

FORMULAN MANIFESTACIONES. SOLICITAN LIBRAMIENTO DE OFICIO.-

Señor Juez Federal:

CARLOS DANIEL FROMENT y ANDRÉS AGUSTÍN GRAMAJO, abogados defensores de **Carlos Humberto Ben**, en la causa **1614/2016**, manteniendo el domicilio constituido en **Pedro del Castillo n.º 1435, CABA**, ante V.S. nos presentamos y decimos:

1) En anteriores manifestaciones espontáneas efectuadas por esta Defensa se ha planteado, fundadamente, que -contrariamente a lo reiteradamente sostenido por el Ministerio Público en esta causa- la razón social **"AYSA S.A."** no era ni es una "empresa del Estado", no forma ni formaba parte de la organización estatal en sí, cuestión que inequívocamente se proyecta sobre la calificación de los hechos investigados en esta causa.

Ello no solo en función de la naturaleza jurídica de las funciones llevadas a cabo por nuestro defendido, sino especialmente por cuanto de la naturaleza jurídica de la sociedad anónima **"AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A."** deriva el régimen jurídico aplicable a los actos, procedimientos y contratos llevados a cabo por dicha empresa para la ejecución de las obras y la prestación de los servicios que forman parte del objeto social de dicha razón social.

2) A tales efectos, solicitamos de V.S. que, sin perjuicio de ponderar la prueba documental oportunamente acompañada por esta Defensa, se ordene el libramiento de un oficio a la **INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA DE LA NACIÓN** a fin de que se sirva informar si la razón social "**AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.**" ha sido inscrita ante dicha repartición como sociedad anónima en los términos de la ley 19.550 y sus modificatorias, remitiéndose la totalidad de los antecedentes relativos a su constitución y evolución hasta el día de la fecha.

3) Fundamos la medida solicitada en la necesidad de demostrar, desde este mismo estadio procesal, el notorio y profundo desacierto en el que ha incurrido el Ministerio Público Fiscal al calificar los actos y procedimientos llevados a cabo por la razón social "**AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.**".

En efecto, a través de puntuales referencias al régimen jurídico que gobierna -desde su constitución hasta el día de la fecha- a aquella sociedad anónima, se ha demostrado que, contrariamente a lo reiteradamente manifestado por el señor Fiscal actuante, ni "**AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.**" resulta una "empresa del Estado", ni sus directivos y funcionarios son ni fueron "funcionarios públicos" sometidos, en lo que concierne a las contrataciones llevadas a cabo por dicha sociedad comercial, a las normas que rigen en el ámbito de la Administración Pública nacional.

Cabe entonces remitirse a los extensos desarrollos formulados por esta Defensa oportunamente en orden a lo normado

en las leyes 19.550, 26.100 y 26.221, en el Decreto PEN N° 304/06 y en las normas reglamentarias y complementarias dictadas al efecto.

Es en función de ello que las aseveraciones formuladas por el Dr. DELGADO, en orden a la supuesta actuación de "funcionarios públicos" decididos a utilizar sus cargos para cometer delitos, a través de expedientes administrativos y de un modelo de contratación estatal irregular, "en perjuicio de las arcas públicas", resultan a todas luces equivocadas.

Igualmente erróneas son las alusiones formuladas por el mismo funcionario del Ministerio Público en orden al "régimen de los certificados de obra pública" y a la calificación de "AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A." como una empresa nacional de servicios públicos.

Es que dicha razón social, como lo viene sosteniendo esta parte, se trata de una sociedad anónima que tiene la particularidad ostentar como accionista principal al Estado Nacional, lo que en modo alguno modifica la naturaleza jurídica de una persona jurídica inscrita en la Inspección General de Justicia, con personal regido por la ley de contrato de trabajo y con normas propias en materia de celebración y ejecución de contratos.

Todo ello ha quedado perfectamente explicado a lo largo del debate parlamentario que precedió, en el Honorable Congreso de la Nación la sanción de la legislación a través de la cual se ratificaron los Decreto 304/06 -sobre constitución de Agua y Saneamientos Argentinos Sociedad Anónima- y 373/06, sobre modificación del decreto 304/06.

Sostuvo entonces el Diputado SNOPEK:

"También hemos escuchado algunas opiniones respetables sobre el tipo societario elegido. Se comenta por allí que tal vez sea por la agilidad, y en esto algo de razón hay. También se comenta que a lo mejor podría ser más apropiada una empresa del Estado o con participación estatal mayoritaria, de las tipificadas en la ley 19.550; esto también podría ser.

Pero cuando se va a tomar una decisión de esta naturaleza es adecuado y necesario -como en el caso anterior- tener en cuenta cuáles fueron los resultados de los casos paradigmáticos que se han dado en la Argentina respecto de ese tipo de sociedades.

Estudiando el tema apunté algo que incluso me lo hizo recordar una compañera de bancada, y es que en casi todos los casos en que se ha trabajado con una sociedad del Estado, ha sido el conjunto de la comunidad el que en definitiva -a través de esa sociedad del Estado- ha terminado pagando las cuentas de los eventuales errores o deficiencias.

Todos los pleitos y las acciones administrativas encarados en ese tipo de casos han terminado irremediablemente, de acuerdo con la experiencia que tenemos en la Argentina, perjudicando al conjunto de la comunidad, principalmente a los que menos tienen, porque a los que más tienen casi no les molesta oblar un poco más o un poco menos. En cambio, a los que menos tienen puede significarles una afectación importante para la cobertura de sus necesidades básicas.

Entonces, entendemos que es mucho mejor -y el Poder Ejecutivo lo han creído así- el esquema de la sociedad anónima. Para que no queden dudas, el gobierno emitió un decreto que corrige o por lo menos complementa el anterior, citado

expresamente en el dictamen de la comisión que vamos a comentar brevemente acto seguido."

A su turno, la Diputada CARRIÓ sostuvo:

"El señor diputado Snopak fue muy claro. ¿Por qué el gobierno elige una sociedad anónima de derecho privado, sujeta enteramente a la ley 19.550, sin crear una sociedad del Estado o por lo menos una sociedad con participación estatal mayoritaria? Como señalara el señor diputado, el gobierno elige aquella opción porque, en caso de crisis, el Estado no es responsable. ¿Qué quiso decirnos? Que si la empresa tiene problemas eventualmente irá a la quiebra como una sociedad anónima y sus empleados tendrán que verificar sus créditos en un juicio comercial común; y el Estado no será responsable porque ésta no es una sociedad del Estado sino una sociedad anónima regida por el derecho privado. No importa que las acciones pertenezcan al Estado, porque la estatalidad de una sociedad está determinada por su régimen jurídico y no por su participación accionaria.

Por ello, no vamos a aprobar la ratificación de este decreto.

Por otro lado, si bien es cierto que se ha solucionado el problema de las acciones no transferibles -pues de lo contrario mañana el ministro De Vido podría venderlas a cualquier socio- está claro que la empresa tiene la absoluta libertad de asociarse con cualquier otra, aun con sellos y con empresas fantasmas, y contratar con quien quiera, sin licitación pública. Además, sus empleados no están sometidos a otra regla que la del derecho privado, y una pésima o mala administración de esta sociedad anónima podrá determinar pérdida de la prestación del servicio

para los usuarios y de los derechos de los trabajadores, a la vez que la irresponsabilidad absoluta del Estado argentino en la cuestión.

No hay responsables; esto no lo dice la oposición sino que acaba de señalarlo el señor diputado Snopek."

Manifestó luego el Diputado GIUBERGIA:

"Al analizar estas situaciones preguntábamos qué es esta empresa, y planteábamos la necesidad de que debe ser el Estado el que la controle y la tenga a su cargo. Esta empresa debe estar sujeta a todos los controles estatales. Como decíamos, para ello se puede hacer una empresa del Estado cuyo patrimonio afectado a la prestación de servicios públicos integre el dominio público. Conforme a la ley 13.653 y sus modificatorias, las empresas del Estado quedan sometidas al derecho privado en todo lo que se refiere a sus actividades específicas, comerciales e industriales, y al derecho público en todo lo que atañe a sus relaciones con la administración o al servicio público que estuviera a su cargo.

Pero también en ese sentido están los contralores del Estado; las empresas del Estado son personas jurídicas, públicas y estatales. Consecuentemente tienen el contralor de la Auditoría General de la Nación, de la SIGEN, y en última instancia, de este Congreso Nacional.

Por eso nosotros venimos aquí a plantear la cuestión de la tipología de la empresa y de su estado. Por eso es importante que se nos aclare sobre esta cuestión, porque el artículo 11 de la ley dice que la sociedad anónima se regirá por las normas y principios del derecho privado, por lo que no le serán aplicables las disposiciones de la ley 19.549 de procedimientos administrativos y sus modificatorias, del decreto

número 1.023 del 13 de agosto de 2001, régimen de contrataciones del Estado y sus modificatorias, de la ley número 13.064, de obras públicas y sus modificatorias, y en general normas o principios del derecho administrativo, sin perjuicio de los controles que resulten aplicables.

Nosotros vemos que esta sociedad anónima va a estar regida por el capítulo II, sección V, artículos 163 a 307 de la Ley 19.550, como lo dice el artículo 1° del estatuto, y también por las normas y principios del derecho privado. Por supuesto, no se van a aplicar las normas de los procedimientos administrativos, como se dice aquí, del decreto 1.023, del régimen de contrataciones del Estado, de la ley de obras públicas ni ninguno de los controles.

(...) Por eso, desde este bloque de la Unión Cívica Radical venimos a rechazar este decreto de necesidad y urgencia y a decir que estamos presentando junto con la oposición y con los sectores que nos quieran acompañar un proyecto de ley por el que se va a crear una empresa del Estado que esté al servicio de los argentinos, que sea total y absolutamente controlada y con la transparencia suficiente y necesaria para prestar estos servicios. Una empresa del Estado que les sirva, en definitiva, a los argentinos. Además, como lo establece el artículo 42 de la Constitución Nacional, los usuarios deben tener participación en cada uno de los organismos de contralor. Se debe establecer la necesidad de dictar por ley un marco regulatorio para que nunca más tengan esos 15 millones de habitantes de la Capital Federal y del conurbano bonaerense que estar a merced de un funcionario público sin ningún tipo de responsabilidad."

Se pronunció luego la diputada por la Provincia de Buenos Aires Graciela CAMAÑO, que acompañó el voto mayoritario que convalidó los Decretos sancionados por el Poder Ejecutivo Nacional:

"En primer lugar, queremos decir que bajo ningún punto de vista estamos en presencia de una reestatización. Eso se desprende de la simple lectura de la iniciativa. Desde el punto de vista de la pertenencia accionaria estamos en presencia de una empresa en la que el Estado va a tener mayoría, pero que es una sociedad anónima.

Es una persona jurídica de derecho privado con un 90 por ciento de acciones en poder del Estado. Esa empresa brinda un servicio público. Creo que es el meollo de la cuestión para la resolución de muchos interrogantes aquí planteados."

Hizo luego uso de la palabra el Diputado por la Provincia de Buenos Aires Pablo Gabriel TONELLI:

"A nuestro juicio, es un error haber creado una sociedad anónima lisa y llana y no haber optado -como hubiera correspondido- por la figura de una sociedad anónima con participación estatal mayoritaria, que también está prevista en la ley 19.550.

Si este mismo Congreso en su oportunidad dedicó un capítulo especial en la ley de sociedades anónimas a las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, por algo habrá sido. Entre otras cosas, porque esta sociedad anónima va a tener problemas en su funcionamiento, pues al ser una sociedad anónima de la sección V y no de la sección VI del capítulo II de la ley de sociedades anónimas va a sufrir restricciones -como la del artículo 264, inciso 4°) o la del artículo 272- que no hubiera tenido si hubiera sido una sociedad anónima con participación estatal mayoritaria. De modo que allí hay vicios y dificultades que inclusive

van a provocar que esta sociedad tenga problemas en su desenvolvimiento."

Se refirió luego a esta cuestión el Diputado POGGI, de la Provincia de San Luis:

"Por las formas podríamos debatir el ropaje jurídico que asume esta nueva empresa, esta manera que el Poder Ejecutivo nacional ha encontrado de crear sociedades anónimas sujetas a derecho privado pero que manejan fondos públicos sin ajustarse a la ley de procedimientos administrativos, al régimen de contrataciones del Estado, a la ley de obras públicas y al régimen de contrataciones de personal del Estado, todo bajo el gran rótulo de una estatización.

Es una estatización pero de un Estado paralelo, extrapresupuestario, fuera de los controles normales de la hacienda pública y de este Congreso Nacional. Imagínense, no controlamos lo presupuestario, cómo vamos a controlar lo extrapresupuestario, que es donde va a estar esta sociedad anónima.

El Poder Ejecutivo usa el argumento de que no someter a esta nueva empresa al derecho administrativo sirve para dar fluidez operativa al servicio, lograr una mejor adecuación a los cambios o contingencias y para garantizar la continuidad y regularidad de la prestación. Esto está dicho en los fundamentos del decreto 304 y nosotros tenemos dudas del tema.

Esta es una empresa monopólica sin competencia, con un mercado cautivo, y no va a existir otra empresa que va a realizar un acueducto o un desagüe cloacal para competir. Obviamente que el usuario, como acontece con estos monopolios naturales -así debe ser-, utiliza la única oferta, que es la de la empresa monopólica. Entonces, ¿qué

problema había de crear una verdadera sociedad del Estado, con una legislación ajustada a los tiempos, que fuera moderna y que le confiriera a esta sociedad la flexibilidad necesaria para actuar con eficiencia? Lo que acabo de manifestar tiene que ver con las formas."

También opinó el diputado Claudio LOZANO:

"Con esto aparece la primera preocupación, que es la que aquí ha sido planteada: si coincidimos en la necesidad del carácter público de la actividad de la cual estamos hablando, mueve a discusión el hecho de que no se haya utilizado ninguno de los instrumentos legales disponibles para garantizar esto, ni la sociedad del Estado que en todo caso permitiría la ley 20.705, ni la sociedad anónima con participación estatal mayoritaria, tal cual lo permitiría la ley 19.550. Es decir, no se entiende por qué existiendo dos instrumentos legales que podrían garantizar el predominio del Estado y del interés público en la actividad, éstos no son utilizados y se cree otra forma -que podríamos llamar engendro o como se quiera- que ciertamente no tiene tipificación dentro de la normativa vigente.

Es más, estamos ubicados en la misma discusión que tuvimos en esta Cámara -y esto lo recordaba el señor diputado Godoy- en el momento en que tratamos la situación de ENARSA.

En realidad, me parece que el hecho de que se utilice un instrumento de esta naturaleza abre la discusión que estamos planteando aquí. En primer lugar, aparecen argumentos desde la vereda oficial señalando que se busca una suerte de mayor agilidad. También aparecen cuestionamientos que dicen: "No, esto tiene que ver con el hecho de eludir controles o con una hipotética pérdida futura de la mayoría estatal." Supuestamente, con la reforma que viene a proponer el Poder

Ejecutivo con el decreto posterior, nos dice que eso no va a ocurrir y que, efectivamente, se va a mantener la mayoría estatal. Por lo tanto, si con el último decreto resulta menos entendible si estamos decididos a garantizar una sociedad anónima con mayoría estatal permanente, entonces ¿por qué no utilizar el instrumento legal disponible, vinculado con la ley 19.550?

Ciertamente, el argumento de la agilidad es muy discutible. Está plagado de ejemplos. Se acaba de dar uno a nivel internacional de sociedades del Estado que funcionan muy bien, y de sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria que tienen un buen rendimiento. Nada podrá decirse en contra de la enorme rentabilidad que PDVSA o Petrobras pueden demostrar. Efectivamente, son sociedades de estas características.

Por lo tanto, no parece muy razonable este tipo de argumentación, del mismo modo que aquella que otro de los miembros informantes del bloque de la primera minoría hizo cuando intentó decir que las sociedades del Estado por definición son deficitarias. De esta forma, prácticamente recuperó el tipo de lógica, código y criterio que el paradigma de los 90 instalara en la Argentina."

Se pronunció luego el diputado Carlos Alberto Tinnirello:

"(...) La pregunta es si con relación al agua ello es distinto. Sinceramente, no sólo no es diferente sino que taxativamente se reconoce -también lo han dicho aquí algunos diputados, a quienes reivindicó- que no se trata de una reestatización, sino de la constitución de otra empresa privada que se manejará con las reglas de dicho sector. Simplemente, la mayoría de las acciones las va a tener el Estado.

Aunque alguien se sorprenda de que diga "simplemente", cuando se me señala que el Estado tendrá el 90 por ciento de las acciones, insisto en que la empresa no dejará de ser una sociedad anónima o una empresa privada con mayoría accionaria estatal."

Se refirió también a la cuestión el Diputado Victor Zimmermann:

"Aquí vemos que se ha utilizado un decreto de necesidad y urgencia que crea una sociedad anónima que se va a regir por la normativa del derecho privado, que va a estar exceptuada del régimen de contratación, es decir, de todas las normas del derecho público.

Algunos llegaron a entender y a decir que era una reprivatización. Eso lo discutíamos hace unos días en la reunión conjunta de las comisiones de Presupuesto y Hacienda y de Obras Públicas.

¿Qué se hizo entonces para no dejar lugar a dudas? Se sanciona un nuevo decreto de necesidad y urgencia que establece limitaciones con respecto a la transferencia de sus acciones. Y ahora tenemos una sociedad anónima atípica, que no tiene tipificación alguna en nuestro régimen de sociedades o de leyes comerciales.

Por eso digo que es cierto que podríamos transformar la realidad, pero entendemos que tendríamos que haberlo hecho por ley. Aquí se ha dicho que uno de los argumentos era la premura, el tiempo. Nos hemos pasado discutiendo durante más de quince días este tema y podríamos hacerlo prácticamente sin ningún inconveniente por una ley que elija un tipo societario como una sociedad del Estado.

Sabemos que ese sistema funciona en muchas provincias argentinas, incluso en algunas con caracteres internacionales, y a diario vemos resultados altamente positivos."

De modo entonces que, más allá del sentido -favorable o desfavorable- de las opiniones emanadas de los legisladores intervinientes acerca del proyecto de Ley por ellos analizado, queda demostrado de manera evidente y fehaciente que los Decretos del Poder Ejecutivo convalidados por el Honorable Congreso de la Nación consagraron la creación de una sociedad anónima regular -ni siquiera una sociedad anónima con participación estatal mayoritaria como la regida en los arts. 308/312, Ley de Sociedades Comerciales-, ajena por ende a las estructuras de la Administración Pública estatal.

El hecho de que la Auditoría General de la Nación (AGN) haya efectuado informes, guarda relación con la competencia que dicho órgano tiene según el Estatuto de AYSA y dado que dicha empresa recibe fondos del Estado Nacional, sin integrar su estructura (del mismo modo que la AGN fiscalizó a la Asociación del Fútbol Argentino, sin que ello implique que dicha entidad haya sido o sea parte de la Administración Pública).

Ese equivocado enfoque del Sr. Fiscal es relevante a la hora de analizar jurídicamente los hechos materia de las presentes actuaciones.

En las auditorías de AGN se caracteriza a AySA en línea coincidente con lo expuesto precedentemente.

Así, por caso, en la Resolución N° 165/16 (Actuación AGN N° 329/14) se refiere lo siguiente:

" 3.1 Generalidades:

A través del Decreto N° 304/06, ratificado por Ley N° 25.100, se dispuso la constitución de la sociedad "Agua y Saneamientos Argentinos SA >>; en la órbita de Secretaría de Obras Públicas del MINPLAN bajo el régimen de la Ley N° 19.550 de Sociedades Comerciales (sección V) ... La misma norma excluyó a AySA del ámbito de las leyes de Procedimiento Administrativo, de Obras Públicas y del Régimen de Contrataciones del Estado ...".

Luego agrega:

"La Norma General aplicable a la gestión de obras de la empresa, y sin perjuicio de las disposiciones de cada pliego en particular, es el "Manual de Procedimientos" de gestión de contrataciones de obras, bienes y servicios", aprobado por el Directorio de la empresa el 27/09/07 y sus versiones y revisiones posteriores. El anexo 12 del manual es el "Pliego de bases y condiciones generales para licitaciones y concursos de precios para la contratación y ejecución de obras.

Asimismo, AySA dictó un instructivo de certificación de excedidas, adicionales y ampliaciones que rige el procedimiento y requisitos a cumplimentar para certificar ese tipo de partidas, así como las ampliaciones de obra."

Expresamente, el documento indica que el procedimiento "se aplica a la certificación de partidas excedentes, adicionales y ampliaciones de obra cuya valorización económica no excedan el 30 % del monto del Contrato de obra. (Manual de Procedimientos de Gestión de Contrataciones de Obras, Bienes, y Servicios, Anexo 10 Instructivo Tolerancias)">>.

La Fiscalía tiene esta información más toda la que se agregó a la causa. Cabe entonces preguntarse por qué se refiere Funcionario Público y a Derecho Administrativo?

La Empresa está regida por el derecho privado por lo cual dicta su propia reglamentación y sujeta a ella todas sus decisiones, incluidas las contrataciones.

Pero en ese mismo documento la AGN detalla que: los órganos de gobierno de la sociedad son: 1) Asamblea como órganos deliberativo; 2) Directorio con Función de Representación y Administración y 3) Comisión Fiscalizadora, en su carácter de Órgano de Control y vigilancia del Directorio.

Los miembros del Directorio son designados por la Asamblea en un número mínimo de 3 y un máximo de 5, pudiendo nombrarse igual número de suplentes, con mandato de 3 ejercicios con posibilidad de reelección.

La naturaleza jurídica de "AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A." se encuentra a su vez perfectamente alcanzada por las normas del Código Civil y Comercial, cuyos arts. 145 a 149 establecen:

"ARTICULO 145.- Clases. Las personas jurídicas son públicas o privadas.

"ARTICULO 146.- Personas jurídicas públicas. Son personas jurídicas públicas:

a) el Estado nacional, las Provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los municipios, las entidades autárquicas y las demás organizaciones constituidas en la República a las que el ordenamiento jurídico atribuya ese carácter;

b) los Estados extranjeros, las organizaciones a las que el derecho internacional público reconozca personalidad jurídica y toda otra persona jurídica constituida en el extranjero cuyo carácter público resulte de su derecho aplicable;

c) la Iglesia Católica.

"ARTICULO 147.- Ley aplicable. Las personas jurídicas públicas se rigen en cuanto a su reconocimiento, comienzo, capacidad, funcionamiento, organización y fin de su existencia, por las leyes y ordenamientos de su constitución.

"ARTICULO 148.- Personas jurídicas privadas. Son personas jurídicas privadas:

- a) las sociedades;
- b) las asociaciones civiles;
- c) las simples asociaciones;
- d) las fundaciones;
- e) las iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas;
- f) las mutuales;
- g) las cooperativas;
- h) el consorcio de propiedad horizontal;
- i) toda otra contemplada en disposiciones de este Código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento.

ARTICULO 149.- Participación del Estado. La participación del Estado en personas jurídicas privadas no modifica el carácter de éstas. Sin embargo, la ley o el estatuto pueden prever

derechos y obligaciones diferenciados, considerando el interés público comprometido en dicha participación.

ARTICULO 150.- Leyes aplicables. Las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República, se rigen:

a) por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código;

b) por las normas del acto constitutivo con sus modificaciones y de los reglamentos, prevaleciendo las primeras en caso de divergencia;

c) por las normas supletorias de leyes especiales, o en su defecto, por las de este Título.

Las personas jurídicas privadas que se constituyen en el extranjero se rigen por lo dispuesto en la ley general de sociedades."

Claramente el Código Civil y Comercial establece qué debe entenderse por personas jurídicas privadas, dejando establecido que la participación del Estado en las mismas no modifica el carácter de ellas, las que en consecuencia quedan regidas por las normas específicas que gobiernan su funcionamiento y no por normas del Derecho Público.

"AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A." no es el Estado Nacional, ni es una entidad autárquica, ni ha sido definida en la normativa que dispuso su creación como una sociedad estatal.

Se trata de una persona jurídica privada que tiene la particularidad de tener como integrante titular de acciones al Estado Nacional, lo que, de conformidad a lo establecido en el art. 149, CCyCN, no altera la naturaleza jurídica de la entidad.

De ello se deriva que los directivos de "AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A." NO revisten la condición de funcionarios públicos a los fines de hacer efectivas responsabilidades legales.

En efecto, funcionario público es aquel que participa o cumple una función pública, en el sentido que le da el Derecho Administrativo. Una persona participa del ejercicio de funciones públicas si el Estado ha delegado en ella, de modo exclusivo o en participación con otros, la facultad de expresar o ejecutar la voluntad estatal en el ámbito de cualquiera de los tres poderes del gobierno, ya sea nacional, provincial o municipal.

Resulta claro que estamos hablando de un concepto estrictamente jurídico (con ciertas precisiones que mejoran las deficiencias del lenguaje natural) cuya base de legitimación se encuentra en el real ejercicio de una *función pública*. Esta expresión "función pública" indudablemente debe servir de guía rectora para decidir los casos que aparecen como dudosos. Sin dudas el ordenamiento jurídico en su conjunto nos debe ayudar a justificar la conclusión. En nuestro caso, la cabal demostración de que los directores de la Sociedad Anónima en cuestión no son funcionarios públicos, ni para el Derecho Penal ni para ninguna otra rama del ordenamiento jurídico.

Concretamente el planteo surge cuando en un caso no resulta clara o evidente la condición de funcionario público ya que el Estado adopta diferentes formas jurídicas para ejercer su potestad o para delegarla; o simplemente decide no ejecutarla y dejarla fuera del ámbito estatal.

Sin pretender agotar las formas jurídicas que se utilizan, podemos mencionar como las más comunes a las entidades privadas con y sin participación estatal, entidades autárquicas, empresas del Estado, sociedades del Estado, sociedades con participación estatal y, dentro de esta última forma, las sociedades anónimas con participación estatal.

Debe atenderse, así, al régimen jurídico y todas sus consecuencias; la titularidad de patrimonio; la finalidad de actuar por ejemplo como banco comercial y la consiguiente finalidad de lucro; entre otras, y principalmente cuáles son los criterios o parámetros relevantes tomados en cuenta por la jurisprudencia local y nacional respecto de dos aspectos centrales: que no se trata de funcionarios públicos aquellas personas que se desempeñan en el ámbito de una sociedad anónima, y que los fondos que pueda aportar el Estado deja de pertenecer al mismo y pasa a integrar un patrimonio diferente al del Estado, con todas las consecuencias jurídicas que ello implica.

"AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A." no goza de los privilegios y prerrogativas de la Administración, ni de sus competencias y sus actos carecen de ejecutoriedad.

Su creación por transformación fue dispuesta por el Estado mediante un acto institucional y quienes concurren a celebrar el contrato *en nombre del Estado* lo hicieron como funcionarios públicos, pero sus directores, miembros del consejo de vigilancia y síndicos, son designados según la normativa de la ley de sociedades y no revisten el carácter de funcionarios públicos, sin embargo sí de funcionarios de la sociedad a la que pertenecen, con las correspondientes responsabilidades societarias.

De allí algunas consecuencias prácticas que justifican la afirmación anterior de que sus miembros no son funcionarios públicos. A saber:

En esta estructura peculiar de Derecho Privado, no es posible el control administrativo y en particular no proceden los recursos de alzada al carecer de carácter administrativo los actos que lleva adelante la sociedad.

El control judicial de los actos se resuelve (y debe resolverse) ante los tribunales ordinarios de conformidad con las normas de Derecho Privado o del Derecho Laboral aplicable.

Así también su finalización y el destino de los bienes que integran la Sociedad Anónima se rige por la Ley de Sociedades Comerciales.

"AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A." está constituida en los términos de la Ley de Sociedades Comerciales.

Designa su Directorio y sus Síndicos mediante la celebración de una Asamblea Ordinaria, tal como lo indica la mencionada ley.

Se remueven sus autoridades por las causas y mediante los procedimientos de la Ley de Sociedades Comerciales.

La Asamblea aprueba sus balances y la gestión de los directores.

La Asamblea extraordinaria es la que aprueba las modificaciones al Estatuto -en caso de ser necesario-, o los aumentos de capital.

"AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A." paga todos los impuestos provinciales y nacionales del mismo modo que todas las S.A. que tienen capital exclusivamente privado.

Todo su personal está contratado bajo el régimen de la Ley de Contrato de Trabajo.

El control de toda la documentación societaria de "AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A." es efectuado por la Inspección de Personas Jurídicas como en el resto de las sociedades comerciales.

El marco normativo puede sintetizarse en lo que establecen la Constitución Nacional, el Código Penal y la Ley de Ética Pública que en su art. 5 menciona algunos de los que deben ser considerados funcionarios públicos. La C.N. dice en su art. 36 in fine que: "...El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función..", circunstancia que ocurrió mediante la ley 25.188 conocida como Ley de Ética Pública.

El Código Penal establece en su art. 77: "Por los términos "funcionario público" y "empleado público", usados en este código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente".

Es clara la remisión que se hace a la actividad que desempeña la persona toda vez que para ser funcionario público debe participar o llevar adelante una función pública. De allí la necesidad de profundizar un poco más sobre este punto.

En especial sobre el tema de la función pública, el art. 1 de la Ley de Ética Pública (25.188), expresa que en el ejercicio de la

función pública, se establecen "un conjunto de deberes, prohibiciones e incompatibilidades aplicables..." respecto a todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías y, de manera similar a lo que dispone el mencionado art. 77 del C.P., establece que debe entenderse por función pública "toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades...".

Palabras más, palabras menos, son funcionarios públicos todas las personas que realicen cualquier actividad que pueda catalogarse como función pública.

Y el art. 5 menciona ejemplificativamente aquellas personas que pueden considerarse funcionarios públicos por realizar funciones públicas y, como es de esperar, no están los miembros de las Sociedades Anónimas con participación estatal, pero si están expresamente incluidos los miembros de las Sociedades del Estado, empresas del Estado, Bancos Oficiales y *el representante del Estado en las Sociedades Anónimas en las que participa el Estado. Es clara la redacción e intención del legislador cuando menciona —en lo que nos interesa directamente- no a los miembros del directorio de una Sociedad Anónima privada, en la nomenclatura del Código Civil y Comercial, cuya naturaleza jurídica no se ve modificada por el hecho de que uno de sus socios sea el Estado Nacional.*

Estos son los tópicos relevantes para considerar en cada caso si nos encontramos ante un funcionario público o no.

Así lo tiene dicho la Excm. Cámara de Acusación de la provincia de Córdoba al sostener que "Corresponde señalar como primera cuestión que le asiste razón a la defensa en cuanto al hecho de

que el Banco de la Provincia de Córdoba ya no es parte de la Administración Pública por cuanto fue transformado en una Sociedad Anónima de la que el Estado Provincial sólo posee la mayoría accionaria. Ello impide que el delito aquí achacado al imputado lo sea a tenor del art. 174 inc. 5º del CP, siendo suficientes los argumentos proporcionados por la defensa para llegar a esta conclusión, a los que me remito en honor a la brevedad. Como consecuencia, en lo que respecta al cambio de calificación legal sobre esta cuestión corresponde hacer lugar al planteo defensivo..." (Cámara de Acusación in re: "Brizio, Gerardo Gabriel p.s.a. fraude en perjuicio de la administración pública", Expte. B-11/13, SACM nº 1062568- febrero 2014).

Las razones de la Cámara de Acusación de la Ciudad de Córdoba, son bien sencillas y se remite a lo que nosotros más arriba denominamos "formas". Es decir, por la forma jurídica adoptada —en el caso bajo análisis por el tribunal- el Banco de Córdoba se puede inferir que no pertenece más a la Administración Pública.

Pero además hay que agregar un dato importante. Una cosa es que para comenzar una actividad, el Estado aporte dinero y lo coloque en un patrimonio ajeno a su propia órbita estatal (lo ingresa al patrimonio de una sociedad comercial y se desprende del mismo lo que permite afirmar sin hesitación que el Estado ya no es propietario de ese dinero, no es dinero suyo) y que ese patrimonio pertenece a persona jurídica distinta a la del Estado. Si pensamos en una entidad bancaria con solo pensar que una vez iniciada la actividad, y luego ya en funcionamiento, más del 80% del dinero es de particulares que colocan depósitos. De allí que no resulta difícil concluir que el dinero que se

maneja, por ejemplo en un Banco, ya ni siquiera es el que originariamente aportó el Estado. Dicho esto, con trascendencia penal, si el dinero desaparece (por cualquier modalidad delictiva) del patrimonio de la Sociedad Anónima, no resulta perjudicado el Estado. Aunque sea repetitivo cabe decir que el patrimonio que disminuye es el patrimonio de la S.A. pero no el del Estado. Éste solo tiene acciones y puede obtener ganancias o perder lo que colocó en otro patrimonio bien diferenciado del patrimonio estatal.

No estamos en presencia -para el caso de "AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A."- de directivos de Sociedades del Estado ni Empresas del Estado.

En nada cambia todo lo dicho hasta aquí que en la Ley de Ética Pública se imponga a los miembros del directorio de la S.A. el deber de presentar la correspondiente declaración jurada, toda vez que esa sola obligación no lo convierte en funcionario público ni le asigna los derechos y beneficios que la ley le acuerda a ellos. Son solo sujetos mencionados en la ley con dicha obligación legal.

Es lo que, en definitiva, tiene resuelto la jurisprudencia de los tribunales.

Así por caso, siguiendo el dictamen de la Procuración General de la Nación (dictamen de la Dra. LAURA MONTI) en la causa "CORREA TORRES, JUVENAL" (CSJN 251, L.XLIV), el que fuera seguido por la Excm. Corte Suprema de Justicia de la Nación:

"Por aplicación de los criterios que surgen de esos precedentes, esta causa debe tramitar en la justicia local. No obsta a lo expuesto, la circunstancia de que se encuentre codemandada Aguas y

Saneamientos Argentinos, pues entiendo que resulta aplicable al sub lite la posición de este Ministerio Público en la Comp. 1064, L. XLIV, "Aguas y Saneamientos Argentinos S.A. s/ apelación falta municipal", dictamen del 25 de marzo de 2009 y sentencia de V.E. del 19 de mayo de 2009. En efecto en dicha oportunidad sostuve que la empresa Aguas y Saneamientos Argentinos es una sociedad anónima, constituida bajo el régimen de la ley 19.550, cuyo capital social está conformado por el Estado Nacional, con un aporte del noventa por ciento, y los ex trabajadores de Obras Sanitarias de la Nación adheridos al Programa de Propiedad Participada, en el restante diez por ciento (conf. Arts. 1° y 2° del decreto 304/06, ratificado por la ley 26.100).

Se trata, entonces, de una sociedad de capitales mixtos (públicos y privados) y no exclusivamente estatal, a diferencia de lo que sucedía con la ex Obras Sanitarias de la Nación y, por ello, no resultan aplicables los precedentes de V.E. relativos a dicha empresa estatal para determinar el órgano judicial que debe entender cuando se planteen conflictos con la actual prestadora del servicio de provisión de agua potable y desagües cloacales en el área delimitada por el art. 1° del decreto recién mencionado."

Y en el mismo sentido se pronunció la Sala III de la Excma. Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, en el resolutorio dictado el 4 de marzo de 2010 en el expte. n.º 16.847/09, "B., H. N. c/ A.Y.S.A. s/ Amparo":

"3. Atendiendo a ello, surge claro -como lo señaló el Fiscal General en su dictamen - que la presente causa no compete a la justicia federal "ratio personae". Ello, pues la demandada (A.Y.S.A.) es una

sociedad anónima constituida bajo el régimen de la ley 19.550, cuyo capital social está conformado por el Estado Nacional, con un aporte del noventa por ciento, y los ex trabajadores de Obras Sanitarias de la Nación adheridos al Programa de Propiedad participada, en el restante diez por ciento (conf. arts. 1 y 2 del decreto 304/06, ratificado por la ley 26.100)."

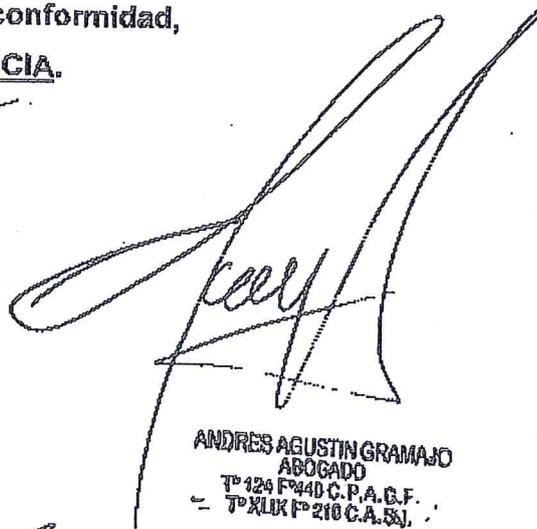
4) Por todo lo expuesto, solicitamos de V.S.:

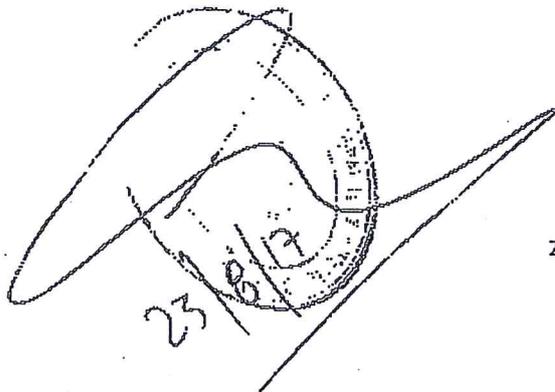
a) Que tenga presentes las manifestaciones ampliatorias formuladas.

b) Que se libre el oficio solicitado en el punto 2) del presente.

Proveer de conformidad,
SERÁ JUSTICIA.


DANIEL FROMENT
ABOGADO
Tº 17 - Fº 746 C.P.A.C.F.


ANDRES AGUSTIN GRAMAJO
ABOGADO
Tº 12º Fº 440 C.P.A.C.F.
Tº XLIX Fº 210 C.A.5º


23/8/17