

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 30 de abril de 2021

DICTAMEN

I. EL CONVENIO

El presente dictamen es elaborado por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral en cumplimiento de lo dispuesto en la cláusula primera del Convenio de prestación de servicios de asesoramiento legal y capacitación suscripto entre la mencionada Facultad y el Tribunal de Cuentas de la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur (en adelante, "TCTF").

II. OBJETO

1. En el abordaje en general, el dictamen tratará el procedimiento dispuesto por la **Resolución 43/20** de la Secretaría General, Legal y Técnica, previamente aprobado por el **Decreto provincial 43/20**, a fin de identificar si su aplicación comprende las actividades de control externo que le corresponden al TCTF en una actuación administrativa a través de expediente electrónico, o si ello requiere -en razón de la materia específica que involucra ese control- una reglamentación concreta emanada del mismo TCTF sin perjuicio de la necesaria coordinación con el Poder Ejecutivo.

2. Por otro lado, a partir del Anexo de la Nota interna del TCTF titulado "Consultas vinculadas al sistema electrónico de gestión de expedientes" remitida por la Dra. Pereyra al Señor Vocal Abogado Dr. Miguel Longhitano se realizará el abordaje en particular donde se dilucidarán las siguientes cuestiones:

a) si existe normativa que imponga la foliatura y/o la generación de índice de los expedientes electrónicos,

b) en caso que no fuera necesario el foliado, cuál sería la forma correcta de referenciar las actuaciones del TCTF,

c) si se reglamentaron las modificaciones de los expedientes posteriores a la intervención del TCTF tales como anulaciones de documentos integrantes del mismo,

d) si existe normativa que obligue a preservar los documentos originales luego de su digitalización,

e) qué requisitos debe cumplir un documento digitalizado para ser agregado a un expediente,

f) si se encuentra reglamentada la preservación de documentos digitales,

g) si se han dictado normas que establezcan la ubicación física de la información económica, financiera y personal del Estado, y

h) qué recomendaciones daría para la implementación del sistema de gestión documentación y emisión de documentación electrónica con firma digital.

III. ENCUADRE NORMATIVO

A los efectos de la elaboración del presente dictamen, se hará un repaso de la normativa principal, ordenada de acuerdo a su jerarquía. La descripción se limitará exclusivamente a las disposiciones que se consideran relevantes para el análisis encomendado:

1. Constitución Provincial

En primer lugar, debe destacarse que el TCTF es un organismo creado por la Constitución de la provincia de Tierra del Fuego. Su competencia ha sido fijada por el mismo texto de la Ley Fundamental provincial a través de su artículo 166^o en el cual se dispuso que:

“[s]on atribuciones del Tribunal de Cuentas: 1 - Aprobar o desaprobar en forma originaria la recaudación e inversión de los caudales públicos, efectuadas por los funcionarios y administradores del Estado Provincial y de los municipios y comunas, en tanto los primeros no hayan establecido el órgano de control que deben prever sus cartas orgánicas, en particular con respecto a la Ley de Presupuesto y en general acorde lo

determine la ley. 2 - Intervenir preventivamente en los actos administrativos que dispongan gastos, con excepción de los municipales, en la forma y con los alcances que establezca la ley. En caso de observación, dichos actos sólo podrán cumplirse cuando haya insistencia del poder del Estado al que corresponda el gasto. De mantener la observación, en el plazo de quince días el Tribunal pondrá a disposición de la Legislatura los antecedentes del caso, dándose a publicidad los términos de la misma y los fundamentos de la insistencia. 3 - Realizar auditorías externas en las dependencias administrativas e instituciones donde el Estado tenga interés y efectuar investigaciones a solicitud de la Legislatura, conforme con las normas de esta Constitución. 4 - Informar a la Legislatura sobre las cuentas de inversión del presupuesto anterior, dentro del cuarto mes de las sesiones ordinarias. 5 - Actuar como órgano requirente en los juicios de cuentas y responsabilidad ante los tribunales de justicia e intervenir en los juicios de residencia en la forma y condiciones que establezca la ley. 6 - Elaborar y proponer su propio presupuesto al Poder Ejecutivo, y designar y remover a su personal.”

Sin perjuicio del análisis que se realizará más adelante, es importante señalar que la especificidad de la competencia plasmada en la Constitución ha sido confirmada por el Superior Tribunal de Justicia de la provincia en varios precedentes. A título de ejemplo, cabe citar la interpretación que formulara respecto a que:

“el Tribunal de Cuentas realiza el control externo de legalidad de los actos de la administración pública mediante distintos procedimientos y competencias. En cuanto a la investigación de responsabilidades el órgano de contralor está facultado por la Constitución Provincial y su ley de creación para determinar la «responsabilidad contable» por medio del «juicio de

cuentas» (Ley N° 50, art.39 y sigs.) y la «responsabilidad administrativa» mediante el «juicio administrativo de responsabilidad» (Ley cit., art.48), (v. voto del Dr. González Godoy en la causa Nro.367/97 «Muñoz, Fernando Jorge c/Tribunal de Cuentas», de fecha 30/6/99, registrada en T° XV, F° 139/151).»¹

2. LEYES

Del marco legal, corresponde destacar:

a. La ley 50 de 1992, que reglamentó el artículo 163 de la Constitución de la provincia, dispone que:

“[e]l Tribunal de Cuentas es un órgano autónomo de contralor externo de la función económico-financiera de los tres poderes del Estado Provincial. El control comprenderá también a las municipalidades en tanto no establezcan un órgano específico en sus cartas orgánicas, a las comunas, a las empresas o sociedades de propiedad total o mayoritaria del Estado Provincial, municipalidades y comunas, y a los entes autárquicos y jurídicamente descentralizados provinciales, municipales o comunas”.

b. Ley 633 del 6 de julio de 2004 adhirió a la ley nacional 25.506 sobre firma digital.

c. La ley 955 del 21 de noviembre de 2013 implementó la firma digital en el ámbito de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, así como también en los municipios no autónomos y autónomos sin carta orgánica de la provincia, comunas, la Administración centralizada y descentralizada, los organismos de la Constitución, entes autárquicos y todo otro ente que el Estado provincial y sus organismos descentralizados tengan participación

¹ TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE TIERRA DEL FUEGO, ANTÁRTIDA E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR, C., N. R. c/ Tribunal de Cuentas de la Provincia de TDF s/ Recurso de Apelación, 28/5/2004.

suficiente para la formación de sus decisiones. Facultó a la Secretaría de Informática y Telecomunicaciones, dependiente del Poder Ejecutivo, como certificado licenciado de firma digital. Junto con ello, la ley dispuso que la Secretaría establecería los procedimientos de firma, verificación, certificación y auditoría conforme los parámetros utilizados por el Gobierno Nacional y las regulaciones internacionales. Por último, la ley estableció la destrucción progresiva total o parcial, de los documentos producidos en primera generación y digitalizados.

d. La ley 1015 del 4 de diciembre de 2014 estableció el Régimen General de contrataciones y disposiciones comunes para el sector público provincial. Dentro del ámbito de aplicación de dicha norma se encuentra el TCTF como “organismo creado por la Constitución de la provincia”. En el artículo 37º se menciona que los documentos firmados por “firma digital” tendrán el mismo valor legal que aquellos aportados en soporte papel con firma manuscrita.

Por otro lado, en su artículo 55 establece los principios rectores del régimen general de contrataciones:

“a) economicidad, eficiencia y eficacia en todas y cada una de las etapas del proceso de administración de bienes; b) identificación y control a través de inventarios o registros adecuados; c) colaboración y coordinación entre las distintas jurisdicciones y entidades con el fin de optimizar la utilización y rendimiento de los bienes; d) 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; y e) la gestión de los bienes deberá coadyuvar al desarrollo y ejecución de las distintas políticas públicas en vigor.”

e. La Ley 1301 del 17 de diciembre de 2019, denominada Ley de Ministerios, dispuso la competencia de las distintas carteras que asisten al

gobernador. Entre ellas, en su artículo 14 se encuentran las funciones del Ministerio de Finanzas Públicas de la provincia: elabora de normas generales sobre la administración de los ingresos, los gastos públicos y la gestión contable de los bienes que conforman el patrimonio de la Administración Pública Provincial; monitorea, evalúa y controla la ejecución del presupuesto provincial; supervisa todas las tesorerías que operan en el ámbito del sector público provincial no financiero; entiende en las reformas que sean convenientes en los sistemas de administración financiera, con el fin de garantizar la mayor claridad, eficiencia en la registración y mejor exposición de las transacciones presupuestarias, contables y financieras del sector público provincial; propicia el desarrollo de herramientas informáticas dentro del ámbito exclusivamente del Ministerio de Finanzas Públicas tendientes a asegurar la integridad, integración, fluidez, disponibilidad y transparencia de la información presupuestaria, contable y financiera.

Por otro lado, el artículo 21 establece las funciones de la Secretaría General, Legal y Técnica provincial, entre las cuales se encuentran: entender en todo lo referido a estrategias y procesos orientados a mejorar la calidad de la gestión pública estatal de la Provincial, en las propuestas e iniciativas de transformación, innovación, mejora continua e integración de los procesos transversales y sistemas centrales de soporte de gestión del Sector Público Provincial a partir del desarrollo y coordinación de políticas, marcos normativos, capacidades, instrumentos de apoyo, plataformas tecnológicas y sistemas. También interviene en la formulación de políticas e implementación de procesos de desarrollo e innovación tecnológica para la transformación y modernización del Estado, destinado a fortalecer las capacidades institucionales de los organismos del Sector Público Provincial, elevando la calidad, eficacia y eficiencia de los organismos que la integran.

También entiende en el marco regulatorio del régimen relativo a la validez legal del documento y firma digital, e interviene en aquellos aspectos vinculados con la incorporación de estos últimos a los circuitos de información del Sector Público Provincial y con su archivo en medios alternativos al papel.

A su vez, fija las políticas de gobierno en materia de digitalización de procesos de documentos y de archivos.

El artículo 27 mantiene subsistentes los órganos de control externos, entre ellos, el TCTF que cumple su cometido de conformidad con su norma específica.

f. Ley provincial 1312 del 2 de junio de 2020 declaró la emergencia en materia económica, fiscal, financiera y social hasta el 31 de diciembre de 2020, prorrogable por un año más por el Poder Legislativo a pedido del Ejecutivo. Entre otros aspectos, estableció que las notificaciones podrían hacerse por correo electrónico u otros medios electrónicos siempre que garanticen la certeza de su recepción, su fecha y hora, y su contenido, según los términos de la reglamentación. También incluyó que la firma de la autoridad emisora podía ser instrumentada en forma electrónica o digital. Debe destacarse que esa ley estableció que el procedimiento se desarrollaría “con arreglo a criterios de imparcialidad, gratuidad, celeridad, sencillez y eficacia, permitiendo la utilización de tecnologías informáticas y plataformas electrónicas que faciliten la eficiencia de los mismos conforme lo establezca la reglamentación”. A tal efecto, autorizó la utilización de expedientes electrónicos, documentos electrónicos, firmas electrónicas, firmas digitales, comunicaciones electrónicas y domicilios electrónicos constituidos, en todos los procesos administrativos tramitados ante Administración Pública, “con idéntica eficacia jurídica y valor probatorio que sus equivalentes convencionales”.

3. DECRETOS

a. El Decreto provincial 43 del 8 de enero de 2020 aprobó la implementación del sistema “geN expediente” como sistema integrado de caratulación, numeración, seguimiento, registración de movimientos y gestión documental electrónica de todas las actuaciones y expedientes del sector público provincial, como plataforma única para la implementación de gestión de expedientes siendo de debida observancia por todas las entidades y jurisdicciones que integran el sector público provincial conforme al artículo 8º de la Ley 495. Dicho Decreto provincial designó a la Subsecretaría de

Gobierno Digital, Tecnología de la Información y Telecomunicaciones dependiente de la Secretaría General, Legal y Técnica provincial como la responsable de dictar normas que requiera la implementación del sistema y brindar el soporte y capacitación necesarios.

4. RESOLUCIONES

a. La Resolución 14 del Ministerio de Finanzas Públicas provincial del 31 de diciembre de 2019 autorizó a partir del 2 de enero de 2020 la implementación del sistema “geN financiero” en el ámbito del Poder Ejecutivo provincial. Dicho acto fue dictado en uso de las atribuciones asignadas por los artículos 6° de la Ley Provincial N° 495 y el Decreto Provincial N° 1122/02, y artículo 14, inciso 14 de la Ley Provincial N 1301.

Entre los antecedentes que cita, se encuentran el Decreto provincial 3363/18² que adjudicó la adquisición, implementación y posterior cesión del sistema informático antes indicado a la empresa NOMADE SOFT SRL y el Decreto provincial 4365/19 que autorizó un período adicional a la mentada contratación.

La Secretaría de Gestión de Procesos y Soporte Informático Financiero dependiente del Ministerio de Finanzas Públicas, fue instituida como autoridad de aplicación del sistema “geN financiero”, facultándola a emitir las normas complementarias, aclaratorias y operativas, como así también suscribir los convenios que fueran necesarios.

b. La Resolución 43 de la Secretaría Legal y Técnica provincial del 12 de febrero de 2020 aprobó el procedimiento para el acceso a la información de los expedientes electrónicos para el TCTF.

c. La Resolución 52 de la Secretaría Legal y Técnica provincial del 20 de febrero de 2020 estableció que los expedientes electrónicos requeridos

² Debe destacarse que la Resolución 14 del Ministerio de Finanzas Públicas provincial del 31 de diciembre de 2019 hace referencia en sus considerandos al Decreto 3363/18. No obstante, su mención es incorrecta. El Decreto que aprueba el procedimiento de compra directa N° 822/18 referente a la adquisición, implementación y posterior cesión del sistema informático geN para el recambio por actualización tecnológica del Sistema de Administración Financiera (SIGA) con la firma NOMADE SOFT SRL por la suma de \$7.500.000.000, es el N° 3323/18.

por el TCTF serían remitidos en soporte papel durante el plazo de seis meses, hasta tanto se completara el proceso de integración plena entre el tribunal y el sistema geN Expediente.

5. RESOLUCIONES DEL TCTF

De las resoluciones dictadas por el TCTF, debemos destacar que:

a. La Resolución 6 del TCTF del 16 de enero de 2020 aprobó el Informe Contable 12/2020 y estableció la Planificación Anual del TCTF correspondiente al ejercicio 2020.

b. La Resolución 42 del TCTF del 26 de febrero de 2021 aprobó e hizo propio los términos del Informe Legal 22/2021 Letra TCP-CA de fecha 17 de febrero de 2021. En dicho Informe se había sostenido que:

- 1)** El procedimiento para la intervención del TCTF se encuentra recogido en la ley provincial 50 y la Resolución Plenaria 124/2016 del Tribunal,
- 2)** El TCTF es un órgano autónomo de control externo de origen constitucional,
- 3)** El TCTF no forma parte de la organización administrativa de ninguno de los poderes,
- 4)** El TCTF cuenta con la competencia para dictar sus propias normas de procedimiento interno y
- 5)** La reglamentación reflejada en el proyecto de Resolución de la Secretaría Legal y Técnica había incurrido en un vicio de competencia.

c. La Resolución 61 del TCTF del 19 de marzo de 2021 instó al gobernador de la Provincia a reglamentar la normativa relativa al expediente electrónico, a fin de que una vez cumplido con ello se pudiera analizar la forma de su aplicación e implementación en el ámbito del TCTF. Asimismo, en el mismo texto normativo se instó a la Secretaría General Legal y Técnica de la provincia a que deje sin efecto la Resolución 57/2021 y que retire los expedientes electrónicos que habían sido enviados por ese medio al TCTF.

Por último, hizo saber al Gobernador y al Secretario Legal y Técnico que “a los fines de poder ejercer el debido control sobre todas las actuaciones

remitidas e intervenidas por el TCTF, las mismas deberán ser canalizadas en formato convencional, tal como venía sucediendo previo al dictado de la Resolución Secretaría General, Legal y Técnica N° 57/2021”.

6. NOTAS DEL TCTF

a. Por Nota 194/20 del 5 de febrero de 2020 el TCTF informó al Ministerio de Finanzas Públicas provincial que había realizado sendas gestiones para conseguir los accesos al sistema geNFinanciero y geNExpediente, sin éxito alguno. La nota puso en conocimiento que esa situación impedía el correcto desarrollo del Plan de Auditoría establecido por la Resolución Plenaria del TCTF 6/20.

b. A través de la Nota externa 379 del 3 de marzo de 2020 el TCTF requirió a la Secretaría General Legal y Técnica provincial que informe (entre otras cosas):

- 1)** El procedimiento establecido para la notificación y/o comunicación a particulares, organismos y poderes,
- 2)** El procedimiento utilizado para la transformación de documentos de primera generación (papel) en digitales,
- 3)** El procedimiento de destrucción total o parcial de documentos de primera generación y
- 4)** El cronograma y especificaciones de la implementación del sistema geN Expediente.

Al 30 de abril de 2021, no se cuenta con información acerca de la respuesta de la Secretaría General.

IV. ANÁLISIS

1. La ubicación institucional del TCTF: órgano extrapoder

La ubicación institucional que mejor identifica a los Tribunales de Cuentas es la de órgano extrapoder de estructura colegiada.

En nuestro país, el concepto de órgano u órganos extrapoder ha sido utilizado para reconocer a los órganos estatales que no están situados en la

estructura de alguno de los poderes clásicos del Estado (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) aunque es evidente que forma parte de él³.

Si bien la doctrina no es uniforme en cuanto a su caracterización, existe coincidencia en que deben ser diferenciados de los poderes del Estado. Una interesante calificación es la que divide a los “órganos constitucionales como poder del Estado” de los “órganos de jerarquía constitucional” o “constitucionalmente garantizados”. Los primeros son los poderes del Estado que trasuntan la voluntad primigenia de éste, los segundos no, pero actúan funcionalmente independientes⁴.

También se utiliza la terminología de “órganos constitucionales autónomos”. Desde esta postura, lo relevante no resulta la ubicación formal en la estructura estatal del órgano en cuestión, dentro o fuera de un poder, sino el grado efectivo de su autonomía funcional según el programa de la Constitución (sea nacional o estadual). En este sentido, si la autonomía es plena, el ente en cuestión merecería llamarse “órgano constitucional autónomo”⁵.

En línea con estos criterios, el profesor Néstor Sagües, entiende que la creación de ese tipo de órganos obedece a razones técnicas y políticas. Así, más allá de la denominación que se utilice, resulta evidente que la razón de ser de los órganos extrapoder radica en la “diversificación de funciones” y la multiplicación de estructuras. De esta forma, por las tareas que en el último siglo ha ido incorporando para hacer operativos los principios constitucionales y convencionales de respeto de la persona humana, el Estado presenta una estructura mucho más compleja, perfeccionada y sofisticada que sus iguales

³ La denominación de órganos extrapoderes en el Derecho Latinoamericano fue originalmente tratada por el Dr. Bidart Campos. Cfr. Bidart Campos, Germán, *El Derecho constitucional del Poder*, Buenos Aires, Ediar, 1967, T. I, pag. 129.

⁴ Sesin Domingo, *Ubicación institucional del Ministerio Público y de los otros órganos con jerarquía constitucional. Una perspectiva diferente* (págs. 33 a 55), 1° Ed., Editores del Puerto, Buenos Aires 2009. ISBN: 978-987-1397-32-7. (T. XV, págs. 187 a 195).

⁵ Véase Fix Zamudio, Hector y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 4ta Edición, México, Porrúa, 2005, pag. 413. En el sentido que un órgano constitucional autónomo, como es en algunos países el Ministerio Público, no es un poder del Estado, cfr. Carpizo, Jorge, *Propuestas sobre el Ministerio Público y la función de investigación de la Suprema Corte*, México, Porrúa, 2005, pag. 16.

de siglos atrás. A su vez, los motivos políticos se vinculan con “un mejor control” sobre los poderes del Estado.

Lo destacable en palabras de Sagües es que el buen desempeño de estos órganos depende de factores exógenos (afirmar su autonomía, metas adecuadas, procedimientos bien diseñados) y endógenos (idoneidad jurídica, honestidad, espíritu de independencia, etc.)⁶

En general, la doctrina ubica bajo esta categoría de órgano, en el ámbito nacional, al Banco Central, la Auditoría General de la Nación, el Defensor del Pueblo, el Consejo de la Magistratura, los Ministerios Públicos⁷ y en el provincial, a los Tribunales de Cuentas, las Fiscalías de Estado, entre otros.

El conjunto de estos diferentes ejemplos, obliga a que el alcance de la independencia y la autonomía funcional de cada uno de esos órganos extrapoder, deba ser interpretado a la luz de las Constituciones y las leyes, valorando la especialidad de sus competencias. Este es el marco a partir del cual debe ser interpretado el rol que ocupa el TCTF en la estructura provincial y por ende sus atribuciones:

a. El texto constitucional y la ley 50 no dejan dudas sobre el grado de autonomía del TCTF, ni respecto a la especialización técnica que posee para controlar la hacienda pública y ejercer funciones jurisdiccionales a través de los juicios de cuentas y los juicios administrativos de responsabilidad de los funcionarios públicos.

b. Su especialidad se verifica puntualmente en el control previo, preventivo y posterior de los actos del Estado donde se encuentren involucrados fondos públicos, sobre los que realiza un análisis de sus

⁶ Sagües Néstor, Problemática de los órganos extrapoder en el diagrama de la división de poderes, www.juridicas.unam.mx (biblioteca virtual)

⁷ Decía Néstor SAGUES en “Reforma Constitucional: el Poder Judicial” (La Ley, 1987 -E, 848) que el Ministerio Público debía ser jerarquizado como órgano extrapoder, no sometido al Poder Ejecutivo ni tampoco al Judicial, puesto que debe actuar con independencia de ambos”. En el mismo sentido ver SAGUES, Nestor, Constitución de la Nación Argentina, Texto según la reforma de 1994, 3ra edición ampliada, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 27.

aspectos contables, legales, económicos y financieros; sumado a la facultad de observar los actos del Poder Ejecutivo en caso que resulten irregulares⁸.

c. Se encuentra incluido en la Constitución en una Sección separada -junto a la Fiscalía de Estado- de los otros poderes provinciales (IV “Organismos de Control)

d. Sus miembros gozan de inamovilidad mientras dure su buena conducta. Pueden ser sometidos a juicio político; están sujetos a las mismas incompatibilidades, inhabilidades y prerrogativas que los magistrados del Poder Judicial.

e. La especificidad de las funciones también se refleja en la incumbencia profesional de sus máximas autoridades: dos profesionales de las ciencias económicas, uno designado por el Poder Ejecutivo por su propia iniciativa, el otro es nombrado a propuesta del Poder Legislativo. El vocal con título de abogado es propuesto por el Consejo de la Magistratura previo procedimiento público de selección. Esta diversificación profesional se traslada al resto de su personal, que conforma una estructura multidisciplinaria.

f. Su autonomía se refleja en la facultad para regular su funcionamiento y las particularidades del control que realiza, función que cumple mediante el dictado de Acuerdos Plenarios y Resoluciones Plenarias.

Encontramos en las palabras de la convencional Weiss Jurado en ocasión del debate constitucional, la confirmación de lo expresado:

“Dentro de los controles de tipo jurisdiccional la fiscalización se concibe poniendo a cargo de un Tribunal Administrativo, cuyos miembros gozan de inmunidad e independencia con respecto al Poder administrador y realizan un control externo y es un organismo independiente del Poder Ejecutivo que responde de sus actividades al Poder Legislativo, que es quien, en definitiva,

⁸ Acerca de las facultades de los Tribunales de Cuentas puede verse ILEANA TURNER MONTENEGRO, El proceso de cuentas en Panamá, disponible en internet el 7 de abril de 2021 en <http://tribunaldecuentas.gob.pa/wp-content/uploads/2014/11/11-EL-PROCESO-DE-CUENTAS-Ileana-Turner-Montenegro.pdf>

aprueba o no la ejecución del Presupuesto, ya que es quien tiene con carácter exclusivo el control final de la ejecución del mismo al aprobar o rechazar las cuentas de inversión.”⁹

Esta perspectiva ha sido también sostenida en jurisprudencia local, convalidándose el carácter de extrapoder.

Así, por ejemplo, la Cámara de Apelaciones, Sala Civil, Comercial y del Trabajo de la provincia de Tierra del Fuego en la causa “Asociación de Agencias Fueguinas de Viajes y Turismo S/ Amparo” del año 2007 tuvo oportunidad de considerar que:

“[u]na hermenéutica apropiada de la cuestión debatida en el sub examine debe propender a una solución que, se enmarque en el respeto de las competencias distribuidas por la Constitución a cada uno de los poderes que conforman el Estado, preserve la sujeción de aquellos a los denominados órganos extra poder –en el caso el Tribunal de Cuentas de la Provincia-, y resguarde, a la postre, los derechos de los peticionantes”.

En esa línea, el Superior Tribunal de Justicia provincial reafirmó no solo que el TCTF fue concebido por el constituyente como el órgano de control por excelencia de la actividad económico – financiera del Estado (STJ TDF, García Casanovas, Ángel Gustavo c/ Tribunal de Cuentas de la Provincia s/ contencioso administrativo, Expte. N° 1936/07 STJ-SDO, sentencia del 29 de septiembre de 2010) sino también que el organismo tenía independencia institucional de la que se derivaba la intangibilidad de las remuneraciones de sus miembros del Tribunal (Tribunal de Cuentas de la Provincia c/ Provincia de Tierra del Fuego AelAS s/ Acción Declarativa de Certeza – Medida Cautelar, Expte. N° 2689/12 STJ-SDO, sentencia del 3 de diciembre de 2013)

⁹ Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, Tomo II, pag. 1042.

Tales criterios también fueron objeto de interpretación por otros tribunales judiciales, que reconocieron a los tribunales de cuentas de sus provincias como órganos extrapoder, independientes del Poder Ejecutivo.

En el caso de la Provincia de Jujuy, el Superior Tribunal de Justicia sostuvo:

*“[l]os recurrentes no pertenecían al Poder Ejecutivo (poder administrador) sino que como integrante del Tribunal de Cuentas de la Provincia y en un todo de acuerdo a las potestades conferidas por la ley se limitaron a tomar razón del decreto cuestionado, esto es, a efectuar un control de legitimidad del acto.”*¹⁰

En forma similar el Poder Judicial de la provincia de Entre Ríos, identificó al Tribunal de Cuentas local como un “órgano autárquico de naturaleza constitucional”¹¹.

Por último, abona el enfoque propuesto el hecho de que la creación y el funcionamiento del TCTF deban ser encuadrados en las bases del Estado Constitucional de Derecho. Por ello, la importante misión de tutelar los valores comunitarios y sociales justifica una autonomía que, sin dejar de pertenecer a la provincia, lo ubique fuera de la órbita de los tres poderes del Estado. La independencia, como expresión de una actuación libre de presiones, facilita un control imparcial, objetivo y coadyuva al logro transparente de los fines institucionales.

En otras palabras, se presentan razones constitucionales, legales y de eficiencia funcional que avalan el carácter de órgano extrapoder o constitucionalmente autónomo independiente de la estructura de la Administración.

¹⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE JUJUY, De Aparici, Ricardo José Manuel s/ Recurso de Inconstitucionalidad (L.A. N° 36, F° 1050/1054, N° 448). 17/11/1993.

¹¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE ENTRE RÍOS, Centurión, Adrián César y Taborda, Nelly Olimpia c/ Provincia de Entre Ríos s/ Demanda Contencioso administrativa. 14/7/1992.

2. ¿Es aplicable el Decreto provincial 43/2020 al TCTF? La autonomía funcional y la atribución reglamentaria.

a. Con base en lo expuesto en el punto anterior, entendemos que el Decreto provincial 43/2020 no resulta “directamente” aplicable a la jurisdicción del TCTF.

Como se señaló, el TCTF tiene naturaleza de órgano extrapoder y su competencia resulta del texto constitucional y la ley provincial, no encontrándose sujeta a reconocimiento especial posterior por parte del Poder Ejecutivo.

Además, el TCTF posee competencia para dictar sus propios reglamentos y regirse por los procedimientos que él establezca, tal como surge **expresamente de la ley** y se encuentra razonablemente implícito en la naturaleza de su función. En efecto, indica el artículo 4º inciso a) de la Ley provincial 50 que “[e]l Tribunal de Cuentas tiene las siguientes atribuciones: Autorizar y aprobar sus gastos, con arreglo al reglamento interno y disposiciones vigentes.”

De la autonomía funcional para llevar a cabo sus cometidos -a saber: control y fiscalización de los actos de gobierno que comprometan fondos públicos- resulta como corolario su capacidad de acción en el marco de sus atribuciones. Es decir, en el seno del TCTF radica la totalidad de la competencia para llevar a cabo los cometidos que se le asignaran, sin que exista la necesidad de auxiliarse de otros poderes estatales. Ello permite confirmar que (por la plenitud de capacidad de acción en el marco de su especialidad) el TCTF es funcionalmente autónomo.

Esa cualidad, en su exacto alcance encierra el poder, discrecional y exclusivo, de ejercer la atribución en la dirección y condiciones que establezca el propio órgano de control, alejado de ajenas intervenciones, con la única exigencia de adecuar su actividad a la Constitución y a la ley.

Sin perjuicio que parte de la doctrina y algunos regímenes normativos han tratado indistintamente a la autonomía funcional y a la independencia, más que de independencia se debería hablar de autonomía operativa, la cual

se relaciona con la capacidad para llevar a cabo su misión sin interferencias e intromisiones de otros órganos estatales¹². Es por eso, que al igual que sucede en otros órganos que tienen una función de control, la autonomía funcional del TCTF es una realidad necesaria.

Por lo expuesto y como corolario de lo sostenido anteriormente, la ubicación del TCTF fuera del ámbito del Ejecutivo no solo resulta una medida beneficiosa de la autonomía requerida para garantizar la eficacia de su actividad de contralor sobre el gobierno y la Administración, cuyos funcionarios administran fondos públicos, sino que es una verdadera necesidad constitucional.

En otras palabras, la función de fiscalización del TCTF reviste, como requisito esencial la plena autonomía ya que no sería concebible un control público subordinado a los demás poderes estatales. Ningún órgano del Estado incluso de jerarquía constitucional, tiene atribuciones para interferir el ejercicio de su función de contralor de la hacienda pública. Por ello, al decir de Ballesteros Moffa¹³, parece correcta la opinión coincidente de la gran mayoría de la doctrina, que califica la actividad del tribunal como una función de naturaleza constitucional.

Ahora bien, el debate en torno a la ubicación institucional del TCTF resultaría estéril si no va acompañado de una reflexión sobre la forma de posibilitar el efectivo ejercicio de su función vertebradora.

Como se mencionó anteriormente, la ley provincial 50 estableció en su artículo 4º inciso a) que el TCTF tiene entre sus atribuciones “[a]utorizar y aprobar sus gastos, con arreglo al reglamento interno y disposiciones vigentes”. En el mismo orden, en su artículo 26 incisos b) y h), dispuso que el dictado de su reglamento interno debía ser aprobado por Resolución del TCTF por acuerdo plenario de los miembros del mismo. Así expresamente el legislador dejó establecidos los reglamentos como instrumentos dictados por

¹² De Sousa, L. (2010). Anti-corruption agencies: Between empowerment and irrelevance. *Crime, Law and Social Change*, 53 (1), 5-22.

¹³ BALLESTEROS MOFFA, Luis Angel, *Principios jurídicos de la organización administrativa*, IEP, Madrid, 1957, páginas 103104.

el mismo órgano para constituir los procedimientos y mecanismos por los cuales se autorizará el gasto.

En este sentido, cabe destacar la decisión del Superior Tribunal de la provincia en la causa "Mansilla Vargas, Viviana Graciela c/ Tribunal de Cuentas de la Provincia s/ contencioso administrativo" del año 2012, en la que interpretó:

“[e]n primer lugar corresponde precisar que, contrariamente a lo sostenido por la actora, el Tribunal de Cuentas estaba habilitado para dictar la citada Resolución Plenaria N° 01/2001, por cuanto el art. 26, inc. h) de la ley 50, lo faculta para emitir reglamentos sobre procedimiento, rendición o fiscalización de los actos de contenido patrimonial, con la salvedad de que deben ser aprobadas por Acuerdo Plenario.”

Estamos en el campo de la competencia reglamentaria y del carácter de órgano autónomo, de ahí que se concluya que, a partir del reconocido grado de autonomía deba dictar los reglamentos a los que tendrá que sujetar su competencia de control. La autonomía y su carácter de extrapoder se vaciarían de contenido, si el TCTF careciera de esa facultad; ceñirse a procedimientos y a modalidades de control reglamentados por el poder a quien debe controlar, hace caer todo el sistema diseñado en la Sección IV de la Constitución provincial.

En este último aspecto y aun cuando se trata de un órgano ajeno al ámbito provincial, resulta relevante traer a colación los criterios de la Procuración del Tesoro de la Nación (Dictámenes Tomo 234 página 645):

“El aspecto que define la aptitud para obrar de un ente jurídico es la relación del acto con los fines para los que fue creado (conf. Dict. 154:196; 164:165). Ninguna persona jurídica estatal, y asimismo ningún órgano estatal, son tales, mientras una norma jurídica no lo establezca, es decir, mientras no haya sido

organizado e instituido. Pero una vez que esto ocurre, la competencia en sentido estricto, de la persona y del órgano cubre todo lo expresamente atribuido a ella, más lo implícito en lo expreso.”

Por su parte, el mismo criterio fue sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en FONT, Jaime y otro c/ Estancias y Carnicerías Galli S.R.L. (1962) y reiterado LOPEZ ROMERO, Eduardo Federico Bernabé y otro c/ Tribunal de Cuentas de la provincia de Jujuy (2014). Así, en el último fallo, la Corte, siguiendo el dictamen de la Procuración, recordó que:

“la competencia constituye un elemento esencial que confiere validez a la actuación de los órganos estatales, a tal punto que aquella no se configura como un límite externo a esa actuación sino, antes bien, como un presupuesto de ella, en virtud de la vinculación positiva de la Administración al ordenamiento jurídico, que debe autorizar a sus organismos para actuar en forma expresa o razonablemente implícita”

A ello agregamos que, el Tribunal de Cuentas fue creado para cumplir con una finalidad específica, existiendo una “especialidad” en su creación que da basamento a sus atribuciones. En ese sentido, se postula que:

“el principio de especialidad, que se afirma en la doctrina como propio de las personas morales, las cuales nacen con una finalidad determinada, tiene carácter vinculante y determinante de su actividad y que él es predicable también a las personas públicas. Ello por cuanto el «postulado de la permisión» (está permitido lo que no está prohibido; art. 19, CN.), juega en relación a los habitantes (el citado artículo constitucional está ubicado en el capítulo único que trata los derechos y garantías de éstos) y no respecto del Estado y sus órganos jerarcas, respecto a los cuales

*la propia norma fundamental regula, en disposiciones posteriores, la competencia que le es atribuible. A la luz de una clara hermenéutica constitucional, el vetusto principio de que en derecho administrativo la competencia es la excepción y la incompetencia la regla, y que, por tanto toda competencia debe estar conferida por norma o por extensión a lo razonablemente implícito en lo expreso, demuestra lozanía y vigencia*¹⁴.

Asimismo, el alcance de la competencia del TCTF debe interpretarse de manera armónica con el ordenamiento jurídico y los principios y garantías constitucionales. En este sentido, los estándares indicados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo Ángel Estrada y Cía. SA c/ RESOL. 71/96 – Sec. Energ. Y Puertos (Expte. N° 750-002119/96) s/ Recurso se encontrarían afectados por el Decreto provincial 43/20 y la Resolución 43/20 de la Secretaría General, Legal y Técnica de la provincial.

En esa oportunidad, la Corte sostuvo que:

*“[t]ales principios constitucionales quedan a salvo siempre y cuando los organismos de la administración dotados de jurisdicción [...] hayan sido creados por ley, su independencia e imparcialidad estén aseguradas, el objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador para crearlos [...] haya sido razonable y, además, sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente.”*¹⁵

En resumen, la competencia del TCTF para dictar sus propios reglamentos no solo surge de lo expresamente previsto del artículo 4º de Ley provincial 50, sino que, además –si pudieran existir dudas- deriva de las funciones que razonablemente implícitas son propias de su especialidad.

¹⁴ CNACAF, Peso, Agustín v. Banco Central de la República Argentina, 13/06/1985.

¹⁵ CSJN, Ángel Estrada y Cía. SA c/ RESOL. 71/96 – Sec. Energ. Y Puertos (Expte. N° 750-002119/96) s/ Recurso, Año 2005. Fallos: 328:651

Por esta razón, insistimos en que aun cuando la norma legal hubiera omitido en su redacción la facultad del órgano de dictar su propio reglamento, esta última competencia se muestra como elemento integrante de su facultad de contralor por su especial función de fiscalización.

Así, teniendo en cuenta el sentido que tuvo el constituyente y el legislador al dictar las normas que servirían de fundamento del TCTF los cuales dejaron en manos del mismo órgano de control el dictado de su reglamento interno, resulta propio de aquél, la elección de los medios de fiscalización que mejor concurren para lograr los fines que la Constitución le ha asignado.

Con todo ello y en respuesta a la pregunta formulada, opinamos que el sometimiento de un órgano de contralor a una plataforma o procedimiento impuesto por el órgano controlado, sin una valoración y conformidad previa del primero, no supera los estándares mínimos frente a un control de razonabilidad.

En síntesis, la aplicación del Decreto 43/2020 al TCTF sin aprobación previa de aquel, desnaturaliza el carácter asignado por la Constitución y la ley provinciales.

b. De lo señalado, se desprende que el Decreto 43 del 2020 incide directamente en el procedimiento de contralor externo propio del TCTF afectando el ejercicio “autónomo” de su competencia.

En efecto:

1) El sistema “geN Expediente” ha sido desarrollado sin que el TCTF haya sido convocado en forma previa, a fin de que valide los softwares utilizados en orden a la eficacia de la fiscalización.

2) De ello se desprende que el proceso de fiscalización y control llevado adelante por el TCTF se encuentra a merced de las condiciones de contratación del sistema “geN Expediente” entre la Administración (controlado) y el particular responsable de su diseño, generando dificultades propias de las incertidumbres que genera no haber podido tener conocimiento del sistema que se implementaría, como los vinculados con el plazo de caducidad del sistema, las resoluciones anticipadas del mismo, etc.

3. El procedimiento dispuesto por la Resolución 43 de la Secretaría Legal y Técnica de 2020: ¿es suficiente para ejercer las actividades de control externo de una actuación administrativa a través de expediente electrónico o se requiere, en razón de la materia que involucra – control público – una reglamentación específica emanada del mismo TCTF sin perjuicio de la coordinación que corresponda realizar con el Poder Ejecutivo?

En virtud de los argumentos expuestos y los que se incluyen a continuación, entendemos que el procedimiento dispuesto por la Resolución 43 de la Secretaría Legal y Técnica de 2020 no es suficiente para ejercer las actividades de control externo de una actuación administrativa a través de expediente electrónico, sino que se requiere una reglamentación específica emitida por el propio TCTF; sin perjuicio de la debida coordinación con el Poder Ejecutivo.

Por lo tanto, en la elección de la plataforma y el procedimiento para acceder a los expedientes electrónicos, a los efectos de su fiscalización y posterior autorización debe intervenir necesariamente el TCTF, ya que será este organismo el que deberá valorar si se adecua a las particularidades del control que ejerce.

a. Sobre el procedimiento y su implementación

Debe considerarse que todo procedimiento (y en esa alocución se incluye el procedimiento administrativo) constituye un instrumento de control de la legitimidad y acierto de los actos relevantes para el interés público o bien común que la Administración persigue. Por ende, debe estar delineado conforme a las peculiaridades de la actividad administrativa porque contribuye a la concreción e inmediatez de ésta, a la eficacia de su actuar, y permite por ende su continuidad. Estos atributos son predicables cualquier sea el soporte que se utilice para tramitar el procedimiento, es decir papel o electrónico¹⁶.

¹⁶ CANOSA, Armando, El procedimiento como elemento del acto administrativo en Acto Administrativo y Reglamento, pag. 52.

En el caso que nos convoca, el procedimiento (y las plataformas digitales en las cuales se desarrollaría) asume una dimensión singular. No sólo por el hecho que brinda un orden eficiente, previsible y racional del ejercicio de la actividad administrativa de aquel, sino porque constituye el recurso necesario de fiscalización que permitirá al TCTF cumplir con sus atribuciones.

De este modo, un procedimiento (plataforma) cuya idoneidad no haya sido probada en su génesis por el órgano responsable de realizar control, o no se adaptare a sus particulares funciones y necesidades, podría derivar en el ejercicio deficiente del control económico-financiero que debe realizar y en la grave afectación al ejercicio de su competencia la cual resulta obligatoria, improrrogable e irrenunciable.

A su vez, en tal marco de actuación la implementación y capacitación del procedimiento y plataforma para acceder a los expedientes electrónicos deberían resultar de un Acuerdo Plenario del TCTF.

La afirmación se sustenta, como se mencionó anteriormente, en la Ley provincial 50 en sus artículos 4º inciso a) y 26 incisos b) y h), que establece la atribución del TCTF de dictar su Reglamento Interno y las normas sobre procedimiento, rendición o fiscalización de los actos de contenido patrimonial.

Por ello y dado que esa norma menciona como único requisito del ejercicio de dicha atribución la emisión del acto por vía de Acuerdo Plenario de los miembros del órgano de control, las competencias que le corresponde al Poder Ejecutivo provincial para regular el expediente electrónico no son impedimento para que el TCTF en el marco de las competencias constitucionales y legales regule la metodología que aplicará para controlar un procedimiento de esa naturaleza.

b. Acerca de la discrecionalidad del TCTF en la reglamentación del procedimiento

La discrecionalidad administrativa ha sido definida por la doctrina como la “una modalidad de ejercicio que el orden jurídico expresa o implícitamente confiere a quien desempeña la función administrativa para que, mediante una

apreciación subjetiva del interés público comprometido, complete creativamente el ordenamiento en su concreción práctica, seleccionando una alternativa entre varias igualmente válidas para el derecho”¹⁷.

Queda configurada así la discrecionalidad cuando una norma jurídica confiere a la Administración Pública, en tanto gestora directa e inmediata del Bien Común, potestad para determinar con libertad el supuesto de hecho o antecedente normativo y/o para elegir, también libremente, tanto la posibilidad de actuar, o no, como de fijar, en su caso, el contenido de su accionar (consecuente) todo dentro de los límites impuestos por los principios generales del derecho.

Esta discrecionalidad, como se viene sosteniendo, no surge solamente de una norma jurídica que establezca los márgenes de actuación del órgano sino (como se viene sosteniendo) de la misma naturaleza de aquél. En este sentido, los órganos del Estado son creados para aplicar derecho y ejercer la discrecionalidad que facilita su función, siempre dentro de los límites de la juridicidad.

Es por ello, que aun cuando se han dictado normas que instituyeron una nueva modalidad de tramitación de las actuaciones administrativas locales, como lo es el expediente electrónico, en las que la intervención del TCTF es obligatoria por mandato constitucional y legal, éste tiene la discrecionalidad de fijar cómo ejercerá ese control.

Por otro lado, el ejercicio de la actividad discrecional del TCTF debe respetar los estándares mínimos de razonabilidad en la toma de decisiones. En este sentido, Linares Quintana sostiene que, para ser constitucional, toda actividad estatal debe ser razonable. Esto se traduce en que “lo razonable es lo opuesto a lo arbitrario, y significa: conforme a la razón, justo, moderado, prudente, todo lo cual puede ser resumido: con arreglo a lo que dice el sentido común”¹⁸

¹⁷ Cfr. SESIN, Domingo, Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial, 2a ed., Depalma LexisNexis, Buenos Aires, 2004, p. 133.

¹⁸ Linares Quintana, S., Tratado de Interpretación Constitucional. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, pag. 559.

Otro sector de la doctrina reconoce que toda reglamentación de derechos persigue fines y, a esos efectos, utiliza medios que deben ser proporcionales a aquellos. Por tanto, es necesario que dicha reglamentación se presente provista de una adecuada relación entre fines y medios, y una sana equivalencia entre finalidades y mecanismos propuestos¹⁹.

En el caso del TCTF, los procedimientos a establecerse con el fin de llevar a cabo sus cometidos, por vía de reglamento interno, deben resultar no solo ajustados al principio de legalidad sino razonables. Esto es: idóneos y eficientes (no solo eficaces) para el cumplimiento de sus fines.

c. Sobre la reglamentación del procedimiento, respetuosa del principio de colaboración administrativa

Ahora bien, la especialidad del TCTF, la razonabilidad y la discrecionalidad en el ejercicio de las funciones asignadas, deben ser interpretadas conforme al principio de colaboración administrativa.

En efecto, el expediente electrónico presupone la concatenación de diferentes factores, como la tecnología, las normas jurídicas, la capacitación de los empleados, etc. Esta complejidad obliga a una implementación coordinada de los diversos actores (léase organismos) que intervienen en la tramitación del procedimiento.

Este fenómeno - la coordinación de los actores que intervienen en el procedimiento-, en el derecho comparado se ha identificado con el concepto de principio de colaboración administrativa: "principio concerniente al funcionamiento de las administraciones públicas, de carácter voluntario, que implica la puesta en común de los intereses que corresponde proteger a cada una de ellas, y el ejercicio de las competencias de modo que se facilite, en términos de eficacia, la actuación de todos los órganos interesados"²⁰

Esta definición -recogida de la Ley española 7/1985 del 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local en su artículo 57º y en el artículo

¹⁹ Cfr. Padilla, M., Lecciones sobre Derechos Humanos y Garantías. Buenos Aires. Abeledo Perrot, 1996.

²⁰ Definición del Diccionario de la Real Academia Española.

144º de la Ley española 40/2015 del 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público- es esclarecedora y aplicable al caso motivo de este dictamen.

En el ordenamiento local tal principio es recogido por la Ley 1015 de 2014 en su artículo 55 inciso c) en cuanto establece como uno de los principios rectores del sistema de contrataciones del sector público provincial la “colaboración y coordinación entre las distintas jurisdicciones y entidades con el fin de optimizar la utilización y rendimiento de los bienes”.

En realidad, la cooperación y la asistencia activas que presupone este principio tiene como objetivo permitir una mayor eficacia en el cumplimiento de las actividades de las organizaciones. En otras palabras, la colaboración orgánica y funcional busca asegurar una actuación coordinada y la facilitación del ejercicio de las competencias.

En el caso bajo estudio, el principio de colaboración y coordinación administrativa asume una dimensión significativa en el proceso de *despapelización* y gobierno digital.

Como ya se indicó, la ley provincial 955 implementó la firma digital en el ámbito de los poderes ejecutivo legislativo y judicial, los municipios no autónomos y autónomos sin carta orgánica de la provincia, comunas, la Administración centralizada y descentralizada, los organismos de la Constitución, entes autárquicos y todo otro ente que el Estado provincial y sus organismos descentralizados tengan participación suficiente para la formación de sus decisiones. El TCTF resulta, en este sentido, alcanzado por la ley provincial.

Surge claramente del texto normativo, que la intención del legislador ha sido fomentar el desarrollo de nuevas tecnologías en el ámbito del sector público provincial, siguiendo estándares consecuentes con los utilizados por el gobierno nacional y las regulaciones internacionales. Sin ingresar en el análisis de oportunidad o conveniencia de la firma digital en el procedimiento administrativo, es una realidad la tendencia generalizada en las

Administraciones Públicas (tanto nacional como provinciales) a la *despapelización*.²¹

En este sentido, el Tribunal de Cuentas debería procurar a través de los procedimientos y plataformas que establezca por vía de Reglamento interno, la coordinación de su propio sistema de contralor, con los *softwares* de gestión de documentación electrónica ajenos al tribunal (por ejemplo, geN Expediente) garantizando un procedimiento que se adecue a los estándares de innovación tecnológica que ha establecido el legislador.

En síntesis, a la luz del gobierno digital, este principio de colaboración es un eje central en la interpretación de las facultades del TCTF y los límites del Poder Ejecutivo provincial para la regulación del expediente electrónico.

4. Preguntas en particular

Como podrá apreciarse a continuación, no hay normativa en el orden local que aborde cuestiones prácticas referidas al expediente y documento electrónico. Sin embargo, algunas de las preguntas que formulamos al inicio encuentran respuesta en la regulación dictada por el Tribunal de Cuentas de la Provincia de Córdoba, a la cual nos remitimos por entender que resultan razonables y que pueden ser consideradas como ejemplo para una futura reglamentación por parte del TCTF.

a. ¿Existe normativa que haga necesario el foliado y/o generación de índice de los expedientes electrónicos?

En el ordenamiento provincial, continúa vigente el Decreto 4144 de 1986 referido a las “Normas para la redacción, elaboración y diligenciamiento de los proyectos de actos y documentos administrativos”. No hay, a la fecha,

²¹ “Podemos definir la despapelización del Sector Público como la disminución del uso del papel en los trámites de la Administración Pública, procurando conseguir beneficios tales como la disminución del espacio ocupado para almacenar la documentación histórica generada y la disminución en los tiempos de búsqueda de ésta. La despapelización en el Sector Público es uno de los principios básicos en los que se sustenta la idea de Gobierno Electrónico con el objetivo de alcanzar la simplificación de los trámites de la gestión administrativa, la estandarización de los procesos y normativas de la Administración Pública y fomentar los procesos de transparencia” PEREZ JURADO, Gastón y GUIÓN, Alejandra E., “Firma digital y sus implicancias en la despapelización del sector público”, 5° Congreso Argentino de Administración Pública, San Juan, 2009.

norma expresa que aborde la foliatura del expediente digital sea por vía de modificación del Decreto citado, sea por el dictado de normativa particular.

Dicho Decreto describe al expediente como un:

“conjunto de documentos o actuaciones administrativas originadas a solicitud de parte interesada o de oficio y ordenados cronológicamente, en el que se acumulan observaciones, dictámenes y todo otro acto o antecedente relacionado con la cuestión tratada, a efectos de lograr los elementos de juicio necesarios para arribar a conclusiones que darán sustento a la resolución definitiva”.

La foliatura es una forma de ordenar, correlativamente diversas piezas que —en soporte de primera generación— integran el expediente. Esta integración no es sólo una forma de asegurar un orden sistemático sino principalmente, la integridad de las actuaciones.

Siguiendo lo mencionado *supra* y teniendo en cuenta la función de salvaguarda de la documentación obrante en el expediente, la reglamentación a cargo del TCTF para la tramitación de sus actuaciones debería permitir la individualización de cada folio del mismo. Ello no significa de suyo, la exigencia que el expediente deba necesariamente utilizar el sistema de foliatura de los de primera generación.

Es decir, la existencia de una foliatura (en los términos y modalidad que el Tribunal disponga) se justifica en la medida que satisfaga la individualización de cada folio, sea sin solución de continuidad desde la carátula hasta la finalización del mismo (fs. 1, 2, 3...), o identificando el documento que se incorpora con su respectiva numeración (fs. I.1, I, 2... II. 1, II,2...).

b. ¿Existe normativa que reglamente las modificaciones de los documentos que integran el expediente, posterior a la intervención del Tribunal?

Para responder a este interrogante es necesario evaluar que, en primer término, la modificación o adulteración de documentos públicos sin su mención expresa constituye una conducta reprochable por el Estado, especialmente para el caso de los funcionarios públicos. En tal sentido, establece el Código Penal de la Nación en su artículo 255º que:

“[s]erá reprimido con prisión de un (1) mes a cuatro (4) años, el que sustrajere, alterar, ocultare, destruyere o inutilizare en todo o en parte objetos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente, registros o documentos confiados a la custodia de un funcionario público o de otra persona en el interés del servicio público. Si el autor fuere el mismo depositario, sufrirá además inhabilitación especial por doble tiempo.”

Asimismo, el artículo 292º expresa que:

“[e]l que hiciera en todo o en parte un documento falso o adultere uno verdadero, de modo que pueda resultar perjuicio, será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años, si se tratare de un instrumento público y con prisión de seis meses a dos años, si se tratare de un instrumento privado.”

La necesidad de que el expediente electrónico se tramite asegurando su legitimidad y transparencia, impone la adopción de medidas por parte del órgano fiscalizador provincial.

La experiencia del Tribunal de Cuentas de la Provincia de Córdoba puede ser de utilidad, en particular por la implementación que realizara de un procedimiento de digitalización de documentos de primera generación con el requisito principal de comprobación del orden de los archivos:

“[c]omprobar que el procedimiento de escaneo respete el orden de todas las piezas documentales que conforman el

expediente original y que todos los folios siguen ese orden y son copia fiel del mismo. En caso de detectarse alguno de estos errores, volver a generar el archivo.”

Otro antecedente relevante es el Acuerdo 4733/2008 del Tribunal de Cuentas de la provincia de Mendoza vinculado a la conducta que debe asumir el controlador responsable del expediente y a la obligación de cumplir con normas éticas de integridad y buenas prácticas en el manejo de la documentación digital en el procedimiento de fiscalización.

Por último, es ilustrativo – a pesar de su carácter no vinculante-, la Guía General de Digitalización de Documentación de la Nación:

“[e]n ningún caso y bajo ningún punto de vista el personal que diagnostica el estado de conservación de los documentos para evaluar la posibilidad de su digitalización, ni el que interviene preparándolos para ese procesamiento, puede alterar el orden de los mismos, su integridad, o los instrumentos de descripción que los acompañan; sin embargo sí puede -y en ciertos casos, debe agregar información relativa a esa intervención en éstos últimos”²²

De lo indicado se desprende la necesidad de una regulación acorde con el sistema de control provincial, para prever todos los supuestos de intervención del TCTF y así, por ejemplo, en los casos en que deba controlar por segunda vez un mismo expediente imponer al organismo requirente que lo solicite expresamente en el escrito de remisión, indicando las modificaciones que hubiera realizado a las actuaciones previas. Por supuesto que la alteración de documentos obrantes en expedientes que puedan representar un cambio sustancial

²² Cfr. Guía General de Digitalización de Documentos, pag. 7, disponible en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/guia_general_de_digitalizacion_de_documentos_vf.pdf

del mismo, en las materias de competencia del TCTF, deberían ser sometidos nuevamente a su intervención.

En conclusión, haber instituido un sistema de expediente electrónico prescindiendo de la intervención del TCTF y sin reglamentar aspectos tan medulares como el descripto, pone en riesgo no solo la veracidad de la actuación del TCTF -frente a la posible alteración de documentos previos a su control- sino que además contraría el principio de transparencia con las consecuencias negativas que ello implica para la gestión pública y el derecho de los ciudadanos.

c. ¿Existe normativa que obligue a conservar los documentos originales luego de su digitalización?

La conservación de los documentos originales requiere especial atención, en especial en las etapas iniciales de implementación de un sistema de digitalización. En el orden local, tampoco existe normativa que obligue a conservar documentos luego de su digitalización.

En el ámbito nacional, la Guía antes mencionada hace alusión a esta temática y, si bien las recomendaciones que allí se mencionan no son aplicables directamente al TCTF, configuran buenas prácticas administrativas y experiencias de programas exitosos, que podrían tomarse como modelo²³

En lo pertinente a la pregunta del dictamen, esa Guía ilustra acerca de que previo a la digitalización de documentos, debe verificarse el estado de conservación e integridad de cada unidad documental, con el objeto de establecer si el mismo se encuentra en condiciones de someterse a un proceso de digitalización. Para los casos donde ello no sea así, dichos

²³ En este sentido, el texto de la Guía reza en su página 5º: “La finalidad de esta Guía es dotar tanto a los archivos que se adhieran al SNDH, así como a aquellos que carezcan de protocolos normalizados, de una herramienta que les permita adaptar sus procedimientos a normas consensuadas o institucionalizadas. Los contenidos de esta Guía están dirigidos tanto a las instituciones como a sus profesionales con el objetivo de diseñar criterios generales comunes para la planificación, desarrollo y supervisión de proyectos de digitalización del patrimonio documental que cada institución tiene bajo su responsabilidad. En particular, esta guía apunta a la digitalización de fondos de archivo, entendiendo que no podrá desarrollarse ningún proyecto de digitalización sin ser acompañado por un correcto desarrollo archivístico” https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/guia_general_de_digitalizacion_de_documentos_vf.pdf

documentos deberían prepararse a ese efecto. Dentro de los requisitos generales que se procuran, se destaca que deben encontrarse libres de cualquier elemento que obstruya su digitalización y en condiciones de higiene (requisito que puede subsanarse con la restauración del documento).

Por otro lado, la misma guía sostiene que dicha preservación no debe ser esporádica sino proactiva pues se encuentra de continuo amenazada por la inestabilidad de los dispositivos de almacenamiento, la obsolescencia de las tecnologías de acceso y la problemática de la integridad y autenticidad del material digital²⁴.

También reconoce la corta vida útil que muestran los soportes digitales de conservación de documentación y su fragilidad frente al calor, la humedad, los contaminantes y la misma manipulación inadecuada. Por tanto, prevé una adecuada política de preservación de la documentación debe contemplar de suyo, estrategias como la migración de los datos para una conservación fidedigna de los documentos electrónicos.

Nuevamente, el Tribunal de Cuentas de la Provincia de Córdoba, suministra un interesante ejemplo: (Resolución 53/2020):

“[l]os Servicios Administrativos confeccionarán los expedientes de rendición de cuentas en papel de la forma habitual y deberán resguardar el mismo en los términos del artículo III de la resolución” esto es, “III. ESTABLÉCESE, para los casos en que se aplique el «Procedimiento de Presentación Digital de Rendiciones de Cuentas», los expedientes en soporte papel deberán contener toda la documentación original que la normativa legal vigente exige y conforme Anexo I, permanecerán en resguardo de cada servicio administrativo y podrán ser requeridos por el Tribunal de Cuentas.”

²⁴ Cfr. Guía General de Digitalización de Documentos, pag. 7, disponible en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/guia_general_de_digitalizacion_de_documentos_vf.pdf

En cuanto a los documentos que integran los expedientes de rendición de cuentas indica que:

“una vez concluido el proceso de pago y enviada la rendición de cuentas a través de SUAF, son inalterables, y pueden ser consultados por usuarios que tengan acceso al sistema” y que “[e]ste expediente en formato papel [que] contendrá toda la documentación en original, [...] quedará en resguardo de los Servicios Administrativos, y será remitido al Tribunal de Cuentas cuando éste así lo requiera.”

d. ¿Qué requisitos debe cumplir un documento digitalizado para ser agregado a un expediente?

Como se indicó *supra*, en el orden local se carece de una norma que establezca los requisitos que debe cumplir un documento digitalizado para ser agregado a un expediente. No obstante, habiendo hecho las salvedades del caso en lo relativo a la aplicación de la Guía antes referida, se mencionarán algunas condiciones que son recogidos en ella y en otros ordenamientos y que entendemos que resultan adecuados para incorporar en una futura regulación de la provincia.

Junto con los requisitos de preservación de la documentación que se han mencionado anteriormente, la Guía destaca que en los proyectos de digitalización “deberá consignarse, como mínimo, la información correspondiente a los elementos obligatorios de la Norma ISAD(G) que, además, serán parte de los metadatos obligatorios.²⁵ Entre ellos indica: 1) Código de referencia, 2) Título, 3) Fecha, 4) Nivel de la descripción, 5) Volumen, 6) Soporte, 7) Nombre del productor.

Posteriormente, amplía esta primera enumeración con otros elementos que forman parte de los metadatos mínimos obligatorios que debe reunir todo documento digitalizado. Entre ellos: 1) Niveles y condiciones de acceso, 2) Identificación del responsable de la digitalización o migración, 3) Fecha de la digitalización o migración, 4) Extensión del archivo en formato digital, 5)

²⁵ *Ibidem*.

Resolución espacial (dpi) del archivo, 6) Tamaño del archivo expresado en Megabytes, 7) Tipo de imagen, 8) Profundidad de bits, 9) Compresión, 10) Espacio de color, 11) Software utilizado para la captura, 12) Dispositivo o equipo indicando modelo y marca, y 13) Observaciones.

Por su parte, la resolución del Tribunal de Cuentas de la Provincia de Córdoba antes mencionada, entre los requisitos relevantes para la conversión a documentos de segunda generación, destaca el escaneo. Así, dice la Resolución que:

“se procederá a escanear la documentación, incluyendo la carátula, para generar el expediente digital. El correcto ajuste de los dispositivos de escaneo, generará una imagen electrónica fiel al documento origen, con una legibilidad igual o mejor que la del documento original en soporte papel, pero con un tamaño de archivo que no supere el tamaño límite establecido para adjuntarlo al pase electrónico en SUAC, que es de 200 MB.”

También se indican las características que debe revestir el documento digital. A saber:

“[r]espetará la geometría del expediente original en tamaños y proporciones. Todas las hojas deberán quedar orientadas en el mismo sentido que el original. Respetará el orden de la foliatura del expediente original. Deberá ser una versión idéntica a la obrante en el expediente en formato papel, no podrá contener caracteres o gráficos que no se encuentren en el expediente en formato papel.”²⁶

²⁶ Para mayor abundamiento sobre las características de los documentos electrónicos, a la luz de la experiencia del Tribunal de Cuentas de la provincia de Córdoba, consultar: <https://www.tpccordoba.gov.ar/wp-content/uploads/2020/11/53-2020.pdf>

Junto con eso, el Tribunal de esa provincia destaca a la firma digital del funcionario como requisito del documento, responsabilizando al agente por la integridad del documento digital y su adecuación con el de primera generación.

“El archivo final deberá enviarse al Tribunal de Cuentas firmado digitalmente por el titular del Servicio Administrativo, quien tiene el cargo de rendición de cuentas, siendo su exclusiva responsabilidad el contenido del archivo firmado.”

En un sentido similar, la Resolución 20/2020 del mismo órgano menciona la posibilidad de incorporar información o documentación obtenida a través de plataformas oficiales de intermediación de datos u otros sistemas oficiales electrónicos. Para esos casos, el tribunal requiere una certificación emitida por el funcionario en la que se deje constancia del motivo por el cual se incorpora la documentación.

En síntesis, opinamos que los ejemplos indicados resultan sumamente valiosos para dar respuesta a la pregunta formulada.

e. ¿Existe normativa que reglamente la ubicación física de la información económica, financiera y personal del Estado? ¿Puede estar ubicado en servidores en el extranjero?

Propiamente, a nivel provincial no existe normativa específica. Los antecedentes del tema se encuentran en regulaciones internacionales y en normas nacionales vinculadas a la protección de datos personales.

En el ámbito del internacional americano la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), mediante resolución AG/RES. 2811 (XLIII-O/13), encomendó al Comité Jurídico Interamericano (CJI) que formule propuestas a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos sobre las diferentes formas de regular la protección de datos personales, entre ellos, un proyecto de Ley Modelo sobre Protección de Datos Personales,

tomando en consideración los estándares internacionales alcanzados en la materia.²⁷

En el ámbito nacional, la ley 25326 regula la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean estos públicos, o privados destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre.

En relación a la responsabilidad y seguridad de los datos, establece su artículo 9º que:

“[e]l responsable o usuario del archivo de datos debe adoptar las medidas técnicas y organizativas que resulten necesarias para garantizar la seguridad y confidencialidad de los datos personales, de modo de evitar su adulteración, pérdida, consulta o tratamiento no autorizado, y que permitan detectar desviaciones, intencionales o no, de información, ya sea que los riesgos provengan de la acción humana o del medio técnico utilizado.”

En cuanto a la transferencia de datos hacia el extranjero, la norma indica que dicha transferencia se encuentra prohibida en los casos que los países u organismos internacionales o supranacionales de destino, no proporcionen niveles de protección adecuados.

Por otro lado, conforme al Decreto 1558/01, la autoridad de aplicación de la Ley de Protección de Datos Personales es la Agencia Nacional de Acceso a la información Pública, organismo con autonomía funcional que actúa como órgano descentralizado en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

²⁷ Para mayor abundamiento, se recomienda consultar el Informe del Comité Jurídico Interamericano sobre Privacidad y Protección de Datos Personales del 26 de marzo de 2015, disponible en: https://www.redipd.org/sites/default/files/inline-files/Informe_CJI-doc_474-15_rev2_26_03_15.pdf

De conformidad con el artículo 12º del citado Decreto, la Agencia tiene competencia para evaluar de oficio o a pedido de la parte interesada, el nivel de protección proporcionado por las normas de un Estado u organismo internacional. A tal punto, si llegara a la conclusión que dicha jurisdicción no protege adecuadamente los datos personales, tiene la facultad de elevar al Poder Ejecutivo un proyecto de Decreto para emitir tal declaración.

El carácter adecuado de la protección, según los términos de la norma, tiene en consideración la naturaleza de los datos, la finalidad y la duración de tratamiento o de los tratamientos previstos, el lugar de destino final, las normas de derecho, generales o sectoriales, vigentes en el país de que se trate, así como las normas profesionales, códigos de conducta y las medidas de seguridad en vigor en dichos lugares, o que resulten aplicables a los organismos internacionales o supranacionales.

De ordinario, los contratos de servicios que brindan plataformas de almacenamiento de información suponen que los datos van a ser transferidos al exterior. En esos casos, las compañías prestadoras del *software* suscriben un convenio particular de protección de datos con el proveedor de datos de la “nube” (por ejemplo: Microsoft o Amazon). La Dirección Nacional de Protección de Datos, dependiente de la Agencia de Acceso a la Información Pública, ofrece modelos de formularios de estos contratos de contenido eminentemente predispuesto que busca establecer estándares mínimos de seguridad para el tratamiento y custodia de esos datos.

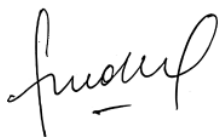
En virtud de lo que mencionamos hasta aquí, consideramos que más allá de la ausencia de norma en el orden local que regule esta cuestión, el hospedaje de la información digital en servidores en extraña jurisdicción no violenta de suyo norma alguna relacionada con el deber de custodia y seguridad de los documentos digitalizados que forman parte de expedientes administrativos. En este punto, se recomienda un detenido análisis sobre la temática con la asistencia técnica pertinente, con la finalidad del dictado de normas referidas a prácticas seguras para preservar y operar documentos digitales.

V. CONCLUSIONES Y OTRAS CONSIDERACIONES

Los principios y razones que permiten lograr una Administración Pública Electrónica, es decir la eficacia, la eficiencia, la economía, la transparencia, la celeridad, la mejora de la calidad de los servicios que se presentan, obliga a que las herramientas tecnológicas sean utilizadas por los organismos y entes en forma coordinada, de forma que su selección, diseño e implementación respete el ámbito de competencias de cada uno de ellos.

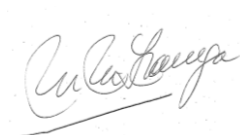
La ausencia de esa integralidad produce consecuencias negativas en el funcionamiento de las instituciones e inseguridad jurídica, que afectan directamente la gestión de la organización pública y que por ende terminan también por perjudicar al ciudadano.

En el marco de un Estado Constitucional de Derecho, el TCTC resulta un actor esencial en el desarrollo de una Administración Pública eficiente. Sólo en el riguroso cumplimiento de las exigencias impuestas por la competencia constitucional y legal, el TCTF podrá asegurar la transparencia de los actos de gobierno, principio rector de nuestro régimen republicano. -----



Mag. Federico Menéndez

Integrante del DDA



Dra. Miriam M. Ivanega

Directora MDA



Mag. Jorge Albertsen

Director DDA