAUTELAR”, (Expte. N° 904/1999 – SDO, del 7/11/2000).

“MUNICIPALIDAD DE USHUAIA C/TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA PROVINCIA S/CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO”, (Expte. N° 453/1997 - SDO, del 8/10/1997).

“MURCIA, ROBERTO MARCIAL C/TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA PROVINCIA S/RECURSO DE APELACIÓN” (Expte. N° 2234/2009 – SDO, del 19/10/2011).

“MUÑOZ, FERNANDO JORGE C/TRIBUNAL DE CUENTAS PROVINCIAL S/CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO” (Expte. N° 367/1997 – SDO, del 30/06/1999).

“PRELI, LILIANA GRACIELA C/TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA PROVINCIA S/CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO” (Expte. N° 3180/2015 – SDO, del 5/04/2019).

- “PROVINCIA DE TIERRA DEL FUEGO, ANTÁRTIDA E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR-AUDITORÍA GENERAL C/DEPARTAMENTO EJECUTIVO DE LA MUNICIPALIDAD DE USHUAIA S/CONFLICTO DE PODERES”* (Expte. N° 8/1994-SDO, del 21/10/1994).
- “PROVINCIA DE TIERRA DEL FUEGO, ANTARTIDA E ISLAS DEL ATLANTICO SUR c/ZOPPI HERMANOS SOCIEDAD ANONIMA, CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA S/LANZAMIENTO”* (Expte. N° 87/1995 –SDO, del 6/04/1995).
- “ROMANO, JUAN MANUEL C/TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA PROVINCIA DE TIERRA DEL FUEGO S/CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO”* (Expte. N° 325/1999 – SDO, del 29/03/1999).
- “ROSSI, HORACIO EMILIO C/TRIBUNAL DE CUENTAS S/CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO”* (Expte. N° 1191/2000 - SDO, del 2/09/2002).
- “SANTAMARÍA, FÉLIX ALBERTO Y OTRO C/TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA PROVINCIA S/CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO”* (Expte. N° 1912/2006 – SDO, del 26/03/2010).
- “TOLEDO ZUMELZU, ORLA C/ TRIBUNAL DE CUENTAS PROVINCIA S/RECURSO DE APELACIÓN”* (Expte. N° 195/1995 – SDO, del 31/07/1996).
- “TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA PROVINCIA C/SINCHICAY VICENTE DEL V., SANDEZ LUIS G., NACCARATO RAFAEL R., MARTÍNEZ INÉS L. Y OTRO S/ACCIÓN RESARCITORIA”* (Expte. N° 2269/2015-SR, del 20/03/2018).
- “ZANARELLO, ABEL C/TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA PROVINCIA DE TIERRA DEL FUEGO S/CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO”* (Expte. N° 1562/2002 – SDO, del 14/09/2007).

B.4. Cámara de Apelaciones de la Ciudad de Río Grande, Sala Civil, Comercial y del Trabajo.

- “GAVILÁN, LILIANA ELIZABETH c/ GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE TIERRA DEL FUEGO-MINISTERIO DE EDUCACIÓN s/AMPARO POR MORA s/C. DE COMP.”* (Expte. N° 20731/2015, en trámite ante Alzada bajo el N° 7671/2015, del 16/11/2015).

“TAGLIAPIETRA, SERGIO *c/ COLEGIO DE ABOGADOS DE USHUAIA s/AMPARO POR MORA*” (Expte. N° 18368/2013, en trámite ante Alzada bajo el N° 6791/2013, del 12/03/2014).

“VENEGAS, RODOLFO DANIEL *S/INCIDENTE DE RECURSO DE QUEJA EN AUTOS TRIBUNAL DE CUENTAS C/FISBEIN, LUIS ALBERTO Y OTROS S/ACCIÓN RESARCITORIA*” (Expte. N° 1701/2016, tramitado en Alzada bajo el N° 8175/2016, del 13/07/2017).

C. Otras fuentes citadas

C.1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Caso N° 10488, Informe N° 136/1999, “*El Salvador, Ignacio Ellacuría*”, 22/12/1999, párrs. 222°/223°.

C.2. Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación.

Dictámenes 239:592.

Dictámenes 241:242.

Dictámenes 266:338.

C.3. Acuerdos y Resoluciones Plenarias del Tribunal de Cuentas de la Provincia de Tierra del Fuego.

Acuerdo Plenario N° 299.

Acuerdo Plenario N° 600.

Acuerdo Plenario N° 1791.

Acuerdo Plenario N° 1853.

Acuerdo Plenario N° 2268.

Acuerdo Plenario N° 2301.

Acuerdo Plenario N° 2308.

Acuerdo Plenario N° 2432.

Acuerdo Plenario N° 2474.

Resolución Plenaria N° 33/1994.

Resolución Plenaria N° 14/1995.

Resolución Plenaria N° 1/2001 y su modificatoria N° 89/2002.
Resolución Plenaria N° 15/2002.
Resolución Plenaria N° 71/2002, modificada por su similar N° 363/2015.
Resolución Plenaria N° 243/2005.
Resolución Plenaria N° 33/2006.
Resolución Plenaria N° 135/2014.
Resolución Plenaria N° 169/2014.
Resolución Plenaria N° 245/2014.
Resolución Plenaria N° 272/2014, modificada por su similar N° 315/2017.
Resolución Plenaria N° 12/2015.
Resolución Plenaria N° 45/2015.
Resolución Plenaria N° 102/2015.
Resolución Plenaria N° 53/2016.
Resolución Plenaria N° 108/2016.
Resolución Plenaria N° 118/2016.
Resolución Plenaria N° 124/2016.
Resolución Plenaria N° 234/2016.
Resolución Plenaria N° 286/2016.
Resolución Plenaria N° 58/2017.
Resolución Plenaria N° 122/2018.
Resolución Plenaria N° 160/2018.
Resolución Plenaria N° 205/2018.
Resolución Plenaria N° 347/2018.
Resolución Plenaria N° 12/2019.

ABREVIATURAS EMPLEADAS.

La Provincia.....Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur.

CCyCN.....Código Civil y Comercial de la Nación.

CSJN.....Corte Suprema de Justicia de la Nación.

STJ.....Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Tierra del Fuego.