RDA

DERECHO ADMINISTRATIVO

REVISTA DE DOCTRINA, JURISPRUDENCIA, LEGISLACIÓN Y PRÁCTICA

DIRECTOR:
JUAN CARLOS CASSAGNE

SUBDIRECTORES:
Pablo Esteban Perrino
David Andrés Halperin
Estela B. Sacristán

Marzo - Abril 2021 | 134

TEMA SELECCIONADO

Responsabilidad del Estado

ISSN 1851-0590

INCLUYE VERSIÓN DIGITAL

ABELEDOPERROT

ISSN: 1851-0590
RNPI: 5074816

Todos los derechos reservados
© **ABELEDOPERROT S.A.**

Dirección, administración y redacción
Tucumán 1471 (C1050AAC)
laley.redaccionjuridica@tr.com

Ventas
CASA CENTRAL
Tucumán 1471 (C1050AAC)
Tel.: 4378-4700 / 0810-266-4444

LOCAL I FACULTAD DE DERECHO - UBA
Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)
Tel. / Fax: 4806-5106

Atención al cliente: 0810-266-4444
Buenos Aires - Argentina

Hecho el depósito que establece la ley 11.723.
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.

Nota de la Dirección: Las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

Se terminó de imprimir en la 2da. quincena de marzo de 2021, en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I., Bernardino Rivadavia 130, Avellaneda - Provincia de Buenos Aires, República Argentina

RDA

DERECHO ADMINISTRATIVO

REVISTA DE DOCTRINA, JURISPRUDENCIA, LEGISLACIÓN Y PRÁCTICA

DIRECTOR:
JUAN CARLOS CASSAGNE

SUBDIRECTORES:
Pablo Esteban Perrino
David Andrés Halperin
Estela B. Sacristán

Marzo - Abril 2021 | 134

TEMA SELECCIONADO

Responsabilidad del Estado

ABELEDOPERROT

Consejo de Redacción

Pedro Aberastury (h.) - Carlos A. Andreucci - Alberto B. Bianchi - Alberto Biglieri - Carlos Botassi - Pedro J. J. Coviello - Beltrán Gambier - Agustín Gordillo - Roberto E. Luqui - Jorge Muratorio - Daniel M. Nallar - María Jeanneret de Pérez Cortés - Jorge H. Sarmiento García - Domingo J. Sesin - Daniel F. Soria - Guido S. Tawil

Secretarios de Redacción

Juan Cruz Azzarri - Ernesto Nicolás Bustelo - Alfonso Buteler - Ariel Cardaci Méndez - Ezequiel Cassagne - Santiago Castro Videla - Karina Cicero - Juan Gustavo Corvalán - Julio Durand - Martín Renato Espinoza Molla - Ana Patricia Guglielminetti - Mariano Palacios - Marisa Panetta - Gustavo E. Silva Tamayo

Coordinador

Nicolás R. Acerbi Valderrama

Consejo Consultivo Internacional

Hermann-Josef Blanke (Alemania)
Christian Pielow (Alemania)
Karl-Peter Sommermann (Alemania)
Odete Medauar (Brasil)
Fabio Medina Osorio (Brasil)
Romeu Felipe Bacellar Filho (Brasil)
Diogo de Figueiredo Moreira Neto (Brasil)
Vitor Rhein Schirato (Brasil)
Felipe de Vivero (Colombia)
Jorge Enrique Ibáñez Najar (Colombia)
Libardo Rodríguez Rodríguez (Colombia)
Consuelo Sarria (Colombia)
Alejandro Vergara Blanco (Chile)
Tomás Ramón Fernández (España)
José Luis Martínez López-Muñiz (España)
Santiago Muñoz Machado (España)
Luis Martín Rebollo (España)
Franck Moderne (Francia)
Pierre Subra de Bieusses (Francia)
Carlo Marzuoli (Italia)
Domenico Sorace (Italia)
Aldo Travi (Italia)
Luciano Vandelli (Italia)
Luis José Bejar Rivera (México)
Jorge Danós Ordóñez (Perú)
Richard Martin Tirado (Perú)
Lino Torgal (Portugal)
Allan R. Brewer-Carías (Venezuela)
Víctor Hernández Mendible (Venezuela)

DIRECCIÓN ACADÉMICA
Mónica Pinto

COMITÉ HONORARIO

Agustín Gordillo
Aída Kemelmajer
Alberto J. Bueres
Carlos Etala
Cecilia Grosman
Eugenio Bulygin
Eugenio R. Zaffaroni
Héctor Alegria
José Tobías
Julio C. Rivera
Nelly Minyersky
Noemí Lidia Nicolau

COMITÉ ACADÉMICO

Administrativo
Carlos F. Balbín
Fernando R. García Pullés
Ernesto A. Marcer
Guido Santiago Tawil

Constitucional
Alberto B. Bianchi
Roberto Gargarella
María Angélica Gelli
Juan V. Sola

Internacional Privado
María Susana Najurieta
Alfredo Mario Soto
María Elsa Uzal

Internacional Público
Susana Ruiz Cerutti
Silvina González Napolitano
Raúl Vinuesa

Familia
Carlos Arianna
Luis Ugarte
Adriana Wagmaister

Civil
Carlos Hernández
Sebastián Picasso
Sandra Wierzba
Diego Zentner

Penal
Mary Beloff
Alberto Edgardo Donna
Daniel Pastor

Laboral
Mario Ackerman
Adrián Goldin
Julio César Simón

Comercial
Rafael Mariano Manóvil
Horacio Roitman

Filosofía
Ricardo Guibourg
Rodolfo Vigo

Derechos Humanos
Laura Giosa
Roberto Saba

Ambiental
Néstor Cafferatta
Leila Devia
Silvia Nonna

COMITÉ EDITORIAL

Penal
Fernando Córdoba
Fernando Díaz Cantón
Ivana Bloch
Marcelo Ferrante
Marcos Salt
Marcelo Sgro

Criminología
Gabriel Ignacio Anitua
Matías Bailone
Máximo Sozzo

Familia
Silvia Eugenia Fernández
Eleonora Lamm
Ida Scherman

Civil
Carlos Calvo Costa
Luis Daniel Crovi
María Victoria Famá
Adriana Krasnow
Luis F. P. Leiva Fernández
Carlos Parellada
Máximo Gonzalo Sozzo

Laboral
Lucas Caparrós
Juan Pablo Mugnolo
Claudia Priore

Constitucional
María Gabriela Ábalos
Marcela Basterra
María Laura Clérico
César Sebastián Vega

COMITÉ EDITORIAL *(Continuación)*

Internacional Público
Emiliano Buis
Alejandro Chehtman
Natalia Luterstein
Nahuel Maisley

Internacional Privado
Paula María All
Nieve Rubaja
Luciana Scotti

Administrativo
Alfonso Buteler
María Paula Renella
Susana Vega

Comercial
Hugo Acciarri
Pablo Heredia
Lorena Schneider
Pamela Tolosa

Filosofía
Marcelo Alegre
Claudio Eduardo Martyniuk
Renato Rabbi-Baldi Cabanillas

Derechos Humanos
Leonardo Filippini
Calógero Pizzolo
Silvina Zimerman

Ambiental
Mariana Catalano
José Esaín

Director Editorial
Fulvio G. Santarelli

Jefa de Redacción
Yamila Cagliero

Editores
Nicolás R. Acerbi Valderrama
Florencia Candia
Elia Reátegui Hehn
Marlene Slattery

ÍNDICE

TEMA SELECCIONADO: Responsabilidad del Estado

Daños en cárceles: oportunidad para una visión integrada de la responsabilidad estatal
Ana Salvatelli 3

La Ley de Responsabilidad del Estado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Carlos Marcelo Lamoglia 15

El control judicial y la responsabilidad del Estado en materia regulatoria
Sofía L. Bonel Tozzi 31

Examen comparativo de la Ley de Responsabilidad del Estado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con la Ley de Responsabilidad del Estado nacional
Pablo E. Perrino 49

ESTUDIOS

Aspectos administrativos de la regulación económica
Augusto Durán Martínez 65

Potestad normativa en estado de excepción por situaciones de calamidad pública, como el COVID-19 en Colombia
Luis Ferney Moreno 90

La efectividad de los derechos humanos en los Estados no vinculados por el Acuerdo de Escazú
Víctor R. Hernández Mendible 98

Estudio sobre las atribuciones de la Administración sanitaria en el Perú
Juan Carlos Morón Urbina 107

Demandabilidad directa en el proceso contencioso-administrativo de la provincia de Buenos Aires: ¿ficción o realidad?
Juan Pablo Perrino 121

El municipio partido. Breves reflexiones sobre su mantenimiento ante una reforma constitucional en la provincia de Buenos Aires
Raúl L. Montero 167

Inscripción tardía de nacimientos: agotamiento de la vía administrativa. Impacto en la provincia de Buenos Aires de la modificación a la ley 26.413 introducida por la nueva ley 27.611
Pablo J. Majul 181

Tutela jurisdiccional cautelar colectiva en el anteproyecto de ley de procesos colectivos de la provincia de Tucumán
Marcelo C. Raimundo 194

Diseño constructivo del control de convencionalidad. Integración normativa y diálogo de fuentes en sede administrativa
Leandro Salgan Ruiz 203

Registros de domicilios electrónicos en los Poderes Judicial y Ejecutivo de la provincia de Buenos Aires. Hacia la despapelización del proceso y los procedimientos. Un repaso por la situación actual en materia de procesos judiciales y procedimientos administrativos
Emanuel Matías Triolo 218

La Justicia Municipal de Faltas en la provincia de Buenos Aires. Su problemática y constitucionalidad a la luz de la autonomía municipal
Sofía Antoniuk 229

JURISPRUDENCIA ANOTADA

TELECOMUNICACIONES
Firma comercial que posee local de atención al público con salida a la calle. Tasas municipales. Acción meramente declarativa. 253

Comentario al fallo "Telefónica Móviles Argentina SA c. EN - ENACOM y otro s/ proceso de conocimiento" (expte. 51401/2016)
Laura Karschenboim 259

TEMA SELECCIONADO: Responsabilidad del Estado

Daños en cárceles: oportunidad para una visión integrada de la responsabilidad estatal

Ana Salvatelli

Sumario: I. Introducción.— II. Visión integrada de la responsabilidad estatal. Una aproximación.— III. Daños en cárceles. Análisis jurisprudencial.— IV. Reflexión final.

I. Introducción

Hace un tiempo reflexionamos sobre el alcance de la recepción que viene teniendo el fundamento convencional de la responsabilidad estatal, detallando distintos grupos de casos en los que la CS había invocado aquel expresamente **(1)**.

Uno de esos grupos es el de los daños sucedidos en cárceles o lugares de detención sujetos a la autoridad estatal. Es que al postulado que emana del art. 18 de la CN, cuyo contenido operativo impone al Estado, por intermedio de los servicios penitenciarios respectivos, la obligación y responsabilidad de dar a quienes estén cumpliendo una condena o una detención preventiva la adecuada custodia, obligación que se cimienta en el respeto a su vida, salud e integridad física **(2)**, se le suma un amplio elenco de garantías derivadas de las convenciones y tratados que gozan del mismo rango, así como instrumentos específicos de protección que veremos invocados por la jurisprudencia.

Baste anticipar, a tal efecto, el art. XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), que establece que todo individuo tiene derecho a un tratamiento humano durante la privación de su libertad; el art. 5° de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) (Derecho a la Integridad Personal) que prevé: "2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (...) 4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas. 6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados", y también, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP), el art. 10 que dispone: "1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano".

Este fundamento convencional concurre para condenar sistemáticamente al Estado, como responsable de los daños que involucran a personas privadas de su libertad en establecimientos carcelarios o de detención, sujetos a su custodia. Esta responsabilidad opera cual garantía de no sufrir daños, de quienes se encuentren en dicha condición, aún por lesiones entre reclusos o suicidios.

La importancia del fundamento que advertimos también proyecta sus efectos sobre la

(1) SALVATELLI, Ana, "El fundamento convencional de la responsabilidad del Estado. Perspectivas actuales y desafíos a futuro", Revista de Derecho Público, Rubinzal-Culzoni, 2019, p. 265.

(2) Ver CS Fallos 318:2002, "Badín, Rubén y otros c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios", 19/10/1995, que seguidamente reseñaremos.

Ley de Responsabilidad del Estado 26.944 **(3)**, donde estos supuestos serían alcanzados por el art. 3° de responsabilidad por actividad ilegítima, porque por encima de su regulación se encuentran estas garantías convencionales que cualquier juez de cualquier jurisdicción, tenga o no regulación orgánica de la responsabilidad a nivel local, podrá invocar en la protección de la persona dañada.

En lo que sigue vamos a reseñar los casos que permiten vislumbrar el encuadre de aquella fundamentación, pero antes introducimos una breve reflexión sobre lo que creemos se impone, que es no solo atender a la función resarcitoria de la responsabilidad del Estado, como clásicamente venimos estudiando, sino ampliar nuestra mirada hacia otras dos funciones igualmente importantes de dicha responsabilidad, como son la preventiva y la pedagógica o de control.

II. Visión integrada de la responsabilidad estatal. Una aproximación

Creemos que la responsabilidad del Estado, como presupuesto mismo de la vigencia del Estado de Derecho en clave convencional, no agota su función en el resarcimiento de un daño ya acontecido, en el marco de un proceso judicial sustanciado para obtener su reparación. Cierto es que la teoría general de la responsabilidad se ha construido en base a estas soluciones, poniendo luz sobre los requisitos de procedencia, factores de atribución, la dinámica del daño y su prueba, y los alcances de la reparación consecuente **(4)**. Luego llegaría también la regulación orgánica que consagra este mismo esquema de requisitos a verificar para que la responsabilidad proceda, y el alcance de la eventual reparación **(5)**.

Desde una perspectiva de su fundamento convencional, en esta función resarcitoria de la responsabilidad prevalece como criterio rector la valoración *cualitativa* del derecho sobre el que recae el daño. Porque no es lo mismo si este impacta sobre la vida, integridad física o libertad personal de un individuo, o su patrimonio, y a su vez tampoco es igual si esa vida o integridad es de un niño **(6)**, una mujer **(7)**, o una persona privada de su libertad ambulatoria por la autoridad estatal, entre otros, porque estos gozan de una especial protección en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a través de instrumentos específicos que contienen mandatos puntuales para los Estados.

Es importante en estos casos el análisis *cualitativo* **(8)** del derecho dañado (bien jurídico protegido) respecto de la conducta exigida al

(3) En la órbita provincial ver ley 560 (Chubut), ley 3396 (Santa Cruz), ley 8969 (Mendoza), ley 7179 (Santiago del Estero), ley 10004 (La Rioja), ley 5536 (Catamarca), ley 10.636 (Entre Ríos) y ley 6325 (CABA).

(4) La referencia a las obras doctrinarias que han acompañado y profundizado la evolución de la jurisprudencia en la materia es inagotable. Destacamos no obstante, entre muchas otras, CASSAGNE, Juan Carlos, "Las tendencias sobre la responsabilidad del Estado en la jurisprudencia de la Corte", RAP 326, p. 53; Cassagne, Juan Carlos, "La responsabilidad del Estado (balance y perspectivas)", La Ley 18/11/2009; PERRINO, Pablo Esteban, "La responsabilidad extracontractual del Estado en el Derecho Argentino", RAP, 237-9; MERTEHIKIAN, Eduardo, "La responsabilidad pública", Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2001; CAPUTI, Claudia, "Responsabilidad del Estado. Sistematización y síntesis jurisprudencial", RAP, Buenos Aires, 2007, p. 77; BALBÍN, Carlos F., "Tratado de Derecho Administrativo", La Ley, Buenos Aires, 2ª edición actualizada y ampliada, 2015, t. IV.

(5) PERRINO, Pablo, "La responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley N.º 26.944 comentada", La Ley, Buenos Aires, 2016, entre muchos otros.

(6) Ver Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por ley 23.849, entre otros instrumentos específicos de protección.

(7) Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW Adoptada por la Asamblea General de la ONU por Resolución N° 34/180 (18/12/1979) y ratificada por Argentina por ley 23.179 Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer "Convención de Belem do Para", 6/09/1994, ratificada por Argentina por ley 24.632. Desarrollamos estos mandatos de protección y su impacto en la responsabilidad estatal en "Desafíos de la responsabilidad del Estado en materia de daños a mujeres por motivos de género", en AA. VV., "Igualdad y Género", capítulo XIV, Miriam Ivanega (dir.), La Ley, Buenos Aires, 2019, ps. 363 a 378.

(8) Como paralelismo, es interesante siempre recordar el voto de la Jueza Kemelmajer en la causa "Torres, Francisco c. Provincia de Mendoza" (SC Mendoza, 4/4/1989, La Ley 1989-C, 514), que hoy está plasmado en la Ley de Responsabilidad del Estado de la provincia de Mendoza 8968, art. 8°.

Estado, de donde, a mayor interés del primero, mayor protección y consecuente apertura de fuentes y justificación.

Ahora bien, paralelamente a los daños que por haber acontecido caen bajo la función resarcitoria de la responsabilidad estatal, cabe analizar si respecto de esos mismos daños debían desplegarse acciones en concreto para evitarlos. Es que, en el *iter* de la responsabilidad estatal, hay que advertir, antes que la función resarcitoria aparece la "preventiva", conforme la cual se impone analizar si sobre el Estado pesaba un deber de evitación del daño, si existían mandatos expresos de prevención.

Como sabemos, la función preventiva de la responsabilidad fue expresamente incorporada al Cód. Civ. y Com., en los arts. 1710 a 1715, junto con la función resarcitoria, y los alcances de su aplicación a la responsabilidad estatal no cuentan aún con suficiente desarrollo **(9)**.

En este sentido, no debe perderse de vista que el actual derecho de daños se enfoca en la prevención del perjuicio como finalidad primordial, revisando la clásica función resarcitoria —que ya venía consagrada en el Cód. Civil— y que actúa cuando el daño ya se ha producido y tiene por fin que el sindicado como responsable repare el perjuicio, por el contrario, la función preventiva busca actuar con anterioridad a que el perjuicio se produzca, o si ya se produjo, no se agrave **(10)**.

Con todo, lo incorporado al Cód. Civ. y Com. bajo el deber de prevención del daño (art. 1710), es la denominada "Acción preventiva" (art. 1711), que procede frente a cualquier acción u omisión antijurídica apreciada desde un punto de vista objetivo, debiendo ser previsible la producción o el agravamiento del daño sin que sea necesario que exista un daño cierto en la espera jurídica de la víctima, sino que basta la amenaza para que resulte procedente este tipo de tutela, de carácter preventivo **(11)**.

Se podrá advertir que la aplicación de estas disposiciones o su regulación en el ámbito de las leyes de responsabilidad del Estado **(12)** constituye todo un desafío para el estadio actual de esta última, porque ante los mandatos de prevención concretos, expresos, contenidos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la ausencia de regulación a nivel local no puede anteponerse como un valladar para su reconocimiento y garantía.

Así como destacamos el criterio cualitativo de valoración del daño, en el ámbito de la función resarcitoria, creemos que respecto de la función preventiva lo que se impone es un criterio de urgencia. Debemos hacer foco en el derecho más amenazado en una sociedad determinada en un momento dado, que reclama una protección sin demoras a través de una acción positiva estatal y urgente. Ello porque, desde la teoría general de la responsabilidad sabemos, anticipadamente, que el Estado va a ser condenado a resarcir los daños derivados de dicha violación, y pesa sobre él la obligación de prevenirlos, bajo los mismos fundamentos convencionales por los que luego responde.

Para ejemplificar el razonamiento que seguimos, podemos señalar como cuestiones urgentes, en la actualidad, los femicidios y su alarmante estadística, y dentro de este universo, los protagonizados por agentes policiales; el COVID-19 y los efectos concretos sobre poblaciones de riesgo bajo los parámetros de la Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1/20 (9/4/2020). También esta misma alerta podría vincularse, años atrás, con los accidentes en rutas por la presencia de anima-

(9) Ver TAWIL, Guido, "Exigibilidad frente al Estado del deber de prevención del daño", La Ley 2015-F, 482 (AR/DOC/3280/2015); SAAVEDRA BECERRA, Ramiro, "La Responsabilidad extracontractual de la Administración Pública", editorial Ibáñez, Bogotá, 2008, 5ª reimpresión, p. 187.

(10) HERRERA, Marisa; CARAMELO, Gustavo; PICASSO, Sebastián (dir.), "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, t. IV, Libro III, p. 408.

(11) HERRERA, Marisa, ob. cit., p. 413 y ss.

(12) Destaca en este sentido el proyecto de la Legisladora Lucía Cámpora (CABA) que propuso la introducción de una acción preventiva en la LRE de esa jurisdicción (ley 6325), frente a supuestos que involucren derechos humanos, especialmente relacionados a la salud, educación, no discriminación, ambiente, hábitat y prevención de la violencia por razones de género, frente a reclamos o denuncias previas no satisfechas (arts. 3° y 4°).

les sueltos [casos "Ruiz" **(13)**, "Colavita" **(14)**, entre muchos otros], y la discusión acerca de si la obligación estatal de prevención era de vigilancia efectiva en las rutas o colocación de carteles indicadores; o la violencia generada en los espectáculos deportivos [casos "Zacarías" **(15)**, "Mosca" **(16)** y "Migoya" **(17)**], que derivara en la prohibición de la presencia de público visitante como modo disuasorio.

Desde esta perspectiva, cabe admitir que la responsabilidad sirve junto con otros instrumentos para tratar de evitar los daños causados por el poder público y sus agentes, a través del indudable incentivo que la eventualidad de tener que satisfacer una indemnización representa. El correcto y completo despliegue de esta función preventiva exige que la responsabilidad (y el estímulo que representa) alcance no solo a la Administración, como organización sino también a las concretas personas físicas que la integran y actúan a su servicio **(18)**.

Finalmente, en ese mismo *iter* de la responsabilidad estatal aparece una última función, que es la del aprendizaje, es decir, lo que nos enseña la realidad de los daños por los que el Estado fue condenado, como forma de control o diseño de sus propias políticas públicas, corrigiendo aquello que no hizo, o hizo mal, o tarde.

En efecto, también la responsabilidad del Estado desenvuelve una función pedagógica **(19)** y de control **(20)** del poder y del buen funcionamiento de los servicios públicos, en la medida en que también la eficacia depende en parte de los sistemas de control. Es un principio de orden a la vez que juega un papel pedagógico adicional porque supone que la Administración aprende, a través de ella, como debe actuar en el futuro para evitar condenas.

Respecto de esta función postulamos como criterio de análisis el diferenciar lo micro y lo macro, esto es, podemos encontrar un caso aislado de responsabilidad estatal que admite una solución particularizada y no tiene entidad para trasladarse en sus efectos a una política pública determinada (micro), o advertir que ese mismo caso se reproduce por decenas, hasta formar una familia de casos, lo que demuestra un patrón de actuación lesivo o dañoso por parte del Estado, aunque no sea ilegítimo (macro). Si sucede esto último, la función pedagógica de la responsabilidad reclama que el Estado revierta aquello que está fallando, como forma de evitar el mismo tipo de daño, y consecuentemente, los alcances de su propia responsabilidad a futuro.

---

(13) CS Fallos 312:2138.

(14) CS Fallos 323:318.

(15) CS Fallos 321:1124.

(16) CS Fallos 330:563.

(17) CS Fallos 334:1821. En este caso la Corte Suprema hizo hincapié en que "...la ocurrencia de daños en los encuentros deportivos —más en los partidos de fútbol— era una lamentable realidad que se registraba cotidianamente, por lo que debían tenerse en cuenta sus especiales condiciones y el riesgo que implicaba concentrar a una multitud enfrentada por parcialidades y entregada a emociones muchas veces violentas". Recordó también que el incremento de la peligrosidad de los eventos deportivos —especialmente los de concurrencia masiva con la problemática anexa de la intervención de fanáticos, "hinchas" y "barras bravas"— había merecido la atención del Congreso, que por ello había sancionado una legislación específica tendiente a evitar la reiteración de hechos que afectan a los concurrentes a los estadios y, a veces, a personas totalmente ajenas al desarrollo del espectáculo mismo. Vemos aquí como tanto la función "preventiva" de la responsabilidad, como luego veremos, la pedagógica, son las que activan una política concreta para evitar la reiteración de los daños. Con dicho alcance, podríamos encuadrar la prohibición que rige desde mediados del año 2013, de asistencia de público visitante a los partidos de fútbol, por lo que estos últimos se juegan sólo ante la parcialidad local. En la división ascenso, esta prohibición existía desde el año 2007.

(18) SEIJAS, Gabriela, "Responsabilidad del Estado en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires. Deslinde jurisdiccional. Carácter iusublicístico de la materia", La Ley 2003-F, 284, AR/DOC/10946/2003.

(19) Seguimos en ello a REBOLLO, Martín L., "Los Fundamentos de la Responsabilidad del Estado", AA. VV., Responsabilidad del Estado y del funcionario público. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, junio 2000, ediciones Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, p. 15.

(20) Porque permite exigir al Estado el cumplimiento de sus obligaciones con mayor estrictez, según el orden jurídico y las demandas sociales (BALBÍN, Carlos, ob. cit., t. IV, p. 303). Ver también Sammartino, Patricio M. "Responsabilidad del Estado: características generales del sistema legal vigente", en AA. VV., Responsabilidad del Estado. Aportes doctrinarios para el estudio sistemático de la ley 26.944, Infojus, 2015, p. 179.

Valga esta introducción de una visión integrada de la responsabilidad estatal, que articula sus funciones con los criterios rectores que orientan cada una de ellas: función preventiva-criterio de urgencia; función resarcitoria-criterio cualitativo; función pedagógica-criterio micro o macro, y así, aquella aparece como una rueda que se va retroalimentando y que bajo los mandatos que impone el Estado de Derecho en clave convencional, debe ser virtuosa.

No podemos perder de vista que todo el sistema de responsabilidad estatal debe apuntar a mejorar en forma continua el piso común de protección del principio de dignidad humana, que es un fundamento último y que implica no solo no dañar sino también brindar garantías de no repetición **(21)** de los daños que el Estado haya ocasionado o no haya podido evitar.

Bajo estas premisas, analizaremos la jurisprudencia de responsabilidad estatal derivada de daños en cárceles y lugares de detención que, como veremos, constituye una oportunidad para la aplicación en concreto de la visión integrada que postulamos.

III. Daños en cárceles. Análisis jurisprudencial

III.1. El caso "Badín" **(22)**

Este precedente es de cita obligada en la materia. Se trata de un padre que persigue la responsabilidad del Estado por la muerte de su hijo, de 29 años de edad, en el penal de Olmos, como consecuencia de un incendio cuyas causas no se encontraban esclarecidas al momento de iniciar la demanda, en el que perdieron la vida 35 reclusos.

Sostuvo el actor que cualesquiera que hubiesen sido las causas, la responsabilidad del Estado resultaba evidente, entre otros fundamentos, por los principios que deben regir los establecimientos carcelarios en los sistemas democráticos, que se manifiestan en normas dictadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas y, más específicamente, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica, ratificada por nuestro país el 01/03/1984, de conformidad con los cuales el Estado debía responder en forma objetiva por la seguridad de aquellas personas privadas de su libertad alojadas en los establecimientos carcelarios.

Por su parte, la demandada negó la relación de causalidad a su respecto porque atribuyó el incendio a la conducta de los internos, invocando así el eximente del entonces art. 513 del Cód. Civil **(23)**, y negó la aplicación al caso de la CADH, por calificar a sus normas de "declaraciones pragmáticas".

La CS comienza por recordar lo que señalamos más arriba, en cuanto a la hermenéutica del art. 18 de la CN y señala que dicha disposición "reconoce una honrosa tradición en nuestro país ya que figura en términos más o menos parecidos en las propuestas constitucionales de los años 1819 y 1824 a más de integrar los principios cardinales que inspiran los primeros intentos legislativos desarrollados por los gobiernos patrios en relación a los derechos humanos", y con total contundencia afirma: "Aunque la realidad se empeña muchas veces en desmentirlo, cabe destacar que la cláusula tiene contenido operativo".

Luego formula un minucioso análisis de los antecedentes de la causa, que evidencian la omisión, por parte del Estado, de sus deberes primarios y constituyen una irregular prestación

(21) Principio extraído del art. 30 del proyecto de artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, adoptado por la CDI en su 53º período de sesiones (A/56/10) y anexado por la AG en su res. 56/83, de 12/12/2001.

(22) CS Fallos 318:2002 "Badín, Rubén y otros c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios", 19/10/1995. Sigue esta jurisprudencia el caso "Gothelf, Clara Marta c/ Santa Fe, Provincia de s/ daños y perjuicios", 10/4/2003 (Fallos 326:1269) en el que un interno de la Unidad Carcelaria de Coronda N° 1, de la Provincia de Santa Fe, es apuñalado por sus compañeros en una celda, lo que da lugar al reclamo de responsabilidad de su viuda e hijos menores de edad.

(23) En posición similar y descartando la configuración de una falta de servicio de la que resulta una extensión ilimitada de la responsabilidad del Estado por omisión, ver por ejemplo Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Santa Fe, sala I, "Rojas, Estela Viviana c/Provincia de Santa Fe s/indemnización de daños y perjuicios", 20/11/2013 (La Ley 2014-C, 491) y sus citas, comentado por GAUNA, Juan Octavio (h.), "Responsabilidad del Estado por la muerte de menores en una unidad de detención", LA LEY 2014-C, 491 (AR/DOC/1696/2014).

del servicio a cargo de la autoridad penitenciaria que lejos está de justificar la pretensión eximente invocada por la demandada, aun cuando se admitiere la participación de los internos en la producción del siniestro, que constituye una eventualidad previsible en el régimen del penal que habría podido evitarse.

Se describen con rigor las graves insuficiencias de la unidad, que albergaba para entonces aproximadamente 3000 internos, excediendo notoriamente su capacidad, calculada en 1000; la precariedad de las instalaciones eléctricas; el uso tolerado de calentadores que se utilizaban para cocinar ante la falta de suministro adecuado de alimentos; la carencia de elementos extintores y elementos contra incendio; un edificio obsoleto; evidencias de corrupción e irregularidades administrativas, denunciadas por los detenidos y sus familiares, así como por dependientes del Servicio Penitenciario provincial, a resultas de lo cual el Tribunal señala que si el Estado no puede garantizar la vida de los internos ni evitar las irregularidades que surgen de la causa, de nada sirven las políticas preventivas del delito ni menos aun las que persiguen la reinserción social de los detenidos, sino todo lo contrario, contribuyen a una degradación funcional de sus obligaciones primarias.

Y es como consecuencia de ello que entiende comprometida la responsabilidad estatal, para lo que invoca, expresamente, el art. 5°, inc. 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y admite el reclamo por daño moral, atendiendo a las trágicas condiciones en que se produjo la muerte de los internos confiados al servicio de custodia del sistema penitenciario y la dolorosa repercusión espiritual que suscitó **(24)**.

III.2. El estándar de garantías para el tratamiento de los reclusos

Se impone aquí un breve paréntesis en la reseña de casos para destacar, en el año 2005, el dictado del fallo "Verbitsky" **(25)**, que vino a definir los estándares de lo debido, en términos convencionales, por el Estado, para garantizar la seguridad de los internos y evitar así los daños que coadyuvan a su responsabilidad.

Si reparamos en la función preventiva de esta última, descripta más arriba, advertiremos que este fallo de la CS anticipa aquellas obligaciones que, por ser exigibles al Estado, con fundamento constitucional y convencional, coadyuvarán a su responsabilidad por omisión en la medida que sean incumplidas por este.

El caso trata de una acción de habeas corpus colectivo incoado por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), en amparo de todas las personas privadas de su libertad en jurisdicción de la provincia de Buenos Aires, detenidas en establecimientos policiales superpoblados, y de todas aquellas detenidas en tales lugares, pese a que legal y constitucionalmente su alojamiento debería desarrollarse en centros de detención especializados.

Lo que hace la CS, tras advertir que no puede resolver todas las cuestiones particulares y el número de casos y variables posibles, es instruir a la Suprema Corte provincial y a los demás tribunales de la provincia de Buenos Aires para que en sus respectivas competencias extremen la vigilancia para el adecuado cumplimiento de las Reglas Mínimas y de las normas que nacional e internacionalmente imponen el tratamiento digno de toda persona privada de libertad y, en especial, en lo que hace a la tutela de la vida humana y la integridad física de los presos, del personal y de terceros. Refiere al efecto que "...después de la reforma de 1994, con jerarquía constitucional, la Nación está obligada por tratados internacionales de vigencia interna y operativos, que fortalecen la línea siempre seguida por la legislación nacional en materia de cárceles: art. XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 5°, inc. 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", y también, "...que las Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos de las Naciones Unidas —si bien carecen de la

(24) Respecto de los alcances del resarcimiento ver los comentarios al fallo de Bustamante Alsina, Jorge, "Responsabilidad del Estado por la muerte de internos en una cárcel al incendiarse ésta", La Ley 1996-C, 584 (cita online AR/DOC/5427/2001) y PIZARRO, Ramón D., "Daños sufridos por internos en establecimientos penitenciarios (Algunas reflexiones en torno a un trascendente fallo de la Corte Suprema" (Cita Online: 0003/001538).

(25) CS, Fallos 328:1146 "Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus", 3/5/2005.

misma jerarquía que los tratados incorporados al bloque de constitucionalidad federal— se han convertido, por vía del art. 18 de la CN, en el estándar internacional respecto de personas privadas de libertad, por lo que no cabe duda de que hay un marco normativo, no solo nacional sino también internacional (...)".

Suma a ello el caso particular de adolescentes y enfermos en comisarías o establecimientos policiales, que con certeza importa la flagrante violación a los principios generales de las Reglas Mínimas citadas y muy probablemente innegables casos de trato cruel, inhumano o degradante, por lo que dispone, sin dilación, que en un plazo perentorio, la SCBA, por las vías procedentes, haga cesar esas situaciones.

En esta misma línea destaca el fallo "Méndez" **(26)**, vinculado a un planteo de inconstitucionalidad de la ley 24.660, de ejecución de la pena privativa de la libertad, en el que se recuerda que "...el Comité de Derechos Humanos, al resolver el caso 'Womah Mukong c. Camerún', sostuvo de manera concluyente y de acuerdo con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos **(27)**, por un lado, que es 'obligación' del Estado respecto de todo recluso la observancia de ciertas reglas mínimas (habitación, instalaciones sanitarias, nutrición, salud) y, por el otro, que dicha obligación debe cumplirse 'siempre, aunque consideraciones económicas o presupuestarias puedan hacer[lo] difícil' y 'cualquiera que sea el nivel de desarrollo del Estado parte de que se trate' (...). Con ello, por lo pronto, reiteró los lineamientos de su Observación General n° 21. Trato humano de las personas privadas de libertad (art. 10), de 1992, con arreglo a los cuales, así como el art. 10.1 del mencionado pacto impone a los Estados Partes una 'obligación positiva' en favor de las personas especialmente vulnerables por su condición de personas privadas de libertad, así también tratar a estas con humanidad y respeto de su dignidad 'es una norma fundamental de aplicación universal. Por ello, tal norma, como mínimo, no puede depender de los recursos materiales disponibles en el Estado Parte (...)'".

Señala la Corte Suprema que esas Reglas Mínimas, además de lo tratado en el precedente "Verbitsky", ya citado, fueron aplicadas por el Comité contra la Tortura, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos **(28)**, y por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que las ha entendido como referencias adecuadas de las normas internacionales mínimas para el trato humano de los reclusos, en materia, p. ej., de alojamiento, higiene y tratamiento médico **(29)**.

Agrega a ello que a partir de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, todo individuo "tiene derecho a un tratamiento humano durante la privación de su libertad" (art. XXV), y que en otro orden, si bien la Convención Europea de Derechos Humanos no contiene norma alguna sobre las condiciones de reclusión, ello no le ha impedido a la Corte Europea de Derechos Humanos juzgar, mediante una interpretación constructiva, que el art. 3° de aquella "impone" al Estado el "aseguramiento" de que dichas condiciones resulten compatibles con el respeto de la dignidad humana **(30)**.

Por todo esto es que concluye el Tribunal, en la "relación e interacción especial de sujeción" que se establece entre el interno y el Estado, "este último debe asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquellos cuya restricción no deriva necesariamente

(26) CS, Fallos 334:1216 "Méndez, Daniel Roberto s/ recurso de casación", 1/11/2011.

(27) Son también invocadas por el Tribunal Superior de la Provincia de Córdoba en "A., R. R. y otros s homicidio culposo s/recurso de casación", 17/5/2006, AR/JUR/57577/2016.

(28) Cita del decisorio: "Yvon Neptune vs. Haití, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 06/05/2008, Serie C nº 180, párr. 144".

(29) Cita del decisorio: "Informe n° 127/01, caso 12.183, Joseph Thomas — Jamaica, 02/12/2001, párr. 133, entre otros".

(30) Cita del decisorio: "Kudla c. Pologne, sentencia del 26/10/2000, Recueil 2000- XI, párr. 94, 5°".

de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible" **(31)**.

Finaliza señalando que el ingreso a una prisión no despoja al hombre de la protección de las leyes y, en primer lugar, de la CN, y que la dignidad humana implica que las personas penalmente condenadas son titulares de todos los derechos constitucionales, salvo las libertades que hayan sido constitucionalmente restringidas por procedimientos que satisfagan todos los requerimientos del debido proceso. Justamente en la Declaración de Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos se estableció como regla elemental que el ser humano no pierde su dignidad por estar privado de su libertad; es que con excepción de aquellas limitaciones que sean evidentemente necesarias por el hecho del encarcelamiento, todos ellos, sin distinción alguna, siguen gozando de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos en los documentos de protección nacional e internacional de los derechos humanos.

III.3. La jurisprudencia posterior

Bajo el marco descripto en el punto anterior, que permite configurar los deberes estatales con relación a las personas privadas de su libertad, bajo las normas y principios convencionales que resultan de aplicación, es que vamos a detenernos ahora en algunos casos fallados por la CS con posterioridad.

En primero es el caso "Gatica" **(32)**, en el que la actora, madre de un joven de 20 años de edad que cumplía una condena en la Unidad N° 30 General Alvear, dependiente del Servicio Penitenciario de la provincia de Buenos Aires, reclamó los daños derivados de su muerte tras una lesión con arma blanca ocurrida entre los internos del penal y la defectuosa atención médica que recibió después su hijo en hospitales dependientes de aquel.

Cuando contesta la demanda, la provincia de Buenos Aires afirma la inexistencia de una falta de servicio o de prestación irregular, ya que la intervención de los funcionarios dependientes del Servicio Penitenciario habría sido diligente y de acuerdo con las reglas propias de este y que la víctima provocó la riña y tuvo una participación activa en ella utilizando una faca para herir a otro interno, con lo que tuvo entidad suficiente para cortar el nexo causal.

Tras analizar las pruebas rendidas en la causa, de las que surgía que las heridas ocasionadas en la reyerta guardaban un nexo adecuado de causalidad con la muerte, la CS recuerda la doctrina sentada en "Badín", respecto a los alcances del postulado que emana del art. 18 de la CN.

Se extiende luego en el concepto mismo de falta de servicio y a fin de esclarecer si el Estado provincial ha incurrido en negligencia o incumplimiento irregular de su función en la realización de las obligaciones que le habían sido impuestas, cita la jurisprudencia de la Corte IDH, en cuanto sostuvo que "quien sea detenido tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal, y que es el Estado el que se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. De este modo, se produce una relación o interacción especial de sujeción entre la persona privada de su libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas, que son esenciales para el desarrollo de una vida *digna*" **(33)**.

Recuerda también su propia doctrina sentada en "Verbitsky", en cuanto al derecho de integridad personal, donde había señalado que "es de tal importancia que la Convención Americana lo protege particularmente al establecer, *inter*

(31) Cita del decisorio: "CIDH, Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 02/09/2004, Serie C nº 112, párr. 153".

(32) CS, Fallos 332:2842, "Gatica, Susana Mercedes c/Buenos Aires, Provincia de s/daños y perjuicios", 22/12/2009.

(33) Citado en "Verbitsky", al que el fallo se remite.

alia, la prohibición de tortura, los tratos crueles, inhumanos y degradantes y la imposibilidad de suspenderlo durante estados de emergencia. Agregó que el derecho a la integridad personal no solo implica que el Estado debe respetarlo (obligación negativa) sino que, además, requiere que el Estado adopte todas las medidas apropiadas para garantizarlo (obligación positiva), en cumplimiento de su deber general establecido en el art. 1.1. de la Convención Americana".

Bajo este fundamento convencional, la CS se detiene en las obligaciones derivadas del art. 2° del dec.-ley provincial 9079/78 que pone en cabeza del Servicio Penitenciario, como misión, la custodia y guardia de los procesados; el art. 3°, inc. a), que manda a velar por la seguridad y custodia de las personas que se encuentren en establecimientos de su dependencia, procurando que el régimen carcelario contribuya a preservar y/o mejorar sus condiciones morales, educación y salud. Suma a ello que dicho servicio importa la obligación de evitar que los internos tengan a su alcance elementos de evidente peligrosidad, con cita del art. 45, punto 1 de la ley 12.256.

Concluye así que en el caso resulta comprometida la responsabilidad de la provincia de Buenos Aires, porque en la causa se acreditó que el Servicio Penitenciario que le depende incumplió sus deberes primarios, lo que constituye una irregular ejecución del servicio y desestimó, consecuentemente, la pretensión eximen de la demandada porque, aun admitida la participación de la víctima en el hecho, se trataba de una eventualidad previsible en el régimen del penal, que pudo evitarse si la autoridad penitenciaria hubiera cumplido adecuadamente sus funciones.

En lo que respecta al alcance de la indemnización, admite la procedencia del daño moral, pues la lesión a los sentimientos afectivos se intensifica en el caso, si se repara en la entidad y duración de los padecimientos que precedieron a la muerte del hijo de la actora, cuando se encontraba confiado al servicio de custodia del sistema penitenciario.

Sigue entre los precedentes el caso "Sosa" **(34)**, en el que se había rechazado la demanda impulsada por la actora por el suicidio de su hijo mientras residía como interno en un establecimiento del Servicio Penitenciario Federal (SPF).

En efecto, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala III) entendió, a partir de las pruebas aportadas en la causa, que el Servicio Penitenciario Federal había arbitrado los medios necesarios para tratar el padecimiento psicológico de que adolecía el hijo de la actora y que no podía imputársele un acto voluntario como era el suicidio de uno de sus internos. Concluyó que los agentes penitenciarios responsables del control del pabellón en el que el joven se ahorcó con una sábana no habían omitido cumplir los deberes legales a su cargo, impuestos por la ley 20.416.

Contrariamente a ello, la CS, en remisión al dictamen de la Procuradora Fiscal, hace lugar a la queja y revoca el decisorio de la instancia anterior.

Comienza por señalar que hay una falta de servicio que compromete la responsabilidad estatal por omisión de los mandatos expresados en aquella norma, que establece que el Servicio Penitenciario Federal tiene el deber de cuidado, custodia y guarda de los detenidos, al tiempo que determina la obligación de contribuir a preservar y mejorar la salud física y psíquica de los detenidos, con cita de los arts. 1° y 5°, los que transcribe y destaca.

Bajo ese marco, examina la prueba rendida por la actora, de la que resulta que: a) durante el tiempo que su hijo estuvo detenido —y un año antes del suceso que motiva la demanda— aquel ya había intentado suicidarse con una sábana; b) la autopsia da cuenta de lesiones en rostro y abdomen de entre 2 a 5 días atrás; c) el joven había solicitado en reiteradas ocasiones su traslado porque tenía problemas de convivencia con otros detenidos y sufría de malos tratos, lesio-

(34) CS, "Sosa, Nimia Jorgelina c/Estado nacional s/ daños y perjuicios", 04/06/2013 (S. 536. XLIV. RHE), que luego sería recogido en la sentencia de la CCAF, Sala V, 28/11/2013. Ver con alcance similar "Perea de Romero, Gladys y otros c/Provincia de Córdoba y otro s/recurso de revisión" (P. 1173. XLIII. RHE), 4/6/2013.

nes, amenazas por parte del personal del servicio penitenciario; d) se le había diagnosticado una psicopatología que exigía seguimiento, y e) los días previos había estado deprimido, no comía ni salía de su celda, según los testigos. Por eso entiende el dictamen que la Cámara omitió indagar, con la profundidad que el caso imponía, la totalidad de los elementos de prueba.

Concluye así recordando que la "...privación de libertad, al título que fuese, tiene un efecto aflictivo y deteriorante para toda persona institucionalizada, que en cierta medida es imposible eliminar por ser inherente a su situación, pero que de ningún modo puede tolerarse que se agrave indebidamente", y cita a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para recordar que "quien sea detenido tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal" y es él "quien se encuentra en una situación especial de garante de ellas pues son las autoridades las que ejercen un fuerte control y dominio sobre las personas que están sujetas a su custodia".

Agrega a ello, con cita del fallo "Verbitsky" que, en particular, en cuanto al derecho a la integridad personal, que el Estado no solo asume el deber de respetarlo (obligación negativa), sino que, además, requiere que él adopte todas las medidas apropiadas para garantizarlo (obligación positiva) en cumplimiento del deber general establecido en el art. 1.1. de la CADH.

Cita finalmente el precedente "Badín" en cuanto a los alcances del postulado del art. 18, CN.

Un último caso es "H., M. A." **(35)**, del mes de octubre de 2018, que falló la CS con importantes disidencias **(36)**.

Se trata de una demanda de los padres de un joven que se suicidó en el Complejo Penitenciario Federal de Ezeiza, que fue rechazada por la Sala IV de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, en el entendimiento de que no se había configurado una falta de servicio. Para ello la Cámara ponderó, respecto de las obligaciones de servicio y sobre la base de que se trataba de un acto voluntario (suicidio), de un lado, que el recluso había sido sometido a evaluación médica al ingresar al complejo sin arrojar resultados psicológicos negativos, siendo que estuvo tan solo allí trece días, y del otro, que se habían cumplido las diligencias de vigilancia, por lo que concluyó que la responsabilidad estatal en estos casos solo resultaría procedente si se hubiera comprobado que el recluso requería tratamiento psicológico, había tenido intentos anteriores de suicido o había solicitado traslado de pabellón, entre otras circunstancias fácticas.

Dicha decisión es revocada en remisión a los fundamentos del dictamen del Procurador Fiscal con los votos de los jueces Maqueda, Lorenzetti y Rosatti.

En lo que aquí importa, además de citar los precedentes ya reseñados "Badín" y "Sosa", destacó las obligaciones derivadas de los arts. 5°, inc. a), 16 y 85 de la ley 20.416. También las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos **(37)**, que establece estándares de atención médica dentro de las cárceles y la res. 1/08 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que consagra los "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas", que como señalamos más arriba, contiene el estándar de lo debido y exigible al Estado en la materia.

(35) CS, Fallos 341:1414, "H., M. A. y otro c/EN-Servicio Penitenciario Federal s/daños y perjuicios", 30/10/2018.

(36) Los Jueces Highton y Rosenkrantz votaron por la inadmisibilidad del recurso extraordinario en los términos del art. 280 Cód. Proc. Civ. y Com.

(37) Adoptadas en el Primer Congreso de la ONU sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, que tuvo lugar en Ginebra en 1955 y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) del 31/7/1957 y 2076 (LXII) del 13/5/1977. Ver también CNFed. Cont. Adm., Sala III, "Zalenski, Carmen M. c/EN-M° Justicia —SPF y Otro s/daños y perjuicios", Causa 31367/2011, en el que se invocaron estas reglas para condenar la responsabilidad estatal por la omisión de las medidas de seguridad y vigilancia de visitas carcelarias, que habrían impedido que la hija de la actora fuera asesinada mediante estrangulamiento por su concubino interno, ante la hija de ambos, de cuarenta y cinco días de vida.

Con este marco jurídico puso de resalto que del examen médico realizado al hijo de los actores surgía que el joven presentaba cicatrices en el antebrazo y que era adicto a la pasta base de cocaína, que eran lesiones que se había inferido a sí mismo, por lo que la Cámara había omitido ponderar si aquel examen había sido adecuado a fin de cumplir con los mandatos impuestos en los términos del art. 5°, inc. a) de la normativa mencionada, en especial, si los signos de autolesión no debieron haber conducido a un examen psicológico que habría posibilitado determinar si era necesario brindarle tratamientos médicos o de otra índole. Contrariamente a ello, surgía de la prueba que se le había aplicado una sanción de aislamiento por ocho días, al día siguiente al ingreso a prisión, siendo que su deceso tuvo lugar pocos días después de cumplida esa medida disciplinaria.

En suma, sostiene el dictamen al que remitió la CS, "...la decisión apelada omitió considerar acabadamente si el trato médico y disciplinario proferido al joven de diecinueve años que ingresaba por primera vez a un complejo penitenciario para adultos y presentaba indicadores de trastornos psicológicos y problemas de adicción a sustancias psicoactivas, importó un incumplimiento del deber de custodia adecuada del Estado que contribuyó o permitió su muerte".

IV. Reflexión final

El Estado responde *siempre* por los daños sufridos por personas privadas de su libertad en establecimientos de detención, cualquiera sea el tipo o condición del establecimiento, y cualquiera sea el hecho que da origen al daño, sea una acción estatal, una disputa interna entre personas detenidas y/o la muerte por suicidio, ya que en estos últimos supuestos su responsabilidad se verifica por la omisión de sus deberes legales y convencionales de custodia y seguridad.

Un posible encuadre teórico de este deber de garantía del Estado para con los reclusos, puede encontrarse en las "relaciones de especial sujeción" **(38)**, que en el caso concurren para justificar que aquel asume una serie de responsabilidades específicas y debe tomar las iniciativas consecuentes para garantizar las condiciones necesarias de vida digna de los internos y contribuir al goce efectivo de sus derechos, cuya única limitante es la derivada de la privación de libertad y no otra. Esta concepción es de la propia Corte IDH, como citamos en el caso "Méndez".

Fuera de ese marco, un gran elenco de disposiciones de distinta jerarquía concurre y conforma el marco jurídico de protección específico, siendo su contracara las conductas exigibles al Estado, que por lo mismo, de ser incumplidas, lo hacen responsable. A saber: a) ley 20.416 a nivel nacional y sus equivalentes en las distintas provincias; b) art. 18 de la CN; c) art. XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; d) art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; e) art. 5°, inc. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; f) los "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas" (res. 1/08 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos) **(39)**; g) la Declaración de Principios Básicos para el

(38) "...El Estado se encuentra en una posición especial de garante frente a las personas privadas de libertad, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna..." (ver CIDH, "Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela", sentencia del 05/07/2006) citado por Llera, Carlos E., "El concepto de "relación especial de sujeción" y los delitos de infracción de deber en el ámbito penitenciario", La Ley DPyC 2012 (febrero), 01/02/2012, 153, AR/DOC/6721/2011. Destacamos que esta relación de especial sujeción extiende sus efectos más allá del límite del establecimiento de detención, si el daño se ocasiona en condición de "fuga" de un recluso (ver por ejemplo Juzgado 1ra Instancia en lo Civil y Comercial N° 2 de Concordia, provincia de Entre Ríos, "F., B. A. c/Superior Gobierno de la Provincia de Entra Ríos s/ordinario", AR/JUR/39167/2017).

(39) http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp

Tratamiento de los Reclusos **(40)**, y h) las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos **(41)**, más la jurisprudencia internacional ya citada.

Es en este contexto que quisimos destacar, el caso "Verbitsky" muestra cual mosaico todo lo que está mal gestionado en un servicio penitenciario determinado, y anticipa, como una crónica anunciada, los alcances de la responsabilidad del Estado por cada daño ocasionado en dicho contexto.

Por eso insistimos con la necesidad de pensar integradamente a la responsabilidad estatal, no solo desde su visión resarcitoria, que arriba apuntamos con los fallos "Badín", "Gatica", "Sosa" y "H., M. A." para esta familia en concreto, sino con la necesidad de prevenir (función preventiva) y aprender (función pedagógica o de control), para evitar la repetición de esos mismos daños.

(40) https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/BasicPrinciplesTreatmentOfPrisoners.aspx

(41) https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/TreatmentOfPrisoners.aspx

La Ley de Responsabilidad del Estado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Carlos Marcelo Lamoglia

Sumario: I. Los fundamentos de la regulación de la responsabilidad extracontractual estatal en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.— II. Principales aspectos regulados en la ley y su comparación con la normativa nacional y leyes provinciales.— III. Apreciaciones sobre la ley en comentario.

I. Los fundamentos de la regulación de la responsabilidad extracontractual estatal en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Recientemente la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante la "Ciudad") sancionó la ley 6325 **(1)** con el fin de regular en su ámbito lo atinente a la responsabilidad extracontractual del Estado por su acción u omisión. La norma forma parte de los cuerpos normativos que, luego de sancionada la ley 26.944 **(2)**, comenzaron a dictarse en el ámbito provincial conformando así los ordenamientos jurídicos específicos en cada Estado provincial **(3)**.

Tal como lo hemos indicado, siguiendo a destacada doctrina en la materia, el reconocimiento de la responsabilidad estatal es un instituto del derecho público, imprescindible para la consolidación del Estado de derecho. En Argentina, desde principios del siglo XX, se comenzó a avizorar como un límite puntual al actuar ilegítimo del Estado, para luego extenderse —con similar consecuencia— a los daños ocasionados por las actividades estatales legítimas. La labor de los tribunales judiciales —en especial la Corte Suprema de Justicia Nacional (CS)— contribuyó a su afianzamiento. En dicho recorrido se reconoció también la obligación de indemnizar cuando el daño poseía como causa o fundamento la inactividad de un órgano estatal.

De tal forma llegamos a este siglo con un Estado responsable, en las distintas dimensiones que se presenta ante las personas —Poder Ejecutivo, Poder Judicial y Poder Legislativo, como también las administraciones descentralizadas— y, si bien es cierto que en algunos supuestos se dificulta su condena o la materialización en tiempo y forma de sus efectos, la regla es la demandabilidad y la responsabilidad estatal. La posibilidad cierta de peticionar y demandar al Estado son verdaderas garantías que los orde-

(1) BO. del 16/9/2020

(2) BO. del 8/08/2014

(3) Se puede citar Mendoza (Ley 8968 BO. del 11/5/2017, que regula de manera particular el régimen legal), Santa Cruz (Ley 3396, BO. del 27/11/2014, que adhiere a la ley 26.944, con una redacción especial en lo relativo a la responsabilidad del Estado por los servicios públicos concesionados), Chubut (Ley I- 560, BO. del 23/7/2015 que plasma el articulado de la ley nacional), Entre Ríos (Ley 10.636 BO. del 23/11/2018, que legisla de manera particular el sistema de responsabilidad estatal); Río Negro (Ley 5339, promulgada por decreto 1753 del 15/12/18, que con particularidades sigue los lineamientos de la ley nacional); La Rioja (Ley 10.004, BO. 5/9/17, que el art. 11 adhiere a la ley 26.944); Catamarca (Ley 5536 BO. 6/7/18, en la cual se realiza una adhesión a la ley nacional), Santiago del Estero (Ley 7179. BO. del 17/9/15, adhiere al régimen previsto en la ley nacional, con la particularidad que los jueces del fuero civil y comercial entenderán, de manera provisoria, en las contiendas referidas a tal materia. Creado el fuero contencioso administrativo será competencia de dicho fuero). A lo largo del presente trabajo iremos puntualizando algunos aspectos de estas normas.

namientos jurídicos —con base constitucional y convencional— reconocen a todas las personas, así como también el reconocimiento patrimonial en los supuestos en los que el Estado daña.

Sobre los lineamientos que acabamos de sintetizar, entendemos, debe analizarse un régimen normativo que busque —como la ley de la Ciudad— regular la responsabilidad extracontractual estatal. Ello sin dejar de recordar que, en la discusión y sanción del Cód. Civ. y Com. **(4)** y de la ley nacional de responsabilidad del Estado 26.944 **(5)**, se regresó sobre aspectos que siempre estuvieron latentes en la temática. Así la doctrina mantuvo las diferencias sobre cuales normas debían ser las apropiadas para regular la responsabilidad estatal, esto es las del derecho privado **(6)** o, por el contrario, al representar un instituto jurídico propio del derecho público **(7)** las reglas y principios debían originarse en dicho ámbito, más concretamente en el derecho administrativo.

Y, en este nivel de discusión, igualmente existieron contraposiciones en la doctrina tendientes a delimitar si la cuestión correspondía que fuera regulada por una ley de carácter nacional —sobre la base de lo dispuesto en art. 75, inc. 12 de la CN— y por ello el único legitimado para abordar la tarea era el Congreso de la Nación **(8)** con el fin de lograr un régimen unificado sobre

(4) Ley 26.994, BO. del 8/10/2014

(5) La ley, se indica, "fue dictada por el Congreso nacional en su condición de legislador federal, y no con arreglo a la facultad del art. 75, inc. 12 de la CN, razón por la que no integra el denominado derecho común nacional de aplicación uniforme en todo el país, respecto del cual las provincias tienen vedado legislar...", PERRINO, Pablo en "La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944. Comentada", Ed. La Ley, Bs. As, 2015, p. 38.

(6) Tal como lo ha sostenido Jorge Mosset Iturraspe, "no es exagerado sostener que los civilistas, cultores de esta especialidad, ha sido, casi en su totalidad, partidarios de aplicar la normativa del Código Civil. Sin admitir, al menos como regla, que el Estado deba merecer "un trato especial", una consideración particular", en "Visión Jusprivatista de la responsabilidad del Estado", obra colectiva "Responsabilidad del Estado y de los Funcionarios Públicos", Ed. Rubinzal- Culzoni, 2003, p. 19. El autor cita, entre otros, en la misma tesitura a los Dres. Augusto Belluscio y Zannoni Eduardo; si bien reconoce que puede haber un régimen específico, diferenciado, para ciertas situaciones especiales, ello no modifica su postura en el sentido que "el Código Civil, o el Código del Derecho Privado, hace de la "responsabilidad pública" del Estado y de la responsabilidad de los funcionarios o agentes públicos un "tema propio" donde las diferencias desaparecen y la asimilación con las personas jurídicas privadas y sus agentes o administradores apunta a ser completa", p. 21. En este sentido también puede citarse a la Dra. Kemelmajer de Carlucci, Aída en "La responsabilidad del Estado: enfoque jurídico-privado", AA. VV., La responsabilidad del Estado, UNSTA, Tucumán, 1982; quien concluye, luego de analizar el régimen de la responsabilidad estatal desde las dos grandes corrientes —privado y público—: "Quizás ha llegado la hora de hablar de un derecho de la responsabilidad que reúna todos los principios generales, sin perjuicio de los específicos para cada orden normativo", p. 80.

(7) CASSAGNE, Juan Carlos, "Los principios que fundamentan la responsabilidad extracontractual del Estado y el Alcance de la Reparación". En "Responsabilidad del Estado" AA.VV. Departamento de Publicaciones. Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires. Ed. Rubinzal-Culzoni —Editores—, 2008, p. 48. También MARIENHOFF, Miguel "Tratado de Derecho Administrativo", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990, 4ª ed., t. I, ps. 152-153; Manuel María Diez, quien afirmó "debe aceptarse la teoría publicista para resolver el problema de la responsabilidad del Estado. El Derecho civil sólo se aplica subsidiariamente en el campo del Derecho público, que viene a resolver el problema de la responsabilidad dentro del Derecho público y no acudiendo al Derecho privado...creemos posible que la jurisprudencia, en lugar de fundarse en disposiciones del Derecho civil que sirven para resolver cuestiones entre particulares, deberá encontrar fundamentos en la Constitución,...para construir toda la teoría de la responsabilidad del Estado", Tratado de Derecho Administrativo", Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1971, t. V, ps. 42/43.

(8) CASSAGNE, Juan Carlos, "La aplicación del Código Civil y Comercial al Derecho Administrativo: en Particular, Respecto a la Responsabilidad del Estado", ED del 03/03/2017, ps. 1 y ss.; Osvaldo H. Bezzi, "El derecho administrativo y la regulación de la prescripción: La gravitación del derecho privado civil, de la institución del acto administrativo y de su plazo de caducidad", RDA, 219-125, ver nota 10, donde expresa que concuerda con la posición de Juan C. Cassagne, pues entiende la "necesidad y conveniencia de mantener la unidad del sistema jurídico (art. 75 inc. 12 de la CN), previéndose dicho instituto en el Cód. Civ. y Com. o en una ley nacional de carácter común. Ello es así, más que por la postulada unidad del Derecho de daños proveniente del Derecho privado, por tratarse de una institución propia de un Estado de Derecho; consecuentemente, debe evitarse el riesgo de que el sistema jurídico se fragmente restringiéndose la procedencia de la responsabilidad en la regulación local".

la materia **(9)**; o, que tal competencia correspondía a las provincias **(10)**.

Cabe señalar que las disputas doctrinarias antes citadas fueron resueltas —aunque no por ello acalladas— por las medidas legislativas adoptadas en primer término por el Congreso de la Nación al sancionar la ley 26.994 —Cód. Civ. y Com.— **(11)**, la ley 26.944 de "Responsabilidad del Estado" y luego por los órganos legislativos provinciales que comenzaron con la tarea de legislar al respecto; prueba de ello es la ley dictada por la Ciudad que merece nuestro comentario.

Entendemos que el estudio y regulación de la responsabilidad estatal sobre la base de los principios y reglas que impregnan el ordenamiento iuspublicista resulta el más adecuado toda vez que el gran productor de los daños es el Estado; el Estado con prerrogativas, donde las reglas jurídicas que deben considerarse para examinar los daños que genera —por su actuar u omisión— no escapan de las notas que caracterizan al derecho público. Ello aleja la posibilidad de analizar los conflictos y proponer soluciones —sin las adecuaciones e interpretaciones respectivas— sobre la base de los principios y normas del derecho privado.

La competencia provincial para abordar mediante una ley formal los supuestos de responsabilidad extracontractual no resulta incorrecta y cuenta con el aval de decisiones provenientes del máximo tribunal de justicia del país, aunque cabe advertirlo, las legislaciones que han tomado tal posta han adherido o replicado —en general— las directivas de la ley 26.944. Por lo cual, en los hechos, la regulación de la norma federal ha consolidado su efecto expansivo, lo que acarrea, como saldo positivo, una cierta uniformidad —hasta el momento— de los criterios troncales sobre los que reposa la responsabilidad extracontractual del Estado en el país, que, por cierto, insistimos, no es creación del legislador sino consecuencia de la actividad jurisdiccional que mucho aportó sobre el tema.

Ya ingresando en la lectura de la ley, se advierte que arriba a la legislatura local sobre la base de un consenso entre las distintas fuerzas políticas, dado que —según se menciona en sus antecedentes— en aquella confluyeron varios proyectos que luego fueron considerados por el que luego fue sometido a debate ("Despacho nro. 0176/20").

En la fundamentación de la norma de la ciudad se hace merito al régimen de la ley 26.944 en el ámbito federal, como también a los múltiples precedentes jurisprudenciales —principalmente— de la CS que ayudaron a contornear las distintas aristas y elementos del instituto que logró reconocimiento judicial por los años 1933 **(12)**. El Estado, refiere el proyecto, "al igual que cualquier sujeto de derecho, tiene el deber de reparar los perjuicios que ocasiona como consecuencia de sus acciones y/o sus omisiones".

(9) BEZZI, Osvaldo H., consideró útil que la responsabilidad del Estado fuera regulada por el Código Civil y Comercial, con la finalidad de que exista un régimen jurídico uniforme en toda la Nación. En Revista del Colegio de Abogados de La Plata, Ed. Especial. "Unificación y Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación", Año LIV, nov. 2012, p. 197.

(10) GAMBIER, Beltrán- PERRINO, Pablo, "¿Pueden las Provincias dictar leyes en materia de Responsabilidad del Estado?", JA-1996-IV, p. 793; en especial ver CS, causa "Barreto", Fallos 329:759. Al analizar las directivas del fallo, Fabián Canda entiende que "para la Corte la responsabilidad del Estado es una materia propia del derecho público y, consecuentemente, es de naturaleza local, por lo que legislación y juzgamiento corresponde a las provincias y queda excluido del concepto de "causa civil" y de su competencia originaria" en "La responsabilidad del Estado se rige por el derecho administrativo. El derecho administrativo es esencialmente local. La responsabilidad del Estado es asunto de derecho público local", en la obra "Máximos Precedentes", director, Juan Carlos Cassagne, Ed. La Ley 2013, p. 639. Una interpretación opuesta realiza Emilio Ibarlucía al sostener que "a la causa "Barreto" no debe dársele un alcance mayor que el que surge expresamente de sus considerandos: restringir el alcance del concepto de "causa civil" de forma tal de disminuir el número de causas tramitables en instancia originaria de la Corte, para que el alto tribunal pueda abocarse a su misión constitucional más importante, que es la que se origina en el recurso extraordinario federal", en "Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos ¿Código Civil o Ley Provincial?, diario LL 2014-D-739.

(11) En particular ver art. 1764, 1765 y 1766.

(12) Fallo "Tomás Devoto" de 19330, Fallos 169:111. Carlos Colautti, califica al precedente como el "caso clásico que implicó un cambio fundamental en la jurisprudencia, y el punto de evolución hacia la actual jurisprudencia" en "Responsabilidad del Estado. Problemas constitucionales". Ed. Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 53.

La Ciudad recoge en la ley los aspectos centrales de la responsabilidad extracontractual, predeterminando los supuestos en los cuales responde el Estado, como también cuando puede eximirse, el factor de atribución escogido para la responsabilidad ilícita y aquel que debe considerarse en la lícita. También aborda lo referido al plazo de prescripción. A ello se agrega la limitación de su responsabilidad estatal en los daños ocasionados en las relaciones entre concesionarios y usuarios.

Entiende el legislador local que el nuevo ordenamiento evitará "el riesgo de diferentes interpretaciones y el alcance de la responsabilidad estatal regida por el derecho público, brindando mayor previsibilidad y seguridad jurídica a la relación con los particulares", como también, brindará al poder judicial reglas precisas para evaluar la procedencia del reclamo, su correcta configuración y, un aspecto por demás relevante, la extensión del resarcimiento en cada uno de los tipos de responsabilidad extracontractual.

En los párrafos siguientes pretendemos puntualizar, en esta primera lectura, los aspectos más significativos de la ley, marcando algunas diferencias y similitudes con los regímenes vigente en el ámbito federal y en los ordenamientos provinciales que ya cuentan con una normativa análoga.

II. Principales aspectos regulados en la ley y su comparación con la normativa nacional y leyes provinciales

Comienza la ley por puntualizar que "la responsabilidad de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es objetiva y directa" (art. 1º), guarda aquí analogía con el régimen nacional y las regulaciones provinciales que abordaron la cuestión en sus respectivos territorios. Recoge aquí la ley dos pautas de neto corte jurisprudencial y que se convirtieron en las categorías principales sobre las que se construyó y sostiene hoy el sistema.

La norma acepta el criterio de la CS en el fallo "Vadell" (1984) y la teoría del órgano que allí se consagró para dar nacimiento a una responsabilidad estatal directa **(13)**. Patricio Sanmartino, analizando la legislación nacional que adoptó idéntico criterio, advirtió que "la Administración no responde en subsidio por sus agentes y funcionarios. Ellos no son ni representantes ni mandatarios del Estado. Son sus órganos, esto es, el Estado mismo. Por lo tanto, para que se configure el supuesto de hecho que da origen a la responsabilidad del Estado, no es necesario que se identifique ni que, de manera previa, se le reclame a un agente por la lesión resarcible" **(14)**.

Y, por otra parte, la elección de la "falta de servicio" como factor de atribución evita interrogarse sobre la calificación —culposa o dolosa— de la acción realizada por el funcionario o agente que generó la actividad o inactividad dañosa. Así, acreditada la lesión, individualizado el órgano o ente del cual emanó aquella, se da comienzo a la aplicación del régimen de responsabilidad.

En lo que hace al *ámbito de aplicación*, las disposiciones que contiene la ley se dirigen "al sector público de la Ciudad de Buenos Aires que comprende a los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, las Comunas, los organismos descentralizados, entidades autárquicas, y organismos de la seguridad social" **(15)**. La redacción de la

(13) Agustín Gordillo enseña que "todas las personas que el Estado designa para desempeñarse en funciones por él encomendadas son en general agentes suyos, por lo tanto, órganos de él. Por ello, no son "dependientes" en el sentido del art. 1113 del Código Civil: Cuando actúan en el ejercicio aparente de las funciones que les han sido encomendadas, actúan como órganos del Estado, o sea, actúa directamente el Estado a través de ellos. La responsabilidad del Estado es, en consecuencia —en estos casos—, siempre directa; pues no tiene el Estado "agentes," esto es, personas humanas, que no sean órganos suyos", en "Tratado de Derecho Administrativo", Ed. Fundación de Derecho Administrativo, t. 8 cáp. XVI, ps. 549/550. A su turno, Pablo Perrino afirma que "es directa porque no funciona como un sistema de cobertura de los perjuicios causados por el comportamiento de los agentes públicos, como ocurre en los supuestos de responsabilidad indirecta por el hecho de los dependientes", en PERRINO, Pablo, ob. cit. p. 49.

(14) "Responsabilidad del estado: características generales del sistema legal vigente", ver http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la-actividad-estatal-ii/cae2-sammartino.pdf

(15) Art. 1º segundo párr.

norma, entendemos, puede dar cabida a interpretaciones diferentes para fijar correctamente el límite de aplicación de la ley.

La pregunta que surge, con relación a las formas de administraciones que allí se mencionan, es si estas deben entenderse de manera taxativa o, como creemos conveniente, el legislador ha realizado una enunciación de las posibles administraciones que quedan bajo su amparo permitiendo extender el régimen a toda persona jurídica u órgano que forme parte de la estructura estatal y ocasione daños.

En efecto, la ley no resuelve un aspecto que se ha suscitado también con la interpretación de la ley 26.944, esto es si dicho régimen se aplica, por ejemplo, a las a las sociedades o empresas del Estado **(16)**. Al respecto, se ha postulado un criterio restrictivo, esto es que quedan bajo su aplicación solo aquellos órganos que integran el Estado en tanto ejerzan función administrativa estricto sensu, desvinculando así toda otra formación con tinte estatal, aunque estas integren la estructura ortodoxa del Estado, su capital provenga de este y el Estado participe en las designaciones de sus autoridades **(17)**.

Por nuestra parte, entendemos la viabilidad de aplicación del régimen jurídico de la responsabilidad estatal de manera analógica cuando el ordenamiento especial no brinda una solución concreta y resulte pertinente situarla en la legislación administrativa de la materia. Ello es consecuencia de reivindicar la aplicación del régimen del derecho público a tales organizaciones ya que la razón misma de su creación no ha sido otra que para dar cumplimiento a fines estatales **(18)**.

La ley de la Ciudad mantiene —siguiendo la misma postura que la legislación nacional— la *prohibición de aplicar las disposiciones del Cód. Civ. y Com.* para resolver los casos de daños donde se encuentren involucrados los órganos o sujetos mencionados por la ley. La prohibición es clara ante la regla allí inserta —ni "de manera directa ni subsidiaria"—, enfatizando que la solución en el tema de la responsabilidad extracontractual se regirá "por las normas y principios del derecho administrativo local" **(19)**.

---

(16) CASSAGNE, Juan Carlos entiende que "de acuerdo con su organización y régimen jurídico privatístico, éstas no integran la Administración, aun cuando el Estado posea la mayoría total o la casi totalidad de las acciones y el poder decisorio en la entidad", en "Derecho administrativo", Ed. Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, t. 1., p. 405. En igual sentido, Ismael Mata entiende que las sociedades del Estado no forman parte de la descentralización administrativa porque las mismas no tienen como límite la personalidad pública estatal, por lo cual "están fuera del sistema orgánico de descentralización", en "Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamentos y otras fuentes del derecho administrativo", AA. VV., Ed. Revista RAP, octubre 2009, p. 35.

(17) En un análisis comparativo, la ley de la Provincia de Mendoza establece: "La responsabilidad originada en la actuación de índole comercial, industrial, financiera o cualquier otra que sujetos del Sector Público Provincial desplieguen bajo un régimen de derecho común, en igualdad de condiciones y circunstancias al que rige la actividad privada, queda sujeta al sistema de responsabilidad patrimonial propio de dichas relaciones" (art. 1º). Por su parte la ley de Entre Ríos indica que su ámbito de aplicación comprende la responsabilidad del Estado Provincial, municipios, comunas, entes autárquicos, descentralizados y demás entes públicos estatales provinciales, municipales o comunales, en todas sus manifestaciones y niveles, por los daños que su acción u omisión les produzca a los bienes o derechos de las personas (art. 1º). Con mayor contundencia la ley de Río Negro que al detenerse en tal aspecto indica que "Queda incluida en el ámbito de aplicación de la presente ley:...b) Sociedades del Estado, Sociedades Anónimas y todas aquellas empresas donde el Estado tiene participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias, excepto cuando el supuesto involucre el ejercicio de la actividad industrial o comercial propia de aquéllas" (conf. art. 2º).

(18) Seguimos aquí lo expuesto por Rodolfo Barra en: "Acerca de la naturaleza jurídica de las sociedades de Estado", ED. 67-601. Un análisis detallado de la cuestión en el ámbito español realiza Francisco Javier de Ahumada Ramos en "La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas", Ed. Thomson Reuters, 3ra edición, Aranzadi, Navarra- España, 2009, ps. 456/463. Manuel Rebollo Puig, al estudiar el régimen de reclamación de la indemnización, explica que "la responsabilidad de las entidades instrumentales con personificación de Derecho privado, incluso ante daños ocasionados en la realización de actividades de servicios públicos, será competente la jurisdicción civil sin que haya que seguir previamente ni el procedimiento administrativo... Aunque sean propiedad de una Administración y mero instrumento de ella, no son Administraciones públicas, por lo que no procede la aplicación de las reglas procedimentales de responsabilidad...", en "La responsabilidad patrimonial de la administración pública", Dir. Tomas Quintana, Tirant lo Blanc, Valencia, 2009, t. 1, ps. 95/96.

(19) Sobre este punto, deviene oportuno recordar que la ley de la provincia de Mendoza, prevé que "Los casos

Sobre tal limitación, siguiendo lo ya postulado en la doctrina, entendemos que es conveniente plantear una interpretación que integre las normas del derecho privado y, de tal forma, que la aludida limitación abarca las disposiciones del "título" —como dice el código— vinculado a la "responsabilidad" pero ello no afecta a aquellas categorías que son compartidas en una teoría general de la ciencia jurídica y a las cuales se puede recurrir sin problemas en caso de ausencia de regulación en la ley en comentario. Así —entre otras— a la regulación en los supuestos vinculados al enriquecimiento sin causa, la buena fe, los supuestos de suspensión o la prescripción y ello de por sí no contradice las reglas de la ley **(20)**.

Desde otro tópico, la ley señala que "*la sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,* sus agentes y funcionarios". La norma capitalina mantiene una redacción similar a la norma federal, para luego agregar que las "estipulaciones de la presente ley no obstan a la procedencia de las sanciones conminatorias" **(21)**.

En su momento, la doctrina al momento de analizar el régimen de la ley 26.944 planteó interrogantes sobre dicha prohibición, en particular si alcanzaba o equiparaba a las "sanciones pecuniarias" con las "astreintes". Pablo Perrino proyectó la interpretación —entendemos— correcta al sostener que la prohibición solo alcanza a los "daños punitivos" y no a las astreintes, que son "condenaciones conminatorias de carácter pecuniario que los jueces aplican a quien no cumple un deber jurídico impuesto en la resolución judicial" **(22)**. Las sanciones pecuniarias disuasivas —como señala— son aquellas sumas de dinero que reciben las víctimas de hechos ilícitos, con la idea de punir graves inconductas del demandado y, en última instancia, prevenir hechos similares en el futuro. Y, por ello, no guardan una vinculación directa con la responsabilidad civil.

La ley de la Ciudad mantuvo *los supuestos* en los cuales se *exime de responder* —ya sea en la responsabilidad por actividad o inactividad ilegitima, como por su actuar legítimo—. Se afirma en el ordenamiento local, de manera genérica, que el Estado no será responsable cuando el daño sea atribuible a casos fortuitos o fuerza mayor —salvo que el Estado los hubiera asumido— o cuando el daño aludido responda a un hecho de la víctima o de un tercero por quien el Estado no debía asumir responsabilidad **(23)**.

En este último extremo, diferenciando de la norma de origen y siguiendo una redacción similar a las que contienen los ordenamientos provinciales que reglaron la temática **(24)**, se

---

que esta ley rige deben ser resueltos según sus disposiciones, aplicando la Constitución Nacional, junto con la Constitución de la Provincia respecto de las leyes locales y su reglamentación, de acuerdo al orden de prelación del artículo 149 de la Constitución", en el mismo artículo se establece que "la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, los principios que surgen de los tratados sobre derechos humanos y los demás principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento. A falta de previsiones legislativas específicas, la solución análoga debe buscarse primero en el ámbito del derecho público y administrativo" (art. 2º). La ley de la materia de Río Negro, (nro. 5339), postula, al referirse a la responsabilidad del estado por actividad ilegitima que "Las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación se aplicarán en forma supletoria en lo atinente al daño resarcible en los supuestos de Responsabilidad Ilegítima del Estado" (art. 6º) y luego al detenerse en la regulación de la prescripción en su artículo 17 y establecer que solo se interrumpe la misma por la interposición de la demanda, aclarando que en "los supuestos de dispensa" es "aplicable el Código Civil y Comercial".

(20) Conf. PERRINO, Pablo, ob. cit. p. 52, quien además postula recurrir —de forma analógica— al Cód. Civ. y Com. para analizar y aplicar los factores de atribución que allí se regulan y pueden ser considerados en la responsabilidad estatal, pág. 90.

(21) Conf. art. 1 último párr.

(22) Ob. cit., p. 58 y ss.; en igual sentido Carlos Botassi, en "El derecho administrativo y el código...", ps. 187/188 quien advierte que el artículo en este aspecto menciona los "daños punitivos" y que las astreintes resultan viables en aquellos casos que se evidencie reticencia "a la hora de cumplir una sentencia condenatoria", otra solución importaría "sumar un nuevo privilegio inexplicable a favor de los despachos oficiales".

(23) Art. 4º ley 6325

(24) En su artículo 3 inc. c) la ley mendocina indica "Cuando el daño haya sido causado por hechos imputables conjuntamente al Estado y a la víctima, o a terceros por quien aquél no deba responder, la medida de la responsabilidad estatal quedará acotada a su concurrencia en la provocación del hecho dañoso", similar redacción en la ley de la temática de la Provincia de Entre Ríos. A su turno, la ley de Río Negro agrega: "Se excluye o limi-

agrega: "Cuando el daño haya sido causado por hechos imputables conjuntamente al Estado y a la víctima, o a terceros por quien aquel no deba responder, la medida de la responsabilidad estatal quedará acotada a su concurrencia en la provocación del hecho dañoso".

Los eximentes previstos son los clásicos que se postulan en la materia como interruptores del nexo de causalidad; es decir, no configurado este último no podrá demostrarse relación alguna entre la conducta dañosa y el perjuicio que se busca reparar. Como afirma Perrino, "son supuestos en los cuales el daño deriva total o parcialmente de acontecimientos extraños no imputables al Estado" **(25)** y pesa sobre quien lo alega acreditar la configuración del supuesto legal.

La normativa de la Ciudad se hace cargo de las observaciones que se efectuaron a la redacción de la norma nacional sobre que el nexo causal puede estar interrumpido total o parcialmente (absoluta o relativa) y así cuando el hecho dañoso pueda tener su origen —al menos parcialmente— en un comportamiento estatal, el Estado debe responder, no obstante la reparación estará limitada —la ley expresa "en la medida de la responsabilidad estatal" — a lo que fuera probado por la parte perjudicada **(26)**.

Abordando ya nuestro comentario a las situaciones fácticas que pueden generar daño, la legislación capitalina establece los clásicos tipos de "responsabilidad por actividad ilícita" bajo la denominación "Actividad e inactividad ilegítima" **(27)** (en la cual se incluye también la que proviene por la inactividad de la administración) y la responsabilidad por actuaciones lícita, que encuentra su regulación bajo el título "Actividad legítima" **(28)**.

Los requisitos previstos para la procedencia de cada uno de los tipos de responsabilidad guardan concordancia con los ya delineados en su momento por la jurisprudencia, la propia doctrina y plasmados luego en la normativa nacional y en los ordenamientos provinciales que venimos citando. Es cierto, que la norma en comentario contiene algunas particularidades que merecen su comentario.

En lo que respecta a la procedencia de la *responsabilidad por actividad ilegitima* —objetiva y directa—, está unida a la acreditación de un "daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero" ; la "imputación material de la actividad o inactividad a un órgano estatal" ; la "relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue" y, por último, la "falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires". La normativa de la Ciudad no especifica, como si lo hicieron las leyes de Mendoza y Entre Ríos **(29)** cuales situaciones deberán confluir o emerger para darse por configurado el factor de atribución.

Recordemos que la "falta de servicio" **(30)** implica que, acreditada la actividad o abstención

---

ta la responsabilidad del Estado en los siguientes casos: c) Cuando la acción lesiva derive de la falta personal del agente o funcionario sin que exista una relación con el cargo y las obligaciones del servicio. d) Cuando el daño se haya ocasionado con la intervención de una cosa de propiedad del Estado utilizada en contra de los fines públicos para la cual ha sido destinada" (art. 5º).

(25) En "La responsabilidad del Estado....". ob. cit. p. 62

(26) Art. 4º último párr. En un análisis sobre la ley 26.944, Carlos Botassi afirma que, aunque no lo diga la ley "consideramos que bien pueden presentarse supuestos en los que corresponde eximir parcialmente de responsabilidad al Estado" recordando que tal solución se recogía en el art. 1113 del Cód. Civil y, ahora en el Cód. Civ. y Com. y en los art. 1729 y 1731 donde se "contempla el supuesto de que la responsabilidad resulte "limitada" por el hecho del damnificado o de un tercero", Botassi, Carlos, ob. cit., p. 191. De igual forma, Perrino, señala que "El Estado responderá sólo en la medida en que su conducta haya contribuido causalmente al resultado dañoso", Perrino, Pablo, ob. cit., p. 63, con críticas a la imposibilidad —en el ámbito nacional— de hablar de concausas en la responsabilidad estatal legítima.

(27) Art. 2º

(28) Art. 3º

(29) En la legislación de Entre Ríos y de Mendoza se especifica que para calificar la falta de servicio se deberá tener en cuenta "La naturaleza de la actividad...Los medios de que dispone el servicio;... El vínculo que une a la víctima con el servicio; El grado de previsibilidad del daño" (art. 4 ley 10.636 y art. 7 inc. d in fine de la ley 8968).

(30) CASSAGNE, Juan Carlos, afirma —con anterioridad al régimen nacional—, que el fundamento del concepto de falta de servicio, "es el principio unitario que rige la responsabilidad estatal que exige "afianzar la

como imputable a un órgano estatal, no resulta necesario individualizar al autor del daño ni demostrar que incurrió en culpa o dolo. De allí "que, a los fines de la configuración de supuesto de hecho previsto..., el reproche subjetivo deviene irrelevante" **(31)**. Obviamente ello importa la necesidad por parte de quien alega el daño de probar de manera concreta y clara cuál es la actividad que estima irregular y, en su caso, individualizar de qué sector del Estado proviene.

Sin dejar de rescatar los logros que provocó la teoría de la "falta de servicio" y su incidencia como factor de atribución para responsabilizar al Estado, entendemos que su aplicación —sin una debida precisión sobre sus alcances— puede generar un desbalance significativo de los fines en juego en todo juicio por daños contra el Estado, prevaleciendo a veces una visión extremadamente patrimonial sin contemplar adecuadamente los fines que debe cumplir el Estado como garante del bienestar de la sociedad en su conjunto **(32)**. Por ello, como afirma la doctrina, es más correcto hablar de una "culpa o falta objetivada" **(33)**.

En los casos de responsabilidad ilegitima el resarcimiento, según el legislador de la Ciudad debe incluir "todos aquellos rubros indemnizatorios efectivamente acreditados" **(34)** sin perjuicio de que es razonable que no se abonen daños que, invocados en el escrito inicial no fueron luego probados en el proceso judicial. Ahora bien, tal directiva hace pensar —tal vez no lo sea y así se espera— que el legislador capitalino ha tratado de introducir en este tipo de responsabilidad también una directiva que busca limitar el monto de la indemnización; caso contrario no se entiende o justifica la frase citada. A diferencia de tal redacción algunos ordenamientos provinciales establecen —como regla— que el resarcimiento debe ser "pleno" **(35)**.

Al igual que la normativa nacional, al detenerse en *la responsabilidad por inactividad estatal* se prevé que "la omisión solo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado" **(36)**. En lo que se refiere a la omisión estatal la normativa de la Ciudad adoptó la misma redacción de la ley 26.944, donde necesariamente debe individualizarse la obligación "legal" que se alega incumplida **(37)**.

---

justicia" a través de la restitución que procede para restablecer la igualdad alterada por el daño ocasionado al particular por un acto o hecho administrativo", en "Derecho Administrativo", Ed. Lexis Nexis. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, t. I, p. 489.

(31) SANMARTINO, Patricio, ob. cit., p. 540; en igual sentido PERRINO, P, ob. cit., p. 86 donde expresa "la falta de servicio...y el sacrificio especial...constituyen factores de atribución de índole objetiva ya que para su configuración no es menester que medie culpa o dolo".

(32) Una interesante mirada, en lo que se refiere a lo expuesto y analizando el régimen español, plantea Oriol Mir Puigpelat en "La responsabilidad patrimonial de la Administración -Hacia un nuevo sistema", Ed. Civitas, Madrid, 2002; también sobre la necesidad de una "reconsideración total" del sistema español Juan Alfonso Santamaría Pastor, en el prólogo a la obra de Francisco Javier de Ahumada Ramos, ob. cit. p. 36

(33) PERRINO, Pablo, ob. cit., p. 47, admite que "el concepto de responsabilidad objetiva que emplea la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia...no puede ser entendido como responsabilidad desligada del obrar del agente del hecho dañoso, pues la falta de servicio, por su propia naturaleza, se predica de conductas y no de resultados. La falta de servicio se apoya en la reprochabilidad de la conducta dañosa de una autoridad estatal". En una posición más amplia, Carlos Botassi, ob. cit., p. 154, sostiene que "la falta de servicio como soporte de la responsabilidad estatal asume que, desconociendo el deber de prestar en debida forma el servicio público (y las funciones estatales en general), el agente o funcionario compromete la responsabilidad del Estado debido a que representa su propia voluntad en su condición de "órgano" del mismo".

(34) Conf. art. 2 in fine.

(35) Art. 5 de la ley 8968 de Mendoza.

(36) Inc. d) art. 2 ley de la Ciudad.

(37) Cotejar con la legislación de Entre Ríos que citamos, donde luego de definir la falta de servicio, indica que "la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber de actuación" (art. 4 inc. d de la ley 10.636); deber de actuación que podría provenir no solamente de una ley, sino también en los principios generales del derecho, interpretación que formula Pablo Perrino, rechazando —por cierto— el criterio legislado en la ley nacional, estableciendo que la omisión debe ser analizada también sobre la mirada de la "falta de servicio" (ob. cit. ps. 94/95). En este último sentido, en la ley de Mendoza, la falta se configura cuando "se verifica el incumplimiento de una obligación de actuación determinada normativamente y de manera expresa; o de deberes indeterminados siempre que se reúnan los siguientes requisitos: a) Existencia de un interés jurídicamente relevante, cualitativa o cuantitativamente; b) Necesidad material de actuar para tutelar dicho interés;

La regla del art. 1074 del Cód. Civil **(38)** que sirvió de base —antes de la ley— para responsabilizar al Estado por omisión ha tenido incidencia —entendemos— en la norma en comentario. Hemos entendido, analizando el régimen nacional, que este supuesto especial de responsabilidad debía realizarse sobre la base de una norma —ley o su similar— que estableciera expresa y claramente la obligación legal que se imputa incumplida, siguiéndose así —en este punto— la doctrina elaborada por la CS en la causa "Mosca" **(39)**. La responsabilidad por omisión solo será procedente "cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado" **(40)**.

Ingresando al análisis de las directivas que consigna la ley sobre la *responsabilidad legítima del Estado*, debemos concluir que, en líneas generales, la Ciudad no se apartó de la legislación que mencionó en su fundamentación. En efecto si se coteja la redacción del art. 3º de la ley con su similar de la ley 26.944 (art. 4°) se advierte la semejanza apuntada.

Se mantiene en la Ciudad la idea esbozada en el ordenamiento jurídico nacional sobre el carácter excepcional de la responsabilidad legitima o lícita. La regla imperante es que el ejercicio regular de un derecho no puede generar una indemnización o responsabilidad, pues se encuentra en juego el interés público. La posibilidad de obtener la indemnización se fue concretando a partir de las excepciones que la misma jurisprudencia ha planteado.

En la responsabilidad del estado por actividad lícita la ciudad sujeta su aparición a la existencia de un "daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero", a la "imputación material de la actividad a un órgano estatal" ; la existencia de una "relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el daño", la "ausencia de deber jurídico de soportar el daño" y por último a la aparición de un "sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido".

La ley que merece nuestra atención no establece —como sí lo hace la nacional— que los daños causados por la *actividad judicial legítima del Estado* no puedan ser resarcido (comparar los art. 5º en ambas leyes). De tal modo y, con las particularidades que tal tipo de responsabilidad importa, resultará viable hacer responsable al Estado por las medidas que, adoptadas en el ámbito judicial —y alejadas de la ilicitud—, generen un perjuicio cuyo destinatario no estuviera obligado a soportar **(41)**.

Un dato que genera debate en este tipo de responsabilidad ha sido la extensión o intensidad de la reparación, dado que si bien no debería existir duda sobre que esta debe ser amplia en la

c) Proporcionalidad entre el sacrificio que comporta el actuar estatal y la utilidad que se consigue con su accionar" (conf. art. 8).

(38) El artículo de Vélez establecía: "Toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido".

(39) Fallo 330:563. En este sentido ver Fallos 321:1124

(40) En "La responsabilidad del Estado en Argentina: breve comentario a su régimen legal", Rev. "Iustitia"- Ed. Universidad Santo Tomas", Colombia, Nro. 13, enero-diciembre de 2015, p. 82. Sobre el supuesto de omisión la doctrina ha postulado una concepción más amplia que permita imputar a los órganos del Estado los daños que provengan del incumplimiento de deberes u obligaciones aun cuando los mismos no se encuentren previstos de manera expresa en la legislación, pero la obligación puede tener cabida o sustento analizando otras fuentes del ordenamiento jurídico, tales como los principios generales del derecho (Conf. Pablo Perrino, La falta de servicio en la ley de responsabilidad del Estado y de los funcionarios y agentes públicos. Revista El Derecho, 31/3/15, en especial ps.4-5) y, de manera más general, también se ha postulado el deber de responder cuando a pesar de la inexistencia de vulneración de un mandato legal expreso, "se presente una necesidad de actuar para tutelar dicho interés y exista proporción entre el sacrificio que comporta el actuar y la utilidad que se obtiene", conf. Comarida Julio-Canda Fabián "Responsabilidad del Estado por Omisión (Actos ínter orgánicos y conceptos jurídicos indeterminados en un fallo de la Cámara Contencioso Administrativa)", La Ley 1996-A-600.

(41) Ampliar en Botassi, Carlos, ob. cit., ps. 220/226. La ley de Río Negro siguiendo la línea nacional, expresamente indica que "Los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan responsabilidad del Estado" (art. 13 último párr.). De igual manera en la ley 8968 de Mendoza (art. 10 último párr.); no se encuentra tal limitación en la ley 10.636 de Entre Ríos.

responsabilidad ilegitima **(42)**, la figura de una reparación limitada se erigió como principio para la legítima.

La ley de la Ciudad no se apartó del estándar antes mencionado, ya que prescribe que la "indemnización de la responsabilidad de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por actividad legítima comprende solo el resarcimiento del daño emergente, entendiendo por tal los perjuicios causados respecto del valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública" **(43)**.

No obstante, establece una excepción al criterio general imperante en la responsabilidad legitima habilitando la posibilidad de reconocimiento del lucro cesante **(44)** al momento de determinar el *quantum* indemnizatorio. La norma refiere que "cuando se afecte la vida, la salud física y mental o la integridad física de las personas, y en caso de verificarse los requisitos del art. 3 de la presente ley, el juez también puede fijar prudencialmente los rubros indemnizatorios correspondientes al lucro cesante, debiendo explicitar las concretas razones que estuvieren acreditadas y obliguen a no dejar indemne dicho rubro. En el supuesto de reconocerse el lucro cesante, no podrá ampliarse a otros supuestos como la pérdida de chance" **(45)**.

La incorporación recepta —al menos parcialmente— la crítica efectuada por la doctrina especializada **(46)** a la redacción de la ley nacional. La limitación de la extensión del resarcimiento en este último supuesto afirma la doctrina no tiene fundamento de orden constitucional **(47)**, por no ser compatible con el principio de una indemnización justa **(48)**. Re-

(42) En la ley mendocina fija como regla en la materia: "La reparación del daño debe ser plena, de conformidad a lo previsto por el artículo 1740 del Cód. Civ. y Com., salvo las limitaciones que establece esta ley, que surjan de leyes especiales o resulten razonables de conformidad a los principios de atenuación de la responsabilidad previstos por el artículo 1742 del Cód. Civ. y Com.", art. 5º ley 8968

(43) Conf. Art. 5º de la ley en comentario; en la ley de Mendoza se prescribe: "Esta responsabilidad sólo comprende el resarcimiento del daño emergente, entendiendo por tal los perjuicios causados respecto del valor objetivo del bien que sean consecuencia directa e inmediata de la actuación legítima del órgano estatal, con el alcance de la indemnización previsto en el decreto Ley N° 1.447/75" (art. 10). En igual dirección Entre Ríos (art. 6 ley 10.636); art. 5 de la ley nacional 26.944. Por su parte la ley de Río Negro prescribe: "La indemnización de la responsabilidad del Estado por actividad legítima comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos, beneficio económico esperado, ganancias dejadas de percibir ni las hipotéticas" (art. 13 ley 3539).

(44) La ley de entrerriana también permite la apertura de los ítems indemnizatorios, al postular que "...si es afectada la continuación de una actividad, incluye la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, en cuanto hayan sido razonables para su giro" (art. 6, parte final) y a su turno la legislación mendocina "sin embargo, cuando se afectare la vida, la salud o la integridad física de las personas, el juez podrá fijar prudencialmente esos rubros, debiendo explicitar las concretas razones de equidad que estuvieren acreditadas y obliguen a no dejar indemne esos daños" (art. 10).

(45) Se sigue la redacción postulada en uno de los proyectos que fueron consideraron en la versión final, en particular el expte. nro. 1813/2020 en su art. 5º hacía referencia a la extensión de la responsabilidad lícita.

(46) Conf. PERRINO, Pablo, ob. cit., p. 142 en adelante; en particular ver nota 496. El autor se inclina por tachar de "inadmisible e inconstitucional" la restricción imperante en el texto de la ley 26.944 porque "impide colocar a la víctima en las mismas condiciones en que se encontraba antes de haber sido injustamente dañada", p. 152. De igual forma Botassi, ob. cit., ps. 217-218 quien afirma: "la limitación del quantum indemnizatorio afecta el derecho de propiedad sin que sea posible asimilar los supuestos de daño causados por la conducta estatal lícita al ejercicio de la potestad expropiatoria. No debe perderse de vista que en el Derecho de daños en general el principio es el de la reparación total", en "El derecho administrativo y el código...".

(47) Perrino, Pablo, había puntualizado que "de los arts. 16, 16,17 y 19 de la CN y 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la interpretación que de ellos ha efectuado la CS se desprende una regla muy clara que prescribe que la indemnización que el Estado debe pagar en los casos que perjudique los derechos de otros, entre ellos cuando se haga por motivos de intereses, debe ser "justa"...lo cual implica que no debe acarrear el despojo del derecho de propiedad del afectado...sino su restitución a la situación previa a la conducta dañosa", en "La regulación de la responsabilidad por actividad estatal legítima en la ley 26.944", Rev. De Responsabilidad Civil y Seguros, Nro. 12, 2014, Ed. La Ley, p. 46.

(48) Juan Carlos Cassagne expresa, que "el principio de la justa indemnización conduce a que las diferentes formas de restitución por daños causados por la ac-

cuerdo, sobre el tópico, que en algunos casos se asimiló aquella —en el aspecto que analizamos— al instituto de la expropiación **(49)** y, en otras, se remitió a las normas del Cód. Civil para justificar la ampliación de los ítems incluidos —si así se probaran— en la indemnización **(50)**.

Con anterioridad al dictado de la ley 26.944, la CS había postulado la posibilidad de ampliar el criterio **(51)**, pero tal razonamiento no fue receptado por los legisladores cuando sancionaron las respectivas normas sobre la materia. Y, lo cierto es, que la directiva analizada guarda concordancia con aquella que limitó la extensión de la indemnización en los casos de revocación de contratos administrativos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia **(52)**.

Ampliar el monto indemnizatorio con el fin de cubrir el perjuicio patrimonial sufrido por las personas cuando se acreditan daños vinculados a la "vida, la salud física y mental o la integridad física de las personas" resulta razonable y obligatorio. Ello así, porque cuando se encuentran en juego bienes que son preciados para la sociedad el deber de reparar —de base constitucional— merece una atención especial para contribuir a una verdadera configuración del Estado de derecho. Como lo ha indicado la CS, "el derecho a una reparación integral (....) como el derecho a la integridad de la persona en su aspecto físico, psíquico y moral y el derecho a la vida que enlaza a los dos primeros, se encuentran reconocidos por el plexo convencional incorporado al art. 75, inc. 22, de la CN (conf. arts. I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 3° de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 4°, 5° y 21 del Pacto de San José de Costa Rica y 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Fallos: 335:2333)" **(53)**.

Ahora bien, en los supuestos en que la ley de la Ciudad habilita extender el resarcimiento en la responsabilidad licita se prevén limitaciones por lo cual la intensidad del resarcimiento no podría igualar a la prevista para la ilícita. La norma indica que no podrán incluirse ítems "como" el de la pérdida de la chance. Al definir este último término, la doctrina lo hace como "un beneficio probable futuro, que integra las facultades de actuar del sujeto, en cuyo favor la posibilidad existe..." **(54)** o, más claro aún, una "oportunidad de ganancia" por el que deba exigírsele "una certidumbre extraña al concepto mismo del daño de cuya reparación se trata" **(55)**. Tal

tividad legítima del Estado, ya sea ésta de naturaleza administrativa (unilateral, contractual o reglamentaria) como legislativa, implican siempre restablecer la igualdad en proporción a las cosas y si bien, en un acto jurídico o contrato, pueden coexistir relaciones de justicia conmutativa con las derivadas de un modelo distributivo..., resulta equivocado identificar el derecho público con la justicia distributiva, dejando inaplicables las reglas de la restitución propias de la justicia conmutativa que son las únicas que permiten recomponer la desigualdad y cumplir de ese modo con el principio de igualdad ante las cargas públicas (art. 16 CN.) y con el consiguiente deber de reparar, dado que no es justo que una persona sufra un sacrificio especial cuando no está obligada a soportar el daño", en "El principio general de la justa indemnización en la responsabilidad del Estado ¿justicia conmutativa o distributiva?", en la obra "Derecho Administrativo, Estado y República", director Juan Carlos Cardona, Ed. Astrea, Bs.As., 2019, t. 1 p. 481

(49) Fallos, 195:66; 293:617; 301:403; 321:649

(50) Fallos 312:2266, recurriéndose para ello a una interpretación basada en la equidad, dado que la justificación de la indemnización estaba conformada por el lucro cesante; advirtió la CS que en el caso debían compatibilizarse "los vitales intereses públicos que motivaron la acción estatal de autos con la necesidad de evitar la destrucción del derecho individual de la actora".

(51) Fallos 328:2654 "El Jacarandá S.A. c. Estado Nacional" y Fallos: 328:2654

(52) Art. 12 inc. b, in fine. Decreto 1023/01 "Contrataciones del Estado" BO. del 16/08/01; ver también el art. 7 inc. a Ley 13.981 Provincia de Buenos Aires, "Subsistema de Contrataciones del Estado e incorporarlo al sistema de Administración Financiera del Sector Público de la Provincia de Buenos Aires", BO. del 27/4/2009.

(53) Fallos 340:1038, si bien el caso no involucraba al Estado, la directiva del Alto Tribunal, fundada en disposiciones de orden nacional e internacional, pueden ser de consideración al examinar el supuesto que prevé la ley de la Ciudad y también la nacional.

(54) ZANNONI, Eduardo, "El daño en la responsabilidad civil", Astrea, Buenos Aires, 1982, p. 52.

(55) MERTEHIKIAN, Eduardo, "Breves anotaciones acerca de la indemnización por "pérdida o frustración de la chance" y de su relación con "el daño al proyecto de vida" en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en RAP Nro. 370 p. 177. El autor señala que la "frustración de una chance es la pérdida de la posibilidad de un beneficio probable futuro, integrante

limitación deberá ser considerada entonces al momento de fijarse la indemnización.

Otro aspecto de la ley local que nos interesa puntualizar es la *responsabilidad por la actuación u omisión* de los "concesionarios de servicios públicos y contratistas" donde se limita la responsabilidad estatal. Hasta aquí no existe diferencia con el régimen nacional y con los ordenamientos provinciales que, con algunas particularidades, mantuvieron la limitación. No obstante la ley de la Ciudad incluye un último apartado —diferenciando de la norma nacional— donde se puntualiza que "los supuestos en que el hecho generador de los daños resida en una falta de servicio derivada de la inobservancia del deber expreso y determinado de control, o que el mismo sea consecuencia directa de una falta grave en el ejercicio del poder de ordenación o regulación del servicio" **(56)**, agregando que "lo estipulado no obsta a la procedencia de la responsabilidad de los contratistas o concesionarios en forma concurrente con la responsabilidad de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires".

En lo que respecta a la prohibición de hacer responsable al Estado por el accionar de los concesionarios, se plasma "la regla imperante en nuestro derecho, receptada en la generalidad de los marcos regulatorios de servicios públicos y compartida por la mayoría de la doctrina" **(57)**. Al detenerse en el examen de esta regla, una línea de interpretación postuló la posibilidad de "corresponsabilizar a los funcionarios públicos que concedieron la concesión con culpa *in eligendo* o fallaron en su control con culpa *in vigilando*", concluyendo que "parece improbable que se declare responsable al Estado por tales comportamientos privados, aun mediando culpa *in vigilando* o *in eligendo*" y que "aquella responsabilidad del concesionario frente al usuario ha sido considerada de carácter contractual" **(58)**.

---

de la facultad de actuar del sujeto en cuyo favor la esperanza existe. Privarlo de esa esperanza conlleva un daño aun cuando pueda ser dificultoso estimar la medida de este daño, porque lo perdido, lo frustrado, es en realidad la chance y no el beneficio esperado como tal. El daño por pérdida de chance u oportunidad de ganancia consiste en que el perjudicado pierde la posibilidad o expectativa de conseguir o de tener un bien, material o inmaterial". Con todo, hay que decir que el criterio con el que debe juzgarse la pérdida de la chance —según así lo exponen la doctrina y la jurisprudencia— debe ser "estricto".

(56) Art. 6º de la ley de la Ciudad; la ley de Mendoza sigue la misma línea, no obstante advertir "que se acredite que la acción u omisión ilegítima le sea imputable directamente a un funcionario o agente del Estado", art. 13. La ley de Entre Ríos, mantiene similar redacción que la legislación nacional. La ley de Santa Cruz indica que "El Estado Provincial será responsable por los daños ocasionados por los Concesionarios de Servicios Públicos o Contratistas del Estado, cuando fuesen consecuencia directa del ejercicio irregular del poder de ordenación, regulación o control sobre el servicio" (art. 2º). Por su parte la ley de Río Negro, sigue la línea nacional al establecer que "el Estado no debe responder, ni aun en forma subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos a los cuales se les atribuya o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada. Asimismo, el Estado no responde por las obligaciones de los concesionarios y contratistas respecto de sus dependientes" (art. 14 Ley 5339).

(57) PERRINO, Pablo al comentar el régimen nacional, en ob. cit. p. 174; Miguel S. Marienhoff, afirmaba que "la explotación del servicio público lo hace el concesionario a su propia costa y riesgo...ello significa que toda la responsabilidad que derive de hechos que concreten el ejercicio del concesión, le corresponde al concesionario...La responsabilidad del concesionario se limita a los daños que causare en ejercicio de la concesión, pero al margen de su texto y contenido" en "Tratado de derecho administrativo", III-B-585; también adopta un criterio restrictivo con relación a la posibilidad de que el Estado se convierta en responsable, Agustín Gordillo, ob. cit. T. 2, cap. XX, ps. 14/16

(58) Una posición que habilita la posibilidad de responsabilizar es sostenida por Alfredo Silverio Gusman en "Daños causados por los concesionarios ¿Puede el Estado eximirse de responsabilidad", en Rev. La Ley del 9/2/15. El autor alude a la necesidad de interpretar el art. 6 de la ley 26944 con "las garantías constitucionales, armonizándolo con el conjunto del ordenamiento jurídico en plenitud...con esa premisa, creo que bajo ningún razonamiento puede derivarse...una veda rígida hacia el reconocimiento de la responsabilidad del Estado por los perjuicios originados por las acciones u omisiones de los concesionarios". Concluye entonces que "la recta exégesis que podría derivarse de la norma...es que el Estado concedente ya no es solidariamente responsable con el concesionario por los perjuicios que éste irrogue...a lo sumo lo que viene a suministrar el art. 6 es una excepción a la regla de la responsabilidad objetiva y directa...", pero ello no implica, según el autor, que frente a una falta de servicio en el ejercicio de la "actividad de control o vigilancia" no pueda responsabilizarse al Estado concedente. En una posición similar puede ubicarse Altamira Gigena, aunque reconociendo que está de acuerdo con la regla

Al detenerse en el análisis de dicha directiva —contenida en la ley 26.944— se afirmó que resultaba viable responsabilizar al estado —extracontractualmente— por daños ocasionados a los usuarios "si se verifica una conducta positiva u omisiva de un órgano estatal en el ejercicio de su función, vinculada a la regulación o al control de dichos servicios, esto es, como consecuencia de la intervención administrativa que importa una concesión de este tipo" **(59)**.

La ley de la Ciudad establece la *naturaleza accesoria del reclamo indemnizatorio* cuando tal pretensión se *encuentra unida a la petición de nulidad de un acto administrativo*. En tal supuesto es viable incluir la indemnizatoria de manera conjunta con la pretensión anulatoria o, finalizado el juicio contra la resolución administrativa en crisis y lograda la declaración de invalidez solicitar la indemnización en un nuevo proceso judicial **(60)**. En este último caso el plazo de prescripción debe computarse desde que la sentencia dictada en el juicio anulatorio queda firme **(61)**.

En lo que se refiere a la *responsabilidad de los funcionarios por su actuación —en caso de dolo o culpa—* la ley local sigue la misma redacción que la ley federal, al indicar: "La acción u omisión de los funcionarios y agentes públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir, sino de una manera irregular, las obligaciones legales que les están impuestas, incurriendo en culpa o dolo, los hace responsables de los daños que causen" **(62)**.

De la lectura de la norma se destaca que nacerá la responsabilidad de los agentes cuando se verifique el factor subjetivo —culpa—; y el daño haya sido ocasionado cuando el empleado estuviera realizando —o también lo es sino lo hiciera debiendo hacerlo— actividades propias del cargo que ejerce y, obviamente, si resultaran contraria al ordenamiento jurídico **(63)**. Ello importa que dicha responsabilidad "es concurrente con la responsabilidad de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" pudiendo el o la damnificada accionar contra el funcionario y/o la Ciudad en el plazo de tres años que se fija como de prescripción.

La doctrina ha indicado que el funcionario público es también responsable civilmente por los daños cometidos en el ejercicio de la fun-

---

inserta en el artículo, pero destaca que "el problema se presenta cuando la empresa concesionaria ha caído en insolvencia y, no obstante ello, continúa prestando el servicio...Si el ejercicio de esa actividad ocasiona daños... En este supuesto hay evidentemente una responsabilidad del Ente de Control y, por ello, debe hacerse cargo de la parte de la condena que, debido a la insolvencia de la empresa concesionaria, no se ha podido cumplir", en "La nueva ley de responsabilidad del Estado y del funcionario", en su intervención en la Academia Nacional de Derechos y Ciencias Sociales de Córdoba, en www.acaderc.org.ar/doctrina, p. 10.

(59) MERTEHIKIAN Eduardo, "La responsabilidad del Estado por la actuación de concesionarios y contratistas de servicios públicos (acerca del art. 6º de la ley 26944)", en la obra colectiva dirigida por el Dr. Horacio Rosatti, "Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético", Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, p. 63.

(60) Art. 8 de la ley de la Ciudad; de igual forma se regula en la ley de Mendoza —art. 9—, Río Negro —art. 16— y la norma nacional en su artículo 8º. Sobre el tema ampliar en Bianchi Alberto, ¿Desde cuándo se computa la prescripción de la acción de responsabilidad del Estado por el dictado de leyes inconstitucionales", Rev. LL 1997-E-502; OROZ, Miguel H. E., "El acto administrativo ilegítimo frente al reclamo de daños y perjuicios. El cómputo de la prescripción", LLBA, 2006-19; CS Fallos 319:1476; 319:1532, entre otros

(61) Tal como señala Mertehikian, ob. cit., p. 188 y nota 36 del mismo, este es el "momento en que para el orden jurídico existe certeza acerca de la invalidez de ese acto".

(62) Art. 9 de la ley de la Ciudad; artículo 9 ley nacional 26.944; de igual manera art. 7º de la ley 3539 de Río Negro. Por su parte en el art. 8, primer párr., de la le ley 10636 de Entre Ríos. Con una redacción similar, Mendoza "El funcionario o agente público es responsable por los daños causados a los particulares por la culpa grave o dolo en el ejercicio de su cargo. Las responsabilidades del funcionario o agente público y del Estado son concurrentes cuando aquellos hubieren obrado con dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas; de lo contrario, sólo responderá el Estado frente a terceros" (art. 16).

(63) PERRINO, Pablo, ob. cit., p. 217. El autor, al detenerse en la regulación nacional, indica que quedarían incluidos los funcionarios o empleados de los tres poderes del Estado, como también lo de los "órganos extrapoderes", limitando la inclusión para el caso de los jueces y legisladores.

ción, pero en la práctica su responsabilidad no es efectivizada por cuanto los interesados demandan directa y exclusivamente al Estado, obteniendo de tal modo el resarcimiento de sus daños; el Estado, por su parte, no siempre reclama de sus agentes por los daños cometidos por estos respecto de terceros y que lo obligan eventualmente a indemnizar **(64)**.

Es correcta la necesidad de deslindar aquellos daños que son consecuencia de la actuación ostensiblemente ineficiente de los agentes públicos —que en algunos supuestos encierran prácticas corruptas— de aquellos por los que responde estrictamente el Estado, aun sabiendo que dicha tarea es complicada ya que —como se adelantó— la incorrecta actuación de los agentes públicos se diluye en la responsabilidad de la persona jurídica pública en la cual desempeñan sus funciones, quedando así —en la mayoría de las veces— sin sanción disciplinaria alguna —menos aun un recupero de lo pagado con el tesoro estatal— **(65)**. Pero esta última dificultad no puede justificar o amparar al Estado en la adopción de conductas erráticas o pasivas vinculadas al deber de investigar, acreditar y sancionar o denunciar las actuaciones irregulares de sus funcionarios —muchas veces delictivas—. Las omisiones o negligencias que lamentablemente se verifican en este ámbito de la gestión estatal compromete fuertemente el principio republicano e importa la transgresión a directivas constitucionales y el incumplimiento de tratados internacionales sobre la materia **(66)**.

Por último, como en general lo han hechos las restantes leyes locales **(67)**, en la normativa de la Ciudad se postula *la aplicación "supletoria" de esta a las relaciones contractuales* **(68)**. Una regulación diferente, sobre el tópico, escogió la ley de responsabilidad de la provincia de Mendoza al disponer que la "responsabilidad contractual del estado" se rige "por lo dispuesto en las normas específicas. En silencio de estas, se aplican analógicamente las disposiciones que guarden mayor semejanza con el caso no previsto en aquellas, sean del derecho público local, del federal o del derecho común" **(69)**.

También se detiene la ley de la Ciudad en la regulación del *plazo de prescripción para accionar*, el que establece en tres años siguiéndose así a la ley nacional **(70)**.

---

(64) GORDILLO Agustín, ob. cit., t. 8 ps. 551/552. Allí el autor cita a Hauriou: "No hay apenas materias de derecho público más importantes que éstas de la responsabilidad pecuniaria de las administraciones públicas y de los funcionarios. Ellas no tienen solamente un interés de orden constitucional. Ni se trata solamente de saber si la víctima de un daño será indemnizada más o menos seguramente; hay también, y sobre todo, una cuestión de garantía constitucional de la libertad; si, desde un punto de vista administrativo, puede parecer ventajoso que la víctima del daño sea incitada a perseguir a la administración más bien que al funcionario, desde un punto de vista constitucional, se debe desear que la costumbre de perseguir personalmente a los funcionarios ante los tribunales judiciales no sea completamente abandonada, porque la eventualidad de la responsabilidad pecuniaria es todavía el mejor medio que se ha encontrado para impedir las prevaricaciones de los funcionarios".

(65) Los sistemas de control provincial que contienen los procedimientos específicos de "juicios de responsabilidad" y de "cuentas" brindan una solución más que apropiada para resguardar los fondos públicos y hacer responsable pecuniariamente a los funcionarios que ejercen sus funciones de manera irregular. Así puede citarse la Provincia de Buenos Aires y su "Tribunal de Cuentas" previsto en el art. 159 de la Constitución Provincial y art. 3 de la ley 13.767 y arts. 15, 17 al 25 y art. 44 de la ley 10.869 —Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas—; en similar dirección art. 1º, 11, 19 de la Ley 513-1969 (T.O. 635-1989) de la Provincia de La Pampa; art. 126 y 127 de la Constitución Provincial de Córdoba y Ley 7630/1987 que regula las funciones en el Tribunal de Cuentas; de igual forma arts. 161, 162, 163, 166 y 169 de la Constitución Provincial de Río Negro y art. 11 y concordantes de la ley k 2747 de Tribunal de Cuentas de dicha provincia.

(66) Ley 24.759 (BO. del 17/1/97) aprueba "Convención Interamericana contra la Corrupción"; ley 26.097 aprueba "Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción" (BO. del 9/6/2006). Ampliar sobre la temática en "Administración Pública y Corrupción" —Dir. Lamoglia Carlos Marcelo-Rodríguez García Nicolas—, Ed. Scotti, Buenos Aires, 2017.

(67) Art. 10 de la ley 10.636 de Entre ríos; art. 19 Ley de Río Negro Nro. 5339.

(68) Conf. art. 10 de la ley de la Ciudad.

(69) Art. 17 de la ley 8968.

(70) Las leyes de Entre Ríos y de Mendoza, en lo que se refiere al plazo para demandar, remiten a las reglas del Cód. Civ. y Com. (conf. art. 7º de la ley de Entre Ríos y art. 4º de la ley de Mendoza).

Un dato significativo —y no por ello menos importante— es la obligación que estableció la legislatura porteña de publicar las sentencias dictadas sobre la materia.

III. Apreciaciones sobre la ley en comentario

La responsabilidad estatal y su correcta configuración, como una garantía que ampara a todas las personas frente a las actividades —o inactividades— dañosas que desarrolla el Estado, cuenta en nuestros días con abundante producción jurisprudencial y doctrinaria que sostienen el instituto jurídico en cuestión y posibilita su aplicación sin la necesidad de una ley previa, dado que los principios constitucionales en los que se funda —deber de no dañar, igualdad, propiedad— hacen viable sin más su invocación **(71)** para obligar al Estado a indemnizar. La responsabilidad estatal se forjó, modeló y aplicó por muchos años sin una ley especial, lo cual no la hizo por ello menos confiable.

Ahora bien, en nuestro país, se han perfilado desde hace bastante tiempo los distintos aspectos que encierra el mencionado instituto jurídico (su procedencia y recaudos en cada uno de los supuestos, la extensión del rubro indemnizatorio, el *quantum* de este último, sus límites y también los eximentes de responsabilidad) por lo que adherimos a la posibilidad de su recepción legal en cada una de las provincias, en atención al carácter local de la responsabilidad del Estado de acuerdo con el criterio forjado por la CS.

Utilizando las palabras del proyecto que originó la ley, la normativa permite evitar "el riesgo de diferentes interpretaciones y el alcance de la responsabilidad estatal regida por el derecho público..." y, además, es una competencia propia e irrenunciable de los órganos legislativos la de proyectar las reglas en tal sentido.

Las regulaciones de los distintos institutos jurídicos que conforman el ordenamiento siempre son bienvenidas en un sistema jurídico que se asienta, en su mayor parte, en normas de derecho escritas. Ahora bien, cuando se adopta tal camino, se espera del legislador un análisis detenido de las distintas aristas que contienen las hechos y situaciones que se buscan reglar, sin dejar de confrontar con las experiencias ya existentes —algunas de ellas sumamente logradas— como también los debates jurisprudenciales y doctrinarios que se han venido desarrollando sobre la temática. Ello con el fin de alcanzar una ley lo suficientemente razonada que instaure en su articulado el esperado equilibrio en la relación Estado-derechos; más aquí donde la lesión en el patrimonio de la persona no responde a una conducta a su cargo y el derecho de propiedad tiene base constitucional.

La ley en comentario contiene la fortaleza de haber avanzado, pero sin resolverlo definitivamente, en algunos aspectos que su similar en el ámbito nacional no había regulado y que mereció prontamente observaciones por parte de la doctrina. Así, la ley 6365 habilita el reconocimiento de una indemnización más amplia en lo que se refiere a la responsabilidad del estado por actividad lícita, pero la amplitud no es la esperada. La limitación de la indemnización en los supuestos de responsabilidad del Estado por actividad legítima deviene, en estos tiempos, como observable y en contraposición a los principios jurídicos y pautas jurisprudenciales que propugnan la necesidad de reparar de una manera integral a quien acreditó una lesión a sus derechos; condicionada, por cierto, a las particularidades del juicio y a las distintas conductas que asumieron en el proceso las partes para sostener y acreditar los daños invocados.

De igual forma, la redacción de la ley en lo que se refiere al alcance de la indemnización en la responsabilidad del Estado por actividad ilegítima no resulta satisfactoria. La directiva —como lo adelantamos— sobre que deben ser satisfechos todos los daños que se prueben aparece una regla innecesaria para guiar al tribunal; en este punto es preferible la pauta que contiene la ley mendocina que habla de una reparación "plena" o, en su caso, la de Río Negro, que establece: "Las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación se aplicarán en forma supletoria en lo atinente al daño resarcible en los supuestos de Responsabilidad Ilegítima del

(71) Son varias las provincias que en sus textos constitucionales cuentan con directivas concretas sobre la responsabilidad estatal, entre otras podemos citar a Córdoba (art. 14), Santa Fe (art. 18), San Juan (art. 43), Salta (art. 5), Río Negro (art. 55).

Estado" **(72)**, en ambas leyes provinciales, más que una cuestión de probanzas —que obviamente es necesaria— proponen una guía clara al momento de establecer el resarcimiento, esto es la reparación integral y plena.

La inclusión —como lo postulaba la doctrina— de hacer responsable al Estado ante la falta de control en los servicios públicos que prestan los concesionarios o contratistas, importa una apertura que merecerá una correcta verificación de las obligaciones y deberes asumidas por el Estado al momento de otorgar la gestión del servicio al contratista estatal.

Perduran en la ley aquellas debilidades que habían sido apuntadas en la legislación nacional sobre la elección del factor de atribución para responsabilizar al Estado por su actividad ilegitima ("falta de servicio") o para la legítima ("sacrificio especial") sin referir a otras categorías que también pudieron ser consideradas para sostener el deber de responder (v.gr. el "riesgo de la cosa"). Distinta fue la postura de la ley mendocina, sobre el punto, que avanzó regulando expresamente la "responsabilidad por el riesgo o vicio de la cosa" y la "responsabilidad derivadas por ciertas actividades peligrosas", ocupándose, además, de la "responsabilidad de los establecimientos educativos".

Por su parte, la prohibición expresa, sin más, a las reglas del Cód. Civ. y Com. aparece como una debilidad ya que la norma civil contiene reglas precisas sobre diversos institutos jurídicos que son compartidos en la responsabilidad estatal. La aplicación analógica —aun frente a la prohibición apuntada— es la más aceptable tal como lo propician la doctrina, siempre que se realice considerando las circunstancias particulares que contiene el derecho público.

En síntesis, la Ciudad decidió sancionar su ley de responsabilidad extracontractual del Estado, corresponde ahora a los distintos actores involucrados aplicarla sin perder de vista que la responsabilidad estatal forma parte de una garantía para los particulares, que su fundamento es de orden constitucional y por ello ocupa un lugar neurálgico para la configuración y permanencia del Estado de derecho.

(72) Art. 6 ley 5339.

El control judicial y la responsabilidad del Estado en materia regulatoria

Sofía L. Bonel Tozzi

Sumario: I. Introducción.— II. Necesidad: estándar de razonabilidad.— III. Discrecionalidad y elementos reglados del acto.— IV. Control judicial: la exclusión del mérito, oportunidad y conveniencia; la inclusión de la motivación.— V. Consecuencia: responsabilidad del Estado por su actividad ilícita o lícita.— VI. Conclusiones.

I. Introducción

En el contexto actual, la discusión sobre los poderes públicos y la legitimidad de su incidencia sobre los derechos individuales protagoniza los escenarios de debate público. En este trabajo, intentaré abordar la cuestión desde una mirada técnica y jurídica, con el objetivo de ser extremadamente sintética —a fin de ello, se evitará describir hondamente el estado de la cuestión, aunque me esforzaré por remitir a fuentes en que ello esté profundamente trabajado—.

Es sabido que la finalidad del Estado es atender el interés público, el bien común, el bienestar general **(1)**. No obstante, alegar como justificación de la restricción de derechos individuales el interés público, sin más, es claramente precario. Es preciso que se justifiquen las intervenciones del poder público. Esta necesidad surge del principio de la libertad, inspirador de nuestro texto constitucional, concebido como parte de una práctica social **(2)**.

Entonces, el poder público debe ser ejercido con la finalidad señalada y a esos efectos se organiza institucionalmente, a partir de la división y separación de funciones. Como consecuencia, los actos jurídicos y operaciones materiales que lleva a cabo podrán identificarse con funciones: administración, jurisdicción, legislación **(3)**.

De acuerdo con el criterio al que adhiero en esta materia, las funciones referidas pueden ser ejercidas por los tres poderes, Ejecutivo, Legislativo y Judicial, aunque cada uno de ellos tiene asignada de manera predominante una función y operan restricciones severas en el ejercicio de aquellas que le son ajenas **(4)**.

---

(1) La noción de bienestar general es preferida porque permite reducir la laxitud e imprecisión que recae sobre el sintagma interés público. Efectivamente, puede reconstruirse sobre la base de todas las remisiones del propio texto constitucional. En igual sentido, COMADIRA, Fernando, "Apuntes sobre la función administrativa y los criterios para delimitarla", El Derecho Diario de Doctrina y Jurisprudencia N° 13973, 2016, p. 1. Ello puede acercarnos a una concepción del bienestar general -equiparado aquí al "interés público"- desde un enfoque de derechos. Tal como señala Carlos Balbín, el interés público que justifica las intervenciones públicas está conformado por derechos, y solo puede justificarse la restricción de unos derechos sobre la garantía de otros. Ver: Tratado...

(2) Para revisar el concepto de derecho como una práctica social a través de la identificación de una regla de reconocimiento, ver el desarrollo del convencionalismo jurídico de Herbert Hart: HART, Herbert, "El concepto de derecho", Genero Carrió (Trad.), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990.

(3) COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), "Curso de Derecho Administrativo", Abeledo Perrot, Ciudad de Buenos Aires, 2018, ed. 2° reimpresión, p. 3.

(4) Para analizar los distintos criterios doctrinarios y jurisprudenciales en torno a la separación de funciones, he desarrollado en punto en "La fuente constitucional de las prerrogativas públicas en el contrato administrativo. Primera parte" El Derecho — Revista de Derecho Administrativo, 2020-IV. Allí obra remisión a grandes obras que abordan profundamente la cuestión.

En ejercicio de sus funciones, los poderes toman medidas que regulan los derechos de las personas. La actividad regulatoria del Estado puede ser más o menos intensa de acuerdo con múltiples factores. Lo cierto es que ante circunstancias que atentan contra la estabilidad de manera extraordinaria o atípica, la intensidad de la regulación suele incrementarse. Recientemente, por ejemplo, el surgimiento de la enfermedad COVID-19 y su calificación como pandemia por la Organización Mundial de la Salud generaron la necesidad de tomar medidas por parte de los Estados para proteger la salud pública. El punto es que las decisiones del Poder Ejecutivo, con el fin de proteger la salud, impactaron en la vida y la libertad de la ciudadanía.

Llegados a este punto, las preguntas que se imponen son numerosas: ¿existen límites a la actividad regulatoria del Estado?, ¿cuáles son esos límites?, ¿quién es el encargado de imponerlos?, ¿quién es el encargado de supervisar que se cumplan?, ¿cuál es la consecuencia de su incumplimiento?

Esos interrogantes, amplios y por tanto imprecisos, demandan estudios de distinta naturaleza. En este trabajo, abordaré solamente algunas cuestiones vinculadas con el control judicial a partir de un especial estándar y con la responsabilidad del Estado. Concretamente, ¿deben los jueces controlar los actos regulatorios sobre el estándar de la necesidad? Y, si la respuesta es afirmativa, ¿puede haber responsabilidad del Estado como consecuencia de un acto innecesario que genera un daño?

Puntualmente, me interesa destacar que, en el marco del control judicial de constitucionalidad argentino —tal y como está reconocido actualmente por la Corte Suprema de Justicia local—, los tribunales deben controlar los actos regulatorios sobre la base de la necesidad, entendida como subprincipio de la proporcionalidad; y que ante actos innecesarios —por no cumplir el estándar antedicho— el acto sería ilegítimo y podría dar lugar a la responsabilidad del Estado.

Para abordar la primera cuestión, haré un repaso por la discrecionalidad administrativa —como modalidad de ejercicio de la competencia— y el control judicial a través de los elementos reglados del acto. Sostendré que la razonabilidad debe quedar demostrada en la motivación de todo acto y, puntualmente, deben brindarse razones sobre la necesidad de restringir, con la intensidad en que se lo hace, los derechos que por su intermedio se restringen. Por eso, adelanto mi conclusión respecto del deber de los jueces de controlar los actos regulatorios desde la perspectiva de la necesidad como parte de la razonabilidad.

Para desarrollar la segunda cuestión, tomaré los requisitos exigidos por la Ley de Responsabilidad del Estado para que ella proceda. Sostendré que la respuesta al interrogante depende, en gran medida, de la calificación del acto como legítimo o ilegítimo. A la luz de lo concluido en la primera parte, si el acto fue dictado sin el análisis de necesidad, el juez debería calificarlo como ilegítimo.

Por último, para finalizar, sostendré que normativa y jurisprudencialmente están establecidos los pilares para que opere el control judicial referido. Normativamente, desde la perspectiva constitucional y desde la perspectiva legal —Ley Nacional de Procedimiento Administrativo 19.549—. Jurisprudencialmente, el criterio clásico de la Corte Suprema de Justicia de la Nación relativo a que cuestiones de mérito, oportunidad y conveniencia quedan excluidos de su control queda incólume puesto que de lo que se trataría es de un escrutinio sobre el elemento reglado del acto, motivación. Esto implica el examen sobre las razones brindadas para decidir **(5)**, no sobre el objeto del acto, sobre el contenido de la decisión y tampoco procede la sustitución de criterio.

De lo que se trata es de controlar la motivación de un acto de un poder público sobre la

(5) NINO, Carlos Santiago, "Fundamentos de derecho constitucional", Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016, 1ª ed., p. 696: "Hay por cierto una línea fina entre la determinación de que haya una verdadera razón y que haya una razón verdadera, pero no por ser tenue el límite los jueces pueden ignorarlo; así como deben mantenerse firmes en que, a los efectos de su decisión, su juicio sobre la validez de la razón de una solución está diferido al proceso democrático, deben ser más firmes todavía en exigir a ese proceso que articule las razones de sus decisiones, de modo que puedan ser objeto de la deliberación colectiva".

base del principio de libertad de las personas y sobre el respeto de los derechos individuales.

II. Necesidad: estándar de razonabilidad

El estándar de razonabilidad o proporcionalidad permite evaluar una decisión, antes o después de tomarla, a partir del vínculo que opera entre el fin buscado y el medio utilizado. El fundamento de la razonabilidad reside en la preservación de la libertad de las personas, con lo cual la potestad de regulación de su ejercicio debe ser prudente, en la búsqueda del bienestar general **(6)**.

En cuanto a la exigencia constitucional de nuestro sistema jurídico sobre un análisis de este tipo en la toma de decisiones, podría recorrerse el texto constitucional y detectar que él asume la razonabilidad como tal. "Es evidente que, en la concepción del constituyente, las crecientes necesidades sociales y los recursos económicos públicos escasos, conforman una combinación que obliga a desarrollar una arquitectura jurídico-administrativa que posibilite el logro del bien común, sin perder de vista la necesidad de que vayan acompañados de requerimientos de mayor eficiencia. Esta circunstancia se ve reflejada en diferentes planos que, yuxtapuestos e interrelacionados los unos con los otros, confluyen siempre en la axiología apuntada. Así, por ejemplo, el principio de eficiencia contribuye a la realización de la forma representativa y republicana de gobierno (conf. art. 1º, CN); se asocia la eficiencia con el principio de razonabilidad que consagra el art. 28, CN y, más concretamente y en cuanto aquí interesa, con el art. 42, CN, que obliga a las autoridades de la Nación a proveer servicios públicos de calidad y eficiencia que, podría sostenerse, se trata de un requerimiento que puede ser extendido como recaudo para el accionar estatal en su totalidad" **(7)**.

Como se puede notar, la evaluación de la necesidad de una intervención restrictiva de derechos convoca un análisis de eficiencia. En este sentido, se sostuvo que es equiparable al óptimo de Pareto, en teoría económica, según el cual "una situación es eficiente cuando no puede operarse ningún cambio posible que mejore la posición de alguien sin desmejorar la posición de otro" **(8)**. Para examinar si una medida es necesaria o no, habrá que evaluarla comparativamente con otra que, desde una perspectiva de eficacia, realización del fin, temporalidad y probabilidad sea equivalente **(9)**.

Antes de tomar la decisión, el estándar puede funcionar como una manera de garantizar la eficacia y eficiencia del acto que la concretará. Después de la toma de decisión, opera como una vara de control.

En cuanto a la distinción entre los conceptos de razonabilidad y proporcionalidad, es preciso aclarar que se toman en este trabajo en idéntico sentido **(10)**.

La estructura del principio de razonabilidad se integra por tres subprincipios, cuyo análisis se caracteriza por ser escalonado. Así, en primer lugar, se examina la adecuación del medio a fin; en segundo lugar, la necesidad del medio escogido; en tercer lugar, la proporcionalidad en sentido estricto.

(6) Para revisar este punto se puede ver BOULIN VICTORIA, Ignacio, "Decisiones razonables", Marcial Pons, Buenos Aires, 2013, p. 77.

(7) MASSIMINO, Leonardo, "Un aporte desde la LNPA para el dictado de actos de alcance general eficientes (en especial, en el campo de la intervención administrativa en las industrias de redes naturalmente monopólicas)", Derecho Administrativo Austral, Ad Hoc, Buenos Aires, 2008, 1, p. 262.

(8) BERNAL PULIDO, Carlos, "El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p. 934.

(9) Ibidem, p. 941.

(10) SAPAG, Mariano "El principio de proporcionalidad y razonabilidad como límite constitucional de poder al Estado: un estudio comparado" Dikaion vol. 17 Disponible en http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1401: "...se suele hablar de razonabilidad en los Estados Unidos y otros países latinoamericanos, como en Argentina; y de proporcionalidad en Europa continental. En Estados Unidos alrededor de la cláusula del debido proceso legal sustantivo", p. 162 nota 13; "Aun cuando pueda realizarse alguna diferencia conceptual entre la noción de razonabilidad y el principio de proporcionalidad del derecho continental, suele admitirse un concepto más general y polivalente del "juicio de razonabilidad" que abarcaría, más allá de las fórmulas que se utilizan, todo control respecto del contenido del acto.", p. 181.

El carácter escalonado del razonamiento indica que, si la medida evaluada no supera el test de adecuación, no es preciso continuar con su examen, pues ya puede ser calificada como irrazonable.

Puntualmente, me ocuparé del subprincipio de necesidad. La determinación de una medida como necesaria requiere del análisis del medio escogido por el órgano decisor. Así, una vez determinada la adecuación del medio establecido, se revisa la intensidad restrictiva que tiene sobre los derechos y, en un análisis comparativo, se establece si existe otro medio igualmente idóneo que sea menos restrictivo de derechos.

Entonces, el medio establecido presenta una relación positiva con el fin y una relación negativa con los derechos que restringe. Estas relaciones son analizadas entre sí y respecto de otros medios hipotéticos.

II.1 Imprecisiones del subprincipio de necesidad: regla indicativa

A pesar de que la exposición teórica del esquema aparece sencilla, la aplicación de este estándar genera numerosos y complejos interrogantes: ¿cómo se mide la igual idoneidad técnica de un medio respecto de otro?, ¿cómo se evalúa la intensidad de la restricción?, ¿la evaluación debe ser hecha *ex ante* de la decisión?, ¿puede reeditarse el examen al momento del control o debe ser efectuado sobre la evaluación anterior —*ex ante*—?, etcétera.

La regla del examen del medio alternativo menos gravoso, de la necesidad, dista de ser precisa. Apuntaré algunos problemas sin pretensión de ser exhaustiva al respecto. Seguramente, podríamos reconstruir más.

En primer lugar, no es clara la delimitación de los derechos que deben tenerse en cuenta ante la posibilidad de su afectación. No es claro si solamente se debe tomar en cuenta el derecho o los derechos que restringe de manera directa o también debe evaluarse la cantidad de derechos sobre los que puede impactar indirectamente. Entonces, no se puede precisar cuál es el medio alternativo menos restrictivo, si aquel que restringe menos intensamente el derecho sobre el que impacta de manera directa o el que impacta con menor intensidad, pero sobre más cantidad de derechos —externalidades negativas—.

En este sentido, se ha sostenido: "La razón de la cuestionabilidad de la fuerza decisoria de la regla del examen del medio alternativo menos gravoso parte de la falta de determinación de los parámetros desde los cuales se debe examinar el carácter menos gravoso del medio alternativo; a saber, 'en general', 'en promedio' o en el 'caso concreto'" **(11)**.

En segundo lugar, la determinación del universo de medios posibles puede ser una tarea de imposible concreción. No puede pensarse que la evaluación de los medios alternativos puede abarcar todos los existentes. Pues la imposibilidad material de ello deriva de la relativa ignorancia de los hechos y de la consecuente indeterminación relativa de propósitos **(12)**. Si no es posible acceder al conocimiento de la totalidad de alternativas posibles, puede darse que la selección de la alternativa hubiera sido otra en caso de haber contado con la información completa y total. Sin perjuicio de ello, ciertamente tal supuesto implica un contrafáctico y es irrealizable **(13)**.

En tercer lugar, existe el problema de la "practicabilidad" **(14)** de la alternativa. En efecto, puede presentarse una alternativa menos lesiva de derechos que resulte en la práctica de la función administrativa irrealizable por su complejidad o su impacto en el recurso temporal.

(11) CLÉRICO, Laura, "El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional", Eudeba, Ciudad de Buenos Aires, 2009, p. 117.

(12) HART, Herbert, ob. cit., p. 160.

(13) "El legislador debe considerar una cantidad de casos. Sin embargo, aunque trate de considerar la mayor cantidad de supuestos posibles, no podría considerar todos los potenciales, ya que no podría terminar de prever todos los cambios relevantes de las circunstancias del caso." CLÉRICO, Laura, ob. cit., p. 130.

(14) "El Tribunal Constitucional Federal, al menos en este contexto, entiende por "practicabilidad" los "efectos reales o concretos" de la implementación de un medio que se relacionan con el factor tiempo y con las dificultades para la administración." CLÉRICO, Laura, ob. cit., p. 134.

Estos problemas permiten afirmar que la evaluación a partir del estándar de necesidad no siempre arroja una sola respuesta.

No obstante, habrá casos claros y casos dudosos. Ante los primeros, la detección del carácter más lesivo del medio establecido permitirá su descalificación. Ante los segundos, la vara de necesidad no se configura como un criterio de decisión. En tales supuestos, el órgano decisor deberá evaluar la eficiencia y eficacia por vía de otros elementos que coadyuven a la definición. En cuanto al control sobre ella en este último caso, hay criterios diversos que serán analizados en el apartado IV.

III. Discrecionalidad y elementos reglados del acto

La discrecionalidad puede conceptualizarse como una modalidad de ejercicio de la competencia. Efectivamente, se trata de un grado menor de restricción o, su contracara, un mayor grado de amplitud en la atribución que la norma hace a un órgano cuando lo configura.

La distribución del poder público —concretada primeramente en el texto constitucional, en el capítulo pertinente de autoridades de la Nación— asume modalidades diversas. Luego, las normas disponen la descentralización y la desconcentración de competencias, a partir de la creación de órganos. Cuando se atribuye el conjunto de competencias a un órgano, dicha atribución puede asumir un carácter más o menos reglado.

Efectivamente, se ha afirmado que la discrecionalidad se distingue del carácter reglado cuantitativamente y no cualitativamente. Esto implica que se trata de una diferencia del grado de amplitud con que puede ejercer la competencia el órgano o, dicho de otro modo, el grado de restricción que tendrá. Así, sostuvo ilustrativamente el Alto Tribunal: "Si bien en algunos supuestos el ordenamiento jurídico regula la actividad administrativa en todos sus aspectos, en otros el legislador autoriza a quien debe aplicar la norma en el caso concreto para que realice una estimación subjetiva que complete el cuadro legal y condicione el ejercicio para ese supuesto de la potestad atribuida previamente o de su contenido particular al no imponerle por anticipado, la conducta que necesariamente debe seguir" **(15)**.

El hecho de caracterizar la diferencia entre las modalidades tratadas como cuantitativa implica dejar de lado una concepción que las distinguía desde una perspectiva cualitativa. Ello ha permitido dejar atrás la idea de la discrecionalidad como libertad de acción por parte del órgano decisor, exenta de limitaciones y excluida del control y fiscalización. Así lo destaca la jurisprudencia: "La esfera de discrecionalidad susceptible de perdurar en los entes administrativos no implica en absoluto que estos tengan un ámbito de actuación desvinculado del orden jurídico o que aquella no resulte fiscalizable (...)". "Superada la antigua identificación entre discrecionalidad y falta de norma determinante o laguna legal por considerarse que la libertad frente a la norma colisionaría con el principio de legalidad se ha admitido que la estimación subjetiva o discrecional por parte de los entes administrativos solo puede resultar consecuencia de haber sido llamada expresamente por la ley que ha configurado una potestad y la ha atribuido a la administración con ese carácter, presentándola como libertad de apreciación legal, jamás extralegal o autónoma" **(16)**.

De la diferencia señalada surge como consecuencia que el acto dictado por una autoridad con arbitrariedad, por un órgano incompetente, a partir de hechos o normas que no dan sustento a la decisión, sin respetar el procedimiento previo, de manera desproporcionada, con un fin que no se identifica con la satisfacción del interés público o, específicamente, con la finalidad a él atribuida, implica una infracción al ordenamiento jurídico que no puede ser catalogada como ejercicio de facultades discrecionales.

Puede afirmarse que el acto que trasunta competencias absolutamente regladas implica la concreción mecánica de la norma al caso concreto, sin ningún espacio para la apreciación de su titular. Se trata de un acto de subsunción absoluta, solo basta con identificar que el supuesto fáctico encuadra en la descripción de la clase prevista por el antecedente normativo.

(15) CS, Fallos 315:1361

(16) CS, Fallos 315:1361.

Con lo cual se produce la aplicación normativa y el ejercicio de la competencia demanda un accionar cuasi automático.

En cambio, cuando un acto implica el ejercicio de discrecionalidad, existe un ámbito en que la norma deja espacio para que la apreciación del titular del órgano determine ciertas cuestiones. Esto, como es notable, implica el traslado de competencia y la decisión autoritativa del sujeto que deberá "completar" ese "vacío" normativo.

Al respecto, considero que esta diferencia entre modalidades de ejercicio de la competencia trasunta una perspectiva de ejercicio del poder que, dentro de sus confines, debe ser tenida en cuenta y respetada en la instancia de fiscalización. "La actividad discrecional es necesaria para el desarrollo eficiente, eficaz, rápido, económico y sencillo del cauce procedimental y ejecutivo que el ejercicio de la función administrativa presupone para el cumplimiento de los intereses tutelados" **(17)**.

A partir de las nociones vertidas, se han ofrecido múltiples técnicas de control sobre el ejercicio discrecional de competencias. Se sostuvo que pueden sintetizarse en cuatro **(18)**: los principios generales del derecho, los conceptos jurídicos indeterminados, la teoría de los hechos determinantes y los elementos reglados del acto.

Los elementos reglados del acto, como integrantes del acto administrativo tradicionalmente estudiado a partir de su composición, permiten un detalle analítico que revela cómo se estructura la decisión y permite un escrutinio para identificar la legitimidad o, en su caso, dónde se encuentra el vicio. La revisión pasa por el elemento competencia, la causa —en su faz fáctica y normativa—, el procedimiento o la forma, la motivación, el objeto y el fin. Al respecto, la CS ha sostenido: "El control judicial de los actos denominados tradicionalmente discrecionales o de pura administración encuentra su ámbito de actuación en los elementos reglados de la decisión, entre los que cabe encuadrar, esencialmente, a la competencia, la forma, la causa y la finalidad del acto, se traduce así en un típico control de legitimidad ajeno a los motivos de oportunidad, mérito o conveniencia" **(19)**.

La motivación es la explicitación de las razones de hecho y de derecho que dan lugar a la decisión plasmada en el objeto del acto. Implica retomar los elementos antecedentes —causa de hecho y de derecho— y explicar cómo ellos se relacionan con la decisión que se toma y el modo en que esa relación la justifica.

En este sentido, la jurisprudencia sostiene que existe una relación inversamente proporcional entre la discrecionalidad y el deber de motivación: "En cuanto a la motivación del acto, es preciso tener en cuenta la doctrina de la Corte que indica que en el ámbito de las facultades discrecionales de la Administración es donde aquel requisito se hace más necesario y que no existen formas rígidas para el cumplimiento de la exigencia de la motivación explicita del acto administrativo, la cual debe adecuarse, en cuanto a la modalidad de su configuración, a la índole particular de cada acto administrativo (Fallos: 324:1860)" **(20)**.

Se trata de que el ejercicio del poder público siempre debe ser razonable y poder ser explicado a través de los canales dispuestos por la norma. El cauce normativo del ejercicio de las potestades públicas permite que el Estado sea un Estado de derecho. Con lo cual, ningún acto como ejercicio de poder público puede carecer o estar al margen de los elementos reglados del acto. En efecto, así se sostuvo frente al ejercicio de competencias que, a simple vista, podían tomarse como un "cheque en blanco" para la apreciación subjetiva del órgano competente. Me refiero a la decisión sobre la continuidad laboral de un agente en período de prueba: "Por las consideraciones que efectuare´ a continuación adelanto que, a mi juicio, no puede sostenerse válidamente que el ejercicio de las facultades

(17) SESÍN, Domingo J., "Administración Pública, actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial, Análisis jurisprudencial", Lexis Nexis, Buenos Aires, 2ª. ed., p. 113.

(18) MOCOROA, Juan M, "Deferencia judicial y discrecionalidad, tesina de Maestría en Derecho Administrativo", Universidad Austral, 2020, p. 51

(19) Fallos 315:1361.

(20) Dictamen del Procurador General en CS "González Lima..." Fallos 329:4577.

discrecionales, por parte del órgano administrativo, para cancelar la designación de un agente durante el período de prueba (según le autoriza el art. 25 del CCT) lo eximan de verificar los recaudos que para todo acto administrativo exige la ley 19.549, como así también respetar el sello de razonabilidad que debe acompañar a toda decisión de las autoridades públicas (...). En suma, la circunstancia de que la entidad administrativa obrare en ejercicio de facultades discrecionales, en manera alguna puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria, como tampoco de la omisión de los recaudos que, para el dictado de todo acto administrativo, exige la ley 19.549. Es precisamente la legitimidad —constituida por la legalidad y la razonabilidad— con que se ejercen tales facultades, el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dichas exigencias (doctrina de Fallos: 307:639 y 320:2509)" **(21)**.

Recientemente, la CS reiteró su postura al respecto y distinguió el control judicial sobre los elementos reglados de un acto ejercido con discrecionalidad de la sustitución del objeto del acto, lo que implicaría la violación de división de poderes: "9°) Que lo antedicho no equivale a reconocer que el ejercicio de facultades discrecionales por parte del organismo administrativo sea ajeno al escrutinio judicial. La jurisprudencia de este Tribunal es concluyente en sostener que el control de los actos primordialmente discrecionales encuentra su ámbito de actuación, por un lado, en el respeto de la legalidad, conformada por los elementos reglados de la decisión (entre los que cabe encuadrar, esencialmente, a la competencia, la forma, la causa y la finalidad del acto) y por otro, en el examen de su razonabilidad o ausencia de arbitrariedad. En ese orden, también se señaló que es la legitimidad (constituida por la legalidad y la razonabilidad) con que se ejercen las facultades discrecionales, el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar su cumplimiento, sin que ello implique la violación del principio de división de los poderes que consagra la Constitución Nacional" **(22)**.

Entonces, en el elemento motivación cuando se explican las razones que justifican la decisión tomada debe concurrir el análisis de proporcionalidad y, más específicamente, el análisis de la intervención que la decisión supone sobre derechos fundamentales y la imposibilidad de reducir esa injerencia. Dicho de otro modo, en la motivación el órgano decisor debe dar cuenta de que el objeto del acto trasunta el medio alternativo menos gravoso.

Como vimos en el apartado previo, la regla del medio alternativo menos gravoso no siempre se configura como un criterio de decisión. A veces solo opera como una regla indicativa que debe ser complementada con otras reglas de eficiencia en la estructura decisional. No obstante, el detalle analítico de los medios alternativos que fueron tomados en cuenta, sus posibles o potenciales efectos y las razones que llevaron a optar por el medio establecido integran el elemento motivación.

Especial relevancia asume el análisis de costos y beneficios como integrante del principio de proporcionalidad. Efectivamente, como se ha explicitado en el apartado II, el estudio de la proporcionalidad y, puntualmente, de la necesidad como regla del medio menos gravoso trasunta un estudio sobre la eficiencia **(23)**.

De este modo, la motivación como elemento reglado del acto aparece como la vía de fiscalización sobre el estudio y evaluación efectuados por el órgano decisor previo a tomar una medida y a escoger un medio dentro de las alternativas posibles. A partir de él, se desarrolla el control judicial. Entonces, como se precisará en

(21) Dictamen de la Procuradora General en CS "Schneidermann..." Fallos 331:735.

(22) CS, Voto del vocal Rossatti en Fallos 343:990.

(23) "Es decir, la proporcionalidad traduce la necesidad de un equilibrado comportamiento de la intervención administrativa que contemple una equitativa relación entre medios y fines, entre presupuestos y consecuencias y, más en general, entre intereses públicos y privados en juego (...) el texto de nuestro artículo 7º, inc. f) de la LNPA posee la riqueza necesaria a efectos de justificar un análisis de eficiencia con los alcances que postulamos precedentemente, el cual, como ya hemos afirmado, se exterioriza a través de la motivación del acto." MASSIMINO, ob. cit., p. 299.

el apartado siguiente, el deber del poder judicial está dado por el control de los elementos reglados del acto y, en el marco de su jurisprudencia, este excluye el avance sobre el mérito, la oportunidad o la conveniencia de las decisiones. No obstante, no debe confundirse el confín establecido en cuanto al avance sobre el contenido y la sustitución de criterio, con la omisión de analizar las razones brindadas para justificarlos, de conformidad con el respeto de los derechos constitucionales y el fomento del interés público —o, como afirma Balbín **(24)**, de otros derechos—.

IV. Control judicial: la exclusión del mérito, oportunidad y conveniencia; la inclusión de la motivación

IV.1. Procedimiento vs. contenido

En líneas generales, la Corte tiene dicho que los jueces no analizan la oportunidad, mérito o conveniencia de las normas o su eficacia **(25)**. Esto implica que el control se limita a la inexistencia de arbitrariedad **(26)** y, en algunos casos, a la existencia de una adecuada proporción entre los medios y el fin **(27)**.

Si bien podría aventurarse que esta exclusión del control judicial determinaría la imposibilidad de calificar como ilícito un acto como consecuencia de su incumplimiento de la regla del medio menos lesivo, la distinción que ofrecen los elementos del acto administrativo resulta reveladora para dar cuenta del deber de control por parte del poder judicial. Ciertamente, debe diferenciarse la decisión tomada, que concreta el rumbo político de la acción pública —plasmada en el objeto del acto administrativo— de las razones que la justifican. La presencia de razones es, claramente, obligatoria para cualquier acto regulatorio y su explicitación se proyecta en la motivación del acto **(28)**.

Entonces, debe diferenciarse con cuidado el contenido de la medida regulatoria de las razones que la justifican. El juez está limitado para evaluar la alternativa que revela el contenido de la medida y así, para sustituir una por otra por considerarla más valiosa. Pero debe examinar que la motivación de la medida revele un análisis de la decisión en orden a los derechos restringidos, la intensidad de esa restricción y la imposibilidad de tomar una alternativa menos restrictiva. La clave reside en la distinción entre el control de los elementos reglados del acto y el núcleo de la discrecionalidad.

Se trata de trasladar a esta cuestión la honda discusión que opera en el ámbito del control de constitucionalidad judicial y su justificación democrática **(29)**.

IV.2. Alcance del control judicial en casos dudosos

A raíz de lo expuesto, cuando se ingresa al estudio del control judicial sobre la motivación, específicamente el análisis de proporcionalidad, y más específicamente, sobre el análisis

(24) BALBÍN, Carlos F, "Tratado de Derecho Administrativo", Ed. La Ley S.A.E., Ciudad de Buenos Aires, 2011, p. 209.

(25) BIANCHI, Alberto B. y Sacristán Estela B., "Salud versus libertad personal: ¿esa es la cuestión? (Un reexamen del control de razonabilidad a propósito del COVID-19) en Revista de Derecho Administrativo El Derecho, junio 2020-VI-I.

(26) Conf. AGUILAR VALDEZ, Oscar R., "El control judicial de razonabilidad de las medidas de intervención y regulación económica", en AA. VV., Control público y acceso a la justicia, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2016, t. 1, p. 316 y ss.

(27) Fallos 171:348, 199:483, 200:450, 248:800, entre otros.

(28) La referencia a actos regulatorios engloba actos administrativos en sentido estricto y actos de naturaleza legislativa, dictados por el Poder Ejecutivo, así como a las propias leyes en sentido formal, dictadas por el Poder Legislativo. Sin perjuicio de ello, se extiende el análisis de los elementos reglados del acto (administrativo en sentido estricto, por aplicación de la ley 19.549, art. 7) por considerar que su estructura es útil para englobar requisitos que operan sobre todos los actos normativos por concreción del principio republicano de gobierno, y la publicidad y transparencia que éste conlleva.

(29) "Obsérvese que esta visión procesalista del control judicial de constitucionalidad no implica limitar ese control, sino, al contrario ampliarlo considerablemente (...) efectivamente las cuestiones políticas están excluidas del centro judicial si por ellas se entiende la consideración de la valoración -política, moral- de una decisión pero todas las cuestiones que hacen al funcionamiento del proceso político (...) son el foco central de atención por parte de los jueces como parte del control de constitucionalidad." NINO, Carlos, ob. cit., p. 695.

de la regla de la necesidad —regla de escoger el medio alternativo igualmente idóneo y menos gravoso— surge el interrogante en torno a su alcance.

Existen criterios que han sido expuestos en doctrina que me interesa traer a colación porque refieren a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán.

Son tres los estándares —"control de evidencia", "control de defendibilidad o admisibilidad" y "control material intensificado"— utilizados por el Tribunal Constitucional Federal alemán.

Los tres estándares propuestos revelan distintos fundamentos y, como veremos, priorizan ciertos criterios valorativos por sobre otros.

i) En cuanto a la regla de evidencia, ella sostiene que el medio elegido debe quedar como el menos gravoso, a no ser que la menor gravosidad del alternativo sea patente a primera vista **(30)**. Como puede notarse, se trata de una regla residual: todo aquello que no sea evidentemente desproporcionado, se considera proporcionado. Con lo cual, el medio escogido es considerado el menos gravoso.

ii) Por su parte, la regla de la defendibilidad o admisibilidad implica el avance sobre la tarea del órgano decisor, el ingreso al estudio de los elementos que tuvo en cuenta. Entonces, ya no se trata de una regla de descarte —como la anterior, i.e. descartar que sea evidentemente desproporcionada— sino que se trata de abordar, desde la fiscalización, el proceso de toma de decisión. Esto implica, si se quiere, reeditar esa situación decisional, recrear el momento en que se analizaron las alternativas y ver a través de los ojos del decisor. En este sentido, se puso de resalto. "Éste es el caso cuando el legislador cumple con las siguientes exigencias en el procedimiento llevado a cabo para la apreciación del material disponible sobre el estado de cosas a reglamentar: (i) agotamiento de las fuentes de conocimiento disponibles, (ii) posibilidad de apreciar la medida lo más cuidadosamente posible, y así poder evitar una violación al derecho constitucional" **(31)**.

(30) CLÉRICO, Laura, ob. cit., p. 149.

(31) Ibidem, p. 151.

Por último, la regla del control material intensificado revela la posibilidad de sustitución del órgano de control. A partir de ella, el juez debería rehacer la tarea. Es decir, en el momento y en la instancia de fiscalización efectuar por sí el análisis de los medios alternativos para concluir cuál es el menos gravoso. Se ha sostenido que a partir de este estándar se obliga a seguir investigando y no se ofrece una decisión concluyente **(32)**. Sin embargo, el hecho de que la investigación sea realizada por el juez y, a posteriori, la conclusión provenga de una comparación con el criterio del legislador hace pensar en una sustitución.

En nuestro sistema jurídico, el control judicial se efectúa de manera difusa, por cualquier juez sin distinción de fueros o jerarquías **(33)**; y en el caso concreto. La exigencia del caso judicial es vital para comprender los confines del control que puede ejercer el juez sobre el ejercicio de competencias discrecionales a través de sus elementos reglados.

Esto es así porque necesariamente, el escrutinio judicial estará ceñido al impacto de una decisión regulatoria sobre la esfera jurídico-subjetiva de la parte que acude a la instancia judicial y alega la vulneración **(34)**. De hecho, a

(32) "El tribunal prueba por sí mismo cuál de los medios resulta el menos gravoso independientemente de lo apreciado por el legislador (...) la aplicación de un control material intensificado obliga a seguir investigando, mas no ofrece una decisión acerca del examen de menor gravosidad (...). Por lo tanto, para determinar si el parecer sobre la adecuación técnica y menor gravosidad del medio elegido es refutable o no, debe ser comparada la evaluación del legislador con la del tribunal o la de otros órganos." CLÉRICO, Laura, ob. cit., p. 153.

(33) BIANCHI, Alberto B., "Control de Constitucionalidad", Tomo I, Génesis del control. Legitimidad de los jueces. Dimensión política. El caso judicial. Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Ciudad de Buenos Aires, 2ª ed., p. 276.

(34) El caso judicial ha sido definido: "...existe caso o controversia cuando dos partes no se ponen de acuerdo sobre los hechos y el derecho (o solo sobre este último) que generan y debe ser aplicado a una relación jurídica (contractual o extracontractual) y en consecuencia requieren de un tercero (un juez) que decida, sobre la base de los hechos acreditados, cuál es el derecho aplicable. El juez entonces dictará una regla jurídica individual (sentencia) que ponga fin al conflicto". La jurisprudencia de la CS históricamente reconoce esta exigencia como requisito del acceso a la jurisdicción, pero, recientemen-

raíz de ello se encontrará legitimada activamente. Como consecuencia, el examen sobre la medida regulatoria asume el contorno del eventual "daño" que esta haya ocasionado sobre la parte actora.

Aclarado ello, recogiendo los argumentos desarrollados hasta aquí, el juez controlará el acto a partir de sus elementos reglados; y, en el ámbito de la motivación ofrecida, podrá acceder a las razones brindadas y al análisis de la elección de ese medio para alcanzar el fin y el descarte de otras alternativas.

El referido análisis, debe reafirmarse, no se hará en abstracto; sino que la evaluación se circunscribirá a la prueba de la necesidad, de la gravosidad mínima del medio escogido respecto de otros, a la luz del daño que denuncia la parte actora como consecuencia de la injerencia de la regulación en los derechos que titulariza.

Sin perjuicio de lo expuesto, si bien el juez evalúa el caso concreto no debe perderse de vista que el órgano decisor en el marco de una medida regulatoria efectúa un análisis global de la menor restricción sobre los derechos, o, al menos, así debería ocurrir **(35)**. Con lo cual, la perspectiva es bien distinta. Entonces, la posibilidad de calificar un acto como ilícito por haber violado el derecho de la parte actora sobre el único dato de que habría estado disponible un medio alternativo menos lesivo aparece dificultoso. Lo antedicho deja a salvo el núcleo de los derechos individuales sobre los que no puede avanzarse ni caber limitaciones en orden a la protección constitucional **(36)**. Al respecto, puntualmente respecto de algunos derechos el propio texto ofrece elementos para fijar esa valla. Por ejemplo, en cuanto al derecho de propiedad ha fijado tales límites en los arts. 14, 16, 17, 18 y 19.

Concretamente, un criterio como la regla de la evidencia —expuesto anteriormente— cuenta a su favor con argumentos de tipo funcional **(37)** que tienen en cuenta la complejidad de las circunstancias de la materia sobre la que reposa la medida estatal y que es objeto de control, así como la legitimidad democrática del legislador, su mayor capacidad para juzgar adecuadamente estados de cosas complejos, la más fácil corregibilidad y la mayor aceptación de sus decisiones.

Se ha sostenido que la presunción de constitucionalidad de la ley conlleva el respeto por la alternativa escogida por el órgano decisor si es que no aparece otro medio menos restrictivo con carácter manifiesto **(38)**.

---

te, con el reconocimiento por parte del Tribunal de los derechos individuales homogéneos se puntualizó su alcance, en reiteradas oportunidades a partir de "Halabi..." Fallos 332:111, año 2009. Más recientemente, se sostuvo "En ese mismo orden de ideas, el Tribunal ha señalado que la ampliación de la legitimación derivada de la reforma constitucional del año 1994 no ha modificado la necesidad de que los tribunales de justicia comprueben la existencia de un "caso", pues no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición. Ello sin perjuicio de resaltar que la configuración de ese "caso" puede variar según la categoría de derecho que se pretenda hacer valer en la demanda (Fallos: 332:111)." en "Federación Argentina de Entidades Empresarias del Autotransporte de Cargas c/ EN — M° Interior — DNV y otro s/ proceso de conocimiento" Fallos 343:1259, año 2020.

(35) CLÉRICO, Laura, ob. cit., p. 129.

(36) BALBÍN, Carlos, ob. cit., p. 215: "El Estado no puede romper la sustancia de los derechos. Claro que, aun antes de releer estos conceptos, surge un interrogante obvio. ¿Cuál es la sustancia del derecho? ¿Cuál es el criterio que nos permite explicar el límite entre el aspecto sustancial de los derechos de los otros aspectos llamados secundarios o complementarios? Este concepto es jurídicamente relevante porque el Estado, bajo el pretexto del ejercicio de su poder de regulación, no puede vulnerar el campo sustancial del derecho. Dijimos que el Convencional, en ciertos casos y respecto de ciertos derechos, definió el contenido de ese núcleo. En tal sentido, debemos releer, entre otros, los artículos 16, 17 y 18 del texto constitucional".

(37) CLÉRICO, Laura, ob. cit., p. 150. En sentido semejante, Mocoroa, Juan M. "La determinación de la "oferta más conveniente" en el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional" en EL DERECHO Diario de Doctrina y Jurisprudencia Derecho Administrativo, N.º 14661, Año LVII, EDA 2019, p. 4: "(...) ya sea por evidentes sesgos cognitivos o informativos, el Poder Judicial no está en las mejores condiciones para evaluar el interés público comprometido en una cuestión de expresa materia administrativa. Como sostiene Pérez Olea, una postura así supondría (i) la paralización de la actividad administrativa, puesto que, en último término, toda decisión operativa estaría sometida a la espada de Damocles de su referendo por el juez; (ii) la verificación de un traspaso auténtico de las facultades del Ejecutivo al Judicial; y (iii) las dificultades que suponen una revisión judicial de las decisiones tomadas a partir de datos técnicos."

(38) BERNAL PULIDO, Carlos, "El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales", Centro

En un trabajo reciente, he planteado que una herramienta plausible para el control de razonabilidad en su faz de necesidad es el análisis comparativo sobre la propia conducta del agente decisor. Es decir, que los medios alternativos sean determinados a partir de los propios actos del órgano competente que dictó la regulación **(39)**. En el caso al que allí me referí —el Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio dispuesto por DNU 297/20— la medida regulatoria implicó la mayor restricción sobre derechos individuales iusfundamentales, como el de la libertad de tránsito, o de ejercer industria lícita, por una cantidad de tiempo establecida por el propio órgano sobre la base de ciertos factores. Con lo cual, la intensidad de la restricción se podía graduar en razón de tales factores —tiempo y preparación de medios sanitarios—. A raíz de ello, la continuidad inmutable en el tiempo de la intensidad de restricción frente al cambio de los factores puede determinar un caso claro de violación a la regla de menor lesividad o necesariedad.

Considero que, en el contexto actual de nuestro sistema jurídico y a la luz de la jurisprudencia de la CS, se torna exigible el examen de proporcionalidad y, específicamente, de la evaluación comparativa de los medios alternativos para hallar el menos gravoso de parte del órgano regulador. La exigencia entonces es la realización del estudio y la exposición de este como antecedente de la decisión, como parte del elemento motivación.

Si el estudio se realiza, el juez podrá contar con los extremos que se consideraron relevantes y, excepto que ellos sean manifiestamente irrazonables porque expongan ilogicidad, no habría un vicio en la motivación y el examen de necesidad no determinaría la calificación de inconstitucional de la regulación.

El baremo propuesto recoge la regla de la evidencia y la regla de la plausibilidad, desarrolladas. Creo que esta es la medida del control judicial que está actualmente "habilitada" desde un punto de vista descriptivo del derecho local —argentino—. Para ello, tomo en cuenta el criterio jurisprudencial **(40)** y las normas vigentes en el bloque de constitucionalidad.

Lo expuesto, no obstante, no es extensible a ciertas intrusiones regulatorias sobre derechos que toman como relevantes "categorías sospechosas". En efecto, el escrutinio más fuerte se dio respecto de derechos no patrimoniales en los pronunciamientos de la CS, en materia de discriminaciones impuestas por criterios que para el Alto Tribunal cargan con la sospecha de ilegitimidad, las denominadas categorías sospechosas **(41)**.

V. Consecuencia: responsabilidad del Estado por su actividad ilícita o lícita

A la luz de las consideraciones expuestas, en un caso concreto, podría calificarse al acto regulatorio como ilícito —por padecer un vicio en la

de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p. 945: "Ante los casos difíciles (entendidos como aquellos en que no aparece otro medio como menos restrictivo con carácter manifiesto) debe aplicarse la presunción de constitucionalidad de la ley, porque no se ha demostrado que exista un medio alternativo más benigno desde todos los puntos de vista. Esto es preferible porque es más acorde con el respeto al principio democrático y porque reduce la complejidad".

(39) BONEL TOZZI, Sofía L. "Razonabilidad y pandemia ¿Cómo saber cuándo es demasiado?" en Derecho administrativo en la emergencia sanitaria; dirigido por Malbrán Manuel y Bordas Milagros Ed. 2020. Disponible en https://latam.ijeditores.com/index.php?option=publicacion&idpublicacion=671.

(40) Si bien existe una seguidilla de sentencias a través de la historia que refieren al límite de control sobre el mérito de las medidas adoptadas por los otros poderes, es reveladora por su cercanía en el tiempo la postura que destaca la imposibilidad de sustitución de criterio por parte del Poder Judicial: "Consecuentemente, la sentencia apelada ingreso´ en el núcleo de discrecionalidad que la ley atribuyo´ a la autoridad administrativa sustituyendo el criterio plasmado en la resolución del Ministerio del Interior 561/2011 por el suyo propio. Esta circunstancia torna procedente el recurso extraordinario del Estado Nacional." Fallos 343:990.

(41) Fallos: "Arenzón" 306:400; "Hooft" 327:5118; "Gottschau" 329:2986; "Mantecón Valdez"; "Pérez Ortega" 336:131; "Castillo" 340:1795. Para ver un análisis exhaustivo sobre esta calificación jurisprudencial ver Sammartino, Patricio M. E., "La causa y el objeto del acto administrativo en el Estado Constitucional" disponible en www.revistarap.com.ar consultado por última vez el 10/08/2020. En igual sentido, Green Asteazarán, María Silvina "El impacto del derecho norteamericano en el derecho argentino, en el marco de la declaración de normas inconstitucionales" en El Derecho - Revista de Derecho Administrativo, Julio 2020-VII.

motivación que determina su ilegitimidad— y una de las consecuencias posibles es que se responsabilice al Estado si ese acto hubiera dado lugar a un daño. Estaríamos ante un supuesto de responsabilidad del Estado por su actividad ilegítima.

Ahora bien, con el argumento hasta aquí sostenido se encontraría configurada la falta de servicio, consistente en un obrar irregular del Estado, así como la imputabilidad material. Pero además del factor de atribución, correspondería probar —en virtud de la Ley de Responsabilidad del Estado vigente—: i) un daño cierto debidamente mensurable en dinero y ii) la relación de causalidad adecuada entre el acto y el daño cuya reparación se persigue **(42)**.

Si, en orden a lo expuesto en el desarrollo de este trabajo, no pudiera calificarse el acto cuestionado como ilícito, cabe analizar si es posible responsabilizar al Estado por su actividad lícita.

V.1. El fundamento y la ausencia de antijuridicidad

A fin de estructurar la idea, mi punto de partida es: el Estado puede generar restricciones sobre derechos patrimoniales individuales en pos de garantizar el bien común si ellas son razonables —en los términos de la garantía del art. 28 de la CN—, caso en que serían producidas por actos lícitos. A partir de la calificación de licitud, debería analizarse si, aun siendo lícito el comportamiento del Estado, ocasionó daño. Si esto fuera así, el interrogante será si ese daño configura un sacrificio especial y, en tal caso, si no tiene el deber de soportarlo. Entonces, la reparación procedería sobre la base de la garantía de inviolabilidad de la propiedad privada y la igualdad ante las cargas públicas —arts. 16 y 17, CN—.

En síntesis, es factible que una restricción sobre los derechos de los particulares a partir de actividad estatal se sostenga sobre el deber de soportar las cargas públicas siempre que ellas no fueran ilícitas —pues nadie tiene el deber de soportar actividades contrarias al orden jurídico en un estado de derecho—. No obstante, si las restricciones implican un sacrificio especial sobre el particular o sobre un determinado grupo y no existe deber de soportarlo, procederá la reparación.

Específicamente en cuanto a la procedencia de indemnizaciones por perjuicios sufridos con motivo del ejercicio de poder de policía sanitario calificado como lícito, la Corte ha tenido oportunidad de expresar que las consecuencias necesarias y normales del ejercicio del poder de policía de salubridad o sanitaria no dan lugar a indemnización así como que si el Estado tuviera que pagar por cada uno de los cambios y nuevas exigencias derivadas del desarrollo de la legislación general en la materia, sería imposible gobernar **(43)**. El mismo argumento aparece en pronunciamientos de la CS en los que descartó el deber de responder por actividad legislativa de los otros poderes alegando el impedimento que esto acarrearía para la gestión del gobierno **(44)**.

Para argüir la responsabilidad del Estado si se califica la actividad como lícita, deberán concurrir los requisitos que prevé la LRE **(45)**. En líneas generales, los extremos que menor problema presentarían serían el daño y la imputabilidad material.

(42) Ley 26.944, art. 3.

(43) Fallos "Friar SA" 329:3966. Análisis detallados del caso pueden verse en Jeanneret de Pérez Cortés, María "El ejercicio del poder de policía y la responsabilidad del Estado. La sentencia de la CS en la causa "Friar SA" en AA. VV., Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, RAP, Buenos Aires, 2008, ps. 51-74; y Mertehikian, Eduardo "La responsabilidad del Estado en el derecho argentino en un reciente pronunciamiento judicial. A propósito del caso "FRIAR SA" en AA. VV., Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, RAP, Buenos Aires, 2008, ps. 75-82.

(44) Fallos "Spurr" 182:146; Suñe 258:322.

(45) Textualmente, en el artículo 4: a) daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; b) imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal; c) relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño; d) ausencia de deber jurídico de soportar el daño; e) sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad configurado por la afectación de un derecho adquirido.

Como se verá, los requisitos de procedencia de la responsabilidad se encuentran íntimamente vinculados con el fundamento del deber de responder ante la ausencia de antijuridicidad. En efecto, la procedencia del deber de reparar ante un daño cuando no media antijuridicidad puede implicar la negación del propio deber de reparar **(46)**, ya sea en un sentido o en otro: o la falta de antijuridicidad de la medida impide el nacimiento del deber de reparar o el deber de reparar hace a la medida antijurídica.

Oscar Cuadros se opone fervientemente a la posibilidad de la configuración de responsabilidad ante la ausencia de antijuridicidad. El autor sostiene que la expropiación es un caso de extrema intervención sobre el derecho de propiedad y no un caso de responsabilidad del Estado. Esa postura es conteste con su visión acerca del derecho que rige la responsabilidad estatal —no se rige por el derecho público sino por el derecho uniforme—. De conformidad con ello, no habría modulaciones en el deber de responder por la presencia del Estado como sujeto "dañador" ni tampoco por la concurrencia del interés público en su obrar.

En este sentido, si se asume al deber de no dañar a otro como un deber absoluto, debería sostenerse que siempre que haya un daño habrá un obrar antijurídico puesto que inevitablemente se vulneraría —por lo absoluto— un deber previsto en el ordenamiento jurídico **(47)**. En cambio, si el deber de no dañar a otro se asume como sujeto a condiciones, ya sea "no dañar a otro con culpa", o "no dañar a otro injustamente", pueden convivir las nociones de daño y juridicidad en la medida en que se independizan. En ese sentido, se ha afirmado que la responsabilidad puede diferenciarse de la reparación, en tanto la primera dimana de la ilicitud y la segunda del deber de compensar el sacrificio del derecho en beneficio de la comunidad **(48)**.

Por su parte, si se admite la responsabilidad por actividad lícita, es preciso independizar conceptualmente al obrar antijurídico de la consecuencia dañosa, del perjuicio indemnizable **(49)**.

He aquí la importancia del fundamento de la responsabilidad por actividad lícita. Pues, debe asumirse una justificación basada en la equidad, distribución igualitaria del perjuicio en la comunidad que recibe el beneficio —aun cuando este no fuere patrimonial—. Así, si se considera que el Estado, en razón de su carácter vicarial, puede limitar derechos en pos de atender el interés público debe considerarse que, si esas limitaciones asumen ciertas cualidades, procederá el deber de reparar a fin de equilibrar las cargas públicas.

La CS combina los fundamentos de los arts. 16 y 17 de la CN en un pasaje muy ilustrativo al sostener: "La lesión de derechos particulares susceptibles de indemnización no comprende los daños que sean consecuencias normales y necesarias de la actividad lícita desarrollada, puesto que las normas que legitiman la actividad estatal productora de tales daños importan limitaciones de carácter general al ejercicio de todos los derechos individuales singularmente afectados por dicha actividad, por lo tanto, solo comprende los perjuicios que, por constituir consecuencias anormales significan para el titular del derecho un verdadero sacrificio desigual, que no tiene la obligación de tolerar sin la debida compensación económica, por imperio de la

(46) CUADROS, Oscar A., "Responsabilidad por daños y Estado", Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018, 1ª ed., p. 153. PERRINO, Pablo E., "La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos — Código Civil y Comercial (Ley 26.944 comentada)", La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, 1ª ed., p. 126 en su nota 431 con cita a Trigo Represas.

(47) PAPAYANNIS, Diego M., "Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual", Marcial Pons, 2014, ps. 137-138.

(48) CILURZO, María Rosa, "El sacrificio especial en la persona dañada y la afectación de un derecho adquirido como requisito para viabilizar la responsabilidad del Estado por actividad legítima" en Ley 26944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético. Horacio Daniel Rosatti... [et. al.]; dirigido por Horacio Daniel Rosatti - la ed.: Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 146.

(49) En este sentido, Cassagne entiende que "la obligación de resarcir el perjuicio no nace del daño sino de la alteración del principio de igualdad, aun cuando se requiera la ocurrencia del daño. Todos los demás fundamentos o son derivaciones de él, o bien constituyen principios complementarios, tal como el enriquecimiento sin causa" CASSAGNE, "Curso de Derecho Administrativo", La Ley, Buenos Aires, 2011, 10 ed., t. I, p. 397.

garantía consagrada en el art. 17 de la Constitución Nacional" **(50)**.

Se ha sostenido que la división del estudio de la responsabilidad del Estado en razón de la licitud o ilicitud de la actividad es un rasgo propio del derecho público. Pues en el ámbito del derecho privado, la procedencia de la responsabilidad en ausencia de la antijuridicidad es excepcional **(51)**.

Lo cierto es que, en el marco de la aceptación a la posibilidad de la responsabilidad del Estado por obrar lícito, se ha encontrado el fundamento en distintos principios, derechos y garantías. Se ha afincado en el enriquecimiento sin causa, la teoría del sacrificio especial, la igualdad ante las cargas púbicas, la garantía de la propiedad, la teoría de los derechos adquiridos, la garantía del estado de derecho, la teoría del riesgo social, la existencia de una ley **(52)**.

Comadira ha sostenido que el fundamento de este deber de responder reside en el derecho de propiedad y la garantía de su inviolabilidad (arts. 14 y 17 de la CN), en la razonabilidad (art. 28, CN), en la igualdad ante las cargas públicas (art. 16, CN) y en el principio de libertad (art. 19, CN), todo ellos conjuntamente considerados **(53)**.

Estimo que el fundamento de la responsabilidad debe hallarse en la combinación de los arts. 16, 17 y 28 de la Constitución Nacional. Ello en función de que, si se atiende a la reparación como forma de subsanar el daño injustamente sufrido —como considero que corresponde en el plano de la responsabilidad sin antijuridicidad— el deber procede cuando exista una situación jurídicamente protegida **(54)**, vulnerada para garantizar el bien común o beneficio público, de manera que se haya roto la igualdad ante las cargas públicas, quebrando el principio de razonabilidad.

Dicha reconstrucción del fundamento implica que la responsabilidad del Estado por su actividad lícita no solo tiene en cuenta a la cuestión distributiva sino también el límite que imponen los derechos adquiridos. De manera que no cualquier sacrificio puede ser tolerado sin reparación aun cuando recaiga sobre toda la población, pues ello dejaría los derechos librados al arbitrio del sufrimiento común. Hay un límite demarcado por el art. 17 de la Constitución.

Sin embargo, no toda la población podrá presentar la misma situación de afectación. Habrá que evaluar la especial situación jurídicamente protegida que fue vulnerada. Pues ella impondrá la diferencia que, a razón de la igualdad y de la garantía de la inviolabilidad de la propiedad, tornará procedente la reparación. Volveré sobre este punto al tratar el factor de atribución.

Ciertamente, no es sencilla la distinción entre la licitud e ilicitud de la acción y la procedencia del deber de reparar. Tener en cuenta la diferencia del objeto de análisis es clave en esta materia pues puede que la evaluación de la juridicidad de la acción interfiera sobre la evaluación de la procedencia del deber de reparar **(55)**.

Ahora bien, una vez determinada la juridicidad de la acción —como ya vimos, con especial ahínco en la razonabilidad y en los límites del

(50) Fallos 330:2464.

(51) BALBÍN, Tratado de derecho administrativo, La Ley, Ciudad de Buenos Aires, 2015, 2ª ed., p. 309.

(52) DE ESTRADA, Juan Ramón, "Responsabilidad del Estado por actos legislativos y discrecionales (Fundamento y límites de la responsabilidad por la actividad estatal conforme a derecho)", E.D., 102-839, p. 811.

(53) COMADIRA, ob. cit., p. 1573.

(54) En los términos de la CS "...sacrificio o pérdida de derechos e intereses incorporados al patrimonio." Considerando 9º de Fallos 318:1531.

(55) Con especial detalle respecto de este punto se sostuvo, desde una perspectiva crítica: "...el recurso a la noción de afectación sustancial debe quedar limitado al juicio sobre la validez de la medida regulatoria (...) Aun cuando la regulación no afectase sustancialmente el derecho de propiedad y, por lo tanto, no resultase pasible de ser invalidada constitucionalmente, (...), no puede negarse que ha producido un daño en el patrimonio los afectados. El daño existe con independencia de la extensión de la afectación y de la validez de la medida (...) y tal como ya lo anticipamos, consiste en determinar quién debe soportar el daño que aquella ha producido: el afectado o la sociedad en su conjunto", AGUILAR VALDEZ, Oscar R. "Regulación económica y responsabilidad del Estado. Pautas jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación" en Responsabilidad del Estado Dir. Guido Santiago Tawil, Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019, 1ª ed., p. 811.

poder de policía aun en situación de emergencia—, para decidir la procedencia del deber de reparar —en los términos de la LRE y de la jurisprudencia de la CS— habrá que ingresar en el análisis de la situación del particular. El foco de observación vira desde la acción estatal hacia la situación jurídico-subjetiva de quien se dice afectado.

La situación de la parte en el caso deberá ser evaluada desde un punto de vista cualitativo, sustancia del derecho o interés afectado y grado de afectación; y desde un punto de vista cuantitativo, diferencia respecto del resto de la población. Pero si se sostuvo que la afectación que perfore la sustancia del derecho implicaría que la acción es ilegítima, entonces ¿qué queda por resolver en este ámbito? Lo que queda es el caso en que la acción es razonable porque la relación de medio a fin pasa el triple test que convoca la razonabilidad, pero genera en ese individuo (o subconjunto de individuos) una afectación para beneficiar a la comunidad que los demás no soportan. Esa afectación específica estará vinculada con una situación especial en que se encuentra el sujeto o los sujetos, sea por la actividad que desarrolla, por el lugar donde habita, por el servicio que presta, etc. Entonces, esa situación jurídico-subjetiva se compone tanto de un elemento cualitativo —porque sería irrelevante una expectativa o un derecho precario— como de un elemento cuantitativo pues quedan fuera los supuestos en que la afectación se presente sobre toda la comunidad, dado que no habría fin que justifique el medio y la acción caería en la ilicitud; o bien, representaría una carga pública soportada por todos en igualdad de condiciones.

V.2. La relación de causalidad

En cuanto a la relación de causalidad, habría que demostrar que el daño es consecuencia directa, inmediata y exclusiva del acto regulatorio.

La relación de causalidad es un elemento independiente del supuesto de hecho pues da cuenta del encadenamiento existente entre un antecedente, actividad o inactividad del órgano estatal, subsumible en uno de los factores de atribución de la responsabilidad estatal, y el resultado dañoso **(56)**.

Ha sido objetada la limitación que, sobre la base de los pronunciamientos de la CS **(57)**, introdujo la LRE mediante las exigencias al nexo causal para la procedencia de la responsabilidad **(58)**. En efecto, mientras que para la actividad ilegítima basta la adecuación **(59)** entre la acción y el daño, en el caso de la actividad legítima se exige que sea directa, inmediata y exclusiva **(60)**.

Nótese que las exigencias superiores referidas excluirían la responsabilidad si algún evento confluyó en la consecuencia dañosa.

V.3. El factor de atribución

Ahora bien, los extremos que mayor dificultad pueden presentar son el sacrificio especial y la ausencia del deber de soportar el daño, ambos configuran el factor de atribución en el plano de la responsabilidad del Estado por actividad legítima.

V.3.a. El sacrificio especial

La noción de sacrificio especial puede delinearse por un criterio cuantitativo o por un

(56) SAMMARTINO, Patricio M. E., "La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado" en AA. VV., Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, RAP, Buenos Aires, 2008, p. 437.

(57) En Fallos 312:2022 "Ledesma", la CS exige una relación directa, inmediata y exclusiva sin intervención extraña que pudiera interferir en el nexo causal.

(58) PERRINO, Pablo E., "La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos — Código Civil y Comercial (Ley 26944 comentada)" La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, 1ª ed., p. 125. BALBÍN, Carlos F. ob. cit., p. 460. Comadira, ob. cit., p. 1579.

(59) Para recorrer las distintas teorías de la causalidad y su recepción por la CS puede verse Sammartino, Patricio M. E., "La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado" en AA. VV., Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, RAP, Buenos Aires, 2008, ps. 439-443.

(60) PERRINO, ob. cit., p. 133.

criterio cualitativo **(61)**. En el primer caso, se atiende a la distribución del daño. En el segundo, se enfatiza en el derecho o interés vulnerado.

Aquello que especializa al sacrificio es la intensidad de la restricción sobre el derecho y es eso mismo aquello que lo diferencia de los demás. Entonces, se conjugan en dicho factor de atribución la igualdad entre los miembros de la comunidad, la razonabilidad en la regulación y la inviolabilidad del derecho de propiedad **(62)**. En esta línea, la responsabilidad del Estado por actividad lícita "solo comprende los perjuicios que, por constituir consecuencias anormales —vale decir, que van más allá de lo que es razonable admitir en materia de limitaciones al ejercicio de derechos patrimoniales— significan para el titular el derecho un verdadero sacrificio desigual, que no tiene la obligación de tolerar sin la debida compensación económica, por imperio de la garantía consagrada en el art. 17 de la Constitución Nacional (Fallos 308:2626 y 317:1233)" **(63)**.

En consecuencia, "todos estamos obligados a soportar las cargas que las leyes nos imponen en forma general en la medida en que no sean inconstitucionales. Pero aun siendo válidas, las leyes pueden generar derecho a la indemnización respecto de quienes se ven afectados por ellas en forma singular o bien más gravosa que el resto de la comunidad" **(64)**.

Marienhoff ha cuestionado severamente la posibilidad de la configuración del sacrificio especial en razón de un criterio cuantitativo **(65)**. Su crítica apunta a que sacrificio especial sirva para justificar la ilegitimidad, ilegalidad o inconstitucionalidad: "La generalidad del agravio, pues, no cubre ni purga la antijuridicidad del comportamiento lesivo" **(66)**. Al respecto, coincido con Bianchi respecto de que el cuestionamiento asume una actividad ilícita **(67)**. Si estamos ante un obrar ilegítimo, ilegal o incons-

(61) "Del examen de los pronunciamientos del máximo tribunal surge que en algunos casos ha prevalecido un criterio cuantitativo, que pregona que el daño es especial cuando afecta a uno o a un número limitado de sujetos, mientras que, en otros, acertadamente se ha seguido una concepción de índole cualitativa que toma en consideración la intensidad o gravedad del daño, en tanto se exige que el perjuicio exceda la medida de lo que corresponde normal y razonablemente soportar." PERRINO, Pablo E, ob. cit., ps. 136, 137 y 138.

(62) El factor de atribución en el caso de la responsabilidad por actividad lícita se deriva del fundamento del deber de compensación que tiene el Estado en el caso de sus acciones lícitas. COMADIRA, ob. cit., p. 1581.

(63) Fallos "Malma Trading SRL" 337:548.

(64) BIANCHI, Alberto "La responsabilidad del Estado por actividad legislativa (a propósito de la Ley de Responsabilidad del Estado" en Ley 26944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético. Horacio Daniel Rosatti... [et. al.]; dirigido por Horacio Daniel Rosatti, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 199. En sentido semejante, Jeanneret de Pérez Cortés... ps. 58-59: "La doctrina de la responsabilidad estatal sólo comprende a los perjuicios que, por constituir consecuencias anormales, significan para el titular del derecho un verdadero sacrificio desigual; y éste no tiene la obligación de tolerar la conducta dañosa sin la debida compensación económica, por imperio de la garantía del artículo 17 de la Constitución Nacional, y también por las garantías de la igualdad, libertad y razonabilidad, consagradas en los artículos 16, 19 y 28, respectivamente. Las garantías mencionadas impedirían al Estado forzar -mediante normas- a determinadas personas a sobrellevar determinadas cargas que, en equidad y justicia, deberían abarcar a toda la comunidad".

(65) "Que resulta inaceptable la afirmación de que el perjuicio o daño "general" no es indemnizable porque constituye una carga pública. Cuando tal perjuicio "general" se concreta en la pérdida de la propiedad (...) no trasunta, técnicamente, una carga pública, sino un despojo o una confiscación lo que en manera alguna armoniza con disposiciones de la Constitución Nacional. (...) si una ley causa un perjuicio "general" y tal ley resulta en oposición o en violación de una declaración, derecho o garantía constitucional, dicha ley debe declararse inconstitucional o debe admitirse responsabilidad estatal por el perjuicio o daño que a raíz de la aplicación de ella se ocasiona en el patrimonio de los administrados". MARIENHOFF, Miguel S, "Tratado de Derecho Administrativo", Abeledo Perrot, Ciudad de Buenos Aires, 2011, 4ª ed., 2ª reimp., t. III-A, ps. 612-613.

(66) Ibidem, p. 616.

(67) El autor sostiene que el planteo de Marienhoff presenta dos problemas: "El primero -de orden teórico- es que obliga a considerar el problema dentro de la responsabilidad por acto ilícito. Dije desde el comienzo, y lo reiteré luego, que la responsabilidad por acto legislativo está dentro del campo de la responsabilidad por acto lícito, de modo tal que impedir la aplicación de esta doctrina en razón de su origen y exigir que los jueces declaren la inconstitucionalidad (...) implicaría sacar a la teoría de la responsabilidad por acto legislativo de su ámbito específico, para considerarla siempre dentro del sistema de la responsabilidad por actos ilícitos, lo que tiene efectos importantes en el momento de medir el grado del resarcimiento". Bianchi, Alberto en Responsabilidad del

titucional, entonces corresponde calificarlo como ilícito y el factor de atribución cambiará.

Considero que el punto central de la cuestión reside en la intensidad de la intervención sobre el derecho. La medida de esa intensidad determinará la ilicitud o licitud. En medio de ese trayecto, se encuentran los supuestos de responsabilidad por actividad lícita; el Estado concretó una acción que es legítima, respetuosa del ordenamiento jurídico, pero ocasionó un daño a un universo particular de personas —necesario para la satisfacción de intereses comunes— que corresponde sean reparados en honor a la equidad y la igualdad ante las cargas públicas. Entonces, si la intensidad regulatoria implica la pérdida del derecho constitucional, estaremos ante una actividad ilícita —excepto el caso de la expropiación—; si la intensidad resulta acorde con el ordenamiento jurídico **(68)** pero respecto de un universo particular de sujetos **(69)** impacta con un sacrificio especial, corresponderá su reparación; y, por último, si la actividad es lícita y no genera perjuicios de esa índole no corresponderá reparación alguna.

Ahora bien, tal como se expresó en el apartado I, la medida de intensidad de la regulación de los derechos presenta limitaciones en virtud del respeto de la razonabilidad **(70)**.

V.3.b. Ausencia del deber de soportar el daño

De otro costado, es requerido que el sujeto que sufre el perjuicio no tenga el deber de soportarlo **(71)**. A juicio de Barra, el deber puede originarse en una norma expresa o en principios jurídicos diversos, entre ellos y predominantemente, el de solidaridad social **(72)**. Desde otra perspectiva, se afirma que el deber de soportar el daño debe provenir expresamente de una ley o de un contrato **(73)**. Se ha sostenido que el deber de soportar el daño puede surgir ante un derecho inexistente o debilitado del particular, por una relación de sujeción especial, autorización sujeta a soportar los perjuicios derivados de obras o en virtud de la conducta del afectado **(74)**. Fuera de estos supuestos, habría ausencia del deber.

Cabe destacar que la noción de deber de soportar el daño está estrechamente vinculada con el sacrificio especial y su relación no es del todo clara. Si —como he sostenido previamente— se considera que el sacrificio especial se presenta cuando hay una situación jurídicamente protegida, entonces la ausencia del deber de soportar el daño presupone el sacrificio especial. Si no hay una situación jurídicamente protegida vulnerada, entonces no habrá más que una carga que deberá soportarse en orden a la igualdad ante las cargas públicas. Ahora bien, una vez comprobado el sacrificio especial no necesariamente habrá ausencia del deber de soportar el daño. Esto porque existen situaciones en que el afectado presenta una característica que lo distingue de los demás en el sentido de hacer caer sobre sí una carga mayor que la general. Así, se sostuvo que dicha situación pue-

Estado por su actividad legislativa. Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Ciudad de Buenos Aires, 1999, p. 143.

(68) JUÁREZ FERRER, Martín, "El derecho constitucional a la reparación integral", Hammurabi, Buenos Aires, 2015, 1ª ed., p. 198: "La inconstitucionalidad por irrazonabilidad se deriva, como se dijo, del carácter de condición de reglamentación impuesta por el art. 28 de la CN. Toda norma que reglamente un derecho alterando su contenido esencial lesionándolo o restringiéndolo irrazonablemente devendrá inconstitucional, por apartarse de la Constitución en lo tocante al derecho reglamentado".

(69) En cuanto a la cantidad necesaria para que se configure el "sacrificio especial", Bianchi ha sostenido "A mi entender, habrá una situación jurídicamente protegida en la medida en que la comunidad de afectados sea suficientemente reducida como para que el resto pueda soportar el costo económico de la indemnización. De lo contrario, esa protección jurídica basada en el perjuicio de unos pocos en beneficio de muchos desaparece".

(70) Marienhoff hace una enumeración de limitaciones al poder de policía. "Otra limitación esencial a las normas que trasunten ejercicio de poder de policía consiste en que deben respetar el principio de razonabilidad". MARIENHOF, ob. cit., p. 537

(71) Exigido por la CS por primera vez en Fallos "Columbia" 315:1026.

(72) PERRINO, ob. cit., p. 139.

(73) MURATORIO, Jorge, "La ausencia del deber jurídico de soportar el daño", en AA.VV., Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público, Ed. RAP, Buenos Aires, 2008, p. 495. En igual sentido, Veramendi Enrique V., "Ausencia del deber jurídico de soportar el daño y la responsabilidad del Estado", LA LEY 2016-C, 1182.

(74) Ibidem, p. 498.

de presentarse ante actividades sujetas a regulación y control estatal, casos de disposiciones legales o contractuales que expresamente lo prevean, ejercicio de actividades ilícitas o perjudiciales y el uso de cosas peligrosas **(75)**.

Sin embargo, la relación entre el sacrificio especial y el deber de soportar el daño no es clara en la jurisprudencia de la CS, ya desde su aparición a partir del fallo "Columbia" **(76)**.

De este modo, tomando como ejemplo el caso del DNU 297, es notable que el conjunto de afectados por el ASPO y las restricciones allí previstas abarcan a un universo poblacional extenso. Asimismo, las restricciones que sobre el conjunto de comerciantes impactaron lo hicieron con igual intensidad sobre otras actividades laborales. Con lo cual, parece difícil la configuración de "sacrificio impuesto en forma particular a la actora en beneficio de la comunidad" **(77)**. Su definición será tarea casuística de los tribunales, cuyo ámbito de interpretación respecto de la definición del sacrificio especial es bastante amplio **(78)**.

VI. Conclusiones

La calificación de la actividad regulatoria es una tarea compleja, especialmente en cuanto a los límites constitucionales que imponen las reglas procedimentales para la toma de decisiones públicas y los derechos individuales.

Toda regulación debe ser razonable por imperio del bloque de constitucionalidad argentino. Esa razonabilidad puede desagregarse en tres subprincipios, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. La necesidad consiste en la regla del medio menos lesivo: se debe optar por la medida regulatoria igualmente idónea para la satisfacción del fin que sea menos restrictiva sobre derechos. Ese estándar debe ser tomado en cuenta por el órgano decisor al dictar el acto regulatorio.

Se precisó que la modalidad del ejercicio de competencias por parte de los órganos puede implicar mayor o menor discrecionalidad, aunque, en cualquier caso, estará sujeto a control de sus elementos reglados por parte del Poder Judicial. Puntualmente, a través de la motivación se debe dar cuenta de las razones que llevaron a determinar el objeto del acto. Deben explicitarse los antecedentes de hecho y de derecho y cómo ellos se vinculan con el fin con la adecuada proporcionalidad y necesidad.

Entonces, el rol del juez consistirá —en el marco del caso judicial— en el control de la motivación del acto y, por su intermedio, de la regla del medio menos lesivo tenida en cuenta por el órgano decisor. Si ella no se presentara, la parte afectada podría probar que esa omisión en el estudio previo determinó su daño y solicitar la reparación por parte del Estado.

Si la actividad regulatoria no fuera encuadrada como ilícita en el marco del control judicial antes referido, podría proceder la responsabilidad del estado por actividad lícita. Para ello, debería demostrarse que el daño fue consecuencia directa, inmediata y exclusiva del acto regulatorio, que ello determinó un sacrificio especial y no existe deber de soportarlo.

(75) Ibidem, ps. 8-13.

(76) Fallos 315:1026

(77) Fallos 293:630.

(78) Bianchi sostuvo, en referencia a la diversidad de pautas interpretativas de la CS para delinear el sacrificio especial, "...en la jurisprudencia del tribunal no está claro de qué manera juegan estas pautas y ello naturalmente favorece la discrecionalidad judicial en la interpretación de casa caso particular." BIANCHI, ob. cit., p. 201. En igual sentido, Perrino Pablo E. y Sanguinetti Juan Carlos, ob. cit., p. 238.

Examen comparativo de la Ley de Responsabilidad del Estado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con la Ley de Responsabilidad del Estado nacional

Pablo E. Perrino

Sumario: I. Objeto del trabajo.— II. Diferencias y similitudes entre la LRE y la LRECABA.— III. Balance final.

I. Objeto del trabajo

El objeto de este breve trabajo es efectuar un examen comparativo de la ley 6325, de Responsabilidad del Estado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (LRECABA), publicada en el Boletín Oficial el 16 de septiembre de 2020 **(1)**, con la ley 26.944, de Responsabilidad del Estado nacional (LRE) **(2)**, publicada en el Boletín Oficial el 8 de agosto de 2014.

La LRECABA, como la mayoría de las leyes provinciales **(3)**, con la excepción de la ley de la

(1) Explica La Becca que "el proyecto aprobado por la Legislatura fue elaborado por las comisiones de Asuntos Constitucionales y de Justicia, con el declarado propósito de evitar el riesgo de diferentes interpretaciones sobre el alcance de la responsabilidad estatal regida por el derecho público, a partir de tres proyectos presentados por integrantes de distintos bloques: uno propuesto por la diputada Gorbea, uno por los diputados Gastón Blanchetiere, Daniel Del Sol y María Luisa González Estevarena, y otro por los diputados Lucía Cámpora, Javier Andrade, Ofelia Fernández, Victoria Montenegro, Claudio Alberto Morresi, Lorena Iris Pokoik García y Leandro Santoro". (LA BECCA, Juliana, "La responsabilidad del Estado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Análisis de la reciente Ley 6325", Temas de Derecho Administrativo, Ed. Erreius, 11 de noviembre 2020).

(2) Cabe recordar que la LRE es de aplicación a los daños que se atribuyan a las autoridades nacionales, por lo que están excluidos de este régimen los ocasionados por las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las municipalidades. Tal como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la ley 26.994 es una normativa de naturaleza federal (CS, Fallos: 343:140). Así lo han sostenido con anterioridad al fallo mencionado: PIZARRO, Ramón D., "Responsabilidad del Estado y del funcionario público", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2016, 2ª ed., t. II, ps. 536 y ss.; ANDRADA, Alejandro D., "Ley 26.944. Responsabilidad del Estado y Funcionarios Públicos. La situación en las provincias", Ed. Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 55 y "Ley de Responsabilidad del Estado en la Corte", LA LEY del 04/06/2020; PERRINO, Pablo E. — PADULO, Adriana M., "La ley 26.944 de Responsabilidad del Estado y los Funcionarios Públicos, ¿es una ley local o federal?", EDA, t. 2015, p. 755 y PERRINO, Pablo E., "La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 comentada", Ed. Thompson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2015, ps. 38 y ss.). Concorde con ello, y como consecuencia del sistema federal adoptado por la Constitución Nacional (arts. 1º, 121, 122 y 129 de la CN), en el art. 11 de la LRE se invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a sus disposiciones, lo cual conlleva el reconocimiento de sus facultades para legislar en la materia (ROSATTI, Horacio, "Competencia para legislar sobre responsabilidad del Estado en la Argentina", en AA.VV., Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, ps. 13 y ss.).

(3) A siete años del dictado de la LRE, de las veintitrés provincias que componen nuestro estado federal, solo ocho han legislado en la materia (Santa Cruz, ley 3396;

provincia de Mendoza **(4)**, ha seguido muy de cerca el modelo de la ley federal de responsabilidad **(5)**. La ley porteña, básicamente y con escasas modificaciones, reproduce el texto de la LRE. Ambos cuerpos normativos contienen escasos doce artículos y una sistemática similar. Sin embargo, la LRECABA exhibe ciertas diferencias y mejoras con relación al texto de la LRE, que serán examinadas a lo largo de este trabajo.

II. Diferencias y similitudes entre la LRE y la LRECABA

II.1. Ámbito de aplicación

Una primera diferencia de la ley porteña, de su par nacional, es que en el art. 1º, párr. 2º, se delimita con precisión su ámbito de aplicación al disponer que sus prescripciones alcanzan a los siguientes órganos y sujetos del sector público de la Ciudad de Buenos Aires, "el cual comprende a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, las comunas, los organismos descentralizados, entidades autárquicas, y a los organismos de la seguridad social" (art. 1º) **(6)**.

El art. 1º de la LRE carece de un párrafo análogo que delimite su ámbito de aplicación, lo cual ha dado lugar a algunas opiniones dispares acerca de su alcance, por ejemplo, respecto de las sociedades de las cuales el Estado es titular total o parcialmente **(7)**.

Chubut, Ley I-560; Río Negro, ley 5339; Mendoza, ley 8968; La Rioja, ley 10.004; Catamarca, ley 5536; Santiago del Estero, ley 7179 y Entre Ríos, ley 10.636), a lo que se ha sumado ahora la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Las quince provincias que aún no han legislado en la materia continúan con un régimen de base jurisprudencial (FIOL, Gerardo, "La responsabilidad del Estado en CABA y en las provincias que no han legislado la materia en sus respectivos ámbitos", RDA 2020-127, 205).

(4) Ley 8968.

(5) FERREYRA, Leandro E., "La ley porteña de responsabilidad del Estado", Ed. Palabras del Derecho, 16/09/2020, http://www.palabrasdelderecho.com.ar/articulo.php?id=1841.

(6) El concepto de Sector Público de la Ciudad de Buenos Aires que emplea la LRECABA es más acotado que el definido en el art. 4º de la ley 70, de Sistema de Gestión, Administración Financiera y Control del Sector Público de La Ciudad, el cual, además, de los órganos y sujetos que menciona el art. 1º, párr. 2º de la LRECABA, incluye a "las empresas y sociedades del Estado, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedades de economía mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado de la Ciudad tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias y las entidades". Sobre el particular se ha señalado que, "si la intención del legislador fue la de dejar fuera del ámbito de la Ley de Responsabilidad Estatal a las figuras societarias, el recurso al término 'sector público' denota una deficiente técnica legislativa". Más adelante se afirma que "considerando que la primera fuente de interpretación de la ley es su texto, y que no cabe, como regla, suponer la inconsecuencia del legislador, la disposición que comentamos deja fuera del ámbito de la ley 6325 a las sociedades en las cuales el Estado tenga participación. Abona nuestra conclusión, además, el hecho de que la participación del Estado en las personas jurídicas privadas no altera la naturaleza de estas, por lo que se encuentran sometidas en su actividad a las normas del derecho privado y, por tanto, su responsabilidad frente a terceros se regirá por las disposiciones del Cód. Civ. y Com. De lo contrario, el legislador local se habría arrogado la potestad de regular las relaciones entre particulares que la CN ha asignado, de manera privativa, al Congreso de la Nación (art. 75, inc. 12)" (LA BECCA, Juliana, "La responsabilidad del Estado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Análisis de la reciente Ley 6325", Temas de Derecho Administrativo, Ed. Erreius, 11 de noviembre 2020).

(7) Para Uslengui la LRE es de aplicación a estas sociedades porque integran el patrimonio del Estado, satisfacen fines públicos, aunque actúen en el manto del derecho privado y el Estado recurre a ellas con un carácter instrumental (USLENGHI, Alejandro J., "La responsabilidad del Estado por omisión", RAP 437, ps. 169 y ss.). A su vez, para Piaggio y Mattera la LRE "es de aplicación a todo el Sector Público Nacional en los amplios términos del art. 8º de la ley 24.156, pero únicamente cuando la actividad desplegada por el ente al cual se pretenda responsabilizar realice actividades en ejercicio de la función pública y regidas por el derecho público, por cuanto la restante actividad de las reparticiones de ese Sector Público Nacional, como ser en el campo contractual o del derecho privado en general, seguirá regida por las respetivas normas de derecho privado". (Piaggio, Lucas A. — MATTERA, María Eugenia, "El nuevo régimen de responsabilidad del Estado", Ed. El Derecho, Buenos Aires., 2018, ps. 54 y 55). Para nosotros la LRE no es de aplicación a las sociedades de las cuales el Estado es su titular total o parcialmente, pues se trata de personas jurídicas privadas que se rigen principalmente por el derecho privado. Además, es usual que en las normas de creación de este tipo de sociedades se establezca que aquellas se regirán por las normas y principios del derecho privado, por lo que no le serán aplicables las disposiciones del dec.-ley 19.549 de Procedimientos Administrativos y sus modificatorias, del dec. 1023/2001 y sus modificatorios —Régimen de Contrataciones del Estado—, de la Ley 13.064 de Obras Públicas y sus modificatorias, ni en general, normas o principios de derecho administrativo (PERRINO, Pablo E., "La responsabilidad del Estado

Más allá de ello, ambas leyes, con una redacción muy laxa, marginan su aplicación en los supuestos en los cuales el Estado actúa "en su carácter de empleador" (art. 10). En nuestro parecer, ello debe ser entendido en el sentido de que no se aplican estas leyes a los casos de daños derivados de los accidentes o enfermedades que sufran los empleados o funcionarios públicos, porque estos quedan sujetos a la ley nacional 24.557 de Riesgos de Trabajo, y sus modificaciones. Este cuerpo legal es de aplicación no solo a los trabadores privados, sino también a los funcionarios y empleados del sector público nacional, de las provincias y sus municipios y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 2º, punto 1, inc. a).

II.2. Carácter objetivo y directo

Las dos leyes disponen que la responsabilidad estatal es objetiva y directa (art. 1º, párr. 2º), lo cual es correcto.Al igual que lo han afirmado la Corte Suprema de Justicia a partir del famoso caso "Vadell" **(8)** y la mayoría de la doctrina, en los art. 1º, párr. 2º de la LRE y de la LRECABA se determina que la responsabilidad estatal es objetiva y directa. Que sea objetiva, significa que no es necesario indagar en la subjetividad del empleado o funcionario estatal para que aquella se configure **(9)**, ya que, la culpa o dolo del empleado o funcionario público no constituyen elementos determinantes de la responsabilidad estatal **(10)**. A su vez, se la califica como di-

y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 comentada", ob. cit., ps. 42-45).

(8) CS, Fallos: 306:2030. En el consid. 6º de dicho pronunciamiento la Corte Suprema expresó: "Que... la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público que no requiere, como fundamento de derecho positivo, recurrir al art. 1113 del Cód. Civil al que han remitido desde antiguo, exclusive o concurrentemente, sentencias anteriores de esta Corte en doctrina que sus actuales integrantes no comparten (ver Fallos, t. 259, p. 261; t. 270, p. 404; t. 278, p. 224; t. 288, p. 362; t. 290, p. 71; t. 300, p. 867 —Rev. La Ley, t. 117, p. 842, fallo 11.664-S, t. 131, p. 518; t. 143, p. 576, fallo 26.678-S; Rep. La Ley, t. XXXV, p. 237, sum. 141; t. XLI, A-I, p. 926, sum. 306—). En efecto no se trata de una responsabilidad indirecta la que en el caso se compromete, toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de estas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas". En tal sentido, la Corte Suprema ha señalado reiteradamente, que "la responsabilidad extracontractual del Estado por el hecho de sus agentes, no es indirecta ni basada en la culpabilidad. Por el contrario, cuando se trata de un servicio público que el Estado presta a la comunidad, aquel responde directamente por la falta de una regular prestación. Y es que, aunque la falta sea derivada del hecho de los agentes, existe una imputación directa al titular del servicio. Es decir, la actividad de los órganos, funcionarios o agentes del Estado, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de este, el que debe responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas (CS, Fallos: 321:1124)" (CS, Fallos: 330:563; conf. CS, Fallos: 316:2136; 318:1800; 324:492; 325:2949; 326:4003, 330:2748; 333: 1623; entre otros).

(9) Así lo han señalado respecto de la falta de servicio: CASSAGNE, Juan Carlos, "Reflexiones sobre los factores de atribución en la responsabilidad del Estado por la actividad de la Administración", LA LEY, 2005-D, 1268; TAWIL, Guido S., "La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la Administración de justicia", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 109; MATA, Ismael, "Responsabilidad del Estado por el ejercicio del poder de policía", obra colectiva Responsabilidad del Estado y del funcionario público, Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, p. 176; MERTEHIKIAN, Eduardo, "La responsabilidad pública", Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2001, ps. 63 y ss. y BONPLAND, Viviana M., "Responsabilidad extracontractual del Estado (Análisis exegético de las citas del codificador al art. 1112 del Código Civil)", LA LEY, 1987-A, ps. 784 y 786; AMENÁBAR, María del Pilar, "Responsabilidad extracontractual de la Administración Pública", Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008, ps. 173-175. En cambio, afirman el carácter subjetivo de la responsabilidad por falta: HUTCHINSON, Tomás, "Los daños producidos por el Estado", Jus, 38, p. 63, y en "Lineamientos generales de la responsabilidad administrativa del Estado", Revista de Derecho de Daños, 2010-3, Responsabilidad del Estado, ps. 61 y ss. y REIRIZ, María Graciela, "Responsabilidad del Estado" en la obra colectiva El Derecho Administrativo hoy, Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996, p. 226.

(10) En este sentido Cassagne afirma que, al igual que ocurre en el derecho francés, la falta de servicio entraña la supresión del elemento culpa como factor de atribución de la responsabilidad, como la innecesariedad de individualizar al autor del daño. Asimismo, sostiene que "si por una parte la figura no se atiene a la culpa del agente sino al incumplimiento irregular de una obligación legal y si una de esas obligaciones fundamentales está constituida por el deber de no dañar (que constituye un principio general del derecho) y de cumplir en forma regular (es decir, con arreglo a las leyes y reglamentos) las obligaciones del servicio, va de suyo que aun cuando no pueda individualizarse al autor concreto del incumplimiento que provoca el daño (si este fuera imputable material-

recta **(11)** porque la responsabilidad estatal no funciona, como un sistema de cobertura de los perjuicios causados por el comportamiento de los funcionarios o agentes públicos, como ocurre en los supuestos de responsabilidad indirecta por el hecho de los dependientes **(12)**. Ello es así, puesto que la imputación de las actuaciones de los funcionarios o empleados al Estado se explica a través de la teoría del órgano **(13)**, la cual postula que las entidades estatales manifiestan su actividad y su voluntad a través de sus órganos.

II.3. Carácter iuspublicístico de la responsabilidad estatal. La inaplicación del Código Civil

La LRE y la LRECABA se enrolan en la postura de la doctrina mayoritaria de los autores de derecho administrativo —que compartimos— que predica que la responsabilidad del Estado es un instituto básicamente de derecho público, cuya regulación no corresponde, como principio, a la legislación civil. En ese entendimiento, los arts. 1º, párr. 3º de ambas leyes, con una redacción criticable por excesiva, establecen que "las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria". Y en la LRECABA, reiterando lo establecido en el 1765 del Cód. Civ. y Com. **(14)**, se agrega que la responsabilidad estatal se rige "por las normas y principios del derecho administrativo local" (art. 1º, párr. 3º).

Cabe recordar que en el art. 1764 del Cód. Civ. y Com. también se dispone la inaplicación directa y supletoria de sus normas a la responsabilidad estatal, pero se lo hace con una redacción más cuidada y acotada, pues allí se precisa que lo inaplicable son las disposiciones del cap. 1 del tít. V "Otras fuentes de las obligaciones", que regulan la responsabilidad civil, no genéricamente las de todo el Código, como lo prescriben las 2 leyes de responsabilidad estatal.

Tal como lo hemos señalado, en otra ocasión, el legislador no ha tenido en consideración que no toda la actividad estatal se sujeta a su derecho propio o común que es el derecho público, sino que también, en ciertos supuestos, ella se rige por disposiciones del derecho civil o comercial **(15)**. En tales casos su responsabilidad "es extraña al derecho administrativo" **(16)** y su regulación es propia del Congreso de la Nación en virtud de la facultad conferida en el art. 75, inc. 12 de la CN **(17)**.

---

mente a un órgano del Estado) se genera la consiguiente responsabilidad, siempre que concurran los demás requisitos establecidos para que la misma se configure" (CASSAGNE, Juan Carlos, "Reflexiones sobre los factores de atribución en la responsabilidad del Estado por la actividad de la Administración", LA LEY, 2005-D, 1268).

(11) Explica Gordillo que: "Responsabilidad directa es la que corresponde por un hecho propio; indirecta, la de un empleador o superior por el hecho de un empleado o dependiente suyo" (GORDILLO, "Tratado de derecho administrativo y obras selectas", ob. cit., t. II, cap. XX-27).

(12) Art. 1753, Cód. Civ. y Com.

(13) Uno de los motivos que impulsaron a la doctrina de finales del XIX a acuñar la teoría del órgano fue la inadecuación al Derecho público del régimen general de imputación de actos y efectos jurídicos existentes en el Derecho privado (teorías del mandato y de la representación). Para la teoría del órgano los servidores públicos no son personas ajenas al Estado, sino que se integran en la organización de la persona estatal como parte integrante de la misma. Entre el órgano (el funcionario) y el Estado se da una relación de práctica identidad, que hace que sea el funcionario quien quiera por y en lugar del Estado. (Santamaría Pastor, Juan Alfonso, "La teoría del órgano en el Derecho Administrativo", Revista Española de Derecho Administrativo, 40-41, p. 43 y "Fundamentos de Derecho Administrativo", Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, t. I, ps. 857 y ss.; ver: Marienhoff, "Tratado de Derecho Administrativo", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, 5ª ed., t. I, cap. II, ps. 534 y ss.).

(14) El art. 1765 del Cód. Civ. y Com. establece: "Responsabilidad del Estado. La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda".

(15) Conf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo — FERNÁNDEZ, Tomás R., "Curso de Derecho Administrativo", Madrid, 2000, 10ª ed., t. I, ps. 51 y ss., en especial ps. 53-54 y Marienhoff, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980, 3ª ed. actual., t. IV, p. 719.

(16) CASSAGNE, "Curso de Derecho Administrativo", ob. cit. t. I, p. 432.

(17) Cassagne ha señalado que "cuando los daños provengan de la actuación del Estado en el campo del Derecho Civil o Mercantil (v.gr., bienes del dominio privado del Estado, actos de comercio de los bancos oficiales, etc.) la responsabilidad se rige por las reglas del Derecho Privado que en nuestro país se hallan en el Cód. Civ. y Com. La regulación de la responsabilidad del Estado por el derecho administrativo se limita a las actividades u omisiones relacionadas con una potestad pública, ya que, aquellas que responden a actividades administrativas por exten-

Para ser coherente con lo establecido en el art. 1764 del Cód. Civ. y Com., se debió precisar que la inaplicación directa y subsidiaria de las normas de la legislación civil son las que conciernen a las disposiciones del cap. 1 del tít. V "Otras fuentes de las obligaciones" de dicho código **(18)**.

Más allá de lo establecido en ambas leyes y en el art. 1764 del Cód. Civ. y Com., siempre será posible acudir a la legislación civil para cubrir las innumerables lagunas que presentan las normas reguladoras de la responsabilidad estatal, ya sea a fin de aplicar principios generales del derecho **(19)** (v.gr., el principio de la buena fe receptado en los arts. 9º y 961 del Cód. Civ. y Com.) u otras soluciones consagradas en la legislación civil mediante la técnica de la interpretación analógica **(20)**, lo cual es algo diverso a la subsidiariedad **(21)**. Por lo demás, ello será ineludible pues la LRE y la LRECABA solo contienen la regulación de los aspectos básicos de la responsabilidad.

II.4. Factores de atribución de la responsabilidad ilegítima y legítima

Un tema central que hace al corazón del sistema instaurado por las dos leyes es la regulación de los denominados factores de atribución, esto es de las razones por las cuales el Estado debe ser responsable.

Del mismo modo que la LRE y la generalidad de leyes provinciales de responsabilidad estatal, con la excepción de la ley mendocina **(22)**, en la LRECABA solo se han legislado dos factores de atribución: la falta de servicio para la responsabilidad del Estado por su actuación ilegítima y el

sión (en el campo de la salud o de la enseñanza) siendo la actividad desplegada igual a la que realizan los particulares (v.gr. en hospitales o establecimientos educativos privados, accidentes de automotores, etc.) no se justifica un régimen distinto de responsabilidad que el del Cód. Civ. y Com., porque de lo contrario se violaría el principio de unidad de legislación común y el consecuente principio constitucional (art. 75, inc. 12, CN). Por estas razones el criterio que fluye del art. 1º de la ley 26.944 resulta contrario al sistema de la Constitución" ("Curso de Derecho Administrativo", ob. cit. t. I, ps. 439-440).

(18) Para Mairal, "la interpretación literal del art. 1º de la LRE crearía un vacío legislativo ante la dificultad de precisar cuáles son las normas excluidas de entre todas la diseminadas a lo largo del Código Civil que pueden tener alguna incidencia, más o menos directa, sobre el tema de la responsabilidad contractual del Estado". En su opinión, las normas no incluidas en el cap. 1 del tít. V del Código Civil y Comercial deben aplicarse en forma directa o subsidiaria (MAIRAL, Héctor A., "La responsabilidad contractual del Estado a la luz de la ley 26.944 y del nuevo Código Civil y Comercial", ED, 260, p. 641).

(19) Como dice Bielsa, "se trata de preceptos fundados en principios comunes al derecho privado y al derecho público, pero que han tenido concreción positiva muchos antes en el derecho civil que en el derecho administrativo (Bielsa, Rafael, "Derecho Administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 1964, 6ª ed., t. I, p. 159).

(20) Conf. Silva Tamayo, Gustavo E. "La responsabilidad estatal en la ley 26.944 (Algunas consideraciones exegéticas preliminares)", Rev. de Der. Adm., 97, p. 67 y Parellada, Carlos A., "Responsabilidad del Estado por hechos dañosos de sus agentes, cometidos con el arma reglamentaria", LA LEY, 2014-E, 394. A juicio de Cicero la "pretensión de autosuficiencia que contiene la LRE solo podría alcanzar a cuestiones que han sido objeto de una regulación específica por aquella, pero nunca a otras que, aun estando contenidas en el Código Civil, resultan principios generales del derecho o categorías jurídicas que se proyectan a todo el ordenamiento jurídico, cualquiera sea su especificidad". A su juicio, "no es sino al Código Civil adonde deberá recurrirse para definir institutos tales como el caso fortuito o la fuerza mayor, el cómputo de los plazos, el concepto de daño emergente o lucro cesante, etc., máxime cuando la LRE nada dice sobre el alcance y extensión del resarcimiento en el campo de la responsabilidad por actividad u omisión ilegítima" Cicero, Nidia K. "Primeras reflexiones acerca de los presupuestos del deber de resarcir en la Ley de Responsabilidad del Estado", Rev. de Der. Adm., 97, p. 35).

(21) Conf. CASSAGNE, Juan Carlos, "El fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado y su regulación por el Código Civil o por leyes administrativas", LA LEY, 2014-C, 885.

(22) El art. 12 de la ley 8968 dispone: "Responsabilidad por el riesgo o vicio de las cosas. El Estado responde en cuanto dueño o guardián del daño causado por el vicio o riesgo de las cosas de que se sirve, salvo que su uso especial haya sido otorgado a particulares o a otras personas por las que no deba responder en forma directa. Tal responsabilidad es objetiva y se exime ante el caso fortuito o fuerza mayor o si se prueba que la cosa fue usada en contra de su voluntad expresa o presunta. Responsabilidad derivada de ciertas actividades peligrosas. El Estado también responde objetivamente por el daño causado por la realización de aquellas actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados, por las circunstancias de su realización o así expresamente declaradas por Ley. Remisión. En los supuestos comprendidos en los párrafos anteriores del presente artículo, la responsabilidad del Estado se rige por las normas del tít. II, cap. I de la presente ley".

sacrificio especial para la responsabilidad estatal por comportamientos legítimos (arts. 2º y 3º).

Si bien es cierto, que dichos factores de atribución son cuantitativamente los más relevantes, también lo es que no pueden ser los únicos **(23)**. En numerosos supuestos **(24)** se ha considerado que el fundamento del deber de responder estatal radica en otros factores objetivos como el riesgo creado **(25)** y la garantía. Este último para el caso especial de los daños sufridos por alumnos menores cuando se encuentren bajo el control de las autoridades educativas **(26)**, le-

(23) Conf. Cicero, Nidia K., "Primeras reflexiones acerca de los presupuestos del deber de resarcir en la Ley de Responsabilidad del Estado", RDA 2015-97-35. Así, la Sala I de la CNFed. Cont. Adm. en la sentencia pronunciada el 21/4/15 en la causa "Dagostino, Francisco H. y otros c. EN — Ministerio de Defensa s/ daños y perjuicios" (expte. 30.227/2007), ha expresado que la falta de servicio, como factor de atribución, "no resulta excluyente de otros factores de atribución posiblemente aplicables", tales como el riesgo de la cosa; ver: PERRINO, Pablo E. "Los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad lícita", AA.VV., Responsabilidad del Estado y del funcionario público, Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires 2000, ps. 72 y ss.

(24) P. ej., daños ocasionados por: (i) la intervención de un automóvil de titularidad estatal (CS, Fallos: 320:2971 y. 327:442; si bien en CS, Fallos: 333:1404 se aplicó el factor de atribución falta de servicio; CCont. Adm. y Trib. CABA, Sala II; "Ponce, Manuel N. y otros c. GCBA y otros", sent. del 10/05/2012, JURISTECA, Base de Datos del Departamento de Biblioteca y Jurisprudencia del Consejo de la Magistratura de la CABA); (ii) provocados por explosivos (CNFed. Civ. y Com., Sala III, causa "Pliauzer, Juan P. c. Estado Nacional", sent. del 17/08/2000, JA 2001-I-275; CFed. Córdoba, sala B, "Aracena, Viviana N.", sent. del 21/05/2009, LA LEY, 2009-E, 416; SC Mendoza, sala I, "Benavidez, Mónica B.", sent. del 08/11/2012, JA 2013-01-30, 96, LLGran Cuyo 2013 (marzo), 142 y CNFed. Cont. Adm., Sala I, causa "Dagostino, Francisco H. y otros c. EN — Ministerio de Defensa s/ daños y perjuicios" (Expte. 30.227/2007) sent. del 21/04/2015); (iii) el mal estado de conservación de las aceras (CCont. Adm. y Trib. CABA, Sala III, "P., O. L. c. GCBA s/ daños y perjuicios (excepto resp. médica)", sent. del 05/05/2014, RCyS 2014-VIII, 180, LLOnline: AR/JUR/29211/2014; Sala II, "Rodríguez Arias, Fernanda c. GCBA", sent. del 15/10/2008, LLOnline: AR/JUR/17763/2008

(25) Explica Cassagne: "En los derechos comparados se acepta, en general, el riesgo como factor objetivo de atribución de responsabilidad en las actividades o cosas peligrosas, lo que, aparte de su formulación atípica, suele ser objeto de regulaciones específicas con respecto a determinadas cosas o actividades (como en materia ambiental). Esas responsabilidades objetivas están reconocidas tanto en el derecho civil como en el derecho administrativo, con la salvedad de que, en algunos ordenamientos, como es el Código Civil y Comercial Argentino, se hayan consagrado fórmulas atípicas al introducir una cláusula general para determinar la ocurrencia de la situación de riesgo (art. 1757) y la consecuente responsabilidad del causante del daño por el hecho de las cosas y actividades riesgosas (norma aplicable por analogía al derecho administrativo) situación que no deja de ser un retorno a formas primitivas de atribución de responsabilidad. En derecho civil se ha abierto paso en los últimos años la tendencia a reconocer el riesgo provecho o riesgo beneficio, del que constituye una derivación el denominado riesgo empresario, de marcada influencia italiana. Pero, en el derecho público —como hemos señalado— no resulta concebible aplicar a la Administración sin más la teoría del riesgo beneficio o provecho y menos aún la del riesgo empresario toda vez que en la realización de los fines públicos encomendados no puede tener cabida el objetivo de lucro económico o comercial aparte de que la télesis de la actividad administrativa no persigue el beneficio de la Administración sino la de todos los ciudadanos que componen la comunidad política. En consecuencia, ni aun de forma analógica podrían extenderse estas versiones de la teoría del riesgo al derecho administrativo, excepto el caso de las actividades de las empresas públicas que persigan finalidades comerciales o industriales que se rigen por similares principios, en materia de responsabilidad, que las empresas de titularidad privada (salvo que la ley dispusiera lo contrario)". Y, más adelante, concluye, con palabras que compartimos "la diferente finalidad y consecuente estructura del régimen de responsabilidad del derecho civil, que mira sustancialmente el interés de la víctima del daño (al menos, en su actual evolución) a diferencia del derecho público que persigue el interés público o bien común (que es el bien de todos y también el de cada uno de los ciudadanos), justifica la existencia de un abordaje normativo diferenciado y autónomo, máxime en aquellos sistemas en los que la configuración de esta clase de responsabilidad objetiva se basa en una fórmula atípica, de cláusula general, que atribuye a los jueces las más amplias facultades para configurar, en cada caso, la determinación de la responsabilidad estatal" (CASSAGNE, Juan Carlos, "Acerca de algunas cuestiones que debaten Civilistas y Administrativistas en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado", inédito. En prensa, 2021; ver: PERRINO, Pablo E., "La responsabilidad del Estado ocasionada por el riesgo o vicio de las cosas", AA.VV., Organización administrativa, función pública y dominio público, Ed. RAP, Buenos Aires, 2005, ps. 503 y ss.).

(26) Conf. CNCiv., sala D, "Wendling", Arnaldo V. y otro c. Municipalidad de Buenos Aires y otro", sent. del 23/03/2005, LLOnline: AR/JUR/193/2005; CNCiv., sala H, causa "Córdoba, Daniel I. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro", sent. del 06/10/2009, LLOnline AR/JUR/44841/2009; SCBA, causa "O., E. A. c. Provincia de Buenos Aires", LLBA 2009 (octubre), 985. CCont. Adm. y Trib. CABA, Sala I, "A., A. A. y otros c. GCBA (Escuela Mu-

gislado en el art. 1767 del Cód. Civ. y Com. **(27)** y con anterioridad en el art. 1717 del derogado Cód. Civil, modificado por la ley 24.830.

Lo cierto es que, al no estar previstos otros factores, como el riesgo y la garantía, la falta de servicio pasa a ocupar su lugar, lo cual no es algo menor, pues provoca serios trastornos para las víctimas y limita irrazonablemente la responsabilidad estatal.

Ello es así porque cuando se sustenta la responsabilidad en el riesgo creado o garantía, la conducta desplegada por el autor del daño carece de toda entidad para exonerar su eventual deber de responder (a menos, claro está, que concurra alguna circunstancia eximente de responsabilidad), lo que, en cambio, tiene lugar cuando el factor de atribución es la falta de servicio.

Es que si bien en la falta de servicio, al igual que en la responsabilidad por riesgo, no es preciso demostrar la culpa o dolo del agente autor del daño **(28)**, la primera no es una responsabilidad de resultados, sino de medios, de conductas **(29)**, por lo que no basta demostrar el nexo causal y el daño para que nazca el deber de indemnizar, sino que es menester acreditar el anormal o irregular comportamiento estatal **(30)**, cuya determinación debe realizarse sobre la base de una apreciación en concreto que tome en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone la Administración, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño **(31)**.

A nuestro entender, el único camino para paliar las dificultades derivadas de no haber previsto otros factores de atribución más que la falta de servicio es la aplicación en tales supuestos de las disposiciones pertinentes de la legislación civil a través de la analogía **(32)**.

II.5. Responsabilidad por actuación estatal ilegítima

En lo que concierne a la responsabilidad por actuación ilegítima, la LRECABA reproduce en el art. 2º la sistematización de los requisitos para que sea viable el deber de responder estatal que efectúa la ley nacional en el art. 3º, atinentes a: a) el daño, b) la imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal, c) la relación de causalidad adecuada y d) la configuración del factor de atribución falta de servicio, por acción o por omisión.

Del mismo modo que en la ley nacional, la conceptualización de la falta de servicio es muy laxa y trasunta un concepto omnicomprensivo de todo comportamiento estatal irregular, contrario a derecho, por lo que comprende también, a falta de regulación expresa, los supuestos

nicipal N.º 14, Pcia. de San Luis) s/ daños y perjuicios", sent. del 13/06/2018, LLOnline: AR/JUR/25906/2019; Sala II, "Méndez de Hornos, Susana Y. y otros c. Ciudad de Buenos Aires y otros", sent. del 09/03/2009, LLOnline: AR/JUR/9037/2009 y "P. G., J. I. c. GCBA s/ daños y perjuicios (excepto resp. médica)", sent. del 16/10/2018, LLOnline: AR/JUR/82279/2018, entre otros.

(27) Con buen criterio el art. 14 de la legislación mendocina 8968 dispone: "El Estado Provincial en su carácter de titular de un establecimiento educativo responde en los términos del art. 1767 del Cód. Civ. y Com. El Estado podrá contratar un seguro de responsabilidad civil, de acuerdo con los requisitos que fije la autoridad en materia aseguradora".

(28) Ver: CASSAGNE, Juan Carlos, "Panorama de la responsabilidad estatal en el derecho comparado", ED, Rev. de Der. Adm., 201, ED-DCCLXXVII-963, 02/09/2019.

(29) Al respecto se ha señalado que la falta de servicio "remite en todos los casos —ya por acción, ya por omisión— a una consideración sobre el desempeño de la conducta desplegad, lo cual importa, en última instancia, un juicio de valor sobre la diligencia del Estado en el cumplimiento de sus funciones", RAMOS MARTÍNEZ, María Florencia, "Responsabilidad del Estado por omisión", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2019, p. 273.

(30) ANDRADA, "Ley 26.944. Responsabilidad del Estado y Funcionarios Públicos. La situación en las provincias", ob. cit. p. 96.

(31) CS, Fallos: 321:1124; 330:563 y 343:184.

(32) En igual sentido se expide Parellada, Carlos A., "Responsabilidad del Estado por hechos dañosos de sus agentes, cometidos con el arma reglamentaria", LA LEY, 2014-E, 394 y ANDRADA, "Ley 26.944. Responsabilidad del Estado y funcionarios. La situación en las provincias", ob. cit. p. 50. Para Cicero, si bien siempre es posible recurrir al Código Civil por vía analógica, considera que en "los temas que han sido abordados directamente por la LRE —tal como los presupuestos de la responsabilidad— es al menos dudoso que puedan completarse por medio del recurso a la analogía". (Cicero, Nidia K., "Primeras reflexiones acerca de los presupuestos del deber de resarcir en la Ley de Responsabilidad del Estado", RDA 2015-97-35).

de responsabilidad por daños provocados por leyes inconstitucionales, por error judicial y por el denominado irregular o anormal funcionamiento de la administración de justicia.

La única novedad que presenta aquí la ley de la CABA respecto de su par nacional es la recepción del principio de la reparación plena o integral **(33)**, si bien mediante un párrafo incorporado en la parte final del art. 2º, de redacción poco feliz, que dice que "el juez puede disponer el resarcimiento de 'todos aquellos rubros indemnizatorios efectivamente acreditados" **(34)**.

De este modo, se consagra en la ley porteña el criterio imperante en la jurisprudencia que enseña que la reparación integral tiene sustento constitucional **(35)**.

(33) El art. 1738 del Cód. Civ. y Com. establece: "La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo con la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida".

(34) Decimos que la redacción es poco feliz porque: (i), es obvio y redundante establecer que la indemnización procede solo si se verifican los cuatro requisitos establecidos a tal fin; (ii) en tal caso no creemos que el juez "puede", sino que "debe" disponer el resarcimiento de los daños y (iii) se reitera innecesariamente que los rubros a indemnizar deben ser efectivamente probados, cuando ello es exigido en el inc. a) del mismo artículo que dispone que el daño debe ser "... debidamente acreditado por quien lo invoca...".

(35) CS, Fallos: 335:2333 y causa "Buffoni, Osvaldo O. c. Castro, Ramiro M. s/ daños y perjuicios" (LA LEY 2014-C-144). Al respecto se ha expresado que tanto el derecho a una reparación integral como el derecho a la integridad de la persona en su aspecto físico, psíquico y moral y el derecho a la vida que enlaza a los dos primeros, se encuentran reconocidos por el plexo convencional incorporado al art. 75, inc. 22, de la CN (arts. I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 3º de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 4º, 5º y 21 del Pacto de San José de Costa Rica y 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) (Voto de los Dres. Juan Carlos Maqueda y Horacio Rosatti en CS, Fallos: 340:1038 y 1154). Asimismo, en un voto del juez Lorenzetti emitido en CS, Fallos: 340:1038 se sostuvo: "los precedentes de este Tribunal establecen que el principio de no dañar a otro tiene rango constitucional, implícitamente reconocido por el art. 19 de la CN (CS, Fallos: 182:5; 308:1118; 315:689; 327.:3753 y 328:651, entre otros). Como, así también, que la reparación debe ser plena en el sentido de que, con los recaudos que exige el ordenamiento, alcance el estándar de una tutela efectiva de la víctima frente al daño injustamente sufrido y, particularmente, en lo que atañe al quantum de la reparación, represente una extensión congruente con la entidad del perjuicio acreditado (doctrina de CS, Fallos: 314:729, consid. 4º; 316:1949, consid. 4º; 335:2333, consid. 20, entre otros). (...) el resarcimiento integral de los perjuicios cuenta con una raíz constitucional estrechamente vinculado con el sentido de justicia de la sociedad (CS, Fallos: 308:1160, consid. 7º) (...) esta Corte, a lo largo del tiempo, ha empleado indistintamente las expresiones "reparación integral" (CS, Fallos: 311:1722; 337:329; 338:934), "reparación integral" (CS, Fallos: 219:798) o "reparación plena" (CS, Fallos: 330:4633; 332:2633; esta última finalmente adoptada por el Código Civil y Comercial de la Nación), como nociones equivalentes que trasuntan, en definitiva, el imperativo constitucional de la reparación del daño, que no es otro que restituir, con la modalidad y amplitud que establece el ordenamiento, la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso".

II.6. Responsabilidad por actuación estatal legítima

Por su parte, las dos leyes contienen una regulación marcadamente restrictiva de la responsabilidad estatal por actuación legítima del Estado, que en algunos casos puede ser susceptible de reproche constitucional, tanto en lo que concierne a la configuración de los requisitos, en particular la causalidad que se exige sea "directa, inmediata y exclusiva" **(36)** y el daño que

(36) Art. 4º, inc. c), LRE y art. 3º, inc. c), LRECABA. Balbín afirma: "el nexo directo es criterioso y no se contrapone con las causas adecuadas e idóneas. Sin embargo, el carácter inmediato no es razonable porque el antecedente más próximo no es necesariamente relevante en términos de producción del evento dañoso y sus consecuencias. Por eso, el razonamiento debe ser más profundo y complejo, con el propósito de escudriñar las causas que sean jurídicamente relevantes —es decir, los antecedentes que ocurren habitualmente según el curso normal de los hechos— y siempre que, además, no sea posible suprimirlos ni reemplazarlos en el derrotero de los hechos y el resultado. Asimismo, el nexo exclusivo de la causa y, por tanto, excluyente de otras concausas debe ser rechazado como camino interpretativo porque, en tales casos, cualquier causa idónea —p. ej., la culpa de la víctima— excluiría totalmente la responsabilidad estatal. Es más, exigir el carácter exclusivo parece irrazonable, pues es posible e incluso común que en la producción de los hechos dañosos concurran varias causas. ¿Por qué, entonces, excluir unas y no otras? El criterio más justo es que se sumen todas las causas que sean relevantes, distribuyéndose el daño entre estas y los autores respon-

se requiere que sea actual **(37)**, como al alcance de la indemnización **(38)**.

Respecto a esta última cuestión ambas legislaciones consagran un criterio extremadamente acotado y que no se ajusta al criterio jurisprudencial más reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que en muchos casos conducirá a reconocer una indemnización irrazonable debido a su insuficiente o ínfima cuantía, que dejará sin reparar el perjuicio padecido por la víctima **(39)**.

En efecto, en el art. 5º de la LRE, mediante un texto tomando de la legislación expropiatoria, se establece que la indemnización consistirá en el "valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública" **(40)** y se descarta expresamente el resarcimiento del lucro cesante **(41)**.

La ley porteña incorpora algunos cambios respecto de su fuente, que podríamos calificar de cosméticos, para en definitiva reiterar la misma fórmula limitativa empleada por el legislador nacional, si bien con alguna lógica excepción. Así, en el art. 5º establece que, como regla, la indemnización "comprende solo el resarcimiento del daño emergente, entendiendo por tal, dice la norma, a los perjuicios causados respecto del valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública".

Pero, a diferencia de la LRE, y siguiendo lo regulado en la legislación mendocina de responsabilidad estatal **(42)**, en el párr. 2º de la disposición de cita la LRECABA prevé una excepción a dicha regla a fin de habilitar la indemnización del lucro cesante en los casos en que se "afecte la vida, la salud física y mental o la integridad física de las personas", aunque con la aclaración de que ello no alcanza a la reparación de la pérdida de la chance **(43)**.

Otra manifestación del carácter restrictivo con que ambas leyes han legislado la responsabilidad por actividad legítima del Estado es la calificación de excepcional que hacen de aquella **(44)** y la circunstancia de no dar cobertura a los supuestos, pocos usuales, de daños provocados por omisiones legítimas **(45)**.

---

sables". (BALBÍN, Carlos F., "Impacto del Código Civil y Comercial en el derecho administrativo", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2016, ps. 41-42). También Comadira se ha manifestado en contra de una consideración restrictiva del nexo causal (COMADIRA, Julio R., "Derecho Administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios", Ed. LexisNexis - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, 2ª ed., p. 374).

(37) Art. 4, inc. a), LRE y art. 3º, inc. a), LRECABA.

(38) Arts. 5, LRE y LRECABA.

(39) Conf. CASSAGNE, Juan Carlos, "El principio general de la justa indemnización en la responsabilidad del estado ¿justicia conmutativa o distributiva?", LA LEY, 2015-E, 765; BALBÍN, ob. cit. p. 49. Ampliar en: PERRINO, "La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 comentada", ob. cit. ps. 145 y ss.

(40) Ello ha sido, con razón, criticado por Gordillo, pues a su entender extender las ideas restrictivas de la indemnización expropiatoria a todos los casos de responsabilidad del Estado es una desproporción (GORDILLO, "Tratado de derecho administrativo y obras selectas", ob. cit., t. II, cap. XX-32).

(41) Si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un número relevante de asuntos dispuso la aplicación analógica de las disposiciones de la Ley de Expropiaciones para determinar la extensión del de la indemnización en supuestos de responsabilidad legítima del Estado, por lo que descartó el pago del lucro cesante (CS, Fallos: 195:66¸293:617; 301:403; 312:649, entre otros), en las últimas décadas reconoció claramente que dicho rubro no debe ser excluido de la condena (CS, Fallos: 312:2266; 316: 1465 y 1335; 320:2551; 327:247; 328:2654; 328:2654 y causa "Malma Trading SRL c. Estado Nacional-Ministerio de Economía y Obr. y Serv. Publ. s/ proceso de conocimiento", fallada el 15/05/2014, LA LEY, 2014-C, 263 y ED, 2014-190; ver: PERRINO, "La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 comentada", ob. cit., ps. 142 y ss.

(42) Art. 10, párr. 4º, ley 8968.

(43) Sostiene La Becca que "por su especialidad en cuanto al tipo de derechos que viene a proteger, entendemos que la norma desplaza lo previsto en el art. 18, in fine, DNU 1510/1997 cuando los daños a la integridad o la vida de las personas deriven de la revocación de actos administrativos por razones de interés público" (LA BECCA, Juliana, "La responsabilidad del Estado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Análisis de la reciente Ley 6325", Temas de Derecho Administrativo, Ed. Erreius, 11 de noviembre 2020).

(44) Arts. 5º, LRE y LRECABA, respectivamente.

(45) Art. 4º, inc. b), LRE y art. 3º, inc. b), LRECABA.

Un acierto del legislador porteño fue no haber restringido la responsabilidad de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en los casos de daños derivados de la actuación legítima del Poder Judicial, como lo hace la ley nacional **(46)** y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación **(47)**. Es que, si bien "son supuestos más bien excepcionales" **(48)**, cumplidas las exigencias establecidas en el art. 4º de la LRE y con base en los principios constitucionales de igualdad ante las cargas públicas, inviolabilidad de la propiedad y *alterum non laedere* (arts. 16,14, 17 y 19 de la CN, respectivamente), no parece lógico dejar sin reparar el daño ocasionado **(49)**.

En efecto, no estimamos razonable enarbolar como regla, como lo hace la LRE, la imposibilidad de reclamar una indemnización cuando el perjuicio encuentra su causa en el accionar legítimo del Poder Judicial **(50)**. Contrariamente a lo postulado por el máximo tribunal de la República, no consideramos que medien diferencias sustanciales en tales supuestos respecto de los casos de actuaciones válidas de los otros poderes del Estado **(51)**.

II.7. Responsabilidad contractual

La responsabilidad del Estado en su faz contractual también está alcanzada por las dos leyes, si bien no directamente, pues son de aplicación supletoria en dicho campo ante la ausencia de "normas específicas" en materia contractual **(52)**.

El art. 10 de la LRECABA, en el cual se regula este tipo de responsabilidad, reproduce básicamente el art. 10 de la LRE **(53)**.

II.8. Eximentes de responsabilidad

Un punto en el cual se advierte una diferencia —si bien no sustancial— entre las dos leyes radica en la regulación de los eximentes de la

(46) Art. 5º, último párrafo, LRE.

(47) CS, Fallos: 317:1233; 318:1990; 321:1712; 317:1233: 318:1990; 312:1712 y 325:1855.

(48) PIZARRO, Ramón D., "Responsabilidad del Estado y del funcionario público", ob. cit. t. 2, p. 42.

(49) Conf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R. — PARELLADA Carlos A., "Reflexiones sobre la responsabilidad del Estado por daños derivados de la función judicial", en MOSSET ITURRASPE — KEMELMAJER DE CARLUCCI — PARELLADA, Responsabilidad De los jueces, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1986, p. 57; BOTASSI, Carlos A., "Responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional", AA.VV., Responsabilidad del Estado y del funcionario público, Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, ps. 95 y ss. y PERRINO, "La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 comentada", ob. cit., ps. 168-172.

(50) A juicio de Gelli, si bien el principio consignado en el art. 5º "puede ser atendible, en algunos casos y bajo determinadas circunstancias, expresado en esos términos rotundos y definitivos pugna con los arts. 8º y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos". En su opinión, "el artículo debió establecer el principio y morigerarlo con matizaciones que contemplen situaciones que, sin constituir actos ilegítimos en sí mismos, puedan causar daños que vayan más allá de las cargas que la eficiente administración de justicia pueda causar" (GELLI, María Angélica, "Lectura constitucional de la Ley de Responsabilidad del Estado", LA LEY, 2014-E, 659).

(51) Conf. BOTASSI, Carlos A., "Responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional", ob. cit., ps. 95 y ss. y PÉREZ HUALDE, Alejandro, "Responsabilidad del Estado por daños ocasionados por la presión preventiva regularmente ordenada", AA.VV., La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, coordinada por Jaime Rodríguez-Arana Muñoz — Jorge Fernández Ruiz — Luis J. Bejar Rivera — María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo, Universidad Panamericana y Espress, México, 2014, t. I, ps. 459 y ss. Por lo demás, como acertadamente se ha destacado, esta restricción "se centra en el carácter de la actividad y no en la afectación a derechos como fuente de responsabilidad. La inconsistencia, que hasta ahora solo era predicable de la jurisprudencia de la Corte, reside en no aplicar el principio de igualdad ante las cargas públicas respecto de aquel que sufre un sacrificio especial como resultado de la actividad judicial, pero sí hacerlo cuando el daño tiene origen en otras funciones estatales" (Justo, Juan B. — Egea, Federico M., "Derecho administrativo y desigualdad. El potencial de los DESC y el desafío de la responsabilidad del Estado", LA LEY, 2014-F, 848).

(52) Cabe advertir que, la expresión "normas específicas" y la palabra "regulación" empleadas por el legislador no pueden ser entendidas como sinónimo de disposiciones incluidas en una ley en sentido formal y material, sino que comprenden, además, de las normas de rango legal, también a las de índole reglamentaria, como a las cláusulas incluidas en los pliegos de bases y condiciones y en los mismos documentos contractuales.

(53) Ver: PERRINO, "La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 comentada", ob. cit. ps. 231 y ss.

responsabilidad por el quiebre del nexo causal, que en la LRE se efectúa en el art. 2º y en la LRECABA en el art. 4º. En las dos leyes se dispone que se exime de responsabilidad al Estado por los daños y perjuicios que se deriven del caso fortuito o fuerza mayor, por el hecho de la víctima o de un tercero por quien el Estado no debe responder. Pero en la LRECABA se agregó un párrafo inexistente en la LRE, en el cual se prevé la posibilidad de que el daño sea causado por hechos imputables conjuntamente al Estado y a la víctima, o a terceros por quien aquel no deba responder, precisando que la medida de la responsabilidad estatal quedará acotada a su concurrencia en la provocación del hecho dañoso. Inexplicablemente no se menciona también al caso fortuito o fuerza mayor, cuando igual solución debería aplicarse por su ocurrencia.

II.9. Responsabilidad de los concesionarios

Otro aspecto en el cual la LRECABA exhibe una diferencia respecto de la LRE es en la redacción del art. 6º, en el cual ambos cuerpos legales regulan la responsabilidad estatal por los daños ocasionados por contratistas **(54)** estatales que prestan servicios públicos **(55)**.

Cabe recordar que la enfática exclusión de la responsabilidad estatal por los daños ocasionados por contratistas estatales que prestan servicios públicos efectuada en el art. 6º de la LRE ha sido motivo de numerosas críticas **(56)**.

En la LRECABA se mejora el texto de origen y se incorpora un párrafo en el cual se establece la posibilidad de imputar responsabilidad al Estado por los perjuicios ocasionados por los contratistas o concesionarios de servicios públicos cuando el hecho generador del daño resida en una falta de servicio derivada de la inobservancia del deber expreso y determinado de control por parte del Estado, o cuando aquellos sean consecuencia directa de una falta grave en el ejercicio del poder de ordenación o regulación del servicio, ello sin perjuicio de la responsabilidad de los contratistas o concesionarios en forma concurrente con la responsabilidad de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

(54) En los arts. 6º de la LRE y LRECABA, respectivamente, se menciona a "los concesionarios o contratistas de los servicios públicos" lo cual es redundante puesto que todo concesionario es un contratista, ya que, la concesión de servicios públicos es un contrato administrativo (MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, 2ª ed., p. 590).

(55) Para Salvatelli la referencia a "concesionarios o contratistas de los servicios públicos a los cuales se les atribuya o encomiende un cometido estatal" que efectúa el art. 6º de la LRE "no se limita únicamente a las actividades que han sido legalmente declaradas servicios públicos, sino que abarca toda actividad cuya gestión ha sido encomendada por el Estado a un particular, en cualquier forma instrumental (concesión, licencia, autorización o permiso)". (SALVATELLI, Ana M., "Hipótesis de responsabilidad concurrente del Estado y de los concesionarios viales, por accidentes en rutas, derivada de los arts. 3º y 6º de la ley 26.944", RAP 437, ps. 209 y ss.).

(56) ABERASTURY, Pedro, "Principios de la responsabilidad del Estado", AA.VV., Responsabilidad extracontractual del Estado, Pedro Aberastury (dir.), Ed. Abeledo Perrot, 2014, ps. 51; GUTIÉRREZ COLUANTONO, Pablo A., "Sinergias internas e internacionales en materia de responsabilidad del Estado", RAP, 437, ps. 51 y ss. y Casiello, Juan José, "Una mirada a la nueva Ley de Responsabilidad del Estado (ley 26.944)", ED 260-820. Hemos sostenido que, más allá de la deficiente redacción del art. 6º de la LRE, una interpretación razonable lleva a sostener que en dicho precepto se quiso plasmar la regla imperante en nuestro derecho, receptada en la generalidad de los marcos regulatorios de servicios públicos y compartida por la mayoría de la doctrina que indica que el Estado por su mera condición de autoridad concedente, contratante o licenciante, no es responsable por los perjuicios ocasionados por los prestadores de servicios públicos, cualquiera sea el título habilitante que ostenten. También hemos señalado que, lo dispuesto en el art. 6º no significa que el Estado nunca deba responder por los daños derivados de la prestación de servicios públicos ocasionados por concesionarios o contratistas, pues, evidentemente, deberá hacerlo respecto de aquellos perjuicios que ocasione el prestador al acatar, en forma ineludible, órdenes o cláusulas por él impuestas, o que se susciten por el irregular ejercicio de las funciones de control o vigilancia que el ordenamiento jurídico les confía a las autoridades administrativas (v.gr., entes reguladores). En tales supuestos, la responsabilidad estatal, básicamente, se encuadrará en el régimen de la falta de servicio reglado en el art. 3º de la LRE (PERRINO, "La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 comentada", ob. cit., ps. 173 y ss.; conf. Piaggio, Lucas A. — MATTERA, María Eugenia, "El nuevo régimen de responsabilidad del Estado", ps. 179 y ss.).

II.10. Prescripción y relación entre la pretensión procesal impugnatoria de nulidad de actos administrativos o de inconstitucionalidad de leyes y la indemnizatoria

La regulación de la prescripción de la acción indemnizatoria en los supuestos de responsabilidad extracontractual del Estado en la LRECABA no presenta ninguna diferencia respecto de la LRE. En ambas se la legisla en los arts. 7º y se prevé un plazo de 3 años a contar a partir de dos circunstancias que, en algunos casos, pueden coincidir en el tiempo, y para cuya consideración debe tenerse presente que la prescripción es un instituto de interpretación restrictiva, razón por la cual, en caso de duda, debe ser preferida la solución que mantenga vivo el derecho **(57)**. Ellas son: a) el momento en el cual el daño se verifique y b) desde que la acción quede expedita.

No se han contemplado otros aspectos de este instituto (v.gr., la suspensión, interrupción y dispensa de la prescripción), razón por la cual será ineludible acudir por vía analógica a las disposiciones de la legislación civil para integrar dicho vacío normativo.

A su vez, en los arts. 8º **(58)** de la LRE y la LRECABA se confiere una opción al damnificado para interponer la pretensión indemnizatoria juntamente con la impugnatoria, o hacerlo después de finalizado el pertinente proceso de impugnación en el cual se anule el acto administrativo o se declare la inconstitucionalidad de una ley.

II.11. Responsabilidad de los funcionarios

A su vez, en materia de responsabilidad de los funcionarios y agentes públicos, se mejora la redacción tomada de la LRE al aclararse expresamente en el art. 9º que "[l]a responsabilidad del funcionario o agente es concurrente con la responsabilidad de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" **(59)**. Cabe recordar que la naturaleza concurrente **(60)** de la responsabilidad fue sostenida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Tortorelli" **(61)** y así se lo preveía en el art. 1765 del Anteproyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial elaborado por la comisión de juristas creada por dec. 191/2011 del Poder Ejecutivo nacional.

Además, acertadamente, se modifica la fecha de inicio del plazo de prescripción de la acción, la que ocurre a los tres años desde que se hizo efectivo el pago de la condena judicial por parte del Estado al damnificado, y no desde que quede firme la sentencia de condena, como dispone la ley nacional.

II.12. Daños punitivos y astreintes

Del mismo modo que la LRE, la LRECABA prohíbe la aplicación de sanciones pecuniarias disuasivas a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a sus agentes públicos **(62)**, pero a diferencia de la ley nacional dispone expresamente que son procedentes las sanciones conminatorias o astreintes **(63)**.

Si bien hay quienes han interpretado que la expresión "sanciones pecuniarias disuasivas" empleada en la LRE se identifica con las astreintes, ello es incorrecto. Con dicha terminología el legislador se refiere a los denominados "daños

(57) CS, Fallos: 312:2352; 318:879; 326:742 y 334:1768.

(58) La fuente del art. 8º es el art. 20 del Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires (ver: CASSAGNE, Juan Carlos — PERRINO, Pablo E., "El nuevo proceso contencioso administrativo en la Provincia de Buenos Aires", Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, ps. 238-239).

(59) Explica Trigo Represas que el matiz diferencial entre las obligaciones concurrentes y las obligaciones solidarias "está dado por la circunstancia de que en las concurrentes cada débito proviene de una fuente obligacional distinta; de manera que aquellas resultan ser independientes entre sí, pese a mediar entre las mismas la conexión resultante de estar referidas a un mismo objeto debido a idéntico acreedor" (Trigo Represas, Félix A., "Obligaciones concurrentes, indistintas o conexas en el derecho vigente y en el Proyecto de Código", LA LEY, 2013-C, 782, Cita Online: AR/DOC/1532/2013).

(60) Ver: DATES, Luis E., "La coordinación de las responsabilidades del estado y del funcionario público", LA LEY, 2018-F, 487.

(61) CS, Fallos: 329:188.

(62) Art. 1º, párr. 3º.

(63) Art. 1º, párr. 4º.

punitivos" **(64)**, los cuales estaban previstos con esa denominación en el art. 1714 del tít. V "Otras fuentes de las obligaciones", cap. I "Responsabilidad civil", sección 2ª "Función preventiva y sanción pecuniaria disuasiva" del Proyecto de Código Civil y Comercial elaborado por la Comisión de juristas creada por el dec. 191/2011. Dicho instituto finalmente fue eliminado en el seno del Congreso, por lo que no fue incorporado al nuevo Código Civil y Comercial **(65)**.

Así lo interpretó también la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Bernardes" **(66)** en la cual revocó una sentencia de la Sala B de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba que había declarado la inconstitucionalidad del art. 1º, *in fine* de la LRE en cuanto dispone que "la sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios". Para así decidir sostuvo: "... el texto de la ley 26.944 solo exime al Estado, sus agentes y funcionarios de la aplicación de sanciones pecuniarias disuasivas. Nada dice la norma acerca de las sanciones conminatorias o astreintes que, por su naturaleza y finalidad, se diferencian claramente de las mencionadas por el precepto. En efecto, mientras que la 'sanción pecuniaria disuasiva' tiene por objeto punir graves inconductas y prevenir hechos similares en el futuro, las astreintes constituyen un medio del que los jueces pueden valerse con el objeto de vencer la reticencia de quien deliberadamente incumple un mandato judicial". Seguidamente el alto tribunal destacó que "también el examen del debate parlamentario que precedió a la sanción de la norma demuestra que no fue intención de los legisladores excluir la potestad de los jueces de aplicar sanciones conminatorias al Estado Nacional". Con base en dichos argumentos, la Corte afirmó que "no es posible sino concluir que la Ley de Responsabilidad Estatal en forma alguna cercena la posibilidad de que, ante el incumplimiento de un mandato judicial por parte del Estado Nacional, los tribunales apliquen las medidas compulsivas contempladas en el ordenamiento jurídico a los efectos de vencer esa reticencia...".

II.13. Publicidad

Finalmente, y como una originalidad **(67)**, en el art. 11 de la LRECABA se determina que "[c]onforme lo dispuesto en el art. 21 de la Ley 104 [texto consolidado por ley 6017 **(68)**] las sentencias firmes relativas a la responsabilidad estatal deben ser publicadas de manera separada, permitiendo un adecuado acceso a las mismas".

III. Balance final

Nuestro balance final no es positivo, pues con el dictado de la LRECABA se perdió una buena

(64) Silva Tamayo, Gustavo E., "La responsabilidad estatal en la ley 26.944 (Algunas consideraciones exegéticas preliminares)", RDA 2015-97-67; Peyrano, Jorge W., "Astreintes no pecuniarias", LA LEY, 10/03/2015 y SAMMARTINO, Patricio M. E., "Responsabilidad del Estado: características generales del sistema legal vigente", publicado en Responsabilidad del Estado. Aportes doctrinarios para el estudio sistemático de la ley 26.944, AA.VV. - Santiago M. Ávila (coord.), editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica. Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, 2015, ps. 173 y ss.; ampliar en PERRINO, "La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 comentada", ob. cit., ps. 57-60.

(65) Galdós, Jorge M., "Las funciones de la responsabilidad civil. La supresión de la sanción pecuniaria disuasiva en el código Civil y Comercial de la Nación", La Ley, Sup. especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (noviembre), 137.

(66) CS, Fallos: 343:140; ver: CICERO, Nidia K., "Novedades jurisprudenciales en temas de responsabilidad estatal: una brisa de aire fresco durante la pandemia", LA LEY, 04/06/2020 y GONZÁLEZ BARLATAY, Felipe, "La sanción pecuniaria disuasiva y las astreintes no son lo mismo. El fallo 'Bernardes'", Rev. de Der. Adm., 132, p. 238.

(67) FERREYRA, "La ley porteña de responsabilidad del Estado", Ed. Palabras del Derecho, 16/09/2020.

(68) El art. 21 de la Ley 104 (texto consolidado por ley 6017) dispone: "Información mínima del Poder Judicial: Además de lo señalado en el art. 18, el Poder Judicial deberá mantener actualizada y a disposición del público de manera informatizada, la siguiente información clave: a. Las sentencias definitivas o resoluciones equivalentes, en todas las instancias judiciales, así como los dictámenes del Ministerio Público Fiscal, con omisión de los nombres, en los casos en que no procediere revelarlos por disposición de otras leyes o convenciones internacionales; b. Todas las acordadas y resoluciones administrativas del Tribunal Superior de Justicia, Consejo de la Magistratura y Ministerio Público Fiscal; c. Información sobre concursos, participantes, antecedentes y resoluciones dictadas por la Comisión de Selección de Magistrados, designaciones y audiencias públicas".

oportunidad para enmendar los diversos y relevantes déficits que presenta la normativa nacional y que han dado lugar numerosas críticas por parte de la doctrina **(69)**. Como hemos visto, solo algunos pocos fueron objeto de mejoras, pero no los sustanciales **(70)**.

Por eso, y al igual que lo expresamos respecto de la LRE, a pesar de que la LRECABA es un hito sumamente relevante en la historia jurídica de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, no estamos seguros de que haya producido un gran avance o mejora, pues muchas de las soluciones que allí se establecen (en particular la reducción de los factores o títulos de atribución de la responsabilidad estatal a solo dos y la regulación extremadamente acotada de la responsabilidad por actividad legítima del Estado) acarrean un retroceso respecto de los criterios sentados en la jurisprudencia, ya que, acotan irrazonablemente el alcance del deber de responder estatal **(71)** y conspiran contra la finalidad principal —no la única **(72)**— de la responsabilidad, que no es otra que la de reparar los perjuicios que injustamente sufren las víctimas.

(69) La generalidad de la doctrina argentina no tiene una opinión favorable de la LRE y ha efectuado múltiples cuestionamientos a su articulado. Así lo han hecho: CASSAGNE, Juan Carlos, "La aplicación del Código Civil y Comercial al derecho administrativo: en particular, respecto a la responsabilidad del Estado", EDA, 2017-494; GELLI, María Angélica, "Lectura constitucional de la Ley de Responsabilidad del Estado", LA LEY, 2014-E, 659; GORDILLO, "Tratado de derecho administrativo y obras selectas", Ed. FDA, Buenos Aires, 2014, t. II, cap. XIX-6 y 8 y XX-10; ABERASTURY, Pedro, "La nueva Ley de Responsabilidad del Estado", ADLA 2014-25, 18; BIANCHI, Alberto B. "La responsabilidad del Estado por actividad legislativa (A propósito de la Ley de Responsabilidad del Estado)", en Ley 26.944 de responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético, AA.VV. — Horacio Rosatti (dir.), Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2014, ps. 195 y ss.; MAIRAL, Héctor, "La responsabilidad contractual del Estado a la luz de la ley 26.944 y del nuevo Código Civil y Comercial", ED, 260-641; MERTEHIKIAN, Eduardo, "La responsabilidad del Estado por la actuación de concesionarios y contratistas de servicios públicos (acerca del art. 6º de la ley 26.944)", en Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético, AA.VV. — Horacio Rosatti (dir.), Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 189; COVIELLO, Pedro. J. J., "Los jueces frente a la Ley de Responsabilidad del Estado", ED, 259-903; PIZARRO, Ramón D., "Responsabilidad del Estado, Responsabilidad del Estado y del funcionario público", ob. cit., t. I, en especial ps. 192 y ss.; ANDRADA, "Ley 26.944. Responsabilidad del Estado y funcionarios. La situación en las provincias", ob. cit. ps. 63-64; CASIELLO, Juan J., "Una mirada a la nueva Ley de Responsabilidad del Estado (ley 26.944)", ED, 260-820; PARELLADA, Carlos A., "Algunas inquietudes que suscita la ley 26.944 de responsabilidad del Estado", en Ley 26.944 de responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético, AA.VV. — Horacio Rosatti (dir.), Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2014, p. 39; TAWIL, Guido S., "Exigibilidad frente al Estado del deber de prevención del daño", LA LEY 2015-F, 482 y ss., PERRINO, Pablo E., "La responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 comentada", ob. cit., ps. 31 y ss., entre otros muchos. En cambio, se han expedido en favor de la LRE: USLENGHI, Alejandro, "La responsabilidad del Estado por omisión", RAP, 437, ps. 169 y ss., y SAMMARTINO, Patricio Marcelo E., "Responsabilidad del Estado: características generales del sistema legal vigente", AA.VV. Responsabilidad del Estado. Aportes doctrinarios para el estudio sistemático de la ley 26.944, Ávila, Santiago M. (coord.), editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica, Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, 2015, ps. 173 y ss.

(70) Ver: LA BECCA, Juliana, "La responsabilidad del Estado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Análisis de la reciente Ley 6325", Temas de Derecho Administrativo, Ed. Erreius, 11 de noviembre 2020.

(71) Conf. GORDILLO, "Tratado de derecho administrativo y obras selectas", ob. cit., t. II, cap. XIX-6 y 8 y XX-10. Bianchi sostiene que el propósito de la LRE, "claramente identificado en todo su articulado, es poner todo tipo de trabas y cortapisas a la responsabilidad del Estado. Así, lejos de cumplir con el mandato republicano de establecer la responsabilidad de los funcionarios públicos y del Estado, la LRE ha impuesto una serie de limitaciones a la responsabilidad estatal, que la transforman en un instrumento altamente idóneo para proteger al Estado a la hora de hacer frente a los reclamos patrimoniales de los administrados". (BIANCHI, Alberto B., "La responsabilidad del Estado por actividad legislativa [A propósito de la Ley de Responsabilidad del Estado]", AA.VV., Ley 26.944 de responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético, Horacio Rosatti [dir.], Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2014, ps. 195 y ss.).

(72) Además de operar como instrumento de garantía patrimonial la responsabilidad estatal cumple funciones preventivas, de control y docencia respecto de los funcionarios públicos (conf.: Rebollo, Luis M., "Los fundamentos de la responsabilidad del Estado", obra colectiva Responsabilidad del Estado y del funcionario público, Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, p. 21; DONÉNECH PASCUAL, Gabriel, "El principio de responsabilidad de los poderes públicos", AA.VV., Los principios jurídicos del Derecho Administrativo, Juan Alfonso Santamaría Pastor [dir.], Ed. La Ley, Madrid, 2010, p. 663 y TAWIL, "Exigibilidad frente al Estado del deber de prevención del daño", LA LEY 2015-F, 482).

ESTUDIOS

Aspectos administrativos de la regulación económica

Augusto Durán Martínez (*)

Sumario: I. Introducción.— II. ¿Qué es la regulación económica?— III. ¿Por qué se regula?— IV. ¿Para qué se regula?— V. ¿Cómo se regula?— VI. ¿Quién regula?— VII. Perspectivas.

I. Introducción

I.1. Ariño Ortiz distinguía tres tipos de regulaciones: a) la básica general, pública y privada, de la vida social; b) la regulación administrativa general, de policía y buen gobierno; y, c) la regulación económica *stricto sensu*, entendida como aquella que penetra y configura determinadas actividades que tienen particular relevancia en la vida social **(1)**.

Referiré exclusivamente a este tercer tipo de regulación.

I.2. El objeto de nuestro estudio es muy amplio. No es por tanto posible agotarlo en la dimensión de este trabajo. Por esa razón aclaro, desde ya, que me concentraré en un segmento muy concreto de la actividad económica.

I.3. Dejaré así afuera todo lo relacionado con la actividad financiera, sin perjuicio de efectuar alguna referencia muy general cuando lo estime necesario a los fines de este estudio, para centrarme en los llamados *servicios de interés económico general*.

Díez-Picazo decía:

"Son servicios de interés económico general no solo aquellas actividades que conforman la infraestructura del sistema económico (energía, telecomunicaciones, correos, transportes, etc.), sino que pueden serlo, también, actividades cuya finalidad primaria no es empresarial (cultura, sanidad, asistencia social, etc.) siempre que se produzcan dentro del sistema económico. Lo decisivo no es, así, la presencia o ausencia de ánimo de lucro. Más bien, el rasgo distintivo de los servicios de interés económico general es que haya una obligación legal de llevar a cabo una actividad de prestación" **(2)**.

Como se percibe, de la enumeración efectuada por Díez-Picazo estos servicios comprenden actividades que en la concepción de Sayagués Laso configuran servicios públicos en sentido estricto (actividades de naturaleza privada por su origen, pero que la ley torna públicas y solo son susceptibles de ser prestadas por particulares mediante concesión) **(3)**, servicios sociales (actividades de naturaleza privada que puede asumir el Estado en ayuda de los particulares, pero sin desplazarlos) **(4)**, y actividades privadas a cargo del Estado (actividades de naturaleza privada, normalmente de carácter industrial o comercial, que el Estado asume en concurren-

(*) Académico de Número Fundador de la Academia Nacional de Derecho del Uruguay.

(1) ARIÑO ORTIZ, Gaspar, "La liberalización de los servicios públicos en Europa. Hacia un nuevo modelo de regulación para la competencia", en CASSAGNE, Juan Carlos — ARIÑO ORTIZ, Gaspar, Servicios públicos, regulación y renegociación, Ed. Lexis Nexis - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005, ps. 16 y ss.

(2) DÍEZ-PICAZO, Luis María, "La idea de servicios de interés económico general", en COSCULLUELA MONTANER, Luis (coord.), Estudios de Derecho Público Económico. Libro en homenaje al Profesor Dr. Sebastián Martín-Retortillo, Ed. Endesa — IberCaja - Civitas, Madrid, 2003, p. 679.

(3) SAYAGUÉS LASO, Enrique, "Tratado de Derecho Administrativo", Montevideo, 1953, t. I, p. 65.

(4) SAYAGUÉS LASO, Enrique, "Tratado...", ob. cit., t. I, ps. 77 y ss.

cia o excepcionalmente en forma monopólica) **(5)**.

Lo expuesto no significa que el criterio de Sayagués Laso haya caído en desuso. Por el contrario, conserva utilidad, sin perjuicio de que sea admisible también el nuevo concepto de *servicio de interés económico general*.

Esos servicios de interés económico general, muy diversos, por cierto, tienen en común que son regidos por el derecho de la competencia **(6)**.

I.4. Pero no me referiré a todos esos servicios. Excluyo de nuestro estudio los considerados por Sayagués Laso, servicios sociales, como los vinculados al área de la enseñanza, la cultura, la salud, para centrarme en los que Sayagués Laso consideraba servicios públicos y los que denominaba *actividad privada a cargo del Estado*.

Incluso debo advertir que tampoco puedo hacer un análisis detallado de cada uno de ellos en particular, sino que deberé contentarme con algunas referencias generales.

I.5. Una última precisión se impone. El título de este estudio refiere a los aspectos administrativos. Por tanto, solo me referiré a la regulación económica efectuada por medio de la actividad administrativa. Pero eso, no nos hace perder de vista que, como la actividad administrativa es una actividad subordinada, está sujeta a otras reglas de derecho de mayor valor y fuerza que las impartidas por ella.

I.6. Con esas precisiones paso a nuestro tema y anuncio desde ya, que procuraré dar respuestas a las siguientes interrogantes: a) ¿Qué es la regulación económica?; b) ¿Por qué se regula?; c) ¿Para qué se regula?; d) ¿Cómo se regula?; e) ¿Quién regula? Luego de eso, culminaré con algunas reflexiones sobre las perspectivas de la regulación con y luego de la pandemia.

(5) SAYAGUÉS LASO, Enrique, "Tratado...", ob. cit., t. I, ps. 80 y ss.

(6) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Nuevas formas de relacionamiento público-privado en el cumplimiento de los cometidos del Estado", en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo, Ed. La Ley, Uruguay - Buenos Aires, 2012, ps. 717 y ss.

II. ¿Qué es la regulación económica?

II.1. Conforme al Diccionario de la Real Academia Española, *regulación* es "acción y efecto de regular" **(7)**.

El mismo Diccionario contiene diversas acepciones del término *regular*.

Una de esas acepciones es: "Determinar las reglas o normas a que debe ajustarse alguien o algo" **(8)**.

Esta es la acepción más usada en derecho. En general, para los juristas regular es fijar reglas de conducta. Esta concepción es bastante generalizada entre los administrativistas latinoamericanos los que tendemos a diferenciar las actividades de regulación de las de control **(9)**.

II.2. Pero este sentido no es el más empleado cuando hablamos de la regulación económica. O, mejor dicho, este es solo un aspecto de la regulación económica, pero no el único.

Aquí vemos una clara influencia del derecho norteamericano, donde es habitual una acepción amplia que nos recuerda el significado original del término **(10)**.

(7) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, "Diccionario de la Lengua Española", Ed. Espasa Calpe SA, Buenos Aires, 2002, 22ª ed., t. II, p. 1932.

(8) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, "Diccionario...", ob. cit., t. II, p. 1932.

(9) SAYAGUÉS LASO, Enrique, "Tratado...", ob. cit., t. I, p. 53; NALLAR, Daniel M., "El Estado regulador y el nuevo mercado del servicio público. Análisis jurídico sobre la privatización, la regulación y los entes regulatorios", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 147; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "¿Se puede limitar derechos humanos por actos administrativos dictados por órganos reguladores de la actividad privada? Especial referencia a las unidades de regulación creadas en Uruguay", en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, Estudios de Derecho Público, Montevideo, 2004, vol. I, ps. 368 y ss.; BIANCHI, Alberto B., "La potestad reglamentaria de los entes reguladores", en CICERO, Nidia K. (coord.), Desafíos de la regulación. JA, Número Especial, III, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 3.

(10) PRATS, Eduardo J. — VICTORIA CONTRERAS, Omar, "Derecho de la Regulación Monetaria y Financiera", Ed. Ius Novum, Santo Domingo, 2012, p. 24.

Sobre este aspecto Prats y Victoria escribieron:

"[L]a palabra *regulación* es utilizada por vez primera en el siglo XVIII, en los campos de la biología y la cibernética, para referirse a la capacidad de las máquinas o de los cuerpos para recuperar su propio equilibrio. Trasladada al ámbito de las ciencias sociales, la regulación sería la actividad que tendría por finalidad garantizar los equilibrios en el mercado o los equilibrios sociales. La noción de regulación remitía, en consecuencia, al fin perseguido, esto es, la función de garantía de los equilibrios en el mercado o en la sociedad, con abstracción del instrumento o instrumentos que sirvan para ese fin" **(11)**.

Por eso, en ese concepto, la regulación se efectúa a través de la función legislativa, administrativa y jurisdiccional; y dentro de la función administrativa a través de cualquiera de las modalidades de la actividad administrativa. Este concepto, comprende, así, la fijación de normas, el control de su cumplimiento, así como la solución de conflictos. Todo ello con relación al mercado, puesto que la regulación económica tiene como objeto el mercado.

En suma, en el ámbito de la regulación económica predomina el concepto de que la regulación es entendida, más que como el poder de dictar normas, como "el de utilizar todos los instrumentos, normativos y ejecutivos, precisos para orientar el funcionamiento de los mercados hacia la competencia e imponer obligaciones de servicio público a los operadores para que su natural afán de beneficio fuera compatible con las exigencias del interés general" **(12)**.

III. ¿Por qué se regula?

III.1. Cosculluela Montaner y López Benítez expresaron, con razón, que "el mercado no es más que un marco en el que los agentes económicos pueden realizar operaciones comerciales de diversa naturaleza, conforme a unas reglas jurídicas establecidas y garantizadas por una organización política. Solo el mercado organizado es verdadero mercado" **(13)**.

De ahí que afirmen que "no existe una economía de mercado sin una regulación jurídica que la regule y un Poder que garantice el respeto a dicha regulación" **(14)**.

"La economía de mercado se basa en la libre iniciativa, que es expresión de derechos fundamentales. El mercado es un espacio de libertad, pero no funciona sin regulación. La ley ha de establecer un marco que hace posible el ejercicio de la actividad económica. La intervención pública es también necesaria para complementar, sustituir o corregir al mercado [...]". "En síntesis, se trata de armonizar la libre iniciativa con la defensa y promoción del bien común" **(15)**.

Siendo así las cosas, es evidente que "la ordenación pública de la economía se remonta a la aparición de las formas de organización política" **(16)**.

III.2. Esto nos reenvía a la naturaleza humana, al hombre, animal racional que por ser tal. es social y por eso, político **(17)**. Como un aspecto de la regulación política, la regulación económica o la regulación del mercado, es una exigencia del bien común, entendido este como "el conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible a las asociaciones y a cada uno de sus

(11) PRATS, Eduardo J. — VICTORIA CONTRERAS, Omar, "Derecho de la Regulación...", ob. cit., p. 24.

(12) MUÑOZ MACHADO, Santiago, "Tratado de derecho administrativo y derecho público general", Ministerio de la Presidencia, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, t. XIV, p. 25.

(13) COSCULLUELA MONTANTER, Luis — LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, "Derecho Público Económico", Ed. Iustel, Madrid, 2011, 4ª ed., p. 26.

(14) COSCULLUELA MONTANTER, Luis — LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, "Derecho Público...", ob. cit., p. 26.

(15) LAGUNA DE PAZ, José C., "Derecho administrativo económico", Ed. Civitas - Thomson Reuters, Pamplona, 2016, p. 27.

(16) COSCULLUELA MONTANTER, Luis — LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, "Derecho Público...", ob. cit., p. 26.

(17) DE AQUINO, Tomás, "Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes", en DE AQUINO, Tomás, Tratado de la ley. Tratado de la Justicia. Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes, Ed. Porrúa, México, 1973, ps. 258 y ss. Ver también ARISTÓTELES, "La política", Ed. Tor SRL, Buenos Aires, 1965, ps. 6 y ss.; SUÁREZ, Francisco, "Selección de defensio fidei y otras obras", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1966, ps. 30 y ss.

miembros el logro más pleno y más fácil de la propia perfección" **(18)**.

III.3. Esa regulación será mayor o menor según el sistema jurídico político. Los sistemas transpersonalistas impondrán una regulación de máxima intensidad, puesto que prescinden de la libertad. En cambio. en un verdadero Estado de derecho la regulación tendrá que ser compatible con la libertad; pero, aún en una máxima expresión liberal, tendrá que existir una regulación porque ella es necesaria para la vida social. La regulación económica se justifica, así, porque existen fallos del mercado **(19)**. "La metáfora de la mano invisible del mercado de que hablaba Adam Smith, solo indica que el juego de fuerzas que se dan en el mercado produce una acción-reacción que tiende al equilibrio, en especial en la formación de precios; pero si el mercado no estuviera regulado por reglas cuyo cumplimiento garantizan los Poderes Públicos, el mercado no subsistiría, si no que generaría una serie de fuerzas distorsionadoras de su funcionamiento que lo haría desaparecer en el sentido institucional que se predica del mercado" **(20)**.

Bianchi, al analizar la regulación en los Estados Unidos, decía que allí donde está el problema se lo ataca, esto es, cuando aparece un hecho que desempareja gravemente las fuerzas sociales, se lo regula. La mayor o menor intensidad con que se actúe estará marcada por la ideología, pero la aproximación al problema estará marcada por la realidad. La regulación no es más que una herramienta de trabajo que debe ser usada cuando la necesidad lo impone. Será buena o útil, según como se la emplee **(21)**.

III.4. Tradicionalmente se indican como fallos del mercado: a) la falta de competencia; b) la información asimétrica; c) la presencia de externalidades; d) la existencia de bienes públicos **(22)**.

"La economía de mercado se basa en la libre iniciativa, que es expresión de derechos fundamentales. El mercado es un espacio de libertad, pero no funciona sin regulación. La ley ha de establecer un marco para hacer posible el ejercicio de la actividad económica. La intervención pública es también necesaria para complementar, sustituir o corregir al mercado [...]". "En síntesis, se trata de armonizar la libre iniciativa con la defensa y promoción del bien común" **(23)**.

III.5. En un sistema de libre mercado, la competencia se traduce en la concurrencia o coincidencia de oferentes y demandantes de bienes o servicios en un mercado delimitado en un sentido de geográfico, temporal y productivo con finalidad de obtener un bien o servicio (o una ganancia) en las mejores condiciones de utilidad y precio, dado un ambiente de rivalidad entre los competidores **(24)**.

Para ello, es necesario que en el mercado no existan condiciones que favorezcan la posición de un competidor con relación al resto, lo que se logra, si existe en el mercado gran cantidad de oferentes y demandantes y que, ninguno de ellos cuenta con un poder económico tal que se pueda imponer a los demás **(25)**.

Aunque a veces los términos se utilizan indistintamente, se puede distinguir libre concurrencia y libre competencia. "La libre concurrencia está referida a la existencia de sectores económicos totalmente abiertos a la participación de los agentes económicos privados o públicos. Se trata de un acceso igualitario de todos los ofe-

(18) FRANCISCO, "Carta Encíclica. Laudato Sí'. Sobre el cuidado de la casa común", San Pablo, Bogotá, 2015, p. 143.

(19) LARRAÑAGA, Pablo, "Regulación. Técnica jurídica y razonamiento económico", Ed. Porrúa, México, ITAM, México, 2009, p. 20; LAGUNA DE PAZ, José C., "Derecho administrativo...", ob. cit., p. 35; MUÑOZ MACHADO, Santiago, "Tratado de derecho...", ob. cit., t. XIV, p. 29.

(20) COSCULLUELA MONTANTER, Luis — LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, "Derecho Público...", ob. cit., p. 26; ARRAÑAGA, Pablo, "Regulación...", ob. cit., ps. 32 y ss.

(21) BIANCHI, Alberto B., "La regulación económica", Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2001, t. 1, ps. 31 y ss.

(22) LARRAÑAGA, Pablo, "Regulación...", ob. cit., ps. 32 y ss.

(23) LAGUNA DE PAZ, José C., "Derecho administrativo...", ob. cit., p. 27.

(24) WITKER, Jorge — VARELA, Angélica, "Derecho de la competencia en México", Universidad Autónoma de México, México, 2003, p. 3.

(25) WITKER, Jorge — VARELA, Angélica, "Derecho...", ob. cit., p. 3.

rentes interesados en producir bienes o prestar servicios sin limitación o restricción alguna" **(26)**.

El término competencia es entendido como una situación de mercado, que se ubica entre dos extremos: competencia perfecta y competencia monopólica **(27)**.

La competencia perfecta es un modelo ideal que supone las siguientes características: a) existen infinidad de agentes económicos; b) no existen barreras a la entrada (libre concurrencia); c) no hay restricciones al comercio entre países; d) no existe diferenciación de productos; e) existe información completa y perfecta **(28)**.

En el sistema opuesto se encuentra el monopolio, donde no se cumplen esos supuestos **(29)**.

La competencia perfecta es un fenómeno raro. Además de los monopolios legales, que por ser creados por ley se pueden suprimir al derogarse la ley que los crea, pueden existir monopolios de hecho **(30)** o naturales **(31)** que exigen un tratamiento jurídico especial.

III.6. La información asimétrica es un problema para un adecuado funcionamiento del mercado. Las marcas comerciales y la publicidad constituyen una importante fuente de información, pero cuando las marcas no reflejan con exactitud la bondad del producto, o si la publicidad es engañosa se convierten en factores nocivos **(32)**.

Una adecuada información es importante para el buen funcionamiento de todos los mercados, pero es especialmente clave para algunos de ellos como el financiero.

III.7. Las externalidades también inciden.

Larrañaga señala que los procesos de producción en una sociedad de mercado pueden ser vistos como una red de contratos de intercambio: las empresas y los trabajadores intercambian trabajo por salarios; las empresas y los consumidores intercambian productos por dinero; las empresas intercambian bienes y servicios dentro de los procesos de producción. Pero advierte que, si bien la mayoría de estos intercambios solo afectan a las partes, a veces sus consecuencias afectan a terceros: eso es lo que se conoce como *externalidades*. Algunos de ellos son positivos, pero otros son perjudiciales **(33)**. Pensemos, p. ej., los efectos que se pueden producir en el medioambiente. Pensemos, además, los provenientes del exterior, porque en realidad no hay un solo mercado, sino que el mercado es múltiple: local, nacional, regional o mundial o como mal se dice global, por emplear un habitual calco del inglés.

III.8. Los bienes públicos configuran otro aspecto del problema de las externalidades. Algunos de esos bienes son naturalmente públicos; son aquellos cuyo consumo por parte de un sujeto no excluye a otro y no es posible excluir a alguien del acceso a ellos **(34)**. Pero hay otros bienes que son públicos por imposiciones normativas: son los que suelen encontrarse en el centro de la crítica del mercado **(35)**.

(26) WITKER, Jorge — VARELA, Angélica, "Derecho...", ob. cit., ps. 3 y ss.

(27) Idem, p. 4.

(28) Idem.

(29) Ibidem.

(30) El monopolio de hecho se da cuando sin haberse dispuesto por ley, solo una persona por determinada circunstancia fáctica, en general de imposible superación realiza una actividad. Ver DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "De la represión de la competencia desleal a la defensa de la competencia. Especial referencia a la ley 18.159 de 20/07/2007", en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, Derecho Administrativo. Otra forma de verlo, Ed. La Ley, Uruguay, Montevideo, 2017, p. 1329.

(31) El monopolio natural tiene lugar en determinados sectores económicos en que la existencia de más de una empresa no resulta eficiente en términos económicos". VÁZQUEZ PEDROUZO, María Cristina, "Marco regulatorio del sector eléctrico en Uruguay", Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho. Montevideo, 2005, p. 49.

(32) LARRAÑAGA, Pablo, "Regulación...", ob. cit., ps. 39 y ss.

(33) LARRAÑAGA, Pablo, "Regulación...", ob. cit., ps. 41 y ss.

(34) Idem, ps. 43 y ss.

(35) Ibidem, p. 44.

IV. ¿Para qué se regula?

IV.1. La finalidad de la regulación es el buen funcionamiento del mercado. Si el motivo de la regulación es la existencia de los llamados fallos del mercado que impiden u obstaculizan su buen funcionamiento, el fin de la regulación consiste en la superación de esos fallos para que el mercado funcione. Pero no solo eso; "hay que corregir los fallos del mercado, favoreciendo la realización de actividades de interés general y asegurando un nivel aceptable de justicia distributiva" **(36)**.

IV.2. Un Estado de derecho se basa en la libertad. Por tanto, un mercado en un Estado de derecho se basa en la libertad y en la voluntariedad de los intercambios.

IV.3. Toda regulación supone una limitación de la libertad. En el caso, aunque parezca paradójico, estamos ante una limitación de la libertad para la libertad, para asegurar la libre competencia, es decir, el correcto funcionamiento del mercado.

Aunque se trate de una regulación para la libertad, como toda limitación requiere que se realice por razones de interés general.

IV.4. El interés general, llamado por algunos, interés público primario **(37)**, es el interés de la colectividad, como un todo, en otros términos, el conjunto de intereses individuales, en tanto integrantes de la colectividad. El interés público secundario es el que posee el Estado aparato, independiente de su condición de servidor de los intereses de la colectividad. Por mi parte, considero que son también intereses públicos secundarios los de los sindicatos, de las asociaciones profesionales, o cámaras empresariales, entre otros **(38)**. El interés general incluye al interés particular y los intereses públicos en el sentido de intereses públicos secundarios.

La unidad de la naturaleza humana se contempla con el *interés general* que incluye al *interés privado* y al *interés público*.

Es de *interés general* la adecuada satisfacción del *interés privado* y del *interés público*, lo que se logra con la creación de la situación de hecho necesaria para el desarrollo de la persona humana. Dicho en otras palabras, es de *interés general* la configuración del *bien común*. Esos intereses privados y públicos, dignos de tutela, deben armonizarse con el interés general **(39)**.

El interés general es un concepto jurídico indeterminado **(40)**. El interés general abstracto debe concretarse para su determinación **(41)**. "La administración pública no tiene el monopolio del interés general, que es también el de los habitantes y de las organizaciones libremente creadas por ellos" **(42)**.

Por eso, para esa determinación del interés general, no ejercemos una actividad discrecional, sino una actividad cognoscitiva que requiere tener presente el concepto abstracto y las particularidades de la realidad concreta, sin perjuicio de la existencia del necesario grado razonable de apreciación.

IV.5. Debemos tener en cuenta, por otro lado, que el mercado no es un fin en sí mismo.

El buen funcionamiento del mercado sirve para un mejor funcionamiento de la sociedad. Pero el mercado no soluciona todo; a veces hay

(36) LAGUNA DE PAZ, José C., "Derecho administrativo...", ob. cit., p. 23.

(37) ALESSI, Renato, "Instituciones de Derecho Administrativo", Ed. Bosch, Barcelona, 1970, t. I, ps. 184 y ss.; BANDEIRA DE MELLO, Celso A., "Curso de direito administrativo", Malheiros Editores, São Paulo, 2013, 30ª ed., ps. 102 y ss.

(38) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Límite a la concesión de actividades públicas", en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, Derecho Administrativo. Otra forma..., ob. cit., p. 779.

(39) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Límite...", loc. cit., ps. 778 y ss.

(40) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Límite...", loc. cit., ps. 780 y ss.

(41) RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, "Interés general, derecho administrativo y Estado de Derecho", Ed. Syntagma — Iustel, Madrid, 2012, ps. 39 y ss.

(42) RUOCCO, Graciela, "La 'buena administración' y el 'interés general'", en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto — HANNA de ROSA, Marta (coords.), Ética. Estado de Derecho. Buena Administración, Facultad de Derecho, Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, 2013, p. 106.

injusticias sociales que es necesario superar y también para ello es preciso la regulación. El interés general que justifica la regulación del mercado justifica también la intervención del Estado para solucionar aspectos que el mercado solo no puede satisfacer, para que todo se dirija al bien común.

En definitiva, la regulación económica es un aspecto de la regulación política y como ella está finalizada al bien común **(43)**.

V. ¿Cómo se regula?

V.1. Como se ha dicho, en el concepto amplio de regulación que se emplea en nuestro país —y que es el comúnmente usado en el mundo anglosajón— la regulación económica se efectúa por medio de las tres funciones jurídicas del Estado.

Como nuestro tema refiere a la regulación administrativa, centraré mi atención en la regulación por medio de la función administrativa.

V.2. La función administrativa se ejerce mediante actos jurídicos y operaciones materiales.

Como actividad subordinada que es, está sujeta a la Constitución, la ley y determinados principios generales del derecho de máximo valor y fuerza. Esto se debe tener especialmente presente puesto que, al implicar la regulación una limitación de la libertad estamos en el ámbito de la reserva de la ley. La limitación de la libertad por actividad administrativa debe tener suficiente cobertura legal **(44)**.

V.3. Los actos jurídicos que expide la Administración son los actos administrativos.

El dec. 500/991, de 27 de setiembre de 1991, por el inc. 1º de su art. 120 define al acto administrativo como "toda manifestación de voluntad de la Administración que produce efectos jurídicos".

Por mi parte, partiendo de ese artículo, pero en una interpretación contextual teniendo en cuenta otros artículos del mismo decreto, he entendido por acto administrativo "la declaración de voluntad de la Administración destinada a producir efectos jurídicos" o, en otros términos, "la declaración de voluntad de la Administración que crea normas jurídicas" **(45)**.

V.4. El mismo art. 120 del citado dec. 500/1991, en sus cuatro incisos siguientes define cuatro tipos de actos administrativos. En tal sentido expresa:

"Llámase Reglamento, a las normas generales y abstractas creadas por acto administrativo.

"Llámase Resolución, a las normas particulares y concretas creadas por acto administrativo.

"Llámase Disposición General, a las normas generales y concretas creadas por acto administrativo.

"Llámase Reglamento Singular, a las normas particulares y abstractas creadas por acto administrativo".

V.5. Por medio de resoluciones se imponen sanciones, se efectúan intimaciones o se imparten órdenes, por ejemplo. Pero también, se expiden autorizaciones, licencias, concesiones, permisos o se emiten actos de aprobación **(46)**. Todos estos institutos tienen un significado preciso, pese a que no existe acuerdo doctrinario en cuanto a sus acepciones, existe un empleo de esos términos en forma bastante desprolija, por parte del derecho positivo y tampoco, existen coincidencias en el derecho comparado. No es posible en este trabajo efectuar un estudio pormenorizado de todos ellos; basta decir que se utilizan unos u otros según el tipo de actividad y configuran un importante instrumento regu-

(43) DE AQUINO, Tomás, "Opúsculo...", loc. cit., ps. 258 y ss.

(44) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "¿Se puede...?", loc. cit., ps. 361 y ss.

(45) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Noción de acto administrativo", en Estudios de Derecho Administrativo, 18, Ed. La Ley, Uruguay, Montevideo, 2018, p. 25.

(46) Ver algunas acepciones de estos términos en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "La concesión. Concepto, tipos y perspectivas", en Estudios de Derecho Público..., loc. cit., ps. 7 y ss. y en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "La autorización en la pesca", en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, Casos de Derecho Administrativo, Montevideo, 2010, vol. VI, ps. 48 y ss.

latorio, por el control que implica, pese a que se emplean en actividades regidas por el derecho de la competencia, al menos en la mayoría de los casos.

Por reglamentos singulares se fijan determinados precios. P. ej., la fijación de las tarifas de los servicios de energía eléctrica que presta UTE, nuestro ente de energía eléctrica. Ese acto es, particular, porque se aplica a un solo sujeto, UTE, y es abstracto, porque se aplica a todas las operaciones de venta de energía eléctrica celebradas durante su vigencia.

También se emplean disposiciones generales cuando es necesario acudir a actos de medida.

Y, por supuesto, se acude a los reglamentos, es decir, a normas generales y abstractas creadas por acto administrativo. En nuestro tema, los reglamentos revisten de particular importancia. Son muy frecuentes porque su dictado es mucho más fácil que el de la ley, lo que los hace más aptos para adaptarse a los frecuentes cambios que nos presentan la tecnología y la realidad social. Al analizar el próximo tema, es decir, quién regula, veremos algunos de ellos.

V.6. Además de estos actos jurídicos tenemos los llamados instrumentos de *soft law*.

El *soft law* o derecho blando es una expresión que se usa por oposición al *hard law* o derecho duro. Mientras que este es obligatorio, aquel carece de la nota de obligatoriedad.

Tan usado es en los últimos tiempos, que provoca no poca perplejidad.

Sus manifestaciones son de lo más variadas. Van desde normas técnicas, hasta certificaciones y acreditaciones del sistema de calidad, pasando por códigos de conducta o de buenas prácticas, costes de servicios y la variada gama de informes, recomendaciones, instrucciones, informaciones, entre otras expresiones **(47)**.

El mundo ha cambiado y la Administración ha tenido también que cambiar. El tradicional *hard law*, insustituible, por cierto, no es suficiente para encarar los nuevos problemas. Con agudeza, Daniel Sarmiento observa que el derecho suave, porque no es obligatorio, al no tener la función de prescribir no va acompañado de una reacción por parte del ordenamiento cuando es incumplido. "No es parámetro de validez de otras normas, no admite su impugnación. No se publica en los Diarios Oficiales, ni tampoco cuenta con sanciones administrativas cuando sus contenidos son voluntariamente obviados. Sin embargo, el *soft law* administrativo goza de una amplia aceptación por todos, se cumple con unos niveles que causarían la envidia de algunas normas de *hard law*, e incluso los Tribunales han mostrado una reiterada predisposición a darles efectos en el mundo del derecho... conviven con el *hard law*, se aplican por los Tribunales, se negocia y litiga bajo su paraguas, e incluso condicionan directamente la aplicación de otras normas. En definitiva, son normas que no son normas, pero nadie se atreve a afirmar que su existencia va desnuda de efectos jurídicos" **(48)**.

Al auge del *soft law* ha contribuido, sin duda, la crisis del Poder Legislativo que tiende a desarrollar una actividad de producción normativa de normas, apremiada por circunstancias del momento, que provoca normas complejas, inconexas, de difícil comprensión que configuran el fenómeno que se ha llamado de "macdonalización de la legislación" **(49)**, así como la crisis del Poder Judicial que, reaccionando, con razón, ante su clásica función de boca de la ley, en aras de una mejor tutela de los derechos humanos, a menudo se ha extralimitado y, según se ha dicho "la justicia pasa de ser un oráculo a convertirse en un poder bajo sospecha" **(50)**.

El ejemplo más claro de esto último lo configura la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En efecto, luego de una notable jurisprudencia que permitió importantísimos avan-

(47) ESTEVE PARDO, José, "Prólogo" al libro de SARMIENTO, Daniel, "El Soft law administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración", Ed. Thomson - Civitas. Pamplona, 2008, p. 17.

(48) SARMIENTO, Daniel, "El Soft law administrativo...", ob. cit., ps. 27 y ss.

(49) SARMIENTO, Daniel, "El Soft law administrativo...", ob. cit., ps. 32 y ss., en especial 37 y ss.

(50) Idem, ps. 39 y ss., en especial ps. 40 y ss.

ces en materia de derechos humanos, se pasó de la raya y se convirtió en un verdadero "poder bajo sospecha" que hace peligrar todo el sistema jurídico del mundo occidental cristiano el cual ella misma certeramente contribuyó a modelar. La "revolución secreta" denunciada por Rüthers y contra la cual lúcidamente nos advierte, bien calificada por él como "inquietante" **(51)**, no se circunscribe a Alemania, sino que ha trascendido. Afortunadamente este no es el caso de Uruguay, al menos, por ahora.

El *soft law* es particularmente frecuente en el ámbito internacional, pero también se manifiesta en el derecho interno **(52)**.

Pese a su falta de obligatoriedad, su inobservancia por parte de los países destinatarios los exponen a consecuencias, por momentos, altamente perjudiciales **(53)**. Y, en lo interno, facilita al control de la discrecionalidad **(54)**. Eso contribuye en mucho a su utilidad, sin perjuicio de que a menudo sirve como parámetro de interpretación del *hard law*, como complemento del *hard law* y hasta de avance del *hard law* **(55)**, puesto que muchas veces su contenido es recogido por prescripciones de derecho positivo.

Pero su éxito pasa, sobre todo, por la responsabilidad. Se cumple no porque sea obligatorio, que no lo es, sino por la convicción que despierta en el sentido de que corresponde ser acatado.

VI. ¿Quién regula?

VI.1. La regulación puede provenir de los propios sujetos cuya actividad es objeto de la regulación o puede provenir de afuera.

VI.2. En el primer caso estamos ante una autorregulación.

La autorregulación ha existido siempre. "Cualquier organización se autorregula de algún modo" observa, con razón, Esteve Pardo **(56)**. La autorregulación es normal en el ámbito privado, especialmente en el ámbito familiar.

Pero la novedad que ahora percibimos radica en que, en algunos sectores, ha trascendido al ámbito público. Entre las razones de este fenómeno, Esteve Pardo señala la aparición en la sociedad en determinados sectores que por sus medios económicos o conocimientos tecnológicos disponen de poderes tan inmensos que los Estados no se encuentran en condiciones de controlar adecuadamente **(57)**.

La lucha por el Estado de derecho configura un intento de someter al derecho al Estado; pero ahora, ante la aparición de esos formidables poderes que han aparecido en el seno de la sociedad, lo que se procura es el sometimiento de esa sociedad al derecho **(58)**.

Como el Estado no está en condiciones de regular esos sectores, porque no puede o no lo sabe hacer, es preciso que lo hagan ellos. Pero como el Estado no puede renunciar a su misión que justifica su existencia, debe encauzar la autorregulación. "Su objetivo no sería la imposición autoritaria de mandatos o prohibiciones, sino la de incentivar y encauzar la propia moderación y contención de las fuerzas y agentes sociales" **(59)**. En otras palabras, se debe regular la autorregulación; se debe regular para la autorregulación.

Eso nos lleva al otro tipo de regulación, la que se impone de afuera, puesto que por lo menos algunos aspectos de la regulación no pueden quedar librados a la voluntad de los sujetos regulados, sino que deben provenir de agentes externos a ellos.

(51) RÚTHERS, Bernd, "La revolución secreta. Del Estado de Derecho al Estado Judicial. Un ensayo sobre Constitución y método", Ed. Marcial Pons, Madrid, 2020, p. 149.

(52) PRATS, Eduardo J. — VICTORIA CONTRERAS, Omar, "Derecho de la Regulación...", ob. cit., p. 66.

(53) PRATS, Eduardo J. — VICTORIA CONTRERAS, Omar, "Derecho de la Regulación...", ob. cit., p. 67.

(54) Idem, p. 73.

(55) Idem, ps. 72 y ss.

(56) ESTEVE PARDO, José, "Autorregulación. Génesis y efectos", Ed. Aranzadi - A Thomson Company, Navarra, 2002, p. 15.

(57) ESTEVE PARDO, José, "Autorregulación...", ob. cit., ps. 21 y ss.

(58) Idem, ps. 23 y ss.

(59) Idem, ps. 25 y ss.

VI.3. La regulación externa es la típica. Es la que proviene de afuera de los sujetos regulados y que comprende, aunque en mínima parte también, la autorregulación.

Esa regulación externa puede provenir del exterior, de un ámbito regional o mundial, pero puede también ser interna: nacional, o departamental o local.

Según sea ella sus instrumentos pueden variar.

Centremos nuestra atención en la regulación interna y concretamente en la administrativa, es decir de la proveniente de la Administración.

VI.4. En general hablamos de la Administración como si fuese un solo sujeto. Pero esa imagen no responde a la realidad. La Administración está compuesta de diversos órganos u organismos, con o sin personería jurídica, de diversa naturaleza jurídica y distinta posición institucional, que conforman un conjunto heterogéneo que no siempre actúa en total armonía.

La regulación puede provenir de distintas entidades que conforman ese conglomerado, y según cuáles sean ellas, sus instrumentos varían.

VI.5. Por cierto que, tradicionalmente, el regulador por excelencia fue el Poder Ejecutivo. Precisamente, en nuestro derecho es quien dispone de la potestad reglamentaria (art. 168, numeral 4º de la CN), que lo habilita a expedir reglamentos, principal instrumento regulatorio de la Administración, aunque no el único.

Pero la Administración pública actual no tiene la simplicidad que parece sugerirnos el esquema del Estado de derecho liberal burgués y es, también, muy distinta de la del Estado de bienestar.

Barnes, con agudeza, nos muestra cuatro notas características de la actual Administración: a) es destinataria y es responsable; b) es ejecutante y autoprogramable; c) es creadora y aplicadora; d) es regulada y reguladora **(60)**.

La Administración es destinataria de un masivo y multiforme aluvión de normas de diverso tipo, las interpreta, las desarrolla normativamente por medio de una legislación secundaria, las aplica y las hace cumplir, las implementa y pone en práctica, organiza el sector de quien se trate y lleva a cabo las actividades prestacionales y materiales que correspondan. Ese torrente normativo hace de las Administraciones agentes responsables de lo que las normas disponen. Administrar, en este contexto no es aplicar, sino poner en práctica, hacer realidad, garantizar un resultado, organizar la prestación; entre otras cosas. La Administración, no es solo la primera y mayor destinataria de normas, ya que esa destinación comporta otra vertiente siempre activa **(61)**.

La Administración no solo aplica y ejecuta un denso programa legal, sino también formula y realiza políticas públicas, investida de amplio poder, a través de normas a su vez creadas por ella. Es, así, ejecutante y autoprogramable **(62)**.

La Administración, por momentos, aplica el derecho como fuese un juez, pero también crea normas, elabora una legislación secundaria, como si fuese un legislador. Es aplicadora del derecho, pero también creadora **(63)**.

La Administración presenta también un carácter bifronte: es regulada y, además, reguladora. Cuando la Administración acentúa su papel de garante de prestaciones, como lo advierte Schmidt-Assmann **(64)**, más que de

(60) BARNES, Javier, "Algunas respuestas del derecho administrativo contemporáneo ante las nuevas formas de regulación: fuentes, alianzas con el derecho privado, procedimientos de tercera generación", en BARNES, Javier (ed.), Innovación y reforma en el derecho administrativo, Ed. INAP - Editorial Derecho Global, Sevilla, 2012, 2ª ed. renovada y ampliada, ps. 279 y ss.

(61) BARNES, Javier, "Algunas respuestas...", loc. cit., p. 279.

(62) Idem, p. 280.

(63) Idem, p. 280.

(64) SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, "Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos", en BARNES, Javier (ed.), Innovación y reforma en el derecho administrativo, Ed. INAP - Editorial Derecho Global, Sevilla, 2012, 2ª ed. renovada y ampliada, ps. 104 y ss.

prestador de servicios pasa a ser regulada para regular **(65)**.

En ese contexto es que deben verse las autoridades reguladoras o unidades reguladoras o agencias reguladoras, según las distintas terminologías empleadas, que aparecen en el siglo XIX en el mundo anglosajón, Gran Bretaña y los Estados Unidos **(66)**, que se expanden en el siglo XX, primero por la Europa Continental, y luego por el resto de América. Se suele mencionar como primer ejemplo de autoridad reguladora la *Interstate Commerce Commission* (ICC) en 1877, destinada a regular el transporte ferroviario en los Estados Unidos **(67)**.

En general se dice que estas entidades son independientes, incluso a menudo, la palabra *independiente* figura en su nombre, p. ej., Autoridades Reguladoras Independientes. Con esto, se quiere poner el énfasis en que estas entidades deben ser ajenas a las tendencias políticas y mantener una actitud de autonomía técnica respecto al Gobierno **(68)**.

Pero es obvio que estas entidades no pueden ser propiamente independientes puesto que forman parte del Estado. La independencia es relativa **(69)**. Por lo pronto, deben estar sujetas a algún tipo de primacía, sea institucional o jurídica, preferentemente no debe ser jerárquica **(70)**. Es así como los titulares de estos órganos son designados en general por el Poder Ejecutivo.

Se procura salvaguardar la independencia de su actuación dotándolos de autonomía técnica o funcional y estableciendo requisitos para su designación y cese que les permita ejercer adecuadamente esa autonomía técnica o funcional **(71)**. Se emplea el término *independiente* para resaltar el perfil técnico de estas entidades y sustraerlo de las influencias político-partidarias.

Otra de las características de estas entidades reguladoras, según se ha dicho, es que ejercen tres tipos de funciones: normativa, administrativa, en el sentido de control y jurisdiccional, todo ello en aras del buen funcionamiento del servicio público. Naturalmente que, cuando hablamos de esas funciones lo hacemos en su sentido material, no en su sentido orgánico formal **(72)**. Lo cierto es que, como bien lo advirtió Bianchi, la aparición de los entes reguladores exigirá un replanteo del control jurisdiccional sobre la actividad de la Administración, a medida que estos entes se expanden e incrementan sus poderes **(73)**.

Esas características no se dan en todos los países por igual. Como se ha dicho, esa es una tendencia general. En Uruguay, dado que la potestad reglamentaria reside en el Poder Ejecutivo (art. 168, numeral 4) la actividad normativa de las Unidades Reguladoras debe ajustarse a ese aspecto. Por otro lado, desde el momento en que en nuestro sistema constitucional la función jurisdiccional corresponde en principio al Poder Judicial, solo puede ejercerse fuera del sistema orgánico del Poder Judicial en los casos expresamente previstos en la Constitución, cosa que no ocurre con las Unidades Reguladoras, estas no pueden ejercer función jurisdiccional. Su papel en materia de conflictos se procura a

(65) BARNES, Javier, "Algunas respuestas...", loc. cit., p. 281.

(66) FERREIRA MOTA, Paulo R., "Agências reguladoras", Manole Brasil, 2003, ps. 47 y ss.; FERRÉS RUBIO, Rodrigo, "Autoridades Reguladoras Independientes en el marco de la liberación de los servicios públicos", Amalio M. Fernández, Montevideo, 2005, ps. 15 y ss.

(67) BIANCHI, Alberto B., "La regulación...", ob. cit., p. 33.

(68) FERRÉS RUBIO, Rodrigo, "Autoridades Reguladoras...", ob. cit., ps. 14 y 48 y ss.; COSCULLUELA MONTANTER, Luis — LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, "Derecho Público...", ob. cit., p. 130; CASSAGNE, Juan Carlos, "Los grandes principios del derecho público constitucional y administrativo", Ed. Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2015, 2ª ed. renovada y ampliada, ps. 148 y ss.

(69) LAGUNA DE PAZ, José C., "Derecho Administrativo...", ob. cit., p. 148.

(70) Sobre los distintos tipos de primacía ver MÉNDEZ, Aparicio, "La teoría del órgano", Amalio M. Fernández, Montevideo, 1971, edición definitiva, ps. 148 y ss.

(71) Sobre autonomía técnica o funcional, ver MÉNDEZ, Aparicio, "Sistemas orgánicos", Amalio M. Fernández, Montevideo, 1973, t. I, ps. 76 y 82.

(72) LAGUNA DE PAZ, José C., "Derecho Administrativo...", ob. cit., p. 148.

(73) BIANCHI, Alberto B., "La regulación...", ob. cit., p. 33.

través de la mediación y, en ciertos casos, dándole cierta participación en materia de arbitrajes.

La teoría de separación de funciones de Montesquieu continúa vigente, por cierto, porque su finalidad sigue siendo la misma. Pero el mundo ha cambiado, la realidad es distinta y la Administración ha adquirido nuevos roles. Esto se ve claramente reflejado en la aparición de las autoridades reguladoras, que al decir de Cassagne ha mostrado un nuevo sentido de la separación de funciones y al reunir esas funciones en un mismo órgano, pero separados de los clásicos órganos que ejercen la representación política, se garantiza la finalidad del sentido de la concepción de Montesquieu, a través de la independencia de estos novedosos órganos **(74)**. Precisamente Cassagne advierte que el principio de independencia de las autoridades reguladoras viene a coincidir con el objetivo de la doctrina de la separación de poderes **(75)**.

VI.6. Uruguay no fue ajeno a esta tendencia y también recepcionó las autoridades reguladoras, naturalmente atendiendo a las particularidades de nuestro sistema constitucional.

Esas autoridades reguladoras desenvuelven su actividad sobre la actividad privada, pero también sobre entidades estatales. El control sobre la actividad privada es, obviamente, externo. Pero también lo es, cuando ese control es operado sobre actividades estatales. Lo considero externo, también en este caso porque ejercen potestades de la misma naturaleza que las desenvueltas con relación a los particulares, sin perjuicio de que, además, se puedan emplear potestades inherentes a la jerarquía o primacía institucional, según el caso. Esas potestades son las mismas, en uno y otro caso, porque el sistema exige igualdad de trato. Por tanto, si las relaciones entre el órgano controlante y el particular controlado son externas, se desenvuelven potestades jurídicas, ocurre lo mismo con relación a las entidades estatales controladas **(76)**.

En Uruguay podemos destacar fundamentalmente los siguientes tipos de actividades reguladoras: a) la referida a la intermediación financiera y otras actividades financieras; b) la referida a un determinado aspecto que es objeto del control, como lo es las relaciones de consumo o el derecho de la competencia, cualquiera sea el tipo de la actividad; c) la referida a determinados sectores específicos distintos de la actividad financiera como ser, comunicaciones, energía y agua; d) la referida a la protección de datos personales; e) la referida al acceso a la información pública.

Aunque no todos los órganos de control incluidos en los tipos señalados precedentemente presentan una regulación uniforme, ni actúan sobre actividades de similar naturaleza, y no siempre, esos órganos son llamados unidades reguladoras, efectivamente lo son, en el sentido que generalmente, se da a ese término, sin perjuicio de las particularidades impuestas por nuestro derecho positivo.

No referiré a las actividades regulatorias indicadas en los literales d) y e) precedentes, que no configuran regulación económica *stricto sensu*. Referiré someramente a las otras.

VI.7. El Banco Central del Uruguay, verdadera autoridad reguladora en el ámbito de su competencia, fue creado por el art. 196 de la Constitución de 1967 como Ente Autónomo. Un Banco Central es un ente regulador **(77)**, aunque no lleve ese nombre. Bien ha dicho Artecona que se le puede considerar como la primera Autoridad Reguladora Independiente **(78)**. Constituye un tipo de descentralización especial, ya que fue creado fundamentalmente, no para prestar servicios, sino para regular **(79)**, como ocurre

(74) CASSAGNE, Juan Carlos, "Los grandes principios...", ob. cit., ps. 143 y ss. y 148 y ss.

(75) CASSAGNE, Juan Carlos, "Los grandes principios...", ob. cit., p. 149.

(76) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Control de la actividad administrativa en Uruguay", en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto (coord.), Control de la actividad administrativa, Ed. La Ley, Uruguay, Montevideo, 2019, p. 42.

(77) BIANCHI, Alberto B., "La potestad reglamentaria...", loc. cit., p. 3.

(78) ARTECONA, Daniel, "El Banco Central del Uruguay como Autoridad Reguladora del Sistema Financiero Nacional", en Estudios de Derecho Administrativo, 16, Ed. La Ley, Uruguay, Montevideo, 2017, p. 62.

(79) ARTECONA, Daniel, "El Banco Central...", loc. cit., p. 62.

con las autoridades reguladoras europeas **(80)**, lo que, en el concepto amplio de regulación, comprende el control.

Delpiazzo **(81)**, luego de analizar con gran detenimiento la materia bancocentralista en el derecho comparado, analiza la competencia del Banco Central del Uruguay. Al hacerlo, clasifica con gran precisión sus cometidos en cinco grupos: a) los relativos al régimen monetario (acuñación de moneda y emisión de papel moneda); b) los relativos a la dirección del sistema financiero (orientación del crédito, contralor del sistema financiero, Banco de Bancos, prestamista de última instancia, liquidador administrativo); c) los relacionados con el Estado (banquero del Estado y asesor del Gobierno); d) los relacionados con el exterior (contralor de cambios, administrador de las reservas internacionales, representante financiero de la República); y e) los complementarios (relativos a seguros y reaseguros, a las AFAP y al mercado de valores) **(82)**.

Los cometidos mencionados en los literales a) a d) precedentemente indicados coinciden en general con los cometidos de los Bancos Centrales que aparecen en el derecho comparado. No ocurre lo mismo con los enumerados en el literal e), es decir, los relativos a seguros y reaseguros, a las AFAP y al mercado de valores. Estas últimas actividades no son propiamente actividades bancocentralistas **(83)**. Por algo, Delpiazzo las consideró como un cometido complementario **(84)**.

Posteriormente la ley asignó competencia al Banco Central del Uruguay en materia de lavado de activos y financiamiento del terrorismo (leyes 16.696, de 30 de marzo de 1995, 18.401, de 24 de octubre de 2008, y 19.484, de 5 de enero de 2017).

A los efectos de la regulación del sistema financiero, la ley creó la Superintendencia de Instituciones de Intermediación Financiera, como órgano desconcentrado dependiente jerárquicamente del Directorio del Banco Central del Uruguay **(85)**. También, la ley 16.246, de 14 de octubre de 1993, creó la Superintendencia de Seguros y Reaseguros, también como órgano desconcentrado que depende jerárquicamente del Directorio del Banco Central del Uruguay **(86)**.

Y luego Delpiazzo, al enumerar los poderes jurídicos del Banco Central del Uruguay, indica: a) normativo; b) de contralor; c) sancionatorio **(87)**.

A nivel nacional, conforme a lo ya expresado, la potestad reglamentaria corresponde al Poder Ejecutivo, según lo dispone el art. 168, numeral 4º de la CN.

Por eso una ley que asigne a otro órgano potestad reglamentaria es inconstitucional. Por tal razón, en otra oportunidad ya señalé la inconstitucionalidad de alguna ley que asigna potestad reglamentaria a los llamados órganos reguladores o unidades reguladoras **(88)**.

Sayagués Laso consideraba que tenían potestad reglamentaria los Directorios de los Entes Autónomos en cuanto jerarcas de sus respectivos servicios, y en menor medida los Directo-

(80) FERRÉS RUBIO, Rodrigo, "Autoridades Reguladoras...", ob. cit., p. 47.

(81) DELPIAZZO, Carlos E., "El Banco Central del Uruguay", Amalio M. Fernández, Montevideo, 1998, ps. 15 y ss.

(82) DELPIAZZO, Carlos E., "El Banco Central...", ob. cit., p. 77.

(83) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Incompetencia del Banco Central del Uruguay para sancionar a intermediarios por operaciones no vinculadas a ofertas públicas de valores", en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, Casos de Derecho Administrativo, Montevideo, 2005, vol. IV, ps. 105 y ss.

(84) DELPIAZZO, E., "El Banco Central...", ob. cit., p. 77.

(85) ARTECONA, Daniel, "El Banco Central...", loc. cit., ps. 66 y ss.

(86) FERRÉS RUBIO, Rodrigo, "Control administrativo en materia de Seguros", en Estudios de Derecho Administrativo, 16, Ed. La Ley, Uruguay, Montevideo, 2017, 16, ps. 126 y ss.

(87) DELPIAZZO, Carlos E., "Derecho administrativo especial", Amalio M. Fernández, Montevideo, 2017, vol. 2, 3ª ed. actualizada y ampliada, p. 783.

(88) DURÁN MARTÍNEZ. Augusto," ¿Se puede...?", loc. cit., p. 374.

rios de los Servicios Descentralizados **(89)**. Pero claramente se está refiriendo aquí el maestro a los reglamentos jerárquicos **(90)**, que por ser internos y no trascender del sistema centralizado nada tienen que ver con los reglamentos de ejecución a que refiere el art. 168, numeral 4, de la Constitución.

Cajarville Peluffo también refirió a la potestad reglamentaria de los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, pero lo hizo en un sentido distinto al de Sayagués Laso. En efecto, no aludió a los reglamentos jerárquicos sino a aquellos aplicables a los particulares en cuanto, usuarios o beneficiarios de sus servicios **(91)**. Pero en esta hipótesis estamos ante una relación contractual, lo que es muy distinto de las situaciones reguladas por los reglamentos a que alude el art. 168, numeral 4, de la Constitución.

Pero el Banco Central del Uruguay se encuentra en una situación distinta de la de los otros Entes Autónomos. Pacíficamente se admite que posee potestad reglamentaria que alcanza a sujetos que no sean sus funcionarios ni usuarios o beneficiarios de sus servicios. Es que un Banco Central, no es un ente prestador de servicios, sino regulador.

Corresponde, entonces, determinar el fundamento de esta potestad y sus límites.

Se dice a menudo que la potestad reglamentaria del Banco Central deriva de su propia naturaleza. A nivel mundial, el Banco Central existe para regular determinadas actividades financieras. Si por el art. 196 nuestra Constitución creó el Banco Central es para que regule la actividad que en el resto del mundo regulan los Bancos Centrales.

Cajarville Peluffo, en cambio, ha sostenido que la potestad reglamentaria del Banco Central no deriva de su naturaleza sino de la ley, por expresa disposición constitucional. En efecto, el art. 196 de la CN, además de crear el Banco Central, establece que tendrá los cometidos y atribuciones que determine la ley **(92)**. La ley, así, podría asignar al Banco Central potestad reglamentaria.

Personalmente, creo que no se debe adoptar ninguno de los dos criterios en forma aislada. Más bien estimo que ambos se complementan.

No me termina de convencer el criterio de la naturaleza de la institución para extraer de allí solamente la potestad reglamentaria del Banco Central. No me parece que con eso baste para encontrar una excepción al art. 168, numeral 4º de la CN.

Estimo, en cambio, que se debe partir, como lo hace Cajarville Peluffo, del art. 196 de la Constitución en cuanto faculta a la ley a determinar los cometidos y atribuciones del Banco Central. Al determinar las atribuciones, la ley podría así en principio asignar potestad reglamentaria al Banco.

Pero también creo que no se puede considerar al art. 196 de la Constitución, como una norma que dé una libertad absoluta al legislador. También este artículo debe coordinarse con el art. 168, numeral 4º, de la Constitución.

El art. 185 de la Constitución establece que los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados industriales o comerciales tendrán el grado de descentralización que fijen la Constitución y las leyes.

Es cierto que esta referencia a las leyes se introdujo en la Constitución de 1967, para admitir Servicios Descentralizados industriales o comerciales. Pero nadie duda que la competencia de los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados la fija la ley y, al fijarla, no solo fija sus cometidos sino también sus atribuciones.

Pero con relación a las atribuciones, nadie ha sostenido que entre ellas se encuentre la potestad reglamentaria, fuera de los casos indicados por Sayagués Laso y Cajarville Peluffo. Es que,

(89) SAYAGUÉS LASO, Enrique, "Tratado...", ob. cit., t. I, p. 136.

(90) MÉNDEZ, Aparicio, "La jerarquía", Amalio M. Fernández, Montevideo, 1973, ps. 121 y ss.

(91) CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, "Límites de la actividad reglamentaria", en Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo y otros, Actividad Reglamentaria de la Administración, FCU, Montevideo, 1989, p. 52.

(92) CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, "Límites de la actividad...", loc. cit., p. 42.

a mi juicio, se ha coordinado acertadamente el art. 185 de la Constitución con el art. 168, numeral 4º.

Por eso es por lo que nadie ha sostenido que los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados industriales y comerciales tengan propiamente potestad reglamentaria.

La diferencia entre el Banco Central y los otros entes industriales o comerciales radica en el texto del art. 196 y en su naturaleza. Hay que considerar ambas cosas juntas y no por separado.

El texto del art. 196, al cometer a la ley la fijación de las atribuciones del Banco Central, y la naturaleza de la institución, hacen que la ley pueda asignar al Banco potestad reglamentaria, con lo que se produce una excepción al art. 168, numeral 4º de la CN.

Y esa naturaleza de la institución Banco Central que justifica la potestad reglamentaria también configura un límite.

Ya indiqué que las normas jurídicas deben ajustarse a exigencias de razonabilidad. Giorgi, hace mucho tiempo, sostuvo la inconstitucionalidad de las leyes irracionales **(93)**. Y esto es admitido, por la más moderna doctrina en cuanto manifiesta una especial preocupación en el examen de la razonabilidad de los actos jurídicos **(94)**.

Esos criterios de razonabilidad suponen admitir la posibilidad de que la ley atribuya potestad reglamentaria al Banco Central en la materia bancocentralista, pero no fuera de ella.

Por eso he cuestionado la potestad reglamentaria del Banco Central del Uruguay en el ámbito de lo que Delpiazzo ha llamado cometidos complementarios **(95)**.

También la ley le ha asignado al Banco Central del Uruguay potestad para emitir instrucciones particulares.

Sobre ellas, Delpiazzo expresó:

"...[L]a expresión 'instrucciones particulares' es novedosa en nuestro derecho positivo, no registrando antecedentes en el Anteproyecto de ley de Intermediación Financiera y Cambios preparado por el Banco Central a comienzos de 1980, que se refería a 'las reglamentaciones y órdenes'. En forma similar, el Anteproyecto de ley para la Regulación del Sistema Financiero elaborado por los servicios especializados de la autoridad bancocentralista a mediados de 1969 hablaba de 'reglamentaciones y resoluciones'. Tampoco son ilustrativos sobre el punto los múltiples proyectos de Carta orgánica propiciados por el Directorio de nuestra Banca directriz, rescatándose que en el formulado a principios de 1974, no obstante hablarse de hablarse de 'órdenes y reglamentos' (art. 13), se disponía en el art. 14 que 'el Banco Central del Uruguay será el rector de todo el sistema financiero y fijará la orientación a seguir mediante normas generales e instrucciones particulares, acorde con la política trazada por el Poder Ejecutivo'.

"La originalidad de la expresión planteó dudas acerca de su correcta interpretación. En nuestro país, se ha entendido tradicionalmente que las instrucciones son indicaciones de conducta y, como tales, meros actos administrativos que solo tienen vigencia en el ámbito interno de la Administración por tratarse de manifestaciones del poder jerárquico, y no del poder reglamentario.

"Sin embargo, ese no parece ser el sentido utilizado por nuestro legislador, que faculta al Banco Central para instruir a cualquier admi-

(93) GIORGI, Héctor, "Irracionalidad e injusticia manifiesta en las normas legales", en GIORGI, Héctor, Estudios Jurídicos, FCU, Montevideo, 1976, ps. 387 y ss.

(94) ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo, "Control de la regularidad constitucional de las leyes que limitan o restringen derechos humanos en el Derecho uruguayo", en Revista de Derecho, III, Universidad Católica del Uruguay, Konrad Adenauer Stiftung - Amalio M. Fernández. Montevideo, 2002, p. 56; RISSO FERRAND, Martín, "Control de la regularidad constitucional de las leyes que limitan o restringen derechos humanos en el Derecho uruguayo", en Revista de Derecho, III, Universidad Católica del Uruguay, Konrad Adenauer Stiftung - Amalio M. Fernández. Montevideo, 2002, ps. 88 y ss.

(95) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Incompetencia del Banco Central del Uruguay para sancionar intermediarios por operaciones no vinculadas a ofertas públicas de valores", en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, Casos de Derecho Administrativo, Montevideo, 2005, vol. IV, ps. 105 y ss.

nistrado comprendido en su ámbito de control, con lo cual se rebasan nítidamente los límites de la organización interna. Ello podría inducir a pensar que estamos en presencia de actos de directiva mediante los cuales la autoridad bancocentralista orienta la actividad de uno o más agentes. Pero los actos de directiva —de acuerdo con la más calificada doctrina— no producen el deber de actuar conforme a su contenido sino tan solo de tenerlo presente al actuar, es decir, que no obligan al destinatario, aunque lo hagan pasible de responsabilidad en caso de inobservancia. En cambio, el incumplimiento de las instrucciones particulares bajo examen puede aparejar la aplicación de las sanciones previstas en el art. 20 del dec.-ley 15.322, con la redacción dada por el art. 2º de la ley 16.237.

"En virtud de tal circunstancia, cabe pensar que se trata de actos administrativos que crean normas particulares y concretas, es decir, resoluciones de acuerdo con la terminología utilizada por algunos de los proyectos antecedentes, que recogían el concepto clásico de actos unilaterales de la Administración que producen efectos jurídicos subjetivos, u órdenes, como lo establecía el Anteproyecto de 1980. Sin embargo, no es descartable que las instrucciones particulares puedan configurar, en ciertos casos, reglamentos singulares que crean normas particulares y abstractas que se dirigen a un sujeto y le prescriben todos los comportamientos que puedan encuadrar en la acción tipificada.

"En consecuencia, partiendo de una situación previa de libertad del destinatario, la limitan, sea en sentido positivo (prescripciones que imponen una conducta activa), sea en sentido negativo (prohibiciones que imponen una conducta omisiva). En consecuencia, se trata de actos administrativos constitutivos ya que concretan en el caso particular un imperativo de conducta, el cual debe tener su base en la ley, pero se actualiza y hace exigible a partir de esa concreción confiada a un órgano de la Administración" **(96)**.

El razonamiento de Delpiazzo tiene el inconveniente de que altera el sentido del término "instrucción". Delpiazzo partió de la base de que estas "instrucciones" producen efectos jurídicos y asignó en consecuencia al término un significado distinto del que tiene.

Ese razonamiento sería legítimo si el derecho positivo les hubiese asignado a esas "instrucciones" en forma inequívoca la aptitud de producir efectos jurídicos. Pero eso no es así; ningún texto legislativo ha determinado el efecto de las instrucciones. Véase que los artículos que las mencionan se han limitado a citarlas junto con otros actos de distinto valor y fuerza y de distintos efectos, sin precisar los efectos de ninguno de ellos.

Por tanto, al no establecer la ley los efectos de las instrucciones, para determinar sus efectos hay que partir de la naturaleza de estas.

Tal como están redactados los textos legales, estimo que hay que efectuar un razonamiento inverso al de Delpiazzo. O sea, no hay que partir de los efectos para determinar la naturaleza del acto sino del acto para determinar sus efectos.

Como lo ha reconocido con acierto Delpiazzo en su trabajo, en doctrina se acepta pacíficamente que las "instrucciones" son indicaciones de conducta **(97)**. No son imperativos de conducta sino indicativos, son verdaderos actos de directiva.

El acto de directiva supone:

a) la existencia de un sujeto u órgano emisor y uno o más sujetos u órganos destinatarios;

b) la existencia de una relación de supraordenación entre el emisor del acto de directiva y el o los destinatarios;

c) la existencia de poderes propios de decisión en el emisor y en el o los destinatarios.

Los destinatarios del acto de directiva pueden ser personas privadas, personas públicas no estatales, personas públicas estatales u órganos estatales **(98)**.

(96) DELPIAZZO, Carlos E., "El Banco Central...", ob. cit., ps. 117 y ss.

(97) DELPIAZZO, Carlos E., "El Banco Central...", ob. cit., p. 118.

(98) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Acto de directiva", en Estudios de Derecho Administrativo. Parte General, Montevideo, 1999, p. 216.

Tratándose de órganos o personas jurídicas estatales los destinatarios, el acto de directiva puede dictarse en función de la primacía política o de la primacía institucional o de la primacía jerárquica, según los casos **(99)**. Por tanto, el órgano o las personas estatales pueden o no estar sometidas a jerarquía del órgano emisor del acto. Siendo los destinatarios personas privadas o públicas no estatales, la directiva constituye una manifestación del "*indirizzo* político", como dicen los italianos **(100)**.

Normalmente el *indirizzo* político corresponde al Poder Ejecutivo. Loewenstein decía "el gobierno (el Poder Ejecutivo) es el centro del proceso del poder, pues gobernar significa asumir el liderazgo político" **(101)**.

Excepcionalmente, los Bancos Centrales tienen en el mundo potestades de directiva sobre las personas públicas y privadas sometidas a su supervisión y ejercen así, en el ámbito de su competencia, un *indirizzo* político. Esto también ocurre en el Uruguay. Vemos también, que entre el Banco Central y las entidades sometidas a su supervisión hay una posición de supraordenación, y tanto el emisor de la directiva, como los destinatarios son sujetos con poderes propios de decisión.

El Banco Central del Uruguay adoptó la definición de acto administrativo del art. 120 del dec. 500/1991 ya transcrito, por la res. D/624/1994, de 15 de noviembre de 1994. En efecto, su art. 126 dice: "Art. 126. (Definición de acto administrativo). Acto administrativo es toda manifestación de voluntad del Banco Central del Uruguay que produce efectos jurídicos".

En general se entiende que existen efectos jurídicos cuando se crean, extinguen o modifican situaciones jurídicas subjetivas **(102)**.

Por lo dicho, si bien puede decirse que los actos de directiva adoptan la forma de un acto administrativo, no son propiamente actos jurídicos administrativos, sino meros actos administrativos, ya que no crean, modifican, ni extinguen situaciones jurídicas subjetivas. En efecto, el acto de directiva no obliga jurídicamente al destinatario, no le impone un deber jurídico, simplemente imparte una orientación. De manera que el apartamiento de la directiva no configura una cuestión de legitimidad sino de mérito **(103)**.

Pero pese a que el acto de directiva no obliga, responsabiliza **(104)**. En efecto, el destinatario de la directiva, si no la sigue, compromete su responsabilidad por un actuar inconveniente, y el emisor de la directiva también compromete su responsabilidad si el destinatario de esta ha sufrido un daño por seguir la directiva.

Las instrucciones particulares que dicta el Banco Central del Uruguay son verdaderamente actos de directiva. Son actos de directiva particulares, ya que se dirigen a sujetos determinados **(105)**.

Artecona adhirió a la posición de Delpiazzo **(106)** y, a decir verdad, esa es la práctica seguida en el Banco Central del Uruguay.

Artecona sostuvo que esas instrucciones son verdaderos actos administrativos, que no son sanciones, ni en principio, implican para el re-

(99) MÉNDEZ, Aparicio, "La teoría...", ob. cit., ps. 148 y ss.

(100) BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, "Derecho Constitucional", Ed. Tecnos, Madrid, 1973, p. 214.

(101) LOEWENSTEIN, Karl, "Teoría de la Constitución", Ed. Ariel, Barcelona. 1976, p. 267.

(102) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Acto de directiva...", loc. cit., p. 217.

(103) BARBÉ PÉREZ, Héctor, "Consideraciones generales sobre la coordinación de la acción de la Administración Pública y sus instrumentos jurídicos", en VV.AA., Estudios jurídicos sobre la Administración pública que surge en el Uruguay, Oficina de Apuntes del Centro de Estudiantes de Notariado, Montevideo, 1967, ps. 17 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Acto de directiva...", loc. cit., p. 217.

(104) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Acto de directiva...", loc. cit., p. 217.

(105) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Incompetencia del Banco Central del Uruguay para controlar a los Corredores de Bolsa en actividades extrabursátiles. Naturaleza de las instrucciones particulares del Banco Central del Uruguay", en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, Casos de Derecho Administrativo, Montevideo, 2007, vol. V, ps. 65 y ss.

(106) ARTECONA, Daniel, "El Banco Central...", loc. cit., ps. 76 y ss.

gulado la imposición de un gravamen, sino que solamente, lo determinan a adecuar su conducta, según los criterios del regulador, por lo que no requieren vista previa **(107)**.

Coincido con Artecona en que esas instrucciones no requieren vista previa. Pero ello, porque no son propiamente actos administrativos. Si lo fueren, la vista previa es preceptiva porque ella procede siempre que se empeore la situación del destinatario, aunque no signifique una sanción (art. 76 del dec. 500/1991, de 27 de setiembre de 1991) **(108)**.

También tiene el Banco Central potestades para dictar actos de autorización, habilitación y llevar registros **(109)**, como parte de su función de controlar, así como poderes de fiscalización, lo que incluye una intensa potestad sancionatoria, con posibilidad de disponer medidas preventivas **(110)**.

No hay duda de que este control es administrativo, puesto que es ejercido por un órgano de naturaleza administrativa y es externo.

El Banco Central del Uruguay controla personas jurídicas de derecho público estatal y personas de derecho privado y lo hace en pie de igualdad, única forma de asegurar el derecho de la competencia.

La relación del Banco Central del Uruguay en el ejercicio de este control respecto de todas esas personas es de tipo jurídico. Es evidente que así lo es con relación a las personas privadas. Pero también lo es, con relación a las personas públicas estatales, porque no conforman con ellas en este aspecto un sistema orgánico centralizado, ni descentralizado, ni acentralizado **(111)**. Por tanto, no tiene con estos jerarcas relaciones de naturaleza técnica, sino jurídica.

VI.8. La ley 17.250, de 11 de agosto de 2000, regula las relaciones de consumo.

El control de esta materia es asignado a la Dirección General de Comercio, órgano desconcentrado del Ministerio de Economía y Finanzas, a su vez, órgano desconcentrado del Poder Ejecutivo (art. 40 de la ley 17.250) y concretamente, dentro de la Dirección General de Comercio, el control compete a la Dirección del Área de Defensa del Consumidor (art. 42 de la misma ley) **(112)**.

Los arts. 13, 14 y 15 de la ley 17.243, de 29 de junio de 2000 y luego la ley 18.159, de 20/07/2007, que derogó los artículos citados precedentemente, pero continuó y profundizó sus lineamientos, regularon el derecho de la competencia.

Las dos últimas leyes citadas son importantísimas ya que, a mi juicio, supusieron la derogación tácita de las leyes que imponían los monopolios legales, al ser ellas absolutamente incompatibles con el derecho de la competencia **(113)**.

Naturalmente que esa derogación opera sobre los monopolios legales, no sobre los monopolios de hecho o los naturales, ya que la deroga-

(107) ARTECONA, Daniel, "El Banco Central...", loc. cit., p. 77.

(108) "Art. 76. En los procedimientos administrativos seguidos de oficio, con motivo de la aplicación de sanciones o de la imposición de un perjuicio a determinado administrado, no se dictará resolución sin previa vista al interesado por el término de diez días para que pueda presentar sus descargos y las correspondientes probanzas y articular su defensa".

(109) ARTECONA, Daniel, "El Banco Central...", loc. cit., ps. 79 y ss.

(110) ARTECONA, Daniel, "El Banco Central...", loc. cit., ps. 83 y ss.

(111) Sobre sistemas orgánicos centralizado, descentralizado y acentralizado, ver MÉNDEZ, Aparicio, Sistemas orgánicos..., ob. cit., ps. 27 y ss.

(112) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "La protección del consumidor en el derecho uruguayo", en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, Estudios de Derecho Público, Montevideo, 2004, vol. I, ps. 278 y ss. Ver también DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Sanciones administrativas y procedimiento para su aplicación en el marco de la ley reguladora de las relaciones de consumo", en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, Estudios de Derecho Público..., ob. cit., vol. I, ps. 33 y ss. y DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "El control administrativo y las relaciones de consumo con entidades estatales en el marco de la ley 17.250", en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Estudios de Derecho Público...", ob. cit., vol. I, ps. 309 y ss.

(113) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "De la represión de la competencia desleal...", loc. cit., ps. 1322 y ss. y ps. 1327 y ss.

ción se produce respecto de normas jurídicas y los monopolios de hecho y los naturales no se originan por normas jurídicas. Pero en este caso, la regulación tiene una especial relevancia para evitar las consecuencias inconvenientes de los monopolios.

Sin embargo, en los hechos, esta derogación ha sido inoperante. La cultura monopólica de nuestra sociedad se ha resistido a vivir sin los monopolios, los entes monopólicos continuaron como si nada y las autoridades reguladoras miraron para el costado.

Ahora tenemos un presidente de la República actualizado, que comprende que no podemos seguir atados a fórmulas impuestas hace aproximadamente un siglo. Por eso el presidente Luis A. Lacalle Pou ante la realidad actual, en el anunciado proyecto de Ley de Urgente Consideración (LUC), propuso la supresión expresa de los monopolios de la importación, exportación y refinación de petróleo crudo y derivados.

Por supuesto que, si los monopolios han desaparecido como consecuencia de la legislación que impone el derecho de la competencia, esas actividades ya son libres, por lo que no es necesaria, una derogación expresa. Pero se ha propuesto expresamente esa derogación, para convencer a los incrédulos que no advierten los efectos de la libre competencia o no se animan a reconocerlos.

El Poder Legislativo cambió la redacción propuesta por el Poder Ejecutivo. En su lugar reguló el tema por los arts. 235, 236 y 237 de la ley 19.889, de 09/07/2020 que fue la ley en que se convirtió el proyecto de ley con declaratoria de urgente consideración.

Por estos artículos la ley, en la materia:

a) acude a la fijación administrativa de determinados precios, con aprobación del Poder Ejecutivo, y con previo informe de la URSEA;

b) comete a la URSEA, una revisión de la metodología de cálculo de Precios de Paridad de Importación;

c) comete al Poder Ejecutivo la realización de una propuesta integral de revisión del mercado de combustibles, a ser sometido a la Asamblea General y fija el contenido mínimo de ese estudio.

Como se percibe, no hay aquí una sola mención al monopolio. No se recibe es cierto, la desmonopolización expresa propuesta por el Poder Ejecutivo, pero tampoco, no hay nada en esta ley que permita descartar la derogación tácita producida, primero por la ley 17.243 y luego confirmada por la ley 18.159.

En suma, la cuestión de la desmonopolización de los combustibles continúa, luego de la ley 19.889 en los mismos términos que antes de su vigencia. Esta ley no incide en nada, desde el punto de vista jurídico, en lo que refiere a esa desmonopolización.

De lo expuesto precedentemente no se puede seguir que esta ley sea inocua. No es inocua, porque, no se puede ignorar que, aunque suprimido el monopolio, en los hechos continuó y ANCAP no se encuentra preparada para la competencia.

Las medidas previstas en la ley permiten la realización de un estudio que nunca se hizo, prepara a ANCAP para la competencia y hacer que la desmonopolización efectiva se produzca sin crisis.

No podemos olvidar tampoco que las grandes compañías petroleras se encuentran ligadas con ANCAP por contratos que no se pueden desconocer. Así, p. ej., Petrobras y Axion, pese a la desmonopolización existente desde el punto de vista jurídico, no pueden importar combustible y comprar directamente a sus matrices en Brasil y Estados Unidos respectivamente, porque se encuentran obligadas contractualmente a adquirir el combustible a ANCAP. Pero al vencimiento de esos contratos, si se desea prorrogarlos, es preciso tener en cuenta la desmonopolización existente en esa renegociación.

Pero fuera de esos contratos, no podemos ignorar la desmonopolización existente. Pensemos en el transporte, por ejemplo. Se habla en estos días del subsidio al boleto. El subsidio significa que la población en general, use o no el transporte, subsidien a los que usan el transporte público. ¿No es más justo y conveniente para el erario que las compañías de transporte im-

porten directamente el combustible y lo adquieran de quien se los vende más barato y obtengan por esa vía un mejor precio del boleto?

Por cierto, que el precio de los combustibles no incide solo en el transporte público. Incide en toda la producción. Un menor precio, torna a nuestros productos más competitivos a nivel internacional y favorece a todos los consumidores. Dicho de otro modo, empresarios y consumidores se ven beneficiados, con lo que también se benefician los trabajadores de las empresas productoras de bienes y servicios.

La fijación administrativa de precios es solución momentánea para una etapa de transición. No es la solución definitiva. La solución definitiva pasa por una efectiva competencia.

Este tiempo de corona virus nos obliga a reflexionar y actuar con mayor solidaridad. No es posible que, para favorecer a ANCAP, en realidad a sus funcionarios y, en particular a su sindicato, toda la población se perjudique.

Estamos en la mejor situación para extinguir un monopolio ya extinguido. Como lo he manifestado hace ya unos cuantos años, no es necesario acto jurídico alguno, pues ello ya está dispuesto por las leyes que impusieron el derecho de la competencia. Solo es preciso, por razones de conveniencia, emitir adecuados actos de directiva con instrucciones precisas que faciliten la desmonopolización legalmente existente. Y ante esto no hay vía de impugnación alguna. No procede el recurso de referéndum, porque los plazos ya vencieron, ya que esas leyes son, una del año 2000 y la otra de 2007. Contra la ley 19.889 no tiene sentido un referéndum por este tema ya que ella, en puridad, no altera el régimen jurídico existente. Y no proceden los recursos administrativos y la acción de nulidad, porque los actos de directiva, aunque responsabilizan, no producen efectos jurídicos, por lo que son inimpugnables **(114)**.

También esta legislación cometió el control de la aplicación del derecho de la competencia al Ministerio de Economía y Finanzas, concretamente, a la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia (art. 21 de la ley 18.159).

En ambos casos, sin perjuicio del control que compete al Banco Central, URSEC y URSEA **(115)**, un órgano de la Administración Central controla en el ámbito de esas dos materias, a órganos de la misma persona jurídica a que pertenece, y a personas jurídicas cualquiera sea su naturaleza en lo que refiere a actividades comprendidas en las leyes de relaciones de consumo y de derecho de la competencia.

Ese control lo efectúa en forma igualitaria, sin que interese si los controlados son entidades estatales o personas privadas; y las relaciones con los órganos o sujetos controlados son jurídicas y no técnicas, puesto que no tiene relación alguna con las relaciones propias de los sistemas orgánicos, centralizado, descentralizado y acentralizado, sin perjuicio de que, además, puedan ejercerse esas potestades.

VI.9. Las Autoridades Reguladoras sectoriales que existen en Uruguay, además. del Banco Central, que también lo es, pero que presenta diferencias, son la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones (URSEC) y la Unidad Reguladora de Servicios de Energía y Agua (URSEA).

Más recientemente se creó el Consejo de Comunicación Audiovisual.

Las dos primeras, son las autoridades reguladoras que se inspiraron en aquellas de origen anglosajón, que se expandieron en la Europa Continental, primero y, luego, en Latinoamérica, cuando se produjo el fenómeno de la liberalización, se impuso el derecho de la competencia.

Esto llevó a una nueva regulación llamada por algunos *neorregulación* **(116)**.

(114) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "¿Cómo extinguir los monopolios extinguidos?", en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, Vivir es combatir, Ediciones De La Plaza. Montevideo, 2004, ps. 431 y ss.

(115) DELPIAZZO, Carlos E., "Derecho administrativo especial", Amalio M. Fernández, Montevideo, 2017, vol. 2, 3ª ed. actualizada y ampliada, p. 783.

(116) BAUZÁ MARTORELL, Felio J., "La desadministración pública", Consell de Mallorca -Ed. Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 42.

El modelo de regulación del Estado de Bienestar giraba básicamente en torno a los siguientes elementos definidores: a) derechos exclusivos de prestación; b) planificación central; c) cobertura garantizada del coste, más un beneficio razonable; d) obligación de servir en régimen de igualdad **(117)**.

Se podría decir que en este modelo casi todo quedaba a la decisión del regulador **(118)**.

El modelo clásico de regulación venía a sustituir al mercado y asumía la mayoría de las decisiones. El nuevo modelo trata de recrear el mercado, promover la competencia allí donde esto sea posible y dejar hacer a aquel **(119)**.

La nueva regulación tiende a defender los derechos de los usuarios y consumidores, a garantizar la libre competencia, y a otorgar garantías para que el mercado funcione libre y correctamente **(120)**.

Para eso es preciso el corte vertical de actividades, es decir la separación de las actividades relacionadas con la administración y conservación de las infraestructuras, lo que es poco apto para la competencia **(121) (122)** de las relacionadas con las prestaciones ofrecidas al público en general, que sí son susceptibles de ser libradas a la competencia. Estas son las actividades que están sujetas a un régimen jurídico presidido por cuatro libertades fundamentales: a) libertad de entrada; b) libertad de acceso al mercado; c) libertad de contratación, lo que implica entre otras cosas formación competitiva de los precios; d) libertad de inversión **(123)**.

El corte vertical de actividades lleva a que el titular de las infraestructuras quede al margen de las actividades prestacionales libradas al público en general **(124)**.

Pero no basta el corte vertical de actividades. Razones de justicia social impulsan la implantación de la noción de servicio universal: es la pata social del sistema. Esto implica que se debe garantizar prestaciones de un determinado contenido mínimo, accesible en todo el territorio nacional y a precios asequibles **(125) (126)**.

---

(117) MARTÍNEZ LAGE, Santiago, "Desregulación y competencia. El Libro Blanco sobre el sector eléctrico", en VV.AA., Regulación, desregulación, liberalización y competencia, Círculo de Empresarios. Fundación Rafael Del Pino - Ed. Marcial Pons - Ediciones Jurídicas y Sociales SA, Madrid, 2006, p. 15.

(118) MARTÍNEZ LAGE, Santiago, "Desregulación...", loc. cit., p. 15.

(119) ARIÑO ORTIZ, Gaspar, "Fallos y logros de los sistemas regulatorios", en VV.AA., Regulación, Desregulación, Liberalización...", p. 31.

(120) FERRÉS RUBIO, Rodrigo, "Autoridades reguladoras independientes...", ob. cit., loc. cit., p. 71.

(121) ARIÑO ORTIZ, Gaspar, "Principios de Derecho Público Económico", Fundación de Estudios de Regulación - Comares Editorial. Granada, 2004, 3ª ed. ampliada, p. 618.

(122) Si bien esto en principio es así, esta afirmación debe relativizarse. En efecto, se ha advertido que en ciertos sectores y en determinados aspectos, la competencia en infraestructuras es posible. Ver DE RÚS, Ginés, "La competencia en infraestructuras", en VV.AA., Regulación, Desregulación Liberalización...", ob. cit., ps. 41 y ss.

(123) ARIÑO ORTIZ, Gaspar, "Principios...", ob. cit., ps. 613 y ss.; SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime O., "Los servicios públicos: vicisitudes y fundamentos de un tema jurídico inconcluso e impreciso," en ARISMENDI, Alfredo — CABALLERO ORTIZ, Jesús (coords.), El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías, Ed. Thomson — Civitas, Madrid, 2003, t. II, ps. 1905 y ss.

(124) ARIÑO ORTIZ, Gaspar, ·Principios...", ob. cit., p. 618.

(125) ARIÑO ORTIZ, Gaspar, "Principios...", ob. cit., p. 631; FERRÉS RUBIO, Rodrigo, "Hacia un nuevo concepto de servicio público: liberación y competencia", en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto (coord.), Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Daniel Hugo Martins, FCU, Montevideo, 2008, ps. 362 y ss.

(126) La expresión servicio universal tuvo su origen en los Estados Unidos en 1909. Theodore Vail, presidente de la AT&T acuñó el siguiente lema para su compañía: "Una política, un sistema, servicio universal". Luego, la Communications Act de 1934, lo definió como "el acceso de todo ciudadano a una operadora telefónica local". Posteriormente, la Telecommunications Act de 1996 lo definió como "la posibilidad de todos los ciudadanos de acceder a todo tipo de servicios de telecomunicaciones a precios justos y razonables, incluidos los servicios avanzados y de información, asegurando el acceso a ellos de las áreas rurales y las de menor renta per cápita en condiciones de calidad y precio comparables a los servicios ofrecidos en áreas urbanas y asegurando su disponibilidad en escuelas, centros sanitarios y bibliotecas". BIANCHI, Alberto B., "La regulación...", ob. cit., p. 170.

El servicio universal es un concepto que varía según las coordenadas espacio y tiempo **(127)** y, por cierto, requiere gran prudencia en su definición y determinación, puesto que la accesibilidad territorial puede conspirar contra la asequibilidad del precio **(128)**.

Pero para que el sistema funcione se advirtió la necesidad de las autoridades reguladoras. Las unidades reguladoras son la tercera pata del sistema, junto con el corte vertical de actividades y el servicio universal. Corte vertical de actividades, servicio universal y autoridades reguladoras configuran, así, un tríptico inescindible.

En el caso uruguayo nuestras unidades reguladoras se inspiraron en las europeas, pero se apartaron bastante de sus modelos.

La URSEC tiene como antecedente, en el ámbito de las telecomunicaciones, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONTEL), creada por el dec. 718/1981, de 30 de diciembre de 1991, a la cual se le delegó atribuciones, por resolución del Poder Ejecutivo 1975/1991, de 30 de diciembre de 1991. El decreto citado asignó a la CONTEL competencia material; los poderes jurídicos fueron asignados por la delegación de atribuciones referida **(129)**.

La URSEC fue creada por el art. 70 de la ley 17.296, de 21 de febrero de 2001. Tiene competencia en el ámbito de las comunicaciones, tanto de las telecomunicaciones, como postales (art. 71 de la misma ley). Esas actividades son privadas, aunque pueden ser prestadas por el Estado y, cuando así sucede, se rigen por el derecho de la competencia **(130)**.

Su ley de creación la concibió como un servicio desconcentrado del Poder Ejecutivo en régimen de desconcentración no privativa (arts. 70 y 74 de la ley 17.296) **(131)**.

La URSEA tiene como antecedente la Unidad Reguladora de Energía Eléctrica (UREE) y la Unidad Reguladora del Gas (URGAS).

La UREE fue creada por la ley 16.382, de 17 de junio de 1987 y la URGAS fue creada por el dec. 79/2000, de 25 de febrero de 2000 **(132)**.

La URSEA fue creada por la ley 17.598, de 13 de diciembre de 2002. Al igual que la URSEC, la ley la creó como un órgano desconcentrado del Poder Ejecutivo, con desconcentración no privativa (arts. 1º y 3º) **(133)**.

La competencia material de la URSEA es energía y agua.

El control que ejerce la URSEC es sobre todos los prestadores de servicios de telecomunicaciones y postales y la URSEA, es sobre todos los prestadores de servicios de energía y de agua potable por redes, destinados total o parcialmente a terceros y saneamiento. O sea, ese control es ejercido sobre cualquier persona, cualquiera sea su naturaleza jurídica, que preste esos servicios. Por tanto, este control se efectúa también sobre entidades estatales, con lo que desde ese punto de vista es un control administrativo. Y se trata de un control externo, porque se efectúa en el marco de relaciones jurídicas con los controlados, en igualdad de condiciones, sean públicos o privados, por lo que en el marco de las leyes indicadas los controladores no ejercen respecto de los controlados estatales, potestades inherentes a la jerarquía o a la primacía institucional propia de los sistemas des-

(127) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Nuevas formas...", loc. cit., p. 721.

(128) Ver al respecto LADA DÍAZ, Luis, "Problemas, obstáculos y condicionantes en la desregulación del sector de las telecomunicaciones", en VV.AA., Regulación, desregulación, liberalización..., ob. cit., p. 160.

(129) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "¿Se puede...?", ps. 377 y ss.

(130) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Papel del Estado en el siglo XXI. Prestación de servicios públicos, explotación de actividades económicas y actividad regulatoria", en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, Estudios de Derecho Público, Montevideo, 2008, vol. II, p. 55.

(131) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "La protección del consumidor...", loc. cit., ps. 284 y ss.

(132) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "¿Se puede...?", ob. cit., loc. cit., ps. 374 y ss.

(133) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Los servicios públicos y los derechos de los usuarios", en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, Estudios de Derecho Público..., ob. cit., vol. II, p. 35. Ver también DELPIAZZO, Carlos E., "Derecho administrativo especial", Amalio M. Fernández, Montevideo, 2015, vol. 1, 3ª ed. actualizada y ampliada., ps. 637 y ss. y 670 y ss.

centralizado o acentralizado, sin perjuicio de que, además, esas potestades pueden ser ejercidas a través de los órganos que correspondan y por los procedimientos que correspondan.

En el derecho comparado, como se ha dicho, una de las características fundamentales de estas autoridades reguladoras es su independencia respecto del poder político.

Esto no ocurrió, en un principio, en Uruguay ya que, como se ha visto, se las ha creado en régimen de desconcentración no privativa. Con esta organización no se garantiza la independencia; y la situación se ha agravado con la ley 18.719, de 27 de diciembre de 2010 que ha incrementado de tal manera la injerencia del Poder Ejecutivo en estas Unidades Reguladoras, vulnerando de tal manera su autonomía técnica y funcional que se ha producido, al decir de Ferrés Rubio, una verdadera desnaturalización jurídica de estas entidades públicas **(134)**.

Esto se ha agravado aún más en materia de servicios de comunicación audiovisual, luego de la ley 19.307, de 29 diciembre de 2014.

Esta ley, bajo el *nomen juris* "Diseño institucional", por sus arts. 63 y ss. efectúa un tránsito de competencias hacia órganos ya existentes con competencia en la materia de esta ley y hacia nuevos órganos creados a tales efectos.

En esta materia, esta ley relega parte de las competencias que tenía asignadas URSEC a la Dirección Nacional de Telecomunicaciones y Servicios de Comunicación Audiovisual y al Consejo de Comunicación Audiovisual **(135)**.

A juicio de Ferrés Rubio, esta ley 19.307 termina de desarmar la URSEC **(136)** y propicia la captura del regulador por el Gobierno **(137)**.

El Consejo de Comunicación Audiovisual (CCA) fue creado por el art. 60 de la ley 19.307, ya citada.

Conforme a este artículo, el CCA es un órgano desconcentrado del Poder Ejecutivo, en régimen de desconcentración, no privativa.

El art. 68, entre otros, le asigna potestades de control que pueden llegar hasta la aplicación de sanciones, salvo las que son de exclusiva competencia del Poder Ejecutivo y las que aplique el Poder Judicial (art. 68, literal R).

Por eso, con acierto Figueredo Simonetti ha concluido que el CCA es un órgano clave dentro de la nueva regulación, al que le compete el control genérico del cumplimiento de la materia de los medios de comunicación audiovisuales **(138)**.

Esto incluye el control de contenidos, para eso se dictó esta ley ya que se entendió que la URSEC carecía de competencia para ello **(139)**.

Este control de contenidos puede ser positivo, en cuanto se impone al medio la emisión de un determinado contenido o, negativo, en cuanto le prohíbe o limita un determinado contenido **(140)**.

Este control se efectúa sobre todos los servicios de comunicación audiovisual, sea de prestación particular o estatal. Por tanto, en lo que refiere a los servicios de prestación estatal, estamos ante un control sobre actividad administrativa. Claro está, que el sentido de esta ley es controlar al sector privado, no al estatal; ya he denunciado la desviación de poder que efectúa

(134) FERRÉS RUBIO, Rodrigo, "Modificaciones al régimen jurídico de las Unidades Reguladoras: URSEA y URSEC. Su desnaturalización jurídica", en Estudios Jurídicos, 11, Universidad Católica del Uruguay "Dámaso Antonio Larrañaga", Facultad de Derecho, Montevideo, 2013, p. 101.

(135) FERRÉS RUBIO, Rodrigo — FIGUEREDO SIMONETTI, Roberto, "Diseño Institucional de servicios de comunicación audiovisual", en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto (coord.), Servicios recomunicación audiovisual, Facultad de Derecho, Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, 2016, p. 263

(136) FERRÉS RUBIO, Rodrigo — FIGUEREDO SIMONETTI, Roberto, "Diseño Institucional...", loc. cit., p. 261.

(137) Idem, loc. cit., p. 263.

(138) Idem, p. 266.

(139) Ibidem, ps. 288 y ss.

(140) Ibidem, ps. 290 y ss.

esta ley **(141)**. Pero, de todas maneras, conforme al texto normativo hay control de actividad administrativa. Y este control, es externo por las mismas razones que he considerado externo el control de las otras Unidades Reguladoras.

El Poder Ejecutivo ha remitido recientemente al Poder Legislativo un proyecto de ley por el que se da nueva regulación a los servicios de comunicación audiovisual y se deroga expresamente la ley 19.307, de 29 de diciembre de 2014. En virtud de esta derogación, desaparece el tan cuestionable Consejo de Comunicación Audiovisual y se eliminan muchas disposiciones de corte totalitario que tenía la mencionada ley, con lo que la aprobación del nuevo proyecto debe recibirse con beneplácito.

En el ya mencionado Proyecto de Ley de Urgente Consideración (LUC), se prevé convertir a la URSEA y a la URSEC en Servicios Descentralizados. Ese proyecto se tradujo en la ley 19.889, de 09/07/2020. La transformación de esos servicios desconcentrados en Servicios Descentralizados se produjo con los arts. 238 **(142)** y 256 respectivamente.

Esto es algo muy positivo puesto que con la descentralización se favorece la independencia, una de las notas más salientes de las Autoridades Reguladoras en el derecho contemporáneo.

(141) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Servicios de comunicación audiovisual. Concepto. Naturaleza. Principios. Diversidad y pluralismo", en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto (coord.), Servicios de comunicación..., ob. cit., p. 171.

(142) En este artículo se escribe "servicio descentralizado" con minúscula. Esta expresión, escrita con minúscula refiere al género que comprende dos especies Ente Autónomo y Servicio Descentralizado. Por tanto, para determinar realmente la naturaleza jurídica de la URSEA es necesario analizar el contexto de la ley. Nada hay en esta ley que permita optar por uno u otro género de descentralización. No obstante, como el art. 189 de la Constitución exige para crear nuevos Entes Autónomos los dos tercios de votos del total de componentes de cada Cámara, y el literal b) del numeral 7º) del art. 168 de la Constitución veda la declaratoria de urgente consideración en aquellos casos en que se requiera el voto de tres quintos o dos tercios del total de componentes de cada Cámara, en virtud del precepto de interpretación conforme a la Constitución, cabe sostener que la URSEA es un Servicio Descentralizado.

VII. Perspectivas

VII.1. Como se ha dicho, regulación ha existido siempre, pero la actual cobra un nuevo sentido.

VII.2. Esa nueva regulación no es nada sencilla. Así como existen fallos del mercado, precisamente para su superación es que se regula, pueden existir fallos en la regulación **(143)**, cuyas consecuencias pueden ser muy perjudiciales. Así, p. ej., se ha atribuido la gran crisis energética de California del año 2000 a errores del diseño regulatorio **(144)**.

La regulación, así, tiene que hacerse muy bien, lo que exige un acabado conocimiento de la realidad, una clara conciencia de su finalidad y evitar la captura del regulador tanto por parte de los políticos gobernantes de turno, como de los sectores regulados, así como evitar que la actividad objeto de regulación se vea paralizada por la jungla burocrática. En este tipo de actividades, la innovación es clave y ella no es posible con las "maneas de papel".

VII.3. Este nuevo modelo de regulación no puede ser aplicado por igual en todos lados, ni puede estar congelado en el tiempo.

Este trabajo fue escrito básicamente teniendo en cuenta una bibliografía escrita antes de la aparición del coronavirus en el Uruguay, cuyo primer caso se produjo el 13 de marzo de 2020.

Esta pandemia produjo un impacto en todo el mundo de tal magnitud que ya se habla de una nueva realidad y cuando se supere la pandemia, lo que no supone la erradicación del virus, tendremos una "nueva normalidad".

El aspecto sanitario que es lo más importante, porque lo más importante es la vida, ha tenido una incidencia tal en la economía y en la sociedad que todavía nadie se ha animado a estimar.

(143) ARIÑO ORTIZ, Gaspar, "Fallos y logros...", loc. cit., ps. 23 y ss.; MIELGO, Pedro, "Regulación, desregulación, liberalización y competencia. Problemas y soluciones en la desregulación del sector eléctrico", en VV.AA., Regulación, Desregulación, Liberalización..., ob. cit., ps. 109 y ss.

(144) MIELGO, Pedro, "Regulación, desregulación...", loc. cit., ps. 108 y ss.

VII.4. ¿Esto quiere decir que el nuevo modelo de regulación que hemos entendido ya no sirve y hay que volver al viejo o, al menos, pensar en uno distinto a esos dos?

No lo creo. No creo que esta neorregulación esté superada. Pero sí, es preciso ajustarla a la "nueva normalidad".

En situaciones como esta, más que nunca todos los ojos se dirigen hacia el Estado. Es que el Estado, si bien no es el dueño del bien común, es el principal responsable, aunque no el único, de su realización. Hay que acudir al principio de subsidiaridad, como bien lo advirtió Cassagne **(145)** y aplicarlo bien. Esto no es nuevo. Esto estaba ya muy claro, por lo menos desde 1931 y, hasta podría decirse, desde 1891.

Nuestro presidente de la República, casi enseguida del comienzo de la pandemia utilizó una imagen muy gráfica: la de las tres perillas.

Esta crisis es sanitaria. La perilla principal es la sanitaria. Pero la crisis sanitaria provoca una importantísima crisis en lo económico y en lo social. En función de las circunstancias se deben mover la perilla sanitaria, o la económica o la social, pues todos esos aspectos se deben atender y en forma articulada.

Quien maneja esas perillas es el Estado. El Estado debe velar por la salud pública, procurar dar solución a los problemas económicos causados por las necesarias medidas sanitarias que deben adoptarse y atender los desajustes sociales producidos, en especial, velar por las situaciones de los más vulnerables. El Estado debe ir en ayuda, así, de esos sectores.

Por supuesto, que la atención de los sectores más vulnerables y la prevención y la asistencia sanitaria requieren una cantidad de dinero considerable no prevista.

Mucha imaginación se requiere para solucionar ese problema.

La solución debe provenir del sector privado pues allí se genera la riqueza. Pero ella, no consiste en incrementar la presión tributaria sobre ese sector **(146)**.

El sector privado es el motor de la economía y quien sostiene al Estado. Aumentar la carga tributaria sobre el sector privado equivale a comerse la gallina de los huevos de oro. Se sacia el hambre por un día, y se tiene hambre para siempre.

La solución pasa por fortalecer al sector privado, apostar por el derecho de la competencia con un adecuado diseño regulador sin perjuicio del empleo de instrumentos de *soft law*, a fin de incrementar la solidaridad. Al fin de cuentas, si algo positivo tuvo esta pandemia, fue poner de manifiesto la solidaridad natural que existe en el ser humano, uno de los presupuestos del bien común, objetivo del principio de subsidiariedad **(147)**.

(145) CASSAGNE, Juan Carlos, "Coronavirus: frente a la disyuntiva de elegir entre el bien y el mal", La Nación, Buenos Aires, 24 de abril de 2020.

(146) CASSAGNE, Juan Carlos, "Coronavirus: frente a la disyuntiva de elegir entre el bien y el mal", La Nación, Buenos Aires, 24 de abril de 2020.

(147) FRANCISCO, "Carta Encíclica. Laudato Sí'...", ob. cit., ps. 143 y ss.

Potestad normativa en estado de excepción por situaciones de calamidad pública, como el COVID-19 en Colombia

Luis Ferney Moreno

Sumario: I. Introducción.— II. Producción de normas de carácter general en uso de atribuciones ordinarias.— III. Producción de normas de carácter general en uso de atribuciones excepcionales por la declaratoria de estados de excepción.— IV. Conclusiones.

I. Introducción

Con el COVID-19, se ha puesto en prueba la función de regulación del Estado, esto es, la potestad normativa del Estado de producción de normas. Para enfrentar el COVID-19 hemos observado en el contexto de América Latina que ciertos países han usado atribuciones excepcionales para enfrentar la situación extraordinaria, pero, otros han enfrentado dicha situación extraordinaria con atribuciones ordinarias de los poderes públicos.

Dado lo anterior, abordaremos inicialmente la producción de normas en uso de las atribuciones ordinarias con el fin mostrar ciertas diferencias con la producción de normas en uso de atribuciones excepcionales, ante situaciones como lo es el COVID-19 que ha originado la declaratoria estado de excepción en Colombia. Esta expedición o producción de normas debería estar enmarcada dentro de lo que conocemos como la buena regulación, pero la realidad es que se presenta, por lo menos en Colombia, una proliferación normativa sin control de la calidad de las normas de la administración pública nacional, departamental y municipal, aunque por supuesto las normas que se han expedido están sometidas a un control político y control judicial, en este último se hace control de los requisitos de forma y materiales de las normas.

Con fundamento en las anteriores líneas, primero, haremos una referencia somera de producción de normas en uso de atribuciones ordinarias y luego, nos centraremos en producción de normas en uso atribuciones excepcionales por la declaratoria de estados de excepción, dada las situaciones extraordinarias como el COVID-19.

II. Producción de normas de carácter general en uso de atribuciones ordinarias

Comenzamos diciendo que la producción de normas proviene de una potestad **(1)**, que para el caso que nos ocupa es una potestad normativa y que normalmente se ejerce dicha potestad o función con el uso atribuciones ordinarias en el cual se destaca, en primer lugar, las competencias, en segundo lugar, los procedimientos para producción de normas de carácter general y, en tercer lugar, las decisiones, las cuales tienen ciertos límites trazados en la Constitución y la ley.

II.1. Competencia

La potestad normativa estatal está distribuida entre el Congreso de la República (potestad

(1) CASSAGNE, Juan Carlos, "El acto administrativo" Editorial Temis, Bogotá D.C., 2013, p. 78. Este autor nos señala que potestad son los poderes o prerrogativas para cumplir los fines del estado.

legislativa), el presidente de la República y de los integrantes de la administración pública nacional y territorial (potestad reglamentaria). En una situación normal todos los anteriores ejercen sus potestades normativas normalmente y por supuesto, con atribuciones ordinarias conferidas por la constitución y la ley.

Existe una característica definidora de las competencias normativas cual es, la reserva de ley, según la cual, las materias objeto de dicha reserva las debe definir el Congreso de la República mediante la ley, esto es, el núcleo esencial de la materia está reservada a la ley, más aún, la ley debe determinar los elementos normativos básicos o decisiones básicas que posteriormente son objeto de concreción o desarrollo de ciertos aspectos puntuales a través de la potestad reglamentaria por parte de los integrantes de la administración pública **(2)**, esto es, el Presidente y los demás integrantes de la administración pública nacional, departamental y municipal con potestades normativas.

II.2. Procedimiento

Desde la óptica de Meilan y García **(3)** la potestad normativa se ejerce a través de un procedimiento **(4)**, el cual finaliza con decisiones normativas. Los procedimientos de producción de normas son: procedimiento legislativo que termina con una decisión (producto): la ley, y el procedimiento administrativo de elaboración de normas de carácter general (procedimientos reglamentarios) **(5)** que termina con una decisión (producto): actos administrativos de carácter general.

En el caso del procedimiento legislativo que termina en una ley, el Congreso de la Republica toma la decisión normativa que es la ley y la aprueba a través de un procedimiento previsto en la constitución y la ley 5 de 1995. El Congreso de la Republica ejerce su potestad normativa legislativa en virtud de la cláusula general de competencia y en la reserva de ley; todo lo anterior, con plenitud de la libre configuración legislativa.

Ahora bien, en lo que respecta al procedimiento administrativo de elaboración de normas que termina en actos administrativos de carácter general, la administración pública, en cuya cabeza se encuentra el presidente de la Republica, ejerce su potestad normativa reglamentaria a través de un procedimiento administrativo en el que no existe un procedimiento general **(6)**, estándar y único para toda la administración pública, sino que cada uno de los integrantes de las administración pública tiene reglado un procedimiento administrativo especial de producción de los actos administrativos de carácter general **(7)** así por ejemplo: el procedimiento administrativo para el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del presidente, el procedimiento administrativo para el ejercicio de la potestad reglamentaria de los ministerios y departamentos administrativos, el procedimiento administrativo para el ejercicio de la potestad reglamentaria de las comisiones de regulación, el procedimiento administrativo de la potestad reglamentaria de los gobernadores y asambleas departamentales, así como, los alcaldes y de los concejos municipales **(8)**.

(2) COLOMBIA. Corte Constitucional, sentencias C-810 de 2014; C-135 de 2016.

(3) MEILÁN, J., GARCÍA, M., "Norma y acto administrativo" Iustel, Madrid, 2018.

(4) Estos autores defienden la idea que las normas jurídicas deben elaborarse conforme a un procedimiento preestablecido.

(5) Estos autores ven ventajoso tener un procedimiento de elaboración de reglamentos como garantía previa de la adopción de decisiones normativas.

(6) Rodríguez Arana, Jaime, este autor nos describe como en España, la ley de gobierno de 1997 tiene un procedimiento general de elaboración de normas con rango de ley y reglamentos. RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, "Ley y reglamento en el derecho administrativo español", VI Foro iberoamericano de derecho Administrativo VII jornadas de derecho constitucional y Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 2007. José Roldan Xopa, este autor en el mismo sentido dice que en la ley federal de procedimiento administrativo establece la regla general de someter la normas administrativa y legislativa a la mejora regulatoria, es decir a etapas y herramientas para creación de las normas. ROLDÁN, José, "Derecho Administrativo" Oxford University Pres, México, 2008.

(7) El autor hace una cita de Santofimio de la dispersión de procedimientos, compendio de derecho administrativo, Universidad Externado de Colombia, ob, cit., p. 376.

(8) Existen otras entidades estatales que tienen sus propios procedimientos administrativos para la expedi-

Como se observa, nosotros en Colombia tenemos un procedimiento legislativo y unos procedimientos administrativos reglamentarios especiales, con ciertas etapas **(9)**, pero muy limitados y como lo develo la OCDE al evaluar nuestra política de regulación o expedición de normas, le faltaba en nuestros procedimientos incluir otras herramientas que no se tienen. En materia de procedimientos administrativos de elaboración de normas, aun cuando contamos con las etapas de consulta pública y publicidad, faltan más herramientas para lograr que se expidan normas que no solo garantice una buena calidad de estas, sino también que se prevenga el daño antijurídico y la violación al principio de legalidad. Además, no se cuenta con un procedimiento administrativo general y unificado aplicable a todas las autoridades administrativas en su ejercicio de la potestad normativa reglamentaria, como tampoco disponemos para toda la administración pública de las nuevas herramientas propuesta por OCDE. Las recomendaciones de la OCDE **(10)** fueron adoptadas en el Conpes 3816 de 2014 como mejoras regulatorias, pero son medidas de derecho blando (soft Law), pero como las mejoras regulatorias se relaciona con mejoras en los procedimientos se requiere de medidas de derecho duro (Hard Law). Es de agregar que Colombia asumió compromisos internacionales de mejores prácticas en sus políticas de regulación (calidad de la regulación) con la adhesión a la OCDE y aprobada a través de la ley 1950 de 2019 **(11)**. Dicho organismo propone como mejora regulatoria las siguientes nuevas herramientas: *agenda regulatoria, análisis de impacto normativo, consulta pública, stock regulatorio, implementación o ejecución del cumplimiento normativo y evaluación ex post de impactos normativos*.

Es de aclarar que estas nuevas herramientas ya existían en Colombia de forma especial, antes que las recomendará la OCDE, pero solamente para ciertas entidades administrativas como las comisiones de regulación y para ciertos temas, como, por ejemplo: para la expedición de reglamentos técnicos y para la aprobación de tramites. Los anteriores casos excepcionales se introdujeron como régimen especial, a través de decretos reglamentarios y no en el régimen general de los procedimientos administrativos de la administración pública, esto es, en el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo-CPACA (ley 1437 de 2011). Las herramientas existentes en estos procedimientos administrativos de elaboración de normas se constituyen en "pequeños procedimientos" dentro del procedimiento. Al día de hoy, aquellas nuevas herramientas propuestas por la OCDE no se han introducido en la ley 5 de 1995 para el procedimiento legislativo de expedición de leyes, ni tampoco en el CPACA para lograr unificar un procedimiento administrativo de elaboración de normas de carácter general, salvo la consulta pública establecida en el numeral 8 del art. 8 del CPACA, sobre la cual hay que decir que estamos ante un pequeño procedimiento dentro del procedimiento administrativo.

II.3. Decisiones y sus limites

Como ya señalo atrás, los procedimientos anteriores terminan en unas decisiones o bien en una ley o bien en un acto administrativo de carácter general, las cuales gozan respectivamente de la libre configuración legislativa y de la discrecionalidad administrativa, pero sujetas a los requisitos de forma y materiales que son objeto de control judicial. Es de anotar que las decisiones normativas en uso de atribuciones ordinarias debe haber una adecuada articulación entre la ley y el reglamento sobre lo cual, de por medio, está la *reserva de ley* como bien lo sos-

ción o producción de normas como lo son: Banco de la Republica, Comisión Nacional de Televisión, Contraloría General de la Republica, Procuraduría General de la Nación, Consejo Superior de la Judicatura, etc.

(9) Este autor presenta tres etapas del procedimiento: iniciación del procedimiento, instrucción del procedimiento y participación ciudadana.

(10) OCDE, "Estudio de la OCDE sobre la política regulatoria en Colombia. Más allá de la simplificación administrativa", OCDE Publishing, París, 2014.

(11) Ley 1950 de 2019 "por medio de la cual se aprueba el Acuerdo sobre los Términos de la Adhesión de la República de Colombia a la Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, suscrito en París, el 30/05/2018 y la Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, hecha en París el 14/12/1960".

tiene Santiago Muñoz Machado **(12)** y Joaquín Tornos Mas **(13)**.

En efecto, en cuanto a la discrecionalidad administrativa para la toma de decisiones normativas es de reiterar que la administración pública tiene límites en sus atribuciones ordinarias, tales como: los requisitos de forma y materiales. Los requisitos de forma son: la competencia, sujeción a los trámites del procedimiento, respeto al derecho de audiencia y defensa, motivación de la decisión y no desviación de poder. Ahora en cuanto a los requisitos materiales, estos se enfocan límites constitucionales y limites administrativos. Dentro de los límites constitucionales podemos mencionar: la reserva de ley **(14)**, el respeto al núcleo esencial de la libertad, que la decisión obedezca a los objetivos expresamente señalados en la constitución y en las leyes, que las decisiones respondan a principios de racionalidad y proporcionalidad, además que la decisión no afecte derechos fundamentales y ni derechos humanos, como tampoco derechos adquiridos. Los limites administrativos serían lo establecido en el art. 44 del CPACA y los desarrollados por la jurisprudencia del Consejo de Estado, esto es, que la decisión debe ser proporcional a los hechos y que las decisiones deben ser adecuadas a los fines de la norma que la autoriza; asimismo, que las decisiones deben obedecer al principio de racionalidad y proporcionalidad.

Nos preguntamos, si hemos podido conjurar los efectos del COVID-19 con el uso de atribuciones ordinarias. Pues, dadas las características de este hecho universal que se constituye en una grave calamidad pública por las muertes que causa al no conservarse el aislamiento social, la respuesta es que el uso de atribuciones ordinarias no hubiese sido suficiente, porque este hecho ha perturbado de forma grave el orden social y económico del país, pero además se ha constituido en un hecho de calamidad pública grave, afectando no solamente la salud pública, sino también la economía del país.

Tomar decisiones en medio de una situación sobreviniente y extraordinaria no se podría realizar con el solo uso de atribuciones ordinarias que tienen sus ritmos, tiempos, competencias, procedimientos y que implicaba tomar decisiones excepcionales o extraordinaria que no dan espera para cumplimiento de la reserva de ley y adelantar las etapas de los procedimientos. Como bien lo señala la Corte Constitucional en su sentencia C-145 **(15)** sobre el estado de excepción en Colombia, lo del COVID es una crisis que no se había presentado en las proporciones en las que estamos viviendo en Colombia y de los demás pases del mundo.

III. Producción de normas de carácter general en uso de atribuciones excepcionales por la declaratoria de estados de excepción

El COVID como un hecho sobreviniente y extraordinario que demostró su capacidad de perturba o amenazar de forma grave el orden económico y social e incluso se llegó a situación de grave calamidad pública, evidencia que no era posible conjurar con uso de atribuciones ordinarias policivas, dado los impactos, como se demuestra, el día de hoy. No bastaban las medias de toque de queda u otro tipo de medidas como de aislamiento social, porque aquellos impactos van más allá, como los problemas de salud pública y problemas de carácter económicos como: pérdidas de empleo, quiebra de empresas, y el financiamiento de esta situación extraordinaria que requería un gasto público no previsto.

Todo lo anterior nos conlleva a concluir que no era suficiente el uso de dichas atribuciones ordinarias, que evidentemente se requería de una producción de normas de carácter general con atribuciones excepcionales para enfrentar esta situación sobreviniente y extraordinaria por

(12) MUÑOZ, Santiago, "Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General", Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, t. VII: el reglamento, ps. 93-114.

(13) TORNOS MÁS, Joaquín, "La relación entre ley y reglamento: reserva de ley, remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional", recuperado de: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502012000100006

(14) CIRIANO VELA, Cesar D., "Principio de legalidad e intervención económica", Atelier, 2000, p. 71. Este autor dice que una de las garantías del estado de derecho es la reserva de ley.

(15) COLOMBIA. Corte Constitucional, mediante sentencia C-145 de 20/05/2020

el COVID-19. Es de aclarar que el uso de dichas atribuciones excepcionales para enfrentar esta situación extraordinaria no se ejerce eliminando el uso de las atribuciones ordinarias que tiene el Congreso y la administración pública para otros asuntos diferentes al estado de excepción, dado de que las atribuciones excepcionales solo son usadas fundamentalmente para tomar decisiones que conjuren e impidan la extensión de los efectos de la situación sobreviniente y extraordinaria.

Las atribuciones extraordinarias o poderes excepcionales se materializan: en primer lugar, en que el presidente concentra la potestad normativa del Estado para conjurar e impedir que se extiendan los efectos de la situación sobreviniente y extraordinaria; en segundo lugar, no se siguen en estricto sentido las etapas de los procedimientos administrativo de elaboración de normas de carácter general, y tercero, finalmente aunque las decisiones son extraordinarias tienen sus límites y controles: político y judicial, todo por el principio fundamental del Estado de derecho. Desde el ámbito del derecho comparado, se observa que la anterior concreción de los poderes excepcionales es un común denominador en la mayoría de los países de América Latina.

III.1. Potestad normativa del Estado centrada en el presidente de la república para los asuntos relacionados con el estado de excepción

El presidente decreta el estado de excepción dependiendo si se trata de un estado de guerra o grave perturbación del orden público o grave perturbación del orden económico, social o ecológico, o grave calamidad pública. Para el caso que nos ocupa del COVID-19 es una situación sobreviniente y extraordinaria que a consideración del presidente de la República amerito declarar el estado de excepción, mediante dec. 417 del 17/03/2020, "por el cual se declara un estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional". Dicho decreto fue declarado ajustado a la constitución por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-145 de 20/05/2020 **(16)**.

(16) Ibidem.

Con esta declaratoria de estado de excepción, la potestad normativa del Estado se centra principalmente en cabeza del presidente de la República y secundariamente, en los demás integrantes de la administración pública para conjurar e impedir la extensión de los efectos de la situación sobreviniente y extraordinaria, como lo es el COVID-19. Lo anterior, como ya se dijo atrás, sin perjuicio del uso de las atribuciones ordinarias que sigue ejerciendo el Congreso, el presidente y entidades administrativas de la administración pública, pero en asuntos no relacionados con el estado de excepción.

Esta concentración de la potestad normativa del estado en el presidente de la Republica por la declaratoria de estado de excepción lo faculta a dictar *decretos legislativos* (decretos con fuerza de ley) destinados a conjurar e impedir la extensión de los efectos de la situación sobreviniente y extraordinaria. Dicha facultad conlleva a que no se sujeta las decisiones de la administración pública a la *reserva de ley*, esto es, no se requiere de un contenido previo por parte del Congreso de la República para conjurar o impedir la extensión de la situación. Es de adicionar que, las autoridades administrativas nacionales (incluyendo el mismo presidente de la República), las departamentales y las municipales podrán, en ejercicio de su función administrativa, desarrollar los mencionados decretos legislativos mediante actos administrativos de carácter general, durante tiempo del estado de excepción.

III.2. No se siguen en estricto sentido ciertas etapas del procedimiento de elaboración de normas de carácter general

Los decretos legislativos que expide el presidente de la República en desarrollo del estado de excepción para conjurar o para impedir la extinción de los efectos de la situación sobreviniente o extraordinaria se expiden con unos requisitos formales y materiales, pero no se sigue realmente en estricto sentido etapas del procedimiento para la expedición de normas, salvo la etapa de la publicación. Las demás etapas, como, por ejemplo, la consulta pública, análisis de impacto normativo y otras, ciertamente no se surten en estricto sentido cuando estamos ante el Estado de excepción. Lo mismo podemos decir de los actos administrativos de carácter general que se expiden en desarrollo de los

decretos legislativos, sobre los cuales solo procede la etapa de publicación dentro del procedimiento.

Por eso, decimos, que en un estado de excepción, prácticamente, no se adelantan las etapas de los procedimientos de producción de normas, esto tiene, en efecto, cierto sentido, porque precisamente para poder conjurar y evitar la extinción de los efectos de las situaciones sobrevinientes y extraordinarias, se requiere la expedición de las normas de forma expedita y si se llegará cumplir estrictamente con los procedimientos, evidentemente, no se lograría el objetivo de conjurar la crisis de forma oportuna y eficaz. Además, es importante adicionar que la Constitución Política que regula los estados de excepción no establece en sí un procedimiento para la expedición de los decretos legislativos, como tampoco para la expedición de actos administrativos que se dictan en desarrollo de estos decretos legislativos.

Muchos se han preguntado si realmente debería aplicarse el análisis de impacto normativo para la expedición o producción de normas en estado de excepción, como lo vivido al día de hoy, ya que garantiza la calidad normativa. La respuesta a esta pregunta que se han hecho muchos es la de que definitivamente ciertos países que han introducido esta herramienta han excepcionado la aplicación del análisis de impacto normativo, precisamente, para dar una mayor flexibilidad a la expedición de las normas que se necesitan para conjurar o para impedir la extensión de los efectos de la situación sobrevenida o extraordinaria, claro que sacrificando con ello la calidad, los impactos de estas y la previsión del daño antijurídico.

Por ejemplo, el dec. legislativo 517 de 2020 en el art. 3, para la adopción de medidas extraordinarias en la prestación de los servicios públicos de energía eléctrica y gas combustible, estableció que la Comisión de Regulación de Energía Eléctrica y Gas (CREG) podría adoptar las medidas sin la observación de los periodos plazos y requisitos definidos en ley. Asimismo, el decreto en mención, también, le señaló al Ministerio de Minas y Energía y a sus entidades adscritas la posibilidad de adoptar medidas extraordinarias sin necesidad de agotar el requisito de información de los proyectos de regulación para la abogacía de la competencia ante la Superintendencia de Industria y Comercio. Tampoco consideró necesario el cumplimiento de los requisitos y plazos de publicidad, así como de la consulta pública de los proyectos de regulación, previsto en el numeral 8 del art. 8 de la ley 1437 del 2011 (CPACA). Todo esto, a nuestro juicio, el decreto buscaba una mayor flexibilidad en el procedimiento de expedición de las normas.

III.3. Decisiones extraordinarias y discrecionales, pero sometidas a requisitos y controles

Al declararse el estado de excepción, las decisiones que se toman son extraordinarias y quedan contenidas en los decretos legislativos y en actos administrativos que se expiden en desarrollo de estos decretos legislativos. En Colombia, entre la administración pública nacional, departamental y municipal han expedido alrededor de unas 1120 normas, al día de redacción del presente artículo. Dichas normas contienen decisiones extraordinarias con el fin de conjurar o impedir la extensión de los efectos de la situación sobreviniente o extraordinaria, como lo es el COVID-19. Es de agregar que las decisiones que se han adoptados para responder a las situaciones producida por el COVID -19 se pueden clasificar: unas de derecho duro (decretos legislativos, decretos reglamentarios, resoluciones, circulares, etc.) y otras de derecho blando (directivas, lineamientos, etc.).

El contenido de las decisiones que adopta el presidente y en particular, la administración pública nacional, departamental y municipal gozan de la discrecionalidad administrativa, pero, es de anotar que, la Constitución Política cuando regula los estados de excepción en el art. 212 y ss. establece ciertos requisitos formales y materiales que han sido complementados con la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional en cuanto control de constitucionalidad y del Consejo de Estado en relación con el control inmediato de legalidad sobre normas expedidas en estados de excepción.

Los decretos legislativos expedidos por la declaratoria de estados de excepción deben cumplir los siguientes requisitos **(17)**: *requisitos formales*: (i) esté motivado, (ii) se encuentre

(17) Ibidem, magistrado ponente: Carlos Bernal Pulido.

suscrito por el presidente y todos los ministros, (iii) haya sido expedido durante la vigencia y en desarrollo del respectivo estado de excepción, y, finalmente, (iv) que determine el ámbito territorial para su aplicación. También, deben cumplir con los siguientes *requisitos materiales*: (i) de conexidad material y de finalidad, las medidas adoptadas en el decreto legislativo deben guardan relación con las causas que generaron la declaratoria del Estado de Excepción (ii) de ausencia de arbitrariedad y de intangibilidad, que las medidas adoptadas en los decretos legislativos no suspendan o vulneren los derechos fundamentales y que no interrumpan el normal funcionamiento de las ramas del poder público, (iii) de no contradicción específica, las medidas adoptadas en los decretos legislativos no contengan una contradicción específica con la Constitución (por ejemplo derechos de los trabajadores) y los tratados internacionales, (iv) de motivación suficiente, las razones suficientes que justifiquen las limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales, (v) de necesidad, las medidas que se adopten en el decreto legislativo sean necesarias para lograr los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción (vi) de incompatibilidad, los decretos legislativos que suspendan leyes deberán expresar las razones por las cuales son incompatibles con el correspondiente Estado de Excepción (vii) de proporcionalidad, las medidas que se adopten en desarrollo de los estados de excepción deben ser proporcionales con la gravedad de los hechos que causaron la crisis y, finalmente, (viii) de no discriminación.

En relación con los actos administrativo que se expiden en desarrollo de los decretos legislativos emitidos en virtud del estado de excepción, deben cumplir con los siguientes requisitos **(18)**: *requisitos de forma*: i) competencia, ii) objeto, causa, motivo finalidad del acto. Igualmente, debe tener en cuenta los siguientes *requisitos materiales*: i) conexidad: si el acto guarda relación directa y especifica con el estado de excepción y con el decreto legislativo que le sirve de causa, ii) proporcionalidad: que la norma debe resultar idónea, necesaria y proporcional con la gravedad de los hechos que dieron lugar a la declaratoria el Estado de excepción, y iii) racionalidad: que exista una correlación entre los fines buscados y los medios empleados para conseguirlo.

En lo que respecta a los controles a las decisiones contenidas en los decretos legislativos y los actos administrativos que los desarrolla en virtud y durante el estado de excepción, estos controles se ejercen de la siguiente forma: control político y control judicial.

En relación con el control político, en la declaratoria de estado de excepción se debe convocar al Congreso si este no se encuentre reunido. El Congreso examinará hasta por de 30 días prorrogables, el informe que presenta el gobierno sobre las causas que determinaron el estado de excepción y las medidas adoptadas, sobre lo cual, el Congreso se pronuncia sobre la conveniencia y oportunidad de las medidas. Este órgano político, a su vez, durante el año siguiente la declaratoria de estado de excepción tiene la facultad de derogar, modificar o adicionar los decretos legislativos, de materias de iniciativa del Gobierno y las que son de iniciativa de sus miembros puede ejercer estas facultades en cualquier tiempo.

En lo que se refiere al control judicial: la Corte Constitucional tiene la facultad de realizar el control de constitucionalidad de los decretos legislativos, dentro del cual realiza el control formal y material de dichos decretos. Ahora bien, la jurisdicción contencioso-administrativa ejerce el control inmediato de legalidad de los actos administrativos de carácter general. Si se trata de decisiones que manan de autoridades nacionales es de conocimiento del Consejo Estado y si son decisiones emanadas de autoridades territoriales es de conocimiento de tribunales administrativos competente donde se haya expedido el acto.

IV. Conclusiones

La potestad normativa del Estado ha sido bastante prolifera en el estado de excepción, dado que se ha expedido o producido una cantidad normas que se supone que se han dirigido eficazmente a conjurar o evitar la extinción de los

(18) CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo. Sala especial de decisión No 10. Expediente: 11001-03-15-00-2020-00944-00. Fecha 11/05/ 2020. Medio de control: control inmediato de legalidad. Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

efectos de la situación sobreviniente o extraordinaria, como lo es, el COVID-19.

El COVID-19, en Colombia, no se ha podido enfrentar solamente con potestades normativas en uso atribuciones ordinarias, hubiesen sido insuficiente, pero además para enfrentar el problema de salud pública y los problemas económicos derivados era necesario conceder potestades normativas en uso de atribuciones extraordinarias, con la declaratoria de estado de excepción. Aunque la experiencia de otros países de América Latina muestra que han podido enfrentar la situación con potestades normativas en uso de atribuciones ordinarias.

La potestad normativa del Estado en uso de atribuciones extraordinarias tiene las siguientes connotaciones:

1. La potestad normativa extraordinaria queda en cabeza del presidente de la República y órganos integrantes de la administración pública nacional, departamental y municipal. Sin perjuicio del uso de las atribuciones ordinarias que sigue ejerciendo el Congreso, el presidente y entidades administrativas de la administración pública, pero en asuntos no relacionados con el estado de excepción.

2. No se siguen en estricto sentido ciertas etapas del procedimiento de expedición o producción de normas, salvo la etapa de publicación de las normas.

3. Las decisiones son extraordinarias, pero limitadas a unos requisitos de forma y material, y a control político y judicial.

La efectividad de los derechos humanos en los Estados no vinculados por el Acuerdo de Escazú

Víctor R. Hernández Mendible (*)

Sumario: I. Introducción.— II. El Acuerdo de Escazú como tratado de derechos humanos.— III. Las obligaciones de protección de los derechos humanos en materia ambiental, por los Estados que no son parte del Acuerdo de Escazú.— IV. Consideraciones finales.

I. Introducción

El primer tratado regional suscrito por la mayoría de los Estados de América Latina y el Caribe sobre derechos humanos y ambiente tiene como fuente de inspiración el Principio 10 de la Declaración de Río **(1)**, sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, que sentó los cimientos de la denominada "democracia ambiental" **(2)**.

A esta declaración le sucedió la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Río+20) de 2012, que generó la "Declaración sobre la aplicación del principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo".

Esta última constituye la inspiración para que luego de 6 años y 9 rondas de negociación, se haya llegado al "Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe" **(3)**, que también se conoce por el nombre del lugar en que se firmó como Acuerdo de Escazú, en Costa Rica, el 04/03/2018 y que constituye el instrumento re-

(*) Director del Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila y profesor de la Maestría en Derecho en la Universidad del Rosario. Presidente de la Red Iberoamericana de Derecho de la Energía (RIDE). www.hernandezmendible.com/www.ride-derechodelaenergia.com/.

(1) El principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, estableció que "El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre estos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes".

(2) El Instituto de Recursos Ambientales (World Resources Institute) elabora y publica el Índice de Democracia Ambiental (IDA), que consiste en una plataforma en línea, abierta al público, que tiene por finalidad hacer seguimiento de los avances de los Estados en la elaboración de políticas de transparencia, que garanticen el ejercicio de los derechos de acceso a la información, de participación en la toma de decisiones y acceso a la justicia ambiental. Los Estados son evaluados mediante la medición de 75 indicadores legales y 24 indicadores prácticos, establecidos en función de criterios objetivos establecidos en las Directrices de Bali, del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA).

(3) Un antecedente fuera de la región lo constituye el Convenio sobre acceso a la información, participación del público en la toma de decisiones y acceso a la justicia en materia de medio ambiente, también conocido como Convenio de Aarhus, que fue firmado el 25/06/1998, en la ciudad danesa que da nombre al Convenio.

gional más importante sobre derechos humanos y ambiente.

De un total de 33 Estados que integran este espacio geográfico, al menos 24 participaron en la negociación del Acuerdo, siendo que durante el período de firma procedieron a hacerlo 22 de ellos e inicialmente 12 Estados lo han ratificado y efectuaron el depósito en la secretaría general de la CEPAL.

Con estas ratificaciones mínimas el Convenio de Escazú ha entrado en vigor luego de 3 años de su suscripción, el día 22/04/2021.

Ahora bien, la entrada en vigor de este Acuerdo de derechos humanos específicos vinculados con el ambiente lleva a considerar: ¿qué sucede con aquellos Estados que no lo suscribieron?; ¿con aquellos que, habiéndolo suscrito, no lo ratificaron o, que habiéndolo ratificado, no lo han depositado? ¿Estarían exceptuados de reconocer, garantizar y proteger en su ordenamiento jurídico nacional, de manera efectiva tanto los derechos humanos de acceso, como la protección de las personas defensoras de derechos humanos en asuntos ambientales? Finalmente, los Estados que no se han obligado por el Acuerdo de Escazú, ¿pueden ser considerados internacionalmente irresponsables en el supuesto que se produzca una violación de los derechos humanos, cuando no hayan respetado y protegido aquellos que el mencionado Acuerdo pretende reforzar?

Con la finalidad de brindar respuesta a estas preguntas y en aras de una mayor claridad en la exposición de las ideas, el presente trabajo se dividirá en las siguientes partes: el Acuerdo de Escazú como tratado de derechos humanos (II); las obligaciones de protección de los derechos humanos en materia ambiental, por los Estados que no son parte del Acuerdo de Escazú (III); y las consideraciones finales (IV).

II. El Acuerdo de Escazú como tratado de derechos humanos

Tal como se expresó en la introducción, el Acuerdo de Escazú es un tratado sobre derechos humanos y ambiente, que por su condición de auténtico convenio o tratado internacional es jurídicamente vinculante entre los Estados firmantes.

Lo primero que hay que destacar es que el Acuerdo no es un convenio global, sino regional —América Latina y el Caribe—, pero que no se celebra en el contexto de la Organización de Estados Americanos que era la institución natural para impulsarlo, sino en el seno de la Organización de las Naciones Unidas.

La denominación del tratado resalta los tres derechos humanos principales que se reconocen en el Acuerdo, como lo son el acceso a la información, la participación pública en la toma de decisiones y el acceso a la justicia, todos relacionados con la materia ambiental.

Este convenio no se limita a exigir a los Estados la protección de los derechos señalados, sino que además contempla la necesidad de establecer los mecanismos que garanticen la protección de los defensores de derechos humanos en asuntos ambientales **(4)**.

Aunque el Acuerdo es un tratado sobre derechos humanos, no pretende reconocer nuevos derechos humanos, sino reforzar la protección y garantía de los derechos humanos existentes, en su específica relación con el ambiente y sin duda alguna con el desarrollo sostenible, único posible en este tiempo.

Sin embargo, es preciso señalar que, en el contexto americano, el derecho de las personas a vivir en un ambiente sano **(5)** goza de reconocimiento y protección como un derecho humano autónomo **(6)**, formalmente desde la entrada en vigor del Protocolo de San Salvador en 1999.

Aunque la inicial interpretación dada al Protocolo llevó a entender que se trataba de un derecho no justiciable —únicamente se consideraban como tales, la sindicalización y la educación **(7)**—, ante el Sistema Interamericano de

(4) Art. 9 del Acuerdo de Escazú.

(5) Art. 11.1 del Protocolo de San Salvador.

(6) Corte IDH, Medio Ambiente y Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-23/17, de 15/11/2017, serie A N° 23, párrs. 62-63.

(7) Art. 19.6 del Protocolo de San Salvador.

Derechos Humanos; luego de la Opinión Consultiva N° 23/17, de 15/11/2017, la Corte Interamericana consideró por primera vez que el mencionado derecho es justiciable directamente ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en función de lo dispuesto en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos **(8)** y así lo ha ratificado recientemente **(9)**.

En tanto, el desarrollo sostenible ha sido considerado por la doctrina científica como un derecho de la persona humana **(10)** y por tanto un derecho subjetivo individual, que como ser social también lo ejerce y disfruta en colectivo. Además, ha sido incorporado expresa o implícitamente en las constituciones nacionales en varios países del continente **(11)**.

Expuesto lo anterior, cabe señalar que el Acuerdo de Escazú se centra en el reconocimiento de los derechos humanos procesales, que permiten garantizar los derechos humanos sustantivos relacionados con el ambiente; no obstante, es pertinente indicar desde ahora, que tales derechos han sido objeto de protección dentro del *corpus iuris* de la convencionalidad en materia de derechos humanos, dentro del sistema interamericano **(12)**.

El texto internacional comienza por precisar su objetivo señalando que consiste en garantizar la implementación plena y efectiva de los que denomina "derechos de acceso" **(13)**, que no son otros que los derechos de acceso a la información ambiental, la participación pública en la toma de decisiones ambientales y el acceso a la justicia en asuntos ambientales, para lo que propone la creación y el fortalecimiento de las capacidades y la cooperación, que contribuyan a la protección del derecho de cada una de las personas que integran las actuales y futuras generaciones, a vivir en un medio ambiente sano **(14)** y al desarrollo sostenible **(15)**.

Con el objetivo de alcanzar la efectiva implementación del Acuerdo, los Estados que son parte integrante de él se deben guiar por los principios reconocidos en el Derecho Internacional, que informan tanto los derechos humanos como la materia ambiental. Tales principios son los siguientes **(16)**:

a) Principios de igualdad y de no discriminación.

b) Principios de transparencia y de rendición de cuentas.

c) Principios de no regresión y de progresividad.

d) Principio de buena fe.

e) Principio preventivo o de prevención.

f) Principio precautorio.

g) Principios de equidad intergeneracional.

h) Principio de máxima publicidad.

i) Principio de soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales.

j) Principio de igualdad soberana de los Estados.

(8) Corte IDH, Medio Ambiente y Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-23/17, de 15/111/2017, serie A N° 23, párrs. 57-59.

(9) Corte IDH, caso Comunidades Indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 6/02/2020, serie C N.º 400, párrs. 202-203.

(10) LÓPEZ RAMÓN, Fernando, Derechos fundamentales, subjetivos y colectivos al medio ambiente, Revista Española de Derecho Administrativo N° 96, Civitas, Madrid, 1997, p. 347.

(11) HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor R., "El paradigma del desarrollo sostenible como condicionante del uso y explotación de los recursos naturales en el MERCOSUR", (Coords. Carlos Tablante y Henry Jiménez Guanipa), Petróleo. Bendición o Maldición. 100 Años de Zumaque I, La Hoja del Norte, Caracas, 2014, p. 601.

(12) Corte IDH, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, Opinión Consultiva OC-16/99, de 01/10/1999, serie A N° 16, párr. 115.

(13) Art. 2.a) del Acuerdo de Escazú.

(14) Art. 4.1 del Acuerdo de Escazú.

(15) Art. 1 del Acuerdo de Escazú.

(16) Art. 3 del Acuerdo de Escazú.

k) Principio *pro persona*.

Coherente con lo establecido en el Protocolo de San Salvador **(17)**, los Estados se comprometen a garantizar el derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente sano, así como a garantizar el libre ejercicio de los demás derechos humanos reconocidos en el Acuerdo y de los universalmente reconocidos que guarden relación con el tratado.

Conforme a lo establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos **(18)**, los Estados ratifican su compromiso de adoptar las medidas necesarias de naturaleza legislativa, reglamentaria, administrativa u otras, a los fines de la implementación del Acuerdo **(19)**.

Entre esas otras medidas los Estados se obligan a suministrar información al público, para que tenga conocimiento de los tres derechos de acceso que inspiran el tratado e incluso a orientar y asistir al público, demostrando especial atención a las personas en situación de vulnerabilidad, a los fines de que puedan ejercer los antes mencionados derechos de acceso **(20)**.

Además, los Estados deben generar las condiciones idóneas para el trabajo de las personas, las asociaciones, las organizaciones o los grupos que se desempeñan en la defensa del ambiente, así como también deben otorgarles reconocimiento y protección **(21)**.

En aplicación del principio de favorabilidad, las disposiciones del Acuerdo no limitan, ni derogan otros derechos y garantías más favorables establecidos o que puedan establecerse en la legislación de cada Estado o en cualquier otro acuerdo internacional y obligan a estos a efectuar la interpretación más favorable al goce y respeto de los derechos de acceso y considerando que se trata de estándares mínimos, tampoco se impide que cada Estado pueda establecer los derechos de acceso de manera más amplia a las contempladas en el tratado **(22)**.

Los tres derechos de acceso —en los términos del tratado—, que han sido calificados de procesales o instrumentales —en la expresión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos **(23)**— que reconoce el Acuerdo, para garantizar tanto el derecho a un medio ambiente sano como al desarrollo sostenible han sido analizados detenidamente en otro trabajo **(24)**, razón por la que seguidamente se analizará, lo que puede suceder con respecto a los Estados que no son parte del tratado.

III. Las obligaciones de protección de los derechos humanos en materia ambiental, por los Estados que no son parte del Acuerdo de Escazú

El Acuerdo de Escazú desde la perspectiva de los derechos humanos pivota sobre tres ejes: El acceso a la información, la participación pública en la toma de decisiones y el acceso a la justicia. Cada uno de ellos cuenta con reconocimiento concreto dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Se trata de los denominados derechos instrumentales o de procedimiento, que son aquellos que deben reconocerse y garantizarse, para que se puedan satisfacer o ejercer el resto de los derechos declarados en los textos internacionales sobre derechos humanos **(25)**.

A continuación, se analizará sucintamente la existencia de cada uno de ellos, su vigencia y carácter vinculante para todos los Estados

(17) Art. 11.1 del Protocolo de San Salvador.

(18) Art. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

(19) Art. 4.3 del Acuerdo de Escazú.

(20) Art. 4.5 del Acuerdo de Escazú.

(21) Art. 4.6 del Acuerdo de Escazú.

(22) Art. 4.7 y 4.8 del Acuerdo de Escazú.

(23) Corte IDH, Medio Ambiente y Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-23/17, de 15/11/2017, serie A N° 23, párr. 64.

(24) HERNÁNDEZ-MENDIBLE, VÍCTOR R., "El Estado Convencional. Cincuentenario de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969-2019)", Ediciones Jurídica Olejnik, Santiago de Chile, 2020, ps. 210-232.

(25) Corte IDH, Caso Furlan y familiares vs. Argentina, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 31/08/2012, serie C N° 246, párr. 294; Corte IDH, Caso I.V. vs. Bolivia, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 30/11/2016, serie C N° 329, párrs. 156 y 163.

integrantes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos —aunque no sean parte del Acuerdo de Escazú— y su potencial aplicación a los asuntos ambientales.

III.1. El acceso a la información pública

El acceso a la información es un tema que ha suscitado un notable interés en el ámbito del continente americano y cuyo fundamento se sitúa en el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como de la interpretación y aplicación efectuada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que reconocen de manera expresa la protección y garantía del derecho a buscar, recibir u obtener información en poder, bajo el control o custodia del Estado **(26)**.

Sin mencionar todos los antecedentes por exceder los límites de este trabajo, resulta importante tener presente la Carta de Santo Domingo, sobre el libre acceso a la información pública, de 31/07/2002, elaborada a iniciativa de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), en la que se reconoce que el libre acceso de las personas a las fuentes de información pública es un derecho humano universal y un principio democrático inherente al derecho a la información, a la libertad de expresión y de prensa; que el libre acceso a la información pública contribuye a la transparencia de la gestión pública, al combate de la corrupción y de la cultura del secreto como práctica, pues asegura un mayor grado de eficiencia en el manejo de la cosa pública; y, que tal derecho de libre acceso a la información pública garantiza la participación ciudadana en la toma de decisiones de interés público, factor indispensable para la construcción de una cultura democrática. Producto de aquella declaración se formuló la propuesta de *Ley modelo sobre el derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública*, que finalmente fue presentada en el año 2004.

Por su parte, la Organización de Estados Americanos (OEA) expidió las resoluciones aprobadas en plenarias de junio de 2003, de junio de 2004, de junio de 2005, de junio de 2006, de junio de 2007, de junio de 2008 y de junio de 2009, las cuales reafirmaron que el acceso a la información pública contribuye al fortalecimiento de la democracia en América y además adoptó los Principios sobre el derecho de acceso a la información, el 07/08/2008.

Ello llevará a la propuesta formulada por el grupo de expertos sobre acceso a la información, coordinado por el Departamento de Derecho Internacional, en su carácter de secretaría técnica del Comité Jurídico Interamericano, que conforme al mandato otorgado por la resolución de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, redactó la *Ley modelo interamericana sobre acceso a la información*, presentada en el año 2010.

Más recientemente, en ejercicio de la función consultiva, a requerimiento de un Estado parte de la Convención Americana, la Corte Interamericana en la Opinión Consultiva N° 23/17, de 15/11/2017, ha señalado que **(27)**:

Por tanto, esta Corte considera que los Estados tienen la obligación de respetar y garantizar el acceso a la información relacionada con posibles afectaciones al medio ambiente. Esta obligación debe ser garantizada a toda persona bajo su jurisdicción, de manera accesible, efectiva y oportuna, sin que el individuo solicitante de la información tenga que demostrar un interés específico. Además, en el marco de la protección del medio ambiente, esta obligación implica tanto la provisión de mecanismos y procedimientos para que las personas individuales soliciten la información, como la recopilación y difusión activa de información por parte del Estado. Este derecho no es absoluto, por lo que admite restricciones, siempre y cuando estén previamente fijadas por ley, responden a un objetivo permitido por la Convención Americana y sean necesarias y proporcionales para responder a un interés general en una sociedad democrática.

Estos son los antecedentes más relevantes de los arts. 5° y 6° del Acuerdo Regional sobre el Ac-

(26) Corte IDH, Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 19/09/2006, serie C N° 151, párrs. 86-87.

(27) Corte IDH, Medio Ambiente y Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-23/17, de 15/11/2017, serie A N° 23, párr. 225.

ceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, que ya brindaban reconocimiento y protección con anterioridad a su vigencia.

Tales disposiciones e interpretaciones efectuadas por la Corte Interamericana llevan a entender que con fundamento en el *corpus iuris* o bloque de la convencionalidad, todo Estado suscriptor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —independientemente de que sea parte del Acuerdo de Escazú—, tiene la obligación de adoptar las medidas legislativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias, adecuadas y eficaces para reconocer, garantizar e incluso reparar la afectación al derecho de acceso a la información pública.

Finalmente, no puede soslayarse que, por mandato de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, luego de las respectivas consultas públicas y dos años de trabajo, el Departamento de Derecho Internacional en su carácter de secretaría técnica del Comité Jurídico Interamericano, le presentó a este órgano el anteproyecto de la *Ley modelo interamericana sobre acceso a la información pública 2.0*, que fue aprobada como Ley modelo por la Asamblea General, en sesión de 21/10/2020.

Este texto modelo que no es vinculante, por tener la naturaleza de *soft law*, debe ser considerado como referencia técnica jurídica por los Estados americanos, para la puesta al día de las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias que permitan garantizar de manera efectiva, el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, tanto en el contexto común como en el ambiental.

III.2. La participación en los asuntos públicos

El derecho a la participación de las personas en los asuntos públicos tiene un doble reconocimiento en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Por una parte se encuentra de manera general, previsto en el art. 23.1.a) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, norma que sería suficiente para entender sin ningún tipo de distinción, que se trata de un derecho de todas las personas; pero como en ocasiones una norma general no logra brindar las garantías adecuadas al ejercicio de un derecho de todas las personas, se hizo necesario expedir nuevos textos que protegiesen de manera diferenciada y complementaria a los pueblos tribales e indígenas **(28)**.

En el plano jurisprudencial, los criterios de protección del derecho a la participación en los asuntos públicos fueron establecidos por las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos "Mayagna vs. Nicaragua" **(29)**, "Sawhyana vs. Paraguay" **(30)**, "Saramaka vs. Surinam" **(31)**, "Xukimok vs. Paraguay" **(32)** y "Sarayaku vs. Ecuador" **(33)**. Esta última resume las anteriores en los siguientes términos **(34)**:

Para ello, corresponde analizar los hechos recapitulando algunos de los elementos esenciales del derecho a la consulta, tomando en cuenta la normativa y jurisprudencia interame-

(28) Arts. 1 y 6 del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, de 27/06/1989. Este texto será reforzado por las garantías establecidas en los arts. 18 y 19 de la Resolución N° 61/295, que contiene la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, de 13/09/2007; y por el artículo XXIII de la Resolución AG/Res. N° 2888 (XLVI-O/16), que contiene la Declaración Americana de Derechos de los Pueblos Indígenas, de la Organización de Estados Americanos, de 14/06/2016. Aunque es evidente no se puede dejar de mencionar, que los dos primeros textos señalados en esta nota tienen una proyección global, mientras que el último se circunscribe a la región americana.

(29) Corte IDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, Fondo y Reparaciones, sentencia de 31/08/2001, serie C N° 79.

(30) Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, Fondo y Reparaciones, sentencia de 29/03/2006, serie C N° 146.

(31) Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, sentencia de 28/11/2007, serie C N° 172.

(32) Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 24/08/2010, serie C N° 214.

(33) Corte IDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Fondo y Reparaciones, sentencia de 27/06/2012, serie C N° 245.

(34) Corte IDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Fondo y Reparaciones, sentencia de 27/06/2012, serie C, N° 245, párr. 178.

ricana, la práctica de los Estados y la evolución del Derecho Internacional. El análisis se hará en el siguiente orden: a) el carácter previo de la consulta; b) la buena fe y la finalidad de llegar a un acuerdo; c) la consulta adecuada y accesible; d) el estudio de impacto ambiental, y e) la consulta informada.

Posteriormente, otro criterio de la Corte Interamericana que vale la pena valorar es la Opinión Consultiva N° 23/17, de 15/11/2017, en la que expresó **(35)**:

Por tanto, esta Corte estima que, del derecho de participación en los asuntos públicos, deriva la obligación de los Estados de garantizar la participación de las personas bajo su jurisdicción en la toma de decisiones y políticas que pueden afectar el medio ambiente, sin discriminación, de manera equitativa, significativa y transparente, para lo cual previamente deben haber garantizado el acceso a la información relevante.

En lo que se refiere al momento de la participación pública, el Estado debe garantizar oportunidades para la participación efectiva desde las primeras etapas del proceso de adopción de decisiones e informar al público sobre estas oportunidades de participación. Finalmente, los mecanismos de participación pública en materia ambiental son variados e incluyen, entre otros, audiencias públicas, notificación y consultas, participación en procesos de formulación y aplicación de leyes, así como mecanismos de revisión judicial.

Estos textos constituyen los antecedentes del artículo 7 del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe.

Este derecho que también disfruta de reconocimiento convencional en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos debe ser protegido y garantizado por los Estados que son partes del sistema, con sujeción a los estándares desarrollados por la jurisprudencia interamericana, más allá de reforzamiento que pretende brindarle en materia de asuntos ambientales el Acuerdo de Escazú.

III.3. El acceso a la justicia

El art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, reconoce el derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo que asegure la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales de las personas.

En este orden de ideas, la Corte Interamericana en función jurisdiccional ha establecido que el art. 25 de la Convención Americana permite identificar dos obligaciones concretas de los Estados, para asegurar este derecho **(36)**.

La primera, para garantizar el ejercicio de los recursos efectivos ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción, contra actos que violen sus derechos fundamentales y que conlleven a la determinación de los derechos y las obligaciones de estas.

La segunda, para garantizar los medios para ejecutar las respectivas sentencias definitivas emitidas por los órganos jurisdiccionales, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados o reconocidos. El proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho declarado o reconocido en el pronunciamiento judicial y la efectividad de las sentencias depende de su ejecución. Una sentencia con carácter de cosa juzgada otorga certeza sobre el derecho o controversia resuelta en el caso concreto y tiene como uno de sus efectos la obligatoriedad y necesidad de cumplimiento. Lo contrario supone la negación misma del derecho involucrado.

Posteriormente, la propia Corte Interamericana en su Opinión Consultiva N° 23/17, de 15/11/2017, se ha pronunciado sobre el acceso a la justicia, en los términos siguientes **(37)**:

(35) Corte IDH, Medio Ambiente y Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-23/17, de 15/11/2017, serie A N° 23, párrs. 231-232.

(36) Corte IDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Fondo y Reparaciones, sentencia de 27/06/2012, serie C N° 245, párr. 263; Corte IDH, Caso Furlan y Familiares vs. Argentina, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 31/08/2012, serie C N° 246, párr. 209.

(37) Corte IDH, Medio Ambiente y Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-23/17, de 15/11/2017, serie A N° 23, párr. 237.

En este sentido, los Estados deben garantizar que los individuos tengan acceso a recursos, sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal, para impugnar cualquier norma, decisión, acto u omisión de las autoridades públicas que contraviene o puede contravenir las obligaciones de derecho ambiental; para asegurar la plena realización de los demás derechos de procedimiento, es decir, el derecho al acceso a la información y la participación pública, y para remediar cualquier violación de sus derechos, como consecuencia del incumplimiento de obligaciones de derecho ambiental.

Tanto la Convención Americana, las decisiones judiciales del Tribunal Interamericano y en particular la arriba citada, así como la opinión consultiva mencionada constituyen los antecedentes del artículo 8 del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe.

Estos estándares del bloque de convencionalidad vinculan a los Estados partes del Sistema Interamericano, que deben producir los actos jurídicos de reconocimiento, regulación y garantía de ejercicio de acceso a la justicia y a un recurso efectivo, para la protección de los derechos en cualquier escenario, incluidos los ambientales.

III.4. La protección de los defensores de derechos humanos en asuntos ambientales

La premisa de la que se parte es de la existencia de la obligación de los Estados de respeto de los derechos y libertades, así como del deber que tienen de adoptar decisiones de cualquier naturaleza para hacerlos efectivos, "sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social" **(38)**.

Por ello, se considera que es indiferente que se sea una persona cualquiera o de aquellas que promueven o defienden los derechos humanos y que ello se realice respecto de asuntos ambientales o no, para que sea exigible a todos los Estados que garanticen el efectivo ejercicio de dichos derechos, por lo que en principio resultaría innecesario el establecimiento de una cláusula convencional especial para proteger y tutelar los derechos humanos de las personas, que realizan la promoción y defensa del ambiente.

Así lo ha entendido la Corte Interamericana al pronunciarse, sobre la protección de los defensores de derechos humanos en el ámbito ambiental, en los siguientes términos **(39)**:

Al respecto, este Tribunal ha establecido que los Estados tienen el deber de facilitar los medios necesarios para que los defensores de derechos humanos realicen libremente sus actividades; protegerlos cuando son objeto de amenazas para evitar los atentados a su vida e integridad; abstenerse de imponer obstáculos que dificulten la realización de su labor, e investigar seria y eficazmente las violaciones cometidas en su contra, combatiendo la impunidad.

En tal sentido además recuerda, que el trabajo realizado por una persona —con independencia que sea un particular o un funcionario público— en la defensa de los derechos humanos, abarca necesariamente las actividades de denuncia, vigilancia y educación sobre todos los derechos, incluidos los ambientales y los recursos naturales, actividad que tiene mayor valor en los países de la región, en los que se ha venido documentando "un número creciente de denuncias de amenazas, actos de violencia y asesinatos de ambientalistas con motivo de su labor" **(40)**.

No obstante, cabe advertir que, en un caso concreto, el Tribunal Interamericano, a los fines de resolver sobre la responsabilidad internacio-

(38) Art. 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

(39) Corte IDH, Caso Kawas Fernández vs. Honduras, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 03/04/2009, serie C N.º 196, párr. 145.

(40) Corte IDH, Caso Kawas Fernández vs. Honduras, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 03/04%2009, serie C N.º 196, párr. 149; Corte IDH, Caso Luna López vs. Honduras, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 10 de octubre de 2013, serie C N.º 269, párr. 123.

nal del Estado por violación de los derechos de las víctimas, que realizaban un trabajo en defensa del ambiente expresó lo siguiente **(41)**:

"... el Tribunal considera que no le corresponde pronunciarse respecto a hechos alegados por los representantes que no fueron planteados como hechos en la demanda de la Comisión, esto es, respecto a las amenazas que habrían sufrido los señores Cabrera y Montiel antes de su detención y después de su salida de la cárcel, la presunta represión que habrían sufrido por su trabajo en defensa del medio ambiente y el sufrimiento que habrían tenido los familiares de las presuntas víctimas. En similar sentido, no procede pronunciarse respecto a las alegadas violaciones a los arts. 5 y 16 de la Convención Americana en relación con dichos hechos".

Tal como se puede observar, aunque los tratados interamericanos no contienen normas especiales orientadas a garantizar el ejercicio de los derechos y las libertades de las personas que actúan en defensa y promoción del ambiente, la jurisprudencia ha efectuado una interpretación *pro homine* y con efecto útil, para estimular la actuación de los Estados en favor de su protección efectiva.

De allí que la obligación de los Estados de garantizar un entorno seguro y propicio, para que las personas, grupos u organizaciones que promuevan y defienden los derechos humanos en asuntos ambientales puedan actuar sin amenazas, restricciones o inseguridad existe en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, con anterioridad al Acuerdo de Escazú.

Por tanto se puede sostener que el Acuerdo de Escazú no cambia nada dentro de los Estados que son partes del Sistema Interamericano, únicamente ha venido a reforzar los compromisos de los Estados suscriptores, respecto a las obligaciones previas de adoptar las medidas adecuadas y efectivas que les brinden protección a los derechos a la vida, integridad personal, libertad de opinión y de expresión, derecho de reunión, asociación, libre circulación y del ejercicio de los derechos de acceso de las personas que actúan en defensa del ambiente.

IV. Consideraciones finales

El Acuerdo de Escazú constituye un tratado regional de derechos humanos, que tiene unas raíces suficientemente sólidas en el bloque de convencionalidad interamericana.

La implementación del Acuerdo supone un inmenso reto para los Estados partes en la región, pues más allá de los compromisos formalmente adquiridos, se requiere la intención política y jurídica de cumplir el tratado en los términos negociados y acordados en este instrumento y con sujeción a lo exigido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Además, hay que señalar que los derechos no se obsequian u otorgan graciosamente, sino que hay que luchar para conquistarlos y ello exige que las personas humanas, las organizaciones y las entidades que trabajan por la promoción y defensa de los derechos humanos deban ejercerlos, exigirlos y pretender su restablecimiento y reparación tanto en la jurisdicción nacional como en la internacional, cuando aquella no haya respondido adecuadamente.

Dado que en la actualidad existe un importante número de Estados que no son partes del Acuerdo de Escazú y que por tanto no se encuentran internacionalmente vinculados por ese instrumento, ello no supone que estén exceptuados de las obligaciones de reconocimiento, respeto, protección y reparación de las personas que sean víctimas de la violación de derechos humanos, con independencia que lo hagan en defensa o no del ambiente. Por el contrario, todos los Estados que son partes del Sistema Interamericano deben adoptar las medidas efectivas y oportunas para garantizar el ejercicio tanto de los derechos de acceso como de los demás, prevenir, investigar y sancionar los ataques, las amenazas o las intimidaciones a los defensores de los derechos humanos y en particular a los que se desenvuelven en asuntos ambientales, conforme a los estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

(41) Corte IDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 26/11/2010, serie C N° 220, párr. 60.

Estudio sobre las atribuciones de la Administración sanitaria en el Perú

Juan Carlos Morón Urbina (*)

Sumario: I. Apuntes necesarios sobre el derecho sanitario como especialidad del derecho administrativo y el arcaico "poder de policía sanitaria".— II. ¿Qué tipo de medidas de seguridad son posibles de dictar ante un caso de riesgo sanitario?— III. ¿Cuáles son las medidas de seguridad que puede dictar la Administración sanitaria?— IV. ¿El ejercicio de estas medidas de seguridad necesita alguna declaración previa?— V. ¿Los afectados pueden reclamar indemnizaciones por el daño patrimonial que las medidas les pueden afectar?— VI. Conclusiones.

I. Apuntes necesarios sobre el derecho sanitario como especialidad del derecho administrativo y el arcaico "poder de policía sanitaria"

I.1. De la policía sanitaria al derecho sanitario

No cabe duda de que el derecho administrativo se nutre de la realidad, porque es un derecho de lo concreto y para la realización de la acción gubernativa en resguardo de los derechos ciudadanos.

La actual pandemia del COVID-19 nos permite recordar que en nuestra disciplina existe una antigua especialidad que ha sido modernamente denominada Derecho sanitario, que es el conjunto de reglas y principios que regulan las relaciones jurídicas que tienen por objeto hacer efectiva la prevención, la preservación, la promoción, la conservación y el mejoramiento del derecho a la salud humana individual y colectiva, así como la concreción de las políticas sanitarias de los gobiernos.

Como contenido propio de esta especialidad tenemos fundamentalmente los derechos de los usuarios de los servicios de salud, las obligaciones inherentes a la prestación de servicios de salud, la conformación del Sistema Nacional de Salud, los organismos prestadores de salud y de las Autoridades Sanitarias, los diversos modos de intervención administrativa en materia de salud y de sanidad, las medidas de seguridad sanitaria, las sanciones y los delitos en materia sanitaria, la solución de conflicto en materia de prestaciones de salud, las responsabilidades de los profesionales de la salud.

Esta rama del derecho administrativo especial se yergue sobre la base de lo que el clásico derecho administrativo denominó la "policía de salud o de sanidad" **(1)**, conformante en su ver-

(*) Abogado por la Universidad San Martín de Porres. Maestría en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho Administrativo Iberoamericano por la Universidad la Coruña. Directivo de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo, miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y del Instituto Internacional de Derecho Administrativo - IIDA. Profesor de diversos cursos de derecho administrativo a nivel de pregrado y maestrías en las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Piura. Socio del Estudio Echecopar.

(1) En su momento Fiorini criticaba esa denominación afirmando que "la antigua denominación de policía sanitaria humana se presenta perimida ante estos nuevos problemas, donde la actividad del Estado moderno debe necesariamente intervenir, no solo para limitar sino para fomentar, promover ciertas actividades. Si el término

sión especializada en sanidad del ambiguo pero ilustrativo término del "poder de policía" **(2)** al cual debemos referirnos brevemente para encontrar la génesis de los instrumentos administrativos que vamos a explicar.

Recordemos que durante el siglo XIX y gran parte del XX el derecho administrativo por influencia francesa y germana, conoció como poder de policía a "la actividad del Estado que tiene por fin la defensa del buen orden de la cosa pública, mediante los recursos del poder de la autoridad, contra las perturbaciones que las existencias individuales pueden ocasionar" **(3)**. Una definición más descriptiva del poder de policía, la podemos encontrar en el profesor Bandeira de Mello, quien la define como la "actividad de la Administración pública, expresada en actos normativos o concretos, de condicionar, con fundamento en su supremacía general y en la forma de la ley, la libertad y la propiedad de los individuos, mediante una acción fiscalizadora, preventiva o represiva, imponiendo coercitivamente a los participantes un deber de abstención (*non facere*) a fin de adecuar sus comportamientos a los intereses sociales consagrados en el sistema normativo" **(4)**. Coincidimos en que un presupuesto inherente a este denominado poder era, como lo indica Fiorini, "el peligro o la perturbación como condición en toda actividad policial, ya se ha dicho que el poder estatal promueve medidas preventivas para defender o anular los peligros y perturbaciones" **(5)**.

Cuando empezó a emplearse dicho término por la doctrina clásica, el poder de policía se componía fundamentalmente de la policía de seguridad, la policía sanitaria y la policía de moralidad, pero luego fue expandiéndose consistentemente con el rol intervencionista que fue desarrollando el Estado sobre las actividades privadas y la economía **(6)**. Así, esta actividad se extendió a lo largo de todos los sectores por donde tenía presencia la Administración, por lo surgía la policía económica, de industrial, de seguridad, salud, servicios públicos, culto, navegación, de comunicaciones, agraria, entre otros.

Ese concepto fue desbordado gradual y sostenidamente con el avance del tiempo porque la gestión pública fue evolucionando y de una lado su intervención no se limitaba únicamente a restringir derechos y libertades sino también a prestar servicios y bienes, a fomentar actividades privadas, a realizar actividad industrial, y de otro lado, la doctrina y la legislación le fueron escindiendo y especializando dentro del amplio universo de acciones otros actividades como la sancionadora y la fiscalizadora. Por ello, ahora lo que queda de la vasta concepción de la policía administrativa, es lo que se conoce como la actividad de ordenación o de limitación de la Administración Pública.

El profesor Lorenz von Stein **(7)** (1815-1890) afirmaba que la policía sanitaria era "el conjunto de normas e instalaciones mediante las cuales se debe proteger la salud publica contra aquellos peligros que el individuo no puede apartar de si por sus propias fuerzas. Ahora bien, en el todo que es la historia se encuentra que la tarea comienza cuando se presenta la inminente amenaza general de la salud pública que son las epidemias; luego, cada vez se desarrolla más en el individuo para protegerse de las amenazas individuales; y solo al final y paulatinamente alcanza el nivel de un trabajo orgánico de la comunidad humana para crear las condiciones públicas de la salud general. Del primer elemento procede la policía contra las epidemias; del segundo, la policía sanitaria; y del tercero, la

pervive será por su tradición, puesto que su función es completamente inoperante, además de desviar de los problemas específicos". FIORINI, Bartolomé; "Derecho Administrativo II", Abeledo Perrot, 1997, p. 77.

(2) Véase DIEZ, Manuel María, "Derecho Administrativo", Plus Ultra, 1985, t. IV, p. 129.

(3) MAYER, Otto, "Derecho Administrativo Alemán", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982, t. II, Parte Especial (Poder de policía y poder tributario), p. 8

(4) BANDEIRA DE MELLO; Celso Antonio; "Curso de Derecho Administrativo", Editorial Porrúa y UNAM, México, 2006, p. 703

(5) FIORINI, Bartolomé A., "Poder de Policía", Editorial Alfa, Buenos Aires, 1957, p. 194.

(6) Por ejemplo, nos comenta DE LAUBADERE que "en realidad, el poder de policía se define por su bien, que es velar por la tranquilidad (ausencia de desórdenes o perturbaciones), la seguridad (que no haya riesgos de accidentes) o la salubridad publica (que no haya riesgos de enfermedades)" DE LAUBADERE, Andre, "Manual de Derecho Administrativo", Editorial Temis, Librería, Bogotá, Colombia, 1984, p. 198

(7) VON STEIN, Lorenz, "Tratado de teoría de la administración y de derecho administrativo" Editorial Fondo de cultura económica, 2016.

higiene sanitaria". Es ilustrativa la visión histórica que nos da el autor pues ubica a la policía contra las epidemias en la causa genética del actual derecho sanitario, para después adentrarse la intervención administrativa en las categorías de policía e higiene sanitarias.

Así, en el origen del actual derecho sanitario está la estructura jurídica que las culturas europeas tuvieron que crear para luchar contra las grandes calamidades epidémicas que azolaron a la humanidad, por lo que se entiende la relevancia de las ordena de policía, medidas administrativas o simplemente potestades públicas con que se dotan desde antaño a las autoridades con este motivo. Si bien se reconoce la existencia de algunas medidas sanitarias contra epidemias en la historia antigua (como contra lepra en Israel), la noción de policía contra epidemias aparece jurídicamente en Europa para prevenir el contagio de las enfermedades venidas de oriente. Así, nos manifiesta el autor "la policía contra epidemias (...) cierra el paso a la penetración en Europa de enfermedades contagiosas provenientes de oriente y, por tanto, se manifiesta como el sistema, simple en principio, múltiplemente diferente en la práctica, de bloqueo local del libre tránsito, el cual se llama cuarentena **(8)** por sus reglas vigentes para el tráfico marítimo proveniente de oriente" **(9)**. Solo después vinieron las vacunas y la organización prestacional del servicio de sanidad publica.

Ya en el siglo pasado, el derecho administrativo clasificó a esa policía sanitaria o de salud pública, siguiendo sus variadas y complejas manifestaciones.

Por su *ámbito*, podíamos hablar de la policía sanitaria interna (la que se ejerce respecto de elementos patógenos existentes o producidos al interior de cada Estado con sus ciudadanos y cuyas competencias se distribuyen en el Gobierno Central, Regional y Municipal) y la policita sanitaria exterior (que es la que vincula con peligros provenientes de otros países, velando por qué no hagan presencia en el propio, por lo que se ejecuta en las fronteras terrestres, marítimas, fluviales, aéreas y respecto del tránsito de personas, medios de transporte, mercancías, objetos, correos, etc.) **(10)**.

Esta última es liderada por las autoridades sanitarias nacionales como responsable de la vigilancia y control sanitario de las fronteras y en todos los puertos marítimos, aéreos, fluviales, lacustres o terrestres en el territorio nacional, pero en estricta coordinación con otras autoridades (como migraciones y aduanas), porque se relaciona fuertemente con el comercio internacional **(11)**. Por ello, se caracteriza por "su ordenamiento cada vez más internacional. Los Estados se han convencido de que la eficacia de una obra de esta clase depende en gran parte de la uniformidad de las medidas que se adopten, y por tanto se ha avanzado en esta dirección, que es posible afirmar que en el momento presente los reglamentos sanitarios exteriores son en todas partes trasuntos de acuerdos internacionales" **(12)**. En esa línea operan los acuerdos comerciales internacionales, organismos internacionales como la FAO, la OMS, entre otras.

Por el *momento en el que actúa*, la doctrina diferenció entre policía preventiva o profiláctica, que comprende al conjunto de estrategias e instrumentos dirigidos a identificar, detectar y evitar las enfermedades y su contagio, y la policía represiva, que comprende las estrategias destinadas a vigilarlas y erradicarlas, así como a curarlas, evita su propagación y minimiza su impacto en la sociedad una vez que ya sobrevinieron **(13)**. La policía preventiva actúa mediante vacunas, erradicación de plantaciones, sacrificio de animales infectados, limitación de ingresos a países, etc. Mientras que la policía represiva actúa mediante cuarentenas, aislamientos, clausura de locales, entre otros.

(8) La palabra «cuarentena» se origina de la frase italiana "quaranta giorni", que significa 'cuarenta días'.

(9) VON STEIN, Lorenz, ob. cit.

(10) ÁLVAREZ GENDIN y BLANCO SABINO, "Tratado General de Derecho Administrativo Tomo III", Bosch, Barcelona, p. 73. Con similares criterios encontramos a COLMEIRO, Manuel, "Derecho administrativo español", Imprenta y Librería de Eduardo Martínez, 1875, p. 343 y ss.

(11) Ley General de Salud, art. 830. La Autoridad de Salud es responsable de la vigilancia y control sanitario de las fronteras, así como de todos los puertos marítimos, aéreos, fluviales, lacustres o terrestres en el territorio nacional.

(12) GARCÍA OVIEDO, Carlos, "Derecho Administrativo", ELSA, Madrid, 1962, t. II, p. 713.

(13) GARCÍA OVIEDO, Carlos, ob. cit., p. 681.

Por el *objeto o bien jurídico protegido*, se diferenciaba en tres policías distintas, aunque se reconoce que las normas, técnicas, procedimientos y medidas a aplicar guardan concordancia entre ellas: a) policía humana, que tiene por objeto la salud de las personas (en nuestro país está a cargo del Ministerio de Salud y de las Regiones; b) policía sanitaria animal, que tiene por objeto controlar la existencia de riesgos para la salud de ciertos animales útiles para el ser humano, como ganado y aves; y, c) policita sanitaria vegetal o policía agraria, que tiene por objeto la defensa de la vida de las plantas útiles, especialmente la agricultura **(14)**. Estas dos últimas manifestaciones de la policía sanitaria están a cargo del Servicio Nacional de Sanidad Agraria - SENASA, como autoridad oficial en materia de Sanidad Agraria, Calidad de Insumos, Producción Orgánica e Inocuidad agroalimentaria, y en tal virtud, mantiene un sistema de Vigilancia Fitosanitaria y Zoosanitaria en el país. En su accionar dicta medidas sanitarias y fitosanitarias con el fin de proteger la vida y salud de las personas, salud y la vida de los animales, preservación de vegetales de los riesgos resultantes de la entrada o propagación de plagas; contra riesgos que se originan de contaminantes, toxinas u organismos causantes de enfermedades, que limitan el comercio internacional.

I.2. Las medidas de policía sanitaria y su correlato con otros derechos constitucionales

La actual epidemia nos incita a preguntarnos: ¿qué prevé esta disciplina sobre derecho de los pacientes?, ¿cuál es el rol de las empresas de salud y seguros de salud?, ¿cuáles son las obligaciones de la Administración sanitaria y las competencias de los establecimientos de salud públicos y privado?, entre otras. En esta oportunidad, queremos detenernos en las facultades específicas que el derecho administrativo sanitario brinda a las autoridades sanitarias y cuáles son sus límites:

Como en muchos otros casos, el derecho público debe realizar una ponderación entre intereses y derechos que están en cuestión: el derecho a la salud pública y la libertad y el patrimonio de los ciudadanos **(15)**. En particular esta labor ya la realizo el constituyente por lo que la Constitución expresamente incluye limites ordinarios a tres derechos y libertades frente a un riesgo o peligro sanitario: los derechos a la inviolabilidad domiciliaria **(16)**, libertad de tránsito y de residencia **(17) (18)** y de reunión **(19)**.

(14) DIEZ, Manuel María, "Derecho Administrativo", Plus Ultra, 1985, t. IV, p. 131. En igual sentido, FIORINI, Bartolomé A., ob. cit., p. 76.

(15) MAGDALENO ALEGRÍA, A., "La tutela de la salud colectiva como límite de los derechos fundamentales", en: Alenza García JF, Arcos Vieira ML, directores. Nuevas perspectivas jurídico-éticas en Derecho Sanitario, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2013, p. 154.

(16) Art. 2 numeral 9. A la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración. Las excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley.

(17) Art. 2, numeral 11. A elegir su lugar de residencia, a transitar por el territorio nacional y a salir de él y entrar en él, salvo limitaciones por razones de sanidad o por mandato judicial o por aplicación de la ley de extranjería.

(18) Respecto de esta limitación constitucional a la libertad de tránsito y de fijación de residencia el Tribunal Constitucional (EXP. N.O 3541-2004-AA/TC, Cono Norte de Lima, Benil Yeni Verde Marchan) ha manifestado: "5. Siendo el derecho de tránsito o de locomoción un atributo con alcances bastante amplios se encuentra, sin embargo, por mandato expreso de la propia Constitución y conforme a los criterios recogidos por los instrumentos internacionales antes referidos, sometido a una serie de límites o restricciones en su ejercicio. Dichas restricciones, por de pronto, pueden ser de dos clases, explícitas o implícitas. 6) Las restricciones calificadas como explícitas se encuentran reconocidas de modo expreso y pueden estar referidas tanto a supuestos de tipo ordinario, como los enunciados por el inc. 11) del art. 2 de la Constitución (mandato judicial, aplicación de la ley de extranjería o razones de sanidad), como a supuestos de tipo extraordinario (los previstos en los incs. 1 y 2 del art. 137 de la Constitución), referidos a los Estados de Emergencia y de Sitio, respectivamente. 7) Las restricciones explícitas ordinarias. Éstas se presentan cuando, en un estado de normalidad constitucional se estima necesario que deben protegerse otros derechos fundamentales o bienes jurídicos, de modo que, en atención a un estudio de razonabilidad, pueda limitarse el derecho a la libertad de tránsito. 8) Son diversos los supuestos que se incluyen dentro de las restricciones explícitas ordinarias: Razones sanitarias: Son aquellas que surgen en pro del resguardo de la plenitud físico-psíquica de la población, la cual puede verse afectada por la existencia de pestes, epidemias y otros eventos de similares características, limitación permitida en el propio inc. 11 del art. 2 de la Constitución".

(19) Art. 2, numeral 12. A reunirse pacíficamente sin armas. Las reuniones en locales privados o abiertos al

Con ello, sin necesidad aprobar algún régimen de estado de excepción constitucional dada su naturaleza de limites ordinarios a tales derechos, la autoridad de Administración sanitaria frente a los supuestos de hecho que la legitimen (peligro sanitario) tiene la capacidad común para ingresar a domicilios, impedir el ingreso o el tránsito de personas por el territorio nacional, modificar el lugar de residencia de una persona, prohibir la residencia en determinados lugares, internar obligatoriamente a una persona en un centro de atención **(20)** y no autorizar o disolver reuniones públicas **(21)**. Es decir, la salud constituye un valor jurídicamente valiosa y prevalente frente a esos otros derechos. Esto es así porque la intervención pública en protección de la salud, como bien público demanda en ocasiones alcanzar un grado de contundencia que implica sacrificar en lo estrictamente indispensable determinados derechos y libertades individual también protegidos constitucionalmente **(22)**.

Esa misma ponderación ha realizado el constituyente entre las libertades de empresa, trabajo e industria que deben ser ejercidas de modo que no afecten a la salud pública **(23)**.

Dichas prioridades son recogidas correlativamente en la Ley General de Salud **(24)** cuando explicita: "El ejercicio del derecho a la propiedad, a la inviolabilidad del domicilio, al libre tránsito, a la libertad de trabajo, empresa, comercio e industria, así como el ejercicio del derecho de reunión están sujetos a las limitaciones que establece la ley en resguardo de la salud pública".

II. ¿Qué tipo de medidas de seguridad son posibles de dictar ante un caso de riesgo sanitario?

La medida de seguridad es una figura sobreviviente —de manera sigilosa— de la antigua administración absolutista, que se mantiene excepcionalmente dentro del derecho administrativo moderno. No ha sido acogida en el régimen general de la ley del procedimiento común, manteniéndose en algunos ordenamientos sectoriales. Por ello, nos debe demandar una regulación cuidadosa y a la vez una rigurosa subordinación al principio de legalidad.

público no requieren aviso previo. Las que se convocan en plazas y vías públicas exigen anuncio anticipado a la autoridad, la que puede prohibirlas solamente por motivos probados de seguridad o de sanidad públicas.

(20) CIERCO SEIRA. C., "Derecho a la libertad personal y protección de la salud pública: el internamiento forzoso por razón de enfermedad contagiosa". Reflexiones a propósito de la STEDH de 25/02/2005, Enhorn contra Suecia. En: MARTÍN REBOLLO, L., (dir.), "Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al Prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo, vol. 1. Zaragoza: El Justicia de Aragón; 2008. ps. 805-33. También puede leerse al respecto J. R. Villalbí, M. Rodríguez-Campos, A. Orcau, et al., "La hospitalización terapéutica obligatoria en el control de la tuberculosis", Gac Sanit., 30 (2016), ps. 144-147.

(21) Es importante advertir que la crisis sanitaria por el COVID-19 fue abordada mediante la suspensión de derechos constitucionales declarando un Estado de Excepción de Emergencia, sin que en verdad estrictamente hubiera sido necesario hacerlo de ese modo puesto que los derechos constitucionales mencionados están delimitados por la propia Constitución en casos sanitarios. Como se puede apreciar al revisar la norma, el Gobierno decidió acudir a la técnica del Estado de Emergencia probablemente por otras consideraciones no sanitarias como por ejemplo lograr el respaldo de la Fuerza Armada para la ejecución de las medidas o incluir entre los derechos suspendidos a la prohibición de detención sin mandato judicial. Si uno revisa el D.S. No. 044-2020-PCM apreciaremos ese agregado que no proviene de la limitación constitucional ni de la Ley General de Salud, en los siguientes términos: Art. 3.- Suspensión del ejercicio de Derechos Constitucionales Durante el presente Estado de Emergencia Nacional queda restringido el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio comprendidos en los incisos 9, 11 y 12 del art. 2 y en el inc. 24, apartado f del mismo artículo de la Constitución Política del Perú.

(22) SALAMERO TEIXIDO, Laura, "Derechos individuales frente a la salud pública en la protección ante enfermedades contagiosas: propuesta de mejora del marco regulatorio vigente", Informe SESPAS 2016, Gaceta Sanitaria, 2016, vol. 30, núm. 1, ps. 69-73.

(23) Art. 59.- Rol Económico del Estado El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

(24) Ley 26.842 — Ley General de Salud, título preliminar, norma XII.

Cuando mencionamos las medidas de seguridad nos estamos refiriendo a un supuesto especial de actos administrativos y, en algunos casos, regulación autorizados a algunas entidades especialmente calificadas para hacer frente a algún entorno de inminente riesgo para las personas en su vida, salud o seguridad.

Con ella, las entidades autorizadas a adoptarlas buscan mantener ese estado de protección que brinda el Estado y en cuya consolidación colabora la sociedad, a fin de que determinados derechos como la integridad, la tranquilidad, la propiedad o la libertad personal puedan ser preservados frente a situaciones de peligro, amenaza, vulneración o desconocimiento. Las medidas de seguridad aplican cuando la autoridad luego de la constatación respectiva llega a la convicción objetiva que existe un peligro individualizado o colectivo para la persona en su vida, salud o seguridad por un estado de cosas o situación continuada en el tiempo y persigue cesarlo de modo inmediato.

En el derecho administrativo comparado encontramos en el derecho mexicano el reconocimiento explícito de esta medida, conceptuándola como aquella disposición de inmediata ejecución y sin procedimiento previo, que la autoridad puede dictar para proteger la salud y las seguridades publicas cuando se evidencie suficientemente riesgos. Los contenidos comúnmente empleados por estas medidas de seguridad son la suspensión de actividades o la clausura de la empresa o establecimiento cuya duración será solo la estrictamente necesaria hasta que cese el riesgo acreditado **(25)**.

En nuestro ordenamiento encontramos esta medida cuando se permite a las autoridades sanitarias de modo inmediato disponer el aislamiento, la cuarentena, la vacunación de personas, la destrucción o control de insectos u otra fauna transmisora y nociva, el decomiso o sacrificio de animales que constituyan peligro para la seguridad o la salud de las personas, cuando se advierta riesgo en materia de salud pública **(26)**.

También la encontramos en materia municipal **(27)** cuando se le permite disponer la clausura transitoria o definitiva de edificios, establecimientos o servicios cuando su funcionamiento está prohibido legalmente o constituye peligro o riesgo para la seguridad de las personas y la propiedad privada o la seguridad pública, o infrinjan las normas reglamentarias o de seguridad del sistema de defensa civil, o produzcan olores, humos, ruidos u otros efectos perjudiciales para la salud o la tranquilidad del vecindario; y también en materia de energía eléctrica, cuando OSINERG **(28)** constata falta

(25) Ley Federal de Procedimiento Administrativo. Título Quinto Medidas De Seguridad Capítulo Único Art. 81.- Se consideran medidas de seguridad las disposiciones que dicte la autoridad competente para proteger la salud y la seguridad públicas. Las medidas de seguridad se establecerán en cada caso por las leyes administrativas. Art. 82.- Las autoridades administrativas con base en los resultados de la visita de verificación o del informe de la misma, podrán dictar medidas de seguridad para corregir las irregularidades que se hubiesen encontrado, notificándolas al interesado y otorgándole un plazo adecuado para su realización. Dichas medidas tendrán la duración estrictamente necesaria para la corrección de las irregularidades respectivas.

(26) LGS, art. 130. Art. 131. Las medidas de seguridad son de inmediata ejecución y se aplican sin perjuicio de las sanciones que correspondan. Art. 132. Todas las medidas de seguridad que adopta la Autoridad de Salud en aplicación de la presente ley se sujetan a los siguientes principios: a) Deben ser proporcionales a los fines que se persiguen; b) Su duración no debe exceder lo que exige la situación de riesgo inminente y grave que las justificó; y, c) Debe preferirse aquellas medidas que siendo eficaces para el fin que se persigue, menos perjudiquen al principio de libre circulación de las personas y de los bienes, la libertad de empresa y cualesquiera otros derechos afectados.

(27) Ley Orgánica de Municipalidades. Art. 49. Clausura, retiro o demolición. La autoridad municipal puede ordenar la clausura transitoria o definitiva de edificios, establecimientos o servicios cuando su funcionamiento está prohibido legalmente o constituye peligro o riesgo para la seguridad de las personas y la propiedad privada o la seguridad pública, o infrinjan las normas reglamentarias o de seguridad del sistema de defensa civil, o produzcan olores, humos, ruidos u otros efectos perjudiciales para la salud o la tranquilidad del vecindario. La autoridad municipal puede ordenar el retiro de materiales o la demolición de obras e instalaciones que ocupen las vías públicas o mandar ejecutar la orden por cuenta del infractor; con el auxilio de la fuerza pública o a través del ejecutor coactivo, cuando corresponda. La autoridad municipal puede demandar autorización judicial en la vía sumarísima para la demolición de obras inmobiliarias que contravengan las normas legales, reglamentos y ordenanzas municipales.

(28) R. C.D. No. 233-2009-OS-CD, Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de OSINERG-MIN. Art. 18. Medidas de Seguridad. Las medidas de

de seguridad pública que pone en inminente peligro o grave riesgo la vida, salud de las personas o medio ambiente. La seguimos encontrando en materia de control de fuentes de radiación ionizante, para permitir a las autoridades nacionales disponer el precinto de ambientes y el decomiso de fuentes y equipos que afecten la salud y la seguridad de las personas, en caso de manifiesto peligro o riesgo indebido de contaminación por radiación **(29)**.

Pero también, aunque confundida con la medida provisional, en materia de control de armas, municiones y explosivos de uso civil para permitir a DISCAMEC la incautación de armas **(30)**.

Las medidas de seguridad, a diferencia de las medidas correctivas que hemos analizado, son decisiones de inmediata ejecución, se aplican cuando se constatan situaciones de peligro para la salud, vida o medio ambiente e independientemente que estas situaciones constituyan per se un ilícito sancionable, se haya producido algún daño efectivo o incluso aun cuando no se haya individualizado a sus autores. Para su aprobación, la medida de seguridad no necesita el inicio previo de un procedimiento administrativo sancionador o de apercibimiento pues consisten en la reacción frente a un estado de cosas y no a conductas de personas. Así, todas las medidas sanitarias son de ejecución inmediata conforme lo establece el art. 131 de la LGS.

Nuestro Tribunal Constitucional ha declarado que no afecta al debido proceso del afectado que se clausure temporalmente negocios, establecimientos y locales sin necesidad de realizar un procedimiento previo de descargo o emplazamiento, cuando se verifique por parte de la autoridad —en este caso municipal— una actuación al margen de la ley y atendiendo además razones de seguridad **(31)**.

"14. En el caso de autos, el demandante cuestiona el ejercicio del poder de policía de la Municipalidad (...). Alega que, para su validez, la clausura requería necesariamente de un procedimiento administrativo previo con todas las garantías del debido procedimiento, en donde fuera posible discutir la existencia de la infracción que se le imputa y la pertinencia de una sanción.

"15. Una respuesta a la cuestión requiere analizar las facultades conferidas a la Municipalidad por el art. 49 de la Ley Orgánica de Municipalidades a la luz de los fundamentos del poder público.

"16. Al respecto, el art. 49 de la Ley Orgánica de Municipalidades establece expresamente la facultad de la Administración de clausurar locales de forma temporal o definitiva cuando su funcionamiento esté prohibido legalmente o cuando constituya un peligro o un riesgo para la seguridad de las personas y la propiedad privada o la seguridad pública.

"17. En este sentido, la norma en cuestión establece una serie de supuestos en los que la sola verificación del hecho por parte de la municipalidad autoriza la ejecución inmediata de la medida de clausura, la misma que podría ser,

seguridad se imponen únicamente en razón de la falta de seguridad pública constatada por la autoridad competente, que pone en inminente peligro o grave riesgo la vida, salud de las personas o medio ambiente, independientemente de la existencia o no de una infracción y de la producción de un daño. Para disponer una medida de seguridad no se requiere necesariamente el inicio de un procedimiento administrativo sancionador. La medida de seguridad se ejecutará sin perjuicio de la sanción administrativa a que hubiera lugar.

(29) Decreto Supremo No. 039-2008-EM, Reglamento de la Ley de regulación del uso de fuentes de radiación ionizante. Art. 75. De las facultades de los inspectores. Las acciones de fiscalización y control se ejercen a través de inspectores debidamente acreditados, quienes están facultados para: g) Levantar actas y disponer, entre otras medidas, el precinto de ambientes o decomiso de las fuentes y equipos en el acto mismo de la inspección, a fin de resguardar la salud de las personas y la seguridad de las fuentes, en el caso de manifiesto peligro o riesgo indebido o cuando el usuario no cuente con la autorización correspondiente".

(30) Ley 28.627. Art. 3. De las sanciones. 3.3. La DISCAMEC, en los casos que corresponda, podrá disponer la media provisional de incautación, en resguardo de la seguridad de las personas, de la propiedad pública, privada y del ambiente, así como para asegurar la eficacia de la posible sanción a imponerse.

(31) Ver las sentencias recaídas en los Exp. No. 03951-2007-AA (Grifo Escorpio SRL con Municipalidad Provincial del Callao), y No. 01050-2008-PA/TC (Florentino More C. con Municipalidad Distrital de San Borja).

sin embargo, cuestionada con posterioridad en sede administrativa (...).

"18. Así, el trámite de un procedimiento previo no resulta exigible para el caso de autos, toda vez que al no contar el demandante con una licencia que haga posible el ejercicio de su actividad empresarial, la misma se presenta como una actividad al margen de la Ley, que, como tal, estaría perjudicando el interés público al no haberse verificado que la actividad de este cumple con los requisitos legales exigidos para garantizar la seguridad pública y el desarrollo urbano del distrito.

"19. En este sentido, no toda limitación de derechos exige el trámite de un procedimiento administrativo sancionador previo. Tal procedimiento no resultará necesario para supuestos como el presente, en donde la actividad empresarial del demandante es ejercida al margen de la Ley, sin contar con licencia, perjudicando con ello el interés público al no haberse verificado que su actividad sea coherente con el desarrollo urbano del distrito.

"20. Tolerar el ejercicio de una actividad que no cuenta con los requisitos mínimos exigidos por la Ley supone incrementar indebidamente un riesgo para la seguridad pública y amenazar el desarrollo urbano del distrito, perjudicando así la calidad de vida de los vecinos del distrito y el valor de su propiedad. En esa medida, no resulta acorde con las exigencias de la función de policía de la Administración y su deber de garantizar la seguridad pública.

"21. Por ello, este Tribunal considera que, en el presente caso, no existe vulneración del derecho al debido procedimiento administrativo cuando se impone una medida de clausura temporal al establecimiento comercial del demandante, sin para ello habérsele seguido previamente un procedimiento administrativo sancionador" **(32)**.

Su adopción requiere un análisis de proporcionalidad sobre el tipo y duración de la medida de seguridad de modo que permitan coexistir los bienes y valores como libertad y patrimonio, con los de vida, salud y seguridad. Seria indebido que la medida de seguridad implementada o la forma de aplicarla resulte irrazonable, desproporcionada, o injustificadamente lesivo a los otros derechos constitucionales, cuando basta para el mismo fin aplicar una medida provisional. Por ello, una vez dictada la medida, su contenido es una decisión mutable cuando cese el riesgo previsto por la autoridad.

III. ¿Cuáles son las medidas de seguridad que puede dictar la Administración sanitaria?

Las medidas sanitarias son los instrumentos estratégicos aplicados para prevenir la propagación de enfermedades o su contaminación, plasmadas o bien en un acto administrativo (si fuere una medida concreta sobre sujetos determinados y se agota con su ejecución) o bien mediante reglamentos (si fuere general, abstracta y aplicable a una colectividad indeterminada de personas por un tiempo específico).

Las medidas de seguridad actúan previa y posteriormente al evento, pues comprenden tres distintos momentos en que la salud del pueblo pueda encontrarse: mientras se sospecha de su posible presencia, durante su propagación, y cuando cesa, para evitar su reiteración **(33)**.

Un aspecto importante es considerar que, siendo una decisión administrativa directamente ejecutiva, debe ceñirse al cumplimiento de determinados criterios ordenadores que sirven para controlar la corrección de su adopción. En nuestro criterio esos no pueden dejar de ser: i) análisis de riesgo inminente; ii) proporcionalidad del contenido y de la duración de la medida con los fines perseguidos; iii) menor afectación posible a los derechos constitucionales limitados (reunión, libre tránsito y fijación de residencia); iv) contar con base científica suficiente, v) principio de precaución; y, vi) satisfacer el test de igualdad de modo que la limitación sea aplicable de manera similar para todos los ciudadanos en situación de riesgo.

El contexto para su aplicación debe ser únicamente la existencia de un riesgo para la salud pública, es decir, la probabilidad cierta e inminente que se produzca un evento que puede

(32) Exp. No. 03951-2007-AA (Grifo Escorpio SRL con Municipalidad Provincial del Callao).

(33) COLMEIRO, Manuel, ob. cit., p. 324.

afectar adversamente a la salud de las poblaciones humanas, considerando en particular la posibilidad de que se propague o pueda suponer un peligro grave y directo **(34)**. No cabe aplicar estas medidas en caso de meras sospechas o especulaciones no acreditables.

De otro lado, la misma ley en su art. 132 expresamente prescribe que todas las medidas de seguridad que adopta la Autoridad de Salud en aplicación de la presente ley, se sujetan a los siguientes tres principios: a) deben ser proporcionales a los fines que se persiguen y b) su duración no debe exceder lo que exige la situación de riesgo inminente y grave que las justificó; y, c) debe preferirse aquellas medidas que siendo eficaces para el fin que se persigue, menos perjudiquen al principio de libre circulación de las personas y de los bienes, la libertad de empresa y cualesquiera otros derechos afectados.

Ahora bien, consideramos que estos criterios no están completos sino acudiéramos a dos más que nos plantea el derecho comparado y resultan de lógica consideración por la naturaleza de las medidas **(35)**. De un lado, el principio de cientificidad, por el que la medida a ser adoptar debe contar con una base científica, médica y epidemiológica suficiente que avale su empleo, lo cual convierte a la medida en una decisión con fundamento en discrecionalidad técnica **(36)** No se trata de un catálogo de medidas a ser empleadas al azar o al capricho de la autoridad de turno. La limitación de otros derechos fundamentales no solo necesita razonabilidad jurídica sino buena fundamentación de la medida en función del riesgo a controlar.

Finalmente, es necesario considerar que detrás de la medida a adoptarse se de encontrar el principio de precaución, que haga aconsejable la medida aun ante la incertidumbre científica sobre el reto sanitario a atender **(37)**. Es decir que cuando un evento puede generar una amenaza para la salud o la vida humana grave e irreversible científicamente previsible, pero incierto en cuanto a sus límites, se deberán adoptar medidas proporcionales y transitorias para evitar o disminuir el daño **(38)**. Este elemento permite actuar cuando se han identificado los efectos potencialmente peligrosos derivados de un fenómeno, un producto o un proceso, y que la evaluación científica no permite determinar el riesgo con la certeza suficiente.

Si bien las medidas sanitarias pueden referirse a equipajes, cargas, contenedores, medios de transporte, mercancías, paquetes postales o animales, en esta oportunidad por el objeto de este artículo es relevante enfocarnos en aquellas aplicables a las personas.

Así, podemos afirmar que la autoridad puede dictar las siguientes medidas de seguridad sanitaria conforme a la Ley General de Salud (art. 130, ley 26.842), y en armonía con el Reglamento Sanitario Internacional **(39)**.

(34) CIERCO SEIRA, C., "Administración pública y salud colectiva. El marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios" Comares, Granada, 2006.

(35) SALAMERO TEIXIDO, Laura, ob. cit., p. 72.

(36) Nuestro Tribunal Constitucional ha definido a la discrecionalidad técnica como "el arbitrio para valorar o seleccionar, dentro de una pluralidad de opciones, un juicio perito o un procedimiento científico o tecnológico" (EXP. N.º 0090-2004-AA/TC, LIMA, caso Juan Carlos Callegari Herazo.

(37) "Este principio abarca los casos específicos en los que los datos científicos son insuficientes, no concluyentes o inciertos, pero en los que una evaluación científica objetiva preliminar hace sospechar que existen motivos razonables para temer que los efectos potencialmente peligrosos para el medio ambiente y la salud humana, animal o vegetal pudieran ser incompatibles con el alto nivel de protección elegido", comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución. Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 2/2/2000, COM (2000) 1 final.

(38) FERIA COLIN, Violeta Guadalupe, "El principio precautorio en la salud", en CANO VALLE, Fernando; "El principio precautorio", UNAM, México, 2012, p. 49 y ss.

(39) El Reglamento Sanitario Internacional (2005), o RSI (2005), es un acuerdo internacional jurídicamente vinculante suscrito por 196 países, entre los que se encuentran todos los Estados Miembros de la Organización Mundial de la Salud (OMS). Su objetivo consiste en ayudar a la comunidad internacional a prevenir y dar respuesta a los riesgos graves para la salud pública que puedan cruzar fronteras y amenazar a la población mundial. La finalidad y el alcance del RSI (2005) consisten en prevenir la propagación internacional de enfermedades y proporcionar protección frente a ellas, controlarlas y darles una respuesta de salud pública, todo ello de forma proporcional a los riesgos que supongan para la salud

a. Aislamiento: la separación en su domicilio **(40)**, centro de salud o en un lugar especializado de las personas enfermas con una enfermedad contagiosa o contaminadas, con objeto de prevenir la propagación de una infección y/o contaminación a personas saludables. Incluso puede darse el aislamiento de un paciente dentro de una misma dependencia hospitalaria para evitar el contagio a otros pacientes. Constituye una limitación a la libertad de desplazamiento de la persona enferma que debe durar hasta que se considere que la persona está fuera de etapa de contagio.

b. Cuarentena o aislamiento social obligatorio preventivo: la restricción de las actividades y/o la separación de los demás de personas que no están enfermas, pero respecto de las cuales se tienen sospechas (ausencia de síntomas) debido al lugar de procedencia o por haber estado en contacto con alguien contagiado de forma tal que se prevenga la posible propagación de la infección o contaminación. Constituye una limitación a la libertad de desplazamiento que debe durar hasta que se considere que el riesgo de contagio se ha diluido o desaparecido **(41)**.

c. La observación personal: vigilancia del estado de salud de un viajero o de una persona a lo largo del tiempo con el fin de determinar el riesgo de transmisión de enfermedades.

d. Vacunación de personas: es la administración compulsiva de sustancias inmunológicas ajenas al cuerpo, esto es, la suspensión de microorganismos virales, bacterianos vivos inactivados o sus fracciones, subunidades o partículas proteicas de estos que, al ser administradas, inducen en el receptor una respuesta inmune especifica contra la enfermedad infecciosa respectiva. Esta administración se efectúa con el previo conocimiento informado al paciente de sus ventajas y desventajas y respetando su derecho a la dignidad.

Esta es una de las medidas de seguridad más discutidas en el derecho comparado, porque en algunos países únicamente se le admite de manera voluntaria, en cuyo caso, la autoridad solo actúa bajo un rol promotor o de fomento [ej. EE. UU. y España **(42)**]: para quienes participan de esta perspectiva, consideran la prevalencia de la libertad individual y el derecho a la integridad personal frente a la protección de la salud pública, reconociéndose el derecho a negarse a la vacunación **(43)**.

En nuestro país, este debate no se ha dado, pese a que entre los derechos constitucionales exceptuados por razones de sanidad no se encuentra explícitamente el de integridad personal. Sin embargo, contamos como respaldo para la vacunación obligatoria a la ley que la declara política de estado **(44)** y el art. 10.2. del Protocolo de El Salvador o Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos

pública y evitando interferencias innecesarias con los viajes y el comercio internacionales. https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/43983/9789243580418_spa.pdf;jsessionid=E01AD57B6DC5DE103A44313BED83F529?sequence=1

(40) Por ejemplo, eso se determinó para los viajeros que ingresaron provenientes de territorios con antecedentes de CORONAVIRUS mediante el art. 2.1.1. del D.S. No 008-2020-SA.

(41) Es lo que se decretó mediante el art. 1 del D.S. No. 044-2020-PCM, de manera general para toda la población en el territorio nacional: Art. 1. Declaración de Estado de Emergencia Nacional. Declárese el Estado de Emergencia Nacional por el plazo de quince días calendario, y dispóngase el aislamiento social obligatorio (cuarentena), por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19.

(42) Para ver el panorama de la vacunación obligatoria o voluntaria en Europa véase https://vacunasaep.org/profesionales/noticias/vacunas-obligatorias-europa

(43) CIERCO SEIRA, Cesar, "Vacunación, Libertades Individuales y Derecho Público, ensayo sobre las principales claves para la regulación de la vacunación pública en España", Marcial Pons, Madrid, España, 2018, 1ª ed., TOLOSA-TRIBIÑO C., "El derecho a la salud y la vacunación", ANALES RANM [Internet]. Real Academia Nacional de Medicina de España; An RANM Año 2018 número 135 ps. 324—330. DOI: COBREROS MENDAZONA; E. "Los Tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud: (estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español)": Instituto Vasco de Administración Pública = Herri-Arduralaritzaren Euskal Erakundea, 1988. X y ALENZA GARCÍA JF, "La vacunación obligatoria de los ciudadanos y el deber de vacunar de la Administración" en Alenza García JF, Arcos Vieira ML, (dir.), "Nuevas perspectivas jurídico-éticas en Derecho Sanitario", Aranzadi; Cizur Menor (Navarra), 2013, ps. 29-50.

(44) Ley 28.010, Ley general de vacunación.

en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que consagra la obligación estatal de adoptar medidas para proporcionar inmunización contra las enfermedades infecciosas y prevenir las enfermedades epidémicas y endémicas **(45)**. Es más, la Ley General de Salud explícitamente dispone: "Solo por razones médicas o biológicas podrá establecerse excepciones a la vacunación y revacunación obligatorias, establecida por la Autoridad de Salud de nivel nacional" **(46)**.

a. Suspensión de trabajos o servicios **(47)**. Transitoriamente, y solo por razones de salud pública, la Autoridad de Salud puede restringir, la realización de actividades de producción de bienes y servicios y las de comercio, así como el tránsito de personas, animales, vehículos, objetos y artículos que representen un grave riesgo para la salud de la población **(48)**.

b. Emisión de mensajes publicitarios que adviertan de peligros de daños a la salud de la población.

c. Cierre temporal o definitivo de empresas o sus instalaciones, lo cual incluye centros que han sido contaminados o con cuya concurrencia pueden provocar el contagio **(49) (50)**.

d. Suspensión o cancelación de habilitación o autorización sanitarias de importación.

e. Transitoriamente restringir, la realización de actividades de producción de bienes y servicios, y las de comercio, así como el tránsito de personas, vehículos, objetos y artículos que representen grave riesgo para la salud **(51)**.

f. Realización acciones de fiscalización en cualquier inmueble **(52)**, además de tomar muestras y realizar cualquier prueba.

g. Otras que se consideren pertinentes. Esta es una cláusula general de apoderamiento de atribuciones que permite, por ejemplo, dictar otras medidas como pueden ser la de "distan-

(45) Art. 10. Derecho a la Salud. 1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. 2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados parte se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho: a. la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad; b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado; c. la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole; e. la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y f. la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.

(46) LGS art. 80.

(47) 9.2 En el transporte interprovincial de pasajeros, durante el estado de emergencia, se dispone la suspensión del servicio, por medio terrestre, aéreo y fluvial.

(48) LGS art. 84.

(49) Es lo que se dispuso para las actividades en los centros educativos de todo nivel mediante el D.U. No. 008-2020-SA, articulo 2.1.2.

(50) Art. 7.- Restricciones en el ámbito de la actividad comercial, actividades culturales, establecimientos y actividades recreativas, hoteles y restaurantes 7.1. Dispóngase la suspensión del acceso al público a los locales y establecimientos, a excepción de los establecimientos comerciales minoristas de alimentación, bebidas, productos y bienes de primera necesidad, establecimientos farmacéuticos, médicos, ópticas y productos ortopédicos, productos higiénicos, grifos y establecimientos de venta de combustible. Se suspende cualquier otra actividad o establecimiento que, a juicio de la autoridad competente, pueda suponer un riesgo de contagio. 7.2 La permanencia en los establecimientos comerciales cuya apertura esté permitida debe ser la estrictamente necesaria para que los consumidores puedan realizar la adquisición de alimentos y productos de primera necesidad, quedando suspendida la posibilidad de consumo de productos en los propios establecimientos. En todo caso, se deben evitar aglomeraciones y se controla que consumidores y empleados mantengan la distancia de seguridad de al menos un metro a fin de evitar posibles contagios. 7.3 Se suspende el acceso al público a los museos, archivos, bibliotecas, monumentos, así como a los locales y establecimientos en los que se desarrollen espectáculos públicos, actividades culturales, deportivas y de ocio. 7.4 Se suspenden las actividades de restaurantes y otros centros de consumo de alimentos. 7.5 Asimismo, se suspenden los desfiles, fiestas patronales, actividades civiles y religiosas, así como cualquier otro tipo de reunión que ponga en riesgo la salud pública.

(51) LGS art. 84.

(52) LGS art. 128.

cia social" que implica limitar el acercamiento físico de las personas en su vida ordinaria **(53)**, prohibir reuniones de personas, obligar a tomar distancia de las personas en lugares públicos, evitar saludos físicos, etc. También puede permitir en el plano externo, prohibir el ingreso de determinados países focos de contagio, el cierre de fronteras **(54)** o exigir a los ingresantes declaraciones juradas sobre su estado físico **(55)** o certificaciones de vacunas.

IV. ¿El ejercicio de estas medidas de seguridad necesita alguna declaración previa?

No. La LGS las habilita como atribución propia de la autoridad sanitaria sin necesidad de requerir alguna declaración adicional o aprobación de Estado de Emergencia.

Por ende, el ejercicio de estas facultades no requiere que previamente se dicte un Estado de Emergencia Sanitaria. Recordemos que existen el decreto legislativo 1156 y su reglamento aprobado por D.S. No. 007-2014-SA creando un marco legal para que el Ministerio de Salud pueda declarar la Emergencia Sanitaria destinada a garantizar el servicio público de salud en los casos en que exista un riesgo elevado o daño a la salud y la vida de las poblaciones o la existencia de un evento que interrumpa la continuidad de los servicios de salud, en el ámbito nacional, regional o local.

Tampoco es indispensable contar para la ejecución de estas medidas ni el asentimiento del afectado ni obtener mandato judicial previo **(56)**.

V. ¿Los afectados pueden reclamar indemnizaciones por el daño patrimonial que las medidas les pueden afectar?

En principio no, son medidas de limitación de derechos que estamos obligados a acatar y a soportar en aras del bien común. Solo si fueran de dictadas de manera desproporcional o por duración excesiva, podría pensarse en algún reclamo.

Como bien afirma Marienhoff refiriéndose en general sobre las medidas de policía administrativa, "el ejercicio del poder de policía por sí solo, no da lugar a resarcimiento; vale decir, el ejercicio del poder de policía, por si, no genera responsabilidad del Estado por los perjuicios que de ello resulten, pues tales supuestos perjuicios no significan otra cosa que efectos de las licitas y normales limitaciones al respectivo derecho del administrado: menoscabos semejantes no constituyen jurídicamente daños resarcibles" **(57)**.

(53) D.S. No. 044.2020-PCM. Art. 7. Restricciones en el ámbito de la actividad comercial, actividades culturales, establecimientos y actividades recreativas, hoteles y restaurantes. 7.2 La permanencia en los establecimientos comerciales cuya apertura esté permitida debe ser la estrictamente necesaria para que los consumidores puedan realizar la adquisición de alimentos y productos de primera necesidad, quedando suspendida la posibilidad de consumo de productos en los propios establecimientos. En todo caso, se deben evitar aglomeraciones y se controla que consumidores y empleados mantengan la distancia de seguridad de al menos un metro a fin de evitar posibles contagios.

(54) Art. 8, cierre temporal de fronteras 8.1 Durante el estado de emergencia, se dispone el cierre total de las fronteras, por lo que queda suspendido el transporte internacional de pasajeros, por medio terrestre, aéreo, marítimo y fluvial. Esta medida entra en vigencia desde las 23.59 horas del lunes 16/03/2020.8.2 Antes de esta fecha, los pasajeros que ingresen al territorio nacional deben cumplir aislamiento social obligatorio (cuarentena) por quince días calendario.

(55) Es lo que se aprobó inicialmente para los viajeros provenientes de países de expansión de la epidemia mediante el DS No. 008-2020-SA, art. 2.1.1.

(56) Este último es el caso de España, en que serán los jueces del contencioso son quienes autorizan o ratifican cada medida sanitaria que la autoridad administrativa quiera ejecutar. El articulo respectivo de Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa establece lo siguiente: Art. 8. 1.(...) 6. Conocerán también los Juzgados de lo Contencioso-administrativo de las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la administración pública, salvo que se trate de la ejecución de medidas de protección de menores acordadas por la Entidad Pública competente en la materia. Asimismo, corresponderá a los juzgados de lo contencioso-administrativo la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental.

(57) MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", Abeledo Perrot, 6ª ed. actualizada, t. V, p. 547.

La base en nuestro derecho patrio para esta conclusión es el art. 260 del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General, que establece como regla la no responsabilidad patrimonial de la administración por los daños directos e inmediatos causados por los actos de la Administración cuando hubiere actuado razonable y proporcionalmente en defensa de la vida de las personas. Dicho artículo es el siguiente:

"Art. 260. Disposiciones Generales

"260.1. Sin perjuicio de las responsabilidades previstas en el derecho común y en las leyes especiales, las entidades son patrimonialmente responsables frente a los administrados por los daños directos e inmediatos causados por los actos de la Administración o los servicios públicos directamente prestados por aquellas.

"260.2. En los casos del numeral anterior, no hay lugar a la reparación por parte de la Administración, cuando el daño fuera consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho, determinante del administrado damnificado o de tercero. Tampoco hay lugar a reparación cuando la entidad hubiere actuado razonable y proporcionalmente en defensa de la vida, integridad o los bienes de las personas o en salvaguarda de los bienes públicos o cuando se trate de daños que el administrado tiene el deber jurídico de soportar de acuerdo con el ordenamiento jurídico y las circunstancias".

Es decir, los perjuicios que los afectados incorporen a su patrimonio derivados de las medidas de cuarentena, aislamiento, cierre de locales y similar, no pueden ser trasladados a la Administración.

Esta regla, tiene su excepción si la medida adoptada se hubiese dictado de manera irrazonable o desproporcionada en cuanto su intensidad o duración o afectado el principio de igualdad de los ciudadanos, es decir se trate de una medida discriminatoria en contra de algún ciudadano **(58)**. La propia Ley General de Salud así lo establece al declarar que entre todas las medidas a adoptase la autoridad prefiere aquella medida que, siendo eficaz para su finalidad, menos perjudiquen la libertad personal, el patrimonio o la libertad de empresa (art. 32, LGS).

Ya lo estableció hace dos siglos Fleiner: "Es función de la policía tomar las medidas necesarias para la conservación y la seguridad del orden público. La limitación de la libertad individual no debe exceder jamás de la medida absolutamente necesaria. La policía no debe andar a cañonazos con los gorriones. Si, por ejemplo, un fondista expende aguardientes, infringiendo la licencia por venta de bebidas, la policía no puede, sin más, clausurar la fonda, pues para lograr su fin dispone de otros medios más suaves y adecuados (medios coactivos administrativos). El remedio más enérgico ha de ser siempre la *ultima ratio*. La intervención gubernativa ha de ser proporcionada a las circunstancias" **(59)**.

VI. Conclusiones

1. Desde los orígenes del derecho administrativo, ha estado presente el estudio de las distintas formas de intervención jurídica de la administración sobre los derechos de los ciudadanos para proteger la salud pública. Esta policía sanitaria tiene varias manifestaciones. Siendo las más relevantes, según el momento en el actúa (policía sanitaria previa o represiva), según el ámbito territorial que comprende (policía sanitaria interna o exterior) y por el bien jurídico protegido (policía sanitaria humana, animal o vegetal, también conocida como policía agraria).

(58) Un ejemplo de esta responsabilidad patrimonial de la administración por perjuicios que genere a privados por acciones licitas pero que el ciudadano no tiene el deber de soportar por discriminadora aun en entornos de crisis de Estado, es el deber de indemnizar a los afectados por requisiciones y transferencias de sus bienes en favor del Estado en estado de movilización nacional. Al respecto, el art. 30 de la Ley de Movilización Nacional 28.101. Art. 30. Restitución de Bienes. Concluida la situación de emergencia se procederá, según sea el caso, a la restitución de los bienes transferidos, requisados o intervenidos, a sus respectivos propietarios en el estado en que se encuentren, sin perjuicio de la indemnización que pudiera corresponder por el deterioro, daño o pérdida total o parcial de los mismos, de conformidad con las disposiciones legales vigentes.

(59) FLEINER, Fritz, "Instituciones de Derecho Administrativo", Editorial Labor SA, 1933 (Traducción de la 8ª ed. alemana), p. 324.

2. Un componente esencial de esta policía sanitaria son las medidas de seguridad que puede disponer para proteger el derecho a la salud pública y tienen como característica jurídica más importantes ser limites explícitos ordinarios constitucionalmente admitidos para restringir, mediante decisión ejecutoria de la autoridad administrativa, los derechos a la inviolabilidad de domicilio, a la libertad de tránsito y de residencia, así como el de reunión.

3. En el derecho peruano, las medidas de seguridad sanitaria actúan en tres distintos momentos en que la salud del pueblo pueda encontrarse: mientras se sospecha de su posible presencia, durante su propagación, y cuando cesa, para evitar su reiteración.

4. Las medidas de seguridad habilitadas legales a las autoridades son: el aislamiento, cuarentena o aislamiento social obligatorio preventivo, la observación personal, la Vacunación de personas; la suspensión de trabajos o servicios privados, la emisión de mensajes publicitarios que adviertan de peligros de daños a la salud de la población, el cierre temporal o definitivo de empresas o sus instalaciones, lo cual incluye centros que han sido contaminados o con cuya concurrencia pueden provocar el contagio, la suspensión o cancelación de habilitación o autorización sanitarias de importación, realización de actividades de producción de bienes y servicios, y las de comercio, así como el tránsito de personas, vehículos, objetos y artículos que representen grave riesgo para la salud, realización acciones de fiscalización en cualquier inmueble, además de tomar muestras y realizar cualquier prueba y otras que se consideren pertinentes (distancia social, prohibir el ingreso de personas provenientes de determinados países focos de contagio, el cierre de fronteras o exigir a los ingresantes declaraciones juradas sobre su estado físico o certificaciones de vacunas).

5. Dichas medidas, según la realidad individual o general sobre la que deben ser aplicadas puede tomar la forma de actos administrativos singulares, actos administrativos generales o reglamentos, pero en todos los casos serán de inmediata ejecución. No requieren contar previamente con una declaración de estado de emergencia, el asentamiento del afectado ni obtener autorización judicial previa.

6. La autoridad cuenta para adoptar las medidas con discrecionalidad técnica que comprende el análisis de los siguientes aspectos: i) análisis de riesgo inminente; ii) proporcionalidad del contenido y de la duración de la medida con los fines perseguidos; iii) menor afectación posible a los derechos constitucionales limitados (reunión, libre tránsito y fijación de residencia); iv) contar con base científica suficiente, v) principio de precaución; y, vi) satisfacer el test de igualdad de modo que la limitación sea aplicable de manera similar para todos los ciudadanos en situación de riesgo.

7. En principio, las medidas de seguridad sanitaria son costos que estamos llamados a soportar los ciudadanos ya que atienden a una situación de fuerza mayor por lo que no generan obligación de resarcimiento en cabeza del Estado. Esta responsabilidad patrimonial puede producirse si la medida fuera desproporcional, de duración excesiva o generara una aflicción individualizada de efecto discriminador contra el afectado.

Demandabilidad directa en el proceso contencioso-administrativo de la provincia de Buenos Aires: ¿ficción o realidad?

Juan Pablo Perrino

Sumario: I. Introducción.— II. La reglamentación del tránsito previo por la vía administrativa en la provincia de Buenos Aires (según la Constitución provincial, el CCA y la jurisprudencia).— III. Crítica a la actual regla de la demandabilidad directa.— IV. Conclusión.

I. Introducción

A pesar de que han transcurrido más de veinte años desde que el fuero Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires comenzó a funcionar y a aplicar el Código Contencioso Administrativo (CCA), existe un importante número de situaciones en las cuales no resulta claro si es posible demandar directamente a la Provincia de Buenos Aires o a alguno de los municipios bonaerenses, conforme a la regla general establecida en el art. 166 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, o si, en cambio, corresponde agotar la vía administrativa, y en este supuesto, cuál es la forma de concretarlo. P. ej., esto sucede cuando el particular no pretende cuestionar un acto administrativo que le genera un gravamen, sino que requiere que la Administración cumpla con alguna prestación u obligación de naturaleza contractual o legal que se considera incumplida. Esta problemática es sumamente relevante ya que, la incertidumbre y la falta de claridad sobre cómo demandar a la Administración socava el principio de tutela judicial efectiva **(1)**.

Entendemos que la causa de la falta de certeza sobre los puntos mencionados es múltiple. Por un lado, ello se debe a que el tránsito previo por la vía administrativa está regido por dos normas que ofrecen soluciones contradictorias (art. 166, *in fine* de la Constitución Provincial y art. 14 del CCA) y, a pesar de que ambas son de distinta jerarquía, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (SCBA) no se ha expedido expresa y claramente sobre cómo debe resolverse esa antinomia. A ello, se suma que los tribunales locales han elaborado una doctrina jurisprudencial sobre este tema que no responde íntegramente a ninguna de estas normas y que, además, en algunos casos vincula erróneamente el tránsito previo por la vía administrativa con la configuración de un caso o controversia. Para peor, este criterio jurisprudencial no ha sido íntegramente sistematizado, ni por los tribunales, ni por la doctrina **(2)**.

(1) Sobre el principio de la tutela judicial efectiva, ver CASSAGNE, Juan Carlos, "Los grandes principios del derecho público constitucional y administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 443; PERRINO, Pablo E., "El derecho a la tutela judicial efectiva", Revista de Derecho Público, 2003-1, Proceso Administrativo-I, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 267.

(2) Existen trabajos que han analizado aspectos puntuales de la problemática. V.gr., ver LAMOGLIA, Marcelo, "Consideraciones sobre la habilitación de instancia en el proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires", en ÁVALOS, Eduardo (coord.), Habilitación de instancia en lo contencioso administrativo, Ed. Advocatus, Córdoba, 2007, p. 335; ISACCH, Simón, "Pretensión de reconocimiento versus pretensión impugnatoria en el proceso contencioso-administrativo bonaerense. Su necesario deslinde y los meros pronunciamientos", RDA

A ello se agrega un dato más: si bien es posible acceder a una gran cantidad de sentencias de las cámaras de apelación regionales a través de la Mesa de Entrada Virtual, es difícil conocer el criterio de estos órganos porque sus sentencias prácticamente no son publicadas sistemáticamente en ningún reportorio que las organice o facilite su búsqueda.

Las consecuencias de este problema son evidentes: los abogados (incluso los más conocedores de la jurisprudencia del fuero contencioso) suelen titubear muchas veces a la hora de recomendar a sus clientes que demanden directamente a la Administración, sin antes deducir un reclamo o recurso en sede administrativa **(3)**. Y ello, atenta contra el principio constitucional de acceso a la justicia y de la seguridad jurídica que constituye un presupuesto basal del estado de derecho **(4)**. Por un lado, la afectación del derecho a acceder a la justicia se patentiza en el hecho de que muchos litigantes, por temor a que su pretensión sea declarable inadmisible, terminan iniciando reclamos administrativos innecesarios que únicamente dilatan su derecho de ocurrir ante un tribunal en procura de justicia **(5)**. No son pocos los casos en que la mejor (o única) forma de proteger los intereses de un particular es acudir ante un órgano judicial y el tránsito previo por la instancia administrativa no importa otra cosa más que un dispendio de tiempo y dinero y, en consecuencia, posterga inútilmente el acceso a la tutela judicial efectiva hasta el punto de frustrarlo por completo **(6)**. Por su parte, la seguridad jurídica se ve comprometida por la misma existencia de una manifiesta contradicción de dos normas jurídicas no resuelta por los jueces **(7)** y porque los abogados encuentran muy dificultoso predecir el criterio que los tribunales aplicarán para decidir sobre la admisibilidad de sus pretensiones **(8)**.

2020-129, AR/DOC/1447/2020; LÓPEZ, Mariano M. C., "El agotamiento de la vía administrativa en la Provincia de Buenos Aires (con especial énfasis en el fuero contencioso administrativo)", RDA 2014-93, 05/05/2014, 761; FLORES, Álvaro A., "La pretensión de reconocimiento o restablecimiento de derechos en el proceso contencioso administrativo bonaerense", Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, 48-2018, año 15, p. 15; DIANA, Nicolás, "Apuntes sobre los requisitos de admisibilidad de la demanda contencioso-administrativa en la Provincia de Buenos Aires", en ÁVALOS, Eduardo, ob. cit., p. 374.

(3) Ver, p. ej., como Flores, luego de sostener que cuando la pretensión de reconocimiento o restablecimiento de derechos no está acompañada de una pretensión anulatoria rige el principio de demandabilidad directa, recomienda —por las dudas— "para garantizar el éxito del examen de admisibilidad (...) cumplimentar con la carga de exponer —sin perjuicio de que el CCA no lo ordena— la clara conducta de la demanda que haga presumir la ineficiencia de acudir previamente a la Administración y que, por ende, se erija como una carga excesiva o inútil (conf. art. 14, inc. b, CCA)" (FLORES, ob. cit., p. 29).

(4) SPOTA, Alberto A., "El abogado y la seguridad jurídica", LA LEY 1990-E, 895; SCBA, "Álvarez, Rodolfo A. c. Provincia de Buenos Aires (Poder Judicial) s/ demanda contencioso-administrativa", causa B 51.661, 23/03/1993; "Delledonne, Jorge A. c. Municipalidad de San Vicente s/ demanda contencioso administrativa"; B 60.104, 29/08/2007.

(5) Sobre el problema de las normas jurídicas complejas y el acceso a la justicia, ver CAPPELLETTI, Mauro — GARTH, Bryant, "Acceso a la justicia: movimiento mundial para la efectividad de los derechos. Informe general", traducido por Samuel Amaral, Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata, La Plata, 1983, p. 175.

(6) SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, "Principios de Derecho Administrativo", Ed. Centros de Estudio Ramón Areces SA, Madrid, 2000, 2ª ed., t. II, p. 673. Tal como ha explicado Santamaría Pastor con relación a la interposición de recursos administrativos obligatorios, pero aplicable a cualquier tipo de reclamación administrativa obligatoria: "la necesidad de interponer previamente un recurso administrativo supone para el particular una demora en la posibilidad de acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa; lo cual no solo entraña un retardo de la posibilidad de ver satisfechas sus pretensiones, sino, lo que es más grave, la apertura de un período de tiempo durante el cual la Administración puede poner en ejecución el acto impugnado, creando un estado de cosas que haga inútil, de hecho, el ulterior recurso lo que se posibilita si se tiene en cuenta que, por regla general, el recurso no suspende dicha ejecución); (...) pero, además, la intercalación de un recurso administrativo, que ha de interponerse por imperativo legal en un plazo sumamente breve supone un riesgo añadido para los particulares recurrentes, a los que un retraso en la interposición del recurso impide por completo el ulterior acceso al recurso judicial". En el mismo sentido, ver GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo — FERNÁNDEZ, Tomás R., "Curso de Derecho Administrativo", Ed. Civitas, Madrid, 1993, 4ª ed., t. II, p. 509.

(7) CUETO RÚA, Julio C., "Seguridad jurídica", LA LEY 1994-A, 742; SAGÜÉS, Néstor P., "Seguridad jurídica y confiabilidad en las instituciones judiciales", LA LEY 1996-E, 957; BOBBIO, Norberto, "Teoría General del Derecho", Ed. Temis, Bogotá, 1992, p. 207.

(8) Explican los autores que para que exista seguridad jurídica es necesario poder predecir o prever las conduc-

Por ello, este trabajo tiene dos objetivos. Primero, realizar una sistematización lo más precisa posible de las reglas jurisprudenciales que rigen el tránsito previo por la vía administrativa previa en la Provincia de Buenos Aires, especialmente para los casos en que no existe acto administrativo que genere un real gravamen al actor. Estos últimos supuestos (a los que, según la jurisprudencia, no se les aplica la exigencia de agotar la vía en los términos expresados en el art. 14 del CCA) son los que generan mayores complicaciones.

En segundo lugar, haremos una crítica de tres aspectos de la regla que rige la admisibilidad de las pretensiones contencioso administrativas, los cuales, a nuestro juicio, comprometen la plena vigencia del principio general de acceso a la justicia en el fuero contencioso de la Provincia de Buenos Aires, a saber: (a) la neutralidad y ausencia de pronunciamiento acerca de la antinomia existente entre el art. 166, *in fine* de la Constitución Provincial y el art. 14 del CCA; (b) el criterio jurisprudencial en virtud del cual, una vez iniciado un reclamo previo o recurso, el particular el particular debe agotar la instancia, tal como si estuviese impugnando un acto administrativo que le genera un gravamen **(9)**; y (c) la doctrina que considera que en algunas circunstancias, para configurar un caso o controversia, es necesario transitar previamente por la vía administrativa. Veremos que, en definitiva, estos criterios jurisprudenciales provocan un retroceso hacia el proceso contencioso administrativo basado en el dogma revisor, el cual, como ha sostenido Cassagne, resulta incompatible con los principios de la tutela judicial efectiva y de división de poderes **(10)**.

II. La reglamentación del tránsito previo por la vía administrativa en la provincia de Buenos Aires (según la Constitución provincial, el CCA y la jurisprudencia)

Como es sabido, principalmente dos normas regulan el tránsito previo por la vía administrativa en la provincia de Buenos Aires: por un lado, el art. 166, última parte, de la Constitución Provincial y, por otro, el art. 14 del CCA. Conforme reconocen los mismos tribunales locales **(11)** y la doctrina especializada **(12)**, el primero establece que, como regla general, po-

tas de los órganos estatales y, particularmente, las de los órganos judiciales. Ver, SAGÜÉS, Néstor P., ibid.; CASSAGNE, Juan Carlos, "La seguridad jurídica en las provincias", LA LEY 2001-F, 1109; BROCK, Beau J., "Mr. Justice Antonin Scalia: A Renaissance of Positivism and Predictability in Constitutional Adjudication", 51 La. L. Rev. (1991). Especialmente destacamos que el problema se ve agravado por la dificultad para buscar sentencias de las cámaras de apelaciones regionales. Como explica Luqui, hace a la seguridad jurídica que los individuos conozcan tanto las "normas" (lo cual debe entenderse como todo acto de contenido materialmente legislativo) como la "jurisprudencia": "la seguridad jurídica sustancial no se limita a asegurar que los individuos tengan la posibilidad de conocer las normas jurídicas y la jurisprudencia, sino a garantizar la efectiva realización del derecho, para lo cual es necesario que se cumpla con los presupuestos propios de un Estado de derecho, a fin de alcanzar la justicia, raíz esencial de lo jurídico" (LUQUI, Roberto E., "La jurisprudencia y la seguridad jurídica", LA LEY 2012-E, 1327).

(9) Con la expresión "actos administrativos que generen un gravamen" o "de gravamen" nos referimos a aquellos actos dictada en ejercicio de función administrativa que alteran la situación jurídica del particular en su perjuicio.

(10) CASSAGNE, Juan Carlos, "La tutela judicial efectiva", en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), Tratado general de derecho procesal administrativo, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, 2ª ed., t. I, p. 136.

(11) SCBA, "Gaineddu, Juan Daniel c. Provincia de Buenos Aires (Ministerio de Seguridad) s/ demanda contencioso-administrativa", causa B.64.553, 23/04/2003, JA 2003-III-252. En la misma línea, ver "Mreued, Félix c. Provincia de Buenos Aires (Policía) s/ demanda contencioso-administrativa", causa B. 52.174, 22/11/2006; "Zancochia, Ángel D. c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ pretensión de restablecimiento o reconocimiento de derechos. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", causa A 70.210, 29/08/2018; "Peralta, Héctor D. c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ demanda contencioso-administrativa", causa B 67.133, 25/09/2019.

(12) TRIBIÑO, Carlos R., "Requisitos de admisibilidad en causas contencioso administrativas bonaerenses", Librería Editora Platense, La Plata, 2016, p. 25; CASSAGNE, Juan Carlos — PERRINO, Pablo E., "El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo en la Provincia de Buenos Aires", Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, 1ª ed., p. 219: SORIA, Daniel F., "El agotamiento de la vía en el proceso administrativo de la Provincia de Buenos Aires", RDA, 24-26, 1997, Ed. Depalma, Buenos Aires, AR/DOC/8452/2012; D'ARGENIO, Inés A., "La articulación de un pedimento ante la autoridad administrativa como excepción a la directa demandabilidad estatal: una resolución judicial sin precedentes", JA 2003-III-252; MILANTA, Claudia A. M., "Proceso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires", en BOTASSI, Carlos Alfredo (dir.), Derecho administrativo, Ed. Edulp, Buenos Aires, 2017, t. II, p. 33.

drá demandarse directamente a la Administración y únicamente será necesario agotar la vía administrativa en los casos en que (excepcionalmente) el legislador lo establezca. El segundo prescribe como regla general que siempre debe agotarse la vía administrativa salvo ciertos casos allí enumerados.

Por su parte, en la práctica, los tribunales locales no se han ceñido estrictamente a ninguna de las normas, sino que han elaborado una doctrina propia que las sintetiza en una regla "intermedia". Tal como veremos, la regla jurisprudencial sobre el tránsito previo por la vía administrativa puede simplificarse del siguiente modo: es admisible demandar directamente a un ente que ejerce funciones administrativas (es decir, que no es necesario deducir un reclamo previo, ni agotar la vía a través de un acto administrativo emitido por la autoridad con competencia resolutoria final o configurar el silencio administrativo) cuando (a) se deduce una pretensión que no requiera analizar la validez de un acto administrativo; (b) el actor no planteó previamente su pretensión en sede administrativa; y (c) no obstante ello, exista un caso o controversia, lo cual —según esta doctrina— requiere que la Administración haya manifestado su "voluntad institucionalizada" en sentido contrario a la pretensión del actor antes de trabar la litis.

Con este criterio intermedio los tribunales se apartan del texto del art. 14 del CCA, sin declarar su inconstitucionalidad.

Seguidamente, repasaremos 1) la regla del art. 166 de la Constitución Provincial, 2) el principio establecido en el art. 14 del CCA, 3) la manifiesta incompatibilidad entre ambas disposiciones y 4) las reglas que se desprenden de los pronunciamientos judiciales.

II.1. El último párrafo del art. 166 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires y el principio de demandabilidad directa

En el último párrafo del art. 166 de la Constitución Provincial reformada en el año 1994 **(13)** se consagró el principio de la demandabilidad directa de los entes que ejercen función administrativa, al encomendarse al legislador la determinación de los supuestos concretos en que resulte obligatorio agotar la vía administrativa **(14)**. Textualmente establece:

"Los casos originados por la actuación u omisión de la Provincia, los municipios, los entes descentralizados y otras personas, en el ejercicio de funciones administrativas, serán juzgados por tribunales competentes en lo contencioso administrativo, de acuerdo con los procedimientos que determine la *ley*, la que *establecerá los supuestos en que resulte obligatorio agotar la vía administrativa*" (el destacado es propio).

(13) Para un análisis sobre los antecedentes de la reforma constitucional, ver SORIA, Daniel F., "Bases constitucionales del Proceso Administrativo Bonaerense. Apuntes preliminares a propósito de la reforma a la Constitución de la Provincia de Buenos Aires", RAP, 196, 1995, ps. 5 y ss.

(14) La exigencia de transitar por la vía administrativa en forma previa a la deducción de la demanda generalmente se materializa (a grandes rasgos) a través de dos institutos: el agotamiento de la vía administrativa y el reclamo previo similar al consagrado en el art. 30 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (dec.-ley 19.549/1972) o en la Ley Nacional 3952. Agotar la vía "significa utilizar todos los recursos administrativos obligatorios para impugnar un acto administrativo emitido por un funcionario de jerarquía inferior, a fin de que aquellos puedan ser resueltos por la autoridad máxima de la organización jerárquica" (BARRAZA, Javier Ignacio, "El agotamiento de la vía administrativa y los fundamentos de su obligatoriedad", LA LEY 2010 [octubre], 979). En los sistemas que siguieron al modelo español de la Ley Santamaría de Paredes de 1888 que preveían un proceso contencioso administrativo revisor de actos administrativos (p. ej., la ley 2961 en la Provincia de Buenos Aires de acuerdo con la interpretación realizada por la SCBA), la exigencia de agotar la vía administrativa lleva implícita en algunos casos la necesidad de deducir un reclamo previo. Ello sucede cuando el particular pretende llevar a juicio a la Administración por una omisión material o una actuación no formalizada en un acto administrativo. Para poder acceder a la instancia judicial, el particular debe deducir un reclamo en sede administrativa para luego, si es rechazado por un acto que no emana del órgano con competencia final en la materia, deducir un recurso jerárquico a fin de agotar la vía administrativa. Ver, AGUILAR VALDEZ, Oscar R., "El agotamiento de la vía administrativa", en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), Tratado general de derecho procesal administrativo, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, 2ª ed., t. I, p. 815; CASSAGNE, Juan Carlos, "Subsistencia de la regla del agotamiento de la vía administrativa", LA LEY 2011-D, 1137; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "El agotamiento de la vía administrativa", RDA 2015-101.

Se ha sostenido que, en abstracto, el texto transcripto podría interpretarse de dos formas contrapuestas: (a) que la reforma constitucional ha reforzado la condición sustantiva del agotamiento en este tipo de procesos, aunque limitada a los casos enumerados por la ley; o (b) que la reforma se ha inclinado a "favor de la extensión e intensificación del enjuiciamiento de las contiendas administrativas (...) y del control judicial de la Administración" **(15)**. También se ha postulado que del texto constitucional no surge ni que el tránsito previo por la vía administrativa sea la regla general, ni la excepción **(16)**.

Sin embargo, es innegable que el constituyente ha definido indirectamente que, como regla general, es innecesario agotar la vía administrativa. A nuestro juicio, ello se desprende del párrafo transcripto al afirmar que es el legislador quien deberá establecer "los supuestos" en los que debe agotarse la vía administrativa. Indudablemente esto significa, primero, que para todos los supuestos que el legislador no haya impuesto el tránsito previo por la vía administrativa (casos residuales), rige el principio de demandabilidad directa **(17)**. En segundo lugar, implica que el legislador deberá indicar concretamente cuáles son los casos específicos en los que se debe agotar la vía administrativa. Podemos pensar que si el convencional hubiese pretendido establecer el principio opuesto (que el agotamiento fuese la regla general salvo los casos en que el legislador establezca lo contrario), el texto del art. 166 hubiese dispuesto: "el legislador establecerá los casos en los que no será necesario agotar la vía administrativa". Y si el convencional no hubiese querido fijar regla alguna sobre la materia podría haber prescripto simplemente: "el legislador reglamentará el agotamiento de la vía administrativa". El texto elegido por el constituyente demuestra una clara postura a favor de la demandabilidad directa como regla general.

Este modo de interpretar el art. 166 de la Constitución Provincial es coherente con "la constitucionalización de la tutela judicial efectiva, así como la garantía de acceso irrestricto a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 15, Const. Pcial.)" **(18)**. En el mismo sentido, Cassagne y Perrino sostienen que la modificación constitucional ha implicado "la superación del carácter revisor que se atribuía a la jurisdicción contencioso-administrativa cuyo proceso no se concibe ya como un proceso al acto (...) sino vinculado a casos originados por la actuación de la Provincia, sus entes públicos y personas asimiladas a ellos" **(19)**.

A su vez, ese ha sido el criterio receptado por los tribunales provinciales. Desde el conocido precedente "Gaineddu" de 2003, al analizar el art. 166 de la Constitución Provincial, la SCBA ha sostenido que "el tránsito por vías administrativas —ora la reclamación ante la autoridad, ora el procedimiento recursivo en la misma sede— ha de tener cabida, *como excepción a la directa demandabilidad estatal, en aquellas hipótesis expresamente requeridas por un enunciado normativo de rango legal"* (el destacado me

(15) SORIA, Daniel F., "El agotamiento de la vía...", ob. cit.

(16) HUTCHINSON, Tomás, "Introducción" en HUTCHINSON, Tomás (dir.), Código Procesal Contencioso Administrativo, Ed. Scotti, Avellaneda, 2005, p. 28. El autor afirma: "A poco que se lea sin apasionamiento y sin ideología la norma constitucional surge que no se pronuncia ni porque la vía previa administrativa sea excepcional ni porque sea la regla". Luego, en una nota aclara: "A lo sumo para que se cumpla con su espíritu debe haber por lo menos un caso que sea obligatorio o un caso que no lo sea".

(17) MARTIARENA, Juan José, "Fundamentos constitucionales del proceso administrativo en la Provincia de Buenos Aires", JA 2000-III-1086, cita online: 0003/007708 ("debe sostenerse como principio que el texto constitucional solo admite que excepcionalmente se exija el 'agotamiento de la vía administrativa' y que la regla es su innecesariedad").

(18) SORIA, Daniel F., "El agotamiento de la vía...", ob. cit. No puede perderse de vista que el autor citado ha sido el autor del proyecto de reforma que sirvió de antecedente a la disposición en estudio (SORIA, Daniel F., "Bases constitucionales del Proceso...", ob. cit., p. 5).

(19) CASSAGNE, Juan Carlos — PERRINO, Pablo E., "El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo...", ob. cit., p. 20; CASSAGNE, Juan Carlos, "Lineamiento generales del Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires en el marco de la tutela judicial efectiva", en CASSAGNE, Juan C. — GORDILLO, Agustín A. (dirs.), El nuevo proceso contencioso administrativo de la provincia de Buenos Aires, Ed. Platense, 2ª ed., p. 24.

pertenece) **(20)**. En general, los tribunales provinciales han reiterado este pasaje en sus sentencias **(21)**.

II.2. El texto actual del art. 14 del CCA y la interpretación realizada en los fundamentos de la ley 13.101

El último párrafo del art. 166 de la Constitución Provincial ha sido reglamentado por el art. 14 del CCA. Este artículo, al igual que otras disposiciones del Código Contencioso Administrativo, sufrió una drástica modificación en el año 2003 que ha causado múltiples dificultades interpretativas.

No está de más recordar que la versión original del art. 14 del CCA establecía, en línea con la citada cláusula constitucional, que el agotamiento de la vía administrativa solamente sería exigido en los casos en que expresamente allí se enunciaban, los cuales se vinculaban en su totalidad a la impugnación de actos administrativos. Textualmente, el proemio del art. 14 en su versión original rezaba: "Sin perjuicio de los demás requisitos previstos en el presente código, será necesario agotar la vía administrativa como requisito de admisibilidad de la pretensión procesal, en los siguientes supuestos...". Seguidamente, se exigía el agotamiento de la vía administrativa en casos en los que se solicitaba, básicamente, la anulación de actos de alcance general, actos de alcance particular y actos de aplicación de actos de alcance general y la "reparación de daños y perjuicios, fundada en la nulidad de actos administrativos de alcance particular o general" **(22)**. De este modo, el

(20) SCBA, "Gaineddu, Juan D. c. Provincia de Buenos Aires", 23/04/2003, JA 2003-III-252. En la misma línea, ver "Mreued, Félix c. Provincia de Buenos Aires (Policía) s/ demanda contencioso-administrativa", causa B. 52.174, 22/11/2006; "Zancochia, Ángel D. c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ pretensión de restablecimiento o reconocimiento de derechos. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", causa A 70.210, 29/08/2018; "Peralta, Héctor D. c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ demanda contencioso-administrativa", causa B 67.133, 25/09/2019.

(21) CCALP, "Mostajo, Gualberto H. c. Instituto de Previsión Social (IPS) s/ pretensión restablecimiento o reconoc. de derechos", causa 5232, 05/05/2009 (voto del Dr. Spacarotel al que adhiere la Dra. Milanta); "Etchegoin, Elsa B. c. Consejo Profesional de Agrimensura", 26/06/2007 (voto de Milanta al que adhiere De Santis); CCASN, "Deacon, Rubén A. c. Fisco de la Provincia de Buenos Aires", causa 993/2010, 05/04/2011 (voto de Cebey al que adhiere Schreginger: el art. 166 "sienta una importante directiva cual es el principio de demandabilidad directa, lo que supone que, en caso de duda, tal deba ser la regla"); "Comper SA c. Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios", exp. 22/04, 23/09/2004.

(22) El texto completó del art. 14 del CCA rezaba: "1. Sin perjuicio de los demás requisitos previstos en el presente código, será necesario agotar la vía administrativa como requisito de admisibilidad de la pretensión procesal, en los siguientes supuestos: a) Cuando el objeto de la pretensión consista en la anulación de un acto administrativo de alcance particular, que revista la condición de definitivo y que no emanare de la autoridad con máxima jerárquica superior con competencia resolutoria final o del órgano con competencia delegada por aquella. Si el acto administrativo definitivo hubiera sido dictado por la autoridad jerárquica superior con competencia resolutoria final o por el órgano con competencia delegada, sea de oficio o a con la previa audiencia o intervención del interesado, se considerará que ha agotado la vía administrativa, sin que resulte necesario a tal fin la interposición y decisión, expresa o por silencio, de un recurso administrativo en su contra. En tal supuesto el recurso administrativo, aunque estuviere reglado, se considerará de ejercicio meramente facultativo para el interesado. A todos los efectos previstos en este Código, se asimila a definitivos aquellos actos administrativos que, sin resolver directamente sobre el fondo del asunto debatido, ponen fin al procedimiento, impiden tramitar la petición planteada en sede administrativa o generan indefensión. b) Cuando el objeto de la pretensión consista en la anulación de un acto administrativo de ejecución de otro acto de alcance general o de una ordenanza municipal de tal carácter, cuya impugnación también fuere pretendida. En este supuesto se aplicarán las reglas previstas en el apartado anterior. c) Cuando el objeto de la pretensión consista en la anulación de un acto administrativo de alcance general que no emanare de la autoridad jerárquica superior con competencia resolutoria final o del órgano con competencia delegada por aquella. Deberán seguirse las reglas del apartado a). d) Cuando el objeto de la pretensión consista en la reparación de daños y perjuicios, fundada en la nulidad de actos administrativos de alcance particular o general. En este supuesto serán de aplicación las reglas previstas en el apartado a), sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 20, inc. 2º del presente Código. e) La falta de impugnación directa o su desestimación, de un acto de alcance general o de una ordenanza municipal de tal carácter, impedirá la impugnación de los actos individuales de aplicación. La falta de impugnación de los actos individuales que aplican un acto de alcance general, tampoco impedirá, la impugnación de este, sin perjuicio de los efectos propios de los actos individuales que se encuentren firmes o consentidos. 2. Aun tratándose de pretensiones de anulación, no será necesario agotar la vía administrativa en los siguientes supuestos: a) Cuando mediare una clara conducta de la demandada que haga

art. 14 original exigía agotar la vía administrativa en un acotado universo de casos **(23)**.

Sin embargo, en el año 2003 [antes de que se ponga en funcionamiento el fuero **(24)**] se modificó el art. 14 del CCA mediante la ley 13.101, estableciéndose el principio contrario al consagrado en el art. 166 de la Constitución local **(25)**. En efecto, mediante esta reforma se instituyó como pauta general la obligatoriedad de agotar la vía administrativa salvo en los pocos casos allí enumerados. Por la centralidad de esta norma para el desarrollo del trabajo la transcribimos íntegramente:

"Art. 14: Requisitos de admisibilidad de la pretensión. Supuestos de agotamiento de la vía administrativa.

"1. Sin perjuicio de los demás requisitos previstos en el presente Código, será necesario agotar la vía administrativa como requisito de admisibilidad de la pretensión procesal en todos los casos salvo los siguientes supuestos:

"a) Cuando el acto administrativo definitivo de alcance particular hubiera sido dictado por la autoridad jerárquica superior con competencia resolutoria final o por el órgano con competencia delegada sea de oficio o con la previa audiencia o intervención del interesado.

"b) Cuando mediare una clara conducta de la demandada que haga presumir la ineficacia cierta de acudir a una vía administrativa de impugnación o cuando, en atención a particulares circunstancias de caso, exigirla resultare para el interesado una carga excesiva o inútil. La interposición de la demanda importará la interrupción de los plazos de caducidad para la presentación de los recursos en sede administrativa.

"c) Cuando se impugnare directamente un acto administrativo de alcance general emanado de la autoridad jerárquica superior o del órgano con competencia delegada por aquella.

"d) En los casos previstos en los arts. 12, incs. 4º y 5ºº y 16) del presente Código.

"2. La falta de impugnación directa o su desestimación, de un acto de alcance general, no impedirá la impugnación de los actos individuales de aplicación. La falta de impugnación de los actos individuales que aplican un acto de alcance general tampoco impedirá la impugnación de este, sin perjuicio de los efectos propios de los actos individuales que se encuentren firmes o consentidos".

De la lectura del texto transcripto surge de forma evidente que se ha invertido la regla general prescripta en el art. 166 de la Constitución Provincial: mientras que el art. 166, *in fine*, de

---

presumir la ineficacia cierta de acudir a una vía administrativa de impugnación o cuando, en atención a particulares circunstancias del caso, exigirla resultare para el interesado una carga excesiva o inútil. La interposición de la demanda importará la interrupción de los plazos de caducidad para la presentación de los recursos en sede administrativa. b) Cuando se impugnare directamente un acto administrativo de alcance general emanado de la autoridad jerárquica superior o del órgano con competencia delegada, o una ordenanza municipal. c) En los casos previstos en los arts. 16 [silencio administrativo] y 17 [requisitos de admisibilidad de la pretensión de cese de inactividad material] del presente Código".

(23) PERRINO, Pablo E., "El régimen del agotamiento de la vía administrativa en el nuevo Código Contencioso Administrativo bonaerense", ED 184, 825. En los fundamentos del anteproyecto del Código Contencioso Administrativo se explica que el agotamiento de la vía administrativa "ha sido previsto en supuestos específicos. Ellos son los relativos a las pretensiones de anulación dirigidas contra actos administrativos de alcance particular o general emanados de una autoridad carente de la competencia resolutoria final; la impugnación indirecta de actos de alcance general u ordenanzas municipales de tal carácter (esto es, efectuada a través de la impugnación de los actos administrativos definitivos por los que se les haya dado aplicación); o los referidos a pretensiones de daños y perjuicios, fundadas en la nulidad de actos administrativos de alcance particular o general (...) Las restantes pretensiones han sido excluidas del régimen del agotamiento de la vía administrativa" (Comisión de Reforma al Sistema Procesal Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires [decreto del Gobernador de la Provincia de Buenos Aires 1150/1996], Anteproyecto de Código Procesal Contencioso Administrativo, Ministerio de Gobierno y Justicia de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, 1997, p. 15).

(24) LAMOGLIA, Marcelo, "Consideraciones sobre la habilitación de instancia...", ob. cit., p. 335.

(25) BOTASSI, Carlos A., "Contrarreforma del proceso administrativo bonaerense (inconstitucionalidad parcial de la ley 13.101)", JA 2004-IV-1271; GORDILLO, Agustín A., "Tratado de Derecho Administrativo", Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998, 10ª ed., t. II, p. XIII-9.

la Constitución Provincial establece que no es necesario agotar la vía administrativa salvo que una norma establezca lo contrario, el actual art. 14 del CCA prescribe que debe agotarse la vía administrativa salvo que una norma prescriba lo contrario **(26)**.

Inversamente a lo que insinúa Hutchinson, no se trata de un mero problema semántico con escasas consecuencias prácticas **(27)**. Más allá de que la mera existencia de dos normas contradictorias por sí misma compromete la seguridad jurídica y genera incertidumbre **(28)**, la realidad es que el texto actual del art. 14 del CCA extiende la exigencia de transitar la vía administrativa a una gran cantidad de supuestos que antes quedaban comprendidos en la regla constitucional de la demandabilidad directa.

Nótese que, a tenor del art. 14 del CCA, para que se pueda demandar directamente a la Administración sin realizar previamente ninguna gestión en sede administrativa, la pretensión debería reunir alguna de las siguientes condiciones: (a) ser una pretensión declarativa de certeza prevista en el art. 12, inc. 4º del CCA o de cesación de vías de hecho prevista en el art. 12, inc. 5º del CCA **(29)**; (b) tener por objeto la impugnación de un acto administrativo particular definitivo y que emane de la máxima autoridad con competencia resolutoria en la materia; (c) tener por objeto la impugnación directa de un acto de alcance general que por sí agote la vía administrativa —p. ej., haber emanado de la autoridad jerárquica superior con competencia resolutoria final —; (d) medie el supuesto del silencio administrativo negativo en los términos del art. 16 del CCA **(30)**; o (e) que el tránsito por la vía administrativa resulte un ritualismo inútil.

El texto del art. 14 del CCA no se refiere a los casos en los que el actor cuestiona una actuación material de la Administración o un supuesto de inactividad material (y no pretende la declaración de la nulidad de un acto administrativo que altere su situación jurídica), los cuales, por lo tanto, quedarían comprendidos en la genérica exigencia de agotar la vía administrativa. Tal es lo que ocurre, por ejemplo, en los supuestos en los que se pretende que la Administración dé cumplimiento a una prestación comprometida en el marco de un contrato (generalmente, no efectuar un pago debido), el cese de un estado de inactividad material de la Administración, o la reparación de daños y perjuicios que no hayan sido provocados por un acto administrativo que se reputa ilegítimo (v.gr., responsabilidad por omisión o derivada de la actividad legítima del Estado). Dado que en tales casos la pretensión no involucra acto alguno, para cumplir con la regla del art. 14 del CCA, sería menester deducir un reclamo, interpelación o pedimento en sede administrativa en forma previa a deducir la

(26) CASSAGNE, Juan Carlos, "Lineamientos generales del código contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires en el marco de la tutela judicial efectiva", JA cita online 0003/010641; BOTASSI, Carlos A., "Contrarreforma del proceso administrativo bonaerense...", ob. cit.

(27) HUTCHINSON, Tomás, "Introducción" en HUTCHINSON, Tomás (dir.), Código Procesal Contencioso Administrativo, ob. cit., p. 26. El autor afirma que "analizadas ambas normas parece que no hay demasiadas diferencias en los casos contemplados para exigir la vía en la ley primitiva y los que surgen de la nueva ley (aunque aplique el principio inverso). Por cierto, el problema podrá estar en los no contemplados (v.gr., caso de los daños y perjuicios no derivados de un acto) pero si la norma se aplica con logicidad (sic), no habrá demasiadas diferencias con lo que hubiera ocurrido con la vigencia de la ley reformado". Además, en una nota agrega: "A poco que se analice si bien ha habido un cambio, no son tantos más los casos en que hay que agotar la vía respecto a la norma anterior (interpretada con sentido lógico la nueva norma). Lo que hace parecer tan distinta una norma de la otra son las redacciones de ambos artículos (costumbre argentina de empezar con una declaración de principista y luego establecer excepciones que, a veces, modifican la regla)".

(28) CUETO RÚA, Julio C., "Seguridad jurídica", LA LEY 1994-A, 742; SAGÜÉS, Néstor P., "Seguridad jurídica y confiabilidad en las instituciones judiciales", LA LEY 1996-E, 957. Ver, lo que expondremos en el acáp. 1 del cap. III.

(29) El art. 14 del CCA no exceptúa al amparo por mora previsto en el art. 12, inc. 6º pero, como veremos más adelante, se encuentra fuera de discusión que esa pretensión no requiere agotar la instancia administrativa pues, justamente, al deducirla el particular busca que la Administración dicte un acto administrativo en el marco de un procedimiento.

(30) Nótese que el texto del art. 14 modificado por la ley 13.101 establece literalmente en el inc. d) que no se requerirá agotar la instancia administrativa "[e]n los casos previstos en los arts. 12, incs. 4º y 5º y 16) (sic) del presente Código". Cabe interpretar razonablemente que el paréntesis posterior el nro. 16 fue agregado erróneamente y que, entonces, la disposición se refiere a los arts. 12 y 16.

demanda **(31)**. De esta forma, la aplicación lisa y llana del art. 14 CCA importa una regresión al sistema revisor imperante con anterioridad a la reforma constitucional en el que, para acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa, siempre debía existir un acto administrativo denegatorio que cause estado.

Por lo demás, si alguna duda pudiese existir acerca de que el art. 14 del CCA ha invertido el principio consagrado en el *in fine* del art. 166 de la Constitución Provincial, baste leer los fundamentos de la ley 13.101, en los cuales se afirma que "la reforma propone: [la] simplificación en materia de agotamiento de la vía administrativa estableciendo esta como principio general con las excepciones dispuestas por la ley". En este mismo sentido, más adelante se explica en relación con la reforma al art. 14: "se propone su modificación estableciendo el principio, de agotamiento de la vía administrativa —como principio— para todos los supuestos contemplados en la norma, que entre otros incluye a las ordenanzas municipales. Las excepciones al agotamiento de la vía administrativa están taxativamente dispuestas en la nueva norma".

Finalmente, debe tenerse presente que mediante la ley 13.101 —en línea con la reforma del art. 14 del CCA recién señalada— se modificó el art. 18 del CCA y se dispuso que las pretensiones de restablecimiento o reconocimiento de derechos deben deducirse en el plazo de caducidad de 90 días, computados "desde el día siguiente al de la fecha de notificación al interesado del acto administrativo definitivo y que agota la vía administrativa" (art. 18, inc. "d"). Mientras el texto original del art. 18 del CCA no requería la deducción de este tipo de pretensiones dentro del plazo de caducidad **(32)**, la redacción actual parece exigirlo. Si bien podría intentar argumentarse que el plazo de caducidad se aplica a las pretensiones de restablecimiento o reconocimiento de derechos únicamente cuando están vinculadas a pretensiones anulatorias, lo cierto es que el texto del proemio del art. 18 del CCA (en la forma en que se refiere a las pretensiones indemnizatorias) lleva a concluir que se les aplica también cuando son deducidas en forma autónoma **(33)**. No se nos pasa por alto que la interpretación gramatical del texto **(34)** lleva a la absurda conclusión de que mientras el agotamiento de la vía administrativa es optativo para las pretensiones indemnizatorias y el plazo de caducidad se aplica solo cuando esta pretensión está asociada con una pretensión anulatoria, en el caso de la pretensión de reconocimiento o restablecimiento de derechos siempre debería deducirse dentro del plazo de caducidad y, por tanto, agotarse la vía administrativa. Sin embargo, esta lectura está en línea con la intención de los autores de la ley 13.101 y, especialmente, con el texto del art. 14 del CCA.

II.3. La inconstitucionalidad del art. 14 del CCA

A esta altura del análisis y por más esfuerzos interpretativos que se realicen para conciliar ambas normas, es difícil pasar por alto que el art. 14 del CCA colisiona con el art. 166 de la Constitución Provincial. De la lectura de los acápites anteriores aflora la existencia de una paten-

(31) ISACCH, Simón F., comentario al art. 14, en HUTCHINSON, Tomás (Dir.), Código Procesal Contencioso Administrativo, Libros Jurídicos de Dante Scotti, La Plata, 2004, 1ª ed., p. 122.

(32) El texto original establecía: "Art. 18: Plazo para deducir la pretensión. La pretensión de anulación, la resarcitoria vinculada con aquella prevista en el art. 14, inc. 1º, apart. d) y la de cese de vía de hecho administrativa, deberán promoverse dentro del plazo perentorio de noventa [90] días, contados de la siguiente manera...". En la enumeración de supuesto que le seguía no se mencionaba a las pretensiones de restablecimiento o reconocimiento de derechos. De esta manera, el texto original del CCA no establecía que el plazo de caducidad corriese para impugnar judicialmente un acto que rechazase un reclamo administrativo.

(33) El art. 18 del CCA establece que "[l]a pretensión de anulación, la resarcitoria vinculada con aquella, la de restablecimiento o reconocimiento de derechos o intereses tutelados y la de cese de una vía de hecho administrativa, deberán promoverse dentro del plazo perentorio de noventa [90] días, contados de la siguiente manera: (...) d) Si se tratare de las pretensiones reguladas en el art. 12 inc. 2º) desde el día siguiente al de la fecha de la notificación al interesado del acto definitivo y que agota la vía administrativa".

(34) Nótese que en el proemio expresamente se aclara que el plazo de caducidad es exigible a aquellas pretensiones resarcitorias vinculadas con pretensiones anulatorias ("vinculada con aquella") y no se hace semejante aclaración sobre las pretensiones de restablecimiento o reconocimiento de derechos o intereses tutelados.

te contradicción entre dichas disposiciones **(35)**. Parece indubitable concluir que los dos artículos asignan soluciones jurídicas incompatibles a los mismos hechos: de estarse al art. 166 de la Constitución Provincial, frente a supuestos no regulados por el legislador cabría demandar directamente a la Administración, mientras que según el art. 14 del CCA es menester el tránsito previo por vías administrativas **(36)**.

Ante la claridad de ambas disposiciones, no compartimos las posturas que pretenden armonizarlas a fin de evitar declarar la inconstitucionalidad del art. 14 del CCA, tal como lo sostiene la Cámara en lo Contencioso Administrativo de San Martín (CCASM) desde el caso "Comper" **(37)**. En dicha oportunidad, la CCASM propició una interpretación armonizadora de la Constitución Provincial con el CCA, en virtud de la cual art. 14 "debe ser interpretado en el sentido de que, salvo los casos claramente enunciados en normas expresas, no impone a los particulares que intenten iniciar demandas contra los entes estatales la obligación de recorrer previamente la vía administrativa y en particular, en lo que respecta al caso de autos, mediante la interposición del reclamo administrativo previo". La CCASM sustentó esta afirmación en las siguientes premisas:

- "[L]a interpretación de la ley debe conducir a su armonización con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de las Constituciones, nacional (confr. CS, Fallos: 209:337; 224:423; 226:688; 262:168; 255:192; 297:142; 301:460) y provincial".

- Como "la inconsecuencia o la falta de previsión jamás se suponen en el legislador (...) no puede sino interpretarse que el legislador, al modificar el art. 14 del CCA, no puede haber pretendido contradecir el principio de mayor jerarquía normativa establecido en el art. 166, último párrafo de la Constitución Provincial".

- "[L]a mención que el art. 14 hace de 'todos los casos' debe conjugarse con lo dispuesto en el art. 166 *in fine* de la Constitución Provincial, en cuanto a que 'todos los casos' a que se refiere la disposición del código son aquellos en los que la ley establece la obligación de agotar la vía administrativa, con las excepciones determinadas en los aparts. a, b, c y d del inc. 1º".

Este criterio ha sido reiterado por la CCASM en varias oportunidades **(38)**. En el caso

(35) BOTASSI, Carlos A., "El acceso a la justicia en el proceso administrativo bonaerense", Revista Derecho y Ciencias Sociales, 6 (Acceso a la Justicia), Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica, FCJyS, UNLP, abril 2012, p. 38.

(36) Vimos arriba algunos ejemplos teóricos de supuestos en los que dicha contradicción se manifiesta; más adelante veremos casos reales.

(37) CCASM, "Comper SA c. Provincia de Buenos Aires", causa 22/04, 23/09/2004. Al igual que en el caso "Gaineddu", se trataba de un reclamo de daños y perjuicios derivado de una supuesta omisión estatal ilícita. Algunos autores, también han propuesto una suerte de lectura armonizadora. Por ejemplo, Soria expresa que "la sola mención del art. 14 proemio del CPCA, que a alude a todos los casos, no conduce a exigir un reclamo o petición ante la autoridad administrativa (eventualmente seguido del agotamiento recursivo, en función jerárquica del órgano emisor del acto que hubiera desestimado aquel planteo), siempre que haya que articular la pretensión prevista en el art. 12, inc. 2º, porque tal imposición puede afectar indebidamente la garantía del acceso a la jurisdicción y la efectividad de la tutela judicial efectiva (art. 15, Const. Pcial.). Por lo demás, hay que tener presente, muy especialmente, la directiva emanada del art. 14, inc. 1º b) CPCA..." (SORIA, Daniel F., "Aspectos básicos de las pretensiones en el Código Procesal Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, en CASSAGNE, Juan C. — GORDILLO, Agustín A. [dirs.], El nuevo proceso..., ob. cit., p. 177).

(38) CCASM, "Di Rocco, María Alejandra c. Municipalidad de Tres de Febrero s/ pretensión de restablecimiento de derechos", causa 1161/07, 27/03/2008 (un trabajador que revestía el carácter de personal mensualizado, tras ser notificado de la finalización de la prestación de servicios, promovió demanda solicitando su reincorporación y subsidiariamente ser indemnizado; el tribunal consideró que la carta documento que el actor había enviado en respuesta a la carta documento de la Administración importaba un recurso que no había sido resuelto y que el acto impugnado no agotaba la vía administrativa por no emanar de la autoridad con la máxima competencia resolutoria); "Carrizo Néstor M. c. Municipalidad de La Matanza s/ medida cautelar autónoma o anticipada", causa 1071/07, 08/05/2008 (el actor solicitó una habilitación y la Administración dispuso la suspensión del trámite hasta tanto aquel regularice la situación dominial del inmueble involucrado); "Cetmi SRL y otros c. Fisco de la Provincia de Buenos Aires", 04/06/2009, LLOnline AR/JUR/21839/2009; "Benítez Adriana E. c. Municipalidad de Vicente López s/ pretensión de restablecimiento o reconocimiento de derechos", causa 3275/12, 22/04/2014; "Boulevard Ballester 4930 SA c. Municipalidad de Gral. San Martín s/ pretensión anulatoria", causa 4220/14,

"Di Rocco" además, agregó que el "instituto del agotamiento de la vía administrativa, (...) con relación a la pretensión de reconocimiento y restablecimiento de derechos (...) no se impone en todos los casos" **(39)**; sin aclarar específicamente cual es el criterio postulado para hacer dicha distinción **(40)**.

A nuestro entender, esta interpretación fuerza la letra del art. 14 del CCA y le confiere un sentido incluso contrario al que se desprende del uso común de las palabras que allí se emplean y al sentido exteriorizado por el mismo legislador en los fundamentos de la ley 13.101. En efecto, el proemio del art. 14 del CCA no deja lugar a dudas de cuál es el sentido de la norma. Recordemos su texto: "Sin perjuicio de los demás requisitos previstos en el presente Código, será necesario agotar la vía administrativa como requisito de admisibilidad de la pretensión procesal en *todos los casos* salvo los siguientes supuestos" (el destacado es propio).

El alcance del término "todos" está lejos de ser ambiguo o vago. Como surge de la primera aceptación aportada por el Diccionario de la Real Academia Española, "todo" "[i]ndica la totalidad de los miembros del conjunto denotado por el sintagma nominal al que modifica" **(41)**. En el art. 14 del CCA el sintagma nominal es "casos". Ergo, no es posible afirmar que algunos casos están alcanzados por esta disposición y otros no, ni mucho menos limitarlo a "aquellos en los que la ley establece la obligación de agotar la vía administrativa". Ello no tiene fundamento ni en el texto de la norma ni en una fuente externa de interpretación (p. ej., antecedentes legislativos). A esto se suma que el art. 14 del CCA contiene la expresión "será necesario" y no prescribe que se "podrá agotar la vía administrativa" agotar la vía cuando el particular lo crea conveniente. Insistimos: la ley establece que en todos los casos se debe agotar la vía administrativa.

Con esto no se desconoce que, como sostiene la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS), el intérprete siempre deba inclinarse por la opción que armonice las normas del ordenamiento jurídico a fin de evitar darles un sentido que las haga incompatibles entre sí **(42)**, ni que, en principio, no pueda (o deba) presumirse la inconsecuencia o imprevisión del legislador. Sin embargo, estos dos criterios no pueden llevar a trastocar el texto mismo de las normas para salvar su inconstitucionalidad cuando ello surge del significado común de sus términos y de la intención del legislador expresada al sancionar la ley **(43)**. En efecto, ante un texto jurídico que presenta términos que no son ambiguos y cuya interpretación textualista coincide con la intención del legislador manifestada por escrito en los fundamentos de la ley, de ningún modo es aceptable realizar una "interpretación correctora" con fundamento únicamente en los cánones interpretativos que sugieren que no debe presumirse la inconsistencia de legislador y que debe procurarse interpretar armónicamente las normas del sistema jurídico.

La aplicación de dichas reglas de interpretación supone que existe un texto ambiguo o vago **(44)**. Por el contrario, no son una carta blanca para modificar normas unívocas dictadas por la Legislatura. Mucho menos puede acudirse a la figura del legislador racional en este caso, en el cual el legislador real expuso cuál era la finalidad de la modificación del

02/09/2014 (la controversia giraba alrededor de si el acto que rechazó el recurso jerárquico deducido por el particular contra la denegación de una habilitación municipal agotaba la vía administrativa); "Ríos, Sergio N. y otro/a c. Provincia de Buenos Aires - Fisco Pcial. y otro/a s/ proceso sumario de ilegitimidad - empleo público", causa 4114/2014, 12/06/2014.

(39) CCASM, "Di Rocco, María Alejandra c. Municipalidad de Tres de Febrero s/ pretensión de restablecimiento de derechos", causa 1161/07, 27/03/2008.

(40) El criterio es reiterado, p. ej., en "Carrizo Néstor M. c. Municipalidad de La Matanza s/ medida cautelar autónoma o anticipada", causa 1071/07, 08/05/2008.

(41) "Diccionario de la Lengua Española", edición del Tricentenario, Actualización 2019, disponible en https://dle.rae.es/todo, últ. visita 25/03/2020.

(42) CS, Fallos: 313:1293; 307:993 y sus citas.

(43) Ver los fundamentos del proyecto de ley.

(44) Ver, p. ej., la doctrina de la Corte Suprema de Estados Unidos, la cual sostiene que el canon de interpretación de "constitutional avoidance" procede cuando es posible realizar al menos dos interpretaciones "aceptables" ("DeBartolo Corp. vs. Gulf Coast Trades Counc"., 485 U.S. 568, 575 [1988]) o "permisibles" ("EEOC vs. Arabian American Oil Co"., 499 U.S. 244, 263 [1991]) de una norma.

art. 14 del CCA **(45)**. Nótese que, si ante la existencia de una ley manifiestamente contraria a la constitución los jueces pudiesen (o incluso debiesen) encontrar una interpretación que, aunque soslaye su texto, armonice con la constitución, aquellos se convertirían en legisladores violando el principio de división de poderes **(46)**.

En esta línea, la CS ha establecido que "la primera fuente de interpretación de las leyes es su letra y que, cuando esta no exige esfuerzo para determinar su sentido, debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas en la norma (CS, Fallos: 311:1042; 320:61, 305 y 323:1625, entre otros), ya que de otro modo podría arribarse a una interpretación que, sin declarar la inconstitucionalidad de la disposición legal, equivalga a prescindir de ella (CS, Fallos: 313:1007)". Esto es justamente lo que sucede en el caso que analizamos. Se prescinde del art. 14 del CCA.

Tal como surge de la sentencia transcripta, en rigor, el sistema jurídico, ante estos supuestos en los que existe una clara contradicción o antinomia normativa **(47)**, exige que los jueces declaren la invalidez de la norma inferior, tal como indica la regla *lex superior derogat inferiori* **(48)**

(45) Para una postura más extrema ver NINO, Carlos S., "Introducción al análisis del derecho", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2017, 2ª ed., ps. 328 y ss. El autor sostiene: "presuponiendo la racionalidad del legislador, los juristas dogmáticos pueden atribuirle las soluciones propuestas por ellos para adecuar el derecho a ciertos estándares axiológicos vigentes, cerrar sus lagunas, eliminar contradicciones, precisar sus términos vagos, prescindir de las normas superfluas, etcétera, sin que aparezcan como modificación del orden jurídico positivo, sino como se tratara de una descripción del derecho vigente tal como genuinamente debió haber sido pensado por el legislador" (ibid., p. 329). En modo similar, Schauer sostiene que no es aceptable la suposición de que el legislador es sensible a los problemas constitucionales y que presumiblemente no sancionará leyes inconstitucionales: "As a descriptive statement, the most important thing to say about it is that it is false. Although it is perhaps extravagant to maintain that Congress passes unconstitutional statutes all the time, it is less extravagant to suspect that Congress is rarely concerned with the fact of unconstitutionality independent of the likelihood that an Act of Congress will be overturned by the courts. Even assuming that Congress is concerned about the latter (...) there is no evidence whatsoever that members of Congress are risk-averse about the possibility that legislation they believe to be wise policy will be invalidated by the courts. On the contrary, given the essentially political nature of the job of legislating, and given that the American political system does not penalize legislators for voting for good (in the eye of the voters) policies that are determined by courts to be unconstitutional, one would expect members of Congress to be anything but risk-averse. One would expect them to err on the side of assuming constitutionality under conditions of uncertainty about what the courts are likely to do" Ver, SCHAUER, Frederick, "Ashwander Revisited", 1995 Sup. Ct. Rev. 71, 93-94 (1995). En la misma línea, NELSON, Caleb, "Avoiding constitutional questions versus avoiding unconstitutionality", 128 Harv. L. Rev. F. 331, 335 (2014-2015); Nota de AA.VV., "Should the Supreme Court Presume That Congress Acts Constitutionally? The Role of the Canon of Avoidance and Reliance on Early Legislative Practice in Constitutional Interpretation", 116 Harv. L. Rev. 1798 (2003).

(46) SCHAUER, Frederick, ob. cit., p. 95. El autor sostiene que adoptar una interpretación contraria al texto de una norma resulta menos deferente hacia el Congreso que declarar su inconstitucionalidad. En tal sentido, explica: "So even if we think it a bad idea for courts to intrude on Congress, it is hardly clear that the intrusion of judicial rewriting is any less than the intrusion of judicial invalidation. Judicial invalidation gives Congress the opportunity to decide what it wants to do next, in light of the enforced constitutional constraint. And of course one of those options is to reenact the statute in constitutionally acceptable form".

(47) NINO, Carlos S., "Introducción al análisis del derecho", ob. cit., ps. 272-273. El autor explica que para que exista una contradicción normativa deben presentarse dos condiciones: (a) "que dos o más normas se refieran al mismo caso, que tengan el mismo ámbito de aplicabilidad" y (b) "que las normas imputen a ese caso soluciones lógicamente incompatibles". Sobre el mismo tema, ver BOBBIO, Norberto, "Teoría General del Derecho", ob. cit., p. 184.

(48) NINO, Carlos S., ob. cit., p. 275; BOBBIO, Norberto, ob. cit., p. 192. AGUILÓ REGLA, Josep — VIGO, Rodolfo L., "Fuentes del derecho. Dos visiones", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2018, p. 120. En "Caffarena" (CS, Fallos: 10:427), la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió: "está en la esencia del orden constitucional, que los tribunales tengan, no solo la facultad, sino la obligación de anteponer en sus resoluciones, los preceptos de la Constitución Nacional en todo caso, y los de las respectivas constituciones de provincia en los que corresponda, a los preceptos de las leyes ordinarias, porque, siendo la Constitución la ley suprema, de la cual deriva sus facultades el poder legislativo, como los demás poderes, y a la cual están todos subordinados en su acción, no puede reputarse válido y subsistente ningún auto que le sea contrario". Ver, también, CCAMDP, "Fisco de la Provincia de Buenos Aires c. Bertoni Sergio s/ apremio", P-591-MP2, 18/09/2008; CNFed. Cont. Adm., Sala V, "Robledo, Héctor P. c. EN - Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ empleo público", causa: 34.191/95, 06/03/1996.

incardinada en el principio de supremacía constitucional **(49)**. Es cierto que, de acuerdo con la doctrina de la SCBA, la declaración de inconstitucionalidad es la última *ratio* del orden jurídico **(50)**, pero justamente el presente es uno de los casos en que, según la misma jurisprudencia del mismo tribunal, es procedente la declaración de inconstitucionalidad, ya que estamos ante un supuesto en el cual "la repugnancia [de la ley] con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable" **(51)**.

En definitiva, ante la claridad de los art. 166, *in fine*, de la Constitución Provincial y del art. 14 del CCA no es aceptable que un tribunal postule una interpretación armonizadora como lo ha hecho la CCASM, sino que la única solución posible es que declarare su inconstitucionalidad tal como lo ha afirmado la mayoría de los autores **(52)**, quienes, además, agregan que el art. 14 del CCA afecta el principio de tutela judicial efectiva, receptado en su art. 15 de la Constitución Provincial **(53)** y en pactos internacionales de protección de derechos humanos que tienen jerarquía constitucional en nuestro país (art. 75, inc. 22 de la CN) **(54)**.

II.4. La postura de los tribunales provinciales sobre el conflicto entre el art. 14 del CCA y el art. 166 de la Constitución provincial

A pesar de la notoria colisión normativa entre el art. 14, CCA y la Constitución provincial descripta en el apartado anterior, ni la SCBA ni ninguna Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo ha declarado la inconstitucionalidad del art. 14 del CCA. Los tribunales han adoptado dos posturas a la hora de resolver casos en los que no se cuestionan actos administrativos que alteren la situación jurídica del actor y, por tanto, está claramente en juego el principio de demandabilidad directa: (a) la CCASM, como hemos visto en el acápite anterior, ha afirmado que el art. 14 del CCA es constitucional dándole un alcance diverso al que surge de su texto y (b) los otros tribunales —en general— han hecho caso omiso a la contradicción existente entre las dos normas citadas postulando la solución jurídica del caso sin considerar la contradicción entre el art. 166 de la Constitución Provincial y el art. 14 del CCA.

En efecto, las cámaras regionales —salvo la CCASM cuya postura hemos reseñado en el acá-

(49) AMAYA, Jorge A., "Tratado de control de constitucionalidad y convencionalidad", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2018, t. 2, p. 399, nota 21; LINARES QUINTANA, Segundo V., "Tratado de la ciencia del derecho constitucional", Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1978, 2ª ed., t. 3, p. 305.

(50) SCBA, "Vela, Alicia L. y otros c. Ministerio de Seguridad y otro. Pretensión anulatoria. Recurso extraordinario de inconstitucionalidad", causa A 74.128, 20/11/2019; "Chávez, José L. s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa 88.068 del Tribunal de Casación Penal, sala I", causa P 131703, 18/12/2019.

(51) SCBA, "Abriata, Luis F. c. Municipalidad del Partido de General Pueyrredón. Demanda contencioso administrativa", causa B 64.512, 21/06/2018; "Ávila, Santiago S. y otros c. Provincia de Buenos Aires (Pod. Jud.) s/ demanda contencioso administrativa", causa B 62.768, 09/05/2018; "Shadeck, Mónica M. c. Colegio de Escribanos (Caja de Previsión Social del Colegio de Escribanos Provincia Buenos Aires) s/ demanda contencioso administrativa", causa B 61.775, 30/05/2012. O como sostuvo el juez Negri, la "incongruencia [es] tal, que impide la conformación del derecho como sistema" (SCBA, "E., G. B. c. Provincia de Buenos Aires s/ pretensión indemnizatoria. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", causa A 72.650, 15/08/2018).

(52) CASSAGNE, Juan Carlos — PERRINO, Pablo E., "El Nuevo Proceso Contencioso...", ob. cit., p. 221; PERRINO, Pablo E., "El régimen del agotamiento de la vía administrativa en la Provincia de Buenos Aires", en CASSAGNE, Juan C. — GORDILLO, Agustín A. (dirs.), El nuevo proceso..., ob. cit., p. 333. BOTASSI, Carlos A., "Contrarreforma del proceso administrativo bonaerense...", ob. cit.; ISABELLA, Diego P., "Pretensiones, agotamiento de la vía y plazos de caducidad", en ISABELLA, Diego P. (dir.), Código Procesal Contencioso Administrativo, Ed. Rap, Buenos Aires, 2010, p. 519; ISABELLA, Diego P., "El agotamiento de la vía en la nueva justicia administrativa bonaerense no es exigible 'en todos los casos'", LLSup. Adm noviembre-2004, p. 17.

(53) Explica Cassagne que el quiebre del carácter revisor es una derivación del principio de tutela judicial efectiva (CASSAGNE, Juan Carlos, "Lineamiento generales del Código Contencioso Administrativo...", ob. cit., p. 24) y que "el requisito del agotamiento de la instancia administrativa (...) resulta opuesto, al menos como regla generalizada aplicable a todos los supuestos, al principio de la tutela judicial efectiva, que reclama tanto el acceso irrestricto a un juicio pleno, como el juzgamiento sobre el fondo de la pretensión articulada en un caso contencioso-administrativo" (ibid., ps. 473-474).

(54) CASSAGNE, Juan Carlos, "La tutela judicial efectiva" en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), Tratado General de Derecho Procesal Administrativo, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, 2ª ed., t. I, p. 130.

pite anterior— y la SCBA no solo no han declarado la inconstitucionalidad del art. 14 del CCA, sino que tampoco se han expedido sobre cómo debe resolverse la contradicción existente entre dicha norma y el art. 166 de la Constitución Provincial **(55)**.

Por ejemplo, la SCBA ha sostenido en varias oportunidades que "la operatividad del art. 166 *in fine* de la Constitución ha provocado sensibles modificaciones en lo atinente a la exigibilidad de vías administrativas de tránsito previo y obligatorio, las que han de tener cabida como excepción al principio de la directa demandabilidad estatal, en aquellas situaciones *expresamente previstas por un enunciado normativo de rango legal,* razonablemente establecido con arreglo a la señalada accesibilidad irrestricta a la jurisdicción" **(56)** (el destaco es propio). Con ello, la SCBA ha hecho una contundente interpretación de la Constitución Provincial, pero en ningún momento ha explicado cómo se integra en este sistema la regla establecida en el art. 14 de la CCA.

La realidad es que, como hemos adelantado al comienzo de este segundo capítulo, los tribunales locales han elaborado una doctrina que, sin sustento expreso, se aparta parcialmente del art. 14 del CCA en la medida en que consagra para unos pocos supuestos no individualizados por el legislador el principio de demandabilidad directa, eliminando la exigencia de agotar la vía administrativa que hoy emana del art. 14 del CCA **(57)**.

En concreto, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, en la Provincia de Buenos Aires es admisible demandar directamente a un ente que ejerce funciones administrativas cuando (a) exista un caso o controversia, lo cual —según algunos tribunales— requiere que la Administración haya manifestado su "voluntad institucionalizada" en sentido contrario a la pretensión del actor; (b) se deduzca una pretensión que no requiera analizar la validez de un acto o contra una acto que agote la vía administrativa; y (c) el actor no haya planteado previamente su pretensión o hecho alguna petición en sede administrativa, ni deducido algún recurso administrativo.

Seguidamente veremos los casos de donde extraemos esta regla. Advertimos que primero analizaremos los supuestos en los que, según los precedentes judiciales, es posible demandar directamente a la Administración y luego trataremos los problemas generados alrededor de la exigencia de la configuración del "caso" o "controversia".

II.4.a. No es necesario transitar por la vía administrativa cuando no se impugna un acto o se impugna un acto que agota la vía administrativa

La primera parte de la regla parece obvia a la luz del art. 166 de la Constitución Provincial: no es necesario transitar la vía administrativa cuando no se cuestiona la validez de un acto (de alcance particular o general) o el acto impugnado agota la vía administrativa.

(55) Cabe destacar que el Juez De Santis expresamente ha afirmado la constitucionalidad del art. 14 del CCA en su voto en CCALP, "D' Elía, Reynaldo E. y otro/a c. Fisco de la Provincia de Buenos Aires y otro/a s/ pretensión restablecimiento o reconoc de derechos", causa 9697, 20/10/2009. Literalmente sostuvo: "He de señalar que no aprecio reparo ninguno de constitucionalidad para la norma de forma que regula el agotamiento de la instancia (art. 14, ley 12.008)".

(56) SCBA, "Mreued, Félix c. Provincia de Buenos Aires (Policía) s/ demanda contencioso administrativa", causa B 52.174, 22/11/2006; "Monteodorisio, Elsa y otros c. Municipalidad de General Pueyrredón s/ demanda contencioso administrativa", causa B 63.380, 29/06/2011; "Fernández, Oscar F. c. Banco Provincia s/ d. c. a.", causa B 60.557, 06/11/2019.

(57) No ha seguido este criterio el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de Morón, para quien "el art. 14 de la ley 12.008 y sus modificatorias determina, como principio el reclamo previo en sede administrativa y el dictado de un acto administrativo definitivo por autoridad jerárquica superior con competencia resolutoria final, denegando el pedido del administrado, preceptuando las excepciones a la norma, en las que adelanto no se encuentra el caso a sub examine" ("Colombo, Lidia T. c. Municipalidad de Hurlingham s/ pretensión indemnizatoria - otros juicios", M3-14529, 31/05/2010). Tampoco sigue el criterio mayoritario el juez de Santis de la Cámara Contencioso Administrativo de La Plata. P. ej., en "Crivaro Juan Carlos c. Provincia de Buenos Aires s/ proceso sumario de ilegitimidad" (causa 2053, 04/08/2009) sostiene: "está claro que decidida la pretensión por la ruta anulatoria o de restablecimiento de derechos el proceso será 'revisor' y, como tal, se hallará sujeto a las reglas de agotamiento de la instancia que el mismo sistema procesal provee".

En buena parte, ello surge del mismo art. 14 del CCA y no debería llamar la atención. Es que, como ya vimos, esta disposición expresamente exceptúa de la obligación de agotar la vía administrativa a las pretensiones declarativas de certeza (apart. 1º, "d"), tal como sucede en el orden federal **(58)**. Naturalmente, tampoco debe agotarse la vía para deducir un amparo por mora en los términos del art. 12, inc. 6º del CCA pues ello resultaría contrario al objeto mismo de la pretensión ni tampoco, en general, cuando se cuestionan actos definitivos emanados de la autoridad con la máxima competencia resolutoria en la materia. En cambio, la posición de los tribunales —inclusive, como vimos arriba, de la CCASM— va más allá del texto del art. 14 del CCA al sostener que, en principio, no es un requisito de admisibilidad de las pretensiones indemnizatorias y de restablecimiento o reconocimiento de derechos transitar previamente por la vía administrativa **(59)**. Al adoptar esta posición, los tribunales han seguido un criterio análogo al receptado en la versión original del art. 14 del CCA **(60)**.

Con relación a la pretensión indemnizatoria, incluso antes de la vigencia del texto actual del art. 166 de la Constitución Provincial, la SCBA no exigía que los particulares planteasen la reparación de daños y perjuicios en sede administrativa previamente a acudir a los tribunales. Por un lado, la mayoría de la SCBA sostenía que no era necesario reclamar en sede administrativa la reparación de los daños y perjuicios derivados de un acto ilegítimo en forma previa a iniciar la demanda, siempre y cuanto el acto en cuestión agote la vía administrativa [pues, de lo contrario, debía deducirse el recurso administrativo correspondiente contra el acto reputado ilegítimo **(61)**]. El fundamento expuesto por la mayoría del tribunal era que exigir en estos casos "la reclamación administrativa para abrir su potestad revisora (...) afectaría la garantía de la defensa en juicio —integrada también por el derecho a una rápida y eficaz decisión—" e importaría un caso de ritualismo excesivo y dispendioso **(62)**.

Tampoco se requería interponer reclamo alguno en forma previa a iniciar la demanda cuyo objeto fuese un reclamo indemnizatorio sustentando en "la culpa o negligencia de la autoridad,

(58) CS, Fallos: 331:337; CNFed. Cont. Adm., Sala IV, "Industrial Systems SA c. EN — Ministerio de Industria -dec. 379/2001 s/ proceso de conocimiento", causa 28.263/2013, "ALBA Compañía Argentina de Seguros SA c. EN — Ministerio de Hacienda y FP-AFIP-DGA s/ Dirección General de Aduanas", expte. 12/5/15", expte. 45.069/2017, 11/04/2019 (relativa específicamente a la acción declarativa de inconstitucionalidad).

(59) Nótese que la posición de la CCALP no es del todo clara. En "Lagoa, Guillermo R. c. Municipalidad de Ensenada s/ pretensión restablecimiento o reconoc de derechos " (causa 3699, 30/08/2007) el juez Spacarotel resolvió que "que cuando la demanda se vincula con el reconocimiento de un derecho contractual, por tanto existe la necesidad de establecer una distinción entre la vía impugnatoria —que presume el agotamiento de las instancias administrativas cuya consecuencia sería necesariamente un pronunciamiento sobre la ilegitimidad del acto administrativo—, y la reclamación del reconocimiento de un derecho cuya procedencia no depende la declaración de invalidez de acto administrativo alguno. En este último aspecto no es menester establecer dicho cartabón, so pretexto de violentar las pautas constitucionales establecidas en los arts. 15 y 166 de la Const. Pcial.". Luego, esta postura fue adoptada por la mayoría del tribunal en "ALCA SRL y otros c. Gobernación - Cons. Prov. Flia. y Des. y otros s/ cobro sumario de pesos", causa 4350, 26/06/2008. Sin embargo, en "De Francesco, Gerónimo J. c. Municipalidad de Ensenada s/ cobro de pesos" (causa 9571, 15/12/2009), el juez Spacarotel adhirió al voto del juez De Santis quien sostuvo que la regla de demandabilidad directa solamente aplica a reclamos de daños y perjuicios. Incluso en "Grosso, Jorge A. y otros c. Fisco de la Provincia de Buenos Aires y otro/a s/ pretensión restablecimiento o reconoc. de derechos" (causa 9300, 20/08/2009), el juez De Santis sostuvo que tanto las pretensiones anulatorias como las de restablecimiento de derechos tramitan a través de "procesos propios de inspección de legalidad", es decir que "el proceso será 'revisor' y, como tal, se hallará sujeto a las reglas de agotamiento de la instancia"; a diferencia de lo que sucedería con las restantes pretensiones.

(60) Ver su texto transcripto en la nota 22.

(61) SCBA, "Oasis SRL", 26/02/1985.

(62) SCBA, "Bambikian, Gaspar y otros. c. Municipalidad de Avellaneda. s/ demanda contencioso administrativa", causa B 48.894, 29/06/1984; "Roulier Gutiérrez de Manso, Ana A. c. Provincia de Buenos Aires s/ demanda contencioso administrativo", causa B 49.124, 23/02/1988. En similar sentido, "Siemens, Lidia B. c. Dirección General de Escuelas de la Provincia de Buenos Aires s/ demanda contencioso administrativa", causa B 50.534, 16/04/1991; "Ibáñez, Leopoldina c. Provincia de Buenos Aires s/ demanda contencioso administrativa", causa B 49.843, 03/12/1991; "Rusconi, Oscar c. Municipalidad de La Plata s/ demanda contencioso administrativa", causa B 55.392, 04/07/1995.

fuera de todo marco contractual, encuadrable en las normas civiles atinentes a la responsabilidad aquiliana" (actuaciones u omisiones), en la medida en que, según el criterio de la SCBA, estos casos debían tramitar ante el fuero civil y comercial local y, en consecuencia, no era necesario transitar por la vía administrativa antes de presentarse ante el órgano judicial **(63)**. La SCBA aplicaba el mismo criterio a los casos en los que se solicitaba la indemnización de los daños ocasionados por incumplimientos contractuales causados por "un comportamiento negligente de la autoridad" **(64)**.

Ya vigente el actual art. 14 del CCA, tampoco se ha exigido realizar una reclamación administrativa previa cuando se deduce una pretensión indemnizatoria. Al respecto, se advierte que la SCBA se ha pronunciado expresamente en este sentido (a) en casos en los cuales se reclaman daños derivados de un supuesto acto ilegítimo **(65)** [aunque siempre debe impugnarse en tiempo y forma el acto en cuya ilegitimidad se sustenta la pretensión indemnizatoria, tal como se exige en el art. 20 del CCA **(66)**]; (b) en casos en que se intenta "hacer efectiva la responsabilidad del Estado provincial derivada de su actividad lícita e ilícita [y la] petición (...) no presupone la impugnación de ningún acto administrativo" **(67)**; y (c) en casos en los que el actor

(63) SCBA, "Di Martino, Dino G. c. Pérez Escoda, Antonio J. y otros s/ daños y perjuicios - cuestión de comp. art. 6º, CCA", causa B 54.105, 27/10/1992. En el mismo sentido, "Britez, Norma A. c. Municipalidad de Moreno s/ benef. de litigar sin gastos", causa B 55.020, 23/03/1993 ("Es ajena a la competencia originaria y exclusiva que sobre la materia contencioso administrativa tiene atribuida la Suprema Corte [arts. 1º, 28 y conc., CPCA] la responsabilidad aquiliana del Estado"); "De Pauli, Ana c. Municip. de la Ciudad de Baradero s/ daños y perj. - cuestión de comp. art. 6º, CCA", causa B 58.859, 17/02/1998;

(64) Adviértase que este criterio fue expuesto, p. ej., en una serie de casos contemporáneos entre sí en los que los actores demandaron ser indemnizados por la violación o incumplimiento de contratos de sepultura por culpa exclusiva de la demandada por no tutelar el cuidado y respeto de la urna. La SCBA consideró que no eran de su competencia originaria. Ver, "Piñeyro, Leonor c. Municipalidad de Avellaneda s/ daños y perjuicios - cuestión de comp. art. 6º, CCA", causa B 55.130, 04/05/1993; "Lastra de Avil´rs, Delmira y otra c. Municipalidad de Avellaneda s/ daños y perjuicios - cuestión de competencia - art. 6º", causa B 54.445, 20/10/1992; "Parada, Haydée c. Municip. de Avellaneda s/ daños y perjuicios. Cuestión de competencia. Art. 6º, CCA", causa B 54.306, 04/08/1992; "Abeijon González, Albino c. Municip. de Avellaneda s/ daños y perjuicios - cuestión de competencia art. 6,º CCA)", causa B 58.105, 06/05/1997. La SCBA expuso el mismo criterio en, p. ej., "Carré de Altuzarra, Elda L. c. Policía de la Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios - cuestión de comp. art. 6º, CCA", causa B 55.133, 11/05/1993. En dicha ocasión consideró que no era de su competencia originaria una demanda que tenía por objeto que se indemnicen los daños derivados de la decisión de la demandada de invertir una suma de dinero en una cuenta que no resguardó el valor de dicha suma contrariando la orden dada por el actor. De este modo, correspondía distinguir el incumplimiento contractual sustentado en un acto administrativo de aquel originado en el actuar negligente de la Administración. En cambio, resultaba competencia de la SCBA resolver casos en los que se reclamaba daños derivados del accionar lícito del Estado ("Fernández, Juan Carlos y otros c. Munic. de Lomas de Zamora s/ daños y perjuicios - cuestión de competencia art. 6º, CCA", causa B 54.142, 20/10/1992; "Arruvito, Juan Carlos c. Provincia de Buenos Aires s/ demanda contencioso administrativa", causa B 59.612, 24/11/1998).

(65) SCBA, "Riu, Eneas A. c. Provincia de Buenos Aires (IOMA) s/ demanda contencioso administrativa", causa B 60.253, 30/03/2010; "Bolo Bolaño, Eduardo J. c. Provincia de Buenos Aires (Sec. de Tierras y Urbanismo) s/ demanda contencioso administrativa", causa B 60.235, 09/12/2010; "Barros, Rodolfo y otros c. Provincia de Buenos Aires (Cámara de Diputados) s/ demanda contencioso administrativa", causa B 55.766, 04/06/2014.

(66) El art. 20, inc. 1º del CCA establece: "Juntamente con la pretensión de anulación puede reclamarse el resarcimiento de los daños y perjuicios, aplicándose el plazo de caducidad del art. 18 del presente código". Ver, SCBA, "Gómez, Juan Carlos c. Municipalidad de Almirante Brown. demanda contencioso administrativa", causa B 60.864, 27/12/2017; CCAMDP, "Osquiguil, José c. Municipalidad de Azul s/ pretensión indemnizatoria - otros juicios", causa C-6435-AZ1, 21/10/2016; "Baeza Quintanilla, Exequiel N. c. Municipalidad de Villa Gesell s/ pretensión indemnizatoria", causa CC-1814-D01, 07/12/2010; CCALP, "Correa, Bautista I. c. Municipalidad de Chascomús s/ daños y perjuicios", causa 4911-M, 24/06/2008; "Garciandia, Cecilia C. c. IOMA s/ pretensión indemnizatoria - otros juicios ", causa 10120, 04/03/2010. En este aspecto la doctrina jurisprudencial local coincide con la del fuero contencioso federal nacional (ver, CS, Fallos: 319:1476 —"Alcántara Díaz Colodrero"— y CNFed. Cont. Adm., fallo plenario in re "Petracca e Hijos SACIFI y otros c. Estado Nacional", 24/04/1996).

(67) SCBA, "Arruvito, Juan Carlos c. Provincia de Buenos Aires s/ demanda contencioso administrativa", causa B 59.612, 14/02/2018; CCAMDP, "Romero, Paulino B. c. Municipalidad de Chascomús s/ pretensión restablecimiento o reconocimiento de derechos", causa C-1732-D01, 14/12/2010. El mismo criterio surge implícitamente de las resoluciones interlocutorias en las que se declara admisibles este tipo de pretensiones sin que

alega que el daño fue causado por una omisión ilegítima de la Administración. Justamente este último fue el objeto de demanda que dio lugar al conocido caso "Gaineddú", el cual, si bien fue resuelto antes de que fuera modificado el art. 14 del CCA por la ley 13.101, ha sido citado en múltiples oportunidades por los tribunales locales después de sancionada dicha ley **(68)**.

Por otra parte, en lo que se refiere a las pretensiones de restablecimiento o reconocimiento de derechos, la SCBA también ha establecido la regla de la demandabilidad directa. Tal como explicaremos en los apartados siguientes, esta regla está condicionada a que el actor no haya iniciado previamente ninguna gestión administrativa y a que exista "voluntad institucionalizada" de la Administración que permita tener por configurado el caso o controversia. En esta línea, por ejemplo, en los casos "Franchetti" **(69)** y "Zancochia" **(70)** la SCBA declaró admisibles las pretensiones de ser reincorporados en sus cargos e indemnizados que habían sido deducidas por agentes a quienes no se les habían renovado sus contratos de locación o de planta temporaria. El tribunal fue enfático en los dos casos en que la acción deducida no se dirigía contra un acto administrativo **(71)**.

---

hubiese existido planteo alguno anterior ante la autoridad administrativa demandada (JUCA MDP 2, "Castellanos, Enrique F. c. Poder Ejecutivo s/ pretensión indemnizatoria", causa O-7808, 05/02/2008; JUCA LP 3, "Cruz, Osvaldo L. c. Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/ pretensión indemnizatoria - empl. público ", causa 5913, 26/10/2007).

(68) SCBA, "Gaineddu, Juan D. c. Provincia de Buenos Aires", 23/04/2003, JA 2003-III-252. En el mismo sentido, ver SCBA, "Auge, Hugo E. c. Municipalidad de Cañuelas", causa B 65.845, 08/06/2005; JUCA MDP 2, "García, Mabel A. c. Poder Ejecutivo s/ pretensión indemnizatoria", causa O-1039, 07/02/2005; JUCA LP 2; "Cabral, Elma E. c. Fisco de la Provincia de Buenos Aires y otro/a s/ pretensión indemnizatoria - otros juicios", causa 15612, 27/08/2008.

(69) SCBA, "Franchetti, Carlos F. y otros c. Poder Ejecutivo s/ pretensión indemnizatoria. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", causa A 70.396, 19/10/2011. Los actores reclamaban ser reincorporados a su puesto de trabajo tras habérseles comunicado que no se le renovaría sus contratos temporarios y, además, que se les resarzan los daños y perjuicios ocasionados. La SCBA resolvió que "[e]l objeto de este litigio consiste en 'el restablecimiento de derechos oportunamente acordados (...) el íntegro resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados (...) y el cobro de viáticos impagos', tratándose en consecuencia de una pretensión de reconocimiento o restablecimiento de un derecho, así como el resarcimiento de los daños y perjuicios padecidos, en los términos del art. 12, incs. 2º y 3º de la ley 12.008, texto según ley 13.101. Tales pretensiones resultan escindibles, en situaciones como la aquí analizada, del canal anulatorio establecido en el inc. 1º de dicha norma y su supuesto complementario de vinculación regulado en el art. 20" (citas omitidas). Nótese que la SCBA sostuvo que la comunicación por la cual "se les informó que no sería renovada su designación vencido el plazo estipulado [no constituye un acto administrativo] porque tales diligencias carecen de las notas típicas de los actos administrativos que motorizan las cargas impugnatorias".

(70) SCBA, "Zancochia, Ángel D. c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ pretensión de restablecimiento o reconocimiento de derechos. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", causa A 70.210, 29/08/2018. El actor era empleado de la demandada a través de un contrato de locación que no fue renovado. El tribunal recondujo la pretensión del actor como de restablecimiento de derechos e indemnizatoria ya que, a su juicio, no existía acto alguno impugnado. Subyace a la decisión de la mayoría que la comunicación cursada por la demandada informando que no se le renovaría el contrato no podía ser objeto de una pretensión anulatoria, ya que dicha comunicación no constituía un acto administrativo ("no tiene las notas típicas de los actos administrativos que motorizan las cargas impugnatorias") ni tampoco podría constituir una notificación válida ("no puede ser considerada una notificación válida, ya que no es posible determinar cuál es el acto administrativo cuya notificación se intentó, y no se individualiza expediente alguno").

(71) Llamativamente, en "Fernández" la SCBA aplicó el mismo criterio a pesar de haber existido un intercambio epistolar entre las partes que no terminó mediante un acto definitivo y final (SCBA, "Fernández, Oscar F. c. Banco Provincia s/ d. c. a.", causa B 60.557, 06/11/2019). El actor solicitaba ser reincorporado al cargo que ocupaba y que se le reparen los daños y perjuicios padecidos tras no renovarse su contrato de locación. Del mismo modo que en los casos "Franchetti" (cit. supra nota 69) y "Zancochia" (cit. supra nota 70), el tribunal consideró que la comunicación cursada por la demandada al actor por la cual se le informaba que no se renovaría su contrato no importaba un acto administrativo. Sin embargo, a diferencia de esos dos casos, en "Fernández" había existido un intercambio de cartas documentos entre las partes al que la SCBA no le atribuyó valor alguno. El caso es similar al resuelto por SCBA in re "Pernigotti, Adriana C. c. Municipalidad de Berazategui s/ demanda contencioso administrativa", causa B. 62.811, 08/02/2017. La plataforma fáctica es la misma. Si bien la SCBA no afirmó la vigencia del principio de demandabilidad directa, destacó que la pretensión del actor no tenía por objeto cuestionar la legitimidad de un acto administrado y, por lo tanto, no aplicaba el plazo de caducidad previsto en el art. 18 del

En línea con lo que venimos diciendo, el juez Spacarotel integrante de la Cámara en lo Contencioso Administrativo de La Plata (CCALP), ha señalado que ante "la reclamación del reconocimiento de un derecho [contractual] cuya procedencia no depende [de] la declaración de invalidez de acto administrativo alguno (...) no es menester [agotar la vía administrativa], so pretexto de violentar las pautas constitucionales establecidas en los arts. 15 y 166 de la Const. Pcial." **(72)**.

Seguidamente veremos las dos reglas limitantes de la demandabilidad directa.

II.4.b. El tránsito previo como requisito para configurar un "caso"

De acuerdo con la jurisprudencia local, para poder demandar directamente a la Administración se requiere la previa configuración de un caso, en los términos del art. 166 *in fine* de la Constitución Provincial. Si bien se trata de un requisito de la "justiciabilidad" **(73)** que —naturalmente— debe estar presente en toda pretensión judicial, la jurisprudencia local les otorga un alcance particular a los conceptos de "caso", "causas" o "controversia" que hace que se conviertan en una verdadera limitación a la regla de la demandabilidad directa. Concretamente, según los tribunales locales, para que se configure un caso debe existir una manifestación de "voluntad institucionalizada del ente público" demandado **(74)** contraria a la pretensión del actor y, eventualmente, que esta manifestación de voluntad sea realizada antes de trabar la litis **(75)**.

Esta posición ya se la puede advertir en el citado caso "Gaineddu" **(76)**. Desde aquel precedente, la SCBA ha resuelto en una gran cantidad de oportunidades que "supuesta la efectiva configuración de un caso, para cuya ocurrencia en ocasiones puede ser menester la articulación de un pedimento ante la entidad administrativa, el tránsito por vías administrativas ha de tener cabida como excepción al principio de demandabilidad directa, ello para no contrariar el principio de accesibilidad irrestricta a la jurisdicción (art. 15, Const. Pcial.)" **(77)**. En esta línea, ha sostenido en "Masullo" y luego ha repetido en varios casos: "En el proceso administrativo la carga de acudir ante la Administración responde, principalmente en el campo de las preten-

CCA. Este criterio no se condice con los casos de la SCBA analizados en el apart. II.4.c.

(72) CCALP, "Lagoa, Guillermo R. c. Municipalidad de Ensenada s/ pretensión restablecimiento o reconoc de derechos [377]", causa 1508, 30/08/2007; "Aceituno, Nilda S. y otros c. Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/ pretensión restablecimiento o reconoc. de derechos", causa 5838, 28/02/2008.

(73) BIANCHI, Alberto B., "Control de constitucionalidad", Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2002, 2ª ed., t. 1, p. 269. El autor explica que los tres requisitos centrales de la "llamada justiciabilidad, entendida como la atmósfera propia de actuación de los jueces (...) son a) el caso judicial; b) la legitimación, y c) las materias excluidas del conocimiento de los tribunales, comúnmente denominadas 'cuestiones políticas'"(ibid.). En el mismo sentido, ver CHEMERINSKY, Erwin, "Constitutional Law. Principles and policies", Wolters Kluwer, 2015, 5ª ed., ps. 47-48; GALLOWAY, Rusell W., "Basic Justiciability Analysis", 30 Santa Clara L. Rev. 911 (1990).

(74) P. ej., en "Monteodorisio" la SCBA afirmó: "La carga de acudir ante la Administración responde, así, principalmente en el campo de las pretensiones impugnativas, a la necesidad de contar con un acto administrativo que proyecte suficientemente la voluntad institucionalizada del ente público, para de tal modo configurar un caso que le sea imputable por su actuación" ("Monteodorisio, Elsa y otros c. Municipalidad de General Pueyrredón s/ demanda contencioso administrativa", causa B 63.380, 29/06/2011).

(75) El ejemplo más elocuente es CCALP, "Crivaro Juan Carlos c. Provincia de Buenos Aires s/ proceso sumario de ilegitimidad", causa 8053, 04/08/2009.

(76) SCBA, "Gaineddu, Juan Daniel c. Provincia de Buenos Aires (Ministerio de Seguridad) s/ demanda contencioso administrativa", causa B 64.553, 23/04/2003. En una línea similar, antiguamente en el caso "Gunawardana, Eduardo C. c. Poder Ejecutivo s/ demanda contencioso administrativa", causa B 48.073, 03/06/1980, DJBA 119-507, sostuvo uno de los fines del reclamo administrativo es "presentar a los jueces una situación contenciosa ya planteada".

(77) SCBA, "Gaineddu, Juan D. c. Provincia de Buenos Aires", 23/04/2003, JA 2003-III-252. En el mismo sentido, "Obras Sanitarias Mar del Plata Sociedad del Estado c. Provincia de Buenos Aires (Dirección Provincial Rentas) s/ demanda contencioso administrativa", causa B 62.879, 17/09/2008; "Torres, Irineo A. c. Ministerio de Seguridad s/ pretensión anulatoria. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", causa A 71.051, 27/04/2016; "Zancochia, Ángel D. c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ pretensión de restablecimiento o reconocimiento de derechos. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", causa A 70.210, 29/08/2018, entre otros.

siones impugnativas, a la necesidad de contar con un acto que proyecte la voluntad institucionalizada del ente público, para de tal modo configurar un caso que le sea imputable por su actuación" **(78)**.

De los pasajes transcriptos puede extraerse como, en la visión de la SCBA, las nociones de caso judicial y voluntad institucionalizada están íntimamente relacionadas con el tránsito previo por la vía administrativa, principalmente (pero no únicamente) con la vía impugnatoria; en tanto en algunos casos puede "ser menester la articulación de un pedimento ante la entidad administrativa" **(79)**. Se desprende de ellos que en ciertos supuestos será necesario que el particular realice algún pedimento administrativo para obtener una actuación que proyecte la voluntad institucionalizada del ente público que se llevará a juicio, lo cual es necesario, a su vez, para que exista un caso judicial.

La pregunta que naturalmente surge de dicha afirmación es cuáles son los supuestos en los que es necesario deducir un reclamo para que se manifieste la voluntad institucionalizada que configura un caso judicial. Los tribunales locales no han conceptualizado qué se entiende por "caso", pero de sus pronunciamientos puede extraerse que su configuración depende de la existencia de "voluntad institucionalizada del ente público" demandado en sentido contrario a la pretensión del particular. Veremos que, como es esperable, no caben dudas de que dicha voluntad puede surgir de (a) un acto administrativo final, (b) de la configuración del silencio administrativo o (c) de una actuación administrativa que "traduzca una clara posición estatal adversa a las pretensiones de los accionantes". Sin embargo, no existe claridad sobre si, en la práctica, ante las omisiones materiales (incumplimientos de deberes legales o contractuales), el actor debe interponer un reclamo previo o si es posible demandar directamente a la Administración.

II.4.b.i. Actos administrativos definitivos emanados de la autoridad con competencia resolutoria final dirigidos al actor

Como es de esperar la primera fuente de dicha voluntad institucionalizada es el *acto administrativo definitivo emanado de la autoridad con competencia resolutoria final que se dirige al actor.* Nótese que, según la SCBA, la voluntad institucionalizada no brota de cualquier acto administrativo; este debe ser definitivo **(80)** y final **(81)**. A *contrario sensu*, los actos que no son definitivos y finales no traducen la voluntad institucionalizada de la demandada y no agotan la vía administrativa. De estas premisas, la SCBA deriva dos reglas: (a) la deducción del recurso de jerárquico en los términos del art. 92 del dec.-ley 7647/1970 es indispensable para conocer esta voluntad institucionalizada de la Administración y (b) la presentación del recurso de

(78) SCBA, "Masullo, Rubén A. c. Provincia de Buenos Aires (IPS) s/ demanda contencioso administrativa", causa B 58.745, 02/11/2005. Luego, el Juez Soria utilizó una frase similar en "Flores, Alicia B. c. Provincia de Buenos Aires (IPS) s/ demanda contencioso administrativa", causa B 56.921, 15/03/2006. Más tarde, la frase fue reiterada en múltiples oportunidades especialmente en casos en los que se resolvió que la deducción del recurso de reconsideración es optativa e innecesaria para agotar la vía administrativa. V.gr., ver "Mreued, Félix c. Provincia de Buenos Aires (Policía) s/ demanda contencioso administrativa", causa B 52.174, 22/11/2006; "Barraza, Reigada M. y otro c. Municipalidad de Vicente López s/ demanda contencioso administrativa", causa B 60.407, 23/05/2007; "Morente, Miguel Ángel c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ demanda contencioso administrativa", causa B 59.957, 18/04/2012; "Galeano Mañay, Carlos G. c. Provincia de Buenos Aires (Policía) s/ demanda contencioso administrativa", causa B 56.648, 27/05/2015; y "Bernardi, Juan Manuel y otros c. Provincia de Buenos Aires (Instituto de Loterías y Casinos) s/ demanda contencioso administrativa", causa B 60.927, 18/10/2017, entre otros.

(79) SCBA, "Gaineddu, Juan D. c. Provincia de Buenos Aires", 23/04/2003, JA 2003-III-252.

(80) Soria explica el concepto de acto definitivo en los siguientes términos: "La calidad de definitivo (resolutorio o conclusivo) atribuible al acto administrativo alude a la aptitud que posee para decidir o terminar, por vía directa o indirecta, la cuestión principal en debate y generar efectos lesivos para el interesado en el procedimiento" (SCBA, "Cimacvial SA c. Provincia de Buenos Aires s/ demanda contencioso administrativa", causa B 57.375, 23/07/2008, Soria por su voto).

(81) SCBA, "Monteodorisio, Elsa y otros c. Municipalidad de General Pueyrredón s/ demanda contencioso administrativa", causa B 63.380, 29/06/2011; "Mreued, Fálix c. Provincia de Buenos Aires (Policía) s/ demanda contencioso administrativa", causa B 52.174, 22/11/2006;

revocatoria contra actos administrativos finales es facultativa **(82)**.

En este sentido, conviene reiterar que la SCBA ha sostenido en varias oportunidades que "la carga de acudir ante la Administración responde principalmente en el campo de las pretensiones impugnativas, a la necesidad de contar con un acto administrativo que proyecte suficientemente la voluntad institucionalizada del ente público, para de tal modo configurar un caso que le sea imputable por su actuación" **(83)**. De ahí que, según la SCBA, el recurso de revocatoria sea facultativo "cuando existe un acto definitivo emanado de la autoridad administrativa con competencia resolutoria final ya que en tal supuesto la voluntad estatal se considera suficientemente expresada con dicha decisión". De allí surge —*a contrario sensu*— que, en principio, para la SCBA el acto emanado de un órgano que no ejerce la competencia resolutoria final no proyecta la voluntad institucionalizada de la Administración y, por ello, no es suficiente para tener por configurado un caso.

II.4.b.ii. Silencio administrativo

A su vez, en una posición cuestionable **(84)**, la SCBA entendió al silencio "como expresión de voluntad" **(85)** y sostuvo que el silencio "constituye, como es sabido, un instituto que tiene cabida ante la falta de decisión expresa (o inactividad formal) de la autoridad obligada a pronunciarse en un procedimiento administrativo. Ante tal circunstancia, cumplidos los presupuestos que le son aplicables, la norma legal sustituye la voluntad administrativa inexpresada, asignándole un determinado y concreto significado (conf. causa B. 61.558, 'Galesio', sent. del 06/07/2005)" **(86)**. En la misma línea, Pettigiani en su disidencia en el caso "Lunazzi" se refiere al "silencio como dato presuntamente indicativo de la voluntad administrativa **(87)**.

II.4.b.iii. Actuaciones u omisiones estatales que traducen una clara posición estatal adversa a las pretensiones de los accionantes en el marco de un procedimiento administrativo previo

Entre las resoluciones de la SCBA, se pueden encontrar diferentes casos en los que el tribunal tuvo por configurada la voluntad institucionalizada a partir de (a) actos administrativos definitivos y finales, pero no dirigidos al actor,

(82) Nótese que esta última regla se encuentra prevista en el mismo art. 14 del CCA. La SCBA advierte que su fundamento se encuentra en las razones explicadas arriba.

(83) Ver nota 78.

(84) Es bien sabido que actualmente la doctrina está conteste en que el silencio negativo no importa una forma de manifestación de voluntad administrativa y en que, por ello, el silencio administrativo negativo no implica un acto presunto o tácito. En rigor, el silencio negativo no es más que una ficción legal en virtud de cual se le imputan efectos procesales a la inactividad formal (hecho material). Ante la inexistencia de manifestación de voluntad de la Administración en un sentido u otro, el ordenamiento reputa que existe una denegación al solo de efecto de permitir que el particular acceda la instancia judicial (HUICI, Héctor, "El Silencio Administrativo", en POZO GOWLAND, Héctor et al, Procedimiento Administrativo, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, t. I, p. 824; CASSAGNE, Juan Carlos — PERRINO, Pablo E., "El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo...", ob. cit., p. 264). La CCALP adoptó este criterio en "Aceituno Nilda Susana y otros c. Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/ pretensión restablecimiento o reconoc. de derechos" (causa 5838, 28/02/2008). La jurisprudencia nacional también recepta esta postura (CNFed. Cont. Adm., Sala II, "Roca, Gustavo A. c. M. J. y DD.HH., art. 3º, ley 24.043 (Expte. 447898/98)", expte. 4.557/07, 14/02/2008; "Transener SA c. ENRE [Expte. 2167/96]", expte. 35.412/06, 23/10/2008; "Fundación Instituto Quirúrgico del Callao c. EN - Ministerio de Planificación SE. Res. 1281/2006 (expte. 417082/08) s/ amparo por mora", expte. 16.368/09, 11/05/2010).

(85) SCBA, "Empresa Ingeniero Gustavo Serafín Marín c. Municipalidad de Tandil. Tercero: Fiscalía de Estado s/ demanda contencioso administrativa", causa B. 51.837, 02/06/1998 ("En tal orden de ideas comparto la tesis que sostiene que el fundamento del silencio como expresión de voluntad consiste en evitar el estado de indefensión en que quedaría el particular frente a la inactividad de la Administración, ya que este se encontraría imposibilitado de recurrir contra un no accionar carente de contenido"); "Astilleros Neptuno SCA c. Municipalidad de Florencio Varela s/ demanda contencioso administrativa", causa B 64.613, 05/10/2011; "De Grazia, José c. Municipalidad de La Matanza s/ demanda contencioso administrativa", causa B 59.316, 21/05/2008.

(86) SCBA, "Franco, Silvia M. y otros c. Municipalidad de La Plata s/ demanda contencioso administrativa", causa B 59.732, 20/12/2013.

(87) SCBA, "Lunazzi, Tomás R. y otros c. Provincia de Buenos Aires (Dirección Gral. de Cultura y Educación) s/ demanda contencioso administrativa", causa B 61.267, 02/07/2008.

(b) actuaciones administrativas no formalizadas en un acto final y definitivo y (c) inactividad formal, aunque no se hubiese configurado el silencio administrativo negativo.

P. ej., la SCBA ha declarado admisibles pretensiones en supuestos en los que, si bien la Administración no se había pronunciado expresamente con relación al reclamo de alguno de los actores, había emitido un acto definitivo y final rechazando la petición administrativa de alguno de sus litisconsortes, destacando eventualmente la existencia de una clara posición estatal adversa a las pretensiones de los accionantes que, en definitiva, permite tener por configurada una controversia. P. ej., en "Rizzardi" **(88)**, Franco" **(89)** y "Aguiar" **(90)** algunos de los coactores no habían interpuesto el correspondiente pedido de pronto despacho luego de vencido el plazo para resolver el pedimento, pero la SCBA extendió los efectos del silencio negativo a todos los actores argumentando que, por existir un litisconsorcio facultativo en sede administrativa, los efectos de algunos de los actos llevados a cabo por un coactor benefician al resto **(91)**. En esta misma línea, la SCBA también ha declarado admisibles la pretensión de coactores que no habían deducido el reclamo administrativo, pero sí un recurso de reconsideración contra el acto que rechazó el reclamo presentado por sus litisconsortes **(92)**. Incluso, en "Lunazzi" **(93)** y

(88) SCBA, "Rizzardi, Américo y otros c. Provincia de Buenos Aires (Dirección General de Cultura y Educación) s/ demanda contencioso administrativa", causa B 60.861, 30/05/2012. Veintiocho docentes iniciaron un reclamo administrativo para que se les abonen las diferencias salariales por desempeño en medios desfavorables. Todos salvo uno dedujeron un pedido de pronto despacho. La SCBA rechazó la defensa de inadmisibilidad formal opuesta por la demandada. Para así decidir tuvo en cuenta los efectos derivados de constitución de un litisconsorcio facultativo: "los actos realizados por alguno(os) de los litisconsortes resulta(n) útiles para tener por configurado el silencio respecto de la totalidad (efecto comunicante)". Ello con sustento en el principio de independencia y autonomía de los integrantes del litisconsorcio facultativo o voluntario cede ante el principio de indivisibilidad de la instancia.

(89) SCBA, "Franco, Silvia M. y otros c. Municipalidad de La Plata s/ demanda contencioso administrativa", causa B 59.732, 20/12/2013. Los ochenta y dos actores habían iniciado reclamos contra la Municipalidad de La Plata en tres oportunidades diferentes. Únicamente uno de los actores interpuso un pedido de pronto despacho. La SCBA rechazó la pretensión del tercer grupo de actores que había iniciado su reclamo después de que había sido interpuesto el pedido de pronto despacho y declaró admisible la pretensión de los restantes coactores aun cuando solamente uno de ellos hubiese interpuesto el pedido de pronto despacho. Para decidir de eso modo tuvo especialmente en cuenta que, como los actores optaron por presentar sus reclamos en sede administrativa mediante una petición como litisconsortes voluntarios, "es aceptada la posibilidad de realizar actuaciones en interés común siempre y cuando ello se enmarque dentro del límite de las cuestiones de índole procesal". Además, agregó que "[r]esolverlo de otro modo conduciría —como afirman los actores— a un exceso de rigor formal". En el mismo sentido, ver SCBA, "Olmedo, Heberto D. y ots. c. Municipalidad de Necochea s/ demanda contencioso administrativa", causa B 63.317, 11/06/2014.

(90) SCBA, "Aguiar, María Isabel y otros c. Provincia de Buenos Aires s/ demanda contencioso administrativa", causa B 60.626, 14/06/2017. Veintiún docentes reclamaban que se les pague una bonificación por desempeño en medios desfavorables. Todos habían presentado un reclamo previo y, luego, un pedido de pronto despacho, salvo dos de ellos que únicamente interpusieron el pronto despacho. La SCBA desestimó la excepción de inadmisibilidad opuesta por la demandada porque, por un lado, estaba claramente expresada la intención de los dos actores que no iniciaron el correspondiente reclamo (en tanto su posición es igual a la de los otros litisconsortes) y, por otro, "el silencio guardado por la Dirección General de Cultura y Educación frente al pedido de los actores, demuestra la ineficacia e inutilidad de la mentada exigencia respecto de los litisconsortes Garay y Belapolsky, respecto de quienes, ha quedado claramente configurada la denegatoria tácita al igual que acontece respecto de aquello".

(91) En igual sentido, ver CCALP, "Aceituno, Nilda S. y otros c. Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/ pretensión restablecimiento o reconoc. de derechos", causa 5838, 28/02/2008.

(92) SCBA, "Bernardi, Juan Manuel y otros c. Provincia de Buenos Aires (Instituto de Loterías y Casinos) s/ demanda contencioso administrativa", causa B 60.927, 18/10/2017. El tribunal sostuvo: "En el caso, la denegatoria de la demandada expresada mediante la res. 1.915/99 frente al pedido de una extensa cantidad de actores [acto que rechazó el reclamo administrativo], demuestra la ineficacia de la mentada exigencia respecto de los litisconsortes que no suscribieron oportunamente aquellas presentaciones [pero sí el recurso de reconsideración el cual también fue rechazado], quienes igualmente quedarían incluidos en el rechazo manifestado por la Administración".

(93) SCBA, "Lunazzi, Tomás R. y otros c. Provincia de Buenos Aires (Dirección Gral. de Cultura y Educación) s/ demanda contencioso administrativa", causa B 61.267, 02/07/2008. Ninguno de los coactores había presentado

"Bernardi" **(94)** declaró admisible la pretensión de un coactor que no había interpuesto ni un reclamo ni un pronto despacho **(95)**.

Por otra parte, los tribunales locales también tuvieron por configurado el "caso" (o una clara posición adversa de la administración) en causas en las cuales (a) los actores se limitaron a presentar un pedido de pronto despacho —sin haber presentado previamente un reclamo administrativo— pero la administración se había expedido en sentido contrario a su pretensión en "numerosos trámites y procesos que versaban sobre reclamos análogos" **(96)**; (b) los actores únicamente habían presentado un reclamo administrativo, pero la demandada ya se había pronunciado en sentido contrario en un procedimiento iniciado por una organización de la que formaban parte los actores y en el cual, además, los actores habían deducido un pedido de pronto despacho **(97)**; (c) cuando la demanda-

un reclamo administrativo ya que se trataba de un procedimiento iniciado de oficio, pero uno de ellos ni siquiera presentó un pedido de pronto despacho. La SCBA declaró admisible su pretensión con sustento en que (a) "los actos realizados por algunos de los litisconsortes resultan útiles para tener por configurado el silencio respecto a la totalidad" y (b) que "[r]esolverlo de otro modo conduciría... a un exceso de rigor formal, contrario al principio de economía procesal y a la garantía de la tutela judicial continua y efectiva (art. 15, Cód. Penal) en tanto produciría como único efecto el de obligar a los litisconsortes cuya pretensión se declare inadmisible a transitar nuevamente el camino recorrido tanto ante la administración como ante esta instancia, con un evidente dispendio inútil de actividad jurisdiccional".

(94) SCBA, "Bernardi" (cit. supra nota 92). Con relación a otro de los coactores, el tribunal sostuvo: "Y en el caso específico del actor Olalla, si bien no obran constancias administrativas de sus reclamos, atento las particularidades del caso, donde se traduce una clara posición estatal adversa a las pretensiones de los accionantes y la etapa procesal en la que nos encontramos, el cuestionamiento formulado se debilita (conf. doctr. art. 14, inc. 'b', CCA)".

(95) Ello contradice el criterio expuesto en "Franco" (cit. supra nota 89) en el que declaró inadmisible la pretensión de una coactora que tampoco había deducido ni un reclamo ni un pronto despacho y de un grupo de coactores que habían deducido su reclamo luego de presentar el pedido de pronto despacho.

(96) SCBA, "Abril, José C. y otros c. Provincia de Buenos Aires (IPS) s/ demanda contencioso administrativa", causa B 61.505, 29/05/2013. El tribunal destacó que algunos de los actores no presentaron reclamo administrativo, pero sí un pedido de pronto despacho en el cual expresaron "claramente cuál era el objeto de la pretensión principal y las razones que la sustentaban". Tras equiparar el pedido de pronto despacho a "pedimentos previos en sede administrativa", el tribunal resolvió que "la prolongadísima inactividad administrativa [sumada al] parecer negativo a la cuestión de fondo postulada por la demandada tanto en su escrito de responde, como en numerosos trámites y procesos que versaban sobre reclamos análogos [evidencian] una clara posición estatal adversa a las pretensiones de los hoy accionantes. [La] reanudación del trámite administrativo en este sentido no resultará significativa a los fines de configurar la voluntad del órgano administrativo susceptible de ser controvertida judicialmente" (citadas omitidas). En el mismo sentido, ver, SCBA, "Alcaraz, Juan José y otros contra Provincia de Buenos Aires (IPS) s/ demanda contencioso administrativa", causa B 60.790, 13/11/2013. Los actores, sin deducir un reclamo administrativo, presentaron pedidos de pronto despacho, los cuales —estableció la SCBA— debió habérselos tramitado como "pedimento previo" y resolverlos. En este contexto resolvió "que a la prolongadísima inactividad administrativa (...) se añade el parecer negativo a la cuestión de fondo postulada por la demandada tanto en su escrito de responde, como en numerosos trámites y procesos que versaban sobre reclamos análogos (...) Evidenciando, con ello, una clara posición estatal adversa a las pretensiones de los hoy accionantes. // De allí que las particulares circunstancias del sub examine permitan prever razonablemente que la reanudación del trámite administrativo en este sentido no resultará significativa a los fines de configurar la voluntad del órgano administrativo susceptible de ser controvertida judicialmente. Por el contrario, tal recorrido luce estéril a esos fines y solo trabará y entorpecerá innecesariamente el acceso a la jurisdicción" (citas omitidas). Un caso particular es "Choix" porque, luego de recordar que la interposición del recurso de revocatoria no era exigible para agotar la vía administrativa, a mayor abundamiento, la SCBA agregó que los argumentos del reclamo coincidían con los que había incluido el mismo actor en un reclamo anterior, el cual había sido rechazado: "Cabe destacar, complementariamente, que en el caso, los reclamos efectuados por Choix SACIFICA respecto del tercer y cuarto trimestre de 1986 remiten en su fundamentación a lo expuesto en la primera presentación (segundo trimestre de 1985), razón por la cual el decisorio adoptado respecto del primer reclamo ha resultado de entera aplicación a los demás. Tal circunstancia, de suyo, convierte a la exigencia de la revocatoria en una carga excesiva o inútil" (SCBA, "Choix SACIFICA c. Provincia de Buenos Aires [MOSP] s/ demanda contencioso administrativa", causa B 51.806, 27/03/2008).

(97) SCBA, "Acosta, Juan Carlos y ots. c. Provincia de Buenos Aires (Adm. Vialidad) s/ demanda contencioso administrativa", causa B 65.355, 25/02/2015. Los actores iniciaron un reclamo administrativo que no había sido resuelto y tampoco configuraron el silencio administrativo. Sin embargo, había sido "resuelta de modo expreso en forma contraria a los intereses de los agentes" la petición

da rechazó el reclamo administrativo y posterior recurso de revocatoria de uno de los actores los cuales habían sido seleccionados por la demandada para tramitar como expediente "piloto" **(98)**; (d) un órgano sin competencia final rechazó el reclamo del actor y el recurso de revocatoria y, además, la demandada solicitó el rechazo de la demanda **(99)**; (e) el reclamo administrativo fue rechazado por un órgano sin competencia final y si bien se había emitido acto administrativo final, existían varios dictámenes posteriores sugiriendo rechazar el pedido del actor (incluyendo el de la Asesoría General de Gobierno y la Contaduría General y la vista del Fiscal de Estado) **(100)**; (f) los actores presentaron un reclamo sin solicitar su pronto despacho, pero la demandada había incurrido en una "prolongadísima inactividad administrativa" y luego pidió el rechazo de la demanda en su escrito de responde **(101)**; (g) cuando un contratista demandó el cobro de una factura cuyo pago ya había requerido en sede administrativa y también había posteriormente intimado a su pago **(102)**; y (h) cuando el reclamo había sido rechazado por

deducida por la Comisión Permanente de Estatuto y Escalafón (integrada por los agentes). Además, los actores habían presentado un pedido de pronto despacho ante la inactividad con relación a este último reclamo. La SCBA resolvió que "a los efectos de habilitar la instancia judicial, en tanto ya existe una posición clara de la demandada que hace presumir con grado de certeza la resolución denegatoria también respecto al planteo individual de los actores (conf. arg. art. 14, inc. 'b', CPCA)".

(98) SCBA, "Cañete, María Concepción c. Provincia de Buenos Aires (Servicio Penitenciario) s/ demanda contencioso administrativa y acumuladas B.55.996; B.55.997; B.55.998; B.55.999 y B.56.000", causa B 55.816, 17/05/2017 ("la voluntad institucionalizada del ente público, para de tal modo configurar un caso que le sea imputable, situación que resulta clara en el sub lite, pues la administración rechazó el planteo en el expediente que fuera considerado 'piloto'").

(99) SCBA, "Galeano Mañay, Carlos G. c. Provincia de Buenos Aires (Policía) s/ demanda contencioso administrativa", causa B 56.648, 27/05/2015. El actor reclamaba ser indemnizado en los términos de la Ley de Contrato de Trabajo y la Ley Estatuto de la Policía. Soria, por la mayoría, concluyó que hubiese implicado una carga excesiva o inútil exigirle al actor que tramite el recurso jerárquico pendiente. Más precisamente sostuvo que "el reenvío a sede administrativa para el tratamiento del recurso que se estima pendiente de resolución [en los términos del art. 35, inc. 2º, ap. 'c' del CCA] deviene en un exceso de rigor formal, contrario al principio de economía procesal y a la garantía de la tutela judicial continua y efectiva. Produciría como único efecto, el de obligar al accionante a transitar nuevamente el camino recorrido ante la Administración cuando su pretensión ya fue declara inadmisible por el jefe de la Policía y se encuentra tramitado todo el proceso judicial, marco en el que las partes han desplegado todos sus argumentos y pruebas sobre la cuestión de fondo (arts. 15, Const. prov. y 14, inc. 'b', CPA)".

(100) SCBA, "Espíndola, Jorge R. c. Provincia de Buenos Aires. Demanda contencioso administrativa", causa B 61.330, 24/05/2016. El acto había sido emitido por el Director General de Administración del Ministerio de Seguridad rechazando el reclamo del actor. La SCBA valoró que "[d]e las actuaciones administrativas surge que el planteo efectuado por el accionante, fue examinado por los distintos órganos administrativos a los que les correspondía dictaminar".

(101) SCBA, "Schaefer, Carlos A. c. Municipalidad de La Matanza. Codemandada: Provincia de Buenos Aires. Demanda contencioso administrativa", causa B 62.791, 24/05/2016. El actor demandó simultáneamente a la Provincia de Buenos Aires y a la Municipalidad de La Matanza por el supuesto incumplimiento de una obligación legal. Ante la Provincia de Buenos Aires solamente había deducido un reclamo administrativo sin interponer pronto despacho. La SCBA resolvió: "De manera que resolver esta cuestión en otro sentido conduciría, en verdad, a un exceso de rigor formal incompatible con el derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva, en tanto produciría como único efecto el de obligar al accionante a transitar nuevamente el camino recorrido tanto ante la Administración como en este ámbito, con un evidente dispendio inútil de actividad jurisdiccional. // Pues no debe soslayarse que a la prolongadísima inactividad administrativa (...) se añade el parecer negativo a la cuestión de fondo postulada por la codemandada en su escrito de responde. Evidenciando, con ello, una clara posición estatal adversa a las pretensiones del reclamante (conf. arg. art. 14, inc. b, ley 12.008 —texto según ley 13.101). // De allí que las particulares circunstancias del sub examine permitan prever razonablemente que la reanudación del trámite administrativo en este estadio no resultará significativa a los fines de configurar la voluntad del órgano administrativo susceptible de ser controvertida judicialmente. Por el contrario, tal carril luce estéril a esos fines y solo trabará y entorpecerá innecesariamente el acceso a la jurisdicción" (citas omitidas).

(102) SCBA, "Productos Farmacéuticos Fidex SA c. Municipalidad de Florencio Varela s/ demanda contencioso administrativa", causa B. 65.899, 10/08/2006. El actor presentó una factura para su pago y luego intimó a la Municipalidad de Florencio Varela a abonarla. La SCBA no analizó si dicha intimación pudo haber sido considerada como un pedido de pronto despacho (Soria en su voto no lo considera un pedido de pronto despacho) y resolvió que "ya existe una posición clara de la demandada que hace presumir con grado de certeza, el resultado denegatorio a un futuro planteo al respecto, por lo que

un órgano sin competencia resolutoria final, pero el mismo acto administrativo impugnado se remitía "a otro expediente donde se expidiera la Asesoría General de Gobierno en igual sentido" y, además, la misma demandada había acompañado un resolución ministerial que rechazaba un caso análogo "aludiendo asimismo a los casos similares (...) con igual criterio de solución" **(103)**. Nótese que en prácticamente en todos estos casos el tribunal consideró que, dada la clara posición adversa de la administración, exigir el agotamiento de la vía administrativa importaba un ritualismo inútil en los términos del art. 14, inc. b del CCA.

II.4.b.iv. Actuaciones no formalizadas en actos administrativos y omisiones ilegítimas desvinculadas a pedimentos administrativos

Finalmente, resta analizar cuál es la posición de los tribunales locales en los supuestos en los cuales la pretensión tiene por objeto hechos administrativos u omisiones materiales de la Administración y el particular no ha hecho ninguna presentación en sede administrativa. Cabe preguntarse si en estos casos los tribunales locales entienden que existe voluntad institucionalizada y, por ende, un caso judicial.

Si bien no abundan precedentes en los que se aborde esta cuestión, puede advertirse que, por un lado, a los efectos de reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios, no es requisito realizar ningún pedimento en sede administrativa para que exista un caso **(104)**. Del mismo modo, es claro que frente a un comportamiento material que importa una vía de hecho, tampoco es necesario transitar por la vía administrativa para conocer la voluntad institucionalizada que configura el caso **(105)**. En cambio, no resulta claro si los tribunales entienden que se encuentra presente la voluntad institucionalizada frente a un estado de inactividad material, esto es, un estado de pasividad o inercia que importa una infracción o incumplimiento de un deber legal de obrar o actuar **(106)**.

Para abordar correctamente este tema es preciso distinguir las situaciones en las que la pasividad administrativa es ilegítima y configura inactividad material de aquellos supuestos en los que el ordenamiento jurídico condiciona el otorgamiento o reconocimiento de un derecho o prestación al particular a que este lo pida expresamente **(107)**. En los últimos casos, el estado de pasividad de la Administración no configura un estado de inactividad material dado a que el ordenamiento requiere de la actuación del particular. Es por ello, por lo que en estos casos no es posible demandar directamente al ente público del que se pretende la prestación o el reconocimiento del derecho.

Al respecto, pueden citarse algunos casos en los que los tribunales, tras entender que la Administración no debía otorgar una prestación o beneficio "de oficio", concluyeron que la ausencia de un reclamo previo expreso del particular generaba que no exista un caso una controversia.

P. ej., la CCALP resolvió que no existía caso judicial frente a pretensiones que tenían por objeto que, por aplicación del principio de movilidad, la Caja de Retiros y Jubilaciones de la Policía de la Provincia de Buenos Aires traslade al haber de los pasivos el incremento o suplemento que se les abona a los activos consisten-

---

obligar al actor a transcurrir por un proceso impugnatorio, resultaría de un excesivo rigor formal".

(103) CCALP, "Fittipaldi Claudio G. c. Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/ pretensión anulatoria - otros juicios", causa 11740, 16/06/2011.

(104) Ver lo expuesto en el acáp. 4.1 sobre este tema.

(105) Cf. art. 14, inc. 1º, apart. "d" del CCA.

(106) GÓMEZ PUENTE, Marcos, "La Inactividad de la Administración", Ed. Arismendi, Pamplona, 1997, p. 58.

(107) TRIBIÑO, Carlos R., "Requisitos de admisibilidad", ob. cit., ps. 57-58. El autor menciona los siguientes ejemplos "en materia de empleo público todo lo referido a la designación, licencias y cobro de ciertos adicionales (v.gr., asignaciones familiares, viáticos, bloqueo de título); en materia previsional, lo relativo al otorgamiento de jubilaciones, pensiones y reajustes de esos beneficios; en materia contractual, en lo atinente a la adjudicación, ampliaciones de plazos, reconocimiento de mayores costos y gastos improductivos; y en materia tributaria, respecto a la repetición de gravámenes y acogimiento a exenciones tributarias y regímenes de regularización de deudas. A ello cabe añadir, entre otros supuestos, la inscripción en registros estatales (de proveedores, de licitadores, de estado civil y capacidad de las personas), así como lo referido a las autorizaciones para desarrollar determinadas actividades comerciales o industriales, la incorporación a regímenes de fomento y el otorgamiento de permisos de ocupación de bienes del dominio público".

te en el rubro "Compensación por Recargo de Servicio" (conocido como horas Co.Re.S.) sin antes haberlo solicitado en sede administrativa **(108)**. Para así decidir, la mayoría consideró que, previo a la deducción de la demanda, era necesario "el ejercicio de la competencia administrativa por el ente que la tiene asignada. Al menos para tener por conformado un caso que promueva la intervención judicial". Con ello descartó que la demandada estuviese obligada a trasladar de oficio los beneficios reclamados. Al respecto conviene recordar que si bien el art. 27 de la ley 13.236 (que regula a la Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de las Policías de la Provincia de Buenos Aires) expresamente establece la operatividad del principio de movilidad **(109)**, se discutía si las horas Co.Re.S. eran de carácter remunerativo.

Por su parte, la Cámara en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata (CCAMDP) sostuvo que el pedido de pago de una bonificación especial prevista en el Acuerdo 2084 **(110)** es "necesario para dar satisfacción al requisito constitucional del 'caso' o controversia (v. art. 166, Const. Pcial.; arg. arts. 116 y 117, CN), a fin de que exista una verdadera situación litigiosa que brinde sentido al proceso, evitando que la jurisdicción entienda en controversias prematuras, donde los agravios sean meramente aparentes, por potenciales o conjeturales" **(111)**. Idéntico criterio se advierte en "Rodríguez" **(112)**, en el cual el mismo tribunal resolvió que, como el director general de Escuelas y Cultura no se había expedido sobre el pedido de reconocimiento del beneficio previsto del art. 121 de la

(108) CCALP, "Grosso, Jorge A. y otros c. Fisco de la Provincia de Buenos Aires y otro/a s/ pretensión restablecimiento o reconoc de derechos", causa 9300, 20/08/2009; "Simour, José J. y otros c. Caja de Ret. Jub. y Pens. de la Policía s/ pretensión restablecimiento o reconoc. de derechos", expte. 17063, 01/12/2009; "D'Elía, Reynaldo E. y otro/a c. Fisco de la Provincia de Buenos Aires y otro/a s/ pretensión restablecimiento o reconoc. de derechos", causa 9697, 20/10/2009; "Scanavino, Jesús Evaristo y otros c. Caja de Ret. Jub. y Pens. de la Policía s/ pretensión restablecimiento o reconoc. de derechos-previsión", causa 18882, 06/07/2010; "De Olazábal, Silvia y otros c. Caja de Ret. Jub. y Pens. de la Policía s/ pretensión restablecimiento o reconoc. de derechos-previsión", causa 18384, 23/12/2010. También puede mencionarse el caso "Reina, Ricardo J. c. Provincia de Buenos Aires y otro" (16/03/2006, LA LEY 2006-C, 520), en el cual el tribunal rechazó la pretensión del actor de que se le provean los medios necesarios para satisfacer su derecho a una vivienda digna con sustento en que este previamente no había ningún reclamo ante las demandadas "para poner en movimiento el ejercicio de las funciones administrativas orientadas a dar satisfacción a determinada o determinadas prestaciones sociales".

(109) Art. 27: "Los importes de los beneficios establecidos en esta Ley son móviles en el marco del escalafón perteneciente al momento del cese y deben ser actualizados de oficio por el Directorio de la Caja dentro de los sesenta [60] días de sancionada la norma legal que haya dispuesto las modificaciones de los sueldos del personal en actividad de las Policías de la Provincia de Buenos Aires. Al solo efecto de garantizar la movilidad del haber de los beneficiarios de la Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones que hayan accedido al beneficio previsional revistando en cualquiera de los agrupamientos previstos en el dec.-ley 9550/1980 el Poder Ejecutivo deberá, por vía reglamentaria, establecer las equivalencias por correlación de niveles salariales, cargos entre el nuevo régimen normado previsto en la ley 13.201 y el regulado por el dec.-ley 9550/1980".

(110) En el art. 1º del Acuerdo 2084 se establece: "Los magistrados, funcionarios y agentes del Poder Judicial que al momento de su cese acrediten una antigüedad mínima de treinta años de servicios tendrán derecho a una bonificación especial sin cargo de reintegro y que no podrá ser compensada con otro beneficio, equivalente a seis veces la última remuneración mensual total, sin descuentos de ninguna índole y que deberá ser abonada en una única vez dentro de los treinta días de producido el mismo".

(111) CCAMDP, "García Collins, Jorge H. G. c. Poder Judicial s/ pretensión anulatoria", C-1858-MP1, 07/09/2010.

(112) CCAMDP, "Rodríguez, Lorena I. c. Dirección General de Cultura y Educación s/ pretensión restablecimiento o reconoc. de derechos", C-7818-MP1, 27/11/2018. Aunque se trató de una acción de amparo, también puede citarse la causa "Parodi, Matías P. s/ amparo" (A-8863-MP0, 21/05/2019) en la cual el actor demandó judicialmente que el Instituto Obra Médico Asistencial (IOMA) le otorgue una determinada prestación sin antes haberlo requerido a este organismo. La Cámara de Apelaciones sostuvo que "siendo que la parte actora no ha canalizado liminarmente su pedido de cobertura de servicio de acompañante terapéutico ante el IOMA, no puede alegar una negativa ilegítima de la institución accionada (...) Se trata de una imposición que, básicamente, responde a la necesidad de evitar llevar ante los jueces meras construcciones especulativas alejadas de la configuración de un caso o controversia, requisito basal de la jurisdicción (argto. doct. arts. 116 y 117 de la CN; art. 166 y ccds. de la Const. Pcial.)". En el mismo sentido, ver "Canales, Matías G. y otra c. IOMA s/ amparo", A-5379-MP0, 20/11/2014.

ley 10.579 **(113)**, el actor "incurri[ó] en una conducta procesal prematura que le impide sortear aquel recaudo constitucional que exige la configuración de un 'caso' o 'controversia' que habilite la jurisdicción contenciosa".

Diferentes son los planteos que tienen por objeto el cese de inactividad material administrativa. Parece incuestionable que existe una controversia cuando un particular plantea una pretensión tendiente a hacer cesar una situación de inactividad material de la Administración. Usando el lenguaje del derecho privado, puede afirmarse que en estos casos el ente público incurre en mora cuando se han configurado todos los extremos previstos en una norma que hacen que este deba obrar de cierto modo favoreciendo a un particular, pero permanece en estado de inercia. Desde otro punto de vista, puede afirmarse que la Administración incurre en un supuesto de inactividad material cuando desconoce un derecho operativo reconocido en alguna norma y cuya satisfacción requiere una actuación de la Administración **(114)**. Tal sería el caso en el que una ley que establece un beneficio salarial para una categoría de agentes estatales pero la Administración omite hacerlo efectivo o en el que la Administración incumple una obligación detallada en un contrato. En estos supuestos, no habría razón alguna para exigir el tránsito previo por la vía administrativa para configurar un caso judicial y, por lo tanto, debería regir plenamente el principio de demandabilidad directa.

No puede pasarse por alto que lo mismo ocurre en las relaciones entre sujetos privados. El art. 886 del Cód. Civ. y Com. establece como principio la mora automática, esto es que la "mora del deudor se produce por el solo transcurso del tiempo fijado para el cumplimiento de la obligación". De ahí que el acreedor no necesite intimar al pago al deudor y pueda demandarlo directamente **(115)**.

A pesar de la claridad de lo expuesto, se observan al menos dos precedentes de la CCALP que ponen en duda la vigencia del principio de demandabilidad directa en estos casos. Por ejemplo, este tribunal concluyó que no existía un caso judicial en un proceso en el cual el actor reclamaba el pago de un crédito contractual en su calidad de cesionario del crédito, a pesar de que había notificado la cesión del crédito e intimado a su pago **(116)**. En este sentido, el tribunal afirmó que "la pretensión del actor no evita la necesidad de transitar la vía administrativa, en miras a obtener el pronunciamiento de la demandada, sea este tácito o expreso, pues, sin él no hay caso judicial susceptible de ser examinado en esta instancia judicial, ello así, advierto que no surgen acreditados los presupuestos de la demandabilidad directa, para enjuiciar a la administración".

A ello se suma que, según este tribunal, el pedido de rechazo de la pretensión del actor realizado por Fiscalía de Estado en la contestación de la demanda no es suficiente para configurar el caso judicial "pues la defensa asumida en esta sede por el representante fiscal en tanto responde a una intervención y un ámbito diferentes al administrativo, no evidencia por sí sola la inutilidad de la vía recursiva jerárquica omitida por la parte actora" **(117)**.

II.4.b.v. Síntesis

En definitiva, de los precedentes citados en este acáp. II.4.b es posible extraer las siguientes conclusiones:

(113) Esta disposición establece que "el docente que sufra una disminución o pérdida de aptitud psico-física y que no le corresponda su jubilación por incapacidad tendrá derecho a un cambio de funciones transitorio o definitivo de acuerdo con las características de la incapacidad padecida" y que este beneficio debe ser otorgado por el Director General de Escuelas y Cultura.

(114) D'ARGENIO, Inés A., "La zona de reserva de la administración en materia de derechos sociales", LA LEY 2006-C, 519.

(115) Sin perjuicio de la mediación prejudicial obligatoria establecida por la ley 13.951.

(116) CCALP, "Tajtelbaum Ricardo c. Municipalidad de Esteban Echeverría s/ pretensión restablecimiento o reconocimiento de derechos", causa 10000-M CCALP, 05/07/2011.

(117) CCALP, "Crivaro Juan Carlos c. Provincia de Buenos Aires s/ proceso sumario de ilegitimidad", causa 8053, 04/08/2009. Agrega el tribunal: "Máxime teniendo en consideración que se procura, en definitiva, el reajuste de un beneficio jubilatorio sin que se hubiese suscitado la intervención de la entidad previsional competente".

(i) para los tribunales locales la exigencia del tránsito por la vía administrativa se confunde con la exigencia del caso o controversia en los términos del art. 116, CN y del art. 166 de la Constitución Provincial;

(ii) ello es así porque —a su criterio— el tránsito por la vía administrativa es un medio para conocer la voluntad institucionalizada de la Administración sobre el derecho invocado por el actor;

(iii) como regla general, la voluntad institucionalizada de la Administración surge de los actos administrativos finales que rechazan la pretensión deducida por el actor en sede administrativa y de la configuración del silencio negativo;

(iv) en casos excepcionales la voluntad institucionalizada puede surgir (iv.i) de un acto administrativo final que rechace el reclamo administrativo deducido por un coactor o incluso que rechace peticiones análogas que no hayan sido formuladas por una parte del proceso (iv.ii) de la configuración del silencio administrativo por un coactor y (iv.iii) de un acto administrativo no final acompañado de dictámenes en el mismo sentido (lo cual da lugar a la figura del ritualismo inútil del art. 14, inc. 1º, apart. "b");

(v) en el caso de pretensiones indemnizatorias, no existe duda de que la comisión de un hecho material u omisión dañoso configuran el caso;

(vi) las actuaciones materiales ilegítimas claramente permiten tener por configurado el caso sin necesidad de deducir un reclamo en sede administrativa;

(vii) en teoría, la inactividad material también es suficiente para tener por configurado un caso, pero la CCALP ha realizado una interpretación muy estricta de los extremos que tienen que darse para que exista un deber legal de obrar que exima al particular de formular su pretensión previamente en sede administrativa; y

(viii) de acuerdo con la CCALP, las manifestaciones realizadas en la contestación de demanda no son suficientes para configurar la voluntad institucionalizada de la Administración.

Nótese que la confusión del caso judicial con el reclamo previo y el agotamiento de la vía administrativa resulta de lo más peligrosa en la medida en que podría derivar en exigir, como lo ha sostenido la CCALP, que el tránsito previo por la vía es indispensable para configurar un caso judicial y así vaciar de contenido la afirmación de que las pretensiones de restablecimiento o reconocimiento de derechos no requieren transitar por la vía administrativa.

II.4.c. La exigencia de agotar la vía administrativa frente a cualquier trámite o gestión iniciada en sede administrativa

La posibilidad de demandar directamente a la Administración presenta una segunda limitación en el caso de las pretensiones indemnizatorias y de restablecimiento o reconocimiento de derechos. Como principio, aun cuando para resolver estas pretensiones no sea necesario expedirse sobre la impugnación de un acto administrativo que altere la situación jurídica del actor, este deberá agotar la vía administrativa o configurar el silencio negativo [al menos antes de que quede trabada la litis **(118)**] si planteó la misma pretensión en sede administrativa. En otras palabras, si el actor escogió voluntariamente iniciar la vía administrativa a través de una petición optativa, debe concluirla hasta su

(118) Cf. SCBA, "Descalzo, Cristian P. c. Municipalidad de Baradero s/ demanda contencioso administrativa", causa B 61.209, 06/06/2012. En este caso, la actora dedujo la demanda cuando todavía no había vencido el plazo para que la Administración resuelva el recurso presentado por la actora. Sin embargo, el tribunal tuvo por configurado el silencio administrativo ya que "se encontraba configurado con holgura a la fecha en que fue notificado el traslado para contestar la demanda". El pronto despacho había sido interpuesto el 02/03/2000 y el traslado de la demanda fue notificado el 09/08/2001. Sin embargo, más recientemente, el tribunal declaró la admisibilidad de una pretensión anulatoria en un caso en el que el actor había interpuesto un recurso de revocatoria contra un acto emanado de un intendente y corrió traslado de la demanda sin siquiera haber interpuesto un pedido de pronto despacho, con sustento en que lo contrario hubiera importado un exceso de rigor formal y que ya había perimido la instancia para hacer uso de la opción por el saneamiento previsto en el art. 35, inc. 2º, apart. "c" del CCA ("Ortega, Daniel A. c. Municipalidad de Pilar s/ demanda contencioso administrativa", causa B 61.894, 08/10/2014).

agotamiento **(119)**. Ello se traduce en que el actor debe esperar a que la Administración resuelva su reclamo; debe recurrir el acto que rechace el recurso si no emana del órgano con máxima competencia jerárquica en la materia; una vez agotada la vía administrativa, debe deducir la pretensión anulatoria dentro del plazo de caducidad del art. 18 del CCA; o alternativamente, debe configurar el silencio administrativo. El mismo criterio es exigido en relación con los recursos administrativos optativos deducidos frente a actos que agotaron la vía administrativa: es necesario esperar la decisión expresa o configurar el silencio negativo. Sin embargo, en estos últimos casos, la SCBA ha expresado que los particulares también podrían desistir del recurso para poder acceder a la instancia judicial **(120)**.

La CCAMP ha derivado parte de esta regla del art. 18, inc. d) del CCA, en el cual, como ya vimos, se establece que la "pretensión (...) de restablecimiento o reconocimiento de derechos o intereses tutelados (...) deberá [...] promoverse dentro del plazo perentorio de noventa [90] días, contados (...) desde el día siguiente al de la fecha de la notificación al interesado del acto definitivo y que agota la vía administrativa". Concretamente, en "Viña" afirmó que el carácter definitivo que revista un acto administrativo "no importa la habilitación de la instancia judicial de reclamación (sic) si dicho acto no es de aquellos que emanan 'de la autoridad jerárquica superior con competencia resolutoria final' o del 'órgano con competencia delegada' (art. 14, inc. 1º, apart. "a" del CPCA; cfr. SCBA doct. causa B. 59.966 'Sisevich', sent. del 11/04/2007), atento el recaudo de agotamiento de la vía administrativa referenciado en el art. 18, inc. d) del CPCA para las pretensiones de reconocimiento o restablecimiento de derechos" **(121)**. Este tribunal ha sostenido que, en virtud de la letra del art. 18, inc. d), debe agotarse la vía frente a cualquier tipo de acto y no corresponde exceptuar a los actos que resuelven reclamos que anteceden a pretensiones de reconocimiento o restablecimiento de derechos **(122)**.

Por su parte, la SCBA no ha expuesto expresamente esta regla ni la ha relacionado con el art. 18 del CCA, pero surge con claridad de su jurisprudencia. Más precisamente, la obligación de agotar la vía aun frente a reclamos optativos se desprende de dos grupos de casos claramente identificables: (a) supuestos en los que la SCBA consideró que no se había finalizado el tránsito por la vía administrativa e intimó al actor a subsanarlo y (b) supuestos en los que consideró que, aun cuando no se había agotado debidamente la vía administrativa, debía declararse admisible la pretensión a efectos de evitar incurrir en un ritualismo inútil.

II.4.c.i. Casos en los que se aplica el instituto de la subsanación (cf. arts. 31, inc. 3º y 36, inc. 2º, apart. c] del CCA)

El primer grupo de casos comprende a aquellos en los que la SCBA consideró que, ante la ausencia de una resolución que resuelva el reclamo agotando la vía administrativa o de la configuración del silencio negativo, el particular debía subsanar el cumplimiento de dicho recaudo. En tal sentido, cabe citar el caso "Olivera" **(123)** en el cual, ante la falta de configuración del silencio negativo y la ausencia de un acto expreso que resolviera el reclamo del actor, intimó a este último a subsanar el cumplimiento de esta exigencia en los términos del

(119) Antes de la vigencia del CCA, la SCBA exigía que el actor impugne jerárquicamente el reclamo resuelto por una autoridad que carecía de la máxima competencia resolutoria en la materia (VALLEFÍN, Carlos, "Proceso administrativo y habilitación de instancia", Librería Editora Platense, La Plata, 1994, p. 70 (quien cita SCBA, "Gilardoni", causa B 49.467, 07/02/1984; "Mar de Ostende SRL", causa B 48.464, 04/05/1982).

(120) SCBA, "Yapur, Fortunato R. c. Provincia de Buenos Aires (Tribunal de Cuentas) s/ demanda contencioso administrativa", causa B. 65.392, 17/09/2008.

(121) CCAMDP, "Viña, Juan Carlos c. Ministerio de Producción s/ pretensión restablecimiento o reconocimiento de derechos", G-1122-MP1, 19/05/2009. En sentido similar. "García Collins, Jorge H.o G. c. Poder Judicial s/ pretensión anulatoria", C-1858-MP1, 07/09/2010; "Pellegrini, Rodolfo O. c. Municipalidad de Tapalqué s/ reconocimiento de derechos", C-2108-AZ1, 05/04/2011; "Lacava, Miguel Ángel G. c. Municipalidad de la Costa s/ pretensión anulatoria", C-2593-DO1, 02/02/2012.

(122) Ibid.

(123) SCBA, "Olivera, Juan Rito c. Ministerio de Economía. Pretensión anulatoria. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", A. 73.398, 21/02/2018.

art. 36, inc. 2º, apart. "c" del CCA. Conviene recordar que, de acuerdo con esta disposición del CCA, en caso de hacerse lugar a la excepción previa de inadmisibilidad formal de la pretensión (p. ej., falta de agotamiento de la vía administrativa o configuración del silencio), los jueces tienen la facultad de intimar al demandante a subsanarlo **(124)**. Esta norma es concordante con el art. 31, inc. 3º del CCA, por el cual se les otorga a los jueces la misma facultad para el caso en que verifiquen el incumplimiento de algún requisito de admisibilidad de oficio antes de correr traslado de la demanda **(125)**. Del mismo modo, la SCBA ha hecho uso de esta facultad, que es una manifestación del principio *pro actione* **(126)**, frente a recursos de revocatoria no resueltos **(127)**. Sin embargo, los tribunales inferiores no siempre ordenan la subsanación **(128)**.

Cabe notar que, en los casos en los que ha aplicado alguna de las dos disposiciones citadas en el párrafo anterior, la SCBA en concreto, ha intimado a los actores a que, en el plazo de 60 días, acrediten que se ha dictado el acto administrativo definitivo, la configuración del silencio **(129)** o, incluso, el desistimiento de su recurso, en los términos del art. 60 del dec.-ley 7647/1970 **(130)**. También debe tenerse en

(124) El art. 36, inc. 2º del CCA establece: "En el supuesto de admitirse las excepciones, el juez procederá´ de la siguiente manera: (...) c) En el supuesto de las excepciones previstas en el inc. 1º apart. i del artículo anterior, cuando se refieran a la falta de agotamiento de la vía administrativa o a la no configuración del silencio administrativo, conforme a lo dispuesto en los arts. 14 y 16, determinará si fuere procedente, el modo de subsanar tales defectos, aplicándose lo dispuesto en el apartado anterior". El apartado anterior prescribe que el juez "fijará el plazo dentro del cual deben subsanarse los defectos, bajo apercibimiento de tener al demandante por desistido del proceso. Subsanados ellos, se aplicará lo dispuesto en el inciso anterior".

(125) "Si la pretensión no cumpliere alguno de los requisitos de admisibilidad, y de ser ello posible el juez, determinará la subsanación de los defectos incurridos dentro del plazo que al efecto se fije, el que no podrá ser inferior a cinco [5] días, bajo apercibimiento de desestimar la pretensión".

(126) CASSAGNE, Juan Carlos — PERRINO, Pablo E., "El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo...", ob. cit., ps. 354-355.

(127) SCBA, "Yapur, Fortunato R. c. Provincia de Buenos Aires (Tribunal de Cuentas) s/ demanda contencioso administrativa", causa B 65.392, 17/09/2008. Naturalmente, el mismo criterio es seguido en casos en los que se encuentra pendiente de resolución un recurso necesario para agotar la vía: SCBA, "Silva, Alberto c. Ministerio de Seguridad s/ despido", causa B 63.919, 28/02/2010 (recurso de apelación contra la resolución por la cual se dispuso dar de baja por exoneración al actor) y, "Herrero, Gerardo y ot. c. Unidad Ejecutora del P. Ferroviario Pcial. s/ despido - cuestión de competencia art. 6º, CCA", causas B. 65.769, 10/09/2008 (existía pendiente un recurso que debía ser resuelto por la autoridad jerárquica superior de la entidad estatal con competencia resolutoria final).

(128) CCASM, "Colombo, Lidia T. V. c. Municipalidad de Hurlingham s/ pretensión indemnizatoria - otros juicios", causa 2165/10, 02/09/2010 (al deducir la demanda, no había sido resuelto el recurso de revocatoria contra el acto definitivo y final ni tampoco se había configurado el silencio administrativo; el tribunal confirmó la sentencia de primera instancia que rechazaba la pretensión en lugar de permitir la subsanación); CCAMDP, "Rodríguez, Lorena I. c. Dirección General de Cultura y Educación s/ pretensión restablecimiento o reconoc. de derechos", causa C-7818-MP1, 27/11/2018 (la Administración no se había expedido sobre el pedido del actor, un docente, que tenía por objeto el cambio de funciones por disminución o pérdida de aptitud psico-física y tampoco se había configurado el silencio negativo).

(129) En "Olivera" (cit. supra nota 123) intimó "al actor en los términos del art. 36, inc. 2º, apart. "c" de la ley 12.008 —texto según ley 13.101— para que en el plazo de sesenta [60] días hábiles, acompañe el acto administrativo que resuelva su requerimiento, o en su defecto, acredite la configuración del supuesto previsto en el art. 16, inc. 1º del mentado ordenamiento, todo ello bajo apercibimiento de decretar la inadmisibilidad formal de la pretensión". En igual sentido ver "Silva" y "Herrero" (cit. supra nota 127). Por su parte, la CCALP también ha otorgado 60 días para acreditar el acto definitivo o la configuración del silencio negativo en los casos "Escalzi, Claudia E. y otros c. Dirección General de Cultura y Educación s/ pretensión restablecimiento o reconoc. de derechos" (causa 9254, 25/06/2009) y "Tajtelbaum Ricardo c. Municipalidad de Esteban Echeverría s/ pretensión restablecimiento o reconocimiento de derechos" (causa 10000-M CCALP, 05/07/2011), pero no estableció plazo alguno para subsanar en "Sánchez, Gonzalo J. c. Municipalidad de Ensenada s/ pretensión anulatoria - legajo de apelación", causa 8722, 07/04/2009. En "Tilli, Antonio E. c. Municipalidad de Mercedes s/ pretensión indemnizatoria" (causa 9243, 27/03/2009), el JUCA Mercedes otorgó noventa días para subsanar la falta de agotamiento de la vía administrativa.

(130) En "Yapur" (cit. supra nota 127) la SCBA consideró expresamente la posibilidad de desistir voluntariamente un recurso de revocatoria facultativo. Al respecto señaló: "Si bien reviste carácter optativo, no puede ser tildado de inoficioso cuando voluntariamente el intere-

cuenta que la SCBA ha resuelto que la subsanación solamente puede utilizarse en "la etapa introductoria del proceso, es decir, al resolver las excepciones previas" **(131)**.

II.4.c.ii. Casos en los que se advierte una carga excesiva e inútil (cf. art. 14, inc. 1º, apart. b] del CCA)

El segundo grupo de casos de los que se deduce la vigencia de regla de la obligación de agotar la vía administrativa frente a reclamos optativos comprende aquellos en los cuales la SCBA declaró admisibles pretensiones de restablecimiento o reconocimiento de derechos invocando la configuración de un supuesto de ritualismo excesivo o inútil, en los términos del art. 14, inc. 1º, apart. "b" del CCA.

P. ej, en "Olmedo" los actores reclamaban a la Municipalidad de Necochea que se les aplique una recomposición salarial prevista en dos decretos provinciales **(132)**. Si bien la demandada no se había expedido sobre el reclamo y solamente algunos de los actores habían configurado el silencio negativo, la SCBA consideró que no declarar la admisibilidad de la pretensión de todos los actores daría lugar a un exceso de rigor formal **(133)**.

Cabe razonar que, al aplicar esta disposición, la SCBA entendió que en el supuesto efectivamente debía agotarse la vía administrativa, pero que las características del caso lo hacían innecesario. La misma postura se observa con relación a los recursos optativos **(134)**.

II.4.c.iii. Síntesis

En definitiva, una vez que se inicia un reclamo en sede administrativa (aun cuando no fuese necesario hacerlo para demandar a la Administración), los tribunales exigen para poder acceder a la instancia judicial que el reclamo haya sido resuelto mediante un acto expreso o que se haya configurado el silencio negativo. Pero, además, si el acto que resuelve dicho reclamo no emana de la autoridad con competencia resolutoria final (cf. art. 92 del dec. 7647/1970), exigen que se lo recurra administrativamente a efectos de agotar la vía administrativa. En

---

sado lo interpone para procurar un nuevo examen de la cuestión administrativa. Es que, una vez deducido, el interesado mal puede desentenderse de su suerte y promover una acción como la que se ventila en la especie suscitando el ejercicio de la jurisdicción contenciosa, estando aquel recurso administrativo aún pendiente de decisión y sin haberse alegado en esta instancia judicial —aunque más no sea ad eventum— la virtual improcedencia de la vía impugnatoria oportunamente escogida o acreditado su efectivo y voluntario desistimiento (art. 60, dec.-ley 7647/1970)". Luego intimó "al actor en los términos del art. 36, inc. 2º, apart. c) de la ley 12.008 —texto según ley 13.101— para que en el plazo perentorio de sesenta [60] días hábiles, acompañe el acto administrativo que resuelva el recurso interpuesto ante el Tribunal de Cuentas o, en su defecto, acredite la configuración del supuesto previsto en el art. 16, inc. 1º del mentado ordenamiento o lo contemplado en el art. 60 del dec.-ley 7647/1970, todo ello bajo apercibimiento de decretar la inadmisibilidad formal de la pretensión". En la misma línea, ver el voto del juez Pettigiani en SCBA, "Descalzo, Cristian P. c. Municipalidad de Baradero s/ demanda contencioso administrativa", causa B 61.209, 06/06/2012.

(131) SCBA, "Ortega, Daniel A. c. Municipalidad de Pilar s/ demanda contencioso administrativa", causa B 61.894, 08/10/2014. En el mismo sentido, SCBA, "Galeano Mañay, Carlos G. c. Provincia de Buenos Aires (Policía) s/ demanda contencioso administrativa", causa B 56.648, 27/05/2015; "Agüero, Daniel y otros c. Provincia de Buenos Aires (Poder Ejecutivo) s/ demanda contencioso administrativa", causa B. 61.906, 31/10/2016.

(132) SCBA, "Olmedo, Heberto D. y ots. c. Municipalidad de Necochea s/ demanda contencioso administrativa", causa B. 63.317, 11/06/2014. En similar sentido, SCBA, "Alcaraz, Juan José y otros c. Provincia de Buenos Aires (IPS) s/ demanda contencioso administrativa", causa B 60.790, 13/11/2013.

(133) Ibid.

(134) La SCBA también ha aplicado este criterio con relación a recursos de revocatoria. Ver, p. ej., "Agüero, Daniel y otros c. Provincia de Buenos Aires (Poder Ejecutivo) s/ demanda contencioso administrativa", causa B 61.906, 31/10/2016. Los actores habían deducido un recurso de revocatoria contra la liquidación de sus haberes, el cual fue tramitado como un reclamo por la demandada. Contra que rechazó dicha petición dedujeron un recurso que no fue resuelto. La SCBA resolvió: "La aplicación [del art. 35 inc. 2º, apart. "c" del CCA] al caso simplemente dilataría la decisión final sobre el fondo cuando, en rigor, las posiciones sustanciales de los litigantes ya configuran un verdadero caso administrativo susceptible de ser resuelto por el Tribunal, las partes han desplegado todos sus argumentos y pruebas sobre la cuestión de fondo, y para más, consta en la causa que —en definitiva— el recurso de revocatoria ha sido rechazado mediante el dec. 2548/2002. En tales circunstancias entiendo que la cuestión bien podría ser enmarcada en la excepción prevista como segunda hipótesis del art. 14 inc. "b" del Código de Procedimiento de lo Contencioso Administrativo".

cambio, si el acto emana de la autoridad con la máxima competencia resolutoria, debe ser impugnado judicialmente dentro del plazo de caducidad del art. 18 del CCA. En cualquier caso, si el acto administrativo que rechaza el reclamo adquiere firmeza, la demanda judicial será inadmisible **(135)** a pesar de que el reclamo administrativo haya sido optativo y el acto que lo rechaza —en rigor— no altere la situación jurídica del actor **(136)**.

Nótese, al respecto, que para la SCBA todo acto administrativo provoca la "creación, alteración o extinción de situaciones jurídicas" **(137)** y, consecuentemente, no hay lugar para la distinción —como efectivamente sucede en el orden nacional **(138)**— entre los actos administrativos dictados en el marco de la vía reclamatoria cuyo rechazo no modifica la situación jurídica del particular y aquellos que efectivamente provocan un cambio en su estado jurídico y dan lugar a la vía impugnatoria.

Por lo demás, este criterio tiene que analizarse sin perder de vista que para la SCBA toda presentación realizada en sede administrativa resulta equiparable a la presentación de una reclamación previa **(139)**. P. ej., de acuerdo con el tribunal, "la presentación de las facturas para su posterior cobro surte los efectos de una reclamación" **(140)** y, consecuentemente, dispara las cargas mencionadas en este apartado. De ahí que, p. ej., si se solicita el pago de una factura ante la Administración, el contratista deberá bregar por el dictado de un acto por la máxima autoridad con competencia resolutoria (inclusive deduciendo el recurso jerárquico pertinente) o configurar el silencio negativo **(141)**.

III. Crítica a la actual regla de la demandabilidad directa

En líneas generales, puede afirmarse que la doctrina jurisprudencial descripta en el capítulo anterior ha atenuado los efectos nocivos de la reforma dispuesta por la ley 13.101 y que los tribunales locales han sido flexibles a la hora de evaluar la necesidad de transitar por la vía administrativa. Sin embargo, pensamos que es posible realizar tres observaciones para facilitar

(135) SCBA, "Lacquaniti, Susana c. Municipalidad de General San Martín s/ demanda contencioso administrativa", causa B 60.357, 21/12/2011 (la mayoría consideró que el acto del intendente que había rechazado el reclamo del actor no había sido impugnado en tiempo, pues, si bien aceptó que la firma en disconformidad equivale a una impugnación si "es complementada con una suficiente expresión de fundamentos de la impugnación, en tiempo razonable", ello no existió en el caso); "Posadas, Mario M. y otros c. Provincia de Buenos Aires (Dcción. Gral. Cult. y Educ.)", causa B 67.337, 14/12/2016 (los actores impugnaron extemporáneamente los actos por medio de los cuales fueron rechazados sus reclamos administrativos en los que habían solicitado el pago de la diferencia entre el haber que percibían y el que les correspondería según lo estipulado en el Convenio de Transferencia de servicios educativos nacionales a la Provincia de Buenos Aires aprobado por ley provincial 11.524.); "O., H. S. y otros c. Provincia de Buenos Aires (Instituto de Previsión Social) s/ demanda contencioso administrativa", 03/12/2008, causa B 60.585; CCAMDP, "García Collins, Jorge H. G. c. Poder Judicial s/ pretensión anulatoria", causa C-1858-MP1, 07/09/2010 (el actor solicitó ante la SCBA el pago de la bonificación especial por cese prevista en el art. 1º del Acuerdo 2084 y fue rechazada por el Subsecretario de Administración y no impugnada).

(136) ISACCH, Simón, "Pretensión de reconocimiento...", ob. cit.

(137) SCBA, "Posadas" (cit. supra nota 135) y los precedentes de la CCAMDP cit. supra en la nota 121.

(138) CS, Fallos: 312:1017; AGUILAR VALDEZ, Oscar R., "El agotamiento de la vía administrativa", en TAWIL, Guido S., Procedimiento Administrativo, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, ps. 76 y ss.; AGUILAR VALDEZ, Oscar R. — STUPENENGO, Juan Antonio, "Comentario al art. 24 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos" en CICERO, Nidia Karina, Legislación usual: derecho administrativo, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, 1ª ed., p. 369; PERRINO, Pablo E. — DE LA RIVA, Ignacio M., "La regulación del proceso contencioso administrativo federal", en POZO GOWLAND, Héctor, et al, Procedimiento Administrativo, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, t. II, ps. 456 y ss.

(139) Una excepción a lo dicho se puede observar en "Fernández" y "Pernigotti" (cit. supra en nota 71) en los cuales la SCBA no le dio valor a la carta documento enviada por los actores cuestionando la decisión de renovar sus contratos.

(140) SCBA, "Investigaciones Médicas SA c. Provincia de Buenos Aires (IOMA) s/ demanda contencioso administrativa", causa B 64.068, 28/09/2005.

(141) SCBA, "Investigaciones Médicas SA c. Provincia de Buenos Aires (IOMA) s/ demanda contencioso administrativa", causa B 64.068, 28/09/2005 (tuvo por configurado el silencio negativo); "Masalle, Juan José c. Municipalidad de Ensenada", causa B. 59.520, 05/04/2017 (tuvo por configurado el silencio negativo).

(aún más) el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa.

III.1. La vigencia del inconstitucional art. 14 del CCA

El primer problema que detectamos y al que ya hemos hecho referencia en el capítulo anterior es que, a pesar de ser manifiestamente inconstitucional, el art. 14 del CCA no ha sido derogado ni declarado inconstitucional. Sin duda, la antinomia normativa entre el art. 166 de la Constitución Provincial y el art. 14 del CCA en sí misma compromete la vigencia del derecho de acceso a la justicia **(142)**, del principio de seguridad jurídica y de la mismísima justicia, al enfrentar al justiciable a un complejo normativo de difícil interpretación a la luz de la jurisprudencia local sobre la materia. Aun cuando el operador advierta la antinomia entre ambas normas, resulta de lo más engorroso conocer con precisión la doctrina judicial aplicable y así poder predecir los criterios que aplicará un juez en el caso concreto.

Sin duda, es posible afirmar que la contradicción entre el art. 166 de la Constitución Provincial y el art. 14 del CCA genera un problema de seguridad jurídica, que no es resuelto por la jurisprudencia local. En tal sentido, resultan clarificadoras las palabras de Bobbio:

"Es evidente que cuando dos normas contradictorias son ambas válidas, y puede ser aplicada indistintamente una u otra, según el criterio del juez que está llamado a aplicarla, se violan dos exigencias fundamentales, en las que se inspiran o tienden a inspirarse los ordenamientos jurídicos: la exigencia de certeza (que corresponde a los valores de la paz o del orden), y la justicia (que corresponde al valor de la igualdad). Cuando existen dos normas antinómicas, ambas válidas, y por tanto aplicables, el ordenamiento jurídico no logra garantizar certeza, entendida como la posibilidad del ciudadano de prever con exactitud la consecuencia jurídica de su propia conducta, ni la justicia entendida como igual tratamiento a las personas que pertenecen a la misma categoría" **(143)**.

Por otra parte, y sin duda vinculado con lo expuesto hasta aquí, la contradicción entre el art. 166 de la Constitución Provincial y el art. 14 del CCA afecta negativamente el derecho de acceso a la justicia. Innegablemente, ante la menor duda, un profesional con un criterio prudente recomendará deducir los reclamos y el recurso necesario para agotar la vía administrativa. De este modo, la contradicción normativa que venimos analizando impide o, en el mejor de los casos, posterga el acceso a la justicia y afecta el derecho a obtener a una resolución en un plazo razonable **(144)**.

Al respecto, cabe recordar que la simplificación normativa es uno de los medios para facilitar el acceso a la justicia. Tal como destacaban hace ya casi cincuenta años Cappelletti y Garth, es imprescindible contar con un sistema normativo simple y accesible para el común de las personas: "Para el movimiento del 'acceso a la justicia' la simplificación también está relacionada con el propósito de hacer más fácil las leyes para las personas puedan interponer determi-

(142) A esto se suma que el art. 14 del CCA consagra un sistema de habilitación de instancia contrario al derecho de acceso a la justicia. Es que la afectación del derecho de acceso a la justicia implica, por un lado, eliminar todas las cargas que impidan acceder a la justicia. Podríamos decir que la tutela de este derecho exige desarmar la carrera de obstáculos que implica el agotamiento de la vía administrativa. Pero con el actual art. 14 del CCA en lugar de facilitarse el acceso a la justicia, se lo ha complicado con trabas formales.

(143) BOBBIO, Norberto, "Teoría General del Derecho", ob. cit., p. 207

(144) Esto es especialmente relevante cuando la Administración provincial no se caracteriza por tramitar velozmente las actuaciones administrativas y los procesos judiciales suelen demorar varios años. Al respecto, debe recordarse que en el caso "Perrone y Preckel vs. Argentina", la Corte Interamericana de Derecho Humanos condenó a la República Argentino al considerar, entre otras cuestiones, que no resultaba razonable que el plazo de duración de los procedimientos administrativos y de los correspondientes procesos judiciales conjuntamente se extiendan, en un caso, por más de 10 años y 11 meses y en el otro, por más de 13 años, respectivamente (sentencia del 08/10/2019). Ver: AGUILAR VALDEZ, Oscar R. — PERRINO, Juan Pablo, "Importante precedente de la CIDH sobre la responsabilidad internacional del Estado Argentino", Abogados.com.ar, 22/11/2019, disponible en https://abogados.com.ar/importante-precedente-de-la-cidh-sobre-la-responsabilidad-internacional-del-estado-argentino/24797, últ. visita 03/07/2020.

nadas acciones" **(145)**. Las dificultades derivadas de los sistemas normativos complejos y con contradicciones no resueltas afectan a todos los litigantes: tanto a quien no conoce cabalmente la normativa y los criterios jurisprudenciales como a quienes, aun teniendo conocimiento de las normas y los precedentes relevantes, no está en condiciones de predecir el criterio que se le aplicará en su caso.

En esta línea, debe recordarse que la Comisión Interamericana de Derecho Humanos, al tratar la denuncia efectuada por un justiciable cuya demanda había sido declarada inadmisible por la SCBA con sustento en que no había agotado la vía administrativa, afirmó que el principio de tutela judicial efectiva, protegido por la Convención Americana de Derechos Humanos, exige "que el acceso a la justicia no se convierta en un desagradable juego de confusiones en desmedro de los particulares" **(146)**. Precisamente, en dicha ocasión al analizar el intrincado sistema de agotamiento de la vía administrativa vigente en la Provincia de Buenos Aires antes de la reforma constitucional de 1994 **(147)**, la Comisión afirmó: "La seguridad jurídica y el principio de claridad y certidumbre respecto de la jurisdicción competente imponen un mayor rigor a la hora de impedir el acceso a la justicia".

La única forma de solucionar estos problemas es modificar el art. 14 del CCA o que los tribunales locales, especialmente la SCBA, se pronuncien con un lenguaje llano y con claridad sobre la constitucionalidad del art. 14 del CCA y la correcta interpretación del sistema de agotamiento de la vía administrativa vigente en la Provincia de Buenos Aires. No hay margen para puntos medios en los que, sin declarar la inconstitucionalidad del art. 14 del CCA, no se lo aplique o se lo interprete en contra de su misma letra. Es que como expresa Sagües, *"so pena* de incurrir en arbitrariedad, la única vía apta para inaplicar la norma, encontrándose vigente, es reputándola inconstitucional" **(148)**.

III.2. La exigencia de agotar la vía administrativa en la vía reclamatoria

En segundo lugar, creemos que debe revisarse la exigencia de agotar la vía administrativa en la vía reclamatoria y más enfáticamente aun cuando se trata de un reclamo optativo. Hemos visto que se han expuesto tres razones por las cuales se exige agotar la vía administrativa tras la deducción de una reclamación administrativa: (a) la exigencia de configurar la voluntad institucionalizada; (b) la equiparación de los efectos de los actos administrativos de gravamen y de aquellos mediante los cuales se rechazan reclamos y peticiones en general; y (c) lo dispuesto en el art. 18, inc. d) del CCA.

III.2.a. La doctrina de la voluntad institucionalizada

Sin duda, este concepto se opone al postulado básico de la teoría del órgano, de innegable aplicación en el ámbito de organización administrativa **(149)**. Como es sabido, en virtud de la

(145) CAPPELLETTI, Mauro — GARTH, Bryant, "Acceso a la justicia: movimiento mundial para la efectividad de los derechos. Informe general", traducido por Amaral, Samuel, Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata, La Plata, 1983, p. 175: "hay muchos aspectos [de las leyes] en los cuales la simplificación es posible y deseable. Una ley que pueda ser comprendida fácilmente es a menudo más accesible al común de las personas. Para el movimiento del 'acceso a la justicia' la simplificación también está relacionada con el propósito de hacer más fácil las leyes para las personas puedan interponer determinadas acciones".

(146) Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 105/99 emitido en el caso 10.194, "Palacios, Narciso - Argentina", emitido el 29/09/1999, publicado en LA LEY 2000-F, 594, con nota de Carlos A. BOTASSI, "Habilitación de instancia y derechos humanos", LA LEY 2000-F, 594.

(147) La comisión reprochó la aplicación retroactiva del criterio jurisprudencial establecido en la causa "Lesieux" (B. 50.359, 11/12/1986) que exigía la interposición del recurso de revocatoria para agotar la vía administrativa.

(148) SAGÜÉS, Néstor, "Recurso extraordinario", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2016, 4ª ed., t. 2, p. 185.

(149) Según lo ha reconocido la misma SCBA, la teoría ha sido adoptada "por una notable mayoría de la doctrina y jurisprudencia especializadas" ("Unión Transitoria de Empresas c. Provincia de Buenos Aires s/ demanda contencioso administrativa", causa B 63.368, 08/09/2010). P. ej., ver CS, Fallos: 306:2030; 307:821; 312:1656; CNFed. Cont. Adm., Sala IV, "Cornejo, Martín G. c. EN s/ juicio de conocimiento", expte. 20.480/93, 20/12/1996; Sala II, "Maderera Panamericana SACEI c. EN — Ministerio de Defensa - Gendarmería Nacional s/ proceso de conocimiento", expte. 17.162/95, 03/06/2008.

teoría del órgano, el actuar de todo órgano estatal es imputable al ente del cual forma parte, sin distinguir entre la jerarquía del órgano del cual emana la acción u omisión. No hay razón para sostener que la manifestación de voluntad de un director provincial no es voluntad institucionalizada de la Provincia de Buenos Aires. Tal como señala Cassagne, el órgano forma parte de la persona jurídica estatal "generándose una relación de tipo institucional, que emana de la propia organización y constitución del Estado o de la persona jurídica pública estatal" **(150)**.

De ahí que, en la relación con el particular, la manifestación de voluntad de todo órgano estatal deba ser considerada voluntad institucionalizada. En todo caso, si un órgano inferior obra en un sentido contrario a los instruido por sus superiores (contrariando el principio de unidad de acción), la Administración siempre podrá de oficio modificar, sustituir o revocar el acto administrativo. Y si eventualmente es llevada a juicio antes de poder ejercer la facultad de revisar de oficio el acto administrativo, siempre podrá allanarse a la pretensión del actor. Por eso, no tiene sentido sostener que el administrado debe impugnar el acto que rechaza un reclamo deducido en sede administrativa para que exista voluntad institucionalizada de la Administración.

En definitiva, el acto que rechaza una petición administrativa importa una verdadera manifestación de voluntad imputable al ente al cual pertenece el órgano, sin perjuicio del grado que ocupa ese órgano en la línea jerárquica.

III.2.b. No todos los actos que proyectan efectos hacia los particulares motorizan *per se* la carga de impugnarlo

Tampoco resulta un fundamento válido de la carga de agotar la vía administrativa ante al rechazo de un reclamo la equiparación de los efectos que producen los actos administrativos de gravamen (v.gr., aplicación de una sanción) **(151)** con los efectos de aquellos actos administrativos que rechazan reclamos o peticiones destinados al cumplimiento de una prestación debida o el reconocimiento de un derecho preexistente. La SCBA ha sostenido que todos los actos administrativos definitivos (sin distinción alguna) crean, alteran o extinguen situaciones jurídicas y, por tanto, siempre "motorizan" cargas impugnativas ya que, en caso de no impugnárselo temporáneamente, el acto deviene firme e irrevisable judicialmente. Esto implica que, si el acto que resuelve el reclamo no es final, el particular debe deducir el recurso administrativo pertinente para agotar la vía administrativa; por el contrario, si el acto es final y por tanto "causa estado", el particular debe deducir la demanda dentro del plazo de caducidad de noventa días hábiles judiciales.

Concretamente, sobre este tema la SCBA tiene dicho: "La expedición de un acto administrativo definitivo, que opera per se la creación, alteración o extinción de situaciones jurídicas, motoriza las cargas impugnativas previstas en cada caso por el ordenamiento en orden a la ulterior pretensión de contenido anulatorio" **(152)**.

(150) CASSAGNE, Juan Carlos, "Curso de derecho administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, 12ª ed., t. I, p. 231.

(151) Ver nota 9.

(152) SCBA, "Lloret, Luis O. c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ demanda contencioso administrativa", causa B 65.966, 01/09/2010. La expresión parece originarse en el voto del juez Soria en "Cimacvial SA c. Provincia de Buenos Aires s/ demanda contencioso administrativa", causa B 57.375, 23/07/2008. En su voto expone: "La calidad de definitivo (resolutorio o conclusivo) atribuible al acto administrativo alude a la aptitud que posee para decidir o terminar, por vía directa o indirecta, la cuestión principal en debate y generar efectos lesivos para el interesado en el procedimiento. De las variadas formas con que la Administración puede resolver una petición, un recurso o reclamo, cuando concurre una denegación formal y concreta al reconocimiento del derecho o interés gestionado, la calificación como definitivo del acto respectivo no suscita dificultades. Hay un obrar administrativo que opera per se la creación, alteración o extinción de situaciones jurídicas principales, o no incidentales, y abre paso previo al agotamiento de la vía administrativa, si correspondiere a la carga de la impugnación procesal. En tal concepto se engloban, por extensión, ciertos actos que, sin expedirse abiertamente sobre la cuestión jurídico material, importan una denegatoria actual del derecho o interés reclamado, finiquitan indirectamente el procedimiento o causan indefensión al interesado. Se trata de una equiparación basada, a la postre, en la accesibilidad jurisdiccional que fluye del art. 15 de la Constitución de la Provincia". La expresión fue luego tomada en votos que hicieron mayoría: "Manghi, Armando C. c. Provincia de Buenos Aires

Básicamente, con esto el tribunal considera que provoca el mismo efecto el acto por el cual se rechaza un reclamo salarial, el que rechaza el pedido de reconocimiento de una jubilación y aquel que impone una sanción o revoca una decisión favorable al particular.

Desde nuestro punto de vista, no pueden equipararse los efectos de un acto administrativo de gravamen con los de un acto que rechaza un reclamo que tiene por objeto el reconocimiento de un derecho prexistente o el cumplimiento de un deber preexistente (aun cuando el reclamo se deduzca ante un supuesto de inactividad material). Estos actos administrativos no provocan los mismos efectos sobre la situación jurídica del destinatario. Mientras que los actos administrativos de gravamen la modifican en su perjuicio (p. ej., al convertirlo en acreedor de una multa, extinguir una relación contractual, revocar un beneficio jubilatorio, etc.), aquellos que rechazan un reclamo que tiene por objeto el cumplimiento de un deber legal o el reconocimiento de un derecho ya incorporado al patrimonio no tienen ese efecto. En rigor, en el último caso, la situación jurídica del particular es la misma antes y después de la emisión del acto que rechaza el reclamo.

Al respecto, Mairal explica que "cuando el particular invoca un derecho preexistente cuya existencia o reconocimiento no depende de una declaración administrativa, y la Administración se rehúsa a reconocerlo, tal actitud en nada afecta al derecho preexistente" **(153)**. El autor sostiene que estos actos, al igual que aquellos mediante los cuales la Administración prohíbe al particular el ejercicio de una conducta lícita sin respaldo legal, que denomina meros pronunciamientos administrativos, no implican otra cosa más que una toma de posición ante la situación del particular y no producen efectos jurídicos **(154)**. Por ello, señala que "cuando un particular tiene un derecho cuya existencia no depende de reconocimiento administrativo, dependencia que solo puede surgir de la ley expresa que la establezca, las manifestaciones que respecto de dicho acto formule la Administración son inhábiles para afectarlo, no constituyen actos administrativos ni requieren impugnación" **(155)**.

En la misma línea, Cassagne ha sostenido que "en el caso de los meros pronunciamientos administrativos, que son aquellos que se emiten cuando el recurrente solicita —por ejemplo— el reconocimiento de un derecho incorporado a su patrimonio, cuya existencia no depende de esa declaración administrativa, atribuirle a la posición negativa de la Administración los efectos de un acto administrativo que repercute sobre su esfera jurídica alterándola o afectándola para de allí en más —en razón de algún elevado deber— aplicarle los plazos de caducidad y los requisitos inherentes a la impugnación judicial de los actos

(IPS) s/ demanda contencioso administrativa", causa B 62.944, 29/12/2009; "Mazzoni, María Inés c. Municipalidad de San Isidro s/ demanda contencioso administrativa", causa B 65.904, 29/06/2016; "Posadas, Mario M. y otros c. Provincia de Buenos Aires (Dirección General de Cultura y Educación) s/ demanda contencioso administrativa", causa B 67.337, 14/12/2016. Notamos que en su voto en el caso "Cazeaux", el juez Soria realiza una pequeña modificación en la frase al referirse a los actos definitivos que proyectan "la voluntad institucionalizada de la autoridad pública": "La expedición de un acto administrativo definitivo, que proyecta la voluntad institucionalizada de la autoridad pública, opera per se la creación, alteración o extinción de situaciones jurídicas y por tanto motoriza cargas impugnativas..." ("Cazeaux, Pedro N. y otros s/ inconstitucionalidad ley 11.761. Tercero: Caja de Jubilaciones, Subsidios y Pensiones del Personal del Banco de la Provincia de Buenos Aires", causa I 1.918, 13/09/2017). Esta misma variación la repitió en su voto en "Perla", al que adhirió la mayoría del tribunal ("Perla, José L. c. Ministerio de Seguridad s/ Pretensión indemnizatoria. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", causa A 73.742, 13/09/2017).

(153) MAIRAL, Héctor A., "Meros pronunciamientos administrativos", en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), Derecho Administrativo. Obra colectiva en homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 657.

(154) Ibid., p. 656. En sentido similar, ver CASSAGNE, Juan Carlos, "Curso de derecho administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, 12ª ed., t. I, p. 617. El autor sostiene: "En aquellos supuestos en que el acto no incida o afecte la relación jurídica sustancial (ya sea porque se trata de un derecho preexistente o bien, de una mera declaración no fundada en ley o no exigida por el ordenamiento) el acto resultante configura un mero pronunciamiento administrativo carente de presunción de legitimidad y de ejecutoriedad".

(155) MAIRAL, Héctor A., "Meros pronunciamientos administrativos", ob. cit., p. 658.

que agotan la vía administrativa, resulta un contrasentido mayúsculo que choca abiertamente el principio de tutela administrativa y judicial efectiva, de raigambre constitucional" **(156)**. En el ámbito provincial, esta postura es seguida por Isacch **(157)**.

En definitiva, entendemos que resulta incorrecto afirmar que los actos que rechazan los reclamos por los cuales se solicita a un órgano administrativo el cumplimiento de un deber legal o el reconocimiento de un derecho ya incorporado al patrimonio motorice la carga de impugnarlos, ya sea en sede administrativa a través de recursos administrativos o en sede judicial mediante la pretensión anulatoria.

III.2.c. El art. 18, inc. d) del CCA

La CCAMDP ha afirmado en varias ocasiones que la carga de impugnar los actos que rechazan reclamos emana del art. 18, inc. d) del CCA. En resumidas cuentas, sostiene que en caso de tratarse de actos que emanen de un órgano que carece de la máxima competencia para resolver en la materia, deberá cuestionárselos mediante el recurso jerárquico y que, en el caso contrario, podrá optarse por un recurso reconsideración o por deducir la pretensión anulatoria dentro del plazo de caducidad.

El art. 18 del CCA también fue modificado por la ley 13.101. En su versión original, no mencionaba a las pretensiones de restablecimiento o reconocimiento de derechos. Evidentemente, la modificación del art. 18 del CCA está en línea con la modificación del art. 14 del CCA ya analizada. La interpretación literal de la cláusula lleva a concluir que mientras que en el caso de las pretensiones indemnizatorias la carga de agotar la vía administrativa solamente es exigible cuando se reclame un daño ocasionado por un acto administrativo (un acto que modifica la situación jurídica del actor) **(158)**, en el caso de las pretensiones de restablecimiento o reconocimiento de derechos siempre deba agotarse la vía administrativa. Esta conclusión es reprochable por cuatro razones.

En primer lugar, la interpretación literal del art. 18 del CCA lleva a desterrar por completo a la pretensión de restablecimiento o reconocimiento de derechos. Según la lectura que efectuamos en el apartado anterior, toda pretensión de restablecimiento o reconocimiento de derechos debe ir acompañada de la impugnación de un acto administrativo que agote la vía administrativa. Es decir, que solamente sería concebible como pretensión accesoria a la anulatoria.

En segundo lugar, debe notarse que no existe razón alguna para sostener la distinción entre las pretensiones indemnizatorias y de restablecimiento o reconocimiento de derechos realizadas por el art. 18 del CCA. Del mismo modo, que no existe motivo para exigir al actor que realice un pedimento administrativo para reclamar el resarcimiento de un daño que tiene su origen en un supuesto de inactividad material o en una actuación administrativa no formalizada en un acto administrativo, tampoco lo hay para exigirlo en relación con una pretensión de reconocimiento o restablecimiento de derechos.

En tercer lugar, tampoco existe alguna disposición constitucional o un principio de orden lógico del cual se derive que, de no impugnar estos actos administrativos dentro del plazo de caducidad para deducir un recurso administrativo o una pretensión anulatoria, queden firmes y no puedan ser revisados judicialmente como si se tratase de una sentencia que hace cosa juzgada. Tal como ha señalado Aguilar Valdez, el agotamiento de la vía administrativa "no es ni de la esencia del régimen contencioso administrativo, ni tiene fundamentos en

(156) CASSAGNE, Juan Carlos, "Curso de derecho administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, 12ª ed., t. II, ps. 503-505.

(157) ISACCH, Simón, "Pretensión de reconocimiento...", ob. cit.

(158) Sin perjuicio de lo que surge del mismo art. 18 del CCA, SCBA, "Mondet, Alfredo E. c. Municipalidad de Avellaneda s/ daños y perjuicios - cuestión de competencia art. 6º, CCA", causa B 66.515, 23/03/2010 ("Cuando se deducen acciones resarcitorias no vinculadas con la impugnación de un acto administrativo, no corresponde aplicar el plazo de caducidad previsto del art. 18 de la ley 12.008").

exigencia constitucional alguna" **(159)**. Tampoco lo es el plazo de caducidad para demandar **(160)**.

Finalmente, también se puede advertir una contradicción entre el art. 18, inc. d) del CCA y los arts. 15 y 166 de la Constitución Provincial. Es que, al exigir indirectamente el agotamiento de la vía administrativa para interponer cualquier pretensión de reconocimiento o restablecimiento de derechos, el art. 18 del CCA prácticamente convierte al proceso contencioso provincial en un proceso revisor de actos administrativos **(161)**, lo cual es contrario al espíritu que guio al constituyente en la reforma de los arts. 15 y 166 de la Constitución Provincial. Debe notarse que la expresa mención a los plazos de caducidad —existente desde 1873— fue eliminada del texto constitucional con el claro objetivo de facilitar el acceso a la justicia en línea con lo previsto en el nuevo art. 15 de la Constitución Provincial. En tal sentido, Cassagne ha sido enfático al señalar que "los plazos de caducidad para accionar contra el Estado debieran reputarse inconstitucionales, en cuanto cercenan el acceso a la jurisdicción, el derecho de propiedad y el derecho a una tutela judicial efectiva" en la medida en que se los aplique "a partir de cualquier decisión que resuelva la clausura del estado administrativo" **(162)**. Justamente, ello es lo que sucede con el art. 18, inc. d) del CCA.

Del mismo modo, el resultado al que se arriba a partir de una interpretación literal del art. 18, inc. d) del CCA es contrario al sentido mismo del sistema de pretensiones del CCA, en el cual las pretensiones son autónomas y en el que la pretensión de restablecimiento o reconocimiento de derechos funciona como "una pretensión de relleno de cierre, de cobertura o residual" **(163)**.

(159) AGUILAR VALDEZ, Oscar R., "El agotamiento de la vía administrativa", en TAWIL, Guido S. (dir.), PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 87.

(160) CASSAGNE, Juan Carlos, "El acceso a la justicia administrativa", LA LEY 2004-D, 218; TAWIL, Guido S., "El plazo para accionar en la instancia contencioso administrativa", en TAWIL, Guido S. (dir.), Derecho Procesal Administrativo, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, ps. 328-329; BIANCHI, Alberto B., "¿Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa?", LA LEY 1995-A, 397.

(161) Nótese que el universo de procesos en los no sería necesario impugnar un acto administrativo quedaría acotado a las pretensiones de cese de vías de hecho, amparos por mora y declarativas de certeza. Para peor, los tribunales también han sido muy estrictos a la hora de evaluar la admisibilidad de la pretensión declarativa de certeza (SCBA, "Spicer Ejes Pesados SA s/ acción meramente declarativa", causa B 66.737, 06/07/2005; "Hernández, Raúl A. c. ARBA s/ pretensión declarativa de certeza. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", causa A 72.526, 15/08/2018) y de inconstitucionalidad (SCBA, "Bernasconi, María M. c. Fisco de la Provincia de Buenos Aires y ots. s/ pretensión restablecimiento o rec. de derechos. Cuestión de competencia", causa B 67.769, 12/05/2004; "Cámara Argentina de Empresas de Fuegos Artificiales c. Municipalidad de Avellaneda s/ pretensión de restablecimiento o reconocimiento de derechos. Cuestión de competencia", causa B 76.039, 23/10/2019).

(162) CASSAGNE, Juan Carlos, "El acceso a la justicia administrativa", LA LEY 2004-D, 218. Del mismo modo Tawil sostiene que "la existencia de un plazo general de caducidad resulta inadecuado en nuestro ordenamiento jurídico, en tanto el derecho de defensa o acceso a la justicia nace directamente de la Constitución Nacional, sin ningún tipo de limitación temporal, y no de la ley que a su vez fija el término de caducidad. Tal circunstancia podría justificar el establecimiento, por parte del Congreso, de plazos de caducidad en supuesto específicos, mas no de un plazo genérico que excede el ámbito reglamentario del art. 14 de nuestra Ley Suprema o su extensión por vía interpretativa" (TAWIL, Guido S., "El plazo para accionar en la instancia contencioso administrativa", ob. cit., ps. 325-326). Por su parte, Mairal sugiere distinguir la aplicación del plazo de caducidad para (a) actos dictados en ejercicio de facultades cuasijurisdiccionales (cuya ejecución no puede ser postergada hasta el vencimiento del plazo de prescripción y que deberían estar antecedidas de un procedimiento administrativo en el que el afectado participe con asistencia letrada), (b) actos que rechazan el pedido de una autorización administrativa exigida por ley para llevar a cabo determinada conducta (en los que no siempre el particular participa con asesoramiento letrado y en definitiva la falta de impugnación perjudica al particular), (c) actos dictados de oficio y sin previa participación del particular, y (c) meros pronunciamientos administrativos (MAIRAL, Héctor A., "Los plazos de caducidad en el Derecho administrativo argentino", en CASSAGNE, Juan Carlos [dir.], Derecho procesal administrativo, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, t. I, p. 882).

(163) CASSAGNE, Juan Carlos — PERRINO, Pablo E., "El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo", ob. cit., p. 166.

Si bien es cierto que tanto la SCBA **(164)** como la CS **(165)** se han expedido a favor de la constitucionalidad de los plazos de caducidad para demandar, la realidad es que los fundamentos utilizados han sido completamente refutados por los autores ya citados **(166)**. Además, debe notarse que, incluso, esos fundamentos con los que se justifica la vigencia del plazo de caducidad se desdibujan todavía más, en el marco del proceso contencioso administrativo bonaerense, a la luz de lo prescripto por los arts. 15 y 116 de la Constitución Provincial.

III.2.d. La admisibilidad en el proceso contencioso federal y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

La regulación del proceso administrativo en el ámbito nacional y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es demostrativa de que es posible concebir un sistema procesal contencioso administrativo en el cual no se exija ni agotar la vía administrativa ni la deducción de la acción contencioso-administrativa dentro del plazo de caducidad tras haber iniciado un reclamo administrativo cuyo objeto sea el reconocimiento de un derecho preexistente o el cumplimiento de una prestación debida.

Por un lado, en el ámbito federal, tras la interpretación realizada por la CS en el conocido caso "Mackentor" **(167)** y hasta la sanción de la ley 25.344, era claro que ante la denegación administrativa de un reclamo previo —mediante acto expreso o por vía del silencio administrativo—, el particular no estaba obligado a deducir un recurso administrativo ni la demanda contencioso administrativa dentro del plazo de caducidad previsto en el art. 25 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (dec.-ley 19.549/1972) **(168)**. Si bien este criterio varió a partir de la interpretación de la modificación introducida por el art. 12 de la ley 25.344 al art. 31 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos realizada por la CS en "Biosystems" **(169)**, la realidad descripta demuestra que es posible concebir un sistema de habilitación de la instancia judicial en el cual no se exija la impugnación de los actos que rechazan reclamaciones que tengan por objeto que un órgano administrativo cumpla un deber legal o reconozca un derecho ya incorporado al patrimonio.

Un criterio similar es propuesto por Seijas al analizar el sistema vigente en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: "efectuado un reclamo en sede administrativa, aun en el supuesto de resolución desfavorable, no hay norma que obligue a su impugnación en esa sede. En efecto, el ejercicio de la opción del reclamo previo no sujeta el caso a la necesidad de agotar una vía impugnatoria (...). Ante un acto administrativo que afecta los derechos del particular, la viabilidad de su impugnación judicial exige —de acuerdo con la legislación vigente— la previa interposición de recursos administrativos, como medio apto para obtener el agotamien-

(164) SCBA, "Gutiérrez Mazzeo, Raúl E. c. Municipalidad de La Matanza s/ demanda contencioso administrativa", causa B 59.319, 01/03/2006; "L., R. P. y o. c. M. d. L. s/ demanda contencioso administrativa", causa B 53.499, 27/03/2008 (Genoud); "Estojacovich, Héctor P. c. Instituto de Previsión Social s/ pretensión anulatoria. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", causa A 69.931, 31/08/2011; "Covisur Concesionaria Vial del Sur SA c. Municipalidad de Coronel Brandsen s/ pretensión de reconocimiento o restablecimiento de derechos. Recurso de inaplicabilidad de ley"; causa A 70.538, 04/07/2012 (Hitters); "Berison, Elsa M. c. Instituto de Previsión Social (IPS) s/ pretensión anulatoria. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", causa A 73.212, 23/08/2017.

(165) CS, Fallos: 316:2454 y 318:441.

(166) CASSAGNE, Juan Carlos, "El acceso a la justicia administrativa", LA LEY 2004-D, 218; BIANCHI, Alberto B., "¿Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa?", LA LEY 1995-A, 397; TAWIL, Guido S., "El plazo para accionar en la instancia contenicoso administrativa", ob. cit., ps. 328-329; MAIRAL, Héctor A., "Los plazos de caducidad en el Derecho administrativo argentino", en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), Derecho procesal administrativo, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, t. I, p. 882.

(167) CS, Fallos: 312:1017.

(168) MOLINARI, Miguel — PERRINO, Juan Pablo, "De acuerdo con la Corte Suprema, el plazo de caducidad no se aplica cuando se configura el silencio en la vía reclamatoria", EDA 28/02/2014.

(169) CS, "Biosystems SA c. EN — M. Salud - Hospital Posadas s/ contrato administrativo", B. 674. XLVII. REX, 11/02/2014. Como es sabido, según la interpretación de la Procuración General de la Nación que la CS hace suyo, desde la notificación del acto expreso que rechaza el reclamo administrativo previo corre el plazo de caducidad del art. 25 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos.

to de tal instancia" **(170)**. En línea similar se ha pronunciado Balbín: "Ahora bien si se trata de aquellos supuestos en que es necesario configurar la omisión a través de la petición frente a la administración de un pronunciamiento concreto y una vez resuelta la presentación de manera expresa o tácita el particular podrá iniciar la acción en cualquier momento, sin perjuicio del plazo de prescripción toda vez que, en este supuesto, no existe el presupuesto del agotamiento de la vía administrativa" **(171)**.

III.2.e. El silencio administrativo negativo: una solución insuficiente

El rigorismo de exigir el agotamiento de la vía administrativa frente a reclamos optativos parecería verse atenuado al reconocerle al particular la posibilidad de configurar el silencio administrativo negativo para habilitar la instancia judicial, en lugar de tener que esperar a que sea dictado el acto definitivo (y, llegado el caso, si correspondiese, continuar la vía administrativa mediante la deducción de un recurso jerárquico).

Esta alternativa es beneficiosa para el particular, pero insuficiente de cara a las confusas normas que rigen los plazos de los trámites en el procedimiento administrativo bonaerense. En efecto, en el plano teórico los arts. 77 y 78 del dec.-ley 7647/1970 son claros en cuanto a los plazos que rigen el procedimiento administrativo y la forma de su cómputo. Sin embargo, a la hora de su aplicación práctica se presentan serias dudas de cómo debe contarse los plazos allí mencionados, especialmente cuando en el procedimiento intervienen la Contaduría General, la Asesoría General de Gobierno y la Fiscalía de Estado.

Recordemos que el art. 77 del dec.-ley 7647/1970 prevé plazos máximos específicos para diferentes etapas del procedimiento (emisión de dictámenes e informes técnicos y no técnicos, de decisiones definitivas, notificaciones etc.) y el art. 78 del dec.-ley 7647/1970 prescribe que "[e]stos plazos se cuentan a partir del día siguiente al de la recepción del expediente por el órgano respectivo". Además, está última disposición agrega que "[e]n caso de que [el órgano interviniente], para poder producir el dictamen, pericia o informe de que se trate, o para decidir la cuestión, deba requerir nuevos informes o dictámenes de otros órganos, quedarán suspendidos hasta tanto los mismos sean contestados o venzan los plazos para hacerlo".

La duda que se presenta es si existe un plazo máximo de duración total del procedimiento administrativo **(172)**. El art. 77 del dec.-ley

(170) SEIJAS, Gabriela, "Las vías administrativas previas en el contencioso de la Ciudad de Buenos Aires. Breve examen de la legislación vigente y la jurisprudencia de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad", EDA 2005-615 [2005].

(171) BALBÍN, Carlos F., "Sobre la habilitación de la instancia en el proceso contencioso administrativo de la Ciudad de Buenos Aires", LA LEY 2001-D, 1161. Sin embargo, este autor se pronunció en sentido parcialmente contrario al fallar en la causa "Prealco SAICIF c. GCBA s/ daños y perjuicios", expte. EXP 717/0, 24/09/2002 (Sala I). Allí sostuvo, tras recordar que "la actora presentó un reclamo en sede administrativa", que "una vez que eligió articular en forma previa el reclamo que menciona la norma citada, sometiéndose voluntariamente a la instancia administrativa, tal como ocurrió en la presente causa, debió agotar previamente dicha vía —mediante la obtención de un pronunciamiento expreso o tácito por parte de la administración que resolviera su pretensión, arg. art. 8º, CCAyT— como condición de acceso a la jurisdicción. Cabe señalar, sobre el punto, que el supuesto previsto por el art. 4º del CCAyT [daños y perjuicios] es distinto del resto de los reclamos innominados que cualquier particular puede plantear ante la administración, y que pueden ser libremente desistidos. Es precisamente por esa razón que el legislador ha regulado de modo específico el reclamo optativo previsto por el art. 4º del CCAyT. Lo dicho implica, asimismo, que resulta aplicable al caso el art. 7º del CCAyT, de conformidad con el cual la acción debe interponerse dentro del plazo perentorio e improrrogable de noventa días computados desde el día siguiente al de la notificación de la decisión que agota la instancia administrativa".

(172) Botassi y Oroz proponen que "[e]l plazo suspendido recomienza a correr (sumándose el lapso devengado antes de la decisión de suspenderlo) cuando el órgano recibe el informe o dictamen que ha solicitado o, en su defecto, cuando vence o, en su defecto, cuando vence el plazo a su vez el plazo del art. 77, inc. d) o inc. e) con que contaba el órgano requerido para cumplimentar el pedido". (BOTASSI, Carlos A. — OROZ, Miguel H., "Procedimiento Administrativo de la Provincia de Buenos Aires", Librería Editora Platense, La Plata, 2011, 2ª ed., p. 375). Sin embargo, las dudas persisten porque no se indica cuál es el plazo que comenzaría a correr cuando el órgano que debe resolver recibe la petición. Es que, de acuerdo con el dec.-ley 7647/1970, el plazo para resolver recién correrá a partir de "las actuaciones se reciban con los dictámenes legales finales" (art. 77, inc. g del dec.-

7647/1970 dispone que el plazo para resolver comienza a correr desde que se reciban las actuaciones con los dictámenes legales finales. ¿Qué sucede si el órgano nunca le envía el expediente administrativo a la Asesoría General de Gobierno? ¿Debe entenderse que vencido el plazo de dos días para realizar el pase comienza a correr sin más el término de cinco días para que la Asesoría General de Gobierno emita su dictamen? Y, en todo caso, si vence este plazo, ¿también comienza a correr el plazo para que la Fiscalía de Estado emita la vista fiscal? ¿Debe computarse el plazo de dos días para hacer el pase?

La realidad es que el justiciable se encuentra frente a una enumeración de trámites y plazos que no le permite conocer cuándo concretamente está en condiciones de interponer el pronto despacho para poder tener por configurado el silencio administrativo negativo. Nótese que muchas veces las previsiones del art. 16, inc. 2º del CCA (el cual regula el silencio administración por retardación en el trámite) tampoco son suficientes para ofrecer una respuesta cierta al particular. P. ej., si el órgano al que se dirige la petición demora dos días en hacer el pase al órgano asesor, nadie puede sostener que se está en condiciones de solicitar un pedido de pronto despacho. Pero tampoco hay otro plazo que indubitablemente aplique (pues el plazo para resolver recién debería computarse a partir de que el órgano recibe el expediente con todos los dictámenes legales correspondientes).

Es por ello, por lo que podemos afirmar que el silencio administrativo negativo no resulta una herramienta suficiente para poder atenuar completamente la exigencia de aguardar una respuesta a un reclamo optativo —salvo en casos en los que transcurren plazos extensísimos en los que no caben dudas que los órganos administrativos han excedido cualquier pauta razonable— que a la larga posterga injustificadamente el acceso a la justicia.

III.2.f. Notas sobre el desistimiento como válvula de escape

Hemos visto que, en el caso de recursos optativos, la SCBA ha señalado que el particular podría desistirlo a efectos de acceder a la instancia judicial. Es decir que, en esos casos, existirían tres opciones: (a) aguardar al acto expreso, (b) configurar el silencio administrativo o (c) desistir. En función de lo dicho más arriba, consideramos que esta última opción también debería estar disponible para quien inició un reclamo optativo.

Con relación a los efectos de dicho desistimiento, nótese que la SCBA, salvo en materia previsional **(173)**, no ha sido clara respecto de los efectos de la interposición de un reclamo administrativo sobre el curso de la prescripción y ha oscilado entre reconocerle efectos suspensivos por única vez durante un año como disponía el art. 3986 del derogado Cód. Civil (correspondiente al art. 2541 del Cód. Civ. y Com., el cual llevó el plazo de un año a seis meses) **(174)**. Si bien la SCBA no se expidió sobre

ley 7647/1970). También puede verse la interpretación expuesta por Leal, Vargas y Kinter quienes sostiene que, para poder configurar el silencio negativo, el primer paso es "incumplimiento de los plazos por parte de la Administración, excepto cuando se encuentran pendientes de producción dictamen (sic) de la Asesoría General de Gobierno, o vista del Fiscal de Estado, o prueba pendiente de producción" (LEAL, Irina — VARGAS, Jonatan — KINTER, Enrique, "Procedimiento" en BOTASSI, Carlos A. [dir.], Derecho administrativo, Ed. Edulp, Buenos Aires, 2017, t. I, p. 360). La pregunta que se contesta es cuál es el plazo que tiene la administración para resolver y que sucede cuando deben expedirse la Asesoría General de Gobierno y/o la Fiscalía de Estado.

(173) En estos casos no existe duda de que corresponde asignarle efecto interruptivo (cf. SCBA, "Cálix SA c. Provincia de Buenos Aires [Dirección de Vialidad] s/ demanda contencioso administrativa", causa B. 61.436, 11/09/2013).

(174) Cabe tener en cuenta las diferentes posiciones adoptadas por la SCBA en los siguientes casos. (a) En 2013, en "Calix" sostuvo que "un reclamo administrativo de índole contractual-pecuniario [no tiene] la consecuencia jurídica de 'interrumpir' [en los términos del art. 3986 del derogado Código Civil], haciéndolo correr nuevamente como si nada hubiera ocurrido durante ese tiempo" ("Cálix SA c. Provincia de Buenos Aires [Dirección de Vialidad] s/ demanda contencioso administrativa", causa B 61.436, 11/09/2013). (b) En 2016 en "Strassner" afirmó contradictoriamente que el reclamo de todas las deudas originadas en una relación contractual tenía la virtualidad de suspender el curso de la prescripción mientras el procedimiento no finalizare por caducidad o el dictado de un acto expreso que le ponga término y que la suspensión provocada duraba un año en los términos del art. 3986 del Cód. Civil ("Strassner y Pilz OIASA y otra c. Municipalidad de General Sarmiento

cuáles son los efectos del desistimiento sobre los plazos prescripción y caducidad, para no afectar los derechos del actor es imprescindible que el desistimiento no elimine los efectos de la interposición de la petición sobre el plazo de prescripción. Lo mismo cabe afirmar respecto de los efectos del desistimiento de un recurso administrativo (típicamente el recurso de revocatoria) sobre el plazo de caducidad: dado a que la interposición del recurso "pospone [...] el inicio del cómputo del plazo de caducidad (...) hasta el momento en que se expida nuevamente la Administración" **(175)**, los efectos del desistimiento deberían equipararse a los del acto expreso que rechace el recurso **(176)**.

En segundo lugar, cabe examinar si el desistimiento del reclamo o recurso debe necesariamente ser realizado antes de la deducción de la demanda. Al analizar un tema análogo en el ámbito federal, como es la interposición de la acción contencioso-administrativa tras haber deducido un recurso de alzada, un sector de la doctrina se pronunció sobre la necesidad de desistir expresamente el recurso antes de acudir a sede judicial **(177)**. En el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, con base en el instituto de la subsanación al que ya hemos hecho referencia, el tribunal debería darle la posibilidad al actor para que expresamente manifieste ante la Administración su intención de desistir y lo acredite en el expediente judicial. Incluso podría considerarse que la mera interposición de la pretensión implica el desistimiento del pedido pendiente de resolución.

III.2.g. Conclusión

En definitiva, ninguna de las dos premisas de las cuales la SCBA deriva la necesidad de agotar la vía administrativa y exigir la deducción de la demanda dentro del plazo de caducidad son exactas. Por un lado, ya vimos que todo acto importa una declaración de voluntad "institucional" imputable a la persona jurídica a la que pertenece el órgano emisor indistintamente de la posición que ocupe en la línea jerárquica. A eso se suma que los actos administrativos que rechazan reclamos, en general, no provocan una verdadera modificación de la situación jurídica en la que se encuentra el particular. Además, no existe ninguna manda constitucional o principio general del cual se derive la necesidad de imponer dichas cargas en el actor. Tampoco existen verdaderos motivos de eficiencia o conveniencia que los justifiquen.

---

s/ demanda contencioso administrativa", causa B 54.636, 21/12/2016). El juez Soria en su voto le confirió efecto interruptivo y puso énfasis en que la SCBA "ha reconocido efectos interruptivos de la prescripción a la reclamación administrativa no solo respecto de aquellas deducidas por beneficiarios en materia previsional (...) sino también en supuestos que involucran otras peticiones frente a autoridades administrativas" (citas omitidas). (c) En 2017 en "Taiven" resolvió que un reclamo administrativo efectuado por la actora a través de una carta documento intimando al pago de la reparación de daños extracontractuales equivale a la constitución en mora del deudor regulada en el art. 3986 del derogado Cód. Civil y, por lo tanto, suspende el curso de la prescripción por una sola vez durante un año o el menor término que pudiere corresponder a la prescripción de la acción (Taiven SA c. Municipalidad de Brandsen y otra s/ demanda contencioso administrativa", causa B 65.011, 29/03/2017). El criterio contrario fue expuesto por el juez Soria siguiendo su postura de "Strassner". (d) El mismo año, pocos meses después, en "Tecnosur" reiteró que "un reclamo administrativo de índole contractual-pecuniario" únicamente suspende el curso de la prescripción por una sola vez durante un año ("Tecnosur SRL c. Municipalidad de Tigre s/ demanda contencioso administrativa", causa B 55.338, 31/05/2017). (e) En 2018 en "Clínica de Niños de Quilmes" consideró que la intimación al pago de facturas adeudadas tiene efectos interruptivos ("Clínica del Niño de Quilmes SA c. Municipalidad de Quilmes s/ demanda contencioso administrativa", causa B 64.148, 11/04/2018).

(175) CCAMDP, "Gómez, Juan Carlos c. Municipalidad de Olavarría s/ medida cautelar autónoma o anticipada", causa C-2587-AZ1, 10/05/2012.

(176) Este criterio fue adoptado en el orden nacional por la sala IV de la CNFed. Cont. Adm. al resolver que el plazo de caducidad para interponer la demanda comienza a correr desde el desistimiento del recurso de alzada previsto en el art. 97 del Reglamento de la Ley de Procedimientos Administrativos (dec. 1759/1972) que tiene carácter optativo "en tanto no, puede hacerse jugar en contra del administrado el ejercicio de un derecho normativamente reconocido" ("Naggi, Liliana S. c. COMFER — Res. 1/1997 s/ empleo público", causa 39.186/99, 14/11/2000).

(177) AGUILAR VALDEZ, Oscar R., "El recurso de alzada", en TAWIL, Guido S., Procedimiento Administrativo, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, ps. 420-421 (quien distingue el supuesto en que se haya configurado el silencio administrativo negativo por el transcurso del plazo para resolver).

Por su parte, la interpretación literal del art. 18, inc. d) del CCA implica un retroceso al proceso revisor que socava la plena vigencia del derecho a la tutela judicial efectiva. Máxime si se tiene en cuenta el postulado general del art. 166 de la Constitución Provincial y la consecuente inconstitucionalidad del art. 14 del CCA a la que ya hemos hecho referencia más arriba. Si en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires no se exige el reclamo administrativo previo como requisito de admisibilidad de pretensiones que tienen por objeto actuaciones u omisiones ilegítimas y, por lo tanto, la reclamación es optativa, no debe exigirse la impugnación del acto que rechaza ese reclamo.

III.3. Diferencias entre tránsito por la vía administrativa y la doctrina del caso judicial

Finalmente, cabe hacer un breve comentario sobre la exigencia de iniciar un reclamo administrativo como medio para configurar un caso o controversia. Tal como ya hemos explicado, la SCBA desde el precedente "Gaineddu" ha sostenido que para la efectiva configuración de un caso en algunas ocasiones "puede ser menester la articulación de un pedimento ante la entidad administrativa" **(178)**. Sin embargo, la realidad es que con ello se trastoca el significado y el sentido de la exigencia del caso judicial.

Seguidamente analizaremos brevemente los puntos más salientes de la doctrina del caso judicial y si el agotamiento de la vía administrativa o el reclamo previo son medios para configurar un caso judicial.

Conviene recordar que la CS ha resumido su doctrina sobre los elementos que deben presentarse para que exista causa o controversia del siguiente modo: "se configura cuando concurren dos recaudos: por una parte, debe tratarse de una controversia que persigue la determinación del derecho debatido entre partes adversas, fundado en un interés específico, directo, o inmediato atribuible al litigante; por otra, la causa no debe ser abstracta en el sentido de tratarse de un planteo prematuro o que hubiera devenido insustancial" **(179)**. En esta línea ha sostenido que "la existencia de 'caso' presupone la de 'parte', esto es la de quien reclama o se defiende y, por ende, la de quien se beneficia o perjudica con la resolución adoptada al cabo del proceso. Es decir, para que exista un caso es imprescindible que quien reclama tenga un interés suficientemente directo, concreto y personal —diferenciado del que tienen el resto de los ciudadanos— en el resultado del pleito que propone, de manera que los agravios que se invocan lo afecten de forma 'suficientemente directa' o 'substancial' (CS, Fallos: 306:1125; 308:2147; 310:606; 326:3007 y 333:1023, entre muchos otros)" **(180)**.

Por su parte, Bianchi ha dicho que caso judicial, en sentido restringido, es "la controversia o conflicto de intereses al cual están llamados los jueces a dirimir" y, en sentido amplio, es la atmósfera en la que están llamados a intervenir los jueces, lo cual involucra la existencia de una controversia, la actualidad del planteo y la existencia de partes legitimidades **(181)**. En lo

(178) SCBA, "Gaineddu, Juan Daniel c. Provincia de Buenos Aires (Ministerio de Seguridad) s/ demanda contencioso administrativa", causa B 64.553, 23/04/2003, JA 2003-III-252.

(179) Fallos 342:917 y más recientemente reiterado en CS, "Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de presidenta del Honorable Senado de la Nación s/ acción declarativa de certeza", CSJ 353/2020/CS001, 24/04/2020.

(180) CS, Fallos: 342:853. En esta línea, es bien conocida la explicación dada por el presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Charles E. Hughes, en el famoso caso "Aetna Life Ins. Co. vs. Haworth" (300 U.S. 227, 240-241; 1937): "A 'controversy' in this sense must be one that is appropriate for judicial determination. A justiciable controversy is thus distinguished from a difference or dispute of a hypothetical or abstract character; from one that is academic or moot. The controversy must be definite and concrete, touching the legal relations of parties having adverse legal interests. It must be a real and substantial controversy admitting of specific relief through a decree of a conclusive character, as distinguished from an opinion advising what the law would be upon a hypothetical state of facts" (citas omitidas).

(181) BIANCHI, Alberto B., "Control de constitucionalidad", ob. cit., p. 269. En rigor, Bianchi incorpora dentro de la noción amplia de caso judicial a la inexistencia de cuestión política. Por su parte, Spacarotel sostiene la posición restringida (SPACAROTEL, Gustavo D., "El nuevo fuero contencioso administrativo. Garantía del Estado de Derecho", RAP, 13, Buenos Aires, p. 25). En cambio, Laplacette adopta la postura amplia, aunque este autor excluye del concepto de caso judicial a las cuestiones políticas (LAPLACETTE, Carlos J., "Tutela judicial de la supremacía constitucional", Ed. BdeF, Buenos Aires, 2016, ps. 191-192). El concepto amplio es adoptado por los au-

que aquí importa, es útil notar que la existencia de una controversia implica la existencia de un conflicto **(182)**, una contienda, pleito o discrepancia entre las partes **(183)** que se producen por la acción de una de ellas y por la defensa de la otra **(184)**. Además, es preciso notar que cuando se exige que esa contienda sea actual (o esté "madura") se busca excluir a aquellos casos hipotéticos o que son demasiados especulativos y que se plantean antes de que los hechos ocurran o estén próximos a ocurrir **(185)**.

Ahora bien, ¿es correcto exigir el tránsito por la vía administrativa para configurar esta controversia en los términos antes descriptos?

En el derecho norteamericano se ha vinculado el agotamiento de la vía administrativa (*exhaustion of administrative remedies*) con la doctrina de la "madurez" de la controversia (*ripeness*). En tal sentido, se ha explicado que tanto el agotamiento de la vía administrativa como la doctrina de la madurez giran alrededor de la pregunta de cuando un juez debe ejercer su jurisdicción frente al reclamo del actor o ser deferente a una agencia **(186)** y que ambos institutos actúan de una forma similar al posponer el control judicial **(187)**. Esta afirmación es aplicable a nuestro sistema constitucional en el sentido de que, en la práctica **(188)**, cuando el agotamiento de la vía administrativa está previsto expresamente por la legislación, el particular no podrá acudir a la instancia judicial, en principio, hasta la emisión del acto final o la configuración del silencio negativo **(189)**. También podría aceptarse que cuando no está agotada la vía administrativa, la controversia no ha adquirido suficiente madurez por cuanto el superior jerárquico podría

---

tores estadounidense (ver, p. ej., STONE, Geoffrey R. et al, "Constitutional Law", Wolters Kluwer, Aspen Casebook Series, 2018, 8ª ed., p. 86; CHEMERINSKY, Erwin, "Constitutional Law. Principles and policies", Wolters Kluwer, 2015, 5ª ed., ps. 47-48; y BRILMAYER, Lea, "The jurisprudence of Article III: perspectives on the 'case or controversy' requirement", 93 Harv. L. Rev. 297 [1979-1980]).

(182) En tal sentido, la SCBA ha resuelto que "[l]a función jurisdiccional ha sido instituida para resolver conflictos, es decir, para solucionar un efectivo choque de intereses tutelados por el derecho" ("Hernández, Raúl A. c. ARBA s/ pretensión declarativa de certeza. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", causa A 72.526, 15/08/2018).

(183) LAPLACETTE, Carlos J., "Tutela judicial de la supremacía constitucional", ob. cit., ps. 215-217; LUQUI, Roberto E., "Revisión judicial de la actividad administrativa", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2005, t. 1, p. 25.

(184) GONZALES CALDERÓN, Juan A., "Derecho constitucional argentino", Ed. J. Lajoune & Cía., Buenos Aires, 1930, 3ª ed., p. 479.

(185) LAPLACETTE, Carlos J., "Tutela judicial de la supremacía constitucional", ob. cit., p. 296.

(186) GELPE, Marcia R., "Exhaustion of Administrative Remedies: Lessons from Environmental Cases", 53 George Washington L. Rev. 1, 10 (1984-1985). Literalmente sostiene: "Exhaustion, primary jurisdiction, and ripeness all ask when a court should exercise its jurisdiction over a claim, and when it should defer to an agency". Sobre la relación entre ambos institutos ver, WRIGHT, Charles — MILLER, Arthur, "Federal Practice and Procedure", t. 13 D, Ed. Thomson Reuters, 2019, § 3532.6.

(187) Corte de Apelaciones del 10 Circuito de EE.UU., "Thompson vs. US Marine Corps", 05/10/2010, 398 F. App'x 532, 535 ("Exhaustion of administrative remedies is not a jurisdictional requirement, but 'performs a function similar to the judicial doctrine of ripeness by postponing judicial review").

(188) Desde un punto de vista teórico, mientras que la doctrina del caso judicial tiende a definir el papel del poder judicial dentro del sistema de división de poderes (LAPLACETTE, Carlos J., "Tutela judicial de la supremacía constitucional", ob. cit., p. 193), la finalidad del agotamiento de la vía administrativa es —de acuerdo con sus defensores— "a) producir una etapa conciliatoria previa al proceso administrativo; b) dar a la Administración la posibilidad de revisar el acto y de corregir un eventual error; c) promover el control de legitimidad y conveniencia de los actos de los órganos inferiores, constituyendo también indudablemente un medio de control por parte del superior, del desempeño de sus subordinados; d) facilitar la tarea del órgano judicial, llevando ante él una controversia ya planteada; e) incorporar al eventual proceso la especialización y experiencia técnica que suele existir en la Administración y que raramente posee el órgano judicial, que aunque recurra a peritos, no suele contar con tales elementos en su propio seno; f) permitir al particular exponer y fundamentar su pretensión con menores exigencias formales y de plazos que las vigentes en el proceso, y hacerlo en principio en forma gratuita, mientras que el proceso judicial es oneroso" (HUTCHINSON, Tomás, "Derecho procesal administrativo", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, t. I, ps. 52 y ss.)

(189) Ello sin desconocer las diferencias existentes entre el agotamiento de la vía administrativa iberoamericano y la "exhaustion of administrative remedies" norteamericana. Ver, SCHWARTZ, Bernard, "Administrative Law", Little, Brown and Company, 1991, 3ª ed., ps. 541-543; DEVLIN, Peter A., "Jurisdiction, Exhaustion of Administrative Remedies, and Constitutional Claims", 93 NYU L. Rev. 1234 (2018).

hacer lugar a la reclamación del actor y, por lo tanto, el planteo en esa instancia podría ser especulativo **(190)**.

Sin embargo, no puede soslayarse que, en rigor, no se "exige" el agotamiento de la vía administrativa para configurar un caso judicial actual, sino para propiciar la reconsideración de la decisión de la Administración demandada **(191)**. Tal es así que, si el legislador decidiese eliminar la exigencia del agotamiento de la vía administrativa, existiría el caso judicial sin necesidad de deducir el recurso jerárquico. Por eso, si el caso no está "maduro" se debe únicamente a que el legislador exige el agotamiento de la vía administrativa, pero no a la inexistencia de una verdadera controversia actual.

Mucho menos podría afirmarse que el reclamo administrativo, cuando no es exigido normativamente, constituya un medio para "madurar" un caso y mucho menos para configurar la controversia. La finalidad del reclamo previo es diametralmente diferente a la finalidad del caso judicial **(192)**. Al respecto, cabe advertir que en aquellos casos en los cuales el ente público demandado incumple un deber determinado con precisión por una norma o desconoce un derecho, la configuración del caso no necesita que la autoridad pública se oponga a la pretensión del actor antes de presentar su demanda. En estos supuestos la controversia se configurará efectivamente cuando la demandada se oponga a la pretensión del actor al contestar la demanda. En otras palabras, el particular no debe deducir un reclamo para configurar un caso judicial.

En esta línea, es destacable la postura del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de La Plata N.º 1 en el caso "D'Elía": "resulta claro que la nueva justicia contencioso administrativa consagrada en la Constitución provincial, adoptó el diseño de 'casos judiciales' en el que la sola omisión de prestaciones jurídicamente impuestas a la administración es suficiente para habilitar el acceso a la justicia, puesto que, un criterio contrario, implica imponer una condición no exigida por el ordenamiento constitucional, contrariando el sentido de las normas que han consagrado expresamente el derecho a la jurisdicción (arts. 18 de la CN y 15 de la Provincial). En efecto, tanto el art. 116 de la CN (que se refiere a las 'causas'), como el art. 166 *in fine* de la Constitución Provincial (que alude a 'los casos'), no establecen que estos deban configurarse en sede administrativa, de modo que, la exigencia de ese recaudo, vulnera el *principio in dubio pro actione*, que se deriva del derecho de defensa y constituye un principio rector en materia de habilitación de instancia" (citas omitidas) **(193)**.

Por ello, se ha afirmado que "no resulta exigible el cumplimiento del reclamo o petición previa en sede administrativa para acudir a la vía judicial (...) si se pretende el cobro de créditos ya reconocidos por la propia Administración, como serían los casos en que el actor requiriese el pago de certificados de obra o de facturas correspondientes a suministros" **(194)**.

Parcialmente diferente es el supuesto en el que el ordenamiento jurídico requiere de la actuación del particular y en el que, por ello, la inacción de la Administración no configura in-

(190) O'REILLY, James T., "Administrative Rulemaking", Ed. Thomson Reuters, 2019, § 15:27.

(191) SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, "Principios de Derecho Administrativo", ob. cit., p. 673.

(192) Sobre el reclamo previo legislado en la ley 3952, la CS señaló que "tiende a proporcionar al Poder Ejecutivo nacional la oportunidad de examinar la naturaleza y justicia de la reclamación y de decidir acerca de ella, evitando precisamente el pleito, si la misma fuere procedente" (Fallos 230:509). Por su parte, Bielsa señaló que se trata de un privilegio de la Administración que redunda en dos ventajas: por un lado, le permite a la Administración reconsiderar la situación del peticionante y eventualmente acceder a su pedido y, por otro, la decisión que se dicte constituirá la materia prima del futuro juicio (BIELSA, Rafael, "Derecho Administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 1966, 6ª ed., t. V, p. 276). Mientras que la finalidad de la exigencia del caso está vinculada a preservar el principio de división de poderes, la finalidad del reclamo previo es contingente y —si se quiere— práctica: permitirle a la Administración conocer la pretensión antes de ser planteada en juicio y, en todo caso, facilitarle al juez su tarea.

(193) JUCA LP 1, "D'Elía, Reynaldo E. y otro/a c. Fisco de la Provincia de Buenos Aires y otro/a s/ pretensión restablecimiento o reconoc de derechos", causa 13981, 18/03/2009.

(194) TRIBIÑO, Carlos R., "Requisitos de admisibilidad", ob. cit., ps. 58-59.

actividad material. En el supuesto descripto, al que nos hemos referido más arriba **(195)**, es imprescindible realizar el pedimento en sede administrativa, pues, de lo contrario, no existirá obrar ilegítimo de la Administración y, si el particular sufre un daño, difícilmente será imputable a la autoridad pública. Pero tampoco en este caso cabría afirmar que se deduce un reclamo para configurar un caso. La finalidad del reclamo es cumplir con los requisitos previstos en la norma para poder recibir un beneficio.

En conclusión, es indudable que hace la esencia del concepto de caso la existencia de una contienda entre al menos dos sujetos que sostienen posiciones diferentes —ya sea sobre hechos o derechos— pero en ningún momento, se exige que la contienda exista antes de iniciar demanda o antes de correr el traslado de la demanda. En rigor, no surge de la exigencia de la configuración de un caso que un ente estatal antes de ser demandado por un particular tenga que pronunciarse en sentido contrario a la pretensión. La doctrina del caso o controversia tiene por finalidad evitar que el Poder Judicial intervenga en casos en los que ni aun luego de tramitar el proceso, no existirá una parte que se beneficie o perjudique con el resultado del proceso.

En definitiva, está claro que nunca podría exigirse a un particular que deduzca un reclamo en sede administrativa previamente a demandar judicialmente a la Administración con sustento en la doctrina del caso. Es cierto que si la Administración, al contestar la demanda, se allana y no se opone a la pretensión del actor, no existirá caso judicial. Pero en ese supuesto, el tribunal no habrá de ejercer su jurisdicción. En cambio, sin duda, habrá controversia si la Administración se opone a la pretensión del actor al contestar la demanda **(196)**.

(195) Ver ejemplos en la nota 89.

(196) Gordillo sostiene que ninguna persona acude a un tribunal, paga tasa de justicia y afronta las costas si no está convencido de que la Administración no hará lugar a su reclamo administrativo, el cual, por lo demás, es gratuito (GORDILLO, Agustín A., "Tratado de Derecho Administrativo", Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998, 10ª ed., t. II, p. XIII-10).

IV. Conclusión

Hemos visto que existe un desfasaje entre las normas constitucionales, el CCA y la jurisprudencia de los tribunales locales. Los arts. 15 y 166 de la Constitución Provincial han consagrado el derecho a la tutela judicial efectiva y han sentado las bases de un proceso judicial en el cual el justiciable debe transitar la vía administrativa en un número muy limitado de casos. En cambio, el CCA, tras haber sido modificado por la ley 13.101, se inclinó por un sistema más parecido al antiguo proceso administrativo revisor en el que el control judicial se traduce mayoritariamente en la revisión de actos administrativos. Ante esto, los tribunales han adoptado pautas que, en alguna medida, han atenuado el rigor de la "contrarreforma" de la ley 13.101.

A pesar de que, en general, los tribunales locales han adoptado un loable criterio aperturista en favor de la admisibilidad de las pretensiones interpuestas por los particulares, el relevamiento de los casos realizados en este trabajo muestra que el sistema judicial está muy lejos de proteger plenamente el derecho a la tutela efectiva y garantizar el acceso a la justicia. Ello se debe a que (a) la regla vigente sobre tránsito previo por la vía administrativa no surge de la lectura de las normas vigentes sino de un sinnúmero de casos de precedentes que prácticamente no han sido sistematizados; y (b) dos de los criterios jurisprudenciales relativos a esta materia generan —innecesariamente— que el justiciable deba atravesar inútilmente por la vía administrativa para poder demandar a una autoridad pública.

En efecto, por un lado, las reglas aplicables a los supuestos en los que el justiciable no se enfrenta a un acto de gravamen —en el que no caben dudas de la exigencia de agotar la vía administrativa— son difíciles de conocer. Como hemos sostenido, las principales causas de este problema son la contradicción no resuelta entre el art. 166 de la Constitución Provincial y el art. 14 del CCA (al igual que la compatibilización del art. 18, inc. d] del CCA), la falta de publicación sistemática de las resoluciones de las cámaras regionales y la dificultad para extraer reglas generales de las distintas decisiones de los tribunales [que constituyen una verdadera

fuente del derecho **(197)**]. Ello impide predecir los criterios que se aplicarán a los casos futuros y, si bien llegado el caso, los tribunales posiblemente adopten el criterio más favorable al actor, el problema se presenta a la hora de definir una estrategia y sugerir cursos de acción. Un justiciable conservador, frente al más mínimo de duda, se parará de cara al proceso contencioso administrativo como si se tratase de un proceso revisor. El resultado es claro: inseguridad jurídica acompañada de la postergación del acceso a la justicia o, mucho peor, la negación de la tutela judicial en tiempo oportuno.

Por otro lado, nos hemos referido a dos normas jurisprudenciales que afectan el acceso a la justicia y deberían ser reconsideradas. En efecto, es preciso revisar los alcances dados a la teoría del caso judicial y delimitarla con claridad para evitar caer en el error de entender que, en algún caso, el tránsito previo por la vía administrativa es imprescindible para configurar un caso judicial más allá de que si es exigido normativamente. Finalmente, también es necesario revisar el tratamiento dado a los reclamos optativos que se convierten en una verdadera trampa al exigirle al justiciable que tramite íntegramente la vía administrativa con las dificultades que ello implica.

En definitiva, tanto la dificultad para conocer la regla aplicable al caso concreto, como los dos criterios jurisprudenciales mencionados en el párrafo anterior importan un valladar que impide el acceso de los particulares a los tribunales y el control judicial de la Administración, pilar del Estado de derecho.

(197) LUQUI, Roberto E., "Acceso a las fuentes del derecho en la era digital", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2019, p. 101.

El municipio partido

Breves reflexiones sobre su mantenimiento ante una reforma constitucional en la provincia de Buenos Aires

Raúl Montero

Sumario: I. Introducción.— II. Algunos antecedentes.— III. Evolución.— IV. Problemas.— V. Soluciones.— VI. Dimensión sociológica y humana.— VII. A modo de conclusión: las ventajas del municipio partido.

I. Introducción

Desde la consagración de la autonomía municipal en la Constitución Nacional, mediante introducción del actual art. 123 **(1)**, solo restan consagrarla normativamente en tres constituciones estaduales; a saber, las de Mendoza, Santa Fe y Buenos Aires. Y decimos, consagrarla normativamente, dado que no pocas de aquellas constituciones que la tienen consagrada en forma expresa en sus textos, en términos facticos sus municipalidades, no poseen autonomía **(2)**.

En estas horas, en las provincias de Mendoza y Buenos Aires campean vientos de reforma constitucional y es en el marco de esos vientos que soplan en la provincia de Buenos Aires **(3)** en donde se originan y pretenden insertarse estas breves reflexiones respeto del modelo de "municipio partido".

En ese marco, se escuchan no pocas voces en contra de este modelo o sistema, el que por cierto solo se encuentra en la provincia de Buenos Aires, los críticos en su mayoría suelen ser originarios de Estados donde rige el modelo de "municipio ciudad" ; cierta lógica existe en ello, dado que los modelos de "municipio distrito" y de "municipio departamento" se encuentran algo más relacionados con el sistema de partidos que con el de ciudad. Sin embargo las voces que se pronuncian en favor del "municipio ciudad" proceden de distintas jurisdicciones, y también los hay en la provincia de Buenos Aires, estos en general proceden de los municipios del denominado "Conurbano Bonaerense" donde su morfología es el de una gran ciudad que ocupa prácticamente todo el territorio municipal, o de ciudades de municipios del interior que no son cabecera de distrito y que pretenden separarse (en estos casos se confunde el termino autonomía, entre la autonomía que implica constituir un nuevo municipio desmembrado de otro y la autonomía consagra en la CN).

Esas voces, partidarias del "municipio ciudad", son las que motivan este pequeño opúsculo, que bien podría ser considerado un "panfleto", género menor de la literatura en general y de la literatura jurídica en particular; pero, no por

(1) CN art. 123: Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el artículo 5° asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero.

(2) Para ello los Estados provinciales se valen de distintos recursos o técnicas, siendo los más usuales la asignación de una base tributaria insignificante (constituida la mayoría de las veces por las denominadas tasas retributivas de servicios) y la absorción por parte de la provincia de competencias que por su naturaleza corresponden al nivel municipal.

(3) Existen tanto proyectos de reforma constitucional como de reforma de la Ley Orgánica de las Municipalidades (2826-D-2020, E 294.20.21, E 14 2019-2020 Y E 30 2015-2016, entre otros).

ello intrascendente como herramienta **(4)**. Ahora bien, sin perjuicio de ello, analizaremos sistemáticamente los problemas que se señalan en relación con el modelo y las soluciones que existen para ellos; entendemos que existe un arsenal de instrumentos e instituciones capaces de reducir a cenizas o polvo todos esos problemas y defectos que se señalan.

En la literatura jurídica son pocos los trabajos que abordan esta temática desde nuestra perspectiva, motivo por el cual también entendemos que es importante su abordaje en estos tiempos; ello, con miras a que la adopción de un modelo u otro se haga en base a decisiones que cuenten con elementos de juicios suficientes, con discusiones e intercambios de opiniones previos que nos hagan superarnos y avanzar **(5)**.

Así entonces, dedicaremos en este trabajo un punto al análisis de los antecedentes del municipio partido en el ámbito de la provincia de Buenos Aires; otro a su evolución; luego abordaremos en dos puntos los problemas que presenta y las posibles soluciones.

Luego, nos detendremos en la dimensión sociológica y humana del modelo de "municipio partido" y finalmente a modo de conclusión efectuaremos una breve enunciación de algunas de las ventajas que a nuestro modesto entender posee.

(4) A decir verdad, a lo largo de la historia de la humanidad se ha manifestado como una herramienta exitosa en la defensa o ataque de "instituciones" o "estado de cosas". Muestra de ello han sido los escritos que dieron basamento a procesos como la Revolución Inglesa del siglo XVII y las de las Colonias Americanas y Francesa del siglo XVIII. Ciertamente, la única de las grandes revoluciones liberales y republicanas que no fue precedida en la literatura de este tipo de género fue nuestra Revolución de Mayo, sin embargo, desde que se produjo su utilización fue muy importante; siendo algunos de sus cultores Fray Cayetano Rodríguez, el Padre Castañeda y algunos miembros de la Generación del 37.

(5) Dos autores son relevantes a través de sus trabajos en esta materia, la Dra. María Marta Gelitti, "EL MUNICIPIO PARTIDO en la Provincia de Buenos Aires ¿Culpable o inocente?"; y el Dr. Iván D. Tenaglia quien aborda el tema en sus trabajos "Elementos de Derecho Municipal Argentino", "Ley Orgánica de las Municipalidades de la Provincia de Buenos Aires" (en ambas ediciones -la primera de un tomo y la segunda de cinto tomos), y "Autonomía Municipal".

II. Algunos antecedentes

La existencia del "municipio partido", como la de tantas instituciones debe buscarse en las organizaciones políticas que han servido de modelo a las nuestras; pero fundamentalmente en las instituciones políticas de las sociedades de las que culturalmente procedemos.

En ese sentido, entendemos que muchas de nuestras instituciones, por intermedio de España, provienen de Roma. Creemos que el Imperio Español trasladó al continente americano sus instituciones; pero muchas ellas eran heredadas del Imperio Romano, de ahí entonces que en muchos casos debe estudiarse las instituciones en Roma para comprender las nuestras.

En términos normativos sería en Roma donde las Leyes "Lex Iulia Municipalis" promulgada por el dictador **(6)** Julio César en el 45 a. C. **(7) (8)** y la "Constitución de Antonino Caracalla" del 217 d. C. darían forma a la estructura institucional del municipio.

Ahora bien, además de esas normas también se reconoce un antecedente sociológico en la antigua Roma, donde se utilizaba el término *pagus* para señalar al lugar de poco vecindario y que según Iván D. Tenaglia se manifiesta en nuestro "pago" **(9)**. Coincidimos con la visión postulada por el autor citado, y ponemos de resalto la idea de pago como extensión territorial que allende los límites urbanos identifica en comunidad a los seres humanos que habitan ese territorio compuesto por "campo" y "ciudad".

(6) Vale recordar que la figura jurídica de "Dictador", era una figura "de Iure", a diferencia de la de "Tirano" que no lo era. El cargo de Dictador era otorgado por el Senado.

(7) Hay quienes sostienen que esta ley fue modificada por el año 90 DC por la "Lex Flavia municipalis".

(8) También se discute si la "Tabula Heracleensis" es una ley general que modificaba la Ley emitida por Julio Cesar o solamente se trataba de una norma particular para un municipio.

(9) TENAGLIA, Iván Darío; "Elementos de Derecho Municipal", Editorial Universitaria La Plata, La Plata, 1997, p. 64.

En lo que hace a la influencia española debe señalarse que la primera institución jurídica política, dotada de sofisticación jurídica, que los españoles establecieron para el gobierno de los territorios americanos fue el Cabildo, nivel de estatalidad que se corresponde con el actual municipio; ahora bien a los fines de este trabajo es importante y central recordar que los cabildos poseían jurisdicción rural, la denominada "alfoz", además de contar con una o más zonas urbanas denominadas "ejido".

A su vez, dicha zona rural se dividía con fines administrativo, por ejemplo, para la designación de los alcaldes de Hermandad (servidores públicos con funciones de seguridad). Así, el 23 de enero 1717 el Cabildo de Buenos Aires nombró comisionados de justicia para los pagos de la campaña; a saber, los de los Arroyos, Arrecifes, Cañada de la Cruz, Areco, Luján, Las Conchas, Matanza, Magdalena y Monte Grande).

Claramente, la designación de los alcaldes de Hermandad implicó la división territorial interna de la jurisdicción de los Cabildos, de la misma o similar forma a la que hoy en día se dividen en "cuarteles" **(10)** o "pedanías" **(11)** los territorios de los municipios **(12)**.

Así las cosas, el Cabildo de Buenos Aires mantenía su jurisdicción sobre las poblaciones del territorio y al momento de su desaparición existían veintitrés alcaldes de Hermandad, mientras que el Cabildo de Lujan contenía tres alcaldes de Hermandad.

En lo que hace al Cabildo de Buenos Aires, este mantuvo su jurisdicción en el territorio de la actual provincia hasta su supresión **(13)**.

En lo referente a la función militar, esta también contaba con una jurisdicción rural o territorio bajo su control los "fuertes" y "fortines" que constituyeron las dos líneas establecidas en tiempos de la colonia.

Por último, y retomando la idea de "pago" como unidad territorial la literatura del siglo XIX nos brinda tres ejemplos muy interesantes que fundan y dan fuerza a nuestra teoría. Vale la pena recordar que el conocimiento se encuentra en todos lados, y que el conocimiento jurídico puede observarse en diferentes manifestaciones de la cultura, somos partidarios de lo que se podría denominar paradigma de la unicidad de la ciencia, de ahí la recurrencia también a la literatura.

La primera manifestación se encuentra en el *Diálogo patriótico interesante* de Bartolomé Hidalgo (1810-1825 aproximadamente), donde dice: "Todo el pago es sabedor..." **(14)**, debiendo observarse que utiliza la mayúscula en el término, además de constituir el sujeto de la frase.

Las otras manifestaciones literarias en términos temporales se corresponden con el punto siguiente, pero por razones de una adecuada comprensión de la idea postulada se menciona aquí; se trata en este caso de una obra íntegra que se titula *Pago chico*, trabajo del genial Roberto J. Payró que representa en su nombre a todos los pagos chicos de la provincia, y en el *Martín Fierro* de José Hernández **(15)**.

(10) Los cuarteles son divisiones del Municipio (ver el art. 28 inc. 6 del dec.-ley 6769/58 —Ley Orgánica de las Municipalidades de la Provincia de Bs. As.).

(11) El término pedáneo, proviene del latín "pedaneus" que significa subalterno; en nuestra historia institucional debe entenderse como "Lugar anejo a un municipio y regido por un alcalde pedáneo que depende del principal.", o como "Territorio bajo la jurisdicción de un juez pedáneo".

(12) Ambos términos se encuentran incluidos en la ficha de afiliación a un partido político que debe ser presentada ante la Junta Electoral de la Provincia de Buenos Aires, dentro de los datos de identificación del domicilio de la persona.

(13) Un dato de color, pero que demuestra el rol y la trascendencia política institucional del Cabildo se verifica cuando los caudillos vencedores en Cepeda se dirigen al Cabildo para que disuelva el Directorio y el Congreso (las autoridades nacionales); con la renuncia del director y el abandono de la ciudad por parte de los congresales el Cabildo reasumió el gobierno y convocó a elecciones para elegir Representantes que a su vez elijan Gobernador.

(14) HIDALGO, Bartolomé; "Cielitos y Diálogos Patrióticos", Edit. Capítulo, Bs. As., 1967, p. 41.

(15) Como hombre del interior bonaerense me veo en la obligación de sostener que el Martín Fierro representa, precisamente, al hombre bonaerense, pero en poco o en nada a los hombres de las demás provincias de la época,

Estos son algunos de los antecedentes jurídicos, institucionales, fácticos y sociológicos del "municipio partido" en la provincia de Buenos Aires.

III. Evolución

En este punto desarrollaremos como fue la evolución del "partido" o "pago" luego de la supresión de los Cabildos de Luján y Buenos Aires, los que contaban como ya señalamos con tres alcaldes de Hermandad el primero y veintitrés el segundo.

Llegaremos en este análisis evolutivo hasta nuestros días.

Cometido, en palabras de Juan Bautista Alberdi, el "parricidio" **(16)** que constituyó la referida supresión de los citados Cabildos la división territorial en la provincia de Buenos Aires no tardaría en aparecer con base en la jurisdicción atribuida a cada juez de Paz **(17)**, la que no solo alcanzaba al ejido, sino también a las zonas rurales.

Así, según parte de la doctrina existían al momento de la sanción de la Constitución Nacional en 1853 sesenta y ocho partidos en la provincia de Buenos Aires **(18)**.

La Ley Federal del 6/5/53 de Organización de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, la que no incluía una delimitación del territorio o estipulada allende el ejido urbano hasta donde llegaba su jurisdicción, recordemos que la ciudad funcionó durante un breve lapso como Capital Nacional.

Luego la provincia de Buenos Aires sanciona la ley 35 del 10/10/54 de Organización municipal (para la ciudad de Bs. As. —arts. 1/56— y para la campaña —arts. 57/76—). Es en esta norma donde en su art. 57 se utiliza el término "partidos". Claro está que esta norma adopta el sistema de "municipio partido".

La Ley Federal 250 del 23/9/60 previó el Régimen municipal para la capital provisoria y territorio federativo, sin que nada se fijara respecto de los límites territoriales. En esa oportunidad la provincia de Buenos Aires reclamó ante la sanción de la ley de organización de la municipalidad mediante una nota suscripta por el Gobernador Mariano Saavedra —hijo de Don Cornelio Saavedra—, a instancia de la Legislatura Bonaerense, con fundamento en que ese Cuerpo no se había desprendido de esa parte de sus atribuciones **(19)**.

El citado Gobernador Mariano Saavedra fijó los límites de casi todos los partidos existentes hasta ese momento (1862/1866); sancionándose con fecha 31/10/65 la Ley Estadual 467 de Organización de la Municipalidad de Buenos Aires **(20)**.

La Constitución de la provincia de Buenos Aires de 1873 establece: "El territorio de la provincia se dividirá en distritos..." (art. 199). Si bien no utiliza el término "partido" no cabe duda de que se trataba de idéntica técnica o sistema.

La Ley Estadual (entendemos que es el término jurídicamente correcto dado el sistema federal argentino) 1079 del 28/10/76, Orgánica de las municipalidades, regulaba la de la ciudad de Buenos Aires (arts. 1/85) y las demás municipalidades (arts. 86/148). El art. 86 utiliza el término "partido".

La Ley Estadual 1810 del 16/3/86 Orgánica de las Municipalidades, también utiliza el término "partidos".

---

su encumbramiento como obra representativa es tal vez una de las primeras y más fuertes manifestaciones del centralismo cultural en la Argentina. También me veo en la obligación de recordar que pesa sobre la conciencia del autor haber sido la pluma de la proclama del brutal y magnicida levantamiento de los López Jordán que arrebatara la vida del Expresidente Justo José de Urquiza, a mi modesto entender, un verdadero padre de la Argentina moderna.

(16) Utiliza tal terminología en su obra "Derecho Público Provincial Argentino".

(17) En el Martín Fierro se presenta una visión crítica de cómo era ejercida esa autoridad.

(18) TENAGLIA, Iván Darío; ob. cit., ps. 113/115.

(19) Registro Oficial de la Provincia de Buenos Aires; 1863, Imprenta y Litografía a vapor de Bernheim y Boneo, Bs. As., págs. 326/330.

(20) No podemos dejar de señalar la defensa de la Jurisdicción de la Provincia de parte de sus autoridades, la que debería servir de ejemplo a las de estos tiempos, siempre tan sumisas con las autoridades nacionales.

Obviamente, que ambas leyes dividen la provincia en "partidos".

La Constitución de la provincia de Buenos Aires de 1890 establece: "La administración de los intereses y servicios locales en la Capital y en cada uno de los partidos que formen la provincia…" estarán a cargo de una municipalidad (art. 202).

Las Leyes Estaduales 2383 del 28/10/90, 4183 del 6/11/33, y 4687 del 19/1/34 Orgánica Municipal utilizan en todos los casos el término "partidos", en cumplimiento de la manda constitucional.

La Constitución de la provincia de Buenos Aires de 1934 establece también: "La administración de los intereses y servicios locales en la Capital y en cada uno de los partidos que formen la provincia…" estará a cargo de una municipalidad (art. 190).

Durante el debate Constitucional sostenido entre Socialistas y Demócratas Nacionales (Conservadores) se sostuvo por los primeros la idea del "municipio ciudad" y por los segundos la del "municipio partido" ; obviamente se impusieron los segundos, siendo sus argumentos centrales los de carácter práctico y realista, que eran antepuestos a los de carácter doctrinario o dogmático que invocaban los Socialistas.

Llegamos así al año 1958 en que se dictó el dec.-ley 6769/58 que constituye la Ley Orgánica de las Municipalidades, claro está que el sistema que establece es el de "municipio partido" en cumplimiento del mandato Constitucional.

Dedicaremos algunas líneas a comentar que el modelo de "municipio partido" también tubo mención expresa en distintos textos constitucionales de la provincia en lo relativo a la organización y funcionamiento de la Justicia de Paz, tanto en su versión "no letrada" (desempeñada por jueces legos), como "letrada" (desempeñada por abogados).

A fin de no extendernos demasiado, en atención a las características de este opúsculo, nos limitaremos a transcribir el actual art. 172 de la Constitución provincial, que reza que "[l]a Legislatura establecerá juzgados de paz en todos los partidos de la provincia que no sean cabecera del departamento judicial, pudiendo incrementar su número conforme al grado de litigiosidad, la extensión territorial y la población respectiva. Serán competentes, además de las materias que les fije la ley, en faltas provinciales, en causas de menor cuantía y vecinales.

"Asimismo podrá crear, donde no existan juzgados de paz, otros órganos jurisdiccionales letrados para entender en cuestiones de menor cuantía, vecinales y faltas provinciales".

Como puede observarse, realiza expresa mención a los partidos que forman la provincia, y habilita la creación de otros Órganos en las localidades donde no existan Juzgados de Paz, es decir, en las demás localidades que integran un partido.

En el Martín Fierro observamos varias citas al "pago" y en alguna de ellas se observa el ejercicio de la autoridad más allá del ejido. Por ejemplo, cuando dice: "Estaba el gaucho en su pago / Con toda seguridá / Pero aura… barbaridá / La cosa anda tan fruncida, / Que gasta el pobre la vida / en juir de la autoridá. // Pues si usté pisa en su rancho / Y si el Alcalde lo sabe, / Lo caza lo mesmo que ave…" **(21)**.

Finalmente, recurriremos a la literatura para ver cómo evolucionó la división del territorio, Roberto J. Payró en la obra mencionada relataba ciertas prácticas políticas que podríamos llamar "desviadas", y que pueden ser asimilables a los procesos de nacimiento de varios nuevos partidos en la década de 1990, aunque no a todos.

El autor decía que cuando el núcleo constituido por los puestos y estancias de la comarca "…adquirió cierta importancia, el gobierno provincial de Buenos Aires, que contaba para sus manejos políticos y de otra especie con la fidelidad incondicional de sus habitantes, erigió en 'partido' el pequeño territorio, dándole por cabecera el antiguo fuerte, a punto ya de convertirse en pueblo" **(22)**.

---

(21) HERNÁNDEZ; José, "Martín Fierro", Edit. Instituto Salesiano de Artes Gráficas, Bs. As., 1972, p. 45.

(22) PAYRÓ, Roberto J.; "Pago Chico. Nuevos cuentos de Pago Chico", Edit. Abril, Bs. As., 1982, p. 63.

Mordaz, satírico, Payró nos describía un supuesto de desviación de la voluntad, que insistimos, en buena manera se repitió un siglo después; pero no es la realidad de todos los casos, de hecho en la época en que el autor escribía (1908, la obra original *Pago chico* y 1928, *Nuevos cuentos de pago chico*) los sesenta y ocho partidos de la década de 1860 había alcanzado algo más de una centena, lo que no es tanto si tenemos en cuenta la extensión territorial de la provincia. Y, si tenemos en cuenta que desde esa época hasta el presente solo se alcanzó la cantidad de ciento treinta y cinco partidos, esa conducta desviada no fue regla a lo largo de un siglo, con lo que mal puede constituirse en el fundamento de la supresión del sistema

Volviendo a la Convención Constituyente de 1.934, la misma temática que planteaba Payró era explicada por el convencional Kaiser (del conservadorismo) sosteniendo que cuando una localidad adquiría importancia y una capacidad económica demostrada se justificaba la creación de un partido por parte de la Legislatura, al tiempo que criticaba el convertir cada pueblo en municipio por el crecimiento de los gastos de administración.

Hoy, existen una gran cantidad de solicitudes de creación de nuevos partidos, tal vez justificados o tal vez no; en la generación de esos pedidos o reclamos son importantes los problemas que señalaremos en el punto siguiente. Pero, entendemos que los mismos tienen solución y, esas las expondremos luego, pero no podemos dejar de señalar que dirigirnos al "municipio ciudad" implica en buena medida caer en las desviaciones denunciados por Payró o en el defecto que el convencional Kaiser describía y que hoy genera no pocos problemas en el Estado Federado de Córdoba.

Por último, de ante mano expresaos nuestra coincidencia con la postura el citado convencional al sostener que el "municipio partido" era el modelo que mejor se adecuaba a la "pequeña república" de la que hablaba Tocqueville.

Pero, antes de seguir hablando de virtudes, las que serán abordadas como ya dijimos más adelante, pasemos a los problemas.

IV. Problemas

Son múltiples y variados las críticas que se señalan al modelo del "municipio partido", muchas de ellas se originan en los problemas que presenta, es por ello por lo que decidimos hablar "de" y abordar "los" problemas, en vez de la más académica voz de "crítica". Cuando decimos "crítica" es más probable que caigamos en una abstracción, cuando decimos "problemas", convencidos que la abstracción es mala consejera cuando se analiza y diseñan instituciones es que preferimos el abordaje desde una mirada posada en la praxis.

Así entonces encontramos una serie de problemas que vale la pena identificar, muchos de ellos son el resultado de la evolución social, en términos generales, y de la evolución democrática de la sociedad, en términos particulares.

Dos advertencias cabe realizar: una, no aplicaremos en la enunciación y descripción de los problemas ningún sistema o método, dado que a los efectos de esta obra alcanza con ser señalados y contorneados.

La otra, en general nos referiremos a los problemas de los municipios del interior, entendiendo como del interior a aquellos que no son parte del Conurbano; funda esta decisión el hecho de que la mayoría de los reclamos de creación de nuevos partidos tienen como actores a localidades del interior. En ese sentido, los municipios del Conurbano comparten algunos de los problemas, pero dada su morfología (megaciudades) presentan otros distintos y, aún dentro de ese grupo presentan diferencias entre sí, por ejemplo, algunos problemas que se vinculan con la cercanía a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires **(23)**.

Desde los puntos de vista republicano y representativo existe en muchos casos una crisis de representatividad de los servidores públicos; entendiendo por tales a los representantes del

(23) Tal el caso de intendentes que viven en Puerto Madero. Problema este que también posee la Provincia de Buenos Aires, en la que, desde hace décadas, sus gobernadores, ministros y muchos funcionarios de menor rango viven en la Capital Federal, contraviniendo la Constitución Provincial y la legislación vigente relativa a la residencia.

pueblo en sentido estricto (concejales), a los funcionarios electivos o no (intendentes y colaboradores) y a los agentes públicos **(24)**.

Esta crisis de representatividad se presenta bajo varias modalidades; a saber:

- Debilidad o ausencia de legitimidad de las autoridades en las localidades que no son la cabecera de distrito: en general las autoridades son habitantes de las localidades cabeceras de los partidos, lo que provoca que los habitantes de las demás localidades no los vean como sus servidores públicos (en el sentido ya explicitado precedentemente).

Este fenómeno se presentaba con fuerza en las localidades de la Costa Atlántica, respecto de las autoridades de los municipios a los que pertenecían, lo que desembocó en la creación de los partidos de la Costa, Pinamar y Villa Gesell.

- Debilidad o ausencia de la legitimidad de las autoridades en la zona rural: se trata de la misma crisis que enunciamos precedentemente, pero profundizada respecto de los habitantes de las zonas rurales, entendiendo por estas al campo en sentido estricto, a los de los "parajes" (pequeñas concentraciones donde viven pocas familias) y los de las "pequeñas localidades" que existen.

Estos habitantes, que son relativamente pocos en relación con la población de la provincia, dado el fenómeno de la migración de las pequeñas localidades a las ciudades y en función del cambio de modalidades de producción (que no requiere mano de obra intensiva o permanencia en el campo), no son tan pocos si tenemos en cuenta que existen varios miles de "parajes" en el territorio provincial y un par de miles de "pequeñas localidades" de 50 a 2000 habitantes.

Cabe señalar que estos habitantes, en especial los del "campo" y los "parajes", reciben muy pocos "bienes públicos", tanto del municipio, como de la provincia y la Nación, soportando además una presión impositiva desproporcionada con relación a otros habitantes.

- Falta de representación de las zonas menos pobladas: ya en sentido estricto, las zonas menos pobladas no poseen representantes en el poder legislativo municipal (Concejo Deliberante). Los concejales son habitantes de las localidades cabeceras de partido, o de alguna importante; en general el resto de las localidades y las zonas rurales suelen contar solo con algún candidato en la lista sábana, que muy rara vez llega al Concejo.

- El fenómeno descripto en el párrafo precedente afecta de manera fuerte los derechos políticos de estos habitantes y provoca una desvinculación de estos con el sistema; lo que es grave, porque esa desvinculación se transmite a los niveles estatales provincial y nacional, afectando en definitiva a la democracia misma.

- Falta de participación: la falta de instrumentos de participación agudiza y profundiza los problemas que venimos señalando, tomando autonomía como tal. Dada la frustración que implica el estado de conocimiento y conciencia de que no se poseen instrumentos para participar en alguna toma de disecciones, en especial en aquellas que los afectan de manera directa.

Desde el punto de vista de la forma de estado **(25)** el sistema diseñado por la Ley Orgánica de las Municipalidades de la Provincia de Buenos Aires presenta un centralismo absoluto; este problema, por un lado, agudiza los anteriores y por otro constituye uno trascendental que provoca enfrentamientos y discordia en la vida social. La ausencia absoluta de la posibilidad de las localidades que no son cabecera de partido de resolver los asuntos que le incumben es uno de los más serios reproches al sistema.

Ello, sin duda afecta a la democracia como sistema y aleja al ciudadano de la vida pública, resintiéndolo frente al Estado más cercano a sus necesidades, y proyectando ese resentimiento a la provincia y la Nación.

Es entonces el "centralismo intramunicipal" un problema grave; pero a contrario del dicho popular que reza que ya vendrán tiempos mejores, siempre se puede estar peor, y en esa materia lo estamos efectivamente. Desde los tiempos

(24) Desde nuestro punto de vista, mal denominados "empleados públicos" o "trabajadores estatales".

(25) Federal o unidad de régimen.

del gobernador Duhalde se han producido dos fenómenos que afectan al Estado municipal, uno la perdida de competencias en favor de la provincia y el otro la perdida de competencias del Poder Legislativo municipal (Concejo Deliberante) en favor del Poder Ejecutivo municipal (intendente).

Cuando en la provincia se abandonó el sistema parlamentario para organizar al municipio y se adoptara el denominado sistema presidencialista, las facultados del legislador municipal eran importantes, sin embargo, esos dos fenómenos que señaláramos más arriba las han reducido y con ello las facultades del intendente ensanchado. Esto provoca que aumente el grado de falta de representatividad del gobierno municipal respecto de las localidades de su interior. El intendente se percibe más como un dueño de fábrica o comerciante acaudalado que defiende sus intereses sectoriales y no los intereses generales **(26)**. Unos párrafos de Payró vuelven a ser gráficos en relación a este fenómeno cuando pintaba la influencia centralista de la provincia, lo que trasladado al centralismo intramunicipal resulta aplicable. "Como por entonces no existían ni en embrión las autonomías comunales, el gobierno de la provincia nombraba miembros de la municipalidad, comandantes militares, jueces de paz y comisarios de policía, encargados de suministrarle los legisladores a su imagen y semejanza que habían de mantenerlo en el poder.

"La vida política de Pago Chico solo se manifestó, pues, durante muchos años, por la ciega obediencia al gobierno..." **(27)**.

Este fenómeno se asemeja mucho más de lo que imaginamos al que se presenta en la relación provincias-Nación. Acá, en la vida municipal, como allá, en la vida nacional, el híper centralismo y el híper presidencialismo, deslegitiman a la democracia en sí, socaban la república en sus cimientos más preciados y "nulifican el sistema federal".

(26) El desmembramiento de Lezama de Chascomús es un ejemplo de la reacción frente al centralismo intramunicipal; tal vez de haber existido mecanismos que minimizaran las manifestaciones del centralismo el partido no su hubiera partido.

(27) PAYRÓ, Roberto J.; ob. cit., p. 64.

Otro de los problemas existentes en la desigualdad de trato entre las distintas localidades, así aquellas donde el oficialismo municipal triunfa reciben beneficios, y aquellas en las que pierde son olvidadas y desatendidas.

Esta desigualdad de trato, verdadera desviación de poder (que también se presenta en las relaciones provincia-municipio y nación-provincia) es un problema de gravedad institucional que afecta al sistema.

Finalmente, analizaremos un problema que en buena medida es consecuencia de todos los que venimos tratando, nos referimos a los pedidos de división de partidos. Como ya indicáramos existen varios pedidos de creación de nuevos partidos, lo que se transforma en un problema para el modelo de "municipio partido", ello toda vez que la persistencia de dichas solicitudes desnuda la existencia de otros problemas.

Si bien va implícita en la propia lógica del sistema de "municipio partido" la posibilidad del nacimiento de nuevos partidos producto de la división de los anteriores, no es lógico que existan medio centenar de solicitudes, cuando existen ciento treinta y cinco partidos en la provincia.

Cuando el "todo" prevalece sobre lo "individual", el todo se quiebra, se parte, desaparece como unidad; el reconocimiento de la individualidad de las "localidades pequeñas", "parajes" y "zonas rurales" es el mejor remedio para este problema. Es lo individual lo que debe integrar el todo, ese es el camino democrático; por el contrario, el todo impuesto sobre lo individual torna en autocrático o autoritario al sistema. Ello explica en buena medida el fundamento de los reclamos de creación de nuevos partidos que venimos analizando.

Con lo dicho y la enunciación efectuada, por cierto, no taxativa, creemos que hemos expuesto buena parte de los problemas que presenta el sistema de "municipio partido" por lo que pasaremos, tal lo anunciado, al análisis y enunciación de algunas soluciones a estos.

V. Soluciones

La Dra. María Marta Gelitti, en el trabajo ya citado, presenta un importante y más que interesante arsenal de instituciones e instrumentos

útiles a los fines de remediar los problemas que venimos analizando; ciertamente encontramos en ese trabajo un verdadero "catálogo" de remedios. En los párrafos siguientes enunciaremos varios de ellos y postularemos otros con el objetivo de demostrar que los problemas que presenta el "municipio partido" son susceptibles de subsanación, en muchos casos con relativa simplicidad.

Las herramientas que postulamos como soluciones a los problemas descriptos constituyen en algunos casos "instituciones" y en otros "institutos del derecho" ; en algunas oportunidades estarán destinadas a un solo problema y en otros tendrán efectos u operarán sobre más de uno de ellos. El lector podrá visualizar con la simple lectura si se trata de una institución o de un instituto del derecho, y si opera sobre uno o más problemas.

Respecto de los problemas que se vinculan con los sistemas republicano y representativo se postula la utilización de los siguientes instrumentos:

- La elección de los miembros del Concejo Deliberante mediante el sistema de circunscripción uninominal: ello permitiría que los habitantes de las "localidades pequeñas", "parajes" y "zonas rurales" cuenten con representación en el Poder Legislativo municipal. Así se generará un vínculo directo entre "legislador" y "ciudadano" que contribuirá de manera decisiva a legitimidad de todos los representantes.

- La instrumentación de un sistema Bicameral: la instrumentación de un sistema bicameral, con una de representantes de las localidades (y sus zonas de influencia) al estilo de la Cámara de Senadores de la Nación y, otra de representantes del pueblo (para estos puede utilizarse el partido como distrito único o por secciones uninominales). También en este caso, pero con más fuerza que en el anterior, los motivos de agravio contra el modelo de "municipio partido" quedan prácticamente desarmados en su totalidad. Con un sistema como este, ninguna localidad podrá sentir que no es parte de la construcción de su destino.

- Otra alternativa a las dos precedentes la constituye el modelo de la Legislatura Unicameral de la provincia de Córdoba, en este caso una porción del Concejo Deliberante se elegía como distrito único, y otra se asignaría a las localidades del interior del municipio.

Como puede observarse, cualquiera de todos esos sistemas permitiría una representación republicana de mayor vinculación con la sociedad; así reconstituido el vínculo sociedad-Estado muchos de los problemas del municipio partido desaparecerían.

Respecto de los problemas que se vinculan con la centralización y la nula participación en los procesos de toma de decisiones por parte de los ciudadanos y habitantes de las "localidades pequeñas", "parajes" y "zonas rurales", y como instrumentos de participación en la administración de sus intereses, postulamos como herramientas los que a continuación se desarrollan.

- Creación e instrumentación de Consejos Vecinales, Juntas de Fomento, y Consejos de la Comunidad: estas figuras, que constituyen instituciones, permitirían la participación en los procesos de toma de decisiones y, aún, de administración de cuestiones de interés de los vecinos. De hecho, estas figuras también pueden utilizarse en las propias localidades cabeceras a fin de mejorar la situación de los distintos barrios, permitiéndoles también sentirse mejor vinculados con el estado municipal.

Respecto de estas figuras realiza un detallado tratamiento la Dra. María Marta Gelitti, cuya lectura recomendamos dado que también agrega modelos de Ordenanzas **(28)**.

- Elección popular de delegados y otros cargos públicos: la elección popular de los delegados de las demás localidades que integran el partido constituye sin duda una de las herramientas más importantes para contrarrestar algunas de los problemas que presenta el sistema que nosotros defendemos. La centralización se vería fuertemente resentida y acotada, a la par que aumentaría exponencialmente la legitimidad del gobierno municipal.

(28) GELITTI, María Marta; "El Municipio Partido en la Provincia de Buenos Aires ¿Culpable o inocente?"; Publicación del Instituto de Cuestiones Administrativas y Municipales, 2012, ps. 19/20.

La Ordenanza 9.200 **(29)** de la municipalidad de La Plata instrumentó esta modalidad, siendo utilizada en una oportunidad en el año 2.000 y luego abandonada; durante el año 2020 iba a ser nuevamente implementada pero no puedo llegar a realizarse.

Ahora bien, la elección popular no debe porque quedarse en el delegado municipal, también pueden elegirse por el voto otros funcionarios públicos; a saber, los vecinos que integren la Comisión Fiscalizadora de Obras que prevé la Ley Orgánica de las Municipalidades, jefes de los corralones (servicios de recolección y mantenimiento de calles) y directores médicos de hospitales municipales, entre otros **(30)**.

- Presupuesto participativo: los presupuestos participativos también constituyen una herramienta con efectos sobre varios de los problemas denunciados, sin duda mejora la legitimidad del gobernante y de las instituciones; así como también es útil a los fines de minimizar el centralismo. La transparencia se ve fortalecida con este instituto, y con ello la legitimidad también.

El efecto democratizador que posee la toma de decisión sobre el destino de los recursos públicos es de vital importancia para la sociedad actual y lo será aún más para las futuras; en caso contrario transitaremos un camino peligroso en dirección a nuevas formas de autoritarismo.

- Fondos afectados a Delegaciones con facultades de administración y ejecución de estos: mediante este instituto, afectando fondos a las Delegaciones y concediéndole a estas facultades de administración (contratación, etc.) respecto de estos se combatiría el centralismo. En esta línea institucional es interesante la forma y alcance de instrumentación en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y su puesta en marcha de la figura de las "comunas" **(31)**.

Además, como en el caso del presupuesto participativo o la elección de los delegados se mejoran los aspectos referidos a la legitimidad, transformando de esa forma a la vida municipal en la escuela de democracia que describía Tocqueville y soñaba Juan Bautista Alberdi.

- Audiencias públicas: sin dudas que el mecanismo de las audiencias públicas democratiza el ejercicio de poder, transparenta la gestión pública, hace al habitante parte de la "cosa de todos". La fuerza legitimadora de este instrumento no debe ser despreciada, por su intermedio los actos de gobierno adquieren una carta de ciudadanía cualificada, que no posee un acto emitido *per se* (por más legal que sea).

A la pregunta de los escépticos respecto de en qué supuestos o ámbitos pueden utilizarse las audiencias, respondería con otra pegunta: ¿en qué materia de la competencia municipal existen impedimentos para su utilización? Lo cierto es que la figura ya se utiliza en la legislación municipal de otros Estados miembros de la Federación Argentina; y claro está, nada impide su utilización en materia de servicios públicos municipales, en los casos de instalación de actividades industriales o comerciales, proyectos de

(29) "Ordenanza 9200. Art. 1º: Autorízase al Departamento Ejecutivo a convocar a los vecinos de La Plata, a la elección de Administradores de Centros Comunales y Subadministradores de Subcentros Comunales, mediante el mecanismo de Consulta Popular. Art. 2º: Podrán participar en la elección todos los ciudadanos con capacidad para ser electores, que se encuentren en condiciones de sufragar según el último padrón electoral confeccionado por el Juzgado Federal con competencia en la jurisdicción del Centro y/o Subcentro Comunal. Art. 3º: Podrán ser electos quienes reúnan los requisitos establecidos por las normas vigentes para ser funcionario público. Art. 4º: La convocatoria se formalizará de acuerdo al cronograma que elabore el Departamento Ejecutivo, el que será publicitado oportunamente a través de los medios masivos de comunicación, instituciones y Administraciones de los Centros Comunales del Partido. Art. 5º: Los gastos que demande la convocatoria deberán ser sufragados por organizaciones no gubernamentales que promuevan la participación ciudadana. Art. 6º: El Departamento Ejecutivo dictará la reglamentación en base a la cual se llevará a cabo la elección de los Administradores de los Centros y Subadministradores de los Subcentros Comunales. Art. 7º: De forma.

(30) Esta política también podría ser acompañada desde la Provincia, transformando en electivos los cargos de director del Registro de las Personas, de ARBA, de la misma forma en que son elegidos por el voto popular los funcionarios administrativos de la Dirección General de Cultura y Educación denominados "Consejeros Escolares".

(31) Ver arts. 127 a 131.

ordenanzas, etc. Sin dudas las posibilidades de utilización son más que bastas.

Por último, trataremos una que nos parece sobremanera útil, de trata de las "asambleas de vecinos", o "asambleas populares" : Esta figura respecto de la cual el Dr. Pablo Joaquín Majul publicó el trabajo titulado "Las asambleas populares. Cajas de resonancia de la opinión pública" **(32)**, donde realiza un valioso aporte respecto de su utilidad, no son una novedad en nuestra doctrina; Sarmiento hablaba de ellas en *Educación popular* citando el ejemplo de la asamblea que todos los años debía reunirse todos los años para votar la renta de las escuelas **(33)**.

Si bien existen más instrumentos que podríamos abordar entendemos que con los hasta aquí expuestos demostramos que para cada problema existen varias soluciones. Que los problemas "en sí" no bastan para abandonar un modelo que, estamos convencidos, ha traído más beneficios que perjuicios; y, muy por el contrario, si no trajo más aún, se debe a la falta de autonomía que afecta a los "municipios partidos" bonaerenses.

VI. Dimensión sociológica y humana

Brevemente abordaremos las dimensiones sociológicas y humanas del tema objeto de este trabajo, y lo haremos en forma breve dado que a lo largo de los puntos precedentes lo hemos venido haciendo sin decirlo, pero por sobre todo porque lo haremos en el último punto al señalar las ventajas del modelo de "municipio partido".

Desde el punto de vista sociológico la pertenencia al "pago" resulta trascendente en torno a este tema, es sumamente relevante, sobre todo para los hombres y mujeres del interior su vinculación con su pequeño terruño.

En la misma línea, pero con un corte ya más sociológico-político aparece la pertenencia a la "pequeña república". La visión del "municipio partido" como esa "patria chica" a la que se pertenece en primera instancia en muy fuerte en la sociología del bonaerense. Las rivalidades o las afinidades entre las personas de los Partidos vecinos es parte central del folklore del interior de nuestra provincia.

Existe una identidad común que nuclea a los habitantes de un "municipio partido", tanto la que se emplaza en los diferentes ejidos que lo componen, como en aquellos que bien en la zona rural.

Y tal vez uno de los más importantes aspectos sociológicos que deben mensurarse es que de manera consciente o inconsciente existe un proyecto de vida que trasciende el ejido urbano y vincula a todos los habitantes del "municipio partido".

En lo que hace a la perspectiva humana, la que, si bien es previa a la sociológica, la tratamos en segundo lugar con la idea de ser más claros discursivamente, pondremos de resalto tres aspectos que fundan todo lo dicho en términos sociológico y que son las bases sobre las que se sustentan las virtudes que a nuestro entender posee el sistema que creemos debe seguir imperando en la provincia de Buenos Aires.

La primera cuestión de la que estamos convencidos que es relevante desde el punto de vista humano es el hecho de que el proyecto de vida que se conforma con las voluntades individuales de hombres y mujeres urbanos y rurales es compartido; aquí es donde lo "individual" torna en "general", pero siempre en términos "humanistas" y nunca "totalitarios", de ahí la dimensión humana.

También resulta relevante desde el punto de vista humano la circunstancia que quitar al habitante rural de los miles de parajes existentes en la provincia su pertenencia al "partido" es quitarle su "identidad", y esta es sin dudas uno de los más importantes derechos humanos de los tiempos que corren.

Por último, desde esta perspectiva debe hacerse hincapié en que la "identidad del bonaerense" solo constituye una fase posterior a la "identidad local", la que prima frente a aquella en el sentir de los individuos.

(32) MAJUL, Pablo Joaquín, "Las asambleas populares. Cajas de resonancia de la opinión pública", IJ Editores, Bs. As.

(33) Domingo Faustino Sarmiento; "Educación Popular", Edit. Librería La Facultad., Bs. As., 1915, p. 68.

Con lo desarrollado hasta aquí, creemos que nos encontramos en condiciones de enunciar cuales son las ventajas del sistema de "municipio partido", esa enunciación cumplirá en este trabajo, también, la función de conclusión, nuestras ideas y puntos de vista se verán expuestos en estas "ventajas", en ellas depositamos la confianza en que el modelo no sea abandonado.

VII. A modo de conclusión: las ventajas del municipio partido

Desde nuestro modesto entender el "municipio partido" presenta varias e importantes ventajas respecto de los demás modelos ensayados en los distintos Estados miembros de la Federación Argentina. En los párrafos que se desarrollan a continuación enunciaremos algunas de ellas, dando breves razones de ese entender; y tal como señalamos antes, en esas ventajas, van incitas en alguna manera, nuestras conclusiones.

En primer lugar, ponderamos que el sistema respeta la "idiosincrasia", "costumbres sociales" y la "cultura" bonaerense; todas ellas se han formado y constituido a lo largo de ya más de cuatrocientos años de historia. Una historia que formo un "carácter", una "manera de vivir" y una "manera de ser" que podemos resumir en los términos "identidad bonaerense", una identidad que tal como ya sostuvimos posee una anterior que le precede, la "identidad del pago".

El "municipio partido", entonces, es parte de esa identidad social, la que existe como resultado de las "identidades individuales" de cada hombre y mujer que habita estos territorios; valga esta frase en términos filosóficos e ideológicos, el ser humano prototípico bonaerense es un ser "individual", antes que nada, que se asocia en función de sus intereses comunes en la vida local produciendo así lo "general" **(34)**.

Así como sostuvimos que, el sistema respeta la identidad social de los bonaerenses, debemos sostener que sobre todo respecta la "identidad" de cada individuo. Desde una mirada humanista este es tal vez, el motivo más importante por el cual debe ser mantenido en una futura reforma constitucional el sistema que aquí defendemos; quizás primen otros motivos en su mantenimiento, pero ello no quiere decir que sean los más importantes.

El establecimiento del sistema de "municipio ciudad", que es el que se postula por algunos para ser establecido, traerá más perjuicios que beneficios y, sobre todo, no respetará la identidad de los bonaerenses, en ninguna de sus variables (individual y social). En este aspecto que aquí analizamos, podemos decir que el "municipio ciudad" dejara sin pertenencia a Partido alguno a miles de habitantes de las "localidades pequeñas", "parajes" y "zonas rurales" ; ellos ya no serán "rancheros", "toldenses", "bahienses" o "saavedrenses".

Los hombres y mujeres del interior **(35)** nos identificamos con un "pago chico" que es la "localidad pequeña", "paraje" o "zona rural" que habitamos; pero luego, nos identificamos con ese "pago" que nos comprende a todos que es el "partido". Si nos dejan sin partido nos dejaran sin "identidad" ; ni siquiera gentilicio nos quedará, seremos "entes", o en términos de romance campestre, "ánimas" que deambularan a la buena de Dios por la inmensidad de la pampa, esa pampa que no tendrá pago que nos dé vínculo con los demás (aspecto individual y humano) y con la sociedad (aspecto sociológico-político).

Continuando con las cuestiones sociológicas, el sistema de "municipio partido" facilita la cohesión entre los habitantes rurales y urbanos, y de esa forma la satisfacción de sus intereses comunes. La falta de cohesión social se paga con precios muy altos para ser tolerados, los perjuicios que acarrea tal ausencia se ven en todos los aspectos de los intereses colectivos (salud, educación, infraestructura, etc.), motivo este, por el cual el sistema también resulta ventajoso.

(34) El totalitarismo no es un sistema que represente la idiosincrasia bonaerense, el todo no está antes de lo individual, no lo produce, no somos en el "todo"; sino que lo creamos desde cada "individuo".

(35) Vale la pena aclarar que nací en Ranchos y que a los cinco años mi familia se mudó al campo, donde viví hasta el momento de comenzar mis estudios universitarios; la primaria la cursé en la Escuela N° 7 Martín Miguel de Güemes en la "localidad" de "Alegre" que integra los "pagos de Ranchos". Aún hoy conservo mi domicilio en el campo.

Vinculado a la "cohesión social" analizada en el párrafo precedente, pero desde un punto de vista de orden político-administrativo, debe señalarse que los propietarios de la tierra, que además en general, la trabajan, suelen vivir en los pueblos. Así, campo y pueblo hoy bajo el sistema de "municipio partido" forman un estado. Ese estado tiene a su cargo la mayoría de las cuestiones de interés de todos los habitantes del Partido (téngase presente que el municipio es un gran productor de bienes públicos). Si se adoptara el modelo de "municipio ciudad" esos individuos verían que sus esferas de interés inmediato pasarían a corresponder a dos niveles estatales distintos; a saber, la provincia (en la zona rural) y el municipio (en la urbe), constituyendo por lo tanto el abandono del modelo un perjuicio a la "cohesión social".

En consecuencia, cabe sostener que el modelo de "municipio partido" permite mantener indisoluble e inmediato el vínculo entre ciudadano y estado, de manera más eficiente que cualquier otro sistema. Esto mismo podría sostenerse diciendo que el "municipio partido" como ningún otro modelo permite cristalizar y volver realidad la pequeña república de la que hablaba Tocqueville.

Los extravíos autoritarios del siglo XX en la Argentina, bien pueden fundarse entre otros motivos en la falta de educación democrática; y ello se explica, como ya sostuvimos, en términos de Tocqueville y Alberdi, ante la falta de funcionamiento pleno de la "república representativa municipal" **(36)**, república que solo podrá lograrse en su mejor versión en el marco del modelo de "municipio partido".

Constituye una dimensión estatal que potencia la autosatisfacción de mayor cantidad de necesidades públicas y la producción de más bienes públicos; así como en nuestro sistema constitucional el "principio de subsidiariedad" es el eje en base al cual se asignan competencias al Estado; el principio de asignación de esas competencias al Estado al que más se relacionan o cerca tiene los individuos también justifica el sostenimiento del "municipio partido".

Nos detendremos un segundo aquí para dar un ejemplo práctico de a idea que acabamos de exponer. Si las zonas rurales dejan de pertenecer a un "municipio partido" las redes de caminos del dominio público municipal, pasaran a ser provinciales, entonces nos preguntamos: ¿quién reparara esos caminos?, pregunta que procede, dado que la provincia actualmente no repara las rutas provinciales no asfaltadas **(37)** de conformidad con los arts. 4° y 5° de la ley 13.010; la respuesta es simple, no los reparará nadie y entonces la producción lechera, cárnica y de cereal no podrá ser sacada de los campos. Cuesta imaginarse a un vecino rural del actual partido de Carmen de Patagones logrando ser atendido a casi mil kilómetros de distancia en un edificio del Gobierno provincial en la ciudad de La Plata, en cambio, es posible que con los concejales, el intendente o el encargo del mantenimiento de los caminos rurales, hasta se cruce en la calle o comprando algo en un "almacén" ; ello, también constituye un argumento sobremanera valido para el sostenimiento del actual sistema.

En el mismo sendero del párrafo precedente, nos cuestionamos sobre quién se ocupará de la lucha contra las plagas (como la de las cotorras). Hoy esa labor se encuentra a cargo del municipio, pero con el establecimiento del "municipio ciudad", la competencia se trasladaría a la provincia, otra vez, no imaginamos a un citadino funcionario provincial comprendiendo esta problemática que tanto perjuicio acarrea a la economía del sector rural.

(36) En honor a la verdad debemos recordar que el Maestro Adolfo Korn Villafañe era partidario del municipio ciudad.

(37) Ley 13.010: Art. 4° - Transfiérase a las Municipalidades de la Provincia de Buenos Aires que adhieran al presente régimen, el mantenimiento de la red vial provincial de tierra, el que será atendido con los recursos que se distribuyan en virtud de lo establecido en el artículo anterior. Art. 5º - La Provincia de Buenos Aires mantendrá a su cargo el mantenimiento de la red vial provincial de tierra en aquellos Municipios que no suscriban los Convenios a que refiere el Art. 1º del presente. En estos casos la administración del Impuesto Inmobiliario Rural será realizada por la Provincia, distribuyéndose la recaudación en las proporciones determinadas en el Art. 1º, correspondiendo a la Provincia el monto que resulte por aplicación del inciso c).Asimismo, en estos casos, la Provincia participará de la distribución de los recursos del Fondo Compensador de Mantenimiento y Obras Viales en proporción a la longitud de kilómetros de la red vial provincial de tierra cuyo mantenimiento esté a su cargo, en virtud de lo establecido en el párrafo anterior.

¿Quién se ocupará de vacunar a los niños que viven en el campo? Esta tarea la realizan normalmente los hospitales municipales (téngase presente que existen más de ochenta hospitales municipales —la provincia tiene un número menor, y concentrado en las grandes ciudades, sobre todo en La Plata donde hay casi una decena—). Si se adopta el "municipio ciudad", los hospitales pertenecerán a la ciudad y ya no tendrán porqué ocuparse de la población rural.

En materia de salud, los hospitales del "municipio ciudad" perderá una fuente de financiamiento; efectivamente, buena parte de la Tasa por Mantenimiento de la Red Vial Rural se dedica a financiar otras prestaciones municipales, tales como los hospitales.

En estos ejemplos queda palmariamente acreditada la conveniencia del modelo de "municipio partido" desde la mirada de la "gestión" de varias materias o competencias públicas.

El modelo de "municipio partido", por otro lado, permite al municipio asumir mayores competencias y ello resulta más que importantes en estos tiempos donde la sociedad reclama que los centros de poder se encuentren lo más cerca posible de cada individuo.

También cabe señalar que se trata de un modelo que posibilita y fortalece la existencia de altos grados de autonomía, fundamentalmente, como ya sostuvimos porque es el que mejor se adecúa a la soñada "república representativa municipal".

Por último, sostenemos que el "municipio partido" evita e impide la atomización de las fuerzas sociales, fenómeno que se observa en la provincia de Córdoba donde existen más de quinientos municipios; ahí el problema es la excesiva cantidad de municipios, imaginen lo que sería en la provincia de Buenos Aires con, probablemente, algo más de dos mil municipios.

Concluimos, aquí, convencidos de la fuerza de los argumentos que hacen recomendable el sostenimiento del municipio partido.

Inscripción tardía de nacimientos: agotamiento de la vía administrativa

Impacto en la provincia de Buenos Aires de la modificación a la ley 26.413 introducida por la nueva ley 27.611

Pablo J. Majul (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Marco normativo nacional.— III. Marco normativo de la provincia de Buenos Aires.— IV. Naturaleza orgánica del Registro Provincial de las Personas.— V. La ley 27.611: ¿creación o confirmación de la instancia administrativa?— VI. Agotamiento de la vía administrativa previo a la instancia judicial.— VII. Conclusiones.

I. Introducción

El 15 de enero de 2021 se publicaron en el Boletín Oficial de la República Argentina dos leyes que marcaron la culminación de una etapa crucial de lo que denomino como la "Gran revolución sociocultural del siglo XXI en América Latina" **(1)**, liderado por el colectivo de mujeres y grupos transgéneros **(2)** que lograron —mediante una encarnizada lucha social, cultural, política y religiosa— que el Congreso de la Nación sancionara la Ley de Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo (27.610) y la Ley de Atención y Cuidado de Integral de la

(*) Abogado (UNR). Especialista en Abogacía del Estado (ECAE-PTN). Miembro titular de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo. Miembro adjunto de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional. Director del Instituto de Derecho Administrativo y Tributario del Colegio de Abogados de Pergamino. Actualmente, se desempeña como subsecretario de Gobierno en la municipalidad de Pergamino (Buenos Aires).

(1) Esta revolución, que sitúa a la Argentina como el único país de Latinoamérica en el que se ha regulado la interrupción voluntaria del embarazo, descriminalizado dichas prácticas y activando un verdadero plan integral enfocado, con igual fuerza, a políticas de prevención, educación sexual y de seguimiento posintervención; es equiparable a las últimas revoluciones llevadas a cabo durante la segunda mitad del siglo XX (v.gr., hippies, la caída del Muro de Berlín, etc.). Alvin Toffler escribió, a inicios de la década de los `80, en su memorable obra "La Tercera Ola", que "una nueva civilización está emergiendo en nuestras vidas, y hombres ciegos están intentando en todas partes sofocarla. Esta nueva civilización trae consigo nuevos estilos familiares; formas distintas de trabajar, amar y vivir; una nueva economía; nuevos conflictos políticos; y, más allá de todo esto, una conciencia modificada también (...) El amanecer de esta nueva civilización es el hecho más explosivo de nuestra vida" (TOFFLER, Alvin, "La Tercera Ola", Ed. Plaza & Janes, Barcelona, 1982, p. 21).

(2) La creación de la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal Seguro y Gratuito fue decidida por más de 20.000 mujeres reunidas en el XIX Encuentro Nacional de Mujeres realizado en Mendoza en 2004. Iniciada el 28 de Mayo de 2005 por más de 70 organizaciones de mujeres de todo el país, es actualmente asumida por una amplia alianza a nivel nacional, que incluye más de 600 organizaciones, grupos y personalidades vinculadas al movimiento de mujeres, organismos de derechos humanos, al ámbito académico, científico, artístico y literario, trabajadores de salud, sindicatos y diversos movimientos sociales y culturales, entre ellos redes campesinas y de educación, organizaciones de desocupados y desocupadas, de fábricas recuperadas, grupos estudiantiles y religiosos (Fundamentos del Proyecto de Ley, publicado en https://www.hcdn.gob.ar/export/hcdn/prensa/PDF/PROYECTO_DE_LEY_INTERRUPCIxN_VOLUNTARIA_DEL_EMBARAZO_2810-D-2019.pdf).

Salud Durante el Embarazo y la Primera Infancia (27.611).

La avanzada sistematización de nuestro derecho civil y comercial permite detectar —con bastante facilidad— los efectos que producen el dictado de normas nuevas dentro de la legislación común; por idénticos motivos, la misma apreciación podemos instituir respecto de las modificaciones que aquella normativa acarrea sobre el derecho penal. Por las especiales características del derecho administrativo, básicamente por su carácter eminentemente local y, sobre todo, por su falta de sistematización, la detección de los efectos que producirá la entrada en vigor de nuevas leyes implica, necesariamente, una tarea de mayor esfuerzo.

Esto último es lo que llevaremos a cabo en el presente trabajo: descubrir y extraer las materias reguladas por estas leyes que impactarán, indudablemente, sobre el derecho *ius publicista*. Particularmente, es materia de esta disquisición lo concerniente a la modificación introducida por la ley 27.611 a la ley 26.413 de Registro y Estado Civil de las Personas **(3)**, especialmente, en lo relativo al trámite administrativo que se debe articular para la inscripción tardía del recién nacido.

Sobre este último punto, analizaremos las diferencias entre el régimen instaurado por la ley 26.413 y el adoptado por la nueva norma 27.611; a partir de allí, reflexionaremos sobre dos temas clásicos del derecho administrativo: la instancia administrativa y su agotamiento.

II. Marco normativo nacional

II.1. Código Civil y Comercial

Actualmente, el nombre individual, nombre de pila o prenombre —según la denominación usada en el art. 63 del Cód. Civ. y Com. **(4)**— es el elemento individual del nombre que sirve para distinguir a la persona dentro de su familia, es decir, entre los que llevan su mismo apellido **(5)**.

Según el derogado art. 2º de la ley 18.248, el nombre se adquiría por la inscripción en la partida de nacimiento.

En cambio, el Cód. Civ. y Com. no determina entre las diversas teorías existentes cuál es aquella que determina concretamente la adquisición. Sobre el punto, es preciso advertir la existencia de posturas según las cuales el nombre se adquiere por la inscripción en el acta de nacimiento (Eduardo B. Busso y ley 18.248), por la decisión de las personas a las que la ley faculta a elegirlo (Perreau) o, simplemente por el uso de aquel por parte de la persona (Jorge J. Llambías) **(6)**.

El principio de libertad de nombres no es expresamente mencionado en el Cód. Civ. y Com., pero en los fundamentos del proyecto se deja sentado en forma expresa que la elección del prenombre es una decisión de los padres en la que la injerencia del Estado debe ser la menor posible y las antiguas restricciones del art. 3º de la ley 18.248 han disminuido, de tal forma que el referido principio conserva plena vigencia **(7)**.

Según lo establecido por el art. 63 del Cód. Civ. y Com., los legitimados para la elección del nombre de pila son los padres, o a las personas a quienes ellos den su autorización para tal fin; a falta o impedimento de uno de los padres, corresponde la elección o dar la autorización al otro; en defecto de todos, debe hacerse por los guardadores, el Ministerio Público, o el funcionario del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

(3) Publicada en el BO 06/10/2008, derogando el dec.-ley 8204/1963 que había sido sancionado el 27/09/1963.

(4) La expresión prenombre deriva del Derecho Romano: praenomen (v., CIFUENTES, Santos, "Elementos de Derecho Civil", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1991, p. 148, § 82).

(5) BELLUSCIO, Augusto C. — ZANNONI, Eduardo, "Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2005, t. 1, p. 363, § 1.

(6) LLAMBÍAS, Jorge J., "Tratado de Derecho Civil. Parte General", Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003, t. 1, p. 268, nro. 401 citado por CURÁ, José M., "Código Civil y Comercial de la Nación comentado - Tomo I", Ed. La Ley.

(7) QUIRNO, Diego — CRISCI, Anabella, "El nombre y apellido de las personas naturales", en Análisis del Proyecto de Nuevo Código Civil y Comercial 2012, Ed. Educa, Buenos Aires, 2012, p. 127.

La doctrina ha llamado la atención respecto de la supresión de la atribución de competencia a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil para entender en las impugnaciones contra las resoluciones denegatorias del director del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas **(8)**. A través de esta vía recursiva prevista para discutir la eventual negativa de inscripción de ciertos nombres se generó una valiosa jurisprudencia en torno de la cuestión. Es posible que la sensible disminución de limitaciones que el Cód. Civ. y Com. prevé reduzca en idéntica proporción los posibles rechazos y consecuentes impugnaciones. En cualquier caso, frente a la desaparición de la disposición normativa un sector de la doctrina sugiere que sea el *juez en lo civil* con competencia en el lugar quien atienda las eventuales acciones que se pudieren promover **(9)**.

No estamos de acuerdo con dicha postura porque, como veremos más adelante, la tarea que desarrolla el Registro Civil en la inscripción, modificación y rectificación de partidas (en general) es producto de su función administrativa; prueba de ello es que la declaración del director del Registro se traduce en una manifestación de voluntad administrativa del órgano que está a su cargo (no del funcionario), en tanto y en cuanto su función se limita a constatar un hecho (v.gr., nacimiento, matrimonio, divorcio, concubinato, defunción, etc.) mediante la emisión de un verdadero acto administrativo **(10)**. Con lo cual, la revisión judicial de esa actividad administrativa debe estar en manos de jueces con competencia especializada en lo contencioso administrativo, y no del fuero civil. Recordemos que la competencia del fuero contencioso administrativo se define, no por el órgano productor del acto, ni porque intervenga en juicio el Estado, *lato sensu*, sino por la materia en debate, por su contenido jurídico y por el derecho que se intenta valer, o sea, la subsunción del caso al derecho administrativo **(11)**. La jurisprudencia especializada ha seguido este camino para determinar cuándo una causa es contencioso administrativa y cuándo caerá al fuero civil, que es residual **(12)**; estableciéndose que para determinar la competencia contencioso administrativa se debe tener en cuenta la preeminencia de las normas aplicables a la solución del caso **(13)**; si predominan las de derecho administrativo por sobre las de derecho común, la subsunción del caso al derecho administrativo **(14)**, que se vincula con la

(8) El art. 15 de la derogada ley 18.248 establecía que las resoluciones del director del Registro de Estado Civil serán recurribles ante el Tribunal de Apelaciones en lo Civil correspondiente al lugar donde desempeña sus funciones, dentro de los quince días hábiles de notificadas.

(9) SAUX, Edgardo I., ·Código Civil y Comercial comentado, t. I·, dirigido por Lorenzetti, Ricardo Luis, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 324; citado por CURÁ, José M., en ob. cit. Así lo disponía el art. 16 de la ley 18.248 "Será juez competente el de primera instancia del lugar en que se encuentra la inscripción original que se pretendiere rectificar, modificar o cambiar, o el del domicilio del interesado (...)".

(10) La PTN ha señalado que el acto administrativo comprende no solo la manifestación de voluntad, sino también, la certificación de hechos llegados a conocimiento de la Administración y que, por consiguiente, al ser el certificado un acto administrativo debe estar sujeto a todas las normas que prescribe y exige la ley 19.549 (Dictámenes, 156:64). Ver, además, COMADIRA, Julio R., "El Acto Administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos", con colaboración de Laura Monti, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 7-8.

(11) CS, Fallos 324:3863. Sobre la materia contencioso-administrativa y sus criterios distintivos se recomienda, para su ampliación, la excelente obra de Roberto E. LUQUI, "Revisión judicial de la actividad administrativa", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2005, t. 1, ps. 81 y ss.

(12) El carácter residual del fuero civil y comercial no debe confundirse con una ultra competencia de dicho fuero, que lo habilite a atraer todas las materias no especializadas; porque si bien, en principio eso es así, cuando la cuestión está regida por el derecho público, el fuero contencioso administrativo es competente y a la vez residual, cuando las leyes no prevén expresamente que deba entender otro tribunal (LUQUI, Roberto E., ob. cit. p. 133).

(13) CNFed. Cont. Adm., sala I, 29/11/1985, "Arbeloa de Punset, Andrea M., y otros c. Estado nacional (Min. de Economía) s/ daños y perjuicios"; íd., íd., 11/02/1988, "Centurión, Martín J. c. Comisión Municipal de la Vivienda s/ escrituración"; íd., Sala III, 22/03/1988, LA LEY, 1988-E-327; íd., Sala IV, 23/04/1985, "Iturregui, María A., y otra c. Aerolíneas Argentinas Sociedad del Estado s/ amparo".

(14) CS, Fallos 164:186; 244:252; 253:25; 295:112; 298:446; 300:484 y 1146; 303:568; 306:1501; 308:393; 311:2659; 324:3863, entre otros. CNFed. Cont. Adm., Sala I, 28/07/1981, "Cornelli Duarte de Amuchástegui", íd., Sala II, 25/03/1993, "Socorro Médico SA"; íd., íd., 12/09/1995, "Establecimiento Geriátrico San Jorge c. DGI"; íd., Sala III, 07/08/1984, "Carreño"; íd., Sala IV, 08/09/1989, "Enabief, Jorge R. c. Villegas González, Ro-

naturaleza de las relaciones generadas por el Estado y, consecuentemente, con su forma de actuar **(15)**. Es decir, si lo hace potestativamente, si gestiona un interés público en forma directa e inmediata y goza, por ello, de prerrogativas, o si solamente lo hace como un simple sujeto, en actos regidos por el derecho común. Claramente, la función del Registro Civil y las prerrogativas que despliega su director presentan estas características que indudablemente se trata de materia administrativa y no derecho común **(16)**. La regulación del Código Civil y Comercial está referida al derecho subjetivo del *nombre* de la persona humana, pero nada tiene que ver a la función administrativa que lleva a cabo el órgano a cargo de los asientos registrales.

II.2. La ley 26.413

El art. 2º de la ley 26.413 expresamente instituye que "[e]l Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas será organizado por los gobiernos provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y estará a cargo de un director general, el que deberá poseer título de abogado". De esta manera, pareciera que el gobierno federal ha delegado su potestad reguladora en lo concerniente a la creación de registros que contengan las declaraciones y constataciones relativas a las personas humanas y su capacidad civil.

En la década de 1880, un conjunto de leyes laicas puso bajo jurisdicción del Estado nacional el control de la población civil y la instrucción ciudadana. 1884 fue un año clave en la presidencia de Roca: logró un triunfo sobre la Iglesia católica con la sanción el 25 de octubre de 1884 de la ley 1565 de Creación del Registro Civil. Esta ley ordenaba: "(...) las municipalidades de la Capital y territorios nacionales establecerán una o varias oficinas de Registro de Estado Civil de las Personas".

El Estado nacional ordenó a la municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, recientemente creada, el establecimiento de distintas oficinas públicas para registrar los nacimientos, los matrimonios y las defunciones de la población de la ciudad. Cuatro años después, en 1888, se sancionó la Ley de Matrimonio Civil **(17)**.

No estamos de acuerdo que la constitución y organización de este tipo de registros sea producto de una delegación del Estado nacional en beneficio de las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, porque —sencillamente— esta no ha sido una materia expresamente delegada por los Estados provinciales, a la par que dicha regulación es una tarea propia de derecho público local **(18)**. Como apuntamos más arriba, no debe confundirse la reglamentación que estatuye el Código Civil y Comercial respecto de las personas humanas y su capacidad, materia que cae indefectiblemente en la facultad establecida en el art. 75, inc. 12 de la CN, con la potestad inherente y originaria de cada provincia de organizar y regular los registros civiles de la manera que crean más conveniente a sus intereses, prioridades y realidades, con el límite que dispone el art. 28 de la Carta Magna y dentro del esquema jerárquico del art. 31. Tal es así, que la propia Constitución bonaerense encomienda la creación de un registro del estado civil de las personas "con carácter uniforme y sin distinción de nacionalidades o creencias religiosas y en la forma que lo establezca la ley" (art. 6º).

Como dato histórico relevante, debemos tener en cuenta que la primera Constitución de la provincia de Buenos Aires de 1854, es decir, treinta años antes que se dictara la ley nacional 1565 que ordenó a las municipalidades de la Ca-

berto M."; íd., íd., 17/10/1997, "Afim SA c. Estado nacional (Min. de Economía)"; íd., íd., 08/09/1998, "Laborda, Jorge R. c. Servicio Nacional de Sanidad Animal".

(15) CS, Fallos 311:2659.

(16) No obstante, hay casos en que la ley específicamente atribuye competencia al fuero civil y comercial pese a que el acto que se recurra sea administrativo y haya sido dictado en ejercicio de función administrativa, como es el caso, por ejemplo, de las apelaciones contra las decisiones del Director del Registro de la Propiedad Inmueble provincial, que en virtud del art. 44 del dec.-ley 11.643/1963 (sustituido por el art. 85 de la ley 12.008), serán tratados ante la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de La Plata.

(17) buenosaires.gob.ar/registrocivil/historia.

(18) El derecho público local está directamente ligado a nuestro proceso de organización nacional y se vincula con la autonomía provincial que, básicamente, es la aptitud de gobierno propio que se han reservado las provincias y en virtud de la cual se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas sin intervención del gobierno federal.

pital y territorios nacionales establecer una o varias oficinas de Registro de Estado Civil de las Personas, ya contemplaba la creación y funcionamiento de un "registro cívico" **(19)**.

Sea como sea, por inercia legislativa o costumbre política, desde el 2008 rige en nuestro país la ley 26.413 que, como ya señalamos, *delega* **(20)** en las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la organización de un Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas (arts. 1º y 2º).

La ley 26.413 derogó el dec.-ley 8204/639 **(21)**; este último rigió, según su art. 1º, *en todo el territorio de la república* a partir del 1º de enero de 1964. Su redacción era similar a la actual ley 26.413, no obstante, en lo que aquí interesa, la inscripción de los nacimientos —al igual que ahora— debía efectuarse dentro de los cuarenta días (art. 28); vencido este plazo la Dirección General podía, por resolución motivada, admitir la inscripción hasta el término de seis años después del nacimiento. Cuando se superen los seis años se requería, necesariamente, resolución judicial (art. 29).

A partir de la sanción de la ley 26.413, el plazo para que la Dirección admita la inscripción luego de transcurridos los cuarenta días corridos para la inscripción con intervención de los progenitores se redujo a un año y debe darse intervención previa al Ministerio Público (actual art. 28).

Vencidos los plazos indicados en el art. 28, la inscripción solo podrá efectuarse por *resolución judicial* para cuyo dictado los jueces deberán cumplimentar los siguientes recaudos:

a) Certificado negativo de inscripción de nacimiento emitido por el registro civil del lugar de nacimiento.

b) Certificado expedido por médico oficial en el que se determine la edad y la fecha presunta de nacimiento.

c) Informe del Registro Nacional de las Personas, en su caso, donde conste si la persona cuyo nacimiento se pretende inscribir está o no identificada, matriculada o enrolada; determinándose mediante qué instrumento se justificó su nacimiento.

d) Declaración bajo juramento de dos [2] testigos respecto del lugar y fecha de nacimiento y el nombre y apellido con que la persona es conocida públicamente.

e) Otras pruebas que se crea conveniente exigir en cada caso.

La reforma introducida por el art. 15 de la nueva ley 27.611 que modifica el art. 29 de la ley 26.413, flexibiliza el mandato en el sentido de que, ahora, la inscripción tardía podrá realizarse por *resolución administrativa* fundada [antes solamente se podía mediante pronunciamiento judicial **(22)**], para cuyo dictado se deberán cumplimentar los siguientes recaudos: a) certificado negativo de inscripción de nacimiento emitido por el Registro Civil del lugar de nacimiento; b) certificado expedido por médico oficial en el que se determine la edad y la fecha presunta de nacimiento; c) informe del

(19) El art. 10 de la Constitución provincial de 1854, disponía "Los extranjeros mencionados en el artículo anterior entran en goces y deberes de la ciudadanía activa por el acto de inscribirse en el registro cívico o de manifestar ante la autoridad que designe la ley su voluntad de aceptar la ciudadanía del Estado".

(20) Si bien el art. 1º de dicha norma más bien reconoce que todos los actos o hechos que den origen, alteren o modifiquen el estado civil y la capacidad de las personas, deberán inscribirse en los correspondientes registros de las provincias, de la Nación y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; lo cierto es que, por ser una materia no delegada al Estado federal por parte de las provincias, es impropio e incorrecto que una ley nacional pretenda tener la aptitud de certificar y confirmar una prerrogativa originaria que está estrechamente ligada a nuestra organización nacional. Reconocemos, sin embargo, que es una discusión fútil que —en principio— no acarrea ninguna consecuencia práctica.

(21) Sancionado el 27/09/1963 y publicado en el BO el 03/10/1963 durante el gobierno de José María Guido.

(22) Esta situación fue auxiliada por medio del dictado del DNU 90/2009 (BO 10/02/2009) en el que se estableció por el término de un [1] año contado a partir de la publicación del presente decreto y con carácter excepcional, prorrogable por un [1] año más, un régimen administrativo para la inscripción de nacimientos de niños de un [1] año a doce [12] años de edad, en los casos en que, a la fecha de entrada en vigencia de la ley 26.413, no hubiese sido inscripto su nacimiento o cuya inscripción estuviese aún en trámite (art. 1º).

Registro Nacional de las Personas donde conste si la persona cuyo nacimiento se pretende inscribir está identificada, matriculada o enrolada, determinándose mediante qué instrumento se justificó su nacimiento; o, en su caso, certificado de preidentificación, en el que conste que con los datos aportados por la persona y la información biométrica obtenida, no obran antecedentes de matrícula en el mencionado organismo; y d) declaración bajo juramento de dos [2] testigos respecto del lugar y fecha de nacimiento, y el nombre y apellido con que la persona es conocida públicamente.

En caso de no reunirse los recaudos dispuestos en los incisos precedentes, o si se ha *denegado en sede administrativa* la petición de inscripción, esta deberá realizarse por medio de una resolución judicial. En estos casos, el juez o la jueza podrán valerse de otras pruebas que estime conveniente exigir según cada caso. En caso de inscripciones de personas menores de edad se dará previa intervención al Ministerio Público de la jurisdicción de que se trate.

Bajo tales parámetros, cabe preguntarse: ¿se ha instaurado una instancia administrativa previa?, teniendo especialmente en cuenta que, antes de la reforma, la norma únicamente permitía la inscripción tardía mediante resolución judicial. Y esta instancia administrativa, ¿se agota con la mera denegación por parte del director o, por el contrario, debe interpretarse que los recursos administrativos tienen que articularse para que opere el agotamiento de la vía? Si tomamos en consideración que, conforme lo prevé el art. 2º de la ley 26.413, los registros son organizados por cada provincia, entonces, ¿el agotamiento de la vía administrativa debe canalizarse a través de los recursos regulados por cada una de ellas? Es más, otro interrogante central es si el Estado nacional avanzó ilegalmente sobre potestades originarias de las provincias al instaurar, desde una ley federal, una instancia administrativa previa a la intervención judicial en territorios provinciales.

II.3. El decreto de necesidad y urgencia 90/2009

En el considerando del DNU 90/2009 se hizo hincapié en la política de Estado de incentivar y posibilitar el acceso al derecho a la identidad.

Así, se tuvo en cuenta que, si bien es cierto que la inscripción de los nacimientos dentro de un corto plazo, contribuye entre otras cuestiones, a tener una estadística de la situación poblacional existente, no es menos cierto que la vigencia de plazos acotados conllevan a la obligación de recurrir a la vía judicial para obtener la inscripción de un nacimiento, en desmedro del derecho a la identidad del menor, dado que la falta de identificación oportuna priva al niño de un derecho subjetivo y personalísimo como es desarrollarse en su medio familiar y acceder, entre otros derechos, a la educación, la salud y la vivienda.

De tal forma, se contempló la situación de aquellos niños de más de un [1] año de edad, respecto de los cuales no se había iniciado el trámite de inscripción de nacimiento, en atención a la oportuna derogación del régimen subsidiario del art. 29 del dec.-ley 8204/1963, ratificado por ley 16.478 y sus modificatorias.

En tal sentido, se señala que, desde un aspecto normativo y valorativo, debe propender a la facilitación y remoción de obstáculos para la procedencia de la inscripción de nacimientos, con el fin de salvaguardar el derecho a la identidad de las personas, reconocido en los instrumentos internacionales de derechos humanos que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico.

Recordemos, que el derecho a la identidad se encuentra protegido expresamente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la Convención sobre los Derechos del Niño, como, asimismo, en los arts. 11, 12 y 13 de la ley 26.061.

Asimismo, la inscripción y la documentación de los nacimientos ocurridos en el territorio de la nación, permite al Estado Nacional constituir un registro de datos que refleje todo su potencial humano, sin excepción ni discriminación.

Por otro lado, al momento de sancionarse este DNU, la falta de inscripción de nacimiento implicaría la inevitable necesidad de recurrir a un proceso judicial para lograrla, con la generación de dificultades, y mayores obstáculos, incluso geográficos, todo ello en detrimento de los sectores socialmente más vulnerables.

Se hizo referencia, entre los fundamentos del decreto, que la tendencia internacional en la materia es proclive a extender los plazos y facilitar los requisitos de inscripción de los nacimientos a los efectos de lograr una plena registración.

Finalmente, invocando razones de igualdad ante la ley, se estableció, con carácter de excepción, un régimen de inscripción *en sede administrativa* que contemple la situación de aquellos menores de un [1] año o más, no contemplados por la normativa vigente en la actualidad (ley 26.413).

Por todo ello, el art. 2º del DNU 90/2009 dispuso que la inscripción de nacimiento, solicitada por las personas obligadas por el art. 31 de la ley 26.413, se hará por *resolución administrativa* fundada emanada de la respectiva Dirección General del Registro Civil y con la intervención del Ministerio Público de la jurisdicción de que se trate.

Este esquema administrativo fue sucesivamente prorrogado por los DNU 92/2010 (BO 26/01/2010); 278/2011 (BO 09/03/2011); 339/2013 (BO 04/04/2013); 406/2015 (BO 06/04/2015) y 185/2019 (BO 13/03/2019).

III. Marco normativo de la provincia de Buenos Aires

III.1. El art. 6º de la Const. Prov.

Ya hicimos referencia que el art. 6º de la Constitución estadual manda a llevar *un registro del estado civil de las personas, con carácter uniforme y sin distinción de nacionalidades o creencias religiosas y en la forma que lo establezca la ley*.

También dijimos que este registro, establecido por mandato constitucional, data de la primera constitución histórica de 1854 en la que se hacía referencia a un "registro cívico".

III.2. Ley 14.078 y sus modificatorias 14.595, 14.748, 14853 y 15.229. Dec. regl. 2047/2011

El dec.-ley 10.072/1983 —Orgánica del Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires— y su dec. regl. 1360/1972, remiten en varias de sus disposiciones a la normativa nacional, ello con el fin de homogeneizar las legislaciones con base en los principios rectores en la materia y establece, asimismo, su organización, facultad reservada a las provincias de acuerdo con lo consagrado en la Constitución de la provincia de Buenos Aires (art. 6º) y expresamente en el art. 2º de la ley nacional 26.413.

Como venimos sosteniendo desde el principio, en cuanto a la función administrativa que lleva a cabo el Registro de la Personas, la ley provincial 14.078 específicamente establece una instancia administrativa en el art. 129 en el que se dispone que "[d]e toda resolución que dicte el responsable del Registro denegatoria de inscripción de nombre, la parte interesada podrá interponer recurso de revocatoria dentro de los diez [10] días hábiles de haber sido notificada".

Las disposiciones denegatorias a que se refiere el art. 129, haya sido o no interpuesto pedido de revocatoria, como así también, las que dicte el responsable del Registro, denegando pedido de corrección de errores u omisiones materiales en las actas o inscripciones, serán apelables ante la *Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo* en turno del Departamento Judicial que corresponda al domicilio del peticionario, dentro de los quince [15] días hábiles de notificadas (art. 130). De esta forma, no cabe duda de que la revisión judicial de la actividad administrativa desplegada por el director o responsable del Registro de las Personas —en tanto órgano administrativo— está en cabeza del fuero especializado **(23)** y no del juez civil como propone la doctrina mencionada más arriba.

Por su parte, el "Plan Integral 'Garantizar tu Identidad'", aprobado por la disp. 490/2017 **(24)** de la Dirección Provincial del Registro de las Personas (Anexo I) establece, entre otras gestiones, que la inscripción para personas mayores de los 13 años **(25)** la inscripción únicamente

(23) Art. 1º, ley 12.008.

(24) BO 21/03/2017.

(25) Con plazo atemporal y casos de difícil detección. La ley 14.078, en el art. 142 del Título XVI de "Normas Transitorias", reza: "Establecer, a partir de la reglamentación de la presente ley y por el término de un [1] año, prorrogable por un [1] año más y con carácter excepcional, una amnistía en el procedimiento de inscripción de nacimientos para niñas y niños desde el vencimiento del plazo legal vigente y hasta los doce [12] años de edad, que no estuvieren inscriptos o cuyas inscripciones estuvieren

podrá realizarse mediante *resolución judicial*. Sobre este punto, la reforma introducida por la ley nacional 27.611 parece ser más tuitiva **(26)** en el sentido de que permite, por resolución fundada y sin límite de tiempo, a que la inscripción tardía se formalice en *sede administrativa*; solo se deberá recurrir a la vía judicial cuando los recaudos no se cumplan o haya habido denegación por el titular del registro de la petición de inscripción.

La ley provincial 13.298 de Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños reza en el art. 1º: "Tiene por objeto la promoción y protección integral de los derechos de los niños, garantizando el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de los derechos y garantías reconocidos en el ordenamiento legal vigente (...)". Dicho cuerpo normativo remarca en su art. 5º: "La Provincia promueve la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan o entorpezcan el pleno desarrollo de los niños y su efectiva participación en la comunidad", y en el artículo siguiente: "Es deber del Estado para con los niños, asegurar con absoluta prioridad la realización de sus derechos sin discriminación alguna".

Que, además, en su art. 8º establece: "El Estado garantiza los medios para facilitar la búsqueda e identificación de niños quienes les hubiera sido suprimida o alterada su identidad, asegurando el funcionamiento de los organismos estatales que realicen pruebas para determinar la filiación, y de los organismos encargados de resguardar dicha información", agregando en el art. 14 que su Sistema de Promoción y Protección Integral de Derechos implica: "a) Políticas y programas de promoción y protección de derechos; a) Organismos administrativos y judiciales; b) Recursos económicos; c) Procedimiento; d) Medidas de protección de derechos".

IV. Naturaleza orgánica del Registro Provincial de las Personas

Para discernir cabalmente la materia analizada y la función administrativa ejercida por el Registro Provincial de las Personas, es útil que reflexionemos sobre su naturaleza jurídica como órgano administrativo y qué lugar ocupa en la estructura administrativa provincial.

De esta forma, el art. 24, inc. 7º y el art. 58 de la Ley Provincial de Ministerios [15.164 **(27)**] sitúa al Registro Provincial de las Personas como un *órgano descentralizado* en la órbita del Ministerio de Gobierno. Para la Suprema Corte bonaerense en la descentralización la competencia es atribuida a un nuevo ente separado de la administración central, dotado de personalidad jurídica propia y constituido por órganos propios que expresan la voluntad del ente. La capacidad de administrarse a sí mismo, por tanto, es una de sus características básicas y constituye uno de los datos administrativos típicos de la descentralización: es la asignación de competencia específica para resolver todos los problemas que plantee la actuación del ente, sin tener que recurrir a la administración central más que en los casos expresamente previstos por sus estatutos. La autoadministración, en suma, es la característica y la finalidad primordial de la descentralización. Empero ello no significa la total independencia de tales entes —ya que, su acti-

en trámite en el Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires. Dicha inscripción se realizará por ante el Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires y con la previa intervención del Ministerio Público". No obstante, ello se ha continuado con el procedimiento de Inscripciones Tardías desde su vencimiento a la actualidad.

(26) La Convención de los Derechos del Niño, ratificada por ley 23.489 en su art. 7º establece que "1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad...", y en su art. 8º que "El Estado debe respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluyendo su nacionalidad, nombre y relaciones familiares". La Ley Nacional 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes establece, respecto al Derecho a la Identidad, en su art. 11 que: "Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua de origen, al conocimiento de quiénes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley, a la cultura de su lugar de origen y a preservar su identidad e idiosincrasia...". El art. 12 del mismo plexo normativo nacional reza: "Garantía estatal de identificación, inscripción en el registro del estado y capacidad de las personas. Los Organismos del Estado deben garantizar procedimientos sencillos y rápidos para que los recién nacidos sean identificados en forma gratuita, obligatoria, oportuna e inmediatamente después de su nacimiento (...)".

(27) BO 09/11/2020.

vidad debe necesariamente coordinarse con el resto de la actividad estatal—, estando sometida su gestión al control de la administración central **(28)**.

Existe una diferencia sustancial con la descentralización a nivel nacional **(29)**: en esta, a diferencia de la provincial, el ente u órgano para alcanzar el grado de *descentralizado* [cuya máxima expresión es la *autarquía* **(30)**] debe ser creado por ley **(31)** y tener asignado patrimonio propio **(32)**, de lo contrario, es más apropiado referirse a una *desconcentración o "descentralización de carácter burocrático"* **(33)** que a descentralización propiamente dicho. Nótese, por su parte, que la Ley Provincial de Presupuesto vigente [15.225 **(34)**] no contempla, dentro del cálculo de gastos y recursos, al *Registro de las Personas* como órgano descentralizado **(35)**;

(28) SCBA LP B 56813, S 05/04/2000; "Ferrini, Alfredo D. c. Municipalidad de Tandil s/ demanda contencioso-administrativa". Publicación: DJBA 158, 179.

(29) La Procuración del Tesoro de la Nación ha entendido que la diferencia entre Administración centralizada y Administración descentralizada —considerando que ambas son formas de hacer efectiva la actividad de la Administración pública— radica en que las cuestiones de importancia sean resueltas por los órganos centrales de la Administración (Administración centralizada), o bien, que también participen en dichas decisiones las entidades con personalidad jurídica que constituyen la Administración descentralizada o indirecta del Estado (Administración descentralizada), Dictámenes 249:264.

(30) La autarquía es la más clásica de las formas de descentralización administrativa y, como lo ha establecido la Procuración del Tesoro de la Nación, la autarquía implica el desprendimiento de una actividad del Estado del tronco común, de modo que para atenderla se constituye una persona separada con sus autoridades, poderes y responsabilidades propias (Dictámenes, 239:26; 245:174; entre otros). Es así que la autarquía se caracteriza por una personalidad jurídica propia, un substractum económico financiero que permita la constitución de un patrimonio de afectación a fines determinados y una finalidad específicamente estatal (GUSMAN, Alfredo S., "Autarquía y Descentralización", Ed. El Derecho, t. 179, ps. 755-773. LÓPEZ OLACIREGUI, Martín, "La doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación en materia de entidades autárquicas", Rev. de Derecho Administrativo, 14, p. 533; CNCiv. y Com. Fed., Sala I, 07/11/1995, in re "Compañía Gillete de Argentina SA c. Instituto de Servicios Sociales Bancarios", LA LEY 1996-C, ps. 119-122).

(31) La "Ley de Solvencia Fiscal" (25.152) de 1999, en su art. 5º, inc. a) establecía, hasta la vigencia de la ley 25.565 de 2002, que "toda creación de organismo descentralizado y empresa pública financiera y no financiera requerirá del dictado de la ley respectiva". A partir de la modificación introducida por el art. 48 de la ley 25.565, ese mismo artículo dispone que "toda creación de organismo descentralizado, empresa pública de cualquier naturaleza y fondo fiduciario integrado total o parcialmente con bienes y/o fondos del Estado Nacional requerirá del dictado de una ley". Luego, por art. 1º del dec. 2209/2002, BO 05/11/2002 se exceptúa al Banco de la Nación Argentina, al Banco de Inversión y Comercio Exterior Sociedad Anónima y al Fondo Fiduciario de Asistencia a Entidades Financieras y de Seguros de lo dispuesto por el presente inciso, en lo que se refiere a la integración total o parcial de fondos fiduciarios.

(32) La Procuración del Tesoro de la Nación, en oportunidad de caracterizar al Consejo Federal de la Energía Eléctrica como un "organismo desconcentrado" del Poder Ejecutivo Nacional, siguiendo sus precedentes y la doctrina, ha establecido que la desconcentración es la atribución regular y permanente de determinadas, ciertas y limitadas competencias —pero no de personalidad jurídica ni patrimonio propio— a un organismo subordinado o que depende de la Administración central (Dictámenes, 109:292; 114:1; 221:024, entre otros). Ver COMADIRA, Julio R., "La Responsabilidad del Estado por las obligaciones de sus entes descentralizados. A propósito de un fallo sobre Ferrocarriles Argentinos", ED, 19/02/1992.

(33) Terminología seguida por Marienhoff. Distingue entre la "descentralización autárquica", en la cual el órgano respectivo se halla dotado de personalidad jurídica, y la "descentralización jerárquica o burocrática", llamada en Francia desconcentración, donde el órgano correspondiente carece de personalidad (MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo, T. I", Buenos Aires, 1988, ps. 618-619), distinción que fue de recibo en el art. 1º de la ley 19.549 cuando denota su aplicación "ante la Administración pública nacional centralizada y descentralizada, inclusive entes autárquicos", de modo de abarcar la descentralización burocrática y la autárquica conforme la clasificación de Marienhoff.

(34) BO 31/12/2020.

(35) Los organismos descentralizados a los que se les asignan recursos presupuestarios y autorización de gastos son: el Organismo Provincial de Desarrollo Sostenible (OPDS); el Organismo Provincial de Integración Social y Urbana; la ARBA, la Comisión de Investigaciones Científicas; el Ente Administrador Astillero Río Santiago; Corporación de Fomento del Valle Bonaerense del Río Colorado; Dirección de Vialidad; el Instituto de la Vivienda; el Órgano de Control de Energía Eléctrica de la Provincia de Buenos Aires (OCEBA); la Autoridad del Agua (ADA); el Comité de Cuenca del Río Reconquista (COMIREC); Patronato de Liberados; la Dirección General de Cultura y Educación; la Universidad Provincial del Sudoeste (UPSO) y la Universidad Provincial de Ezeiza; Instituto Provincial de Lotería y Casinos; la Caja de Jubilacio-

por eso, a pesar de los términos empleados —inclusive por la propia Corte provincial— es más apropiado hablar de *desconcentración* administrativa o "descentralización burocrática" que, propiamente, de *descentralización* cuando nos refiramos al Registro de las Personas.

Este no es el caso del Registro Nacional de las Personas (RENAPER) creado por la ley 13.482 como un organismo descentralizado y Autárquico **(36)** que tiene a su cargo la expedición de documentos nacionales de identidad, con carácter exclusivo, así como todos aquellos otros informes, certificados o testimonios previstos por la ley, otorgados con base en la identificación dactiloscópica **(37)**.

V. La ley 27.611: ¿creación o confirmación de la instancia administrativa?

La ley 27.611 viene a reafirmar la instancia administrativa instaurada por el DNU 90/2009 con el fin de facilitar los trámites de inscripción de las personas recién nacidas sin la necesidad de tener que recurrir al juez.

Tal establecimiento de una instancia administrativa viene a anteponer, previo a la vía judicial, un trámite administrativo tendiente a que los obligados puedan iniciar, hasta su finalización, la inscripción en el registro concretizando el principio de tutela administrativa efectiva que enfáticamente defiende nuestra Constitución provincial en su art. 15 **(38)**. Reconocer una instancia administrativa permite, además de facilitar el trámite sin necesidad de recurrir a la justicia, que los principios y reglas del procedimiento administrativo sustantivamente garanticen todo el trámite realizado por ante esa sede. Teniendo en consideración, justamente, que el procedimiento administrativo es el conjunto de principios y reglas que sigue la Administración, por medio de actos preparatorios y actuaciones materiales, con el objeto de expresar sus decisiones. Así, las decisiones del Estado se llevan a cabo formalmente por medio de procedimientos reglados y obligatorios impuestos por el legislador; es decir, el procedimiento constituye —a la vez— garantía de los derechos de las personas y un límite al ejercicio del poder estatal **(39)**.

Por último, el dictado de las reglas sobre el procedimiento administrativo es competencia del órgano legislativo en nuestro sistema institucional.

VI. Agotamiento de la vía administrativa previo a la instancia judicial

La modificación dispuesta por la nueva ley nacional 27.611 establece, en su literalidad, que "[e]n caso de no reunirse los recaudos dispuestos en los incisos precedentes, o si se ha denegado en sede administrativa la petición de inscripción, la misma deberá realizarse por medio de una resolución judicial (...)" (art. 15). El interrogante que se abre es si aquella dene-

nes, Subsidios y Pensiones del Personal del Banco de la Provincia de Buenos Aires; el Instituto de obra Médico Asistencial (IOMA) y el Banco de la Provincia de Buenos Aires.

(36) Art. 1º, ley 17.671. Aquí se puede observar la diferencia entre ente autárquico y el ente con "descentralización burocrática", en razón de que —como bien surge del art. 43 de la ley 17.671—, el RENAPER está constituido con recursos propios.

(37) Arts. 2º, inc. c); 11 y 12, ley 17.671.

(38) Art. 15, Const. Prov. "La Provincia asegura la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia, la gratuidad de los trámites y la asistencia letrada a quienes carezcan de recursos suficientes y la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo procedimiento administrativo o judicial". No obstante, es interesante lo que señala Roberto Luqui, quien manifiesta que "(...) se pretende dar a la tutela judicial efectiva un alcance mayor del que tiene la garantía de defensa en juicio de las personas y de los derechos establecida por el art. 18 de la CN, como si se tratara de un concepto jurídico diferente, comprensivo de atribuciones más amplias de los jueces, tanto en lo que concierne al ámbito de su competencia como a los efectos de las sentencias. Si analizamos el tema atentamente, será posible advertir que las normas constitucionales no se han modificado. Por el contrario, los arts. 8º y 25 del Pacto de San José de Costa Rica poco o nada añaden a un precepto tan claro y terminante como es la regla que establece la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de sus derechos. La 'tutela judicial efectiva' no le agrega nada a la garantía de defensa en juicio que establece el art. 18 de la CN desde hace más de ciento cincuenta años, y a la abundante jurisprudencia de nuestros tribunales. Solo puede constituir, a lo sumo, una forma enfática de reafirmar una garantía esencial de los derechos del hombre" (LUQUI, Roberto, ob. cit., p. 242).

(39) BALBÍN, Carlos F., "Manual de Derecho Administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, 3ª ed., p. 502.

gación agota la vía administrativa y, consecuentemente, habilita la instancia judicial; o, en su caso, deberán, previamente, articularse las impugnaciones pertinentes en sede administrativa. Recordemos, como señalamos antes, que el hecho de haber instaurado una instancia administrativa implica habilitar todo el andamiaje que sustenta el procedimiento administrativo (con sus derechos y garantías) dentro del cual se encuentra, como máxima garantía de revisión y control jerárquico, los recursos administrativos. No obstante, en virtud de la conjugación del verbo "podrá" se debe interpretar que la norma instaura una instancia administrativa optativa: "Vencidos los plazos indicados en el art. 28, la inscripción podrá efectuarse por resolución administrativa fundada (...)".

En el caso de la provincia de Buenos Aires, pareciera que esta nueva normativa nacional no cambia ni impacta sustancialmente el trámite administrativo ya regulado por la ley 14.078 en el tít. XI (arts. 129 a 131) en el que se prevé una instancia recursiva en sede administrativa a través del recurso de revocatoria el cual, dicho sea de paso, también es optativo; dejando como única revisión la que ejerce el Poder Judicial por intermedio de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo en turno del Departamento Judicial que corresponda al domicilio del peticionario.

Por otro lado, la propia ley 14.078 específicamente determina —al igual que lo hacía la ley 26.413 antes de la reforma— que "[v]encidos los plazos indicados precedentemente, la inscripción solo podrá efectuarse por resolución judicial (...)".

Obviamente, la línea de pensamiento debe estar dirigida a armonizar y compatibilizar los derechos en juego en el sentido de reconocer mayores garantías a los administrados e interesados que concurran a la sede administrativa; sobre todo frente a la garantía que reconoce el art. 15 de la Constitución de la provincia. Sin embargo, la pregunta sigue latente: ¿la creación o reconocimiento de una instancia administrativa instaurada por la nueva ley nacional tiene impacto sobre normativa provincial? ¿Está facultado el Estado nacional para avanzar sobre una materia que no ha sido expresamente delegada por las provincias? A la par que es la propia ley nacional 26.413 la que expresamente reconoce que la organización de los registros de las personas estarán a cargo de los Estado provinciales. ¿Puede el Estado nacional alterar el procedimiento administrativo regulado por los Estados locales? De aceptar que se ha instalado una instancia administrativa previa a la judicial, ¿en qué momento se tiene por agotada? ¿Con la simple denegatoria o debe interponerse el recurso de apelación que regula el art. 94 del dec.-ley 7647/1970?

Sea como sea, cuando estamos frente a niños/as, debe respetarse el derecho del menor a que sea escuchada su opinión en la causa en que se resuelve su inscripción tardía (art. 12 de la Convención de Derechos del Niño) **(40)**. Además, siempre que haya un derecho subjetivo en juego debe existir su correlativa instancia para defenderlo y hacerlo valer, tanto en sede administrativa como en la judicial.

Dicho eso, la cuestión medular del tema se observa —a nuestro criterio— en que, de aceptar que se ha instaurado una instancia administrativa en el trámite de inscripción tardía de las personas, entonces, ¿cómo juega la procedencia del recurso de apelación o alzada regulado por el art. 94 del dec.-ley 7647/1970? Recordemos que para esta norma la procedencia del recurso de apelación opera contra las decisiones finales de los entes autárquicos (debe interpretarse extensivamente a todos los descentralizados) que *no dejen abierta la acción contencioso administrativa*. Consecuentemente, es indispensable determinar cuándo queda expedita la acción judicial.

De mantenerse la vigencia del actual art. 33 (tercer párrafo) de la ley en el que se establece que "[v]encidos los plazos indicados precedentemente, la inscripción solo podrá efectuarse por resolución judicial (...)", entonces, con base en dicha literalidad, el recurso de alzada no será procedente, con lo cual, la única y excluyente vía para revisar la decisión administrativa cuestionada será la judicial u, optativamente, la revocatoria que prevé el art. 129 de aquella norma provincial. Pero, en definitiva, el denominado

(40) SCBA LP C 118272, S 10/12/2014, "N. o R., E. A. s/ inscripción de nacimiento fuera de término".

control de tutela **(41)** no podrá concretizarse en el trámite bonaerense, de manera que, el administrado —pese a tener habilitada una instancia judicial— deberá contentarse con obtener una decisión del titular del registro no pudiendo contar con el dictamen previo de la Asesoría General de Gobierno (art. 101, dec.-ley 7647/1970) ni, en su caso, con la vista de la Fiscalía de Estado, de manera que la actividad administrativa que se desarrollará con relación a la inscripción tardía de personas será mínima y, ante la falta de intervención de aquellos órganos, de menor robustez argumentativa.

Tengamos en cuenta que la acción contencioso administrativa deberá ser articulada dentro de los quince [15] días de notificado el acto denegatorio o, en su defecto, operado el silencio del ente siendo competente la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo en turno del Departamento Judicial que corresponda al domicilio del peticionario.

Por su parte, la ley provincial no cumple con el recaudo que pretende instalar la norma nacional, en la apertura de una instancia administrativa —aunque optativa— luego de vencidos los plazos de inscripción en los nacimientos ocurridos dentro o fuera de los establecimientos médicos asistenciales. Otra cosa, es que los interesados, en el trámite de inscripción tardía, hayan obtenido un pronunciamiento denegatorio, en cuyo caso, podrán articular el recurso de revocatoria o, en su defecto, recurrir directamente a la justicia dentro de los quince días de notificado el acto.

En definitiva, el régimen provincial de la ley 14.078 solo prevé una instancia administrativa recursiva, aunque es optativa, para los casos de denegación expresa o tácita (silencio) del titular del registro frente a un requerimiento previo, sin embargo, cierra la instancia administrativa a las personas mayores de doce años **(42)**, quienes deberán dirigirse a la sede judicial para su inscripción.

VII. Conclusiones

1. La ley 27.611 instaura una instancia administrativa optativa para gestionar el trámite de la inscripción tardía que regula el art. 29 de la ley 26.413. No obstante, fue precedida por una serie de decretos de necesidad y urgencia (desde el 2009) que fueron sucesivamente prorrogando este esquema administrativo.

2. A pesar de que lo concerniente al nombre de las personas, como derecho personalísimo protegido constitucional y convencionalmente, sea materia de derecho común regulado por el Código Civil y Comercial, y leyes complementarias; la instauración, organización y funcionamiento de los registros de las personas son cuestiones de derecho público local, de modo que, la instancia administrativa y su agotamiento debe ser reglamentada por las provincias y no mediante una ley nacional.

3. En el ámbito de la provincia de Buenos Aires, la instauración y organización del registro de personas tiene raigambre constitucional en el art. 6º de la Constitución provincial. Además, históricamente, la primera Constitución de la provincia en 1854 ya contemplaba el funcionamiento de un "registro cívico".

4. La provincia de Buenos Aires regula la instancia administrativa en la ley 14.078 y sus modificatorias para las personas hasta los doce años de edad. El agotamiento de la vía administrativa opera con el simple vencimiento de los plazos del art. 33 de la ley o la mera denegación por parte del titular del registro.

5. El régimen de la ley 14.078 estatuye, optativamente para el interesado, la interposición de un recurso de revocatoria.

6. Se interponga o no, el mentado recurso de revocatoria, el interesado tendrá habilitada la instancia judicial mediante una acción directa ante la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo del domicilio del recurrente.

(41) Mediante el cual se ejerce un control jerárquico por parte de la Administración central.

(42) La Dirección de Registro Provincial de las Personas, mediante expediente 2.209-102.385/15, elaboró y elevó un proyecto de ley, a los fines de darle marco legal operativo a la Inscripción Tardía, proponiendo a su vez que se eleve la edad máxima de 12 (doce) a 18 (dieciocho) años a los efectos de coordinar los distintos criterios normativos.

7. El recurso de apelación o alzada previsto en el art. 94 del dec.-ley 7647/1970 no procede en este caso debido a que, como se señaló anteriormente, la acción contencioso-administrativa se encuentra expedita se articule o no el recurso de revocatoria.

8. En todos los casos que se encuentren comprometidos, derechos subjetivos de los niños/as y adolescentes, necesariamente se los deberá oír previamente, sin perjuicio de la intervención promiscua del Ministerio Público.

9. El Registro de las Personas en la Provincia de Buenos Aires es un ente u organismo desconcentrado o, dicho de otra manera, "burocráticamente descentralizado"; pero no tiene patrimonio propio como es el caso, p. ej., del Registro Nacional de las Personas (RENAPER) que tiene a su cargo, entre otras funciones, el registro y emisión del Documento Nacional de Identidad.

10. La ley 27.611 es más tuitiva porque permite, sin límite de tiempo ni edad, que el trámite de inscripción tardía de nacimiento se lleve a cabo en instancia administrativa; con lo cual, los mayores de 13 años tendrían la opción previa de solicitar su inscripción en dicha sede sin necesidad de tener que recurrir directamente ante la justicia. Así, debido a que los derechos de los niños, niñas y adolescentes mayores de 13 años tienen un soporte constitucional-convencional prioritario basado en su interés superior (art. 3º, ley 26.061) **(43)**, la instancia administrativa igualmente debería estar disponible para su inscripción.

(43) Según informe denominado "Los indocumentados en Argentina. La cara invisible de la pobreza" del Observatorio de la Deuda Social (ODSA) de la Universidad Católica Argentina (UCA), junto con el Instituto Abierto para el Desarrollo y Estudio de Políticas Públicas (Iadepp), en Argentina viven al menos 168 mil niños de entre 0 y 17 años sin su Documento Nacional de Identidad. Al respecto cabe destacar que, de esta gran cantidad de ciudadanos, a los que se le ha vulnerado su derecho a la identidad, cerca del 40% viven en la provincia de Buenos Aires (descargado de https://normas.gba.gob.ar/documentos/B3z6wKuj.html).

Tutela jurisdiccional cautelar colectiva en el anteproyecto de ley de procesos colectivos de la provincia de Tucumán

Marcelo C. Raimundo (*)

Sumario: Introducción.— II. Fundamentos, ámbito de aplicación, finalidades y principios del anteproyecto de ley de procesos colectivos de la provincia de Tucumán.— III. Oportunidad procesal para la disposición judicial de medidas cautelares.— IV. Anticipación de la tutela.— V. Facultad judicial cautelar de oficio.— VI. Potestad jurisdiccional de solicitud de información. Bilateralidad.— VII. Mecanismos de control de cumplimiento del mandato cautelar.— VIII. Conclusiones.

I. Introducción

La finalidad del presente trabajo se focaliza en examinar una parcela de la conflictividad colectiva, que es la vinculada a la regulación de las medidas cautelares desde la órbita de la tutela jurisdiccional en el anteproyecto de ley de procesos colectivos de la provincia de Tucumán.

Para ello, en primer lugar, abordaremos el contexto y las pautas principales sobre las que se insertó la iniciativa legislativa local. A continuación, nos abocaremos al análisis puntual de las disposiciones cautelares colectivas vinculadas a la oportunidad procesal para disponerlas por la judicatura, a la anticipación de la tutela, la potestad de decretarlas de oficio, la posibilidad de ordenar su traslado a la contraparte, los mecanismos de contralor del cumplimiento precautorio; y, por último, culminaremos con unas breves conclusiones finales.

II. Fundamentos, ámbito de aplicación, finalidades y principios del anteproyecto de ley de procesos colectivos de la provincia de Tucumán

La provincia de Tucumán, a partir de una novedosa técnica legislativa y luego de la reforma constitucional nacional de 1994, fue una de las primeras jurisdicciones locales en implementar una suerte de reglamentación de la garantía constitucional del denominado "amparo colectivo" contenido en el art. 43, segundo párrafo, de la ley suprema federal, a través de la sanción del "Código Procesal Constitucional" **(1)**

(*) Abogado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata (UNLP). Miembro de la Secretaría de Demandas Originarias y Contencioso Administrativo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Docente adscripto en la asignatura Derecho Procesal I, cát. I, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata (FCJyS-UNLP). Profesor adjunto asociado de la Facultad de Ciencias Exactas e Ingeniería de la Universidad Católica de La Plata (FACEI-UCALP).

(1) El Código Procesal Constitucional de Tucumán (ley 6.944) fue fruto de la iniciativa del Dr. Sergio Díaz Ricci, el cual puede considerarse el segundo en Argentina en la materia, ya que la precedente Ley de Procedimientos Constitucionales (N° 8369) de la Provincia de Entre Ríos encaró una tarea similar: legislar de modo sistemático y orgánico los procesos y recursos constitucionales, que son aquellos destinados, básicamente, a tutelar la supremacía de la Constitución.

(ley 6.944) cuya entrada en vigencia comenzó a regir el 07/05/1999.

Sin embargo, aun siendo el Código Procesal Constitucional tucumano el primer cuerpo normativo en codificar los principales institutos procesales constitucionales, que en lo que aquí interesa, en el Título 2do. dedicado a "Garantías a los derechos personales" si bien prevé los amparos colectivos (cap. V) **(2)**, no establece el trámite de procesamiento de esta garantía suprema.

Ahora bien, el 13/09/2019 la Comisión de Redacción del Anteproyecto de Procesos Colectivos **(3)** de Tucumán, presentó en la legislatura provincial el Anteproyecto de ley para regular los procesos colectivos que tramiten bajo la jurisdicción de esta provincia **(4)**.

En los fundamentos del Anteproyecto se expresa que este "recepta los trabajos doctrinales, jurisprudenciales y legislativos actuales". De este modo, se tomaron en consideración para su redacción, entre otras, las siguientes fuentes **(5)**:

- El "Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica" —del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (aprobado en Caracas el 28/10/2004)—.

- La Jurisprudencia de la CS en los casos: "Halabi" (24/2/2009); "Asociación de Consumidores del NOA c. Telecom Argentina SA s/ daños y perjuicios" (5/4/2018) y "Consumidores Financieros Asoc. Civil para su Defensa c. Banco Itaú Buen Ayre Argentina SA y otro s/ ordinario" (10/7/2018).

- La "Acordada 12/2016" de la CS —Reglamento de Procesos Colectivos—.

- El Informe de la Unión Europea "Collective Redress in the Member States of the European Union" del año 2018 presentada al Parlamento Europeo.

Preliminarmente, antes de inmiscuirnos en la disposición normativa que regula la tutela cautelar colectiva, nos parece atinado presentar el ámbito de aplicación del anteproyecto de ley y enunciar algunos de sus fines y principios más relevantes, tanto para determinar el alcance general de la iniciativa como así también su especial impacto en el instituto cautelar.

En consecuencia, respecto al ámbito de aplicación del proyecto normativo se dispone: "El proceso colectivo podrá ser utilizado para resolver conflictos que involucren a intereses colectivos o individuales homogéneos. Quedan incluidos los procesos relativos a derechos colectivos propiamente dicho y a derechos individuales homogéneos" (art. 1°) **(6)**.

Es decir, el proyecto comienza brindando respuesta al interrogante: ¿para qué se utiliza un proceso colectivo? Para resolver conflictos que

(2) El art. 71 del Código Procesal Constitucional de la Provincia de Tucumán dispone —en materia de amparo colectivo—: La defensa jurisdiccional de los intereses colectivos comprende la tutela de la salud pública; la conservación del equilibrio ecológico, de la fauna y de la flora, y la protección del medio ambiente de conformidad a los principios contenidos en el art. 36 de la Constitución Provincial; la preservación del patrimonio cultural y de los valores estéticos, históricos, urbanísticos, artísticos, arquitectónicos, arqueológicos y paisajísticos amparados por el inc. 1 del art. 124 de la Constitución Provincial; la correcta comercialización de mercaderías a la población, la competencia leal y los intereses y derechos del consumidor y del usuario de servicios públicos; en general, la defensa de valores similares de la comunidad y de cualesquiera otros bienes que respondan, en forma idéntica, a necesidades comunes de grupos humanos a fin de salvaguardar la calidad de la vida social.

(3) La Comisión de Redacción del Anteproyecto de Procesos Colectivos de la Provincia de Tucumán se compone bajo la dirección de la Dra. Claudia B. Sbdar (ministro de la Suprema Corte de Justicia de Tucumán) e integrada por los Dres. José Humberto Sahian, Bárbara Steimberg, Germán Muler y Daniel Moeremans.

(4) El 13/09/2019 fue presentado en la Legislatura de Tucumán un proyecto de ley para regular los procesos colectivos que tramita en el expte. N° 208-PL-19.

(5) Fundamentos del Anteproyecto de ley de procesos colectivos de la Provincia de Tucumán.

(6) La redacción del art. 1 continúa definiendo lo que se entiende por "derechos colectivos propiamente dichos" y "derechos individuales homogéneos": "Son derechos colectivos los supraindividuales de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho o vinculadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base. Se entiende que hay derechos individuales homogéneos cuando existe una pluralidad de afectados individuales, con daños comunes pero divisibles o diferenciados, generados por una causa común".

comprendan intereses o derechos colectivos e/o individuales homogéneos (art. 1°).

Entre las "finalidades" (art. 2°) y los "principios" (art. 3°) de los procesos colectivos receptados en el proyecto, se enuncian en común:

1. el "acceso a la justicia —y tutela efectiva—" : de grupos de personas, especialmente de aquellos estructuralmente vulnerables, desprotegidos, relegados o desaventajados (art. 2°), quienes tienen derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en la protección de los derechos de incidencia colectiva (art. 3°); y

2. la "eficiencia —efectividad y eficacia—": en la resolución de conflictos de gran escala por parte del sistema de justicia (art. 2°), debiendo procurarse la optimización de los resultados alcanzados en relación con el uso de los recursos disponibles e invertidos en su consecución y la efectiva protección de los derechos (art. 3°).

En efecto, estos "principios" —que rigen los procesos colectivos— y "finalidades" —que deberán ser tomadas en consideración por el juez como principios interpretativos **(7)**—, constituyen particularmente líneas directrices de la tutela jurisdiccional cautelar.

Ahora bien, el proyecto provincial dedica una norma específica que regla la tutela cautelar, aunque no quiere decir que por ser esta previsión la única en clave precautoria que sus contenidos sean escuetos sino todo lo contrario.

La cláusula cautelar del proyecto se trata de una previsión sustanciosa que consta de varios apartados normativos que abordan muchos de los aspectos que deben tenerse en especial consideración a la hora de ordenar judicialmente una medida precautoria. Y a su vez —como más adelante veremos— debe articularse con la disposición que establece los deberes y facultades generales de la magistratura en materia procesal colectiva (art. 4°), que correlativamente resultarán aplicables al campo cautelar.

(7) El último párr. del art. 2 del Proyecto relativo a las finalidades de los procesos colectivos establece: "Estas finalidades deberán ser consideradas por el juez y por las partes como principios interpretativos".

III. Oportunidad procesal para la disposición judicial de medidas cautelares

El dispositivo normativo del anteproyecto tucumano que prevé la tutela cautelar colectiva es el art. 22, cuyo primer apartado establece: "En cualquier momento del proceso, aún antes del dictado del auto de apertura, los jueces podrán dictar todo tipo de medidas cautelares o preventivas que sean pertinentes para tutelar los derechos en disputa".

Este primer enunciado normativo de la disposición cautelar comienza por preceptuar la oportunidad en la que se faculta al órgano judicial a dictar medidas cautelares colectivas, la cual podrá ser en cualquier momento del trámite procesal aun antes del auto de apertura del proceso.

Así, la oportunidad procesal de disponer medidas cautelares con anterioridad al auto de apertura supone que pueden adoptarse este tipo de medidas antes de que el proceso colectivo se declare admisible o no, pues es en dicho auto de apertura o de certificación del proceso donde se va a determinar si la pretensión principal deducida cumple o no con los recaudos de admisibilidad para que tramite por la vía procesal colectiva **(8)**.

Al mismo tiempo, la norma continúa disponiendo acerca de la facultad judicial de

(8) Los recaudos de admisibilidad de los procesos colectivos los establece la Corte Suprema Federal en la ya citada causa "Halabi". Así, la CS ha dicho: "...ante la ya advertida ausencia de pautas adjetivas mínimas que regulen la materia, se torna indispensable formular algunas precisiones, con el objeto de que ante la utilización que en lo sucesivo se haga de la figura de la "acción colectiva" que se ha delineado en el presente fallo se resguarde el derecho de la defensa en juicio, de modo de evitar que alguien pueda verse afectado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha tenido la posibilidad efectiva de participar. Es por ello que esta Corte entiende que la admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos elementales que hacen a su viabilidad tales como la precisa identificación del grupo o colectivo afectado, la idoneidad de quien pretenda asumir su representación y la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo (Consid. 20).

"dictar todo tipo de medidas cautelares o preventivas que sean pertinentes para la tutela de los derechos en disputa", lo cual denota que se trata de una previsión de alcance amplio y abierto.

Pues se comprende una doble apertura: de un lado, al contemplarse la facultad de que el órgano judicial pueda determinar todo tipo de medidas precautorias no se incurre así en clasificación alguna que limite la función jurisdiccional en este ámbito incidental; y, del otro, al referir a la ponderación de la pertinencia de esas medidas, dota a la magistratura de un amplísimo margen de discrecionalidad en el campo cautelar a fin de resguardar los derechos e intereses en juego.

Por tanto, además de que se encuentren cumplimentados los requisitos de procedencia clásicos de las medidas cautelares de verosimilitud del derecho y de peligro en la demora, aunque no se haya determinado —en el auto de apertura o de certificación— si el proceso tramitará o no por la vía colectiva, se faculta a la magistratura a dictar cualquier clase de medida cautelar que tutele derechos de tutela prevalente de un grupo indeterminado de personas, procurándose con ello asegurar la eficacia de la sentencia de mérito.

IV. Anticipación de la tutela

Seguidamente la norma prevé: "Podrá anticiparse la tutela, aun cuando dicho acto fuera irreversible o se superponga con una o varias de las pretensiones de la demanda, si teniendo en cuenta los principios de la materia sustantiva, el tribunal resuelve que la denegación de la medida implicaría el sacrificio de un bien jurídico prevalente" (art. 22).

Como se observa, la potestad jurisdiccional que establece este apartado refiere a la "anticipación de la tutela" o "tutela anticipada", lo cual resulta una auspiciosa novedad su recepción expresa por cuanto este instituto no se encuentra regulado como tal en la codificación procesal civil y comercial, sino que se encuentra consagrado pretorianamente en los emblemáticos casos "Camacho Acosta" **(9)** y "Pardo" **(10)** decididos por la CS.

La tutela anticipada, que recibe otras denominaciones como jurisdicción anticipatoria o tutela urgente, forma parte, al decir de Peyrano, de la llamada "justicia temprana", la cual presupone —como recaudo ineludible— una situación urgente que atender e implica que la judicatura anticipe total o parcialmente el objeto de la pretensión principal. Por su parte, el Máximo Tribunal Federal en los aludidos precedentes delimitó los alcances de esta figura al expresar que se trata de una medida excepcional y de interpretación restrictiva.

En este sentido, Camps sostiene que los institutos de la tutela anticipada —que abarca la cautela material y los procesos urgentes— que se utilicen deben cumplir tres premisas básicas: respuesta en tiempo razonable, eficacia en la instrumentación (la necesidad de que la teoría de la tutela anticipada, si pretende ser eficiente, debe presentar un aspecto unívoco, una personalidad propia y definida, despojadas de ambigüedades que atenten contra la eficacia en su aplicación) y respeto por las garantías básicas del proceso (cuidado de defensa de la otra parte, a quien le asiste todo el plexo garantista legal y supralegal, protegiéndolo contra la posibili-

(9) CS. Camacho Acosta, Maximino c/ Grafi Graf SRL y otros, 07/8/1997. En el precedente "Camacho Acosta", el Máximo Tribunal concedió judicialmente un "adelanto" de la suma indemnizatoria reclamada para adquirir con ella una prótesis bioeléctrica de antebrazo seccionado en un infortunio laboral ya que una demora en su instalación redundaría en la formación de un callo que impediría tal práctica en el futuro. Así, ha dicho: "Que esta Corte ha considerado a la medida cautelar innovativa como una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, y que, por configurar un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, resulta justificada una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión" (Consid. 6).

(10) CS, "Pardo, Héctor Paulino y otro c/ Di Césare, Luis Alberto y otro s/ art. 250 del CPP", 06/12/2011. El fallo "Pardo" es —junto con "Camacho Acosta"— es otro de los leadings cases en materia de tutela anticipada de urgencia, a través del cual la Corte Nacional acordó el requerimiento de urgencia reclamado por la víctima de un accidente de tránsito sumida en un cuadro de cuadriplejia espástica irreversible, situación que podía agravarse y llevarla a la muerte

dad de un accionar incorrecto, abusivo y abusivo por parte de quien reclama —a través de los tribunales— una prestación de manera coactiva) **(11)**.

Añade que para hacer efectiva la garantía del plazo razonable en lo que hace al tiempo que insume la acción judicial, los mecanismos de anticipación de la tutela constituyen un fenómeno procesal que reúne todas aquellas medidas o institutos que sirven para la obtención pronta, inmediata si es necesario, de todo o parte de lo perseguido a través de una pretensión judicial en casos de peculiar urgencia. Se busca una satisfacción rápida de lo pretendido, ya que, de no ser así, lo sustancial del requerimiento quedaría irremediablemente sin tutela posible. Nos encontramos frente a situaciones que no toleran un tránsito procesal extendido en el tiempo y reclaman —para ser útiles— una respuesta ahora.

Un ejemplo típico de estas situaciones en el campo procesal colectivo puede llegar eventualmente a darse en el caso de que un número relevante de personas con la misma enfermedad patológica de riesgo demanden a una obra social requiriendo la cobertura de un tratamiento médico que no puede ser interrumpido por correrse riesgo de vida de los accionantes y aquella se niega a prestarlo. Así, la única cautela posible eficaz habrá de ser una medida que permita a los afiliados padecientes de la patología de que se trate continuar con el tratamiento de manera provisoria mientras sigue adelante el proceso donde se disputa su derecho material a la obtención de la atención médica adecuada objeto de la litis.

Ahora bien, la anticipación de la tutela tal como está regulada en el precepto en análisis presenta ciertas particularidades que pueden llegar a dar lugar a vacilaciones en cuanto al campo de actuación de la judicatura, al disponerse que la tutela anticipada podrá ejercerse "...aun cuando dicho acto fuera irreversible o se superponga con una o varias de las pretensiones de la demanda, si teniendo en cuenta los principios de la materia sustantiva, el tribunal resuelve que la denegación de la medida implicaría el sacrificio de un bien jurídico prevalente".

(11) CAMPS, Carlos Enrique, "Compendio de Derecho Procesal Eficaz", Ed. Erreius, ps. 435/436.

De tal modo, este enunciado del texto legal también abre un amplio campo de interpretación a la magistratura a la hora de anticipar la tutela.

Una disposición en términos similares a la abordada la hallamos en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, que bajo el rótulo de "Tutela jurisdiccional anticipada", faculta al juez a conceder en forma provisoria la cautela material que se solicita, aun cuando aquella sea coincidente con la pretensión que se formula en el litigio, valorando —en orden a los presupuestos clásicos— la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y la necesidad de una contracautela. En tanto dispone el siguiente límite a la anticipación precautoria: "No se concederá la anticipación de la tutela si hubiere peligro de irreversibilidad del proveimiento anticipado, a menos que, en un juicio de ponderación de los valores en juego, la denegación de la medida signifique sacrificio irrazonable de un bien jurídico relevante" (art. 5°, Cód. Modelo de Proc. Col. para Iberoamérica) **(12)**.

A nuestro criterio, en el proyecto se le brinda a la anticipación de la jurisdicción un alcance ensanchado y podríamos decir casi ilimitado, pues tal anticipo tuitivo puede disponerse en los casos en que la magistratura pondere —atendiendo los principios jurídicos de la materia

(12) El art. 5 del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica establece: —Tutela jurisdiccional anticipada—. "El juez podrá, a requerimiento de la parte interesada, anticipar, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en el pedido inicial, siempre que, con base en prueba consistente, se convenza de la verosimilitud de la alegación y: I. Exista fundado temor de la ineficacia del proveimiento final o II. Esté comprobado el abuso del derecho de defensa o el manifiesto propósito dilatorio del demandado. Par. 1º. No se concederá la anticipación de la tutela si hubiere peligro de irreversibilidad del proveimiento anticipado, a menos que, en un juicio de ponderación de los valores en juego, la denegación de la medida signifique sacrificio irrazonable de un bien jurídico relevante. Par. 2º. En la decisión que anticipa la tutela, el juez indicará, de modo claro y preciso, las razones de su convencimiento. Par. 3º. La tutela anticipada podrá ser revocada o modificada en cualquier tiempo, en decisión fundada. Par. 4º. Si no hubiere controversia en cuanto a la parte anticipada en la decisión liminar, después de la oportunidad de contradictorio ésta se tornará definitiva y hará cosa juzgada, y proseguirá el proceso, si fuere el caso, para el juzgamiento de los demás puntos o cuestiones comprendidas en la demanda".

en decisión— que la denegación de la medida signifique el sacrificio de otro bien jurídico relevante. Y tal anticipación puede ordenarse no obstante la irreversibilidad de la decisión cautelar y aunque se superponga con otra u otras pretensiones entabladas en la demanda interpuesta.

En consecuencia, constituye una innovación legislativa en el plano precautorio colectivo digna de ser destacada que el proyecto recepte expresamente la anticipación de la tutela.

V. Facultad judicial cautelar de oficio

El tercer apartado de la disposición cautelar en comentario contiene una de las disposiciones más desafiantes para la judicatura, pues se prevé expresamente la potestad jurisdiccional relativa a que "el Tribunal podrá dictar de oficio en cualquier momento del proceso una medida preventiva para proteger al colectivo afectado".

Aquí, a fin de tutelar al colectivo afectado se explicita la facultad judicial de disponer medidas preventivas de oficio.

En este sentido, la ley 25.675 general del ambiente contiene una disposición similar en cuanto se faculta al órgano judicial a disponer medidas precautorias —exclusivamente en materia ambiental— sin petición de parte en cualquier estado del proceso (art. 32, ley 25.675) **(13)**.

Ahora bien, desentrañando el alcance del precepto transcripto y sin entrar en una discusión terminológica, por un lado, consideramos que, aunque solo se alude a las "medidas preventivas" también se incluye dentro de la facultad oficiosa la posibilidad de dictar medidas cautelares de todo tipo a partir de la correlación del presente apartado con los enunciados normativos del inicio y del final de la cláusula cautelar en comentario. Y si se quiere, con la única limitación en términos de oportunidad conforme lo establece el primer apartado de la cláusula, es decir, permitiéndose la adopción de toda clase de medidas cautelares de oficio hasta antes del auto de apertura o certificación del proceso. En tanto las medidas cautelares de tipo preventivas pueden ser dispuestas oficiosamente en cualquier momento del trámite procesal conforme lo prevé el enunciado en comentario.

Por otro lado, si bien las medidas cautelares preventivas cuya aplicación emerge fundamentalmente en materia ambiental —por resultar esta un área esencialmente preventiva (art. 4°, ley 25.675) **(14)**—, la facultad judicial de dictar de oficio medidas precautorias en general —tanto preventivas como de todo tipo— tiene alcance "transustantivo", es decir, aplicable independientemente de la materia de fondo sobre la cual verse el conflicto en cuestión.

Así, esta potestad jurisdiccional oficiosa en materia cautelar ya no se circunscribe microsistémicamente solo al subsistema jurídico que tutela el ambiente o aun el consumo sino a cualquier materia de fondo —civil, penal, contencioso administrativo, laboral, previsional, ambiental, consumeril, etc.— en que se encuentren afectados derechos, bienes o intereses colectivos —salud, previsional, hacinamiento carcelario, privacidad, ambiente, consumo, servicios públicos, etc.— que involucren a un grupo numeroso y eventualmente vulnerable de personas —niños, mujeres, adultos mayores, personas con capacidades especiales, personas con enfermedades riesgosas, etc.—.

Por otra parte, también se advierte que el amplio margen de discrecionalidad que se concede a la judicatura —el cual subyace desde el primer apartado de la norma— requiere de suma "prudencia" ante la posibilidad de disponer este tipo de medidas de oficio, toda vez que esta debe so-

(13) Art. 32, 2° párr., ley 25.675 general del ambiente: "En cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez podrá, asimismo, disponerlas, sin petición de parte".

(14) El art. 4 de la ley 25.675 general del ambiente define entre muchos otros al principio preventivo. Así, establece: "La interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política Ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios: Principio de prevención: Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir".

pesar la totalidad de factores e intereses jurídicos en juego que concurren en materia procesal colectiva.

Pues bien, ante el eventual ejercicio de la facultad de dictar de oficio esta clase de medidas por la magistratura, su reaseguro es la motivación adecuada explicitando las razones que justifiquen la decisión adoptada tanto en el caso de que el magistrado interviniente conceda la medida como en el supuesto de que la rechace.

VI. Potestad jurisdiccional de solicitud de información. Bilateralidad

El anteúltimo enunciado normativo cautelar prevé: "El Tribunal podrá solicitar a la contraria que brinde la información que considere pertinente".

La atribución judicial de pedir información a la parte destinataria de la pretensión cautelar tiene su antecedente normativo en la ley nacional 26.854 de medidas cautelares en que la administración pública nacional sea parte, si bien en esta legislación se establece que una vez solicitada la medida cautelar el requerimiento de información a la repartición estatal demandada constituye un deber de la magistratura y como paso previo a la concesión de la medida **(15)**.

Bajo esta tesitura, también la ley nacional 24.240 de defensa del consumidor prevé que en la relación de consumo los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder a fin de colaborar con el esclarecimiento de la cuestión debatida **(16)**.

En el proyecto, la información que puede solicitarse al sujeto pasivo de la medida cautelar presume una "bilateralidad", sustituyéndose así la regla clásica en el campo cautelar que es su dictado "inaudita parte" —es decir, sin oír previamente a la contraparte—.

En rigor de verdad, el pedido de información al cautelado implica la "sustanciación" de la pretensión cautelar previo a la resolución que decide sobre la suerte de la medida pretendida, aunque tal bilateralidad-traslado debe operar en supuestos que la situación de urgencia lo permita.

Por su parte, Peyrano señala que se advierte también una reacción del legislador que últimamente ha empezado a movilizarse contra el citado canon cautelar, aceptando así que resulta procedente en algunos casos sustanciar previamente una precautoria **(17)**.

En esta línea, el Cód. Proc. Civ. y Com. de Santa Cruz contempla en ciertos casos la procedencia de sustanciar previamente una medida precautoria siempre que no frustre la eficacia de la medida **(18)**.

Pues entonces, si bajo ciertos casos —puntuales y excepcionales— se permite en el proceso individual la sustanciación de la medida —siempre que la situación urgente pueda resistir—, con mayor fuerza la bilateralidad de la medida debe efectivizarse en el campo colectivo donde se encuentra comprometido el interés público. En orden a ello, Verbic y Sucunza sostienen que cuando pensamos en conflictos ambientales, en prestaciones defectuosas de servicios públicos o subas de tarifas, en el hacinamiento carcelario o en cualquier conflicto

(15) En relación con la información que el juez debe solicitar a la contraparte, el art. 4, inc. 1, de la ley 26.854 establece: "Solicitada la medida cautelar, el juez, previo a resolver, deberá requerir a la autoridad pública demandada que, dentro del plazo de cinco días, produzca un informe que dé cuenta del interés público comprometido por la solicitud".

(16) En sentido similar a la ley 26.854 respecto a la información que la magistratura está obligada a peticionar a la repartición pública de que se trate, el art. 53, 3° párr., de la ley 24.240 dispone: "Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio. (art. 53, 3° párr. de la ley 2420 de defensa del consumidor".

(17) PEYRANO, Jorge W., "Las cautelares con sustanciación previa", Ed. Rubinzal Culzoni Editores. Revista de Derecho Procesal. Tomo: 2017 1 Las medidas cautelares en el Código Civil y Comercial de la Nación. Cita: RC D 1803/2017.

(18) Art. 199 del Cód. Proc. Civil de Santa Cruz: "Las medidas precautorias se decretarán y cumplirán sin audiencia de la otra parte. Ningún incidente planteado por el destinatario de la medida podrá detener su cumplimiento. Sin perjuicio de lo expuesto en el apartado anterior si el juez estima que el conocimiento previo de la contraria no frustrará la eficacia de la medida, podrá otorgar a la petición el trámite de los incidentes...".

de interés público planteado en clave colectiva advertimos, como hemos señalado en otro lugar focalizando en la problemática ambiental, lo siguiente: (i) la noticia anticipada de la restricción que habrá de padecer el cautelado no influye del mismo modo que en los supuestos tradicionales, pues al cautelado no le basta con insolventarse y difícilmente pueda desembarazarse de lo que viene si no es mediante el cumplimiento de lo pedido en carácter de medida cautelar; (ii) las eventuales consecuencias de la traba de la medida suelen ser más graves que en los otros supuestos atento su alcance colectivo; (iii) cuando un conflicto colectivo ingresa al Poder Judicial en forma de pretensión colectiva el juez se enfrenta con una problemática mucho más delicada que la que presenta la resolución de una disputa privada; de allí que, la complejidad y trascendencia social, económica y/o política de su discusión y resolución impongan la necesidad de evaluar con sumo cuidado las condiciones bajo las cuales habrá de dictarse una orden judicial que puede (casi con seguridad) incidir directa e indirectamente sobre grandes grupos de personas; y (iv) "las mandas contenidas en las providencias cautelares de este tipo suelen ser de carácter personalísimo y sumamente específicas, lo cual impide sustituir la medida por otra menos perjudicial para el cautelado" **(19)**.

Por tanto, el ejercicio de la facultad judicial ordenatoria de sustanciar la medida permitirá a la magistratura contar con más elementos para decidir acerca de la adopción o no de la cautelar pretendida; y esta premisa de contar con mayor caudal de material jurídico —esencialmente probatorio— para adoptar una decisión judicial razonablemente fundada se vincula con la necesariedad de la "sustanciación previa" en el campo precautorio colectivo en determinados supuestos en que la situación de urgencia no sea inmediata.

(19) VERBIC, Francisco; SUCUNZA, Matías, "Medidas Cautelares en Procesos colectivos: Ausencia de Régimen adecuado y modulaciones necesarias". Publicado en: "Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y la Nación. Comentados y Anotados". MORELLO, Augusto M. — SOSA, Gualberto L. — BERIZONCE, Roberto O., Abeledo Perrot, 2016, 4ª ed., t. III, ps. 809-818

VII. Mecanismos de control de cumplimiento del mandato cautelar

Finalmente, el último apartado de la cláusula cautelar proyectada expresa: "En el caso de que la medida cautelar o la medida preventiva dictada fuera una orden de cese, el juez podrá establecer mecanismos periódicos de acreditación por parte del obligado al cumplimiento de la medida, de la abstención ordenada".

Aquí, la norma habilita al órgano judicial a instrumentar los mecanismos que estime pertinentes a fin de controlar que el sujeto cautelado cumplimente el mandato cautelar de cese dictado. Por ejemplo, en materia ambiental, el magistrado interviniente podrá implementar el mecanismo de solicitar o en su caso intimar al cautelado a que presente un estudio de impacto ambiental certificado por autoridad competente que demuestre el cese de la contaminación que producía con su emprendimiento productivo a un recurso hídrico determinado.

Así, esta facultad reviste especial relevancia en términos de eficacia de la medida adoptada, por más que la cláusula aparenta limitar la prerrogativa jurisdiccional otorgada al referirse únicamente a una orden cautelar y/o preventiva "de cese".

Al mismo tiempo, la potestad de implementar mecanismos para controlar el cumplimiento efectivo de la medida se correlaciona con los deberes y facultades generales previstas en el art. 4° del proyecto. De este modo, se establece la obligación general de la magistratura concerniente a que "el juez que entienda en el proceso colectivo tiene el deber de dirigirlo y gestionarlo de la manera más adecuada y eficiente posible conforme a las particulares circunstancias de la causa y al interés público involucrado en el conflicto".

Asimismo, otra de las previsiones del art. 4° que se vincula estrecha y fundamentalmente con la tutela jurisdiccional en el campo cautelar colectivo es el siguiente deber general: "...el juez tiene un deber de motivación de las decisiones interlocutorias...que tome en los proce-

sos colectivos tramitados conforme la presente ley" **(20)**.

De este modo, tal potestad judicial se prevé a fin de que el mandato cautelar adoptado se cumplimente efectivamente (art. 22) y, para ello, el deber judicial de motivación de la resolución interlocutoria cautelar (art. 4°) resulta crucial a fin de respaldar la actuación de la judicatura y garantizar el resultado de la sentencia de mérito.

Por último, consideramos que la amplitud discrecional que el precepto normativo cautelar del anteproyecto otorga a la judicatura respecto al ejercicio de las potestades jurisdiccionales allí enunciadas, tendrán su reaseguro en una adecuada y debida motivación vertida en la resolución cautelar colectiva que se dicte.

Más adelante profundizaremos sobre el deber judicial constitucional y convencional de motivación al comentar el anteproyecto chubutense, pues este lo concibe como una obligación general de la magistratura.

En definitiva, deberá tratarse de una decisión cautelar motivada que al fundamentar y justificar la concesión o rechazo de medidas cautelares, procure sopesar todos los intereses en juego, por un lado, tutelando en la mayor medida posible los derechos del colectivo afectado, y, por el otro, provocando el menor impacto posible en el sujeto cautelado.

VIII. Conclusiones

En buena hora, la provincia de Tucumán encaró —auspiciosamente— el desafío de generar un proyecto legislativo de regulación de los procesos colectivos, otorgándole en este terreno una singular función a las medidas cautelares, devenidas en vías instrumentales estratégicas para la tutela jurisdiccional de los derechos colectivos en disputa.

El anteproyecto de ley de procesos colectivos tucumano, desde una perspectiva protectoria amplia, regula las medidas precautorias colectivas, en primer término, dotándolas de sus notas características fundamentales requeridas para una adecuada sistematización en este campo, y, por otro lado, robusteciendo su potencial tuitivo al ensanchar la silueta de la magistratura empoderándola al dotarla de amplios y significativos poderes, deberes y facultades —relativos a la anticipación total o parcial de la tutela material, a disponer medidas de oficio, a sustanciarlas cuando la urgencia lo permita, al control de su cumplimiento efectivo y a motivar debida y adecuadamente la decisión cautelar—.

Correlativamente, la reglamentación del instituto cautelar colectivo con los rasgos caracterizantes abordados a lo largo del presente, invita y a la vez exige a los operadores jurídicos del campo profesional a fundar y a argumentar suficientemente sus peticiones precautorias promovidas ante la magistratura.

Finalmente, el proyecto tucumano brinda al instituto cautelar en el campo colectivo un alcance transustantivo —aplicable a cualquiera sea la materia de fondo sobre la cual verse el conflicto— y redimensiona, en definitiva, el ámbito de actuación de la judicatura en orden al ejercicio de sus deberes y facultades discrecionales, alumbrando su función orientada a la tutela temprana de derechos humanos de incidencia colectiva sometidos a discusión en conflictos —mayoritariamente— de interés público de sensibles impactos institucionales.

(20) Conforme a las tendencias actuales en que los Poderes Judiciales pregonan el lenguaje claro en sus actos jurisdiccionales, el art. 4 del proyecto tucumano también establece que la magistratura "...tiene el deber de utilizar en todo momento un lenguaje lo más claro y sencillo posible para permitir la debida difusión y comunicación pública del contenido de tales decisiones".

Diseño constructivo del control de convencionalidad

Integración normativa y diálogo de fuentes en sede administrativa

Leandro Salgan Ruiz

Sumario: I. Introducción.— II. Desarrollo.— III. Conclusiones.

I. Introducción

Tradicionalmente el control de convencionalidad ha sido realizado verticalmente por el juez del caso dentro de un proceso judicial y ajustado a legislación adjetiva de ese cauce de la función jurisdiccional.

Pero actualmente las autoridades de interpretación del Pacto de San José de Costa Rica han encomendado ese juicio de compatibilidad con el derecho interno a la Administración pública del Estado parte.

Esa nueva dimensión horizontal contribuye a la operatividad de los derechos fundamentales ya no depende únicamente de una declaración judicial que invalide la aplicación de una norma jurídica sino de la construcción de una decisión administrativa que la integre vía interpretativa con el mandato convencional.

Este breve trabajo tiene como objetivo analizar el diseño constructivo control de convencionalidad en sede administrativa.

Para alcanzarlo proponemos algunas líneas de reflexión trazadas por la jurisprudencia de la CS en perspectiva a los criterios de las sentencias y opiniones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y las recomendaciones de la Comisión.

En primer lugar, analizaremos la naturaleza jurídica y la jerarquía normativa de los tratados internacionales en el derecho interno. Indagaremos el procedimiento de incorporación previsto en la Constitución Nacional (CN) y su pertenencia al derecho federal.

En segundo lugar, continuaremos con el contenido del control de Convencionalidad y como opera el juicio de compatibilidad de la Corte IDH para la interpretación y aplicación de las disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica.

En tercer lugar, avanzaremos con el valor actual de las decisiones de la Corte IDH y precisaremos cuando configuran una pauta de interpretación que vincula al Estado parte en el diseño del Sistema Americano de Derechos Humanos.

En cuarto lugar, nos detenemos en control de convencionalidad represivo realizado en el control de constitucionalidad para analizar como la declaración de invalidez de la ley del juez asegura la supremacía del art. 31, CN.

En quinto lugar, a partir de las contribuciones de las cuestiones anteriores nos avocaremos al control de convencionalidad constructivo en sede administrativa. Indaga-

remos en el rol preventivo y dinámico de las decisiones de las autoridades de la Administración pública en la efectividad del mandato convencional.

II. Desarrollo

II.1. Tratados internacionales: una fuente del derecho internacional de los derechos humanos incorporada con jerarquía constitucional al derecho federal a través de un acto complejo

Para fortalecer las relaciones de paz y comercio con las naciones extranjeras el Constituyente encomendó al Gobierno Federal **(1)** la celebración de tratados internacionales a nuestro ordenamiento jurídico **(2)**.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados exige que el Estado sustancie un procedimiento interno para incorporar válidamente un tratado internacional en el orden interno.

Ese cauce formal comienza con una negociación, continúa con la adopción del texto avanzando hacia una autenticación y culmina con la exteriorización del consentimiento del Estado de obligarse a ese tratado.

En la primera fase de negociación el Estado formula la propuesta y propone una redacción del texto de su contenido.

En la segunda fase de adopción del texto **(3)** se emite el acto que define la forma y el contenido para sus participantes.

En la tercera fase de autenticación **(4)** el representa del Estado rubrica con firma el texto definitivo del tratado acorde al procedimiento previamente establecido.

La carta magna condicionó la vigencia de esos tratados internacionales incorporados a su compatibilidad con los principios de derecho público **(5)**.

Así aparece la cuestión que indaga acerca del alcance y vinculación jerárquica del derecho público respecto de los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos.

En "Merk" **(6)** el presidente de la Nación ejerció sus poderes de guerra a través de un decreto ley que confiscaba la propiedad de los países enemigo. La CS precisó que en tiempo de paz ningún tratado prevalece sobre la CN.

Luego, en "Martín y Compañía" **(7)** la CS equiparó el tratado a ley dentro de esquema de supremacía constitucional y aplicó el principio que la ley posterior deroga ley anterior.

Finalmente, en "Cabrera" **(8)** el Máximo Tribunal declaró la inconstitucionalidad de la ley que aprobó un Tratado Internacional dado que su contenido violaba los principios del art. 27 CN.

Los precedentes "Merk" **(9)**, "Martín y Compañía" **(10)** y "Cabrera" **(11)** muestran una primera etapa donde el rango normativo de la ley se encuentra en igualdad de condiciones que un tratado internacional.

A partir de 1992 comienza una segunda etapa en la doctrina del Máximo Tribunal que postula la primacía de los tratados internaciones sobre leyes.

En el caso "Ekmekdjian" **(12)** la CS precisó la primacía del derecho internacional convencional sobre las leyes con sustento en el art. 27 de la Convención de Viena.

(1) Ver art. 27 CN.

(2) Ver art. 31 CN.

(3) Ver art. 9° de la Convención de Viena (1969).

(4) Ver art. 9° de la Convención de Viena (1969).

(5) Ver art. 27 de la Constitución Nacional.

(6) Cfr. CS; Fallos 211:162 (1948).

(7) Cfr. CS; Fallos 257:99 (1963).

(8) Cfr. CS; Fallos 305: 2150.

(9) Cfr. CS; Fallos 211:162 (1948).

(10) Cfr. CS; Fallos 257:99 (1963).

(11) Cfr. CS; Fallos 305: 2150.

(12) Cfr. CS; Fallos 315:1492 (1992); Consid. 19 del voto de la mayoría.

El Estado que lo ratificó se encuentra inhabilitado para derogarlo o modificarlo con disposiciones de derecho interno y justificar así su incumplimiento a un tratado internacional.

Esta línea jurisprudencia trascendió los derechos humanos y se consolidó en los tratados de integración de naturaleza económica.

Cuando la Comisión Técnica Mixta de Salto Grande solucionó un conflicto de honorarios a través de sistema de resolución de controversias cuya resolución fue impugnada ante la justicia argentina, la CS en "Fibraca" **(13)** ratificó esa decisión adoptada en el marco de ese acuerdo internacional y aplicó el art. 27 de la Convención de Viena para asignarle primacía por sobre cualquier norma interna.

Con la reforma de 1994 los tratados y convenciones de derechos humanos gozan de jerarquía constitucional. La norma suprema lo categoriza: a) tratados **(14)** y declaraciones **(15)** de derechos humanos con jerarquía constitucional; b) tratados de integración con países latinoamericanos **(16)**; c) tratados de integración con otros Estados **(17)**; d) tratados celebrados por los Estados provinciales **(18)** y e) acuerdos simplificados **(19)**.

Cuando una ley modificó las disposiciones del Tratado de Montevideo, la CS en "Café La Virginia" **(20)** precisó que el legislador vulneró el principio de supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes internas configurando un incumplimiento a las obligaciones y compromisos asumidos por el Estado Argentina.

Desde la redacción original del art. 75 inc. 22 se incorporaron nuevos instrumentos de protección de derechos humanos: a) Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas **(21)**; b) Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad **(22)** y c) Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, respectivamente **(23)**.

Cuando se incorpora un tratado internacional a nuestro derecho interno intervienen de modo secuenciado tanto el Poder Legislativo como el Poder Ejecutivo.

El primer momento apunta al fortalecimiento de las relaciones con las organizaciones internacionales y naciones extranjeras a cuyo efecto el Constituyente facultó al presidente de la Nación no solo a la conclusión sino especialmente a firmar el tratado **(24)**.

Luego de la rúbrica, corresponde al Congreso la aprobación del tratado concluido **(25)**. Cuando el Estado argentino aprobó por la ley 24.071 el Convenio OIT N.º 169 sobre los Pueblos Indígenas y Tribales, la CS en "Frites" **(26)** precisó que se trata de un acto federal complejo.

Una vez aprobado, el Poder Ejecutivo ratifica el tratado en sede internacional. En la últi-

(13) Cfr. CS; Fallos 316:1669 (1993); Consid. 3º.

(14) Ver Convención Americana de Derechos Humanos (Ley 23.054); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Ley 23.313); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo (Ley 23.313); Convención para la Prevención y sanción del Delito de Genocidio (Decreto Ley 6286/1956); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (Ley 17.722); Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (Ley 23.179); Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas crueles Inhumanos o Degradantes (Ley 23.338) y Convención sobre los Derechos del Niño (Ley 23.849).

(15) Ver Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y Declaración Universal de Derechos Humanos.

(16) Ver inc. 24 del art. 75 CN.

(17) Ver párr. 2° del inc. 24 del art. 75 CN.

(18) Ver arts. 124 y 126 CN.

(19) Ver inc. 11 del art. 99 CN.

(20) Cfr. CS; Fallos 317:1282 (1994).

(21) Ver Ley 24.556.

(22) Ver Ley 24.584.

(23) Ver Ley 26.378.

(24) Ver inc. 11 del art. 99 CN.

(25) Ver inc. 22 del art. 75 CN.

(26) Cfr. CS; Fallos 318:2513 (1995); Consid. 8º del voto del juez Boggiano.

ma fase el Estado presta su consentimiento **(27)** respecto al contenido del tratado y adquiere así la condición de parte contratante.

Desde la ratificación los tratados son obligatorios y sus las obligaciones emergentes adquieren la primacía por encima de las leyes. En el caso "Méndez Valles" **(28)** la CS señaló que ese acto internacional representa una norma de derecho federal.

Si respecto a algunas disposiciones el Estado formula reserva o declaración interpretativa **(29)** se excluye de sus efectos jurídicos como condición de aplicación.

De ordinario, la vigencia del tratado internacional opera desde la fecha concreta fijada en el instrumento o excepcionalmente cuando un número significativo de Estados depositen el instrumento de ratificación.

Más cercano en el tiempo, hacia el año 2017, cuando la CS interpretó el art. 27, CN en "Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto" **(30)**, reconoció una esfera de reserva soberana. La aplicación de este criterio impide que se revoque una sentencia pasada por autoridad de cosa juzgada.

Posteriormente ese criterio fue ratificado por el Máximo Tribunal cuando cumplió con una medida preventiva de la Corte IDH. En este sentido, en sostuvo que en nada compromete ese pronunciamiento **(31)**.

Ese mismo año cuando el Estado opuso prescripción de la acción civil por el daño derivado de un crimen internacional, la CS precisó en "Villamil" **(32)** que los tratados internacionales conforman un orden equiparado a la CN y reconoció la importancia del sistema internacional de protección de los derechos humanos prescindiendo del principio de soberanía ilimitada de las naciones.

De lo expuesto, podemos apreciar los tratados internacionales son derecho federal cuyo procedimiento formal de incorporación a nuestro ordenamiento jurídico requiere de un acto federal complejo donde interviene el Poder Ejecutivo y el Congreso.

Los instrumentos de protección de derechos humanos son compatibles con los principios de derecho público. Inicialmente fueron equiparados a una ley, continuaron con una jerarquía superior al derecho interno y con la redacción del actual art. 75 inc. 22 de la CN se elevan a jerarquía constitucional.

II.2. Control de convencionalidad: un juicio de compatibilidad de la Corte IDH que interpreta y aplica las disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica

Para garantizar la vigencia de los derechos y libertades de la CADH se consagró el deber jurídico del Estado de respetar **(33)** y adoptar toda medida conducente a tal propósito **(34)**.

El principio *de progresividad* promueve la operatividad y desarrollo progresivo de los derechos fundamentales, así como evita la *regresividad* de las medidas adoptadas por el Estado.

Su vigencia impone que cualquier medida regresiva que adopte el Estado sea plenamente justificada y armonice con el cuidado de los derechos amparados por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) **(35)**.

La operatividad derivada de un derecho fundamental depende en su progresividad del cumplimiento de los deberes positivos y negativos de actuación del Estado.

(27) Ver arts. 11 y 14 de la Convención de Viena (1969).

(28) Cfr. CS; Fallos 318:2639 (1995).

(29) Ver art. 2° de la Convención de Viena (1969).

(30) Cfr. CS; Fallos 340:47 (2017); Consids. 16 y 17.

(31) Cfr. CS; Consid. 11 del voto de los jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco.

(32) Cfr. CS; Fallos 340:345 (2017), Consid. 14 del voto de disidencia del juez Maqueda.

(33) Ver art. 1° de la CADH.

(34) Ver art. 2° de la CADH.

(35) Cfr. CS; Fallos: 336:672, Consid. 9°.

Los derechos humanos son indivisibles **(36)** y esto es sumamente relevante por el *principio de interdependencia* cuya operatividad asegura el goce de los *derechos económicos, sociales y culturales* y con estos simultáneamente el ejercicio de los *civiles y políticos*.

Dentro de las obligaciones asumidas por el Estado aparece la de *respetar* los derechos y libertades reconocidos en ella, así como *garantizar* su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción **(37)**.

Asimismo, la de *adoptar*, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la CADH, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades **(38)**.

Tanto la obligación de respetar los derechos en general como el deber de adoptar de medidas internas nos indican el papel del Estado frente a la CADH.

Finalmente se encuentran los derechos de los grupos vulnerables que vienen acompañado de un *deber positivo de actuación* impuesto por la Constitución al Congreso para una respuesta específica y diferenciada a colectivos especiales.

El efecto útil queda anulado desde el momento en que la aplicación que una ley del sistema jurídico del Estado carece de consistencia con el objeto, finalidad y la interpretación de este tratado internacional.

Así aparece la cuestión acerca de cómo compatibilizamos el derecho interno de modo congruente con las disposiciones de la Pacto de San José de Costa Rica y su interpretación por la Corte IDH.

Inicialmente en el año 2003 la Corte IDH mencionó en "Myrna Mack Chang" **(39)** al control de convencionalidad cuando analiza la jurisdicción internacional y la necesidad de ponderar al Estado en su conjunto —y cada uno de sus órganos— cuando se aplica el régimen convencional de responsabilidad.

Ya en el año 2006 la Corte IDH precisó "Almonacid Arellano" **(40)** que ese control de convencionalidad opera en cada caso concreto y es resorte del juez a cargo del Tribunal que integra el Poder Judicial del Estado que ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos.

Ese mismo año en el caso "Trabajadores Cesados del Congreso" **(41)** quedó más delimitado su contenido. Desde ese precedente no bastaría únicamente con que el juez controle la compatibilidad entre ley interna y la CADH, sino que se hace necesario que ese control sea realizado de oficio dentro de la competencia y acorde a la regulación procesal pertinente al ejercicio de la función jurisdiccional.

En el año 2008 se lo distingue del control de constitucionalidad. En efecto, en el caso "Boyce" **(42)** define al examen de inconvencionalidad de una ley como una cuestión propia de derecho internacional que excede a su constitucionalidad.

Cuando ella restringe derechos fundamentales de la CADH deviene necesario un examen que pondere adecuadamente las obligaciones asumidas por el Estado.

Posteriormente en el año 2009 en "Radilla Pacheco" **(43)** el control de convencionalidad adicionó el deber de juez de interpretar las leyes de sistema jurídico interno de conformidad no solo de la Convención sino también de la jurispru-

(36) Cfr. CS; Fallos: 336:672; Consid. 7°.

(37) Ver art. 1.1. de la CADH.

(38) Ver art. 2° de la CADH.

(39) Cfr. Corte IDH; 25/11/03, Caso "Myrna Mack Chang vs Guatemala". Fondos, Reparaciones y Costas, párr. 27.

(40) Cfr. Corte IDH, Caso "Almonacid Arellano y otros vs. Chile". Excepciones preliminares, reparaciones y costas, sentencia de 26/09/2006, serie C, núm. 154 párr. 124.

(41) Cfr. Corte IDH, Caso "Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú", Excepciones preliminares, reparaciones y costas. Sentencia del 24/11/2006, Serie C, N° 158 párr. 128.

(42) Cfr. Corte IDH, Caso "Boyce y otros Vs. Barbados". Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, ob. cit., párr. 75.

(43) Cfr. Corte IDH, Caso "Radilla Pacheco Vs. México". Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párrs. 338 y 340.

dencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Luego en el año 2010 en "Cabrera García y Montiel" **(44)** se extiende el control de convencionalidad hacia todo tribunal que ejerza funciones materialmente jurisdiccionales. En este sentido, debe velar por el efecto útil no solo el juez sino también a las autoridades de los Tribunales Constitucionales, Salas, Cortes Supremas de Justicia y otras magistraturas.

Durante el periodo 2011-2013 el control de convencionalidad trasciende la función jurisdiccional y se proyecta hacia las autoridades del Poder Legislativo y Ejecutivo.

Ciertamente en el caso "Gelman I" **(45)** no solo incumbe al juez sino a toda autoridad pública lo que implica acorde a "Gelman II" **(46)** que ninguna decisión administrativa puede tornar ilusoria el cumplimiento de las obligaciones internacionales.

Como podemos observar las decisiones de la CIDH nos muestra una evolución del control de convencionalidad.

Este escrutinio implica un juicio de compatibilidad de la ley interna del Estado —y los órganos que lo integran— con la Convención Americana de Derechos Humanos y su interpretación final por la Corte Interamericana como autoridad de aplicación del Sistema Americano de Derechos Humanos.

II.3. Valor de las decisiones de la Corte IDH: una pauta de interpretación vinculante para el Estado parte del Sistema Americano de Derechos Humanos

Para garantizar el cumplimiento íntegro de las obligaciones convencionales asumidas por el Estado parte **(47)** la Corte IDH **(48)** interpreta y aplica las disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica **(49)**.

En primer lugar, a través de la opinión consultiva se expide sobre la interpretación de la CADH y otros instrumentos de protección de derechos humanos **(50)**.

Cuando la Corte IDH interpretó el derecho a réplica **(51)** reconocido en el Pacto de San José de Rica, la CS adhirió a esa Opinión Consultiva **(52)** y lo consideró plenamente operativo revirtiendo su decisión anterior fundamentada en la omisión del legislador **(53)**.

En segundo lugar, a través de la sentencia en un caso contencioso garantiza a la persona humano el pleno ejercicio de su derecho fundamental **(54)** afectado.

Cuando la Corte IDH condenó al Estado Argentino **(55)** por violación del derecho de recurrir un fallo del art. 8.2. de la CADH, el Máximo Tribunal **(56)** ordenó la revisión de la condena a instancias inferiores.

Cuando el Tribunal Internacional condenó al Estado Argentino por deficiencia en la tramitación de un expediente judicial **(57)**, la CS subordinó el contenido a esa decisión por su carácter obligatorio que emerge del art. 68.1 de la CADH.

(44) Cfr. Corte IDH, Caso "Cabrera García y Montiel Flores Vs. México". Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas., párr. 225.

(45) Cfr. Corte IDH, Caso "Gelman c. Uruguay", párr. 193.

(46) Cfr. Corte IDH; "Caso Gelman c. Uruguay", Resolución de supervisión párr. 66.

(47) Ver art. 62 de la CADH (Ley N° 23.054).

(48) Ver inc. b) del art. 33 de la CADH (Ley 23.054).

(49) Ver inc. 3) del art. 62 de la CADH (Ley 23.054).

(50) Ver art. 64 de la CADH (Ley 23.054).

(51) Ver art. 14.1. de la CADH (Ley 23.054).

(52) Cfr. Corte IDH; OC - 7/86 "Exigibilidad del Derecho de rectificación y respuesta" (Artículos 14.1., 1° y 2°), Serie A N° 7°, párrs. 14 y 19.

(53) Cfr. CS; Fallos 311:2497 (1988).

(54) Ver inc. 1) del art. 63 de la CADH (Ley 23.054).

(55) Cfr. Corte IDH, Caso "Mohamed vs Argentina", Caso 11.618.

(56) Ver Acordada N° 477/2015.

(57) Cfr. Corte IDH, Caso "Bulacio vs. Argentina", sentencia del 18/09/2003.

En tercer lugar, también protege con urgencia de cualquier daño que sea irreversible por su gravedad e incluso más ya que entiende también a petición de la Comisión **(58)**.

Cuando la Corte IDH dictó una medida provisoria para mejorar las condiciones de detención la CS instrumentó la resolución adoptada de modo urgente ante la autoridad judicial competente **(59)**.

En cuarto lugar, cada Estado de la CADH asumió el compromiso del cumplimiento de la decisión de la CIDH en todo caso que sea parte y específicamente cuando la condena sea una reparación se instrumentará a través del procedimiento interno de la ejecución de sentencia contra Estado **(60)**.

Sobre este aspecto, la CS en "Gorosito" **(61)** declaró la exclusión del régimen de consolidación del art. 91 de la ley 25.725 a un crédito derivado de una indemnización por daños y perjuicios ocasionada por una prestación médica irregular suministrada por la obra social.

Más allá del voto de la mayoría, en este caso se destacó las líneas de argumentación del voto del juez Rosatti —que concurre en la solución del caso— por cuanto analiza la cuestión desde la perspectiva que nos ofrece los instrumentos de protección de derechos humanos con jerarquía constitucional.

Sobre el particular, se detiene en el art. 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos **(62)** que prioriza los derechos a la vida **(63)** y a la integridad personal **(64)**.

Desde este anclaje convencional, continúa con el examen del test de razonabilidad **(65)** de la medida —régimen de consolidación de la deuda pública— adoptada por el Congreso a través de la ley 23.982 donde pondera en su escrutinio especialmente los principios necesidad y adecuación.

Esto es consistente con el principio de buena fe de los arts. 26 y 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados no solo para el cumplimiento sino también para la interpretación del Estado parte.

Cuando la Corte IDH sustanció el procedimiento de seguimiento **(66)** de la sentencia "Fontevechia" **(67)** cuyo mecanismo apuntó a constatar el grado de cumplimiento del Estado Argentino **(68)**.

Dentro del su competencia contenciosa, la decisión de la Corte IDH reviste el carácter de definitivo e inapelable **(69)** y el cumplimiento de la condena de ese fallo motivado **(70)** se erige como un deber jurídico inexcusable del Estado por su Responsabilidad Internacional **(71)**.

Como consecuencia de ello la parte resolutiva de una sentencia condenatoria por su intérprete final carecería de un efecto expansivo que vincule ese criterio a otros Estados que integran el Sistema Americano de Protección de Derechos Humanos y que permanecieron ajenos a ese proceso internacional.

Así aparece la cuestión que indaga acerca de valor de la jurisprudencia de la CIDH cuando la CADH carece de una disposición específica que consagre un mandato expreso y determinado del Estado parte que imponga un seguimiento

(58) Ver inc. 2) del art. 63 de la CADH (Ley 23.054).

(59) Cfr. CS; Fallos 340:1756 (2017).

(60) Ver inc. 1° y 2° de la CADH (Ley 23.054).

(61) Cfr. CS; "in re" "Gorosito, Aurelia Noemí c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ daños y perjuicios", sentencia del 28/06/2018.

(62) Ver Ley 23.054.

(63) Ver incs. 1), 2), 3), 4), 5) y 6) del art. 4º de la CADH.

(64) Ver incs. 1), 2), 3), 4), 5) y 6) del art. 5º de la CADH.

(65) Ver art. 28 CN.

(66) Ver art. 63 del Reglamento de la Corte IDH.

(67) Cfr. Corte IDH. Caso Fontevecchia y D´Amico Vs. Argentina. Sentencia del 29/11/11.

(68) Cfr. Corte IDH. "Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina". Sentencia de supervisión de cumplimiento.

(69) Ver art. 67 de la CADH (Ley 23.054).

(70) Ver inc. 1) del art. 66 de la CADH (Ley 23.054).

(71) Ver art. 68 de la CADH (Ley 23.054).

obligatorio del criterio adoptado en su jurisdicción trasnacional.

El 07/07/1992 el Máximo Tribunal dictó el precedente "Ekmekdjian" **(72)**, en cuya ocasión precisó que la jurisprudencia de la CIDH representa una guía para la interpretación del Pacto de San José de Rica para los poderes públicos.

Luego, en el caso "Arancibia Clavel" **(73)**, la CS extendió con carácter vinculante a nuestro país el criterio del fallo "Barrios Altos" **(74)** que adoptó la CIDH cuando condenó a Perú.

Avanzó en "Simón" **(75)** cuando adicionó a la pauta fijada por jurisprudencia de la CIDH las directivas de la Comisión Interamericana para interpretar los deberes y obligaciones de la CADH.

En el año 2005 el CS amplió las fronteras de ese control a una interpretación que revise no solo el derecho —sustantivo y procesal— sino también las cuestiones de hecho.

En efecto, en "Casal" **(76)** promueve una interpretación amplia que sea compatible con la CN, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la CADH en cuyo caso remite al criterio sentado por Corte IDH en el caso "Herrera Ulloa" **(77)**.

Posteriormente, en "Mazzeo" **(78)** precisó que el control de convencionalidad entre una norma de derecho interno y la CADH implica una tarea que pondera no solo el tratado sino también la interpretación que de él ha hecho la Corte IDH.

Luego, en el caso "Videla" **(79)** aplicó la pauta fijada en la doctrina de la Corte IDH para la investigación y castigo de delitos. Señaló la CS que la actuación del oficio de la autoridad del Estado implica que se sujete inmediatamente a ella cuando conforma su decisión y su apartamiento configura responsabilidad internacional del Estado Argentino.

Este estándar se ratificó en "Rodríguez Pereyra" **(80)**, en cuya ocasión el Tribunal cimero se señaló que el control de convencionalidad de oficio le impone al órgano judicial descalificar toda norma interna que se oponga al tratado tarea que se circunscribe en el caso concreto a su competencia y legislación procesal aplicable.

Amplió la obligatoriedad en el caso "Carranza" **(81)** hacia el contenido concreto del informe definitivo **(82)** confeccionado por la propia Comisión y lo equiparó al valor que posee una decisión jurisdiccional.

Así, el Tribunal Cimero consideró que el apartamiento a sus recomendaciones configura un incumplimiento y genera la responsabilidad del Estado.

Ciertamente se trata de un deber jurídico del Estado parte cuyo acatamiento preserva la integridad del sistema de resolución de controversias. A ese efecto se requiere de un máximo esfuerzo para ser consistente con el principio de buena fe y dotar de efecto útil al régimen de peticiones.

A partir del año 2017 en el "Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto" **(83)**, la CS limitó ese efecto vinculante a aquellas decisiones de la

(72) Cfr. CS; Fallos 315:1492 (1992); Consid. 21 del voto de la mayoría.

(73) Cfr. CS; "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s / homicidio calificado y asociación ilícita y otros Causa N° 259 C"; sentencia del 24 de agosto de 2004; Consid. 35.

(74) Cfr. CIDH; 14/03/2001; "Barrios Altos vs Perú", Serie N° 75.

(75) Cfr. CS; Fallos 328:2056 (2005), Voto del juez Petracchi.

(76) Cfr. CS; Fallos: 328:3399 (2005); Consid. 34 del voto de la mayoría.

(77) Cfr. CIDH; "Herrera Ulloa vs Costa Rica". Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y Costas, Serie C N° 107.

(78) Cfr. CS; Fallos 330:3248 (2007); Consids. 20 y 21 del voto de la mayoría.

(79) Cfr. CS; Fallos 333:1567 (2010); Consids. 8° y 9°.

(80) Cfr. CS; Fallos 335:2333 (2012); Consids. 11 y 12 del voto de la mayoría.

(81) Cfr. CS; Fallos 336:1024 (2013); Consids. 8° y 11 de voto de la mayoría.

(82) Ver inc. 2) del art. 51 de la CADH (Ley 23.054).

(83) Cfr. CS; Fallos 340:47 (2017); Consids. 6° y 20 del voto de los jueces.

Corte IDH dictadas en ejercicio de su potestad remedial consagrada en el art. 63 de la CADH.

II.4. Control de convencionalidad represivo: la declaración de invalidez de la ley que realiza el juez para las partes del caso que asegura la supremacía de la Constitución

Para asegurar la vigencia de la supremacía **(84)** de la CN respecto de una norma jurídica inferior el juez realiza un control de constitucionalidad donde examina su validez en un caso concreto y con un efecto limitado entre las partes.

Ciertamente se trata de un principio cuya función de garantía surge con nitidez y claridad de las cláusulas de la Carta Magna.

El art. 28 de la CN prescribe que ninguna ley puede alterar los principios, derechos fundamentales y sus garantías. Así la reglamentación debe ajustarse al principio de razonabilidad.

Asimismo, el art. 31 de la CN erige a la ley fundamental como la fuente preponderante del derecho federal dado que ocupa el primer lugar dentro del orden prelación jerárquica de todo el ordenamiento jurídico interno.

También el art. 5º de la CN consagra a sus principios, declaraciones y garantías como un límite a la autonomía de las provincias para adecuar sus constituciones locales.

Bajo esta premisa normativa, el principio de supremacía constitucional se proyecta sobre la norma jurídica cuya aplicación generó un agravio concreto, real y actual al titular del derecho fundamental afectado.

Solo el juez **(85)** se encuentra habilitado para revisar la ley y es el único órgano del Estado que declara a nivel federal o local su inconstitucionalidad cuando aquella norma aparece como incompatible por su contenido violatorio.

Así a través de este remedio **(86)** el efecto de esa declaración se circunscribe únicamente a las partes intervinientes en el caso resuelto.

En efecto, este órgano competente del Poder judicial requiere de un caso contencioso **(87)** cuya causa contiene un asunto **(88)** apto para instar la función jurisdiccional que se despliega en el proceso.

Ya desde "Ganadera Los Lagos" **(89)** el Máximo Tribunal requiere para la declaración de inconstitucionalidad sea peticionada por la parte perjudicada no solo de las leyes formales de Congreso sino también de los Decretos del Poder Ejecutivo.

La omisión de esta regla pretoriana se justificó en el principio de división de poderes, la presunción de validez y el derecho de defensa de la parte afectada.

Pero ese requisito impide que el juez revise de oficio la norma jurídica dentro de la resolución rigurosa del caso judicial.

Incluso impone una restricción a su pronunciamiento que extiende su alcance a toda aquella disposición legal o reglamentaria que viola la Constitución de un modo evidente y manifiesto que conduce a una incompatibilidad absoluta.

Así aparece la cuestión acerca de cómo aseguramos la supremacía de la ley fundamental a través del control de constitucionalidad cuando la parte afectada por la aplicación de la norma violatoria omitió peticionar expresamente su inconstitucionalidad ante órgano judicial.

La petición de parte adquiere todavía más relevancia desde el momento en que la propia de reforma de 1994 habilitó al juez a declarar la inconstitucionalidad de oficio a través de la acción de amparo **(90)**.

(84) Ver arts. 5º y 31 CN.

(85) Cfr. CS; Fallos 269:243 (1967).

(86) Ver art. 14 de la Ley 48.

(87) Ver art. 2º de la Ley 27.

(88) Ver art. 116 CN.

(89) Cfr. CS; Fallos 190:142 (1941).

(90) Ver art. 43 CN.

Desde entonces nuestro Máximo Tribunal reconoció la potestad del juez de declarar de oficio la inconstitucionalidad de una norma jurídica.

Este razonamiento se construyó a partir del caso "Juzgado de Instrucción Militar" **(91)**, luego se desarrolló en "Mil de Pereyra" **(92)** pasando luego a "Banco Comercial de Finanzas" **(93)** y finalmente se consolidó la doctrina judicial con "Rodríguez Pereyra" **(94)**.

Inicialmente, en el precedente "Juzgado de Instrucción Militar" **(95)** el Tribunal cimero consagró la excepción a la regla de la petición expresa dado que se trata cuestión de derecho.

Ello permite que sea suplida por el juez por la aplicación de oficio de cualquier norma legal frente a una omisión o invocación errónea de la parte preservando así su derecho de defensa.

Dicha potestad reconocida al órgano judicial en modo alguno avanzaría sobre los otros dos poderes pues la petición de parte —o su ausencia— carece de ese efecto.

Esa facultad preserva la presunción de la validez de los actos estatales cuya suposición provisoria de ajuste con el ordenamiento jurídico cede cuando ley colisiona con la Constitución Nacional.

Con el caso "Mil de Pereyra" **(96)** la declaración de inconstitucionalidad de oficio se trasladó a situaciones precisas que el juez identifica en el caso concreto a través de un juicio estricto y riguroso. Ciertamente se trata de un presupuesto excepcional dentro de la causa y con vinculación específica a las relaciones jurídicas la motivaron.

La doctrina trazada en "Juzgado de Instrucción Militar" **(97)** y "Mil de Pereyra" **(98)** se consolidó en el caso "Banco Comercial de Finanzas" **(99)**. Ante un conflicto de normas la supremacía constitucional impone al deber del juez de aplicar la de mayor jerarquía y desechar la de menor rango.

En "Rodríguez Pereyra" **(100)** se ratifica este criterio con sustento en el control de convencionalidad de los instrumentos de protección de derechos humanos **(101)** incorporados a nuestro ordenamiento interno.

Si la Constitución Nacional obliga a cada magistrado a ejercer de oficio un control de convencionalidad acorde a la interpretación de las decisiones Corte Interamericana de Derechos Humanos con parejo énfasis pueden realizar un examen que salvaguarde la supremacía frente a normas jurídica inferiores.

Finalmente, durante año 2020 con el caso "B. J. M." **(102)** —que remite al precedente "Blanco" **(103)** — la CS reafirma categóricamente esta doctrina del control de constitucionalidad de oficio y sus consecuencias.

En primer lugar, es un deber ineludible del tribunal de justicia que se realiza en el marco de una causa concreta.

En segundo lugar, esa tarea debe realizarse aún de oficio sin que sea exigible una expresa petición de parte interesada.

En tercer lugar, su procedencia depende que palmariamente quede demostrado en el pleito

(91) Cfr. CS; Fallos 306:303 (1984).

(92) Cfr. CS; Fallos 324:3219 (2001).

(93) Cfr. CS; Fallos 327:3117 (2004).

(94) Cfr. CS; Fallos 335:2333 (2012).

(95) Cfr. CS; Fallos 306:303 (1984); Consids. 4º y 5º de los jueces Fayt y Belluscio.

(96) Cfr. CS; Fallos 324:3219 (2001); Consids. 10 del voto de la mayoría

(97) Cfr. CS; Fallos 306:303 (1984); Consids. 4º y 5º de los jueces Fayt y Belluscio

(98) Cfr. CS; Fallos 324:3219 (2001); Consids. 10 del voto de la mayoría

(99) Cfr. CS; Fallos 327:3117 (2004), Consids. 3º y 4º del voto de la mayoría

(100) Cfr. CS; Fallos 335:2333 (2012); Consid. 12 del voto de la mayoría.

(101) Ver inc. 22 del art. 75 CN.

(102) Cfr. CS; Fallos 343:345 (2020); Consid. 3º del voto del juez Rosatti.

(103) Cfr. CS; Fallos 341:1924 (2019).

que el gravamen invocado puede únicamente remediarse mediante la declaración de inconstitucionalidad de la norma que lo genera.

De lo expuesto podemos concluir que la supremacía constitucional impone el deber del juez de examinar la ley y declarar su invalidez su incompatibilidad con la Ley fundamental.

Esa declaración configura un acto de suma gravedad que es la última ratio del ordenamiento jurídico. De ordinario requiere como regla la petición expresa de la parte interviniente y sus efectos se limita al caso concreto.

Cuando el juez realiza ese pronunciamiento de oficio el ejercicio excepcional de la potestad respeta la división de poderes, la presunción de validez de los actos estatales y el debido proceso de la persona afectada.

La evolución en la jurisprudencia del Máximo Tribunal nos muestra que la dispensa a la petición expresa obedeció al reconocimiento de la potestad de oficio carácter excepcional.

Continuó con su encuadre acotado a situaciones precisas que restringió su interpretación y culminó con una mayor amplitud de su alcance promovido por el control de convencionalidad diseñado por el criterio adoptado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

II.5. Control de convencionalidad constructivo: la decisión de la autoridad competente que asegura la efectividad del mandato convencional en la actividad de la Administración pública

Para asegurar la supremacía del Pacto de San José de Costa Rica y otros instrumentos de protección de derechos humanos en el ejercicio de la función administrativa la autoridad pública del Estado.

Ese sujeto realiza un control de convencionalidad que examina preventivamente la compatibilidad de su decisión administrativa con el mandato convencional dentro en la órbita de su competencia y a través de un procedimiento administrativo.

Cuando el Poder Ejecutivo de la Provincia de Salta declaró la inconstitucionalidad de una disposición legal que reconocía una exención impositiva la CS precisó en "Ingenio y Refinería San Martín" **(104)** que el poder administrador carece de la facultad para declarar la inconstitucionalidad de las leyes cuyo resorte exclusivo corresponde al Poder Judicial **(105)** de la Nación.

Así aparece la cuestión acerca de cómo la autoridad competente ejerce el control de convencionalidad en el procedimiento administrativo cuando la Administración pública carece de la facultad para declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones reglamentarias y legales.

La Procuración del Tesoro de la Nación (PTN) admitió la posibilidad de que el Poder Ejecutivo se abstenga de aplicar una ley que se oponga la Constitución Nacional y a las Convenciones incorporadas a ella **(106)**.

Ello en la medida en que cada caso concreto la declaración de la inconstitucionalidad por sus circunstancias trascedentes guarde una identidad y analogía sustancial entre el caso decidido por el Poder Judicial y el que le toca aplicar a la Administración.

Cuando el fuero contencioso administrativo declaró la inconstitucionalidad del art. 5º de la ley 26.857 y su respectiva reglamentación, la PTN **(107)** opinó que la aplicación del régimen de declaraciones juradas patrimoniales en lo sucesivo requería de dos cursos de acción.

De un lado, la adecuación y reemplazo de las disposiciones reglamentarias de la AFIP, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y el Poder Ejecutivo a ese pronunciamiento judicial. De otro, el proyecto de ley al Congreso Nacional que modifique ese pasaje de la Ley de Ética Pública 25.188 que se opone a la CN.

Hacia el año 2004 cuando la Comité Federal de Radiodifusión (COMFER) exigió el desistimiento a los oferentes y limitó la presentación

(104) Cfr. CS; Fallos 269:243 (1967); Consid. 5º.

(105) Ver arts. 29 y 116 CN.

(106) Ver Dictámenes PTN 308:158. En igual sentido, Dictámenes 298:2017 entre otros.

(107) Cfr. Dictámenes PTN 312:54.

de recursos administrativos y judiciales contra las disposiciones reglamentarias y legales que rigen esa licitación pública la CS confirmó en "Astorga Bracht" **(108)** su inconstitucionalidad toda vez que se vulneró la tutela administrativa efectiva en el desarrollo de ese procedimiento de selección de contratista estatal.

Esa disposición reglamentaria no solo se oponía a la CN **(109)** sino especialmente a los instrumentos de protección de derechos humanos **(110)** con jerarquía constitucional **(111)**.

Más adelante pasamos de una disposición legal o reglamentaria cuya declaración judicial de invalidez se justificó por su incompatibilidad con la carta magna y los tratados internacionales a otra clase de norma jurídica que porta una presunción de inconstitucionalidad.

Aparecen en esta nueva etapa las categorías sospechosas de discriminación **(112)** que se contraponen al principio de igualdad **(113)**. En esta dirección se inscriben los precedentes del Máximo Tribunal vinculados a la nacionalidad en "Hooft" **(114)**, "Gottschau" **(115)**, "Mantecon Valdés" **(116)** y "Pérez Órtega" **(117)**; al sexo en "González Delgado" **(118)**, a la edad en "Arguello" **(119)** y al ejercicio profesional **(120)** en "Franco" entre otros.

El desplazamiento de la suposición provisoria de la ley o el reglamento cederá cuando autoridad competente efectivamente acredite fines esenciales del Estado y utilice los medios menos restrictivos al contenido de derecho fundamental en juego.

Si se trata de una disposición legal se aplicará directamente la CN y el tratado internacional que forman parte el antecedente de derecho **(121)** de la causa de ese acto administrativo.

Cuando el Ministerio de Seguridad dispuso el pase a retiro obligatorio de un agente del Policía Federal Argentina con trastorno de identidad sexual, la PTN **(122)** propició la nulidad absoluta **(123)** de ese acto administrativo y su revocación por razones de ilegitimidad **(124)**.

Ello así toda vez que la ley que se aplicó como antecedente de derecho de ese acto colisionaba con el derecho a la identidad de género reconocido en la CADH **(125)** y la opinión **(126)** de la Corte IDH.

Si se trata de una disposición de carácter reglamentaria se deberá derogarla primero y luego dictar el acto administrativo para ajustarse al principio de inderogabilidad singular del reglamento.

Cuando el Estatuto del Personal del Banco Central de la República Argentina (BCRA) incorporó un modo ingreso preferente del Grupo Familiar, la PTN **(127)** declaró que esa disposición es inconstitucional toda vez que encierra una

(108) Cfr. CS; Fallos 327:4185 (2004); Consids 6º y 7º.

(109) Ver art. 18 CN.

(110) Ver Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 8º y 10), Convención Americana de Derechos Humanos (Arts. 8º y 25), Declaración Americana de los Derechos del Hombre y el Ciudadano (Arts. XVIII y XXIV) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Arts. 2º inc. 3º apartado a y b y 14 inc. 1º).

(111) Ver inc. 22 art. 75 CN.

(112) Ver Pacto de San José de Costa Rica (Art. 1.1), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 2.2.) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 26).

(113) Ver art. 16 CN.

(114) Cfr. CS; Fallos: 327:5118 (2004).

(115) Cfr. CS; Fallos 329:2986 (2006).

(116) Cfr. CS; Fallos: 331:1715 (2008).

(117) Cfr. CS; Fallos: 336:131 (2013).

(118) Cfr. CS; Fallos 323:2659 (2000).

(119) Cfr. CS; Fallos 327:5002 (2004).

(120) Cfr. CS; Fallos 325:2968 (2002).

(121) Ver inc. b) del art. 7º de la Ley N.º 19.549.

(122) Cfr. Dictámenes PTN 294:036.

(123) Ver inc. a) del art. 14 de la Ley 19.549.

(124) Ver inc. a) del art. 14 de la Ley 19.549.

(125) Ver arts. 1º, 23 y 24 de la CADH.

(126) Cfr. Corte IDH; "Atala Riffo y niñas vs. Chile"; sentencia del 24/02/2012.

(127) Cfr. Dictámenes PTN 305:12

categoría sospechosa de discriminación **(128)** prohibida por CN **(129)** y los instrumentos internacionales de derechos humanos **(130)**.

A partir del año 2010 el control de convencionalidad se centró en la dimensión temporal del procedimiento administrativo.

Cabe recordar que la Corte IDH tiene dicho que el plazo razonable del art. 8.1 de la CADH se aplica a toda clase procedimiento **(131)** incluso los disciplinarios **(132)**.

En este sentido, la CS aplicó la garantía a la duración total del procedimiento sumarial donde se aplican sanciones administrativas y fijó el análisis global como uno de los estándares a ponderar en cada caso concreto.

Cuando el Banco Central de la República Argentina sustanció un sumario externo a una entidad financiera cuyo trámite se extendió por 18 años desde el hecho que configuró la infracción, la CS precisó en "Losicer" **(133)** que es incompatible con el plazo razonable.

Este criterio fue ratificado "Bonder Aaron" **(134)**, donde aplicó el estándar del análisis global del procedimiento de la garantía convencional a otro sumario que se extendió por 26 años por la causa judicial conexa.

La PTN tiene dicho que resulta conveniente que el abogado del Estado ajuste su criterio a las decisiones de la CSJN por su jerarquía, el carácter definitivo de sus sentencias, la armonía entre los distintos órganos del Estado Nacional y la necesidad de ahorrarle al erario los gastos derivados de juicios **(135)**.

En efecto, la autoridad de interpretación **(136)** del Reglamento de Investigaciones Administrativas (RIA) fijó un plazo razonable para el ejercicio de la acción disciplinaria cuyo temperamento guarda identidad sustantiva y es coetáneo temporalmente con los precedentes jurisprudenciales citados **(137)**.

Concretamente, el Alto Órgano Asesor expresó que la existencia de un plazo razonable conlleva necesariamente a considerar, vía interpretativa, el plazo de 5 (cinco) años previsto en el art. 2560 del Cód. Civ. y Com. **(138)** cuya vulneración genera una incompetencia del órgano de investigación en razón del tiempo **(139)**.

Con la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com. **(140)** el legislador fijó nuevas pautas para la interpretación de la ley aplicable a la resolución de un caso.

Ciertamente, el Título preliminar prescribe que la motivación de la decisión **(141)** debe ser conforme a la CN **(142)** y a las disposiciones de los tratados de derechos humanos en que la Republica sea parte.

Cuando una norma jurídica aparece como insuficiente o inadecuada, la CS precisó en "Villamil" **(143)** que la legislación de fondo **(144)** ofrece el remedio adecuado dado que para resolver la situación planteada los arts. 1º y 2º del Cód. Civ. y Com. exigen coherencia con la CN y convencional de los derechos humanos.

---

(128) Ver Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) N.º 111.

(129) Ver arts. 16 y 28 CN.

(130) Ver art. 1.1. de la CADH y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 26).

(131) Cfr. Corte IDH; "Baena Ricardo y otros vs. Panamá" sentencia del 02/02/2001, párrs. 124 y 127.

(132) Cfr. Corte IDH; "Caso "Maldonado Ordoñez vs. Guatemala", sentencia de 03/05/2016, párr. 75.

(133) Cfr. CS; Fallos 335:1126 (2010); Consids. 8º, 9º y 15.

(134) Cfr. CS; Fallos 336:2184 (2013); Consids. 9 y 10

(135) Cfr. Dictámenes PTN 264:37.

(136) Ver art. 134 del Decreto N.º 467/99.

(137) Cfr. Dictámenes PTN 280:34.

(138) Cfr. Dictámenes PTN 307:289.

(139) Cfr. Dictámenes PTN 235:210. En igual sentido los Dictámenes 235:214 y 236:414.

(140) Ver Ley 26.994.

(141) Ver art. 3º del Anexo I del Cód. Civ. y Com.

(142) Ver arts. 1º y 2º del Anexo I del Cód. Civ. y Com.

(143) Cfr. CS; Fallos 340:345 (2017), Consid. 25 del voto de disidencia del juez Maqueda

(144) Ver inc. 12 del art. 75 CN.

Cuando el criterio del Servicio Jurídico Permanente de la Prefectura Naval Argentina discrepó del Ministerio de Seguridad en torno a la prescripción de la acción disciplinaria, la PTN **(145)** aplicó el art. 2º del Cód. Civ. y Com. para solucionar esa diferencia de opinión.

En ese caso el Alto Órgano Asesor precisó que la exegesis de la ley requiere de una interpretación que no solo guarde conexión de sus preceptos sino también que armonice con los principios y garantías de la CN.

En el año 2017 avanzamos hacia normas con presunción de inconstitucionalidad cuya discriminación aparece encubierta y cuya invalidez proviene de un juicio de ponderación de su aplicación práctica en los hechos.

Cuando una ley local instrumentó el derecho a recibir educación religiosa garantizado por la Constitución de la Provincia de Salta, la CS en "Castillo" **(146)** la declaró inconstitucional dado que su implementación conducía a una discriminación y afectaba la privacidad de la persona.

Más cercano en el tiempo, se abandona la idea de la inaplicabilidad de una norma —legal o reglamentaria— con fundamento en su invalidez presunta o concreta por el órgano judicial.

Desde el año 2020 la cuestión ya no se centra tanto en discutir su validez en sede administrativa sino más bien de una integración normativa de un caso no previsto compatible con la CN y los instrumentos de protección de derechos humanos con jerarquía constitucional.

Actualmente recobró importancia mandato positivo de actuación **(147)** para que el legislador promueva una legislación que fomente un trato igualitario para los niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad.

El régimen de ejecución de sentencias contra el Estado aprobado por la ley 23.982 consagró un orden de antigüedad para la cancelación de esas obligaciones no consolidadas.

Cuando persona con un grave estado de salud y edad avanzada lo cuestionó, la reciente doctrina de la CS en el caso "C. J. C." **(148)** lo interpretó como un supuesto no previsto cuyo eje central es puesto en la situación de vulnerabilidad.

Con este nuevo precedente se adicionó una nueva novación no prevista por el legislador que convierte obligaciones de dar sumas de dinero derivadas de la sentencia en una opción de pago en efectivo de la ley 11.672.

Así, frente a un supuesto no previsto que aparece incompatible con el inc. 23 del art. 75 de la CN y la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores **(149)**, aparece dos respuestas posibles.

Por un lado, la primera opción que consiste en declarar su invalidez. Así el 26/03/2019 la CS en caso "García" **(150)** declaró la inconstitucionalidad del impuesto a las ganancias.

Aplicó el mandato constitucional de igualdad real de oportunidad y trato a una situación de vulnerabilidad generada por el envejecimiento del actor exigiéndole al Congreso una respuesta específica y diferenciada para este colectivo.

Por el otro, la segunda opción consiste en la aplicación de la técnica de la analogía. Esta es precisamente la que promovemos a través del voto de la mayoría del Máximo Tribunal en el caso "C. J. C." **(151)**.

En el año 2020 la CS mantuvo la validez del régimen de consolidación y anudó la solución normativa del caso al mandato de protección especial que impone un deber positivo de actuación al Congreso Nacional que exige una respuesta específica y diferenciada de grupos vulnerables.

De lo expuesto hasta aquí, podemos afirmar que el control de convencionalidad de la Ad-

(145) Cfr. Dictámenes PTN del 14/05/2020.

(146) Cfr. CS; Fallos 340:1795 (2017); Consid. 21.

(147) Ver inc. 23 del art. 75 CN.

(148) Cfr. CS; Fallos 343:264 (2020).

(149) Ver Ley 27.360.

(150) Cfr. CS; Fallos 342:411 (2019).

(151) Cfr. CS; Fallos 343:264 (2020).

ministración pública asegura la compatibilidad del acto de la autoridad pública competente derivado del procedimiento con las disposiciones CADH y otros instrumentos con jerarquía constitucional.

Ciertamente difiere del control represivo del órgano judicial que a pedido de parte —o de oficio— declara la invalidez de la ley o reglamento que se opone a la Constitución en un caso y con efecto entre las partes vinculadas a él.

Comenzó con la posibilidad de que el Poder Ejecutivo se abstenga de aplicar una ley inconstitucional, pasando a disposiciones reglamentarias que vulneran tutela administrativa efectiva y el plazo razonable dentro del debido proceso del procedimiento.

Avanzó hacia aquellas que portan una presunción de inconstitucionalidad por una categoría sospechosa de discriminación (nacionalidad, sexo, edad) que cede solo con el cumplimiento efectivo de una carga argumentativa agravada del Estado.

Actualmente el Título preliminar del Cód. Civ. y Com. propone una solución al caso no previsto en el derecho administrativo que pone el acento en una interpretación de la ley compatible con la Constitución Nacional y los tratados internacionales.

Nuestro Máximo Tribunal se inscribe en esta dirección frente a los sectores vulnerables y las acciones positivas del legislador del art. 75 inc. 23 de la carta magna.

III. Conclusiones

Con la incorporación de los Tratados internacionales al art. 75 inc. 22 de la CN se jerarquizó una fuente externa que proviene del derecho internacional de los derechos humanos que ahora forma parte de nuestro derecho federal.

Su efectiva vigencia hace necesario de un control de convencionalidad que implica un juicio de compatibilidad de la Corte IDH que interpreta y aplica las disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica y otros instrumentos de derechos humanos.

El valor de sus decisiones, así como los informes definitivos y las recomendaciones de la Comisión convergen en una pauta de interpretación vinculante para el Estado parte cuyo deber cumplimiento hace a la efectividad del Sistema Americano de Derechos Humanos.

Comenzó inicialmente con un control de convencionalidad de tipo represivo que operó a través de una declaración de invalidez de la ley interna. Ese escrutinio de validez que realiza el juez ya sea a pedido de las partes vinculada al caso o bien de oficio asegura la supremacía de la Constitución.

Actualmente podemos afirmar de un control de convencionalidad de tipo constructivo en sede administrativa que opera a través de la decisión de la autoridad pública competente.

La Administración pública asume un rol preventivo a través de una interpretación presidida de integración normativa de la ley y su dialogo con las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos que armonice y se adapte al mandato convencional.

Registros de domicilios electrónicos en los Poderes Judicial y Ejecutivo de la provincia de Buenos Aires

Hacia la despapelización del proceso y los procedimientos. Un repaso por la situación actual en materia de procesos judiciales y procedimientos administrativos

Emanuel Matías Triolo (*)

Sumario: I. Introducción y planteo de la cuestión.— II. Breves consideraciones en materia de implementación de las TIC en los procesos judiciales.— III. Registro de domicilios electrónicos del Poder Judicial de la provincia de Buenos Aires.— IV. Breves nociones sobre la cuestión procesal en torno al dictado de medidas por la Suprema Corte de Justicia.— V. Algunas consideraciones sobre el procedimiento administrativo en la provincia de Buenos Aires. Críticas y actualidad.— VI. Registro de domicilios electrónicos de la provincia de Buenos Aires.— VII. Convenio Marco de Colaboración entre la Suprema Corte de Justicia y el Ministerio de Jefatura de Gabinete y acta complementaria n.° 1.— VIII. Consideraciones finales.

I. Introducción y planteo de la cuestión

El avance en la implementación de las Tecnologías de Información y Comunicación (TIC) ha impactado significativamente en los procesos judiciales que tramitan en la provincia de Buenos Aires, emitiendo la Suprema Corte de Justicia (SCBA) una batería de normativas al efecto en pos de garantizar su continuidad en el marco de la situación sanitaria que azotó y azota al mundo, agilizar y facilitar diversas etapas procesales y organizar el quehacer cotidiano que realizan empleados y funcionarios judiciales de manera que la regla sea el expediente judicial electrónico y no el físico (papel).

De igual forma, el Poder Ejecutivo recientemente propició una serie de actualizaciones normativas que han de impactar en los procedimientos administrativos que este determine y dar así continuidad al "plan estratégico de modernización del Estado".

(*) Abogado por la Universidad Nacional de La Plata. Ayudante graduado de la Cátedra I, Comisión 3, de Finanzas y Derecho Financiero en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Actualmente, Oficial en la Secretaría de Planificación de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires.

En ese contexto se crean, tanto en el ámbito de la SCBA como en el del Poder Ejecutivo Bonaerense, Registros de Domicilios Electrónicos.

El presente trabajo analizará entonces el texto actualizado del Acuerdo N° 3989 **(1)** y la ley 15.230 **(2)**, mediante los cuales se crean los mencionados Registros. Asimismo, se hará mención del Convenio 540/20 **(3)** y su Acta Complementaria N° 1 **(4)**, que tienen por objeto establecer acciones conjuntas y coordinadas entre ambos Poderes a los fines de mejorar la eficiencia y eficacia de los trámites que se practiquen en el ámbito de sus jurisdicciones.

A su vez, haré un repaso de la situación actual en materia de procedimientos administrativos en la provincia de Buenos Aires, como puntapié inicial para el análisis de la ley 15.230.

II. Breves consideraciones en materia de implementación de las TIC en los procesos judiciales

Como explica López **(5)**, alcanzar el anhelo del expediente completamente digital para cualquier organización del Estado, es sin dudas un tránsito arduo y complejo. Para ello, se necesita un ineludible compromiso de todos los operadores jurídicos en entender y poner en práctica los beneficios que ofrecen las TIC.

En ese sentido, y como destacan Trabucco y Sucunza **(6)**, la SCBA viene trabajando hace más de una década en la consolidación de las tecnologías de la información y la comunicación aplicadas al servicio judicial.

Ponerle nombre al principal cambio, destacan los autores arriba mencionados, sería problemático. Pero puede decirse que, a nivel general, la introducción del Sistema de Notificaciones y Presentaciones Electrónicas ha sido un antes y un después para la vida judicial de empleados y funcionarios como de los abogados litigantes.

El trabajo de los autores describe, sin ser taxativo, una serie de reformas a saber: la generalización de la firma digital; el establecimiento de un sistema de notificaciones electrónicas; la puesta en marcha de un régimen de presentaciones electrónicas; instauración del expediente digital; integración paulatina entre sistemas digitales de diversos organismos públicos y privados; la construcción de TIC para necesidades específicas del servicio de justicia; el inicio electrónico de causas; etc.

Sin lugar a duda, la situación sanitaria producto del COVID-19 que trajo consigo la restricción de la circulación de personas (y de expedientes en formato físico), hizo que las reformas mencionadas no solo hayan sido de vital trascendencia para el quehacer jurisdiccional, sino que obligó a la SCBA a tomar nuevas medidas acordes al contexto para garantizar la prestación del servicio de justicia.

Un ejemplo de lo anterior fue la implementación efectiva de más de 10.000 puestos de teletrabajo para la prestación del servicio de modo remoto; el avance en las notificaciones y oficios por medios electrónicos; la digitalización de expedientes en formato papel para que puedan ser visibles en su totalidad en el sistema informático (Augusta) y en la Mesa de Entrada Virtual (MEV); los diversos Convenios celebrados por la SCBA con organismos públicos y privados para facilitar la comunicación por medios telemáticos; la implementación de la plataforma

(1) Dictado por la SCBA el 21/10/2020.

(2) Publicada en el BO. de la provincia de Buenos Aires el 18/01/2021.

(3) Convenio Marco de Colaboración entre la SCBA y el Ministerio de Jefatura de Gabinete de Ministros de la Provincia de Buenos Aires, suscripto el 01/09/2020 por el presidente de la SCBA, Dr. Daniel Fernando Soria y por el Jefe de Gabinete de Ministros de la Provincia de Buenos Aires, Lic. Carlos Bianco.

(4) Suscripta el 18/12/20 por el Lic. Néstor A. Trabucco, Secretario de Planificación y el Lic. Alberto Spezzi, Subsecretario de Tecnología Informática —por la Suprema Corte de Justicia— y por la Mg. Sandra D'Agostino, Subsecretaría de Gobierno Digital —por el Ejecutivo Provincial—.

(5) LÓPEZ, Mariano M. Camilo, "Avance hacia el expediente judicial completamente digital en la provincia de Buenos Aires", RDA, 131, p. 264.

(6) TRABUCCO, Néstor A. y Sucunza, Matías A., "El Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires y las TIC", Ed. La Ley - Supl. Gestión Judicial 2020 (julio), 29/07/2020, p. 1.

Microsoft Teams para celebrar audiencias o entrevistas de modo remoto; etc.

Retomando la idea del anhelo del expediente completamente digital, elaborada en el exhaustivo trabajo de Mariano M. Camilo López, resulta importante resaltar las fortalezas que el autor destaca de la incorporación de las herramientas tecnológicas a los procesos judiciales: mayor transparencia del proceso (mejora el acceso a la información); mayor eficiencia y eficacia; mayor seguridad (firma digital, integridad del documento); eliminación del soporte papel; etc.

Lo descrito anteriormente, en forma de repaso, es la evolución en materia de implementación de herramientas tecnológicas en los procesos judiciales de los últimos años y el contexto en el cual, la SCBA, dictó el Acuerdo N° 3989 con sus modificatorios y complementarios, dando origen al Registro de Domicilios Electrónicos del Poder Judicial de la provincia de Buenos Aires.

III. Registro de domicilios electrónicos del Poder Judicial de la provincia de Buenos Aires

Con el objetivo de favorecer el progreso de los procesos a través de medios tecnológicos y consolidar el expediente digital, la SCBA dispuso crear el Registro de Domicilios Electrónicos del Poder Judicial de la provincia de Buenos Aires.

En virtud de ello, la SCBA tuvo en vista para la redacción del Acuerdo N° 3989 la necesidad de adoptar mecanismos que posibiliten la producción de los actos procesales de comunicación por medios telemáticos.

En ese orden de ideas, consideró que si bien ha profundizado el uso de tecnologías de la información y de la comunicación y en virtud de ello se ha alcanzo un grado de actividad razonable, ciertas diligencias esenciales se han visto limitadas (v.gr. traslado de demanda).

Frente a ello y en pos de afianzar la línea de trabajo sostenida durante la pandemia, vio necesario estructurar el sistema de domicilios electrónicos para hacer viable la notificación del traslado de la demanda o de actos similares, a una considerable cantidad de sujetos relevantes, en domicilios electrónicos registrados.

Ese propósito de consolidar el expediente digital y favorecer la prosecución de los procesos, motivó a la SCBA a disponer la creación del Registro de Domicilios Electrónicos del Poder Judicial de la provincia de Buenos Aires.

De esta forma, mediante el Acuerdo N° 3989 —y su modif. Acuerdo N° 4000 **(7)**— se creó el Registro donde se inscribirán los domicilios a los que deberán cursarse las comunicaciones y notificaciones que se realicen a través de medios electrónicos en los procesos judiciales que tramiten en el ámbito del Poder Judicial Bonaerense.

Conforme el art. 1° del Anexo Único, del Acuerdo N° 1472 [Reglamento del Registro **(8)**] los domicilios electrónicos "son espacios de almacenamiento para cada usuario en una base de datos, que permiten la utilización del Sistema de Notificaciones y Presentaciones Electrónicas de la Suprema Corte de Justicia (SNPE), con un formato abierto y apropiado para el soporte de documentos electrónicos, y contando con propiedades de autenticación, integridad, trazabilidad y auditoría del referido sistema". La SCBA le confiere entonces al domicilio electrónico una trascendencia singular en el marco de los procesos judiciales, puesto que, a partir de este, el proceso judicial encontrará su vía de desarrollo hacia la completa digitalización del expediente.

En cuanto a quienes deben inscribirse al Registro, los arts. 2°, 3° y 7° del Ac. N° 3989 y modif. nos ofrecen la respuesta: personas jurídicas y organismos que hubieran suscripto con la SCBA convenios de colaboración tecnológica o actas de aceptación para el uso del SNPE; sujetos como el fiscal de Estado, asesor general de Gobierno, municipios, bancos, ART, colegios y cajas, órganos y entidades descentralizadas (entre muchos otros). A su vez, el art. 8° refiere a que "cualquier persona jurídica o humana podrá inscribirse voluntariamente en el Registro", lo cual abre el juego a un número indeterminado de sujetos que deseen inscribirse a los fines de la actuación judicial en los fueros pertinentes.

En esa línea, el art. 4° del mentado Acuerdo establece que, a excepción del fiscal de Estado, si los sujetos mencionados en el art. 3° no

(7) Dictado por la SCBA el 23/12/2020.

(8) Dictado por la SCBA el 29/12/2020.

cumplieren con la carga de inscribir el domicilio electrónico en el Registro, se considerará inscripto por defecto el domicilio electrónico que hubieran consignado en el marco de los convenios de colaboración o en las actas de aceptación del SNPE, hasta tanto cumplan con dicha carga.

En ese orden de ideas, el mismo artículo prescribe que también se considerarán inscriptos por defecto hasta que se proceda a la efectiva inscripción en el Registro, los domicilios electrónicos que hubiesen constituido los letrados de tales sujetos ante la justicia de la provincia "correspondientes a las últimas dos actuaciones procesales, por departamento judicial".

El domicilio electrónico registrado, conforme el art. 1° del Ac. N° 3989 y modif., "será utilizado para realizar notificaciones y comunicaciones a través de medios electrónicos, comprensivas del traslado de la demanda, la intimación de pago, la citación como tercero, las diligencias preliminares, las cautelares anticipadas y en su caso la sentencia definitiva o equiparable a tal, así como, en general, se aplicará en todos aquellos casos que, de acuerdo a la legislación vigente, deban realizarse en el domicilio real. Dichos domicilios podrán emplearse para el diligenciamiento de oficios".

En relación con la inscripción, se realizará a través de un formulario electrónico que instrumentará y publicará la SCBA en el subsitio web **(9)** habilitado al efecto (arts. 14, Ac. 3989 y modif. y 8 del Reglamento). Cada inscripción generará una constancia electrónica para el interesado (art. 10 del Reglamento) y el funcionario interviniente corroborará la información y documentación ingresada en el mencionado formulario web (art. 11 del Reglamento).

En ese sentido, como expuse en otra oportunidad **(10)**, los nuevos domicilios electrónicos comenzarán a regir a partir del día siguiente al de su inscripción en el Registro y tendrán carácter público de consulta libre y gratuita (arts. 13, Ac. 3989 y modif. y 17 del Reglamento).

En virtud del acceso al domicilio electrónico, el art. 14 del Reglamento prescribe que el titular podrá autenticarse y acceder a este en el SNPE con o sin certificado de firma digital en el marco de la ley 25.506 **(11)**. En el caso de no contar con el certificado referido, no podrá firmar ni enviar presentaciones, pero si podrá acceder a la información cargada en dicho sistema.

En lo atinente a los plazos de la inscripción, deberá efectuarse entre el 15 de febrero y el 31/03/2021. Por ello, las comunicaciones y notificaciones contempladas se practicarán en los domicilios electrónicos inscriptos en el Registro a partir del 01/04/2021, a menos que se solicitare en el acto de la inscripción anticipar la utilización del domicilio inscripto (art. 14 del Ac. 3989 y modif.).

El Registro de Domicilios Electrónicos del Poder Judicial de la provincia de Buenos Aires funcionará en el ámbito de la Secretaria de Planificación de la Suprema Corte de Justicia (art. 13, Ac. 3989 y modif.).

IV. Breves nociones sobre la cuestión procesal en torno al dictado de medidas por la Suprema Corte de Justicia

En el camino emprendido por el Alto Tribunal Bonaerense en cuanto a la aplicación de las TIC a los procesos judiciales, no ha faltado oposición o cierta reticencia a los cambios que se han ido generando.

Uno de los motivos para inaplicar las medidas dictadas por la Suprema Corte ha sido que estas no encontraban fundamento o sustento en el Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires (Cód. Proc. Civ. y Com. de Buenos Aires). En virtud de tal interpretación muchos procesos se vieron, cuanto menos, demorados.

Pero esta interpretación, a mi parecer, es errónea. Como explica López en el estudio ya mencionado, la Suprema Corte de Justicia encuentra las siguientes habilitaciones para regular la temática en pugna:

(9) Consultar: http://www.scba.gov.ar/servicios/domicilioselectronicos.asp

(10) Consultar: http://palabrasdelderecho.com.ar/articulo/2157/La-Suprema-Corte-bonaerense-reglamento-el-Registro-de-Domicilios-Electronicos

(11) Ley de Firma Digital, publicada en el BO. de la Nación el 14/12/2001.

a. Disposiciones transitorias del Cód. Proc. Civ. y Com. de Buenos Aires: el art. 834 del citado cuerpo establece en función de las medidas reglamentarias que "la Suprema Corte de Justicia queda facultada para dictar las medidas reglamentarias que aseguren el mejor cumplimiento de las normas de este cuerpo legal".

b. Ley 5827 **(12)** (art. 32, inc. s]): "Sin perjuicio de lo dispuesto en la Constitución de la provincia, son atribuciones de la Suprema Corte de Justicia las siguientes:... s) Dictar las reglamentaciones conducentes al debido ejercicio de las funciones que le acuerden las leyes, así como también su reglamento interno".

c. El autor agrega el siguiente eje: "Emergencia sanitaria en curso por pandemia COVID-19", la que implica maximizar los canales telemáticos para la protección de la salud de todos los operadores de justicia involucrados, evitando la concurrencia a las dependencias jurisdiccionales y el consiguiente contacto de personas.

A mi modo de ver, hay un inconveniente en materia procesal y es el que presentaba hasta antes de la pandemia el asunto de las presentaciones electrónicas. La problemática radicaba en aquellas presentaciones que realizaban los letrados patrocinantes y no eran de "mero trámite" (v.gr. recurso de apelación, contestación de demanda, etc.), las cuales se realizaban por medios telemáticos sin contar con la firma de la parte patrocinada.

Esta situación se vio multiplicada en todos los fueros y organismos provinciales que, haciendo un correcto control de las piezas procesales que se agregaban al expediente, advertían la carencia del cumplimiento de los requisitos esenciales que el Cód. Proc. Civ. y Com. de Buenos Aires establece (arts. 46, 47, 118, inc. 3 y ccs., Cód. Proc. Civ. y Com. de Buenos Aires).

Frente a estos casos donde un patrocinante, por ejemplo, apelaba una sentencia ante un juzgado de primera instancia y este recurso era examinado por la Cámara de Apelaciones correspondiente, muchas veces se resolvía rechazar el recurso de apelación por inadmisible (falta de firma de la parte patrocinada). Y esto era así porque, aplicando el código de procedimientos, se encontraba un basamento para tomar tales decisiones.

No tardó en llegar a entendimiento de la Suprema Corte de Justicia el inconveniente que presentaba tal sistema y el Alto Tribunal Bonaerense, en un precedente **(13)** reconocido en la materia, consideró que "corresponde destacar por un lado que los escritos de las partes, para ser tales, deben llevar la firma del peticionario cuando no exista mandato a favor de letrado y, por otro, que en los instrumentos generados por medios electrónicos el requisito de la firma queda satisfecho si se utiliza una firma digital (art. 288, segundo párr., Cód. Civ. y Com.)". Además, agregó: "Al respecto, cabe señalar que en las presentaciones efectuadas por vía electrónica, en supuesto que los peticionarios actúen por derecho propio, y en razón de que no pueden ser titulares de un certificado de firma digital, deberán —a los efectos de efectuar peticiones que no sean de mero trámite, art. 56 inc. c], ley 5177— otorgar poder suficiente al patrocinante frente al Secretario labrándose el acta pertinente o bien, el letrado invocar el art. 48 del Cód. Proc. Civ. y Com. (conf. apartado 2 'Adhesión. Trámite. Efectos' del Protocolo de Presentaciones Electrónicas aprobado por medio de la resolución de la SCBA N° 3415/2012). Asimismo, en el caso, en razón de la coexistencia del sistema de Notificaciones y Presentaciones Electrónicas con el sistema de presentaciones en formato papel (art. 1°, res. 1647/2016), la presentación en abordaje pudo concretarse en papel con la firma ológrafa del actor y la de su patrocinante".

Efectuado el análisis del caso y sus circunstancias particulares, la SCBA resolvió la cuestión de un modo favorable para las partes y letrados, garantizando el acceso a la justicia de modo de no ver terminada una demanda por un requisito procesal, pero recordando la carga que pesa sobre los letrados litigantes. La resolución fue la siguiente: "Intimar al letrado para que en el plazo de cinco días subsane la deficiencia señalada bajo apercibimiento de tener por no presentado el escrito en cuestión (arts. 34, inc. 5 ap. b] y 290, Cód. Proc. Civ. y Com.)".

(12) Ley Orgánica del Poder Judicial, publicada el 13/07/1995.

(13) SCBA, causa A-74409 "Carnevale Cosme Omar C/ Provincia de Buenos Aires S/ Pretensión Indemnizatoria — recurso extraordinario de inapl. de ley", del 8/02/2017.

A posteriori, los organismos jurisdiccionales aplicaron y aplican en las causas llevadas ante su competencia la decisión de la SCBA en cuanto se intima a los patrocinantes a subsanar las carencias que presentan sus escritos, o bien, adjunten los poderes correspondientes.

De más está decir que las medidas descritas anteriormente operaban en el mundo jurídico previo a la pandemia decretada. A partir del desafortunado evento sanitario, la SCBA lanzó una batería de normativas, entre las cuales se estableció que las presentaciones debían ser únicamente por medios telemáticos. De esta forma, los patrocinantes de las partes pueden remitir presentaciones que no sean de "mero trámite" sin la exigencia de integrar el soporte papel con la firma de la parte dentro de las 24 (veinticuatro) horas de presentado. En ese sentido, el soporte papel con la firma de sus patrocinados puede ser bien integrado mediante archivo adjunto a la presentación o tenerlo expedito por si el juez lo requiriese.

Sin dudas que a estas alturas es necesaria (y obligatoria) una reforma que actualice el Cód. Proc. Civ. y Com. de Buenos Aires a las exigencias y necesidades actuales más con los avances tecnológicos recientes, pero eso no obstaculiza a que en el "mientras tanto" se dicten normas que amplíen y garanticen derechos, como así también favorezcan la prosecución de los procesos judiciales en el marco de las emergencias y estos sean cada vez más eficaces, eficientes y seguros.

Además de la actualización del cuerpo procesal, es necesaria una ley que dote de autarquía financiera y autonomía presupuestaria al Poder Judicial de la provincia de Buenos Aires, tal como ocurre en Nación, a los fines de garantizar un correcto y adecuado servicio de justicia sin la dependencia económica y financiera de otras autoridades. Así como también la necesidad de una nueva ley orgánica que reconfigure el diseño organizacional y las estructuras de poder y gestión.

En virtud de lo señalado anteriormente, la SCBA ha dictado recientemente dos resoluciones **(14)** en las que insiste con el reclamo de una ley que dote al Poder Judicial de la provincia de Buenos Aires de autonomía presupuestaria y autarquía financiera. En tales resoluciones, se consideró que, a la luz de las reformas organizativas y funcionales impulsadas por la misma SCBA, es inherente al principio republicano de gobierno el respeto por la división de poderes y la independencia del Poder Judicial.

En ese orden de ideas, se resaltó que la existencia de una jurisdicción independiente exige que el Poder Judicial no esté subordinado a ningún otro poder, y que los órganos que lo componen cuenten con los recursos necesarios para el cumplimiento de sus deberes constitucionales.

Bajo estos parámetros, el Alto Tribunal Bonaerense consideró imprescindible instituir un régimen de autonomía presupuestaria y autarquía económica-financiera para la justicia de la provincia de Buenos Aires.

Recordó a su vez, la SCBA, que dicho régimen ha sido largamente reclamado por el Tribunal: en de 2014 se envió un proyecto regulando la materia al Ministerio de Justicia, el cual octubre tomó estado parlamentario en el Senado. Asimismo, en julio de 2015 se remitió un texto actualizado del proyecto para posibilitar su aplicación a partir del año 2017. Desde entonces, remarca que han sido múltiples las gestiones realizadas tendientes a impulsar el tratamiento del proyecto.

Vale recordar que en el orden nacional (v. gr. ley 23.853, reformada por el DNU 557/2005, y por las leyes 25.064 y 26.855), así como en una gran cantidad de provincias, con variantes entre sí, y a veces sin lograr una adecuada regulación, se ha previsto la autonomía en la elaboración e iniciativa presupuestaria del Poder Judicial y la dotación suficiente de recursos así como su autoadministración, en el marco de lo que se ha denominado la autarquía financiera o, simplemente, autarquía judicial.

El ideal de una justicia independiente, propio del Estado de derecho, el principio de división de poderes y la forma republicana de gobierno (arts. 1°, 5°, 31 y concs. CN.; 1°, Const. Pcial.), suponen, entre otros factores, que el Poder Judicial no esté subordinado en su desempeño a las decisiones de otra autoridad, incluso en el plano económico y financiero **(15)**.

(14) Resoluciones SCBA N° 1263 (dictada el 24/11/2020) y N° 1327 (dictada el 2/12/2020).

(15) Sobre el tema, tuve oportunidad de publicar una nota en Palabras del Derecho: consultar http://palabras-

V. Algunas consideraciones sobre el procedimiento administrativo en la provincia de Buenos Aires. Críticas y actualidad

Sin lugar a duda la situación actual producto de la lamentable pandemia a causa del COVID-19 ha impactado sobre todos los órdenes sociales, económicos y jurídicos —entre muchos otros— imperantes en el mundo.

Este lamentable suceso ha puesto de manifiesto —aún más que antes— la imperiosa necesidad de una reforma sustancial del procedimiento administrativo, tanto en el orden nacional como provincial —sobre el cual versará el presente—.

Si hasta antes de la pandemia toda la comunidad jurídica reclamaba una urgente reforma y actualización del procedimiento administrativo en todos los órdenes, la emergencia sanitaria puso al descubierto la medievalidad de muchos aspectos de este: desde el incumplimiento de sus principios rectores hasta la falta de modernización y actualización conforme los avances tecnológicos, sociales y culturales.

Siguiendo a Comadira **(16)**, el procedimiento administrativo es la serie, secuencia o sucesión de actos a través de la cual se expresa, ordenada y sistemáticamente, la voluntad administrativa. Si se quiere, una definición actual la brinda Balbín **(17)**: "el procedimiento administrativo es el conjunto de principios y reglas que sigue el Poder Ejecutivo, por medio de actos preparatorios y actuaciones materiales, con el objeto de expresar sus decisiones".

Lo cierto es que las definiciones doctrinarias siempre engloban determinados institutos como rectores y de obligatorio cumplimiento: los principios y las reglas (normas). Y es que pensar un procedimiento sin el debido cumplimiento de sus principios y de las normas que le dan su marco legal y de actuación, resulta —al menos— ilógico.

Citando al distinguido jurista Cassagne **(18)**, "el procedimiento administrativo de formación como el de naturaleza recursiva constituyen garantías formales a favor del administrado que le aseguran el ejercicio del poder de reacción frente a los actos perjudiciales a sus derechos subjetivos e intereses legítimos, permitiéndole conseguir la extinción, modificación o reforma de los actos administrativos lesivos".

Ese orden de ideas lleva a apreciar las numerosas críticas que la comunidad manifiesta en relación al estado actual del procedimiento administrativo bonaerense, sin perjuicio de los signos de mejoras que ha presentado en medio de la pandemia, ya sea por mandas judiciales —amparos por mora— o por adoptar nuevos mecanismos en virtud de las restricciones a la circulación de personas, lo que hizo que la Administración se vuelque a herramientas tecnológicas para brindarle el servicio debido a los administrados.

En un repaso breve, el marco regulatorio lo encontramos en el dec. ley 7647/70 (a nivel provincial) y en la OG 267/80 (a nivel municipal). Alcanza ver su fecha para entender el porqué de tantas críticas. Y es que no solo la normativa luce antigua, desactualizada y descontextualizada: la doctrina plantea a su vez que las normas son incompatibles con las reformas de la Constitución Nacional y provincial.

Veamos un sencillo ejemplo: el art. 10 del DL 7647/70 hace referencia a los titulares derechos subjetivos e intereses legítimos. Pero, como dice Vallefín **(19)**, estas restricciones nacidas de textos sancionados antes de la reforma del 94', son difícilmente compatibles con la CN. Esto así porque la legitimación en el ámbito del

---

delderecho.com.ar/articulo/2082/La-SCBA-insiste-en-la-sancion-del-proyecto-de-ley-para-dotar-al-Poder-Judicial-de-autonomia-presupuestaria-y-autarquia-financiera?fbclid=IwAR1zTwt051Xkw5xa7u1hvIAFNf-8T08k2sq1T-AB21oLR3xfsa6QNkS31FD0

(16) COMADIRA, Julio Rodolfo y ESCOLA, Héctor J. "Curso de Derecho Administrativo", Actualizada y Coordinada por Julio Pablo Comadira, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Parte Séptima, p. 1.

(17) Balbín, Carlos F. "Manual de Derecho Administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, 3ª edición actualizada y ampliada, p. 502.

(18) CASSAGNE, Juan Carlos "Derecho Administrativo", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, 7ª ed., t. II, p. 510.

(19) VALLEFÍN, Carlos A. "Procedimiento Administrativo - Segunda Parte", página web Fragmentos de Derecho Administrativo, p. 6 (https://fragmentosdederechoadministrativo.wordpress.com/procedimiento-administrativo-segunda-parte/).

proceso ha sufrido una considerable ampliación, ergo "no puede admitirse que una pretensión que puede ser llevada ante los tribunales y en la que estos admitan la legitimación de quién la ejerce, no pueda hacerse valer, previamente, frente a la Administración".

Otro claro ejemplo lo ofrece el sabido incumplimiento del principio de celeridad, economía, sencillez y eficiencia. La Administración debe brindar un procedimiento que ofrezca menor complejidad y cantidad de trámites; simplificar el exceso de estos, etc. Solicitar documentación que ya ha sido presentada o que la Administración misma ya posee, son muestras de ello.

Vale recordar que el procedimiento administrativo es el instrumento a través del cual la administración sirve al ciudadano y ciudadana. Donde el ordenamiento jurídico habilita a la Administración para obrar y la legalidad cubre ese obrar de la Administración. Siempre detrás de la actuación de la administración está la potestad, y detrás de esta, la ley. Entonces, no hay facultades que la ley no da y mucho menos autoatribuciones de estas. La limitación de competencias es de interpretación restrictiva: quien genera restricciones y limitaciones a nuestros derechos es el Congreso, no cualquier funcionario.

Una norma extranjera aparece como guía en la materia: el art. 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea **(20)**, prescribe el derecho a una buena administración. El texto consagra lo siguiente: "toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable". Este derecho incluye en particular: el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente; el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial; la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones. En resumidas cuentas, se consagra "el derecho a una buena administración".

Siguiendo con el derecho comparado, me parece interesante destacar lo que ocurre con la legislación española al efecto. Un principio rector es el de celeridad, proclamado en el art. 71.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), que aspira a que los procedimientos se tramiten tan rápido como sea posible, esto es, con la debida diligencia para que se terminen cuanto antes y sin dilaciones indebidas. Recuerdan Rebollo Puig y Vera Jurado **(21)** que el derecho a una buena administración incluye el de que los asuntos sean tratados "dentro de un plazo razonable". Algunas reglas concretas tienen claramente esta finalidad. La LPAC tiene un artículo, el 72, que aparece bajo el rubro "Concentración de trámites", con dos reglas: 1° deben impulsarse simultáneamente todos los trámites que no precisen de cumplimiento sucesivo; 2° debe señalarse plazo al pedir algún trámite a otro órgano administrativo.

En esa lógica, la legislación española consagra como principios fundamentales del procedimiento administrativo la simplificación, celeridad, economía, antiformalismo y acceso permanente.

De lo referido anteriormente, la provincia de Buenos Aires hizo eje al sancionar la ley 14.828 **(22)** que crea el plan estratégico de modernización de la Administración Pública de la provincia de Buenos Aires.

Entre sus fundamentos se encuentran los principios rectores que orientan el "Plan Estratégico de Modernización de la Administración Pública de la Provincia de Buenos Aires" que son la calidad, optimización en el uso de los recursos públicos, economía y racionalidad administrativas, ética y transparencia y participación de la ciudadanía en la gestión pública.

Asimismo, la ley plantea una reingeniería del Estado provincial a través de la transformación institucional, participación ciudadana, mejora de la gestión pública, orientación al ciudadano y modernización de la tramitación administrativa.

(20) Proclamada el 07/12/2000.

(21) REBOLLO PUIG, Manuel y VERA JURADO, Diego J. "Derecho Administrativo", Ed. Tecnos, Madrid, 2018, t. II, p. 29.

(22) Publicada en el BO. del 29/07/016.

En síntesis, el fundamento de la ley se da en la intención de reforzar los ejes centrales para gestión pública y fortalecer la gobernabilidad democrática, brindando herramientas para la transformación de las estructuras burocráticas en núcleos y redes que aporten soluciones a las necesidades ciudadanas.

El breve resumen expuesto, sirve para conocer en bajo qué circunstancias y contexto la Legislatura Bonaerense aprobó el proyecto de ley que fuera publicado en el BO. del 18/01/2020 bajo el N° 15.230.

El avance que implica la sanción de la ley mencionada no debe ser un hecho aislado y más en este contexto, sino que la provincia de Buenos Aires debe avanzar de una vez en la modernización de su estructura y funcionamiento a los fines de brindarle mejores servicios y prestaciones a los administrados. Para ello, en gran parte, es necesaria una reforma sustancial de la ley de procedimientos administrativos que permita el cumplimiento de sus principios rectores y no sea un obstáculo para el reconocimiento, ampliación, creación o tutela de derechos.

VI. Registro de domicilios electrónicos de la provincia de Buenos Aires

Como he señalado, el BO del día 18/01/2020 trajo consigo la publicación de la ley 15.230. En una reciente nota **(23)**, relatamos que esta faculta al Poder Ejecutivo a implementar la constitución de un domicilio electrónico en los procedimientos administrativos prevé la implementación de audiencias virtuales en ellos y crea a su vez el Registro de Domicilios Electrónicos de la provincia de Buenos Aires. Por otro lado, en una nota **(24)** de Lucas Zudaire en el mismo espacio, se resaltó que "en los considerandos del proyecto enviado por el Gobernador Axel Kicillof, se destaca que con el dictado de la Ley 25.506 que reconoce el empleo de la firma digital y electrónica, y a la que la provincia adhirió por Ley 13.666, se impulsa la despapelización del Estado, posibilitando una mejora en la gestión y en el acceso de la comunidad a la información pública".

En el art. 1° encontramos la facultad que se le brinda al Poder Ejecutivo a los fines de implementar la constitución de un domicilio electrónico en los procedimientos administrativos que determine.

Los arts. 2° y 3° relatan que el domicilio electrónico será implementado con carácter obligatorio y sustitutivo del domicilio real y constituido previsto en el art. 24 del dec. ley 7647/70. Esto, aclara la norma, para los procedimientos administrativos que sean determinados por el Ejecutivo. Asimismo, se establece que el domicilio electrónico gozará de plena validez y eficacia jurídica, siendo válidas y vinculantes las notificaciones electrónicas que allí se practiquen "a partir de la fecha en que se encuentren disponibles para su destinatario/a".

La norma, en su art. 5°, hace responsable a la persona interesada, su representante legal o persona apoderada de acceder al domicilio electrónico con la periodicidad necesaria a los fines de tomar conocimiento de las notificaciones remitidas.

A través del sistema a implementar, el titular del domicilio electrónico podrá realizar por medio de este presentaciones electrónicas incluyendo documentación, que será agregada al expediente electrónico. A estos fines, el sistema deberá emitir constancia de fecha y hora de recepción de documentos en forma fehaciente, auténtica, inmodificable e indubitable (art. 6°).

El art. 7° prescribe que la notificación que se hiciere en contravención a lo dispuesto en la normativa será nula, sin perjuicio de la responsabilidad en que incurriere el funcionario o empleado que la practique. Aunque aclara que, si resulta de forma indudable que el interesado ha tenido conocimiento de lo notificado, esta surtirá sus efectos desde entonces.

En relación con las audiencias virtuales, la ley faculta al Ejecutivo a implementar un sistema al efecto en los procedimientos administrativos que determine, garantizando el debido proceso,

(23) Consultar: http://palabrasdelderecho.com.ar/articulo/2187/Domicilios-Electronicos-se-publico-en-el-Boletin-Oficial-la-ley-que-establece-su-obligatoriedad-en-el-ambito-administrativo

(24) Consultar: http://palabrasdelderecho.com.ar/articulo/2133/Provincia-de-Buenos-Aires-es-ley-el-domicilio-electronico-y-las-audiencias-virtuales-en-los-procedimientos-administrativos

seguridad, confidencialidad, integridad, gratuidad y accesibilidad (art. 8°).

Se establece respecto de ellas que podrán ser implementadas con carácter sustitutivo o complementario de las presenciales establecidas en la normativa vigente. Las audiencias, detalla la norma, podrán ser presenciales, mixtas o virtuales. Presenciales serán aquellas "que por celebrarse en un espacio físico admiten la comparecencia personal de los participantes", virtuales serán las "audiencias que se desarrollan y se transmitan en forma telemática garantizando que los participantes tomen intervención a través de los medios técnicos que disponga la autoridad convocante" y mixtas las que "se celebran combinando las dos modalidades anteriores" (art. 9°).

En cuanto a la creación del Registro, lo vemos plasmado en el art. 12 y describe que estará integrado por el conjunto de domicilios electrónicos inscriptos en el sistema establecido la presente ley.

A su vez, aclara que el régimen de los domicilios electrónicos correspondientes a los procesos que tramiten ante el Poder Judicial de la provincia se regirá por el Acuerdo 3989/20 y modif., emanados de la SCBA.

La normativa establece también que el Ejecutivo y la Suprema Corte de Justicia podrán celebrar acuerdos específicos tendientes a la compatibilización de los sistemas de gestión de domicilios electrónicos, cuestión que desarrollaré más adelante.

Por último, el art. 14 prescribe que los sistemas de domicilio electrónico y audiencias virtuales que se implementen serán de aplicación a los procedimientos administrativos que se inicien con posterioridad y a los que se encuentren en curso de ejecución.

VII. Convenio Marco de Colaboración entre la Suprema Corte de Justicia y el Ministerio de Jefatura de Gabinete y acta complementaria n.° 1

Como he detallado anteriormente, en los últimos tiempos se han ido dando avances en materia de implementación de TIC en los procesos judiciales y procedimientos administrativos, siendo gran ejemplo de ello la creación de los Registros de Domicilios Electrónicos del Poder Judicial y de la provincia de Buenos Aires.

En ese contexto, la SCBA y el Ministerio de Jefatura de Gabinete de Ministros de la provincia, suscribieron el Convenio Marco de Colaboración que tiene por objeto establecer acciones conjuntas y coordinadas entre ambas partes, las que en el marco de sus respectivas competencias implementarán aquello que fuere necesario para mejorar la eficacia y eficiencia de los trámites que se practiquen en el ámbito de sus jurisdicciones.

Para ello, la SCBA y el Ministerio se comprometieron mediante el Convenio a integrar los sistemas de gestión para alcanzar los objetivos previstos en él.

El Convenio, que fue registrado bajo el N° 540/20, fue celebrado con fecha 1/09/2020 y fue suscrito por el presidente de la Suprema Corte, Dr. Daniel Fernando Soria, y por el Jefe de Gabinete de Ministros de la provincia de Buenos Aires, Lic. Carlos Alberto Bianco.

Poco tiempo más tarde, el 18/12/2020 precisamente, la Suprema Corte de Justicia, representada por Néstor A. Trabucco —Secretario de Planificación— y Alberto Spezzi —Subsecretario de Tecnología Informática— y el Ministerio de Jefatura de Gabinete de Ministros de la provincia, representado por Sandra D'Agostino —Subsecretaria de Gobierno Digital— suscribieron el Acta Complementaria N° 1 al Convenio Marco de Colaboración, que tiene por objeto la integración entre los sistemas informáticos de ambos poderes para la tramitación de oficios judiciales de manera electrónica.

Como expuse en otra oportunidad **(25)**, los requerimientos que el Poder Judicial efectúa a los organismos del Poder Ejecutivo y que deben ser respondidos por estos como así también las presentaciones realizadas por el Poder Ejecutivo en determinadas causas se efectuarán de manera electrónica conforme lo establecido en el Anexo I del Acta Complementaria.

Para ello, es de singular importancia la constitución de Domicilio Electrónico de cada organismo dado que, en GDEBA, los expedientes

(25) Consultar: http://palabrasdelderecho.com.ar/articulo/2174/Buscan-integrar-los-sistemas-digitales-del-Poder-Ejecutivo-y-el-Judicial-.

electrónicos se caratulan dentro de buzones virtuales pertenecientes a cada dependencia y los oficios enviados por parte del Poder Judicial requieren la parametrización de ciertos valores para identificarlos. En ese sentido, la SCBA almacenará el identificador externo del organismo y consignará el valor requerido por GDEBA para caratular los expedientes en la repartición pertinente.

Ese procedimiento deberá contar necesariamente con una validación manual ya que será necesario acreditar la titularidad de los domicilios.

VIII. Consideraciones finales

La despapelización del expediente judicial y administrativo sin dudas que se encuentra en un gran porcentaje de concreción. Quizás, en mi modo de ver y por lo descrito en el presente, el expediente judicial se encuentra ampliamente en ventaja para lograrlo.

Sin perjuicio de que esto no es una carrera, el avance de implementación de herramientas tecnológicas en el proceso judicial debe inspirar a que los procedimientos administrativos sigan la misma suerte, en el mayor nivel de concreción posible, y con normativa clara y precisa.

Agilizar procesos y procedimientos, garantizar su prosecución, seguridad e integridad es una misión que la provincia de Buenos Aires, desde sus poderes, debe perseguir a los fines de brindarle a la población una buena administración.

Sin lugar a duda que la tarea no es nada sencilla: para hacerlo se deben destinar recursos necesarios para que el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo lleven adelante los avances realizados y por realizar. Contar con sistemas integrados de uso sencillo, dotar a los órganos y organismos de elementos vitales para el desarrollo de sus funciones, capacitar a funcionarios y empleados para que se actualicen y brinden un mejor servicio, etc.

De igual forma, resulta oportuno destacar que el servicio de administración de justicia en la provincia de Buenos Aires ha sido modelo a nivel nacional en cuanto a la prosecución de trámites en el marco de la emergencia decretada, la aplicación de TIC a sus procesos y la rápida respuesta que ha dado frente a una problemática inesperada y sin los recursos necesarios para afrontarla.

Retomando la idea central del presente, la creación de los Registros de Domicilios Electrónicos (del Poder Judicial y de la provincia de Buenos Aires) eleva la apuesta en cuanto a la modernización de los poderes del Estado y su infraestructura. El correcto uso de los sistemas permitirá a las partes, letrados e interesados en general acceder a la información, verificar notificaciones, realizar presentaciones y adjuntar documentación, entre otras tantas bondades que ofrece el sistema.

Además, la seguridad de obtener en el acto una constancia de presentación o notificación según se trate, de no concurrir físicamente, perder tiempo y saturar las mesas de entradas; de celebrar audiencias virtuales sin tener que hacer largos viajes; etc.

El avance en materia de procesos y procedimiento debe ir de la mano de las reformas correspondientes de los cuerpos legales y leyes al efecto (v. gr. Cód. Proc. Civ. y Com. de Buenos Aires; LPA), de una necesaria y completa capacitación de todos los actores: letrados, empleados, funcionarios, magistrados, directores, ministros, etc. así como de la sociedad.

Sin ánimos de plantear una utopía, el mejor y mayor conocimiento que se tenga de los sistemas y la normativa facilitará muchísimo no solo el quehacer de los intervinientes, sino también la tramitación y finalización en tiempos razonables de los procesos y procedimientos.

Considero oportunas y necesarias las reformas desarrolladas en el presente, que deben ser parte de las futuras mejoras que se efectúen. No reconocer estos avances impide la evolución en la materia y los debates a dar al respecto deben superarse rápido y en beneficio de la comunidad.

El avance en materia de procesos y procedimientos no solo beneficia a quienes interactúan cotidianamente con ellos, sino que brinda una mejor calidad de vida a los habitantes, prestando de forma ágil y eficaz los servicios debidos a estos.

Para ello, es necesaria una continuación lógica y coordinada entre los poderes del Estado de las acciones llevadas a cabo en el último tiempo, respaldada de la correspondiente normativa y recursos, sin importar el color político del gobierno de turno, puesto que, en definitiva, todos habitamos este suelo.

La Justicia Municipal de Faltas en la provincia de Buenos Aires

Su problemática y constitucionalidad a la luz de la autonomía municipal

Sofía Antoniuk

Sumario: I. Objetivos del trabajo. Planteo del problema investigativo.— II. Relevancia del tema y planteo de interrogantes.— III. Introducción propedéutica.— IV. La recepción constitucional del municipio.— V. La república municipal. Su autonomía.— VI. La Justicia Municipal de Faltas en el derecho constitucional de las provincias argentinas.— VII. La Justicia Municipal de Faltas en la provincia de Buenos Aires.— VIII. Marco legal reglamentario (dec.-ley 8751).— IX. La jurisprudencia de la Cámara Contencioso-Administrativa de la ciudad de La Plata.— X. La jurisprudencia de la SCBA y de la CS.— XI. La jurisprudencia de la SCBA.— XII. Conclusiones.

I. Objetivos del trabajo. Planteo del problema investigativo

La presente investigación procura proponer y elucidar los conflictos que se suscitan a la luz del contraste de constitucionalidad que obligadamente debe hacerse con el advenimiento de la reforma operada por la modificación constitucional de año 1994 y, las autonomías municipales del art. 123 CN; todo ello respecto del "sistema de justicia de faltas" —dec.-ley 8751/1977, Constitución provincial, Constitución Nacional—, su régimen legal, preexistente, y las diversas manifestaciones complejizadas por las distintas formas operativas, orgánicas, funcionales, que fueron adoptando los municipios de la provincia de buenos aires.

Para ello es necesario también, exhibir y reseñar el sistema judicial de faltas de la provincia de Buenos Aires para identificar su origen y evolución, dar cuenta de sus antecedentes y valorar su dimensión y funcionalidad en los municipios. En esta línea de pensamiento se describe brevemente su organización constitucional, se caracteriza al municipio, se estudia la justicia de faltas y el derecho constitucional de las provincias en Argentina en general y en la provincia de Buenos Aires en particular. Se plantean las diversas modalidades que cada municipio adopta para su justicia de faltas, conociendo su marco reglamentario y la variada jurisprudencia sobre el tema con el fin de arribar a una conclusión.

Este breve esquema de análisis pretende describir y comprender, bajo el prisma de los principios arriba señalados, el alcance funcional y competencial de la autonomía municipal, y la inserción del sistema de justicia de faltas en el ordenamiento jurídico de la provincia, para luego especificar cuál es su esencia, su alcance y la verdadera función que cumplen actualmente.

Sabemos que el fortalecimiento de los municipios en todo sentido ha sido uno de los trabajos más comprometidos e interesantes de la doctrina y la jurisprudencia en los últimos años, que es inherente a la autonomía municipal. Por lo mismo, sugerimos y propugnamos durante todo el trabajo, la existencia de una justicia de

faltas independiente, estable, inamovible y especializada.

II. Relevancia del tema y planteo de interrogantes

La Constitución provincial establece la forma "representativa y republicana", pero cuando se establecen los órganos solo reconocen al Departamento Ejecutivo (intendente) y Departamento Deliberativo (Concejo Deliberante), y en cuanto a la Justicia Municipal de Faltas no se lo reconoce como un tercer órgano de poder sino como ente de naturaleza administrativa con función jurisdiccional.

De este planteamiento surge la motivación de esta investigación y recopilación de datos y jurisprudencia. La cual parte de los siguientes interrogantes:

- ¿Existe una justicia de faltas que respete íntegramente los principios constitucionales que aseguren independencia organizacional y funcional de la justicia de faltas como tal?

- La organización, su estructura y la estabilidad en el cargo de juez municipal, ¿es garantía constitucional?

- En la Constitución provincial de Buenos Aires, ¿es exigible como requisito la existencia de una justicia de falta municipal como Poder Municipal?

- El actual esquema de justicia de faltas existente en la provincia, ¿cumple los recaudos mínimos exigibles del art. 123 de la CN?

- En la democracia representativa, a partir de la división de los poderes y la clásica tripartición, ¿es dable concebir un Poder Ejecutivo (intendente), un Poder Legislativo (Concejo Deliberante) y un Poder Judicial de tercer grado (Justicia Municipal)?

Pues entonces, surge —sin hesitación— que la cuestión a resolver radica en esclarecer si, los municipios cumplen en su organización los principios de un sistema de política representativo y republicano.

Se analizará lo concerniente a la Justicia Municipal de Faltas, su ámbito material y competencial vinculado a lo local, debiendo, desde nuestra opinión, erigirse como un verdadero Poder Judicial independiente.

Para ello intentaré demostrar, que la Justicia Municipal de Faltas debe estar resguardada de todos los principios constitucionales y que asegure —en un mínimo— su independencia organizacional y funcional.

Respecto del régimen constitucional bonaerense, descubriremos que —de alguna manera— omite reconocer a la Justicia Municipal de Faltas como un órgano poder, tal como sugeriremos en el trabajo.

Por lo demás, a partir de la jurisprudencia analizada, se deja entrever que la SCBA sostiene en numerosos precedentes, y siguiendo el criterio de la Corte Federal en lo relativo a su naturaleza, definiéndolos como órganos de la administración municipal con funciones jurisdiccionales, lo que excluye su inserción dentro del Poder Judicial y priva a sus decisiones del carácter de sentencias.

Sin embargo en el precedente más recientemente tanto el Superior Tribunal Bonaerense y la Cámara en lo Contencioso Administrativa de La Plata en numerosos casos vinculados a la temática Justicia Municipal de Faltas, utilizando diferentes tipos de procesos como han sido la acción contencioso administrativa, acción de amparo y conflicto de poderes por mayoría, sea cual fuere la naturaleza de la Justicia de Faltas desde el punto de vista de la organización institucional de los municipios de la provincia de Buenos Aires, ha instaurado un órgano dotado de alguna autonomía funcional y cierta independencia en relación a los dos departamentos que componen la municipalidad.

III. Introducción propedéutica

El presente trabajo efectúa una descripción acerca de la naturaleza, organización y funcionamiento de la "Justicia Municipal de Faltas", de la que no se encuentra mucha literatura jurídica al respecto.

La organización estadual del gobierno local-municipio **(1)**, y su profundización a partir de

(1) Lisandro de la Torre, "organización natural de agrupación individuos". Adolfo Posada Enfoque sociológico

las reformas de las constituciones provinciales con el retorno a la plena vigencia del Estado de Derecho en 1983 y el reconocimiento de su carácter de "gobierno autónomo" **(2)**, profundizaron la trascendencia que tiene el municipio para el modelo federal argentino.

Para ello debemos entender que producto de los principios emergentes en los arts. 1º y 5º de la CN, toda organización estadual infra estado federal y estado provincia deben resguardar en su organización los principios de gobierno representativo y forma republicana.

Así cabe entender cómo se hace realidad el principio republicano en el ámbito municipal, entendiendo que esta se caracteriza por la figura del intendente (Poder Ejecutivo), Concejo Deliberante (Poder Legislativo) y Poder Judicial (Justicia Municipal de Faltas).

Este trabajo está destinado a analizar la figura de la Justicia Municipal de Faltas, su naturaleza y alcance, misiones y funciones.

IV. La recepción constitucional del municipio

En la Constitución federal de 1853 su única referencia a lo municipal estaba dada en el art. 5º (garantía federal) en cuando impone a las provincias, entre otros deberes la obligación de establecer el gobierno municipal, garantizando una mayor descentralización política en el territorio.

Desde antaño los cabildos tuvieron gran trascendencia en la organización de las ciudades, teniendo una gran significación, acuñándose la frase: cabildo, justicia y regimiento, teniendo un abanico amplio de atribuciones.

El cabildo equivalía a la cabeza de la ciudad, teniendo atribuciones en materia de servicios públicos, sanidad, y toda forma directa o indirecta vinculada al progreso local. Además, tenía funciones de justicia, entendiendo en cuestiones justiciables de menor cuantía que en su concepción amplia comprendía el ejercicio del poder de policía.

Esta forma de organización del cabildo fue trascendente para lo que hoy conocemos como municipio y el germen de la organización de las actuales provincias, siendo que el movimiento revolucionario de 1810 en el cabildo de Buenos Aires luego se trasladó hacia el interior dando independencia e importancia política. Tal fue así que las funciones del cabildo eran múltiples hasta que se llevó a su disolución en Buenos Aires por ley del 24/12/1821, que inspirado en las ideas de Bernardino Rivadavia promovía una mayor centralización y la idea de limitar sus atribuciones **(3)**.

Comenzada la organización con la sanción de la CN (1853), recepta a la institución municipal en el art. 5º, al imponer como obligación en la organización de las provincias que establezcan la estructura de los municipios.

El antiguo régimen colonial del cabildo es el antecedente directo de la Justicia Municipal, donde la administración de justicia, el cuidado y ejercicio del poder de policía eran atribuciones propias de lo local. Desde el origen de Buenos Aires, la justicia y la policía fueron vecinales, y ello se originaba en el acta legal del 11/06/1580, que confería a los fundadores la facultad de organizar la justicia y su elemento auxiliar que era la policía. Las actas jurisdiccionales establecen atribuciones amplias y comprenden materias que en nuestros días corresponden a la justicia ordinaria y otras que corresponden a la materia contravencional.

"Núcleo social de la vida humana total, determinado naturalmente por necesidades de la vecindad". Políticamente. "organismo para los servicios" "gobierno y administración propios". Rafael Bielsa, "unidad administrativa simple" "célula del Estado". Alcides Greca, "célula primaria subordinada a leyes superiores". Salvador E. Bauzá, "sociedad natural, relaciones de vecindad reconocido por la ley". Antonio María Hernández, "sociedad organizada" "relaciones necesarias de vecindad" "capacidad económica" y "personalidad propia".

(2) Las constituciones provinciales a partir de la provincialización de los últimos territorios nacionales comenzaron a receptar en sus textos el principio de la autonomía de los municipios, con un sentido amplio (institucional, político, económico-financiero y administrativo).

(3) Se alteró así el sistema comunal de origen español que, a su vez, provenía de derecho romano y con objetivos no centralistas, y se adoptó un modelo opuesto (centralizado) de los prefectos franceses del tiempo del imperio napoleónico

Alberdi, al realizar el proyecto de Constitución para la provincia de Mendoza, establece un poder municipal que opera como cuarto poder dentro de la estructura gubernativa, con atribuciones judiciales, tomando como fuente los antecedentes de los cabildos coloniales.

Con la sanción de la Constitución de 1853, la idea del Poder Judicial municipal quedó desplazada, empezando a entender al municipio como una organización de delegación, sin poderes propios, como mera concesión y revocables de los poderes provinciales, siendo al decir de Sagüés un municipio arrinconado entre la nación y las provincias.

El federalismo argentino representa el modo natural e histórico de ordenar las relaciones y resolver conflictos entre las ciudades-provincia fundacionales primero, y el conjunto de municipios y provincias que conforman la República Argentina, después.

La génesis de la organización sociopolítica se encuentra en las ciudades fundacionales y en los cabildos como su expresión consumada de régimen político.

La organización municipal, cuyas competencias de policía, hacienda, justicia y guerra abarcaban la totalidad de la vida en las ciudades del virreinato, es la base histórica institucional de las provincias y del federalismo argentino.

En 1820, después de la batalla de Cepeda, se produce la descomposición del incipiente poder nacional y comienza el ciclo de consolidación de las provincias.

Estas constituían en todos los casos una proyección territorial de las ciudades, y es comprensible que en el período que va de 1820 a 1853, de fuerte afirmación provincial y régimen pactista confederal, haya menguado el protagonismo institucional de las ciudades y los cabildos.

Así, cuando Rivadavia en 1821 produce la supresión del cabildo de Luján, en realidad se aprovecha de una circunstancia histórica muy particular y de un debilitamiento lento, pero inexorable, de las instituciones locales a partir de la Real Ordenanza de Intendentes que, desde 1782, asignó a los gobernadores e intendentes las mismas funciones que constituían la competencia de los cabildos.

Pero desde el mismo momento en que se produce la convocatoria al Congreso Constituyente de 1853, la importancia de los municipios fue revalorada, lo que se expresa en el decreto de Urquiza de 1852 para organizar el régimen municipal de la Ciudad de Buenos Aires o, por ejemplo, en el proyecto de Alberdi de Constitución para la provincia de Mendoza, reconociendo en él al poder municipal y restaurando la institución de los alcaldes y regidores electivos para la administración de la justicia local.

Todo ello se refleja en la Constitución de 1853 que establece como una de las condiciones para garantizar a las provincias el goce de sus instituciones, que se asegure el régimen municipal (art. 5°).

La cuestión aquí a considerar es si por régimen municipal debía entenderse régimen de autonomía municipal.

Motivo de intensos debates doctrinarios y cambiante jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación.

Justamente, el supremo tribunal entendió en un primer momento que los municipios no eran más que "delegaciones de los poderes provinciales, circunscriptos a fines y límites administrativos que la legislación había previsto como entidades del régimen provincial y sujetas a su legislación" (Fallos 114-282; 123-313; 154-25 y 194-111). Particularmente se considera el fallo "Ferrocarril del Sud c. Municipalidad de Avellaneda" de 1911.

Obviamente, si entendemos por autonomía, en un sentido estricto, la facultad de dictarse la propia norma fundamental y organizar a través de ella el propio régimen municipal, no es esto lo que la Corte entendía en este primer período como: asegurar el régimen municipal, ya que, para ella, bastaba que dicho régimen se organizara a través de la legislación provincial. Esto configuraba el régimen municipal de autarquía, caracterizado por el gobierno propio, pero en base a normas que dicta un orden superior, en este caso el provincial.

Así, la polémica en torno a si la exigencia constitucional del art. 5° comprendía la autono-

mía o la autarquía municipal fue el centro de la cuestión durante más de cien años.

A partir de la década de 1960 y como consecuencia de una fuerte evolución doctrinaria en pro del reconocimiento del municipio como comunidad natural de base territorial y de su derecho a la autonomía, comenzó una lenta evolución jurisprudencial que culminaría con un fallo relevante, en 1989: "Rivademar, Ángela Martínez Galván de c. Municipalidad de la Ciudad de Rosario" (fallos 312-338), en el cual la CS, respecto de un municipio de una provincia que no reconocía en su Constitución la autonomía institucional, estableció que el municipio "tiene base sociológica constituida por su población" y que la Constitución asegura su presencia, lo que hace imposible su supresión. Con ello los diferenciaba de los entes autárquicos y reconocía que son entes de naturaleza política, dotados de autonomía.

Este fallo y la evolución del derecho público provincial que, desde 1985, venía produciendo en todas las reformas de las Constituciones provinciales (a excepción de la de Tucumán en 1991), el reconocimiento de la autonomía municipal preparó el camino para su recepción en el orden constitucional federal con la reforma de 1994.

V. La república municipal. Su autonomía

La ley 24.309 **(4)** de "necesidad de la reforma" incluyó expresamente como punto a tratar el de la autonomía municipal "por reforma del art. 106".

Fue así como el nuevo art. 123 (ex-106) quedó redactado de la siguiente manera: "Cada provincia dicta su propia Constitución conforme a lo dispuesto por el art. 5° asegurando la autonomía municipal y reglando su contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero".

En consecuencia, tenemos que, a partir de la reforma constitucional, el régimen municipal argentino:

1) Debe organizarse sobre la base del reconocimiento de un mínimum de autonomía que, en lo institucional, puede llegar a abarcar la competencia de establecer sus propias normas de organización, además del autogobierno y la posibilidad de establecer impuestos. El máximum de autonomía municipal supone la posibilidad de dictarse la propia Carta Orgánica Municipal. Esto sería (en el lenguaje de la Constitución), la faz institucional de la autonomía ejercida en forma plena.

2) El contenido de esta autonomía, en todos sus aspectos, será "reglado" por las provincias a través de sus constituciones.

3) La regla fundamental en esta materia es la que distribuye las competencias entre la provincia y sus municipios. Pero antes de ello hay tres cuestiones claves en la materia:

a) El concepto de municipio receptado por cada Constitución provincial.

b) El sistema de jurisdicción territorial municipal adoptado.

c) El reconocimiento al municipio de la autonomía institucional (en el lenguaje de la Constitución), que incluya o no la posibilidad de darse la propia Carta Orgánica como marco de sus propias normas de organización político-administrativa y económico-financiera, sin más limitaciones que el orden de competencias provincial. En caso de admitirse esta competencia estaríamos ante una autonomía institucional plena.

Al decir de Antonio María Hernández, no caben dudas que con la introducción del art. 123 en la Constitución nacional reformada, al establecer el principio de "autonomía" en la organización de los municipios, complementa y aclara lo establecido en el art. 5º, prescribiendo que para el ejercicio del poder constituyente por las provincias uno de los requisitos establecidos es el de asegurar un régimen municipal autonómico, entendiéndose que en la organización del gobierno local debe ser respetado el principio de división de poderes.

Al momento de reunirse la Convención Constituyente Reformadora de Santa Fe-Paraná en 1994, solo seis provincias no reconocían en sus Constituciones la autonomía plena al menos para algunos de sus municipios: Buenos Aires, Entre Ríos, La Pampa, Mendoza, Santa Fe y Tucumán.

(4) Fecha de sanción 29/12/1993- Publicada en el BO. del 31/12/1993- se declara la necesidad de su reforma. Promulgada por dec. 2700 del 29/12/93.

Debe entenderse que, al municipio de nuestros días, la Constitución federal le impone la carga político institucional de receptar en sus cartas orgánicas o las leyes orgánicas que sancionen las legislaturas, una organización republicana para lo cual entre otros principios debe establecer los tres poderes (ejecutivo, legislativo y judicial).

Hace tiempo la escuela municipalista de La Plata a través de su máximo exponente, Adolfo Korn Villafañe, en su doctrina de la "república representativa municipal" sostiene que los gobiernos locales deben ser reflejo y semejanza a lo que impone la Constitución nacional para las provincias, ya que el municipio es la máxima descentralización política en la organización federal, respetando el principio republicano de división de los poderes en un órgano ejecutivo (intendente), legislativo (Concejo Deliberante) y judicial (Justicia Municipal de Faltas).

La teoría de la república representativa municipal al bregar por la autonomía, dando rango de poder de estado, de gobierno, al régimen municipal, institucionaliza la independencia funcional de las municipalidades con todas sus implicancias:

- vigencia de los derechos cívicos y electorales;

- elección popular de las autoridades o magistraturas comunales;

- periodicidad en las funciones;

- responsabilidad de los mandatarios;

- publicidad de los actos y de la gestión gubernativa;

- alternabilidad;

- división de los poderes.

Precisamente con referencia a la división de los poderes, independientes entre sí, pero armonizados e integrados, la teoría de la república representativa prevé para el ámbito comunal el respectivo Poder Judicial **(5)**.

(5) BERNARD, Tomás Diego, en su libro "Régimen municipal argentino", p. 101. En el mismo sentido se expresa ROSSATTI, Horacio, en su "Tratado de derecho municipal", t. II, p. 247.

Significa hacer efectivo la imposición constitucional que tiene toda forma de organización política dentro del orden federal de establecer la forma de gobierno representativa y republicana **(6)**.

VI. La Justicia Municipal de Faltas en el derecho constitucional de las provincias argentinas

Si bien las provincias argentinas a lo largo de su historia institucional no tienen un denominador común en cuanto al encuadre jurídico de la Justicia Municipal de Faltas, en cuanto importa en materia de legislación local acerca de su organización, competencias y funcionamiento. Empieza a tomar relevancia en las constituciones provinciales más modernas y en las cartas orgánicas municipales.

En un primer período se reconoció la existencia de la materia contravencional local, pero se ponía en cabeza del intendente su ejercicio (en la actualidad en algunos municipios continúa funcionando de ese modo), quien a su vez lo delegaba en oficinas de sumarios o con competencia en faltas, en las que claramente respondían a organizaciones administrativas con alguna función jurisdiccional. Esto respondía a la idea de órganos administrativos con funciones jurisdiccionales.

Con el paso del tiempo y la necesidad de dotar mayor estabilidad e independencia de los órganos de administración (órgano ejecutivo intendente), se comenzó a crear estructuras denominadas Justicia Municipal que a cargo de jueces letrados se los inviste de independencia del ejecutivo, se establecen reglas para el procedimiento y juzgamiento, marcando la incorporación al proceso municipal de faltas del resguardo de las garantías constitucionales del debido proceso, consagradas en el art. 18 de la CN.

La clásica concepción del municipio como un ente autárquico, y no como un verdadero orden de estado (autónomo), con descentralización del poder y con funciones propias, entendieron que la Justicia Municipal respondía a la idea de tribunales administrativos. Así entendía que

(6) Este análisis surge de relacionar los arts. 1º, 5º y 22 de la CN.

realizan funciones cuasi judiciales, pero sin reconocerlo como Poder Judicial municipal.

Sus precursores entienden que todo organismo legalmente dependiente del Poder Ejecutivo en el ámbito nacional, provincial o municipal aun cuando desempeñe funciones coercitivas similares a las judiciales, no puede ser considerado Poder Judicial pues siempre es un ente subordinado al ejecutivo.

A partir de 1957 se inicia un proceso constituyente provincial caracterizado por el expreso reconocimiento del principio de la autonomía municipal en sus textos constitucionales, receptando dentro de las atribuciones de gobierno local la de establecer juzgados de faltas. En este sentido podemos citar la Constitución de:

- Corrientes de 1960, en su art. 163, inc. 15;

- Chaco del año 1957, en su art. 192;

- Neuquén del año 1957, en su art. 204, inc. k.

En todas ellas se establece la atribución de crear una Justicia Municipal de Faltas, remitiendo a una ley general la reglamentación de su funcionamiento.

Aun cuando no existía ese reconocimiento en el texto constitucional, no ha sido obstáculo para que haya sido creada y organizada la Justicia Municipal de Faltas mediante normativa infra constitucional como ha sido los casos de la provincia de Buenos Aires, Misiones, Santa Cruz, Santa Fe y La Pampa.

Recién a partir del año 1983 resurge un movimiento reformista de los textos de las constituciones provinciales con amplio reconocimiento de la autonomía municipal y la generalizada incorporación en los textos constitucionales de la justicia de faltas y el deber de dictar los códigos de la materia y los procedimientos de actuación ante dichos órganos **(7)**.

A poco que se indaga sobre sus textos constitucionales se observa que establecen como principio de organización municipal la forma "representativa y republicana" pero cuando se establecen los órganos solo reconocen al departamento ejecutivo (intendente) y departamento legislativo (Concejo Deliberante), haciéndolo en cuanto a la Justicia Municipal de Faltas no como un tercer órgano de poder sino como ente de naturaleza administrativa con función jurisdiccional, siendo un error por cuanto desconoce el mandato constitucional de una república municipal.

Así podemos citar la Constitución de Corrientes, que en el art. 233 dice: "Los municipios pueden crear juzgados administrativos de faltas para el juzgamiento de las infracciones a las normas municipales y a aquellas en las que el municipio sea autoridad de aplicación (...)".

Otras, en cambio, tampoco reconociendo la existencia de un Poder Judicial, reconocen la institución Justicia Municipal, pero lo derivan a su reglamentación por ordenanza, como ser Córdoba en su art. 187 que dice: "Las disposiciones orgánicas municipales y la ordenanza que en su consecuencia se dicten pueden autorizar a las autoridades a imponer multas (...). Las disposiciones orgánicas pueden establecer Tribunales de Faltas"; Entre Ríos en su art. 240 dice: "Los municipios tienen las siguientes competencias: (...) 8) Establecer los órganos que intervendrán en el juzgamiento y sanción de las infracciones municipales, organizando un régimen jurisdiccional a cargo de jueces de faltas, fijando una instancia de apelación (...)"; Jujuy en el art. 189 dice: "Es competencia de los municipios, en los términos de la Constitución y la Ley, lo siguiente: (...) 14) Crear tribunales para el juzgamiento de las faltas municipales (...)"; San Juan en su art. 251 dice: "Son atribuciones comunes a todos los municipios, con arreglo a los principios de sus cartas y la Ley orgánica, los siguientes: (...) 5) Crear Tribunales de Faltas y Policía Municipal"; Neuquén en su art. 273 reza: "Son atribuciones comunes a todos los municipios, con arreglo a sus cartas y Leyes orgánicas (...)Crear tribunales de falta y policía municipal (...)"; Tierra del Fuego en el art. 175 dice: "La Provincia reconoce las siguientes competencias solo a los municipios con autonomía institucional: (...) 4) Establecer el procedimiento administrativo y organizar la justicia de faltas (...)"; Salta en su art. 176 dice: "Compete a los municipios sin perjuicio de las facultades provinciales, con arreglo a las cartas orgánicas y Leyes de Municipalidades: (...) La facultad de crear órganos de

(7) Salta (art. 176 inc. 20), San Juan (art. 251 inc. 5º), Jujuy (art 190 incs. 13 y 14), La Rioja (art. 157 inc. 1º), Córdoba (art. 187), Catamarca (art. 252 inc. 13), Tucumán (art. 111) y Tierra del Fuego (art. 175 inc. 4º).

control y tribunales de faltas de conformidad con las respectivas Cartas Orgánicas (...)".

Aquellas provincias que receptan la autonomía plena de los municipios, y que permiten el dictado de su propia carta orgánica, al momento de reglamentar sus órganos, reconocen la existencia de una Justicia Municipal de Faltas, estableciendo sus principios organizacionales y competencias, derivando al dictado de una ordenanza su implementación.

En la comparación de algunas cartas orgánicas se observa su expreso reconocimiento como Justicia Municipal de Faltas (carta orgánica de la ciudad de San Juan y la de Neuquén), en cambio otras como justicia administrativa de faltas (carta orgánica ciudad de Viedma) o tribunales administrativos de faltas (carta orgánica de la ciudad de Córdoba y de la ciudad de Salta). También receptan la Justicia Municipal de Faltas en su carta orgánica las ciudades de San Luis, Jujuy, San Carlos de Bariloche, General Roca, entre otras.

Ya sea en su recepción en la Constitución provincial o en las Cartas Orgánicas todas al momento de establecer sus principios de organización establecen los siguientes:

a) Justicia de faltas con plena autonomía institucional y administrativa.

b) Juez letrado.

c) Procedimiento que asegure el derecho de defensa en juicio y debido proceso.

d) La mayoría recepta el carácter de cargo vitalicio.

e) Procedimiento basado en la celeridad, inmediatez, sencillez de procedimiento y su carácter oral y público.

Entendemos que en la actualidad, a partir de los principios organizacionales y autonómicos que emergen de los arts. 5º y 123 de la Constitución Nacional, serán las provincias en sus constituciones o los municipios al dictar su carta orgánica, quienes ejerciendo su poder constituyente plasmen el principio republicano de división de poderes, debiendo establecer un auténtico Poder Judicial municipal con competencia en el juzgamiento de materia local y eminentemente en materia derivada del ejercicio del poder de policía o contravencional. No habrá autonomía municipal plena si no se reconoce la división tripartita de los poderes en la organización del Estado Municipal **(8)**.

Así podemos sostener que la Justicia Municipal de Faltas de cualquier municipio de la Argentina deberá respetar los siguientes principios organizacionales:

a) órgano creado por ley u ordenanza (organización y funcionamiento);

b) a cargo de juez letrado;

c) inamovilidad del funcionario juez;

d) independencia de los otros poderes locales;

e) se asegure el debido proceso y garantías constitucionales;

f) intangibilidad de la remuneración del juez de Faltas;

g) demás garantías constitucionales que aseguren la independencia del órgano judicial.

Bajo estas premisas corresponde dejar superada la idea de que se trata de organizaciones administrativas jurisdiccionales por cuanto se constituye en Poder Judicial municipal en el marco de las competencias locales **(9)**.

Aun cuando el alcance funcional y de las competencias municipales están limitadas por la Constitución nacional y por el modelo municipal que recepte la Constitución provincial (determinación de las competencias municipales) nada impide que sean las propias

(8) GORDILLO, Agustín (Introducción al Derecho Administrativo) rescata a la Justicia Municipal de Faltas de la Capital Federal de la calificación de "tribunales administrativos", y con identidad similar en razón a la materia y territorio, a la que ejerce la justicia provincial dentro de sus jurisdicciones. Los jueces de faltas como jueces locales.

(9) El "IV Congreso Nacional de Jueces de Faltas Municipales" celebrado en Posadas en octubre de 1988 estableció la eliminación del término administrativo de los Códigos de Faltas de distintas provincias y de cualquier otro ordenamiento que así lo denomine, no admitiendo en el ámbito municipal ningún organismo administrativo con facultades y funciones de jerarquía superiora la del cuerpo judicial.

leyes orgánicas o cartas orgánicas municipales que al momento de reglamentar los poderes-órganos aseguren la división republicana de los poderes, reconociendo un Poder Judicial local que tendrá como misión esencial juzgar las controversias que se susciten como derivación de la competencia local. Y esta última es la única interpretación posible a partir del principio de autonomía que impone el art. 123 de la CN, dado que no hay autonomía posible, sin un Poder Judicial propio del municipio.

VII. La Justicia Municipal de Faltas en la provincia de Buenos Aires

El régimen constitucional de los municipios en la provincia de Buenos Aires se encuentra en la sección séptima de su carta Magna, que en su art. 190 establece: "La administración de los intereses y servicios locales en la Capital y cada uno de los partidos que formen la provincia, estará a cargo de una municipalidad, compuesta de un departamento ejecutivo unipersonal y un departamento deliberativo, cuyos miembros, que no podrán ser menos de seis ni más de veinticuatro (...)".

Aun cuando la propia Constitución nacional impone en carácter de garantía política constitucional la forma de organización republicana, tanto para las provincias como para los municipios **(10)**, no recepta explícitamente el principio de autonomía. Así se observa que, desde la Constitución local, y luego en la Ley Orgánica de las Municipalidades (dec.-ley 6.769/1958), solo reconoce como poderes en el municipio al intendente (Poder Ejecutivo) y al Concejo Deliberante (Poder Legislativo), nada dice acerca de la función jurisdiccional.

La Justicia Municipal de Faltas no contemplada en el régimen constitucional bonaerense histórico, recién la reforma del año 1994 **(11)**, hace una referencia indirecta cuando se reglamenta el Poder Judicial, al sostener en el art. 166: "La legislatura (...) Asimismo podrá establecer una instancia de revisión judicial especializada en materia de faltas municipales (...)", por lo que pareciera negar la posibilidad de existencia de un Poder Judicial municipal con funciones jurisdiccionales stricto sensu.

Esta disposición no puede ser interpretada de manera aislada a lo que mandan los arts. 5º y 123 de la CN, máxime cuando la provincia de Buenos Aires no adaptó su régimen constitucional municipal hacia el principio de autonomía, lo que lleva a algunos constitucionalistas a sostener que la carta bonaerense padece de inconstitucionalidad por omisión.

Partiendo de ello, no puede privar y negar al estado municipal la existencia de un Poder Judicial propio, máxime cuando el citado art. 166 dice: "asimismo podrá establecer una instancia de revisión", preguntándonos qué ocurriría si la legislatura no cumple con esa manda o decide no establecer una instancia de revisión judicial. En este último caso, nos permite afirmar la autonomía municipal jurisdiccional ya que, si la legislatura no establece la revisión judicial, si podrá en cambio reglamentar en la propia Ley Orgánica de las Municipalidades la Justicia Municipal competente en materia local.

En la actualidad nos encontramos lejos de esta situación, siendo que el régimen municipal bonaerense reconoce una autonomía muy devaluada, con clara tendencia hacia la concentración y dependencia institucional, política y financiera de los gobiernos locales hacia el poder provincial.

VIII. Marco legal reglamentario (dec.-ley 8751)

La Justicia Municipal de Faltas en el ámbito bonaerense no emerge ni de la Constitución ni de la ley orgánica de los municipios, sino de una ley especial (dec.-ley 8.751) que lo rige.

El marco de competencias de esa Justicia Municipal de Faltas se aplica al juzgamiento de las normas municipales dictadas en el ejercicio del

(10) Art. 5º. Cada Provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones.

(11) Si bien la ley declarativa de necesidad de la reforma de la Constitución bonaerense habilitaba la modificación de la sección destinada al gobierno municipal, no hubo modificación por cuanto no se reunió la mayoría agravada que se exigía para su reforma.

poder de policía y a las normas nacionales y provinciales cuya aplicación corresponda a las municipalidades (art. 1º), siendo competente en nuestros días en materia de tránsito, salubridad, espectáculos, edilicia, derecho consumidor, etc.

Aun cuando el dec.-ley 8751/1977 reglamenta el funcionamiento del órgano Justicia Municipal de Faltas, dispone que la jurisdicción para el conocimiento y juzgamiento de los casos puede darse mediante dos mecanismos **(12)**:

a) Por los jueces de faltas en aquellos municipios en los que el Concejo Deliberante los hubiere creado por ordenanza.

b) El intendente en los casos que no hubiere sido creado el órgano Justicia Municipal de Faltas, o en caso de excusación de los jueces de faltas.

Se observa que no resulta imperativo para todos los municipios de la provincia de Buenos Aires el establecimiento de una Justicia Municipal, sino que responde a una decisión política local y que debe ser expresada en una Ordenanza.

En la actualidad grandes ciudades tienen creada y organizada la Justicia Municipal luego de su creación por ordenanza, como son las ciudades de Bahía Blanca, Junín, La Plata, Mar del Plata; en cambio, otras —aun cuando la densidad poblacional y niveles de conflicto lo recomiendan— persisten en mantener la función en cabeza de los intendentes, como es el caso de La Matanza **(13)**, Chascomús y Berazategui. Esta última posibilidad, amén de estar prevista normativamente, incurre en una grave inconstitucionalidad por cuanto el intendente se convierte en juez y parte, ya que la autoridad administrativa de comprobación de la infracción resulta un empleado municipal dependiente del órgano ejecutivo y al mismo tiempo este se constituye en juez del caso, todo ello violenta la garantía constitucional de juez imparcial o tercero imparcial (art. 18, CN).

En los términos actuales del régimen constitucional federal y la recepción del principio de autonomía, debería modificarse el dec.-ley 8.751/1977 y establecer que todos los municipios hoy en día tengan organizada una Justicia Municipal independiente del órgano ejecutivo.

Si bien como sostuviéramos en párrafos anteriores que los únicos órganos reconocidos en el ámbito municipal bonaerense son el intendente y el Concejo Deliberante, se observa que la Justicia Municipal —en los casos que son creados por ordenanza— se encuentran revestidos de ciertas garantías que son propias de los magistrados *stricto sensu,* como ser (arts.: 21, 22, 23, 26 y 46 del dec.-ley 8.751/1977):

- la designación del intendente con previo acuerdo del Concejo Deliberante;

- inamovilidad en el cargo;

- órgano *ad hoc* y específico para su remoción;

- intangibilidad de las remuneraciones;

- procedimiento verbal, sencillo y actuado;

- siendo ejecutivo, estos sueldos no podrán ser disminuidos mientras permanezcan en funciones.

Lamentablemente esta no es la postura asumida por el legislador bonaerense y la interpretación de la SCBA, quienes entienden que se trata de un órgano administrativo de cuyas decisiones —aun cuando el art. 51 dice "sentencia" y art. 54 dice "de las sentencias definitivas"— deben ser revisables o controlables en una instancia judicial.

En un inicio se pensó que las resoluciones que dictaran los juzgados de faltas fuesen revisables por el fuero contencioso administrativo. No obstante, la ley 12.008 **(14)** exceptuó de conocimiento del fuero aquellas decisiones del órgano judicial previsto en el art. 166 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires, quedando vigente lo establecido en el dec.-ley 8.751/1977 que establecen como alzada la justicia en lo criminal y correccional, hoy la justicia correccional **(15)**.

También debe superarse la visión legislativa que permite asumir al intendente la función de la Justicia Municipal de Faltas en aquellos munici-

(12) Art. 19, dec.-ley 8.751/1977 y modificatorias.

(13) En este caso se ha mantenido sin Justicia Municipal de Faltas hasta diciembre de 2014 que se ha creado por ordenanza municipal.

(14) Código Contencioso Administrativo de la provincia de Buenos Aires, en vigencia desde el 01/06/1999 según ley 12.162.

(15) Art. 19 dec.-ley 8.751/1977 y modificatorias.

pios que no hubieren sido creados por ordenanza municipal, siendo que ello claramente quiebra la garantía constitucional de ser enjuiciado por un tercero imparcial al revestir el intendente una doble condición, autoridad de constatación de la infracción —el inspector o empleado municipal es un dependiente del intendente— y órgano del juicio municipal de faltas, claramente inconsistente a la luz de la citada garantía. Así resulta necesario que la legislatura modifique el dec.-ley 8.751/1977 y torne obligatorio para todos los municipios de la provincia de Buenos Aires el establecimiento en el ámbito de su competencia el órgano Justicia Municipal de Faltas.

IX. La jurisprudencia de la Cámara Contencioso-Administrativa de la ciudad de La Plata

La Cámara Contencioso Administrativa sostiene en su precedente predilecto relativo a la siempre particular situación jurídica que ostentan los jueces de faltas, de conformidad al derecho público provincial, que se erige en el principal sustento del pronunciamiento de mérito estimatorio de la pretensión (arts. 18, 19, 21, 22 a 25 y 26, dec.-ley 8751 y ley 10.269), un criterio que asimismo encuentra aval en la doctrina de la Suprema Corte de Justicia consignada por la *iudex* como en la presente.

IX.1. Causa: 9084-M CCALP "Tucci, Juan Carlos c. Municipalidad de Lomas de Zamora s/ pretensión, restitución o reconocimiento de derechos"

Juan Carlos Tucci, a través de sus representantes letrados, y promueve demanda contencioso-administrativa contra la municipalidad de Lomas de Zamora de la provincia de Buenos Aires.

Por la pretensión que deduce persigue pronunciamiento que anule el dec. 396/2004, que dispusiera su cese como juez de Faltas de ese Distrito Comunal, y que declare inconstitucional la Ordenanza 10.782 en la que se informara ese acto de ejecución.

El relato de demanda describe el contenido de la Ordenanza 10.782 que suprimiera dos de los cuatro juzgados de faltas existentes.

En esencia, la presentación revela un núcleo de embate, para la conducta administrativa, que se expone en la situación especial de estabilidad que la ley de creación otorgaría a los jueces de Faltas de los municipios de la provincia de Buenos Aires (ley 8751; t. seg. ley 10.269).

Luego, la demandada —comuna de Lomas de Zamora— toma intervención.

No obstante, acompaña el dec. 414/2004 por el que se suspendiera los alcances del acto de baja (396/04) y plantea la necesidad de un pronunciamiento declarativo en relación con el régimen de licencias del demandante.

Con ese marco replica los argumentos de inicio y reivindica las potestades comunales de crear y suprimir órganos de la Justicia de Faltas, para encuadrar en ese conjunto de atribuciones, y en su legítimo despliegue, la situación que afectara al actor.

La jueza de 1° instancia ordena a la municipalidad demandada a reincorporar al actor en el ejercicio del cargo de juez de Faltas y a pagarle las remuneraciones devengadas desde su cese hasta la efectiva reincorporación.

El pronunciamiento apelado transcurre por la autonomía funcional para estos casos respecto del resto de los departamentos de gobierno comunal.

Se sostiene en la inobservancia de las formas legales para hacer cesar al actor en su cargo, conducta municipal que censura desde el espacio que aportan las normas de los arts. 22, 23, y 24 de la ley 8751.

Llega de ese modo a un perfil de ilegitimidad para el acto singular de baja.

El actor se agravia de esa decisión a través del recurso de apelación.

Hace lo propio la parte demandada.

A la cuestión planteada, el Dr. De Santis dijo: "Con ese cometido he de destacar que la aplicación de la regla del paralelismo de las formas que trae la sentencia impugnada, si bien válida como principio general, ofrece en la controversia una cortapisa insalvable de aplicación constituida por la estabilidad con la que cuentan los jueces municipales de Faltas (art. 22, ley cit.), y su origen en una fuente legal a la que deben estricta sujeción los órganos comunales en el ejercicio de sus funciones.

"Ello así, la Ordenanza 10.782 se expone desbordando atribuciones cuyo despliegue no ofrecería flanco de embate frente a órganos sin cobertura efectiva por aquel que ejerza la función de la jurisdicción municipal, pero que en caso contrario revela el obstáculo de un perfil funcional que se asienta en la estabilidad especial con que la ley los dota luego de su alta como tales (arts. 21, 22 y ccs. ley 8751, t. seg. ley 10.269).

"Pues, esa misma potestad la tiene el Poder Legislativo de la provincia respecto de los Organismos Judiciales, más siempre a salvo la garantía de inamovilidad de los magistrados que es condición de ese ejercicio y constituye su límite insalvable.

"De otro modo la garantía de independencia, que es determinante en la labor de la jurisdicción, carecería de protección suficiente, y se desvirtuaría con destino cierto en el quiebre del principio de división de poderes que es de la esencia del sistema constitucional (ver arts. 166 tercer párr. y 176 CPBA).

"El perfil de los Jueces Municipales de Faltas, si bien carente de definiciones orgánicas en la Constitución de la provincia, más allá de la mención su art. 166 segundo párr. y sin incidencia en él, reproduce un sistema de garantía e independencia funcional que, aunque de fuente legal común, guarda contornos simétricos de imparcialidad y autonomía decisoria.

"Estos se constituyen con la estabilidad singular reconocida y con un único espacio de cese erigido en torno al procedimiento de remoción del sistema normativo (arts. 23 y ss. ley 8751, t. seg. ley 10.269).

"Ese marco excluye causales no imputables a la conducta del Juez de Faltas que, válidas en cualquier otro ámbito de empleo público con la consiguiente reparación sustitutiva de la estabilidad en especie, carecen de posibilidad en el espacio legal de definición del régimen provincial particular (ley 8751).

"Este ha venido a integrarse a la Ley Orgánica de Municipalidades (decreto ley 6769/58), pues su mismo rango constitucional lo ha sabido colocar en idéntico nivel constitutivo y a él deben sujeción los poderes públicos comunales.

"De ese deber dan cuenta de manera suficiente los arts. 190 y 191 de la Constitución de la provincia.

"Esos límites han sido excedidos por la decisión del cuerpo deliberativo comunal con un acto general cuya extensión no ha sabido observar el confín al que remite el grado de prelación establecido en la Constitución provincial.

"Ha desvirtuado así un régimen de inamovilidad que condiciona su actividad de poder.

"Así derivo en que la Ordenanza 10.782 ha excedido las fronteras impuestas por la ley 8751 (t. seg. ley 10.269) para el ejercicio de las atribuciones del Departamento Deliberativo en materia de órganos de la Justicia de Faltas.

"Ella ha quebrado la estabilidad que da perfil de autonomía a la función así creada, al generar una causal de cese que no solo carece de recepción en el sistema, sino que a la vez implica quebrar las bases de un modelo que impide la intromisión de una función sobre otra.

"Esto último constituye un aspecto que ha sabido preservar el espacio de rango legal destinado a vallar las variables de intervención de las funciones deliberativas locales con relación a la justicia de faltas (arts. 190, 191 y ccs. CPBA y arts. 22 sigs. y ccs. ley 87151 cit.).

"La Ordenanza 10.782 es inaplicable al caso suscitado y así debe declararse, pues sus términos han tenido destino en una causal de cese vedada por la ley a la que debe tributo (arts. 21 y 22 ley 8751, t. seg. ley 10.269).

"Por derivación cae bajo la misma tacha de invalidez el decreto de ejecución 396/2004, todo lo cual conduce mis razones hacia la confirmación del fallo recurrido, con arreglo a lo precedentes alcances.

"B) En materia de costas, el agravio de la parte actora carece de consistencia para desplazar la aplicación de la regla general del art. 51 de la ley 12.008 (t. seg. ley 13.101), pues la conducta procesal de la Municipalidad demandada no reporta contornos temerarios ni maliciosos.

"Su actuación, por censurable que pueda parecer para su contraria, ha sabido exponer un comportamiento siempre dirigido a su legítima

defensa, sin ofrecer aristas de entorpecimiento del curso adjetivo, ni propósitos o actitudes destinadas a una labor jurisdiccional a sabiendas de inutilidad.

"No advierto en esa actuación inconductas censurables desde el ángulo de la temeridad o la malicia procesal.

"Así las cosas, el recurso merece rechazo en este aspecto.

"Así, propongo:

"Rechazar el recurso de apelación de la parte demandada y, con los alcances precedentes, confirmar la sentencia impugnada en cuanto ha sido materia de sus agravios (conf. arts. 166 CPBA, 12 inc. 1, 55, 56, 58, 59 y ccs. del CCA).

"Declarar inaplicable al caso la Ordenanza 10.782 de la Municipalidad de Lomas de Zamora (arts. 57, 166, 190 y 191 CPBA y 21, 22, 23, 24 y 25 ley 8751, t. seg. ley 10.269).

"Rechazar el recurso de la parte actora para el accesorio en materia de costas, confirmando su distribución en el orden causado y decidiendo con el mismo criterio las generadas en esta instancia (conf. art. 51 del CCA). Así lo voto".

A la cuestión planteada, el Dr. Spacarotel dijo: "I.- Discrepo con la postura adoptada por el magistrado que me precede en orden.

"II.- En efecto, en autos se cuestiona la validez de la Ordenanza 10.782, que suprimiera el juzgado de faltas 4, y el decreto 396/04, que dispuso el cese de la actora.

"En relación a la Ordenanza 10.782 ha de expresarse que resulta menester dejar a salvo la facultad del Concejo Deliberante derivada del art. 19 inc. "a" del Dec. Ley 8751/77 t.o. 1986, en tanto dispone que la jurisdicción en materia de faltas será ejercida "Por los Jueces de Faltas, en aquellos partidos donde su Departamento Deliberativo hubiere dispuesto la creación de Juzgados de Faltas", ello a los fines de suprimir estructuras o disponer su reorganización.

"Ello así toda vez que la propia SCBA, ha dejado expresamente sentada la facultad del Concejo Deliberante en el tópico en estudio —de así corresponder—, por principio del "paralelismo de la Competencia" (SCBA B 57.912, "Concejo Deliberante de Coronel Suarez", res. del 6.5.97 y B 57.454, "Sebey", sent. del 1.3.04, voto Dr. Negri).

"Sin perjuicio de ello, distinta es la situación del juez de faltas, al que la ley le asigna un grado de autonomía especial, derivado de un singular régimen de designación y remoción, para el que concurren la voluntad conjunta del departamento ejecutivo y deliberativo, conteniendo causales taxativas para su relevamiento (arts. 21, 22 y 23, Dec. ley 8741/77).

"Ello así, la actora fue privada de una función pública estable, con rango legal, y consecuentemente, al no poder asignársele otra —allí se potencia el agravio—, generando las consecuencias lesivas del obrar municipal, y en tal caso se advierte el gravamen progresivo en derechos de innegable carácter alimentario, que, sin dudas, genera afectación concreta de la estabilidad predicada a la situación del Juez de Faltas.

"Insisto, no se trata pues de enjuiciar la validez de la Ordenanza 10.782, sino que, en tal caso, la vulneración ostensible del régimen legal de remoción previsto por el decreto ley 8741/77, todo lo cual luce alterado por el decreto 396/2004, en tanto el funcionario ha sido desplazado ilegítimamente, y congruentemente corresponde que la Comuna proceda a reasignarle las tareas objeto de cese.

"En efecto, es dable distinguir la potestad municipal de crear o suprimir estructuras, con el particular estatus y estabilidad que ostenta el Juez de Faltas municipal. Es sin duda la función que goza de estabilidad y en tal caso el titular del órgano, no lo relativo a la estructura que lo asiste. Los titulares de semejantes órganos cuasijurisdiccionales son funcionarios municipales que designa el intendente municipal previo acuerdo del Concejo Deliberante (art. 21). Gozan de estabilidad o inamovilidad en sus funciones (art. 22, primera parte) y están amparados por un régimen especial de remoción para preservar su autonomía (arts. 22, segunda parte y ss.).

"Lo reprochable del decreto cuestionado es que la Municipalidad ha eludido el procedimiento legal específico previsto en caso de remoción del juez de faltas (cfr. SCBA arg. causa B. 63.590, "Saisi", sent. de 05/03/2003), alterando el mecanismo de enjuiciamiento reglado en los arts. 23 y siguientes del dec. ley 8751/1977 que era exigible al caso.

"A cambio de lo expuesto la situación singular de la Justicia de Faltas, no autoriza el desplazamiento e inaplicabilidad de la Ordenanza N° 10.782.

"Desde antaño la CS ha sostenido que la Justicia Municipal de Faltas no posee las notas propias del Poder Judicial, constituyendo solo órganos administrativos cuyas decisiones no revisten el carácter de sentencias (cfr. CS. Fallos 310:674; 310:1380; 311:334; 326:4087). En similar sentido se ha expresado la Suprema Corte al resaltar que la índole de las funciones que ejercen y el grado de autonomía funcional con que el legislador los ha dotado, que presenta similitudes con la estrictamente jurisdiccional, no alteran esa calidad de órganos administrativos municipales (cfr. causa I. 2214, "Di Mantova", sent. de 16/02/2005).

"Por ello, en tanto no es correcto asimilarlos plenamente a la condición de jueces, en los términos contenidos en la Sección Sexta de la Constitución provincial; tampoco gozan de la garantía de inamovilidad con el mismo alcance consagrado en su art. 176.

"En efecto, la Constitución de la provincia, en su sección séptima dedicada al régimen municipal, no contiene ninguna disposición que aluda a la justicia de faltas municipal. El art. 166 —en su texto de 1994— confiere a la Legislatura la atribución de establecer "una instancia de revisión judicial especializada en materia de faltas municipales" (segundo apartado, art. cit.), siendo esta la única referencia constitucional acerca del punto.

"En cumplimiento de lo dispuesto por el art. 191 de la Carta local, la legislatura deslindó las atribuciones de los dos departamentos que componen una comuna en la Ley Orgánica de las Municipalidades —decreto ley 6769/1958—. La escasa reglamentación que esta norma incluyó sobre la materia confirió al Departamento Ejecutivo la facultad de aplicar "... las sanciones establecidas en las ordenanzas" (ver arts. 162 a 164).

"La actual organización de la justicia de faltas fue instituida por el dec. ley 8751/1977 —posteriormente enmendado por la ley 10.269—, norma que modificó sustancialmente la reglamentación que sobre el punto traía el dec. ley 6769/1958 a la que se hizo alusión en el párrafo anterior.

"Esa legislación prevé que las faltas municipales sean juzgadas, en principio, por los intendentes y, en los municipios en los que se creen Juzgados de Faltas, por los Jueces de Faltas. Es verdad que incorpora ciertas disposiciones destinadas a que, en caso de ponerse en marcha esos organismos, estos gocen de cierta autonomía funcional, como aquellas que establecen los procedimientos para el nombramiento y la remoción de los jueces de faltas.

"Con todo, el llamado "Código de Faltas" no ha organizado una suerte de "Poder Judicial Municipal", dotado de la independencia que, como dato esencial, caracteriza a los órganos jurisdiccionales. Prueba de ello es que el juzgamiento de las faltas se confiere tanto a los intendentes como a los jueces de faltas y, en uno u otro caso, las decisiones que dicten están sujetas —con idéntico alcance y efectos— a revisión de los jueces pertenecientes al Poder Judicial.

"De lo expuesto cabe inferir que los juzgados de faltas municipales, en aquellos municipios en los que han sido creados, son dependencias administrativas de la comuna, que forman parte del Departamento Ejecutivo.

"En el caso, la ordenanza Municipal de Lomas de Zamora N° 10.782 dispuso la supresión de los Juzgados de Faltas N° 3 y N° 4, congruentemente, no veo obstáculo jurídico para reprochar a la Ordenanza en cuestión.

"III. Ahora bien, habiéndose disuelto la Justicia de Faltas, y los órganos administrativos que le sirven de asiento, no procede la reincorporación del agente en los términos peticionados en tanto, ello podría causar una innecesaria perturbación a la actuación de la administración local (doctr. CS Fallos 314:12002), en tanto que, por conducto de una decisión judicial, se estaría revirtiendo una reorganización administrativa del sistema de juzgamiento de faltas municipales —Ordenanza 10.782—.

"Por ello considero procedente hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, declarar la nulidad del decreto 396/2004 y reincorporar al actor asignándole funciones de rango y remuneración equivalentes a las que cumplía al tiempo del cese (conf. doctrina SCBA causa B 63.590, "Saisi", sent. del 05/03/2003). Así lo voto".

Y, por último, la Dra. Milanta dijo: "Considero que corresponde confirmar la sentencia de primera instancia tanto en la solución que decide cuanto en los fundamentos que la sostienen.

"A fin de formar mayoría de opinión con los miembros del tribunal, adhiero a las razones volcadas por los jueces preopinantes en torno a la particular situación jurídica que ostentan los jueces de faltas, de conformidad al derecho público provincial, que se erige en el principal sustento del pronunciamiento de mérito estimatorio de la pretensión (arts. 18, 19, 21, 22 a 25 y 26 decreto-ley 8751 y ley 10.269), criterio que asimismo encuentra aval en la doctrina de la Suprema Corte de Justicia consignada por la *iudex* como en la presente.

"La fuerza de dicha circunstancia es la que torna inaplicable al caso del accionante, que accediera al cargo de Juez de Faltas con arreglo al procedimiento legal (Ordenanza 9617/00 y decreto 237/2000) necesario para dotarlo de la especial estabilidad —y consecuente inamovilidad— garantizada por el citado régimen normativo (cfr. art. 17, Const. Prov.), la Ordenanza municipal que suprimiera el órgano del que era titular (O.M. 10.782). En tal sentido, comparto la conclusión alcanzada en la sentencia a partir de tal antecedente —origen del estatus jurídico invocado por el actor—.

"Mas al respecto expongo mi reserva de juicio en torno a la postura del Dr. De Santis que relaciona la potestad del Concejo Deliberante para reorganizar la estructura de la justicia de faltas, incluso, suprimiendo alguno de los organismos creados a ese fin, con las causales de cese de los funcionarios que la tienen asignada. En este tópico, participo de la posición que adopta la sentencia y desarrolla el juez de segundo voto, dejando a salvo de censura la atribución del departamento deliberativo por aplicación del principio del paralelismo de la competencia en armonía con la inteligencia que provee la doctrina del máximo tribunal provincial (causas B-57.912 y B.57.454 cits. en el segundo voto), de la que estimo no es pertinente apartarse en este punto. Queda en claro que se trata de una reorganización que no supone la supresión de la propia organización, situación que podría justificar un análisis diferente.

"No se ha adentrado el pronunciamiento, como tampoco el contenido de la presente, sobre otros aspectos de la Ordenanza de reestructuración que no sea el de la competencia, motivo que obsta a su incorporación y tratamiento en esta oportunidad (doctr. art. 168, Const. Prov.).

"Por último, no veo discrepancias sustanciales entre los votos precedentes en orden a la entidad institucional que reviste la justicia de faltas como a la calidad que para los principios republicanos de gobierno reporta su funcionamiento. Punto en el que la creación de tales órganos —tribunales o juzgados— implica un progreso en la diferenciación de funciones retenidas hasta entonces en la materia por el Intendente Municipal. Mas, la controversia no involucra decisión sobre este aspecto.

"Bajo las condiciones de la causa, y con la salvedad expresada en torno a los fundamentos expuestos por los jueces preopinantes que motivan mi parcial adhesión a ambos, me expido por la confirmación de la sentencia de la jueza de primera instancia, debiendo rechazarse los recursos de apelación deducidos por ambas partes.

"En relación a las costas, presto mi conformidad con el rechazo del agravio de la actora, propuesto por el juez de primer orden. Así lo voto".

La Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en La Plata, resuelve por mayoría hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, declarar la nulidad del dec. 396/04 y reincorporar al actor asignándole funciones de rango y remuneración equivalentes a las que cumplía al tiempo del cese.

X. La jurisprudencia de la SCBA y de la CS

El criterio que históricamente ha sostenido y mantenido este Tribunal es que, a diferencia de otros regímenes municipales, el de la provincia de Buenos Aires no es una mera dependencia o delegación administrativa del poder provincial, pues tiene jerarquía institucional netamente demarcada por la Constitución, la cual le ha conferido las facultades necesarias para que pueda atender eficazmente los intereses o servicios locales ("Acuerdos y Sentencias", 1957-V-519; 1966-II-181) y en dicho régimen las municipalidades se desenvuelven sin sujeción a ninguna otra autoridad ("Acuerdos y Sentencias", 1960-VI-328).

En el primero de los fallos citados, con el respaldo de los arts. 5° y 106 de la CN de 1853-1860,

se destacó la significación del régimen municipal bonaerense en orden al cumplimiento de las funciones y finalidades que le asigna la Constitución y que no cede a las restricciones que pudieran emanar de dispositivos meramente legislativos. Se expresó entonces que "esa relevancia se perfila a través de los textos de las constituciones y de los debates de las asambleas constituyentes, en especial de 1873, donde llegó a propiciarse que se lo calificara de otro poder del Estado, descartándose pues, el preconcepto de observar nuestros municipios como meras delegaciones administrativa de los poderes provinciales, y resaltándose el concepto de facultades sustantivas de los municipios que no pueden ser cercenadas por la ley reglamentaria. No se trata de atribuciones que dependan en su ejercicio de las que conceda o no la ley, que constitucionalmente se las ha enunciado con la significación cuantitativa y cualitativa ínsita en la expresión: atender eficazmente los intereses y servicios locales, insistiéndose en el principio de facultad municipal de fuente constitucional directa; que no puede quedar desplazada por la ley (conf. voto del doctor Rozas al que expresaron su adhesión los doctores Acuña Anzorena, Fernández, Merbilhaa, Mercader, Bustos, e indirectamente el doctor Quijano, causa B. 42.200, "Grunbaum", sent. del 12/11/1957).

Por aplicación de tales principios es que el Tribunal se ha pronunciado a propósito de la competencia reglamentaria municipal en distintas materias, como la tributaria (conf. causas I. 1.306, "Dupraz", sent. del 28/05/1991; I. 1541, "Bernal de Palacio", sent. del 29/12/1998, entre otras), organización y prestación de servicios públicos de autotransporte de pasajeros (conf. causa I. 1460, "Expreso Merlo Norte S.A. de Transporte", sent. del 09/03/1999, entre otras), u otros, adopción de planes y sanción de normas atinentes a las condiciones de vida de la ciudad (conf. causa I. 1248, "Sancho", sent. del 05/05/1990), procedimiento administrativo municipal (conf. doct. causa B. 52.829, "El Rápido del Sud S.A.", res. del 09/10/1990), etc.

En la materia específica empleo público, la Suprema Corte de Justicia, antes y después de 1994, al tratar la cuestión del régimen jurídico al que quedaban sometidos agentes que la provincia transfiriera a las municipalidades, aplicando criterios que armonizan plenamente con los que vengo desarrollando, ha dado prevalencia al régimen jurídico estatutario municipal por sobre el que emanaba de un convenio colectivo (conf. causas L. 47.090, "Michelena", sent. del 07/04/1992; L. 55.876, "Arnedo", sent. del 19/12/1995; L. 55.896, "Quiroga", sent. del 09/04/1996; L. 59.029, "Yanotti", sent. del 11/02/1997; entre otras).

En tales precedentes, al descalificarse fallos del fuero laboral que habían resuelto en sentido contrario al indicado, la cuestión fue tratada en los términos de la competencia municipal en materia de empleo público. Se dijo entonces que no pueden desconocerse las facultades del poder municipal en esa materia, haciéndose mérito de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del caso de fecha 21/05/1989, "Rivademar, Ángela D. B. Martínez Galván de c/ Municipalidad de Rosario", en el cual, antes de la reforma constitucional de 1994, se decidió que la necesaria existencia de un régimen municipal impuesto por el art. 5 de la CN como organismo de gobierno de carácter esencial, convalida la autoridad local de las municipalidades que tienen un ámbito propio a administrar y poder para designar y remover a sus empleados. También reconoció el Tribunal federal en esa causa que los municipios no pueden ser privados de las atribuciones necesarias para el desempeño de su cometido, pues fácil es advertir que si se encontraran sujetos en ese aspecto a las decisiones de una autoridad extraña —se refería entonces la Corte nacional a la propia provincia que había normado una cuestión de empleo público municipal— esta podría impedirles el cumplimiento de sus funciones negándoles el personal necesario para llevarlo a cabo, o causar el desorden administrativo o la ruina económica, imponiéndoles un número excesivo de empleados o remuneraciones que sus recursos no permitiesen afrontar (conf. votos del doctor Salas en causas L. 47.090 y L. 55.876 cits., conf. mis votos en causas L. 55.896 y L. 59.029 cits. —los otros miembros del Tribunal adhirieron a tales votos—).

El mencionado y conocido pronunciamiento de la Corte federal "Rivademar" es relevante en orden a las atribuciones inherentes a las municipalidades, y además por la analogía sustancial con el presente caso, que deriva de la materia en tratamiento ya que en aquel, como en este, se trataba de la potestad reglamentaria en materia de

empleo público municipal, que había reasumido la provincia de Santa Fe. El alto Tribunal destacó especialmente que la necesaria existencia de un régimen municipal impuesta por el art. 5º de la Constitución determina que las leyes provinciales no solo no pueden legítimamente omitir establecerlos, sino que tampoco pueden privarlos de las atribuciones mínimas necesarias para el desempeño de su cometido, entre las cuales resulta esencial la de fijar la planta de personal, designarlo o removerlo (Fallos 312:326).

XI. La jurisprudencia de la SCBA

La Suprema Corte de Justicia bonaerense sostiene en numerosos precedentes, y siguiendo el criterio de la Corte Federal en lo relativo a su naturaleza, definiéndolos como órganos de la administración municipal con funciones jurisdiccionales, lo que excluye su inserción dentro del Poder Judicial y priva a sus decisiones del carácter de sentencias. Entendiendo que ejercen función administrativa es que la Corte de Justicia de la Nación ha dispuesto la aplicación de su doctrina sobre el "control judicial suficiente" a las decisiones que dictan estos órganos **(16)**.

Sin embargo, en el precedente "Sebey" (Causa B 57.454 del año 2004) en voto mayoritario del Juez Negri sostuvo: "(...) La actual organización de la justicia de faltas en la provincia de Buenos Aires ha sido instituida por el dec.-ley 8.751/1977 —enmendado posteriormente por ley 10.269— norma que modificó sustancialmente la escasa reglamentación que sobre el punto traía el dec.-ley 6.769/1958 (arts. 162 a 164). El llamado Código de Faltas Municipales establece que el juzgamiento de estas estará a cargo de la justicia de faltas "(...) cuya organización, competencia, régimen de sanciones y procedimiento se regirán por la presente Ley".

También dispone que la jurisdicción en materia de faltas será ejercida por los jueces de faltas en aquellos partidos en los que el departamento deliberativo hubiese dispuesto la creación de juzgados de faltas; por los intendentes, en los partidos en donde no hubieren juzgados de faltas o donde los hubiere en los casos de excusación de estos y, en grado de apelación, por los jueces de primera instancia en lo penal —actualmente en lo criminal y correccional— (art. que formule su defensa y ofrezca y produzca en la misma audiencia la prueba de que intente valerse, bajo apercibimiento de hacerlo conducir por la fuerza pública y que se considere su incomparecencia injustificada como circunstancia agravante. En la notificación se transcribirá este artículo. La audiencia se fijará para una fecha comprendida entre los cinco **(17)** y diez **(18)** días de la resolución que lo ordena y se notificará al imputado con una antelación mínima de tres **(19)** días.

El mismo ordenamiento, tras consagrar los requisitos para ser juez de faltas, prevé que estos serán designados por el intendente municipal, previo acuerdo del Concejo Deliberante (art. 21), determina expresamente su inamovilidad del cargo y regla procedimiento especial de remoción (arts. 22 a 25), así como aspectos vinculados con la remuneración que no podrá ser disminuida mientras permanezcan en las funciones (art. 26). Como ha sostenido el Tribunal —por mayoría— en la causa B 57.912 citada, sea cual fuere la naturaleza de la Justicia de Faltas desde el punto de vista de la organización institucional de los municipios de la provincia de Buenos Aires, el citado ordenamiento legal (Código de Faltas: dec.-ley 8.751 y ley 10.269) ha instaurado un órgano dotado de alguna autonomía funcional y cierta independencia en relación con los dos departamentos que componen la municipalidad. Y principalmente, en lo que respecta al tema de debate en autos, a que, enmarcado en tal propósito, se ha previsto claramente que su creación solo puede ser dispuesta por el Concejo Deliberante (art. 19, inc.

(16) CS, in re "Derna" Fallos 301:1160; "Lococco" Fallos 310:674; "Di Salvo" Fallos 311:334, entre otros.

(17) BERNARD, Tomás Diego, en su libro "Régimen municipal argentino", p. 101. En el mismo sentido se expresa ROSSATTI, Horacio, en su "Tratado de derecho municipal", t. II, p. 247.

(18) Art. 5º. Cada Provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones.

(19) Se alteró así el sistema comunal de origen español que, a su vez, provenía de derecho romano y con objetivos no centralistas, y se adoptó un modelo opuesto (centralizado) de los prefectos franceses del tiempo del imperio napoleónico

"a") y que para la designación de los jueces es necesario el concurso de ambos departamentos (art. 21). La misma finalidad, evidentemente, persiguen las normas recordadas ut supra, que consagran su inamovilidad y la intangibilidad de sus remuneraciones.

Este precedente contemporáneo, reafirma y mantiene el criterio sostenido en la causa B 57.912 "Concejo Deliberante de Coronel Suárez", siendo que posteriormente han llegado a conocimiento del Superior Tribunal Bonaerense numerosos casos vinculados a la temática Justicia Municipal de Faltas, utilizando diferentes tipos de procesos como han sido la acción contencioso-administrativa, acción de amparo y conflicto de poderes.

A continuación, realizaremos un conteo de la doctrina judicial emergente en diferentes casos llegados a conocimiento del máximo tribunal.

XI.1. Causa B 57.912, "Concejo Deliberante de Coronel Suárez c. Municipio de Coronel Suárez s/ conflicto de Poderes" del año 1997

El presidente del Honorable Concejo Deliberante del municipio de Coronel Suárez plantea y denuncia conflicto de poderes contra el Ejecutivo Municipal por cuanto este mediante acogimiento a la ley provincial de emergencia económica y racionalización administrativa dispuso la supresión de la Justicia Municipal de Faltas. Sostuvo que la actual organización de la Justicia de Faltas en la provincia de Buenos Aires ha sido instituida por el dec.-ley 8.751/1977, siendo que una vez creados no pueden válidamente suprimirse, ello solo podría hacerlo, en el marco normativo actualmente vigente y en virtud del principio de paralelismo de las competencias, el Concejo Deliberante. Sea cual fuere la naturaleza de la Justicia de Faltas desde el punto de vista de la organización institucional de los municipios de la provincia de Buenos Aires, del análisis de los arts. 19, 21/26 del dec.-ley 8.751/1977 se permite inferir que el legislador bonaerense —ya en período de iure— ha querido instaurar un órgano dotado de alguna autonomía funcional y cierta independencia en relación con los dos departamentos que componen la municipalidad. La creación de la justicia de faltas solo puede ser dispuesta por el Concejo Deliberante y para la designación de los jueces es necesario el concurso de ambos departamentos. Las atribuciones invocadas por el Departamento Ejecutivo, que son las que excepcionalmente le ha otorgado la ley 11.685 **(20)** (de reorganización de estructuras administrativas en las municipalidades y sus entes descentralizados), no autorizan el dictado de un acto que disponga el cese del Juzgado Municipal de Faltas, la extinción de la relación de empleo público de su personal jerárquico y la reasunción por su parte, del juzgamiento de las faltas municipales. La Suprema Corte Bonaerense dicta sentencia haciendo lugar al conflicto de poderes, dejando sin efecto el decreto del intendente municipal que disponía la disolución del Juzgado Municipal de Faltas de Coronel Suárez y el cese de su titular.

En el mismo sentido, podemos citar las causas: B 57.761 "Striebeck, Federico Augusto c. Municipalidad de Coronel Pringles s/ demanda contencioso administrativa" del año 2001, B 62.266 "Andrenacci, Roberto Enrique c. Municipalidad de Bahía Blanca s/ demanda contencioso administrativa" del año 2008, B 63.590 "Saisi, Griselda c. Municipalidad de General Rodríguez s/ acción de amparo" del año 2011 y B 65.697 "Neuman, Diana y Otros c. Municipalidad de General San Martín s/ demanda contencioso administrativa" del año 2013.

Por último, la SCBA reafirmó el principio de autonomía de los municipios a través de la causa

(20) La ley provincial 11.685 (prorrogada su vigencia por ley 11.907) dispuso en su art. 1º "Declárase de interés provincial la reorganización de las estructuras administrativas y la racionalización y ordenamiento eficaz de los recursos humanos de las municipalidades de la Provincia, sus entes descentralizados, organismos desconcentrados y todo otro ente en el que los Municipios o sus entes descentralizados tengan participación total o mayoritaria de capital o en la formación de sus decisiones", art. 3º "Los titulares de los Departamentos Ejecutivos Municipales podrán disponer la extinción, supresión, transformación, escisión o fusión de unidades o dependencias orgánicas cualquiera sea su denominación o ubicación estructural, asignándoles incluso a las subsistentes las misiones, funciones, acciones y objetivos y ámbitos de competencia que estime corresponder. La reorganización estructural así dispuesta comprenderá las modalidades previstas en los artículos siguientes con todos sus alcances y efectos". La citada normativa habilitaba la posibilidad de establecer la disponibilidad del personal con o sin obligación de prestar servicios, jubilación obligatoria, jubilación anticipada, retiro voluntario, entre otras medidas de emergencia.

I 2021 RSD-207-14 carátula: "Municipalidad de San Isidro c/ provincia de Buenos Aires s/ Inconstitucionalidad ley 11.757" (magistrados votantes: Negri-Soria-De Lázzari-Kogan-Pettigiani).

En este caso, la municipalidad de San Isidro, deduce demanda originaria ante la SCBA, en los términos de los arts. 161 inc. 1º de la Constitución provincial y 683 y siguientes del Cód. Proc. Civ. y Com., pretendiendo la declaración de inconstitucionalidad de la ley 11.757, por colisionar e infringir la norma del art. 192 inc. 3º de la Constitución provincial y el principio de supremacía de la CN en punto a la autonomía de los municipios (arts. 5°, 31 y 123 de la CN).

La sentencia declara la inconstitucionalidad y su consecuente inaplicabilidad de artículos especificados en la misma (norma 11757), en el ámbito de la municipalidad de San Isidro, haciendo hincapié en la autonomía municipal.

Esta demanda la realiza la comuna de San Isidro (Poder Ejecutivo) en atención a la vulnerabilidad de su autonomía. La Suprema Corte con el voto del juez doctor Soria en mayoría, no deroga la ley, sino que declara la inconstitucionalidad de artículos específicos so pretexto de la autonomía municipal.

A la cuestión planteada, el señor juez doctor Negri dijo: "Como conclusión de lo expuesto hasta el momento, puede afirmarse que en el marco de las normas constitucionales provinciales —aun frente a su falta de actualización específica en el proceso reformador de 1994— se reconoce como atribución inherente al régimen municipal el dictado de ordenanzas y reglamentos estatutarios de su personal, conclusión que —al menos en cuanto interesa a la controversia del caso— compatibiliza con el contenido mínimo de la "autonomía municipal" consagrada a nivel federal (art. 123, CN) que, sin perjuicio de la reglamentación de sus alcances, la provincia ha de asegurar. Atribución "inherente" es atribución propia, consustancial a la institución, que forma parte de la naturaleza de la organización o entidad, que no se recibe por delegación, sino que nace como pertenencia esencial a partir de la norma fundamental, la Constitución. Autonomía y potestad inherente son conceptos que se integran necesariamente. Ningún grado de autonomía —si se acepta que esta puede ser más o menos amplia— es concebible sin potestad de organización interna. Más allá del "alcance" que pueda atribuirse a la autonomía municipal —en los términos del art. 123 de la CN— hay mínimos inderogables por debajo de los cuales la autonomía queda irreversiblemente desnaturalizada.

"(...) La evolución de los contenidos de la Ley Orgánica de las Municipalidades en el deslinde de atribuciones de los departamentos que conforman el gobierno municipal, se yuxtapone con una paralela proyección —en el mismo marco normativo— de los alcances de las competencias inherentes a las comunas atribuidas por la Constitución, de lo cual resulta que esas competencias no son tales porque las confiera el Legislador.

"Así consolidado a nivel de interpretación legislativa —pero con claro sustento constitucional— el principio de potestad inherente a los municipios en torno a la reglamentación del empleo público municipal se produce en el año 1994 la reforma de la Constitución nacional con la trascendente inclusión de la "autonomía municipal" en su art. 123, ya comentado.

"Declara la inconstitucionalidad in totum de la ley 11.757 por transgresión a los arts. 190, 191 —primera parte—, 192 incs. 3º y 6º, 194 y concs. de la Constitución provincial y 1º de la misma carta y 5, 31 y 123 y concs. de la CN. Por consiguiente, la Municipalidad de San Isidro, actora en esta causa, no queda sujeta a dicho ordenamiento (art. 688, Cód. Proc. Civ. y Com.)".

El señor juez doctor Soria dijo: "El municipio de San Isidro impugna la ley 11.757 porque, a su juicio, infringe lo dispuesto en el art. 192 inc. 3º de la Constitución de la provincia y también por cuanto considera que dicha legislación desconoce la "... supremacía de la CN, en punto a la autonomía de los municipios" (arts. 5, 31 y 123 de la CN; fs. 33 vta.).

Afirma que la regulación del empleo público local es una "... atribución inherente al régimen municipal..." y que el art. 192 inc. 3º de la Constitución de la provincia de Buenos Aires es comprensivo no solo de la designación de los agentes comunales, como su texto lo expresa, sino de la sanción de las normas sobre sus derechos, obligaciones y las garantías.

Funda su planteo en el precedente "Rivademar" de la CS (Fallos 312:326) y en el art. 123 de la CN.

Tras referirse críticamente a lo que entiende es el nivel de "detalle [de la ley] que no deja intersticios" (fs. 34), reseña una serie de preceptos que —en su parecer— agravian poderes que reivindica como propios. Uno de ellos concierne al régimen de reemplazos del personal, el cual, según asevera, rige indistintamente para una municipalidad como la de San Isidro, que presta servicios complejos (v.gr., la salud pública o algunos educativos) y para otras, de escala inferior, lo que le impide a la actora acudir a un procedimiento eficaz para designar agentes sustitutos y atender los problemas generados por las ausencias de los funcionarios titulares en uso de licencia con goce de haberes.

Lo expuesto determina que la pretensión articulada prospere con el alcance que seguidamente se precisa. Debido a las características peculiares del presente litigio, se impone efectuar una serie de aclaraciones sobre el contenido resolutorio de esta sentencia.

Con el alcance señalado, debe hacerse lugar a la pretensión articulada en autos por la actora.

Por los fundamentos antes consignados, corresponde hacer lugar parcialmente a la pretensión incoada, declarando la inconstitucionalidad de los arts. 1°, 2°, 3°, 4°, último párrafo, 6°, 8°, segundo párrafo, 9°, 10, 11, 12, 13, 18, 24 inc. 2, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24 inc. 2, 26, segundo párrafo, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 48, 50, 51, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 76, 78, 81, 92, 93, 94, 96, 97, 98, 99, 100, 101 y 103 de la ley 11.757, en los términos detallados más arriba en el ap. IV. 3., por cuanto avanzan en exceso sobre sus potestades de administración del personal y dirección política de los asuntos e intereses locales (arts. 5°, 31 y 123, CN, de consuno con los arts. 1°, 3°, 190 y concs., Const. prov.) y su consecuente inaplicabilidad a la Municipalidad de San Isidro".

XII. Conclusiones

A modo de conclusión podemos afirmar que el municipio en su actual visión constitucional, y a partir de la manda establecida por los arts. 5º y 123 de la Constitución federal, establece —en su organización— los principios de un sistema de organización política representativo y republicano, en donde exista una democracia de representación y una estructuración a partir de la división de los poderes.

Pues es dable afirmar que, en la medida que se cumpla con las condiciones de reconocer la clásica tripartición:

- Poder Ejecutivo (intendente).

- Poder Legislativo (Concejo Deliberante).

- Poder Judicial (Justicia Municipal).

El régimen de justicia de faltas deberá insertarse y erigirse como un espacio de poder, autónomo, independiente, con estabilidad y especialidad en su ámbito de competencias, estructurales y funcionales.

En esta dirección de análisis, es evidente que la CN, permite concebir y consagrar una Justicia Municipal de Faltas, desde el atalaya mínimo de competencias autónomas institucionales de los arts. 5 y 123. Esta tiene materia y competencias propias vinculadas a lo local, debiendo reconocerse como un verdadero Poder Judicial independiente.

En su organización la Justicia Municipal de Faltas debería estar resguardada de todos los principios constitucionales que aseguran su independencia organizacional y funcional:

- inamovilidad y estabilidad en el cargo de juez municipal;

- designación por acto político complejo;

- remoción por órgano especial;

- intangibilidad de remuneraciones;

- actuación orientada en respeto a las garantías constitucionales del debido proceso (juez tercero imparcial, debido proceso, defensa en juicio, etc.).

Basándonos en el régimen constitucional bonaerense, no es dable concebir a la Justicia Municipal de Faltas como un órgano poder de tercer grado. Ya que este omite exigir y solo hace mención introduciendo en la reforma de 1994 en el art. 166 sección destinada al Poder Judicial provincial al establecer una manda a la legislatura en la que indica que "podrá" establecer un procedimiento judicial de revisión en materia de faltas municipales, siendo la única mención en todo el texto constitucional bonaerense.

El término "podrá establecer" no solo implica delegar a lo que disponga la legislatura en una

ley específica, sino que esta no puede ser aislada y ajena a los principios que impone la supremacía de la Constitución nacional (arts. 5º, 31 y 123), fortaleciendo la institución municipal y no subordinando sus decisiones al control del Poder Judicial provincial, sino reconociendo una Justicia Municipal con facultades jurisdiccionales en materia local propia. El control de las decisiones de la Justicia Municipal de Faltas por parte del Poder Judicial provincial genera una subordinación impropia a la luz del principio de autonomía e independencia institucional y política que reconoce nuestra Constitución.

En este sentido, el legislador bonaerense no sigue los lineamientos de otras provincias que además de asegurar explícitamente en sus constituciones la autonomía de los municipios, también aseguran la existencia republicana de un Poder Judicial local.

El juzgamiento de las faltas, por la especialización técnica que requiere y por la naturaleza materialmente jurisdiccional de la actividad, reclama su separación de la función política, de gobierno y administración, que corresponde al intendente municipal. Desde ya, los derechos de los ciudadanos, a una instancia jurídica independiente, corroboran esta posición.

El fortalecimiento de los municipios en todo sentido ha sido uno de los trabajos más comprometidos e interesantes de la doctrina y la jurisprudencia en los últimos años.

La consideración del municipio como una entidad política con autonomía permite replantear y profundizar el análisis de sus características, entre los cuales la administración de justicia es un pilar fundamental, sobre todo a la luz de un derecho que aspira a modernizarse en función de más democracia, más control y más descentralización de poder hacia un auténtico modelo federal para la Nación Argentina.

Como ya dijimos antes, es inherente a la autonomía municipal que sugerimos y propugnamos durante todo el trabajo, la existencia de una justicia de faltas independiente, estable, inamovible y especializada.

Las diversas modalidades que cada uno de los municipios adopte dentro del ámbito de sus competencias autonómicas deberían comenzar a respetar esos principios por imperativo implícito del art. 123 CN.

Es así como surge, diáfano, el debido alcance y extensión que ha de dársele al art. 123, y su vinculación con las atribuciones de la provincia de Buenos Aires.

Queda en evidencia que la realización de los postulados del art. 123 de la CN exigen una intermediación o desarrollo normativo propios de la esfera provincial. Esas son decisiones del constituyente y del órgano legislativo, inherentes a la deliberación y el debate democráticos, que suponen ponderar (y por tanto están libradas a un extenso abanico de) diversas opciones políticas, económicas y sociales (v.gr., en cuanto a si introduce grados de autonomías en función de categorías de municipios, a los órganos que consagra o al deslinde de las competencias materiales, etc.), cuya valoración resulta en principio ajena a la esfera de conocimiento jurisdiccional (CS, Fallos: 329:3089; 330:4866, 331:2691, entre otros).

De todas formas, la fuerza normativa que dicha cláusula constitucional posee por haber sido incorporada al peldaño superior del sistema jurídico (art. 31, CN), así como la consecuente gravitación y centralidad que cabe asignársele en el entramado de competencias estatales, hacen que ella deba funcionar de alguna manera, al menos como principio, guía o patrón de interpretación para la solución de conflictos, cuando esté comprometido el acceso del municipio a ciertos grados de autogobierno estimados necesarios o relevantes para la satisfacción de los fines de la institución; entre otros, los que expresan la aptitud de establecer sus reglas y de dirigir por sí, conforme a ellas, los asuntos locales sin injerencias indebidas de otra autoridad estatal. La cláusula del art. 123, en suma, dista de reflejar una advocación retórica o meramente programática. Reviste valor jurídico positivo, es operativa y vinculante para las autoridades provinciales (arts. 1°, 5°, 31, 123, 128 y concs., CN; 1°, 3°, primer párrafo, y concs., Const. prov.).

Por lo tanto, con ser necesariamente pasible de modulación por cada ordenamiento provincial, la autonomía municipal que prescribe el art. 123 implica atribuirles a las entidades locales una condición necesaria, garantizada constitucionalmente. No consiste en una opción potestativa para las provincias. De aquí surge, porque su pre-

sencia y actuación permanentes deben ser aseguradas, no es procedente desconocer o alterar dicha cualidad autonómica mediante normas o actos capaces de privarle al municipio del núcleo esencial de poderes reconocibles como de propia disposición, en el plano institucional, político, administrativo, económico y financiero. Ese ámbito en principio no abordable por medio de reglas provinciales integra un haz de competencias de su titularidad, necesario para organizar y gestionar los asuntos locales a cargo de sus autoridades democráticamente electas, en beneficio de la comunidad, bajo su responsabilidad y con arreglo al ordenamiento constitucional o en vista de la consecución de fines superiores que en él se consagran. Por tal motivo la autonomía local, a la vez que supone un arbitrio de privativa incumbencia, no excluye la configuración mediante normas provinciales, en tanto sean razonables y proporcionales a los fines previstos en el art. 123 de la Constitución nacional (arts. 1°, 5°, 28 y concs., CN; doct. CS., Fallos 325:1249, cit.).

En la actualidad es permanente la búsqueda del deseo de fortalecer la autonomía municipal, como expresión democrática de la célula primaria de la expresión social.

En ese designio, es dable observar que la compleja y variada realidad social, no concuerda con el escenario en el cual tuvo origen y desarrollo del municipio tradicional.

La inmediatez, y la proximidad, eran factores inherentes al lugar o a lo local; empero, hoy no tienen —en la actualidad— la misma significación. La globalización ha impactado en la vida social, y el municipio no ha escapado a ello.

De allí se sigue que las reglas, las normas de convivencia, las regulaciones sociales y, en última instancia, la Justicia de faltas municipal, deberá *aggiornarse* a la nueva dinámica de las relaciones interpersonales que se generan en la vida municipal.

Es sin dudas la justicia de faltas un nuevo calibre regulador de los nuevos y complejos entramados sociales que se suceden en el siglo XXI, y base fundamental de una república.

Afirmar la autonomía municipal, y la independencia de una justicia de faltas local, era el pensamiento alberdiano.

En efecto Alberdi sostenía la admisión de un municipio autónomo y libre respecto al poder central, y a ello lo podemos vincular a lo que en la concepción alberdiana se define como república posible y república verdadera.

Para Alberdi, la política parte de los hechos y de las costumbres, y son los componentes de la tradición federal los que aparecen como disgregadores, obstruyendo la instauración de una república verdadera.

Dentro de esos componentes, se incluye la vieja tradición española de autonomía comunal representada en la figura del cabildo. En consecuencia, el municipio autónomo y libre solo será posible y deseable cuando se produzca el cambio en la sociedad y esta produzca el cambio en el estado (Juan Bautista Alberdi, "Bases y puntos de partida parala organización política de la República Argentina", ed. Juan Roldán, Buenos Aires, 1915, p. 124).

La Escuela Municipal de La Plata, fundada por Adolfo Korn Villafañe, consideró —con singular recepción por la doctrina— que el municipio es una república representativa, que debe constituirse a imagen y semejanza del Estado federal y los Estados provinciales. Al calor de ese insigne legado, entendemos que, en pos de su vigencia, debemos enmarcarnos en la tarea de vigorizar la autonomía de los municipios, para de esa forma, contribuir al fortalecimiento de la justicia local y de la democracia republicana y federal reafirmada en la Constitución del año 1994.

Un municipio sin justicia es una célula sin vida.

Para el Papa Francisco es necesario afirmar "con constancia y determinación el valor principal de la justicia indispensable para el correcto funcionamiento de cada ámbito de la vida pública y para que todos puedan llevar una vida serena".

Así lo indicó, durante una audiencia este sábado 09/02/2019 concedida a la Asociación Nacional de Magistrados realizada en la Sala del Consistorio del Vaticano con ocasión del 110º aniversario de fundación.

Ojalá este trabajo contribuya y aporte luz a esta problemática.

JURISPRUDENCIA ANOTADA

TELECOMUNICACIONES

Firma comercial que posee local de atención al público con salida a la calle. Tasas municipales. Acción meramente declarativa.

Con nota de Laura Karschenboim

1. — Los gravámenes cuya aplicación cuestiona la actora —tasa por inspección de higiene—, resultan de naturaleza estrictamente municipal y han sido adoptados dentro del ámbito de competencias propias de la municipalidad de Concordia, provincia de Entre Ríos, establecidas por el art. 18 de la ordenanza municipal 35201.

2. — El municipio, en el marco de sus competencias propias y específicas, dispone controles y gravámenes sobre una firma comercial —de telecomunicaciones— que posee un local de atención al público con salida hacia la calle, dentro del ejido urbano de la jurisdicción municipal, sin que las aludidas competencias municipales interfieran o perturben el servicio que presta la firma, ni las funciones que competen a la ENACOM **[1].**

3. — Si bien la municipalidad de Concordia se encuentra habilitada constitucionalmente para el dictado de su propia Carta Municipal, en tanto la misma aún no ha sido dictada, dicho municipio se rige por la Ley Orgánica de los Municipios de Entre Ríos 10.027, que en su art. 3° dispone que todos los municipios entrerrianos tienen autonomía institucional, política, administrativa, económica y financiera.

4. — La ley nacional de telecomunicaciones 19.798 somete a jurisdicción nacional los servicios públicos de telecomunicaciones que excedan el ámbito territorial del municipio o provincia y otorga competencia al Poder Ejecutivo nacional en lo atinente a la fiscalización de ese servicio. Además, es el ENACOM quien tiene asignado el control, fiscalización y verificación administrativa y técnica de las telecomunicaciones.

5. — Relaciones de derecho público, pueden ser objeto de acciones meramente declarativas para oponerse a tributos que el contribuyente considere arbitrarios o cuestiones sobre las que existe incertidumbre en cuanto a la constitucionalidad del derecho pretendido, así como para discernir conflictos interjurisdiccionales.

JNFed. Contenciosoadministrativo Nro. 8, 25/11/2020. - Telefónica Móviles Argentina SA c. EN - ENACOM y otro.

[Cita on line: AR/JUR/75314/2020]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] En "Telefónica de Argentina c. Municipalidad de Chascomús", 18/04/1997, Fallos: 320:619, AR/JUR/3211/1997, rechazó la acción meramente declarativa deducida por una compañía telefónica a los fines de obtener un pronunciamiento contrario a la exigibilidad del pago de los tributos municipales en concepto de "habilitación comercial", "seguridad, salubridad e higiene" y "publicidad y propaganda".

COSTAS

Se imponen por su orden.

51401/2016

1ª Instancia.- Buenos Aires, noviembre 25 de 2020.

Resulta:

1. A fs. 2/32 la firma Telefónica Móviles Argentina SA deduce acción declarativa de certeza contra el Estado Nacional - Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM) y la Municipalidad de Concordia, con el objeto de que se establezca certeza respecto de la situación provocada por la conducta de la municipalidad demandada y la omisión del ENACOM con relación a la aplicación, determinación y exigibilidad de la "Tasa por Inspección de Higiene, Sanitaria, Profilaxis y Seguridad" y la "Tasa Comercial" mediante la cual se grava de forma directa el servicio interjurisdiccional de telecomunicaciones, sin que sea procedente que el municipio codemandado violente el sistema regulatorio a través de la imposición de la tasa cuestionada que implica un avasallamiento a las facultades del Gobierno Federal.

Pretende que se declare que es facultad del Estado nacional, a través de los organismos competentes regular, controlar y fiscalizar el servicio de comunicaciones que presta.

Asimismo, peticiona la declaración de lesividad de la conducta omisiva del Estado Nacional, que en su carácter de autoridad de aplicación y control del plexo normativo regulatorio de la actividad desarrollada, no ha impedido ni cuestionado judicialmente la constitucionalidad, legalidad o eficacia de la Resolución N° 168/2016 dictada por la Municipalidad de Concordia, ni ha realizado acciones para imponer la supremacía de las normas federales aplicables a la materia.

Solicita se declare la improcedencia, inaplicabilidad e inconstitucionalidad de la tasa cuestionada, por entender que dicho tributo violenta en forma clara y precisa las leyes 19.798 y 27.078 y los derechos y garantías recogidas en la Constitución Nacional, como

así también la competencia exclusiva del Estado nacional en la materia.

Refiere que el 28/06/2016 fue notificada de la Resolución 168/2016 de fecha 26/06/2016 mediante la cual se resolvió reclamarle un total de pesos treinta y dos millones doscientos ocho mil ochocientos nueve ($32.208.809), en concepto de tasa y multa.

Explica que la cuestión central que se discute en estas actuaciones es si la Municipalidad de Concordia tiene potestad y facultad para exigir el pago de dicha tasa, cuando nunca le prestó de manera concreta y efectiva servicio alguno que justifique esa millonaria pretensión fiscal, por lo que considera que nos encontramos en un típico caso de tributación local abusiva que no solo tiene una finalidad netamente recaudatoria, si no que —en su opinión— afecta de modo directo los arts. 31 y 75 inc. 13 de la Constitución nacional al entorpecer, dificultar y obstruir el servicio interjurisdiccional de telecomunicaciones que presta en Entre Ríos y en el resto del país.

Advierte que el municipio aquí codemandado exige el pago de una millonaria tasa sobre la base de atribuirse el 32,97% de la totalidad de los ingresos obtenidos por la firma en toda la Provincia de Entre Ríos y, además, le aplica una alícuota del 7 % sobre la misma base imponible.

Considera que la pretensión fiscal de la Municipalidad de Concordia vulnera las leyes 19.798 y 27.078; y violenta las facultades del Estado Nacional en la materia y que dicha circunstancia debió provocar por parte de la ENACOM la inmediata defensa de sus competencias federales exclusivas y excluyentes sobre el servicio en cuestión.

Funda la procedencia de la vía intentada.

Pide medida cautelar.

Cita jurisprudencia, ofrece prueba y formula reserva de caso federal.

2. Por resolución del 20 de octubre de 2016, se rechazó la medida cautelar pedida por la actora (fs. 113/114), decisión que fue confirmada por la Sala V de la Cámara del Fuero (fs. 128/130).

3. A fs. 155/158, la accionante amplía demanda y pone en conocimiento del tribunal el juicio de apremio iniciado por la Municipalidad de Concordia ante la Justicia Provincial a fin de exigir el pago de las tasas cuya constitucionalidad se discute en las presentes actuaciones.

4. A fs. 170/176 contesta demanda el Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM).

Luego de una negativa pormenorizada de los fundamentos de la demanda, opone en primer término y como defensa de fondo, falta de legitimación pasiva de su parte, en tanto no tiene responsabilidad alguna al no haber presentado la actora ninguna petición o denuncia en su ámbito sobre la supuesta ilegalidad de la imposición de la tasa en cuestión por parte de la Municipalidad de Concordia.

Manifiesta que no se comprende cual es el sentido de demandar al ENACOM cuando lo pretendido es la declaración de inconstitucionalidad de una ordenanza y los actos de aplicación que efectuara el Municipio de Concordia, Provincia de Entre Ríos.

Luego señala la improcedencia formal de la vía intentada, por no reunir la acción los requisitos que establece el art. 322 del CPC.

Efectúa una reseña de las normas aplicables en relación al servicio de telecomunicaciones.

Sostiene que las municipalidades claramente carecen de competencia sobre la prestación del servicio de telecomunicaciones en si mismo, por imperio de la ley de telecomunicaciones N° 19.798, pero son titulares de facultades en lo atinente a la materia urbanística, social, zonal en el territorio, e impositiva que graven a las instalaciones, pero no en cuanto a la materia especifica de las telecomunicaciones

Cita jurisprudencia, funda en derecho y formula reserva del caso federal.

5. A fs. 178/181 la parte actora contesta el traslado de la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el ENACOM y solicita su rechazo.

6. A fs. 184/228 contesta demanda la Municipalidad de Concordia y plantea excepción de incompetencia.

Efectúa una negativa pormenorizada de los fundamentos de la demanda.

Justifica la potestad tributaria originaria de la Municipalidad, de conformidad al art. 123 de la Constitución nacional, los arts. 195 y 196 de la Constitución Provincial de Entre Ríos; la Ley Orgánica Municipal N° 10.027, reformada por Ley N° 10.082 y el Código Tributario Municipal.

Sostiene que el control municipal se vincula con el establecimiento en esa ciudad de un local comercial, a efectos de comercializar productos de telefonía y servicios y que la potestad tributaria descripta en los artículos 18 y 19 de la parte Especial del Código Tributario Municipal no se superpone con el control nacional.

Señala que el control municipal al que se refiere se vincula directamente con el establecimiento dentro del éjido de la Municipalidad de Concordia, de un lo-

cal comercial perteneciente a la actora, a efectos de comercializar productos de telefonía y servicios.

Aclara que el Municipio de Concordia no tendría facultades (ni pretende, ni lo hace) para gravar el servicio de telecomunicaciones, el cual está claramente normado por las leyes nacionales N° 19.798 y 27.078, pero si tiene facultades para hacerlo respecto de los servicios de inspección de establecimientos comerciales, tales como los relativos a salubridad, seguridad e higiene, tal el caso de la actora.

Refiere que la actora resulta ser contribuyente de la Municipalidad de Concordia, con local situado en el domicilio fiscal en calle... de la Ciudad de Concordia, número de cuenta..., cuya actividad principal es la de "Servicio y venta de Equipos de Comunicaciones" y "Comunicaciones Telefónicas", sujeto por ende, a la normativa tributaria local.

Afirma que la tasa reclamada no viola las leyes 19.798 y 27.078 y por último, solicita se declare que son legítimas las facultades de la Municipalidad de Concordia para el cobro de las tasas en cuestión y la accionante, sujeto pasivo de las mismas.

Ofrece prueba, cita jurisprudencia y formula reserva de caso federal.

7. A fs. 232/235 la parte actora contesta la excepción de incompetencia opuesta por la codemandada Municipalidad de Concordia.

8. A fs. 240/241, previo dictamen fiscal obrante a fs. 237/238 se rechazó la defensa articulada por la Municipalidad de Concordia.

A fs. 275/277, previo dictamen fiscal obrante a fs. 268/269, la Sala V de la Excma. Cámara de Apelaciones del Fuero confirmó la resolución de fs. 240/241 en cuanto rechazó la excepción de incompetencia opuesta por la Municipalidad de Concordia

9. A fs. 284 se proveyó la prueba ofrecida en autos.

A fs. 393 se pusieron los autos a disposición de las partes en los términos del art. 482 del CPC, a fs. 396/399 alegó la Municipalidad de Concordia y a, a fs. 400/413 alegó la parte actora.

A fs. 417 se difirió el tratamiento de la falta de legitimación pasiva opuesta por el Ente Nacional de Comunicaciones para el momento de dictar sentencia.

A fs. 418/421 dictaminó el Sr. Fiscal Federal en relación a la inconstitucionalidad planteada por la actora en relación a la tasa aquí cuestionada.

Por proveído del 18 del corriente, los autos quedan en condiciones de dictar sentencia.

Considerando:

I. La pretensión de la actora, tiene por objeto dilucidar el estado de falta de certeza, frente a la pretensión de la Municipalidad de Concordia de gravar con un tributo denominado "Tasa por Inspección de Higiene, sanitaria, Profilaxis y Seguridad" y la "Tasa Comercial", con relación al servicio de telecomunicaciones que presta en ese Municipio; en tanto considera que la prestación del servicio se encuentra exenta por lo dispuesto de la ley federal N° 19.798.

II. Corresponde en primer término analizar la objeción de las co-demandada ENACOM a la procedencia formal de la vía intentada.

La Corte Suprema desde el precedente "Hidronor" de 1971, aceptó en el campo del Derecho Público la admisibilidad de estas acciones para el planteo de cuestiones constitucionales. Se admitió el planteo de estas acciones entre el contribuyente y el Estado Nacional o para discernir la relación entre el Estado Nacional y las Provincias. Es decir, que relaciones de derecho público, pueden ser objeto de acciones meramente declarativas para oponerse a tributos que el contribuyente considere arbitrarios o cuestiones sobre las que existe incertidumbre en cuanto a la constitucionalidad del derecho pretendido, así como para discernir conflictos interjurisdiccionales.

Asimismo esta acción resulta hábil, para los casos como el presente, en que la incertidumbre se refiere a determinar la órbita de competencia entre el poder tributario municipal y el federal, habiendo admitido la jurisprudencia de distintos tribunales y de la Corte Suprema, la procedencia de esta vía (CS Fallos: 322:2598; 325:7233, entre otros).

El Alto Tribunal, tuvo especialmente en cuenta, que no se trata de una cuestión meramente consultiva, ni de una indagación especulativa, sino que responde a un caso y busca precaver los efectos de un acto en ciernes (CS Fallos: 318:2374; 328:4198; 329:4259, entre otros); doctrina que ya había sentado en precedentes anteriores en que señaló que debía tratarse de partes adversarias, relacionadas a una cuestión concreta (CS Fallos: 307: 1379 y 2384; 310:606 y 977).

En el caso, la existencia del acto en ciernes, se acredita con el mandamiento de intimación de pago por la suma pesos treinta y ocho millones quinientos sesenta y un mil ochenta y uno con quince centavos ($38.561.081,15) que fuera librado por el Juzgado de Concursos, Quiebras y Procesos de Ejecución de Concordia, Provincia de Entre Ríos, en el marco de los autos caratulados "Municipalidad de Concordia c. Telefónica Móviles Argentina SA s/ apremio" (Expediente N° 20.916/2016) en trámite por ante el referido tribunal.

Por lo dicho, resulta formalmente admisible la vía intentada.

III. En relación a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por las co-demandada ENACOM; cabe precisar que la actora pretende que se declare que es competencia del Estado Nacional regular, controlar y fiscalizar el servicio que presta y solicita la declaración de lesividad de la conducta omisiva del Estado federal, que en su carácter de autoridad de aplicación y control del plexo normativo regulatorio de la actividad que desarrolla Telefónica Móviles Argentina SA, no ha impedido ni cuestionado constitucionalmente ninguno de los actos llevados a cabo por la Municipalidad de Concordia.

Ello basta para desestimar la defensa articulada por la ENACOM, en tanto la ley 19.798 somete a jurisdicción nacional los servicios públicos de telecomunicaciones que excedan el ámbito territorial del Municipio o Provincia y otorga competencia al Poder Ejecutivo Nacional en lo atinente a la fiscalización de ese servicio. Además, es el ENACOM quien tiene asignado el control, fiscalización y verificación administrativa y técnica de las telecomunicaciones.

IV. En cuanto al fondo del asunto, cabe precisar que no se encuentra controvertido que Telefónica Móviles Argentina SA, presta el servicio público de telefonía en el Municipio de Concordia; actividad regida por la Ley Nacional de Telecomunicaciones n° 19.978; norma cuya constitucionalidad y vigencia, tampoco fue controvertida.

Tampoco existe controversia en cuanto a que la firma actora resulta ser contribuyente de la Municipalidad de Concordia por explotar un local comercial ubicado calle... de dicha jurisdicción, dedicado al servicio y venta de equipos de comunicaciones y comunicaciones telefónicas".

A mayor abundamiento cabe añadir que de la simple consulta efectuada de oficio por este tribunal al sitio web google maps se observa que el domicilio de la calle... de la Ciudad de Concordia, Provincia de Entre Ríos, corresponde a un local comercial a la calle, de la marca "Movistar" —cuya pertenencia a la firma Telefónica Móviles Argentina SA es de conocimiento público— (información obtenida el 12/11/2009 de https://www.google.com.ar/maps/ place/Catamarca+122,+E3202+Concordia,+Entre+R%C3%ADos/).

V. En cuanto al gravamen municipal cuya aplicación a su parte discute la actora, el mismo consiste en una "Tasa por Inspección de Higiene, Sanitaria, Profilaxis y Seguridad" y una "Tasa Comercial" sobre una actividad que la actora considera como servicio público, y alcanzada por tanto por la exención tributaria que establece el art. 39 de la ley 19.978.

La Tasa por Inspección de Higiene, Sanitaria, Profilaxis y Seguridad fue prevista en el Capítulo I del Código Tributario Municipal año 2010 (hoy derogado) y que fuera aprobado mediante Ordenanza N° 34.419, publicada el 20/12/2010.

El artículo 18 de dicho cuerpo normativo local estableció que la referida tasa es la prestación pecuniaria que se debe realizar al Municipio por los servicios de:

a) Registro y control de actividades empresarias, comerciales, profesionales, científicas, industriales, de servicios y oficios y toda otra actividad que fuera ejercida a título oneroso;

b) De preservación de salubridad, de moralidad, seguridad e higiene; No dejará de gravarse un ramo o actividad por el hecho de que no haya sido previsto en forma expresa en esta Ordenanza o en la Ordenanza Tributaria Anual. En tal supuesto se aplicará la alícuota general que se establezca en esta última.

Los contribuyentes sujetos al Convenio Multilateral, estarán afectados al gravamen objeto de este título, debiendo ajustar la liquidación de la Tasa a las normas del citado Convenio. No son aplicables a los contribuyentes citados en el párrafo anterior, las normas relativas a importes mínimos ni fijos.

A su vez, el articulo 19 dispuso que la misma debía abonarse por el ejercicio en el Municipio, en forma habitual y a título oneroso, de las actividades citadas en el Inciso a) del artículo anterior, cualquiera sea la naturaleza del sujeto que la desarrolla, incluidas las cooperativas y que el servicio establecido podría prestarse de oficio o a solicitud del contribuyente, para lo cual el Departamento Ejecutivo instrumentaría las medidas necesarias para facilitar su utilización por parte de los interesados.

En relación a la Tasa Comercial, esta surge del Código Tributario Municipal Año 2014 que fuera aprobado por Ordenanza Municipal N° 35.201, publicada el 26/12/2012.

En el artículo 18 de dicha norma se dispuso que la referida tasa es la prestación pecuniaria que se debe realizar al Municipio por los servicios de:

a) Control, registro, zonificación, localización y/o inspección destinados a la habilitación de comercios, industrias, depósitos de mercadería o bienes de cualquier especie, en toda actividad de servicios o asimilables a tales, servicios públicos explotados por entidades privadas, estatales, autárquicas y/o descentralizadas y/o de capital mixto que realicen actividades económicas que se desarrollen en locales, establecimientos, oficinas y/o cualquier otro lugar, aunque el titular del mismo por sus fines fuera responsable exento. Asimismo las que se desarrollen en

forma accidental, habitual, susceptible de habitualidad o potencial, aún cuando fuera ejercida en espacios físicos habilitados por terceros, y/o toda actividad de carácter oneroso que se ejerza en jurisdicción del Municipio, realizada en espacio público o privado se abonará la tasa establecida en este Código.

b) Control y registro de Inscripciones, de aquellos contribuyentes que, por sus modalidad operacional, desarrollen actividades lucrativas en la jurisdicción del Municipio sin tener local o representante legal para su habilitación comercial y/o industrial, o dentro de predios habilitados por terceros, en virtud del desarrollo susceptible de habitualidad y/o potencialidad (Información disponible a la consulta pública en el sitio web de la Municipalidad de Concordia: https://www.concordia.gob.ar/digesto/normativas).

El articulo 18, 18° Bis dispuso que "Los períodos fiscales que se han devengado hasta el 31/12/2012 bajo la denominación tasa por Inspección de Higiene, sanitaria, profilaxis y Seguridad y hasta tanto no se produzcan los efectos del Artículo 72° - Parte General, quedan sujetos a las disposiciones del Anexo I - Parte General del presente Código Tributario. De igual forma se mantendrán las disposiciones especiales por el cual se devengo oportunamente."

Por último, el artículo 19 dispuso lo siguiente: "La Tasa prevista en este título deberá abonarse por el ejercicio en el Municipio, en forma accidental, habitual, susceptible de habitualidad o potencial de las actividades empresarias, comerciales, profesionales, científicas, industriales, de servicios y oficios y toda otra actividad que fuera ejercida a título oneroso, cualquiera sea la naturaleza del sujeto que la desarrolla, incluidas las cooperativas. El servicio establecido podrá prestarse de oficio o a solicitud del contribuyente, para lo cual el Departamento Ejecutivo instrumentará las medidas necesarias para facilitar su utilización por parte de los interesados. No se encuentra alcanzada la actividad de los profesionales liberales universitarios que se encuentren matriculados en los respectivos Consejos, Colegios o Entes profesionales a los que la Ley se haya otorgado el registro y control de la matricula respectiva, ni los correspondientes a las asociaciones y sociedades civiles constituidas exclusivamente por matriculados, en tanto se trate de honorarios o remuneraciones propias de su actividad profesional.

No se dejará de gravar un ramo o actividad por el hecho de que no haya sido previsto en forma expresa en esta Ordenanza en la Ordenanza Tributaria Anual si la misma genera el hecho imponible previsto en este Código y no se encuentre dentro de las exenciones del Anexo II - Título XVIII de este Código."

En tal supuesto se aplicará la alícuota general que se establezca en esta última.

Los contribuyentes sujetos al Convenio Multilateral, estarán afectados al gravamen objeto de este título, debiendo ajustar la liquidación de la Tasa a las normas del Citado Convenio. (Información disponible a la consulta pública en el sitio web de la Municipalidad de Concordia: https://www.concordia.gob.ar/digesto/normativas).

VI. En orden a determinar la naturaleza de los gravámenes cuya aplicación a su respecto cuestiona la actora, cabe señalar que, de acuerdo con la distribución de competencias que emerge de la Constitución Nacional, los poderes de las provincias son originarios e indefinidos (art. 121), en tanto que los delegados a la Nación son definidos y expresos (art. 75) (CS Fallos: 304: 1186, entre muchos otros). Dentro de ese contexto, cabe entender que las prerrogativas de los municipios derivan de las correspondientes a las provincias a las que pertenecen (arts. 5° y 123).

Ello así, lo cierto es que, a partir de la reforma constitucional de 1994, el artículo 123 de la CN, ha venido a precisar el alcance del régimen municipal que, por imperio del artículo 5, las provincias deben asegurar.

En efecto, las provincias han de asegurar la autonomía municipal, reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero.

Dentro de ese marco, el artículo 231 de la Constitución de la Provincia de Entre Ríos asegura la autonomía institucional, política, administrativa, económica y financiera a todos los municipios entrerrianos y estableció que los municipios con más de diez mil habitantes podrán dictar sus propias cartas orgánicas.

En el inciso d), del artículo 195, de la Constitución de la Provincia de Entre Ríos, se atribuyó a las municipalidades la potestad para inspeccionar y exigir que se mantenga en las debidas condiciones de salubridad e higiene de todo establecimiento público o industrial, en tanto que en el inciso f), del referido artículo, se puso en cabeza de los municipios establecer o aumentar el monto de los impuestos, contribuciones o de las tasas sobre los servicios a su cargo.

Si bien la Municipalidad de Concordia se encuentra habilitada constitucionalmente para el dictado de su propia Carta Municipal, en tanto la misma aún no ha sido dictada, dicho municipio se rige por la Ley Orgánica de los Municipios de Entre Ríos N° 10.027, que en su artículo 3, dispone que todos los Municipios entrerrianos tienen autonomía institucional, política, administrativa, económica y financiera.

En cuanto a las atribuciones municipales y, en lo que aquí importa, el artículo 11, inciso c.5 de la citada ley provincial establece la competencia municipal para la reglamentación e inspección periódica o permanentemente de los establecimientos de uso público o con entrada abierta al público, aunque pertenezcan a particulares, entre ellos las casas de comercio, de inquilinato, corralones, mercados, mataderos, fondas, hoteles, cafés, casa de hospedaje, de baños, teatros, cines, cocherías, tambos u otros similares, mientras que el inciso f.1 del referido artículo, habilita a los municipios entrerrianos a fijar los impuestos, las tasas, contribuciones y demás tributos municipales, conforme a dicha ley y establecer la forma de percepción.

En tales condiciones, no cabe duda que los gravámenes cuya aplicación cuestiona la actora, resultan de naturaleza estrictamente municipal y han sido adoptados dentro del ámbito de competencias propias de la Municipalidad de Concordia, Provincia de Entre Ríos.

Al respecto, la CSJN ha expresado, con cita de Joaquín V. González, entre otras, en Fallos: 156:323, que "el régimen municipal que los Constituyentes reconocieron como esencial base de la organización política argentina al consagrarlo como requisito de la autonomía provincial (art. 5°), consiste en la Administración de aquellas materias que conciernen únicamente a los habitantes de un distrito o lugar particular sin que afecte directamente a la Nación en su conjunto y, por tanto, debe estar investido de la capacidad necesaria para fijar las normas de buena vecindad, ornato, higiene, vialidad, moralidad, etc. de la Comuna y del poder de preceptuar sanciones correccionales para las infracciones de las mismas..."

VII. Sobre las bases expuestas debe dilucidarse si la Tasa por Inspección de Higiene, Sanitaria, Profilaxis y Seguridad y la Tasa Comercial cuya aplicación a su respecto cuestiona la firma aquí accionante —sentada ya su inequívoca pertenencia al ámbito de facultades propias de los municipios— constituyen, un indebido avance sobre un ámbito de naturaleza federal en los términos de la doctrina que resulta de los fallos citados por la accionante.

En relación a la naturaleza del servicio de telefonía, de acuerdo a la doctrina de la CSJN, resulta cristalino que las comunicaciones interestatales están sujetas a la jurisdicción nacional, pues ellas constituyen el ejercicio del comercio, forman parte del sistema de correos y tienden a promover la prosperidad, adelanto y bienestar general del país, en tanto conforman un esencial "instrumento de progreso y de vida para toda la Nación" (Fallos: 188:247; 213: 467; 257:159 y sus citas; 299:149 y sus citas; 304:1186, sus citas, entre otros).

En el caso de autos, nos encontramos frente a dos ámbitos regulatorios bien diferenciados entre sí, pues por un lado el Gobierno federal tiene a su cargo el control y regulación de telecomunicaciones, abarcando los aspectos técnicos y administrativos a través de un organismo dotado de competencia e idoneidad necesarias para realizar tan trascendente tarea y por el otro, tenemos un Municipio que en el marco de sus competencias propias y específicas —eminentemente locales— dispone controles y gravámenes sobre una firma comercial que posee un local de atención al público con salida hacia la calle, dentro del éjido urbano de la jurisdicción municipal, sin que las aludidas competencias municipales interfieran o perturben el servicio que presta la firma aquí actora, ni las funciones que competen a la ENACOM. Ello así por cuanto los gravámenes cuestionados aluden a aspectos que la dogmática constitucional ha invariablemente reconocido a las provincias y sus municipios, en virtud del poder de policía.

Solución que coincide con la adoptada por la Excma. CSJN en la Causa T. 375.XXXI "Telefónica de Argentina c. Municipalidad de Chascomús" (Fallos: 320:619).

En tales condiciones, la acción intentada no puede prosperar respecto de la codemandada Municipalidad de Concordia.

VIII. Mas allá de lo resuelto, el planteo efectuado por la firma actora en cuanto a la graduación de las tasas municipales, excede a la competencia de este tribunal, pues tal como se ha dicho, se trata de tributos locales, pudiendo la actora replantear la cuestión por la vía y el tribunal que corresponda.

IX. En relación a la acción interpuesta contra la codemandada ENACOM, corresponde su rechazo; pues la accionante no probó actuar omisivo de aquella, ni tampoco acreditó en autos el haber efectuado alguna presentación administrativa ante el referido organismo, solicitando su intervención dentro de su competencia.

X. El modo en que se resuelve torna inoficioso expedirse respecto de las demás pretensiones planteadas por la accionante.

Por todo lo expuesto fallo: 1°) Admitiendo la procedencia formal de la vía intentada de conformidad al Considerando II. 2°) Rechazando la defensa de falta de legitimación pasiva opuesta por la codemandada ENACOM., de conformidad al Considerando III. 3°) Rechazando la demanda en su totalidad, de conformidad a los términos expuestos en los considerandos IV a IX. 4°) Costas por su orden, en razón de la existencia de vencimientos mutuos (conf. art. 71 del CPC). Regúlanse los honorarios de la perito contadora, Dra. Susama Eva Kirschner, teniendo en cuenta la entidad de su labor, en la suma de pesos... ($...). Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese. — *Cecilia G. M. de Negre.*

Comentario al fallo "Telefónica Móviles Argentina SA c. EN - ENACOM y otro s/ proceso de conocimiento" (expte. 51401/2016)

Laura Karschenboim

Sumario: I. Hechos y antecedentes del caso.— II. La sentencia del juzgado de primera instancia.— III. Cuestiones que habrían sido ignoradas al momento de dictar la sentencia.— IV. Las tasas municipales: protagonistas de grandes conflictos en nuestro federalismo fiscal.

I. Hechos y antecedentes del caso

La Dirección de Rentas de la municipalidad de Concordia (provincia de Entre Ríos) inició un procedimiento de determinación de oficio a Telefónica Móviles SA ("TMA") a los fines de reclamar la "Tasa de Inspección de Higiene, Sanitaria, Profilaxis y Seguridad" por los anticipos 10 a 12/2012 y la "Tasa Comercial" por los anticipos 01/2013 a 01/2016 ("la Tasa").

Con fecha 28/06/2016 TMA fue notificada de la resolución determinativa de oficio mediante la cual se le intimó a ingresar la suma de $ 32.208.809 (que incluía la aplicación de multas formales y multas por omisión).

Como consecuencia de ello, además de interponer un recurso jerárquico contra la mentada resolución, con fecha 25/08/2016 el contribuyente promovió ante la justicia federal una acción meramente declarativa en los términos del artículo 322 del Cód. Proc. Civ. y Com. contra el Estado Nacional - Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM) y contra la municipalidad de Concordia **(1)**.

Según se desprende de la demanda interpuesta, el objeto de la acción consistió en solicitar a la jueza federal: (i) "que establezca certeza respecto de la situación provocada por la conducta de la Municipalidad demandada y de la omisión del Estado Nacional con relación a la aplicación, determinación y exigibilidad" de la Tasa "mediante la cual se grava de forma directa el servicio interjurisdiccional de telecomunicaciones que presta TMA en la Provincia de Entre Ríos y en el resto del país"; (ii) "declare que es facultad del Estado Nacional, a través de los organismos competentes, regular, controlar, y fiscalizar el servicio de telecomunicaciones que presta" TMA "sin que sea procedente que la Municipalidad codemandada violente los términos de dicho sistema regulatorio, a través de la imposición de la tasa cuestionada que implica un claro avasallamiento de las facultades del Gobierno Federal."; (iii) "declare la lesividad de la conducta omisiva del Estado Nacional que en su carácter de autoridad de aplicación y control del plexo normativo regulatorio de la actividad desarrollada por TMA no ha impedido, ni cuestionado judicialmente la constitucionalidad, legalidad y/o eficacia de la resolución" determinativa de oficio "dictada por la Municipalidad de Concordia, ni ha realizado acciones para imponer la supremacía de las normas federales aplicables a la materia"; (iv) "declare la improcedencia, inaplicabilidad e inconstitucionalidad de la Tasa cuestionada, toda vez que dicho tributo violenta de forma clara y precisa las

(1) La acción tramita ante el Juzgado Contencioso Administrativo N° 8, secretaría N° 15.

leyes 19.798 y 27.078; y los derechos y garantías recogidas en la Constitución Nacional, como así también la competencia excluyente del Estado Nacional en la materia."

Para TMA la cuestión central discutida en las actuaciones es si la municipalidad de Concordia "tiene potestad y facultad" para exigir el pago de la Tasa. Remarcó que nunca le prestó un servicio que justificara la suma reclamada. En otras palabras, consideró que se trataba de un "típico caso de tributación local abusiva que no solo tiene una finalidad netamente recaudatoria, si no que —en [su] opinión— afecta de modo directo los arts. 31 y 75, inc. 13 de la CN al entorpecer, dificultar y obstruir el servicio interjurisdiccional de telecomunicaciones que presta en Entre Ríos y en el resto del país". Por último, señaló que el fisco al liquidar la Tasa se atribuyó un 32,97% de la totalidad de los ingresos obtenidos en toda la provincia de Entre Ríos.

Asimismo, TMA solicitó el dictado de una medida cautelar de no innovar a los fines de que el fisco local se abstenga iniciar una ejecución fiscal y/o interfiriera en el servicio interjurisdiccional de telecomunicaciones, ello hasta tanto se dictara la sentencia definitiva en los autos. La medida fue rechazada por la jueza de primera instancia y luego fue confirmado el rechazo por la Sala V de la Cámara Contencioso Administrativo Federal. Como consecuencia de ello, la municipalidad inició un juicio de apremio ante la justicia local.

Al contestar el traslado de la demanda, la municipalidad de Concordia opuso excepción de incompetencia, toda vez que consideró que la materia del pleito correspondía al derecho público local y, por ende, debía entender en los autos la justicia local. La jueza de primera instancia resolvió rechazar dicha excepción y se remitió a lo dictaminado por la representante del Ministerio Público Fiscal. En efecto, la Fiscal Federal consideró que se debía rechazar la excepción de incompetencia en función de la exposición de los hechos realizada por TMA en su demanda. Así concluyó, haciendo remisión a lo dictaminado por el Procurador General de la Nación en Fallos: 326:2385, que existía una "cuestión de manifiesto contenido federal, puesto que [se] persigue la declaración de inconstitucionalidad de actos y normas locales por ser contrarios a la Ley Nacional de Telecomunicaciones 19.798, lo que pone en juego la tutela y el resguardo de las competencias que la Constitución confiere al Gobierno Nacional...". Cabe destacar que la Cámara Federal compartió este criterio al rechazar el recurso de apelación interpuesto por la municipalidad.

II. La sentencia del juzgado de primera instancia

Finalmente, el 25/11/2020 el juzgado dictó la sentencia de fondo y resolvió rechazar la demanda interpuesta por TMA.

En primer lugar, dejó en claro que no se encuentra controvertido en autos que el contribuyente ejerce actividad en el ejido municipal y que posee un local comercial en donde vende equipos y presta servicios de comunicaciones telefónicas.

En segundo lugar, se dispuso a analizar la normativa local que establece la Tasa a los fines de evaluar si su cobro interfería en la prestación del servicio público de TMA —que se encuentra exento en virtud de tributos en virtud del artículo 39 de la ley 19.978—.

La jueza enfatizó las cinco bases de la autonomía conferida a los municipios a partir de la reforma constitucional de 1994. Explicó que en el caso puntual de Entre Ríos la autonomía plena se encuentra reconocida en su constitución provincial en el artículo 231. Asimismo, la magistrada se focalizó en dos de las bases sobre las cuales se establece el funcionamiento de los municipios de primera categoría en la provincia de Entre Ríos (esto es aquellos que poseen más de cinco mil habitantes). Así se encuentra previsto en el artículo 195, punto 4) que corresponde a las municipalidades: (i) la potestad para inspeccionar y exigir que se mantenga en las debidas condiciones de salubridad e higiene de todo establecimiento público o industrial (inciso d); y (ii) establecer o aumentar el monto de los impuestos, contribuciones o de las tasas sobre los servicios a su cargo (inc. f).

Señaló que a los municipios de la provincia de Entre Ríos también se les reconoce su autonomía plena en la Ley Orgánica de los Municipios (ley 10.027). En efecto, la municipalidad de

Concordia se rige por dicha ley; ello en función de que, aunque se encuentre facultada para dictar una carta orgánica por contar con más de diez mil habitantes, está aún no ha sido dictada. En términos similares a la constitución provincial, en la Ley Orgánica de los Municipios (i) se establece la competencia para la reglamentación e inspección periódica o permanentemente de los establecimientos de uso público o con entrada abierta al público, aunque pertenezcan a particulares (artículo 11, inciso c), punto 5); y (ii) se habilita a los municipios entrerrianos a fijar los impuestos, las tasas, contribuciones y demás tributos (art. 11, inc. f), punto 1).

Consecuentemente, la jueza concluyó que "los gravámenes cuya aplicación cuestiona la actora, resultan de naturaleza estrictamente municipal y han sido adoptados dentro del ámbito de competencias propias de la Municipalidad de Concordia". Y, por lo tanto, afirmó que las competencias del fisco no interferían o perturbaban el servicio prestado por TMA ni las funciones que competen a la ENACOM. Ello conforme lo resuelto por la Corte Suprema en "Telefónica de Argentina c. Municipalidad de Chascomús" (Fallos: 320:619).

Hasta aquí solo surge de la sentencia que la municipalidad se encontraba facultada para percibir la Tasa "en el marco de sus competencias propias y específicas", toda vez que TMA cuenta con un local de atención al público. Ahora bien, ¿qué criterio adoptó la jueza respecto del planteo de TMA acerca de la atribución del fisco municipal del 32,97% de la totalidad de sus ingresos obtenidos en la provincia para liquidar la Tasa? Sobre todo, luego de la prueba pericial contable producida en autos.

Pues bien, la apreciación fue muy sintética; sostuvo que dicho planteo "exced[ía] a la competencia de este tribunal, pues tal como se ha dicho, se trata de tributos locales, pudiendo la actora replantear la cuestión por la vía y el tribunal que corresponda".

Por último, también se rechazó el planteo contra la codemandada ENACOM, toda vez que se consideró que TMA "no probó actuar omisivo de aquella, ni tampoco acreditó en autos el haber efectuado alguna presentación administrativa ante el referido organismo, solicitando su intervención dentro de su competencia".

Cabe destacar que la sentencia en comentario ha sido apelada por TMA y los autos deberán ser elevados a la Sala V.

III. Cuestiones que habrían sido ignoradas al momento de dictar la sentencia

Más allá de que se podría coincidir con la jueza de primera instancia acerca de que el planteo de TMA referido al *quantum* de la Tasa liquidada por la municipalidad sea una cuestión de derecho público local, considero que al momento de resolver la causa se asumió erróneamente la existencia de una efectiva prestación de un servicio por parte del fisco por el mero hecho de que el contribuyente cuenta con un local en el ejido municipal.

En efecto, la municipalidad no ha probado en autos la prestación de los servicios tipificados en la normativa local y su relación con el monto de la Tasa liquidado. Es importante resaltar esta cuestión toda vez que TMA mencionó la inexistencia de aquellos servicios en reiteradas oportunidades a lo largo de las actuaciones y nada de ello se expone en la sentencia.

Por lo tanto, en ese supuesto la Tasa recaería de forma directa sobre el servicio de telecomunicaciones y, consecuentemente el caso de autos no resultaría análogo a "Telefónica de Argentina c. Municipalidad de Chascomús" (Fallos: 320:619), tal como fuera afirmado en la sentencia.

Resultará más que interesante hacer el seguimiento de este caso a los fines de conocer el pronunciamiento de la Cámara Federal.

IV. Las tasas municipales: protagonistas de grandes conflictos en nuestro federalismo fiscal

IV.1. El poder tributario de los municipios

Ábalos **(2)** nos explica que "en el federalismo argentino el poder tributario de los entes de

(2) ÁBALOS, María Gabriela, "El municipio en los regímenes de coparticipación provincial y federal", Revista Civilidad, Tercera Época, año XXVII, Edición N° 30, septiembre 2011, p. 46.

gobierno está determinado por la Constitución Nacional". Sin embargo, "en cuando a los municipios, su potestad tributaria no está mencionada expresamente en la Constitución Nacional, pero resulta de su condición de elemento esencial del sistema de gobierno adoptado (art. 5°) y de su autonomía (art. 123)".

De esta forma, la autora citada concluye que "la consagración de la autonomía municipal en el art. 123, no transforma a los municipios en protagonistas directos de nuestro federalismo, sino que viene a reforzar la presencia de estos en la relación federal" y "por ello los municipios no aparecen en la distribución de competencias tributarias que encontramos en la Carta Nacional, sin perjuicio de lo cual, las provincias en el ejercicio de sus competencias no podrán dejar de tener presente a las comunidades locales, asegurándoles un mínimo de autonomía en el ámbito económico-financiero, indispensable para hacer realidad los demás ámbitos".

Es que los municipios no solo se encuentran limitados por ciertas cláusulas constitucionales, sino también por el Régimen de Coparticipación Federal (ley 23.548, art. 9°, inc. b) **(3)**. En efecto, los municipios no pueden cobrar impuestos análogos a los federales coparticipado, pero sí pueden cobrar tasas retributivas de servicios efectivamente prestados.

Respecto a este punto, Ábalos **(4)** advierte que "en razón que las materias imponibles sujetas a gravámenes nacionales gravan prácticamente todas las manifestaciones de la capacidad contributiva existentes", los municipios "solo podrán aplicar a las actividades desarrolladas dentro de su jurisdicción tasas retributivas de servicios efectivamente prestados".

IV.2. Naturaleza jurídica de las tasas municipales

La tipicidad específica de la especie tributaria "tasa" reviste una estructura que impone límites en su hecho imponible, esto es la efectiva prestación de servicios particulares, individuales y divisibles. La exigencia de la efectiva prestación del servicio surge del artículo 9 inciso b) de la ley 23.548, de la jurisprudencia de la CS y del Consenso Fiscal.

La Corte sostiene que "la tasa es una categoría tributaria derivada del poder de imperio del Estado, que si bien tiene una estructura jurídica análoga al impuesto, se diferencia de este por el presupuesto de hecho adoptado por la ley, que consiste en el desarrollo de una actividad estatal que atañe al obligado y que, por ello, desde el momento en que el Estado organiza el servicio y lo pone a disposición del particular, este no puede rehusar su pago aun cuando no haga uso de aquel, o no tenga interés en él, ya que el servicio tiene en mira el interés general" (Fallos: 251:50 y 222; 312:1575; 323:3770; 326:4251; 332:1503, entre otros).

Más allá de la efectiva prestación de un servicio, a los fines de ponderar la constitucionalidad de una tasa municipal, se debe verificar la conformación de la base imponible. Es decir, chequear que esta no resulte desproporcionada respecto al servicio prestado. La jurisprudencia de la CS ha mostrado una manifiesta tendencia a convalidar montos de tasas sin ajustarse al principio de equivalencia, admitiendo la aplicación del principio de capacidad contributiva para determinar dichos montos, en tanto no lleguen a resultar confiscatorios. No obstante ello, en los últimos pronunciamientos ha cuestionado la forma de determinación de la base imponible de las tasas exigiendo que la recaudación total guarde proporcionalidad con el costo del servicio público efectivamente prestado, sin exigir, sin embargo, una equivalencia estricta.

En efecto, con fecha 29/04/2015 nuestro Máximo Tribunal se pronunció en la causa "Empresa Pesquera de la Patagonia y Antártida SA c. Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur" (expte. CSJ 62/2010) en el marco de una acción de inconstitucionalidad planteada por el contribuyente. Mediante dicha sentencia declaró la invalidez constitucional del art. 3° de la ley 854 de la provincia de Tierra del Fuego. Antártida e Islas del Atlántico Sur, que determinaba la base imponible de la "Tasa del Servicio de Verificación de Procesos Productivos" (en adelante, la

(3) "No se gravarán por vía de impuestos, tasas, contribuciones u otros tributos, cualquiera fuere su característica o denominación, las materias imponibles sujetas a los impuestos nacionales distribuidos (...), esta obligación no alcanza a las tasas retributivas de servicios efectivamente prestados (...):".

(4) ÁBALOS, María Gabriela, ob. cit.

"TVPP") por el valor FOB de salida para embarques de productos destinados a la exportación al territorio continental.

La Corte cuestionó la forma de determinación de la base imponible de la TVPP, esto es el hecho de que no se haya empleado otro modo de cálculo para conformarla referido concretamente a los costos que genera a prestación del servicio que se pretende solventar. Así concluyó que la normativa provincial instauraba un derecho de exportación antes que una tasa de verificación de servicios cumplidos por la autoridad de aplicación, que en tal carácter no podría ser creado por una provincia sin lesión al sistema federal.

La sentencia reseñada no es un precedente aislado, sino que su doctrina fue reiterada por la Corte en acciones de inconstitucionalidad planteadas por empresas pesqueras (respecto a la verificación de procesos productivos para la pesca de altura): "Yuken SA" (expte. CSJ 5/2010, sentencia de fecha 29/04/2015); "Estremar SA" (expte. CSJ 78/2010, sentencia de fecha 29/04/2015); "Explotación Pesquera de la Patagonia SA" (expte. CSJ 63/2010, sentencia de fecha 29/04/2015); "San Arawa SA" (expte. CSJ 105/2012, sentencia de fecha 29/03/2016) y "Glaciar Pesquera SA" (expte. CSJ 101/2012, sentencia de fecha 29/03/2016) **(5)**.

Con fecha 27/06/2018 la procuradora general de la Nación dictaminó en la causa "Esso Petrolera Argentina SRL c. Municipalidad de Quilmes" (expte. CSJ 1533/2017/RH1), en donde manifestó que "el demandado no demostró que el producido de la tasa guarde proporción con el costo total del servicio de inspección de seguridad, higiene y salubridad que estimó necesario llevar a cabo, y para el cual previó su retribución por la tasa". Asimismo, consideró que esa prueba no se produjo porque "si bien el Municipio informó los importes recaudados (...) admitió que '(...) no se puede determinar el costo, ya que no contamos con el detalle de los insumos, ni el personal abocado' (...) lo que impidió explicitar la preceptiva correlación entre la recaudación total por la tasa y el coste global del servicio a prestar".

Por último, se resalta que a través del Consenso Fiscal se estableció que las tasas municipales deben guardar una razonable proporcionalidad con el costo del servicio prestado **(6)**.

En síntesis, los fallos más recientes de la CS y el criterio adoptado por la Procuradora General de la Nación permiten afirmar con sólidos argumentos que las tasas deben respetar el principio de equivalencia, y si bien podría sostenerse que no es exigible ajustar los montos a una equivalencia estricta, debería siempre existir una relación de equivalencia aproximada, siendo jurídicamente inadmisible que los montos de las tasas se desentiendan completamente de los costos de los servicios.

IV.3. A la espera de la sentencia en el expediente "Esso c. Municipalidad de Quilmes"

El caso de TMA comentado en el presente trabajo no difiere del famoso caso "Esso c. Municipalidad de Quilmes", que tuvo su audiencia pública el 06/06/2019.

El ya mencionado dictamen de la Procuración General de la Nación recaído en aquella causa suscitó la preocupación de decenas de intendentes de la provincia de Buenos Aires que los llevó a efectuar una presentación de *amicus curiae*. Ello en función de que, ante la eventual aplicación por parte de la Corte de los clásicos precedentes antes citados en materia de tasas municipales, su recaudación -que muchas veces trasciende los límites de la extraterritorialidad y de la razonabilidad entre el costo y el servicio prestado- se vea disminuida notablemente **(7)**.

(5) Cabe destacar que a partir de los pronunciamientos mencionados la provincia de Tierra del Fuego modificó la conformación de la base imponible de la TVPP a través de la ley 1049 que entró en vigencia a partir de la fecha de publicación en el BO. del 04/09/2015.

(6) Punto III, inciso p: "Promover la adecuación de las tasas municipales aplicables en las respectivas jurisdicciones de manera tal que se correspondan con la concreta, efectiva e individualizada prestación de un servicio y sus importes guarden una razonable proporcionalidad con el costo de este último, de acuerdo con lo previsto en la Constitución Nacional".

(7) Ver LEMA, Rodrigo, "Tasas municipales. Un dictamen esperanzador sobre la correcta interpretación del artículo 35 del Convenio Multilateral y el principio de proporcionalidad de las tasas", Errepar-DTE-N.º 463-octubre/2018-ps. 1069/75 — Cita digital EOL-JU185579A.

Sin embargo, resultaron más que llamativas las preguntas formuladas por algunos ministros a las partes durante la Audiencia, ya que en lugar de abordar a través de ellas cuestiones de técnica tributaria, se derivaron en cuestiones de política fiscal. A continuación, se ejemplificará esta situación a través de la transcripción de algunas de aquellas preguntas:

"¿La empresa podría desempeñarse en un ámbito en donde no exista un entorno amigable que garanticen los municipios?; ¿le importa o no a la empresa ese entorno amigable o le es indiferente?; los servicios que dan los municipios son numerosos, ¿importa o no importa a una empresa que se instala con la prestación de todos esos servicios?; ¿en qué medida incide la Tasa cuando la empresa hace el cálculo de una inversión?; ¿la empresa se fue de Quilmes hacia otros municipios?; ¿la empresa demandó a otros municipios que cobran la Tasa de la misma forma que Quilmes?; ¿la empresa invierte más en los municipios que no aplican el criterio de Quilmes?; ¿demandó a la provincia de Buenos Aires por la supuesta superposición de la Tasa con el Impuesto sobre los Ingresos Brutos?; el problema del traslado de muchos de los servicios que prestan los municipios, ¿los deberá resolver el Estado?; ¿qué porcentaje de la Tasa que se paga en Quilmes le significa a la empresa en relación a la presión/carga tributaria que tiene en el ámbito municipal, provincial o nacional sumadas?".

Asimismo, es dable destacar una de las preguntas formuladas a la abogada representante de la municipalidad de Quilmes, que pareciera llevar a comprender ciertos criterios de recaudación adoptados por algunos fiscos que se repiten constantemente: "¿están solucionando un problema de Coparticipación con un instituto como la Tasa por Inspección de Seguridad e Higiene desviándola de su finalidad?".

Lo cierto es que la Corte ha desarrollado una frondosa doctrina legal en materia de tasas municipales y debería aplicarla en aquellos casos en donde no se respete el principio de territorialidad en materia tributaria.

No obstante ello, se debe tener presente que los municipios necesitan nuevas políticas y herramientas fiscales a los fines de poder incrementar su recaudación, para así no depender exclusivamente de los fondos coparticipables. Y principalmente, para no cobrar impuestos "disfrazados" de tasas municipales.

Algunos esperan que sea nuestro Máximo Tribunal el encargado de establecer esos lineamientos, por ejemplo, a través de la sentencia en la causa "Esso".