

Doctrina

Calidad propia o ganancial de bienes en el régimen de comunidad



Eduardo A. Sambrizzi

Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

SUMARIO: I. Introducción.— II. Los bienes adquiridos por subrogación real.— III. Las partes indivisas de un bien adquirido durante la comunidad por el cónyuge que ya era propietario de otra parte indivisa del bien, de carácter propio.— IV. Bienes adquiridos con bienes gananciales después de la extinción de la comunidad.— V. Las partes indivisas de un bien adquirido luego de disuelta la comunidad, por el cónyuge que ya era propietario, como ganancial, de otra parte indivisa del bien.— VI. Bienes adquiridos durante la comunidad con bienes gananciales, en que el saldo se abona con bienes propios.— VII. Conclusiones.

I. Introducción

Como es sabido, los artículos 464 y 465 del Código Civil y Comercial se ocupan, en varios incisos, de enumerar los bienes propios y gananciales —respectivamente— de cada uno de los cónyuges en el régimen de comunidad de ganancias, el que se encuentra legislado en el Capítulo II del Título II, del Libro Segundo del Código.

En esta nota solo nos ocuparemos del contenido de algunos —muy pocos— de los incisos de dichas normas que, a nuestro juicio, tienen ciertas particularidades que creemos conveniente analizar.

II. Los bienes adquiridos por subrogación real

Comenzando por el inciso c) del artículo 464, dicha norma establece que son bienes propios de cada uno de los cónyuges *los adquiridos por permuta con otro bien propio, mediante la inversión de dinero propio, o la reinversión del producto de la venta de bienes propios, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad si hay un saldo soportado por esta.*

Sin embargo, si el saldo es superior al valor del aporte propio, el nuevo bien es ganancial, sin perjuicio de la recompensa debida al cónyuge propietario.

II.1. La cuestión que resuelve el artículo

Los bienes que los esposos hubieran adquirido por permuta con un bien propio, con

dinero de carácter propio o que hubieran obtenido por la venta o por la expropiación de bienes que les pertenecían como propios, revisten ese mismo carácter, solución que es de simple sentido común y que no requiere de ninguna justificación adicional, pues, en ese supuesto, el nuevo bien entra al patrimonio de ese cónyuge en reemplazo del dinero o del bien permutado o que, luego de vendido, fue reemplazado por el nuevo bien adquirido; vale decir, lo que la ley quiere es que los patrimonios conserven el carácter que tenían al contraer matrimonio, ya que no ingresa en la comunidad lo que se posee o de lo que se es propietario al tiempo de casarse.

Durante la vigencia del anterior Código se ha resuelto al respecto, por aplicación de una norma análoga al precitado inciso c) del actual artículo 464, que “de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1266 del Código Civil, los bienes que se adquieren por permuta con otro de alguno de los cónyuges, o el inmueble que se compre con dinero de alguno de ellos, pertenecen al cónyuge permutante o de quien era el dinero, estableciéndose así con carácter general la subrogación real, en virtud de la cual los bienes que entran en reemplazo de bienes propios, conservan este carácter” (1). Así como también, que “debe reputarse propio el bien adquirido con dinero proveniente de la venta de otro inmueble en perfecto encadenamiento de fechas y existiendo proximidad entre ambas operaciones” (2). Recordamos asimismo una sentencia de la sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en la que se resolvió que “para establecer el carácter propio de un bien,

resulta relevante acreditar que poco tiempo antes de la adquisición del mismo, el cónyuge efectuó la venta de un bien propio por una cantidad similar a la que costó el nuevo bien, lo que permitirá presumir que lo obtenido de la venta anterior fue invertido en la compra, sin perjuicio de que al otro cónyuge le queda la posibilidad de probar que el crédito propio ya fue anteriormente utilizado por su titular para la adquisición de otro bien propio o el pago de una deuda propia” (3).

Vidal Taquini afirma al respecto que, si bien no se requiere una igualdad matemática de los actos ejecutados, sí se exige que exista una forzosa correlación y encadenamiento entre ambos actos (4). Esa correlación ha sido remarcada en un fallo de la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en que se resolvió que “para que opere la previsión legal del artículo 1266 del Código Civil, es preciso demostrar la correlación existente entre la venta de un bien de carácter propio y la compra de otro, esto es, el nexo o continuidad propio de la subrogación, lo cual no significa que los importes empleados para la adquisición sean materialmente los mismos que ingresa-

ron y tampoco importa que se hayan confundido con la masa común, pues para realizar el nuevo empleo, basta el crédito que nace para el cónyuge de ese aporte de fondos y que se aplica a la nueva compra” (5).

II.2. Es innecesario que los valores de ambos bienes sean iguales

Para que se produzca la subrogación real no es necesario que los valores de ambos bienes sean iguales (6), pudiendo utilizarse para completar la contraprestación —ya sea, por ejemplo, para la permuta o para la compra—, otros bienes propios o incluso, gananciales, sin perjuicio, en este último supuesto, de lo que seguidamente se dirá.

II.3. Supuesto de que el saldo abonado con dinero ganancial es superior al aporte propio

En caso de que en la operación se hubieran invertido bienes gananciales, en la última parte del inciso c) del artículo 464 se hace una distinción en el sentido de que *si el saldo (ganancial) es superior al valor del aporte propio, el nuevo bien es ganancial, sin perjuicio de la*

Columna de opinión

La evaluación de tecnologías sanitarias como herramienta para la toma de decisiones en salud



Alex Luján

Abogado (UBA). Magister en Derecho Administrativo (Univ. Austral). Asesor Legal Ministerio de Salud de la Nación

Véase el texto completo en p. 3

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) CNCiv., sala B, ED 160-309. Conf., CNCiv., sala A, LA LEY, 1981-A, 310; CNCiv., sala C, LA LEY, 1982-A, 34; idem, sala G, ED 157-332.

(2) CNCiv., sala F, ED 49-345.

(3) LA LEY, 1999-D, 561.

(4) “Régimen de bienes en el matrimonio”, La Ley, Buenos Aires, 2005, 3ª ed., 6ª reimpr., p. 211, parágr. 197. Conf., CC2a.Cap., LA LEY, 58-880.

(5) ED 160-309.

(6) En un viejo fallo de la Cámara Civil 2ª de la Capital se resolvió en tal sentido, que “la ley no exige, para admitir la subrogación real, que los precios sean matemáticamente iguales, e imponer por vía de interpretación ese requisito sería hacer casi imposible el reconocimiento del derecho que preceptúa el art. 1266 del Código Civil a favor del cónyuge inversor” (LA LEY, 58-880).

Nota a fallo

Despido discriminatorio

Negativa de la trabajadora a usar el uniforme laboral. Motivos de pudor. Exigencia de usar un talle menor de indumentaria. Diferencias en relación con el uniforme que utilizaban los empleados varones. Decisión con perspectiva de género. Disidencia parcial. Monto del daño e intereses.

SC Mendoza, sala II, 07/05/2021. - V., F. M. c. Asfalia, S.A. s/ despido s/ recurso extraordinario provincial. 4

[La Corte de Mendoza se pronuncia sobre la discriminación de género en cuestiones laborales, en un caso en el que se obligó a la trabajadora a usar vestimenta inapropiada](#)

Julio Gómez Orellano 5

Jurisprudencia

Amparo de salud

Cobertura médica. Implante coclear. Persona en condición de vulnerabilidad. Pericia médica. Procedencia. CCiv., Com., Lab. y Minería, Neuquén, Sala I, 15/09/2021. - E. A. L. c. Instituto de Seguridad Social de Neuquén s/amparo. 6

recompensa debida al cónyuge propietario. Caso contrario, o sea, de ser de menor valor el saldo abonado con bienes gananciales, se considera que el bien es propio del esposo adquirente, que debe recompensar a la comunidad al procederse a su liquidación, por el valor de los gananciales.

Y si bien nada se aclara expresamente con respecto al caso de que el monto de bienes propios invertidos sea igual al de los bienes gananciales, en ese caso el bien será de carácter *propio*, por cuanto el único supuesto que de acuerdo con la norma en cuestión el bien debe ser considerado *ganancial* es cuando el saldo abonado con dinero ganancial resulta superior al aporte efectuado con dinero propio; pero no cuando es igual o menor (7). En cambio, Junyent de Dutari entiende que en caso de que el aporte ganancial es igual al abonado con bienes propios, el bien “deberá ser considerado ganancial por la presunción prevista en el artículo 466...” (8).

Sin perjuicio de que la norma en cuestión no parece ofrecer dudas, en países como la Argentina, de elevada inflación endémica, la cuestión no aparece tan clara en los supuestos en los que, no obstante que el saldo abonado con dinero ganancial sea de mayor valor nominal que el monto pagado con dinero de carácter propio, este sea hecho efectivo transcurrido un cierto plazo, de manera tal que ese mayor valor nominal tenga un menor poder adquisitivo que el monto inicialmente pagado con dinero propio. Un ejemplo aclarará lo dicho: si hago una compra de un lote de terreno en la suma de \$ 2.100.000, de los que pago \$ 1.000.000 con dinero propio y el saldo de \$ 1.100.000 es abonado al año con dinero ganancial, habiéndose producido en ese lapso una inflación del 40%, el valor de lo pagado con dinero ganancial tiene un menor poder adquisitivo que lo abonado con dinero propio.

Nótese que el inciso en análisis se refiere al supuesto de que el saldo abonado sea superior al valor del aporte propio. No dice que sea superior al monto o a la suma abonada como propia, ni tampoco que sea superior al valor nominal del aporte propio, sino al valor de este. Por lo que pensamos que la palabra valor debe ser entendida como valor adquisitivo, comparando ambos pagos entre sí. No se nos escapa que una interpretación de esa naturaleza puede traer ciertos inconvenientes prácticos —que no se producirían con una interpretación distinta—, pero creemos que es de estricta justicia, valor este al que le damos preeminencia.

II.4. La solución establecida en la norma puede atentar contra la seguridad jurídica

En efecto, supongamos que uno de los cónyuges compra un lote de terreno en la suma de u\$s 200.000, de los que al otorgarse la escritura traslativa de dominio abona u\$s 90.000.-, obligándose a pagar el saldo al año; a la escritura —en la que se hace constar que el dinero abonado es de carácter propio— concurre el cónyuge del comprador, quien otorga la conformidad a la que alude el artículo 466 del Cód. Civ. y Com.

(7) Conf., BELLUSCIO, Augusto C., “Derecho de Familia”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, p. 391, parágr. 284, e). Conf., SOLARI, Néstor E., “Derecho de las Familias”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 145, iii).

(8) JUNYENT DE DUTARI, Patricia M., “Régimen patrimonial del matrimonio en el CCCN”, DFyP 2018 (mayo), 14.

(9) Con relación a los valores nuevos y otros acrecentamientos de los valores mobiliarios propios, remitimos a lo expresado al respecto por FOURCADE, Antonio D., “Los frutos de las participaciones societarias de los cónyuges, su tratamiento en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, RDF 63, 145.

(10) Para un mayor desarrollo del tema, remitimos a nuestro “Tratado de Derecho de Familia”, Buenos Aires, 2018, t. II, ps. 610 a 617.

(11) Conf., entre otros, GUAGLIANONE, Aquiles H., “Di-

Al año se abona el saldo de precio de us\$ 110.000.- con dinero ganancial, por lo que de conformidad a lo establecido en el artículo 464 inciso c) del Código, el inmueble es de carácter ganancial. Tiempo después, sin requerirse el asentimiento conyugal, el propietario del lote lo vende. En un caso así —que no puede ser calificado de extremo—, sin perjuicio de las responsabilidades del vendedor, nada se le puede reclamar al escribano ni al comprador, contra quienes no puede prosperar acción alguna, puesto que, de conformidad al contenido de la escritura traslativa de dominio, el inmueble es de carácter propio del vendedor.

III. Las partes indivisas de un bien adquirido durante la comunidad por el cónyuge que ya era propietario de otra parte indivisa del bien, de carácter propio

El inciso k) del artículo 464 dispone que son bienes propios las partes indivisas adquiridas por cualquier título por el cónyuge que ya era propietario de una parte indivisa de un bien al comenzar la comunidad, o que la adquirió durante esta en calidad de propia, así como los valores nuevos y otros acrecentamientos de los valores mobiliarios propios (9), sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad en caso de haberse invertido bienes de esta para la adquisición.

De esta manera, y al igual que en el caso del inciso c) del artículo 464, se limita la posibilidad de la existencia de los denominados bienes *mixtos*, cuestión que durante la vigencia del anterior Código se discutía (10). En efecto, la doctrina no se encontraba de acuerdo en lo relativo a si por aplicación de la normativa anterior resultaba legalmente posible que en cabeza de un mismo esposo una parte de un determinado bien fuera propio y el resto u otra parte indivisa, de carácter ganancial (11); o si debía prevalecer uno de esos caracteres y, en este caso, cuál era la pauta que debía tenerse en cuenta al respecto (12). Nosotros nos inclinábamos por la doctrina de la dualidad de la calificación, lo que afirmábamos, con fundamento principal en la inexistencia durante la vigencia del anterior Código, de una norma que dispusiera, para un supuesto como el contemplado, la inaplicabilidad de las disposiciones que consideraban a un bien como propio o ganancial, lo que constituye una cuestión de orden público. Además —entre otros argumentos— de que tampoco existía disposición alguna que estableciera, para dicho supuesto, que el bien debía tener una calificación única.

La cuestión presenta interés no solo con respecto al asentimiento conyugal en los actos de enajenación o gravamen del bien (en los supuestos contemplados en los artículos 456 y 470 del Código), sino también al tiempo de la liquidación de la comunidad, ya que al establecerse que en el supuesto de haber sido uno de los esposos copropietario de un bien al comenzar la comunidad, la parte adquirida con posterioridad también es de carácter propio, aun cuando lo adquirido fuera con dinero ganancial; sin perjuicio, en este último supuesto, del derecho de recompensa de la comunidad contra el cónyuge propietario del bien.

solución y liquidación de la sociedad conyugal”, Ediar, Buenos Aires, 1965, p. 269, n° 270; VIANO CARLOMAGNO, María Marcela, “Sociedad conyugal: bienes propios y gananciales”, en LAGOMARSINO, Carlos A.R. - SALERNO, Marcelo (coord.), *Enciclopedia de Derecho de Familia*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1994, t. III, ps. 665 y ss.; ALLENDE, Alberto G., “El bien de naturaleza mixta en la sociedad conyugal. Importancia para el derecho notarial de su calificación”, ED 28-898 y sigs.; DI LELLA, Pedro, “Calificación de bienes y valuación de recompensas en la sociedad conyugal”, TR LALEY AR/DOC/7178/2012. Conf., para el derecho paraguayo, MORENO RUFFINELLI, José Antonio, “Derecho de Familia”, Intercontinental, Asunción, 2005, t. II, p. 701, n° 81.

(12) Conf., BELLUSCIO, Augusto César, “Manual de Derecho de Familia”, Abeledo Perrot, Buenos Aires,

Si, en cambio, en ese mismo supuesto se hubiera establecido que la parte del bien adquirido con dinero ganancial tuviera ese carácter, el esposo no propietario tendría derecho a una parte indivisa del bien, pudiendo al término de la comunidad requerir la adjudicación de una parte de su total, como podría ser, por ejemplo, si se tratara de una fracción de campo que fuera divisible.

IV. Bienes adquiridos con bienes gananciales después de la extinción de la comunidad

De acuerdo con lo dispuesto en el inciso f) del artículo 465, son gananciales los bienes adquiridos después de la extinción de la comunidad por permuta con otro bien ganancial, mediante la inversión de dinero ganancial, o la reinversión del producto de la venta de bienes gananciales, sin perjuicio de la recompensa debida al cónyuge si hay un saldo soportado por su patrimonio propio. Sin embargo, si el saldo es superior al valor del aporte ganancial, el nuevo bien es propio, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad.

Como se advierte, el principio es similar que el establecido en el inciso c) del artículo 464, pero aplicado al revés, ya que se consideran gananciales los bienes adquiridos por permuta de un bien ganancial o con dinero de ese carácter, con la salvedad del supuesto de que la mayor parte del precio haya sido abonado con dinero propio, caso en el cual el bien será de carácter propio del adquirente. Salvo que dicho inciso c) se refiere al supuesto de los bienes adquiridos durante la comunidad, mientras que el inciso f) del artículo 465 se ocupa de los adquiridos después de su extinción.

En un sentido similar al de la norma en análisis (aunque sin hacer mención del supuesto de haberse abonado parte del precio con dinero de carácter propio), durante la vigencia del Código Civil se resolvió que “es ganancial el bien adquirido con fondos gananciales después de la disolución de la sociedad conyugal, ya sea que esos fondos existieran como tales antes de la disolución, hayan sido obtenidos en reemplazo de un bien ganancial, o hayan ingresado a la masa por una causa anterior a la disolución” (13).

Volviendo a lo dispuesto en el inciso f) del artículo 465, en el supuesto de que el saldo abonado con dinero propio sea igual al pagado con dinero ganancial, el bien es de carácter ganancial (14). Y al igual que lo expresado en el último párrafo del punto 2. c) que antecede, para determinar si el saldo abonado con dinero propio es superior al valor del aporte ganancial, en épocas de inflación debe computarse el valor adquisitivo de la cantidad de dinero ganancial abonado, en comparación con el valor adquisitivo del dinero de carácter propio.

V. Las partes indivisas de un bien adquirido luego de disuelta la comunidad por el cónyuge que ya era propietario, como ganancial, de otra parte indivisa del bien

Siguiendo análogo principio que el consagrado en el inciso k) del artículo 464, el inciso n) del artículo 465 establece que son de carácter ganancial las partes indivisas adquiridas

por cualquier título por el cónyuge que ya era propietario de una parte indivisa de carácter ganancial de un bien al extinguirse la comunidad, sin perjuicio de la recompensa debida al cónyuge en caso de haberse invertido bienes propios de este para la adquisición. De lo que resulta que, si durante la vigencia de la comunidad uno de los esposos hubiera adquirido una parte indivisa de un bien con dinero ganancial, y luego de extinguida adquirió el resto de ese bien u otra de sus partes indivisas a título gratuito —por ejemplo, por herencia—, esta última parte también será de carácter ganancial.

La disposición en análisis también establece el derecho a recompensa que le corresponde a uno de los esposos, en el supuesto de haber abonado una parte indivisa del bien, con bienes de carácter propio. Se advierte entonces que, como la norma comprende la adquisición posterior de una parte indivisa “por cualquier título”, el derecho a recompensa no solo le corresponde en caso de haber invertido bienes propios suyos —como dispone el artículo—, sino también cuando esa adquisición se produce por cualquier otro título, como puede ser por donación o herencia.

Si bien la solución establecida en el referido inciso n) es clara, no nos parece razonable. Creemos que ello se advierte claramente en casos como el siguiente, que ponemos como ejemplo: supongamos que uno de los cónyuges adquiere con dinero ganancial durante la vigencia de la comunidad el 10% indiviso de un inmueble, y luego de extinguida aquella por cualquier causa, su padre le dona o le deja en herencia el 90% restante; considerar la totalidad del inmueble como ganancial no es justo ni razonable, no obstante el derecho a recompensa a favor del titular del bien. Nótese que para transferir dicho 90% indiviso de un bien recibido a título gratuito, tendría que requerir el asentimiento de su excónyuge, con quien puede no encontrarse en buenas relaciones, resultando en tal caso necesario una autorización judicial, con las demoras que ello posiblemente implique.

Cabe aclarar que, tal como resulta del precitado inciso n) del artículo 465, dicha norma solo contempla el supuesto de que la posterior parte indivisa haya sido adquirida luego de extinguida la comunidad, por lo que, como seguidamente se verá, no resuelve el caso de que esa segunda o posterior parte indivisa haya sido adquirida durante la vigencia de la comunidad, con dinero propio.

VI. Bienes adquiridos durante la comunidad con bienes gananciales, en que el saldo se abona con bienes propios

Como más arriba dijimos, en el Código solo limita la posibilidad de la existencia de los bienes mixtos; lo que afirmamos, porque, a nuestro juicio, quizás no se la ha eliminado del todo. En efecto, creemos que dicha situación de la existencia de esos bienes podría llegar a darse en el supuesto, no contemplado en el Código, consistente en la adquisición por uno de los cónyuges de un bien con dinero ganancial durante la vigencia de la comunidad, en el que el saldo (de mayor o menor

2008, 8ª ed., t. 2, p. 73, parágr. 332; MAZZINGHI, Jorge A., “Tratado de Derecho de Familia”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, 4ª ed., t. 2, ps. 170 y ss., parágr. 289, c) y d); Conf., AZPIRI, Jorge O., “Régimen de bienes en el matrimonio”, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, p. 71; GUASTAVINO, Elías P., “La calificación dual de bienes en el matrimonio”, LA LEY 123-1183 y sigs., N° 5; y ps. 1188 y sig., n° 9 y 11; FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel y ROVEDA, Eduardo, “Régimen de bienes en el matrimonio”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 211, parágr. 197; MÉNDEZ COSTA, María Josefa, “Código Civil Comentado. Derecho de familia patrimonial”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 145; BORDA, Guillermo A., “Tratado de Derecho Civil” Familia, 10ª ed., act. por BORDA (h), Guillermo, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, t. I, ps. 234 y ss., p. 295 y s.; ZANNONI, Eduardo A., “Derecho Civil Derecho de Fami-

lia”, Astrea, Buenos Aires, 2006, 5ª ed., t. 1, ps. 546 y s., parágr. 427; PERRINO, Jorge Oscar, “Derecho de Familia”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, t. I, p. 752; CN-Civ., sala H, LA LEY, Rep. LXV, J-Z, p. 2422, sum. 17. Conf., CNCiv., sala I, LA LEY, 2007-A, 477; idem, sala I, LA LEY, 2007-B, 785, con nota aprobatoria de SOLARI, Néstor E., “Calificación de un bien adquirido con fondos propios y fondos gananciales”; CNCiv., sala A, ED 84-478; CNCiv., sala B, LA LEY, 1981-D, 412; SC Buenos Aires, ED 164-399, con nota de MAZZINGHI, Gabriel, “Consolidación de doctrinas en materia de sociedad conyugal”.

(13) CApel. Concepción del Uruguay, sala Civ. y Com., LA LEY, 1996-D, 692. Conf., CNCiv., sala C, ED 90-868; idem, sala D, ED 142-223.

(14) Conf., BELLUSCIO, Augusto César, “Derecho de Familia”, ob. cit., p. 391, parágr. 284, e).

valor que lo pagado al momento de la compra) se abona con dinero propio también durante la comunidad.

Al no haberse contemplado ese supuesto, sin una norma de carácter general que prohíba que en cabeza de un mismo cónyuge exista un bien en parte propio y en parte ganancial, y con fundamento en el principio de que lo adquirido con bienes propios es de carácter propio (art. 464, inc. c, 1er. párrafo) y de carácter ganancial lo adquirido con bienes de ese carácter (art. 465, inc. a), pensamos que en el supuesto contemplado podría entenderse que una parte indivisa del bien es de carácter propio y otra parte, ganancial, siendo la proporción propia y ganancial del bien en cuestión, de acuerdo con los valores aportados. Lo que así podría ser, en el supuesto de que se concluyera que no resulta posible aplicar al caso, por analogía, la solución establecida en el inciso c) del artículo 464, por cuanto, al ser esta

solución una excepción al principio recién referido de que lo adquirido con dinero propio tiene ese carácter, y, en cambio, ganancial lo adquirido con dinero ganancial, se requiere una norma expresa para apartarse de dicho principio.

Por otra parte no parece que se pueda afirmar que el supuesto en cuestión es una contrapartida del precitado inciso c), que más bien se encuentra contemplada en el inciso f) del artículo 465. Adviértase, además, que cuando el Código quiere establecer respecto a los bienes gananciales una solución similar a la dispuesta para los bienes propios, así lo hace en forma expresa, como ocurre con el inciso k) del artículo 464, que tiene su espejo —por así decir— en el inciso n) del artículo 465. O con el inciso g) del artículo 464, replicado en el inciso j) del artículo 465; como asimismo —entre varios otros— con el inciso i) del artículo 464, cuya réplica es el inciso l) del artículo 465.

No obstante lo dicho, no dejan de asaltarnos serias dudas al respecto, lo que es así en razón de la evidente intención del legislador de eliminar los denominados “bienes mixtos”, como resultado del contenido de la enumeración practicada en los precitados artículos 464 y 465.

VII. Conclusiones

De lo hasta aquí visto se desprende que el hecho de haber sido aceptado en distintos incisos de los artículos 464 y 465 que en cabeza del mismo cónyuge no puede haber un bien que en parte sea de carácter propio y en parte ganancial no significa que necesariamente deba concluirse que en supuestos no contemplados en dichas normas o en otras no pueda haber casos en que exista una calificación dual.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2883/2021

Más información

[Schiro, María Victoria](#), “Interpretación y aplicación del régimen patrimonial del matrimonio en perspectiva de géneros. Algunas reflexiones frente a múltiples desafíos en la protección de los derechos patrimoniales de las mujeres”, RDF 101, 48, TR LALEY AR/DOC/2202/2021

[Sambrizzi, Eduardo A.](#), “Ley que rige el régimen patrimonial del matrimonio”, DFyP 2019 (mayo), 3, ADLA 2020-3, 157, TR LALEY AR/DOC/324/2019

Libro recomendado

[Tratado de Derecho de Familia](#)

Autor: Sambrizzi, Eduardo Antonio

Edición: 3ª 2021

Editorial: La Ley

Columna de opinión continuación

La evaluación de tecnologías sanitarias como herramienta para la toma de decisiones en salud

Alex Luján

I. Introducción

La última reforma constitucional (1994), que otorgó jerarquía constitucional a los tratados sobre derechos humanos (75. Inc. 22), abrió las puertas a una nutrida jurisprudencia orientada a otorgar operatividad a los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Nacional.

En ese marco, los tribunales de nuestro país han reconocido, a través de sendas resoluciones judiciales, la obligación que tiene el Estado Nacional de garantizar el derecho humano a la salud en virtud de los tratados internacionales sobre derechos humanos suscriptos.

La realidad nos muestra las diversas barreras de índole económica, social y cultural que la ciudadanía debe sortear para alcanzar el goce efectivo del derecho a la salud. En muchos casos, las personas deben adicionar al padecimiento que sufren en su salud los efectos de un sistema que exhibe graves deficiencias a la hora de garantizar las prestaciones o tecnologías sanitarias requeridas para el cuidado de su salud.

El escenario descripto dio lugar al desarrollo del conocido fenómeno de “amparización o judicialización de la salud” como práctica sistemática de recurrir a los tribunales para la obtención de determinada prestación o tecnología sanitaria, ante la negativa de los agentes del seguro de salud de brindar cobertura.

En los últimos años a las dificultades enunciadas debe adicionarse el exponencial crecimiento de la industria farmacéutica con el desarrollo de nuevas tecnologías sanitarias caracterizadas por su alto impacto presupuestario, lo que pone en jaque la sostenibilidad de un sistema asentado sobre los principios de solidaridad y equidad.

Lo expuesto obliga a replantearse cuáles son los mecanismos capaces de otorgar mayor nivel de certeza a las decisiones judiciales

con miras a lograr una mayor eficacia en la gestión de los recursos disponibles en salud.

En este marco, el presente artículo realiza un repaso sobre las principales derivaciones que presenta la judicialización de la salud y plantea el rol central que podría adquirir la Evaluación de Tecnologías Sanitarias en la búsqueda de herramientas para la toma de decisiones en salud.

II. La judicialización de la salud

El fenómeno de la judicialización de la salud, que consiste en la práctica sistemática de recurrir a los tribunales de nuestro país para la obtención de determinada práctica o tecnología sanitaria encuentra su impulso a partir de la última reforma constitucional del año 1994, que otorgó jerarquía constitucional a una serie de tratados internacionales sobre derechos humanos, entre los que se halla el derecho humano a la salud (art. 75 inc. 22) (1).

Es a partir de entonces que comienza en nuestros tribunales una profusa jurisprudencia tendiente a dotar de operatividad los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución Nacional. Por caso, podemos señalar el precedente *Campodónico de Beviacqua* en el que nuestra Corte Suprema sostuvo con asienso en su propia jurisprudencia que “a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema), [el tribunal] ha reafirmado en recientes pronunciamientos el derecho a la preservación de la salud —comprendido dentro del derecho a la vida— y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga” (2).

El nuevo paradigma reconoce y exige la participación activa del Estado para asegurar

la vigencia de los derechos humanos. Sin embargo, las dificultades que plantea el acceso a determinados servicios de salud o prestación médica promueven la interposición de acciones judiciales, bajo la creencia de que aquello que es negado por los prestadores de servicios de salud será obtenido mediante el inicio de un proceso judicial. El aumento exponencial que experimentaron los procesos vinculados al derecho a la salud obliga a considerar cuál es el impacto de las resoluciones judiciales sobre la viabilidad y sostenibilidad del sistema de salud.

Como nota característica del sistema de salud argentino podemos señalar su fuerte fragmentación, donde coexisten tres subsistemas: el público, el privado y el de la seguridad social, multiplicados por las 23 jurisdicciones provinciales y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, lo que dificulta una planificación orientada al acceso universal a los servicios de salud. El último intento de lograr un sistema unificado de salud tuvo lugar bajo la presidencia del Dr. Raúl Alfonsín: la iniciativa buscaba, mediante el Seguro Nacional de Salud, universalizar la cobertura de salud complementando los aportes y contribuciones de trabajadores con fondos públicos; sin embargo, el proyecto no alcanzó los niveles de consenso necesario para su puesta en marcha (3).

Dentro del universo de acciones vinculadas al derecho a la salud es preciso distinguir aquellas que procuran la obtención de una prestación reconocida en el Programa Médico Obligatorio (PMO), que consiste en una canasta básica de prestaciones que los agentes del seguro de salud deben obligatoriamente brindar a sus afiliados o beneficiarios, y aquellas acciones tendientes a la obtención de tecnología sanitaria caracterizadas por su alto impacto presupuestario y, en muchos casos, por su carácter experimental.

El PMO, que fue establecido mediante Resolución 247/1996, más tarde sería interpretado por la jurisprudencia como un piso prescricional de carácter obligatorio para todos los agentes del seguro de salud (4). Su actualización se formula mediante el Ministerio de Salud de la Nación y a través del dictado de leyes emanadas del Congreso de la Nación. La última actualización significativa del PMO ocurrió en el año 2005, mediante res. 1991/2005. Es oportuno señalar, que una de las deficien-

cias que presenta el PMO es la ausencia de especificaciones en torno a los criterios adoptados para la incorporación de tecnologías sanitarias (5).

Los litigios vinculados al PMO evidencian la necesidad de formular una reconfiguración en el plan, que permita alcanzar una evaluación más acabada sobre la admisión de determinadas tecnologías sanitarias, así como robustecer los mecanismos de control para su efectivo cumplimiento por parte de los agentes del seguro de salud.

Por su parte, la proliferación de resoluciones judiciales que otorgan el acceso a tecnologías sanitarias de alto impacto presupuestario incide de forma sustancial en la viabilidad de un sistema de salud asentado sobre la base de los principios de solidaridad y equidad. En momentos en los que se advierte un desarrollo fenomenal de la industria farmacéutica, es preciso evaluar mecanismos que permitan dotar a las resoluciones judiciales de elementos que aporten seguridad y favorezcan una mirada integral sobre las consecuencias de la decisión en el sistema de salud.

III. Derivaciones de la judicialización de la salud

En este punto, es preciso señalar algunas de las principales derivaciones que acarrea la amparización de la salud. En este sentido, cabe destacar que el acceso a los servicios o prestaciones de salud, a través de una acción judicial, ocurre acorde al orden de llegada a los tribunales. Es decir, que solo aquellos que se encuentren en condiciones de acceder a un tribunal podrán hacerse de la prestación requerida en detrimento de una mirada colectiva sobre el sistema de salud.

Sumado a ello, se advierte que a menudo las acciones judiciales tienen por objeto obtener determinada prestación médica de carácter experimental; ello obliga a extremar los recaudos a fin de evitar que la persona sea tomada como instrumento de investigación o, en palabras de Ciuro Caldani, como “medio de financiamiento de instrumento de vanguardia” (6).

Asimismo, es dable mencionar que existe un vacío normativo respecto de las relaciones que se entablan entre los profesionales de la salud prescriptores y los laboratorios que pre-

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) BERGALLO P., “Argentina: los tribunales y el derecho a la salud ¿Se logra justicia a pesar de la “rutinización” de los reclamos individuales de cobertura?” en obra colectiva *La Lucha por los derechos de la salud*, ELY YAMIN, Alicia y

GLOPPEN, Siri (coords.), Siglo XXI, Buenos Aires, 2013, p. 59.

(2) CS, “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas s/Amparo

Ley 16.986”, 24/10/2000, TR LALEY AR/JUR/1385/2000.

(3) GARAY, O., “El derecho a la salud y la legislación sanitaria”, LA LEY, 2013-B, 731.

(4) CNFed. Civ. y Com., sala III, “B. J. G. c/ OSPLAD s/ sumarísimo de salud”, 2015.

(5) BERGALLO, P., ob. cit., p. 89-90.

(6) CIURO CALDANI, “Estrategia jurídica Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, Facultad de Derecho Universidad Nacional de Rosario UNR, Ed. de la Universidad Nacional de Rosario, 2011, p. 239.

tenden colocar en el mercado determinada tecnología sanitaria; lo que puede derivar en un claro conflicto de intereses.

En suma podemos señalar que la amparización de la salud presenta dos claros escenarios: por un lado, satisface la pretensión del demandante mediante la obtención de la prestación requerida, que en muchos casos se alcanza luego de un arduo peregrinar del usuario por los diversos andamiajes del sistema de salud, mientras que, por otro lado, desde una perspectiva sistémica del problema, se advierte que la judicialización de la salud, como práctica sistematizada, carece de potencial para propiciar mejoras integrales que redunden en beneficios para el conjunto de la ciudadanía, al tiempo que evidencia la ausencia de evaluaciones sobre el impacto de las sentencias judiciales en la sostenibilidad del sistema de salud.

Como respuesta a las derivaciones enunciadas cobra especial relevancia lo que Iñigo Petralanda denomina la “cultura sanitaria”, que consiste en el conocimiento, por parte de todos los actores involucrados en la gestión de salud, de las particularidades del escenario sanitario argentino. Esta cultura sanitaria exige el involucramiento de los diversos actores que integran el campo de la salud en el estudio sobre la viabilidad y conveniencia del acceso a determinada tecnología sanitaria (7).

Existen diversas alternativas que promueven un uso eficiente de los recursos de salud disponibles, entre los que se destaca la calificación del profesional de la salud prescriptor, la regulación sobre los eventuales vínculos existentes entre los laboratorios que pretenden colocar en el mercado determinada tecnología sanitaria y los profesionales de la salud, así como el control sobre la seguridad y eficacia por parte de la autoridad estatal (ANMAT).

IV. La evaluación de tecnologías sanitarias

En este marco, la Evaluación de Tecnologías Sanitarias (ETS) desempeña un rol relevante en la búsqueda de alternativas que aporten soluciones a la disyuntiva que se plantea entre el acceso a determinada práctica o tecnología sanitaria y la finitud de los recursos con los que cuenta el sistema de salud para dar respuesta a las necesidades de la población.

La ETS consiste en el proceso sistemático de valorización de las propiedades, los efectos y/o los impactos de la tecnología sanitaria; debe contemplar las dimensiones médicas, sociales, éticas y económicas, y tiene como principal objetivo aportar información para que sea aplicada a la toma de decisiones en el ámbito de la salud (8).

La ETS cobra especial relevancia cuando consideramos el carácter asimétrico de la

información en el mercado sanitario, a menudo la escasa información disponible es la elaborada por el propio laboratorio productor, lo que dificulta el desarrollo de estudios de pertinencia y conveniencia de la tecnología sanitaria.

Cabe señalar que la Organización Panamericana de la Salud (OPS) aprobó la resolución “Evaluación e Incorporación de Tecnologías Sanitarias en los Sistemas de Salud” (CSP28.R9) que propone vincular la ETS con los procesos de toma de decisiones involucrados en la incorporación de estas tecnologías en los sistemas de salud. Por su parte, la Organización Mundial de la Salud (OMS) en la 67ª Asamblea Mundial de la Salud, aprobó el punto 15.7 del orden del día 24 de mayo de 2014 referido a la evaluación de las intervenciones y las tecnologías sanitarias en apoyo de la cobertura sanitaria universal que insta a los Estados miembros a considerar la posibilidad de establecer sistemas nacionales de evaluación de las intervenciones y las tecnologías sanitarias, fomentando el empleo sistemático de evaluaciones independientes de las intervenciones y tecnologías sanitarias en apoyo de la cobertura sanitaria universal para fundamentar las decisiones de política (9).

A nivel nacional la cartera de Salud cuenta con la Comisión Nacional de Evaluación de Tecnologías de Salud (CONETEC), creada por Resolución Ministerial 623/2018, bajo sus evaluaciones y recomendaciones tiene en cuenta criterios de calidad, seguridad, efectividad, eficiencia y equidad, bajo dimensiones éticas, médicas, económicas y sociales. Los informes y recomendaciones de la comisión son públicos y de libre consulta para toda la sociedad. La CONETEC puede intervenir como órgano consultor en cualquier instancia donde se debatan cuestiones vinculadas a estas temáticas, incluyendo los procesos judiciales (10).

Es oportuno señalar que en julio de 2016 el Poder Ejecutivo Nacional envió al Congreso de la Nación Argentina un proyecto de ley (Expediente 82/16) de creación de lo que se denominó la Agencia Nacional de Evaluación de Tecnologías Sanitarias (ANETS), como organismo descentralizado en la órbita del Ministerio de Salud de la Nación, que tenía como incumbencias la realización de estudios y evaluaciones de medicamentos, productos médicos e instrumentos, técnicas y procedimientos clínicos, quirúrgicos y de cualquier otra naturaleza destinados a prevenir, tratar o rehabilitar la salud, a fin de determinar su uso apropiado, oportunidad y modo de incorporación al conjunto de prestaciones cubiertas por el sector público y el PMO.

Dichos estudios y evaluaciones se formularían de acuerdo con criterios de calidad, efectividad, eficiencia, equidad y teniendo en

cuenta su valorización ética, médica, económica y social.

Entre sus funciones se destacan analizar y revisar la información científica relacionada con la evaluación de las tecnologías sanitarias y su difusión entre los profesionales y los servicios sanitarios públicos, privados y de la seguridad social; analizar y evaluar el impacto económico y social de la incorporación de las tecnologías sanitarias a la cobertura obligatoria y tomar intervención, con carácter previo a la inclusión de cualquier práctica, procedimiento o cobertura en general dentro del conjunto de prestaciones cubiertas por el sector público y por el PMO.

También pueden señalarse al respecto otras experiencias a nivel comparado sobre la utilidad de las agencias de evaluación de tecnología sanitaria como el Instituto Nacional de Salud y Excelencia de Atención, NICE (por sus siglas en inglés del: *National Institute for Health and Care Excellence*) de Inglaterra. El NICE se estableció originariamente en 1999 como el Instituto Nacional para la Excelencia Clínica y en abril de 2005 se fusionó con la Agencia de Desarrollo de la Salud. Entre sus tareas se destaca producir orientación y asesoramiento basados en evidencia para profesionales de la salud, la salud pública y la asistencia social, desarrollar estándares de calidad y métricas de desempeño para quienes brindan y encargan servicios de salud, salud pública y atención social, y brindar una gama de servicios de información para comisionados, profesionales y gerentes de la atención sanitaria y social (11).

El NICE utiliza la evidencia científica disponible a fin de emitir recomendaciones que guíen las decisiones en salud. Además de evaluar el valor científico de la evidencia, el NICE sigue un conjunto de principios para hacer juicios de valor social. Las recomendaciones que formula el NICE tienen en cuenta la eficacia de la tecnología sanitaria —qué tan bien funciona— como la rentabilidad —qué tan bien funciona en relación a cuánto cuesta—

Cabe mencionar que el NICE es un organismo independiente del gobierno. Todas sus resoluciones son de carácter público y la ciudadanía, al tiempo que participa en sus comités, se encuentra legitimada para recurrir las decisiones del organismo, lo que robustece y otorga transparencia al proceso de decisión (12).

Llegados a este punto, es preciso destacar, tal como lo señalan Jorge Nicolás Lafferrère, y Martín Zambrano (h.), que “la existencia de una Agencia puede dar un norte para evitar el abuso de prescripción médica infundada en coberturas que no benefician al paciente (persona humana en virtud del cual debe estructurarse un sistema de salud justo, conforme los principios de justicia distributiva) y

que a su vez atentan contra el sistema de salud. En particular, a la financiación, cuestión que acongoja diariamente a las obras sociales y empresas de medicina prepaga” (13).

La ETS se erige, entonces, como una alternativa que puede aportar elementos para la toma de decisiones en salud. El proceso debe receptor las particularidades del escenario sanitario argentino. Es por ello que, sin perjuicio de lo provechoso que pueden resultar las exitosas experiencias a nivel comparado, es preciso que el diseño y puesta en marcha de mecanismos de ETS se desarrollen en nuestro país atendiendo al conjunto de elementos particulares que integran el campo de la salud.

Entre los aspectos centrales para el desarrollo institucional de una agencia de ETS podemos mencionar la necesidad de la autonomía de sus miembros, los que deberán guardar independencia respecto de las autoridades estatales, la transparencia en el proceso de evaluación y la participación de todos los actores involucrados, incluyendo a la ciudadanía, a los fines de brindar mayor confianza a las decisiones del organismo.

V. Conclusión

La posibilidad de contar con una agencia especializada que permita arribar a dictámenes sobre la conveniencia de la utilización de determinada tecnología sanitaria, evaluando la evidencia científica disponible, así como el conjunto de variables de índole social, económica y cultural, que inciden en la toma de decisiones en salud, constituye una alternativa de abordaje a los problemas que presenta la judicialización de la salud. En ese sentido, las resoluciones judiciales contarían con una mirada integradora del impacto de la decisión sobre la viabilidad y sostenibilidad del sistema de salud, al tiempo que desalentaría en la práctica el inicio de acciones judiciales con miras a la obtención de prestaciones que han sido oportunamente evaluadas por la agencia de ETS, sin obtener un dictamen favorable.

Finalmente es necesario destacar que la solución a la judicialización de la salud no se agota en la vigencia de las herramientas descriptas, se trata de un fenómeno complejo que responde a una multiplicidad de variables, que van desde las deficiencias en el acceso oportuno a las prestaciones médicas hasta las representaciones simbólicas y culturales que nuestra sociedad posee respecto a los procesos salud-enfermedad. De allí que resulte preciso el desarrollo y ejecución de políticas públicas de salud orientadas al efectivo cumplimiento del derecho humano a la salud, atendiendo a las particularidades del sistema sanitario argentino.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2882/2021

(7) IÑIGO PETRALANDA, M. I. “Evaluación de Tecnologías de Salud” CISALUD AÑO XVIII N° 31 Dic 2018 Feb 2019, ps. 6-11.

(8) Organización Panamericana de la Salud https://www3.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=9229:2013-tecnologias-sanitarias&I-

temid=41687&lang=es

(9) Organización Mundial de la Salud, 67ª Asamblea Mundial de la Salud, Ginebra, 19-24 de mayo de 2014, Ginebra 2014 https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA67-REC1/A67_2014_REC1-sp.pdf

(10) Conf. art. 6º res. 623/2018

(11) National Institute for Health and Care Excellence <https://www.nice.org.uk/about/what-we-do>

(12) LIFSCHITZ, E.; CATALANO, H.N., “Fortalezas y debilidades del proceso de evaluación de tecnología sanitaria en distintos países de Europa y Latinoamérica”, *Rev. Argent Salud Pública*, 2020; 12:e3. Publ. electrónica 01 jul. 2020.

(13) LAFFERRÈRE, Jorge Nicolás - ZAMBRANO (h.), Martín, “Proyecto de Agencia Nacional de Evaluación de Tecnologías Sanitarias “AGNET”: inquietudes en su implementación e incidencia en los amparos de salud”, TR LALEY AR/DOC/3307/2016

Nota a fallo

Despido discriminatorio

Negativa de la trabajadora a usar el uniforme laboral. Motivos de pudor. Exigencia de usar un talle menor de indumentaria. Diferencias en relación con el uniforme que utilizaban los empleados varones. Decisión con perspectiva de género. Disidencia parcial. Monto del daño e intereses.

1. - El rubro *daño moral* correspondiente al art. 1º de la ley 23.592 debe prosperar. La accionada nacional no ha logrado desvirtuar mediante prueba en contrario que, en definitiva, la trabajadora fue obligada a usar como parte de su uniforme unas calzas que ponían en evidencia sus formas físicas, resultando ello violatorio al pudor de esta, haciéndola sentir incómoda desde que debía soportar las frases de corte in-

apropiado proferidas por los varones que transitaban por el lugar, llegando al extremo de arrojarle un objeto desde un auto.

2. - La ley nacional 26.485 es una norma orientada a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los “derechos de las mujeres”. Lo que hace es poner énfasis o reforzar el método de valoración de las pruebas por parte de

los jueces de manera de garantizar acciones positivas respecto del abordaje de tan sensible temática; y por ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional, puesto que, es sabido, que los jueces deben ponderar los elementos de prueba —objetivos y subjetivos— a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzga-

miento, transformándose en un vector necesario para evitar que se aparten en la adopción de decisiones del contexto fáctico que es propio a este género de conductas.

3. - Acreditado el despido discriminatorio, corresponde fijar el *daño moral* sufrido por la trabajadora en la suma de \$ 150.000, teniendo en cuenta la afectación de su dignidad producida por haber sido obligada al uso de calzas, lo que provocó que debiera soportar frases inapropiadas por parte de los varones que transitaban por el lugar, situación que marcó una notoria diferencia respecto del uniforme que era exigido al personal masculino, además de la angustia e incertidumbre que debió padecer en relación con el futuro de su situación laboral. Esto, con más los intereses que deben ser calculados hasta la fecha de la sentencia, conforme lo determina la ley 4087 y desde allí hasta el efectivo pago, conforme a la tasa que determinó la sentencia de grado.
4. - La sanción de suspensión impuesta a la trabajadora por su resistencia a usar el uniforme dispuesto por la empresa para las mujeres, que consistía en unas calzas de un talle menor al que ella usaba, uniforme que era distinto al que usaban los varones y que le resultaba incómodo, contrario a su pudor, que la exponía a recibir frases inapropiadas de los hombres que transitaban en la zona, sumado al despido sin causa dispuesto por la empleadora, evidencia una situación de desigualdad y discriminación por la condición de mujer que impone una evaluación del contexto en el cual se inscribió la relación de trabajo y de las circunstancias de vulnerabilidad de la trabajadora desde una perspectiva de género (del voto del Dr. Palermo).
5. - Analizar con perspectiva de género nos permitirá tomar medidas que contrarresten las desigualdades estructurales basada en estereotipos, que impiden el pleno goce de derechos (del voto del Dr. Palermo).

6. - Si resulta evidente que la trabajadora sufrió un trato discriminatorio en su trabajo por su condición de mujer que le produjo una afectación de su dignidad y de su estado psico-emocional, además de angustia y preocupación por la pérdida del trabajo, corresponde hacer lugar al rubro *daño moral* establecido en el art. 1º de la ley nacional 23.592, solución que además se enmarca en los principios de la ley nacional 26.485 orientada a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las mujeres (del voto del Dr. Palermo).
7. - Si bien la empresa legalmente puede imponer el vestuario, ello es ilegal y excedió arbitrariamente sus facultades de dirección y organización cuando contiene una dimensión diferente para mujeres y hombres, atento a que hoy no existe argumento que justifique esta diferencia. En tal sentido la trabajadora comunicó los motivos de su decisión de no usar la vestimenta impuesta, cuyos argumentos eran absolutamente razonables y justificados; no obstante la empleadora continuó con su postura carente de toda lógica, lo que la convirtió en discriminatoria (del voto en disidencia parcial del Dr. Adaro).
8. - Cualquier tipo de violencia ejercida sobre la mujer, en cualquier ámbito —incluido el laboral—, atenta no solamente contra el derecho a la igualdad y a la no discriminación, sino también contra el referido derecho a la dignidad y a la integridad humana (del voto en disidencia parcial del Dr. Adaro).
9. - La ley nacional 26.743 de Identidad de Género garantiza el respeto por las expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales, y resulta necesario evaluar el rol de las empresas, que deben acompañar un proceso de deconstrucción. Deben adecuarse a los cambios culturales por los que atraviesa nuestra sociedad, so pena de incurrir en la violación de normas que hoy enmarcan nuestra reali-

dad (del voto en disidencia parcial del Dr. Adaro).

10. - El reclamo por *daño moral*, fundado en lo dispuesto por el art. 1º de la ley 23.592 y ley 26.485, se debe cuantificar como adicional a una indemnización por despido injustificado que debe fijarse conforme lo determina el derecho civil y debe responder a ciertos parámetros de razonabilidad (arts. 1738 y 1741 del Cód. Civ. y Com. de la Nación). Cuando la empresa obligó a la actora a usar los pantalones tipo "calzas" para realizar sus labores sin otra justificación que lo avalara y ella respondió que la vestimenta atentaba contra su pudor, el respeto a su dignidad y libertad debió ser primordial, a fin de garantizar la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse conforme a sus convicciones personales (del voto en disidencia parcial del Dr. Adaro).
11. - El hecho de haber determinado qué vestimentas eran para varones y cuáles para mujeres implica un estereotipo patriarcal tendiente a visualizar a la mujer destacando su cuerpo como instrumento. La imposición de vestimenta sexista importa una cosificación y degradación del cuerpo (del voto en disidencia parcial del Dr. Adaro).
12. - Si no han sido acreditados aquellos parámetros que permitan la determinación del daño, y para el que la propia trabajadora ha estimado el monto que consideró compensatorio del perjuicio sufrido en la suma de \$ 81.364,53, monto que es razonable, ello, con más los intereses desde la fecha de la determinación de la deuda de valor, en la presentación de la demanda hasta la fecha del efectivo pago, este se efectivizará del siguiente modo: conforme a la tasa determinada por el plenario "Aguirre" (28/05/2009, TR LALEY AR/JUR/12438/2009) hasta el 30/10/17; y desde ahí conforme la tasa libre destino a 36 meses fijada por el plenario "Lancinas" (30/10/2017, TR LALEY AR/JUR/77894/2017) hasta la entrada en

vigencia de la ley 9041 (del voto en disidencia parcial del Dr. Adaro).

Cuantificación del daño

El hecho dañoso:

Despido discriminatorio

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial
Daño moral genérico: \$150.000

SC Mendoza, sala II, 07/05/2021. - V., F. M. c. Asfalia, S.A. s/ despido s/ recurso extraordinario provincial.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/72392/2021]

Jurisprudencia vinculada

En "Álvarez, Maximiliano", Fallos: 333:2306, TR LALEY AR/JUR/77141/2010 y "Pelllori", Fallos: 334:1387, TR LALEY AR/JUR/68958/2011, estableció la doctrina sobre el despido discriminatorio; en "Sisnero", Fallos: 337:611, TR LALEY AR/JUR/15946/2014, se pronunció sobre la discriminación laboral contra la mujer.

Costas

Instancia extraordinaria: a la recurrida vencida

Intereses

Hasta la fecha de la sentencia, 20/07/20, conforme lo determina la ley 4087; y desde el 21/07/20 hasta el efectivo pago, según la tasa que determinó la sentencia de grado.

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al Cliente, <http://informacionlegal.com.ar> o en *Proview*]

La Corte de Mendoza se pronuncia sobre la discriminación de género en cuestiones laborales, en un caso en el que se obligó a la trabajadora a usar vestimenta inapropiada



Julio Gómez Orellano

Juez del Trabajo de Mendoza

La sentencia que comentario forma parte de una interesante lista que viene acuñando la Sala 2 de la Corte de Mendoza relativas a la discriminación por razón de género (antes ha fallado favorablemente en juicios donde las trabajadoras acreditaron maltrato laboral o directamente acoso sexual).

Los hechos son los siguientes: la empleada de una estación de servicio alegó haber sido despedida, porque se negaba a usar una pequeña calza que les entregan a las trabajadoras, siguiendo reglas sobre uni-

formas exigidas por la petrolera que representan.

Reclamó daño moral por haber sido objeto de discriminación *de género*.

En la instancia de Cámara (única de conocimiento para el proceso mendocino) se rechazó el reclamo por daño moral, porque el despido no había sido alegando el no uso del uniforme obligatorio, sino por un hipotético abandono de trabajo no acreditado.

La Corte de Mendoza revierte el fallo, considera suficientemente probado que el conflicto fincaba en el uso del particular uniforme de parte de la empleada y, por eso mismo, afirma que era objeto

de discriminación por razón sexual o de género.

Se enuncian varias fuentes legislativas que han ido significando un progreso —al menos desde lo declarativo— para erradicar conductas que perjudican la igualdad de la mujer. Para este comentario, bastará referir a la ley 26.485 (Protección integral a las mujeres, 11/03/09) y a la CEDAW, enumerada en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional como Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

En más de una oportunidad nuestra doctrina laboral ha definido la discriminación de género en el ámbito de trabajo, como aquellas agresiones o diferencias que pa-

dece la persona por el hecho de ser mujer. Recordando que la discriminación puede disfrazarse de reglas válidas, incluso jurídicamente admisibles, conocida como "discriminación indirecta".

Se advierten conductas en la comunidad laboral que implican diferencias para la trabajadora que, si no fuera mujer, no las sufriría.

Esas conductas son de la más diversa índole, pero tienen por denominador común responder a creencias de sometimiento de género arraigadas socialmente.

Incluso en graves casos de agresión sexual, la jurisprudencia norteamericana ha considerado que se trata, igualmente, de circunstancias de "discriminación sexual" (1),

sobre todo si obedecen a conductas sociales instaladas entre los varones como normales, válidas o, al menos, toleradas (una mano, un insulto); y también en aquellos casos en los que a la conducta no sigue una reacción adecuada de parte de los directivos.

También los ambientes laborales pueden ser calificados como sexualmente disciplinaria por negarse a usar el uniforme (reitero, una pequeña calza que marcaba su cuerpo). La trabajadora discutió la sanción por telegrama, afirmando que se trataba de un atentado a su pudor y que además era regularmente agredida por los hombres que pasaban (*le gritaban 'cosas'*). La empresa reafirmó la sanción y la exigencia de que debía usar ese pantalón; dijo que era el uniforme que imponía la empresa matriz, en este caso la petrolera *Oil*. La trabajadora se negó a trabajar con esa calza; y luego de algún momento difuso, siguió trabajando con pantalones de los que usa el personal masculino (aparentemente, un compañero le regaló uno viejo). La empresa consideró que hacía abandono de trabajo.

En el caso que comentamos, la empresa impuso a la trabajadora una suspensión disciplinaria por negarse a usar el uniforme (reitero, una pequeña calza que marcaba su cuerpo). La trabajadora discutió la sanción por telegrama, afirmando que se trataba de un atentado a su pudor y que además era regularmente agredida por los hombres que pasaban (*le gritaban 'cosas'*). La empresa reafirmó la sanción y la exigencia de que debía usar ese pantalón; dijo que era el uniforme que imponía la empresa matriz, en este caso la petrolera *Oil*. La trabajadora se negó a trabajar con esa calza; y luego de algún momento difuso, siguió trabajando con pantalones de los que usa el personal masculino (aparentemente, un compañero le regaló uno viejo). La empresa consideró que hacía abandono de trabajo.

Primera discriminación: obligar a la mujer a usar ropa sexista. El uniforme no es neutral al valor, cuando se impone a la mujer por el hecho de serlo. La casi totalidad de las promotoras que vemos a diario en nuestro mundo son prueba de ello. Se obedece a la convicción de que los clientes deben ser atraídos por la burda belleza de mostrar las piernas o la cola de una chica, como si fuera una cosa más, de entre las que se ofrece a la clientela. Un ambiente laboral sano no debería permitirlo, ni aún con la voluntad de la empleada.

Segunda discriminación: se toleran las reacciones machistas que la exposición física de la empleada genera. Ninguna organización sería debería tolerar que la clientela agrediera verbalmente a sus empleadas. Mucho menos, promoverlo. El ambiente de trabajo se convierte en sexualmente hostil, no solo cuando la mujer es objeto de ataques

(2) CS, "Pellicori Liliána c. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal", 15/11/2011, P.489.XLIV.RHE, particularmente Consid. 6.

físicos, sino también cuando se atenta a su condición femenina verbalmente.

La "perspectiva de género" obliga a empleador y juez ponerse en los zapatos de esa empleada, a preguntarse qué siente frente a estos ataques.

Las mujeres de nuestras sociedades, desde muy temprana edad, son agredidas sexualmente por los varones; aprenden a vivir con miedo, degradación e incertidumbre. Preguntas que no debiera hacerse una persona, como, por ejemplo, ¿Estoy segura si paso por allí? ¿me atacarán sexualmente si camino sola? ¿o qué debería vestir para no provocar reacciones que me degraden sexualmente?, son hechas a diario por todas las mujeres del mundo.

Tercera discriminación: no hay reacción de la organización frente a la queja.

La empresa no fue permeable a cuestiones éticas, como las que expuso la trabajadora. Por el contrario, pretendió escudarse en posiciones de la empresa madre, la cual, a mi parecer, debiera sufrir iguales consecuencias que la subsidiaria, por el destrato para su empleada.

Es de destacar en la sentencia comentada:

1. *La inversión de la carga probatoria.* Como ya hizo la Corte nacional en "Pellicori" (2), habido el indicio de discriminación, la obligación de dar explicaciones satisfactorias y no discriminatorias es de la empresa.

2. *El derecho de declarar de la mujer agredida.* La ley 26.485 dispone el derecho de la mujer a ser oída por el juez.

Esa declaración no es absolución de posiciones. Por el contrario, tiene carácter de prueba dinámica, es decir, debe escucharse, confiarse en la víctima y evaluarse la integridad de su testimonio como el de cualquier otro testigo, aunque con mejor perspectiva.

3. *No deben aceptarse conductas sexistas en ninguna organización.* Las empresas no son ajenas a la Ley que protege la identidad de género y que custodia el derecho de la persona de manifestar su género como más crea conveniente (ley 26.743). Lo ilegal es privar a la mujer trabajadora de esa identidad.

Cómo establecer la indemnización

La Corte no modifica la histórica postura de agregar a la indemnización tarifaria

por despido un plus por "daño moral"; fundado en los parámetros del Derecho Civil.

No comparto esa dirección, que viene reiterando el tribunal en sus sentencias de género. Mucho menos el resultado al que arriba en este caso (ciento cincuenta mil pesos por daño moral).

El daño moral, o precio del dolor, no es más que el valor que se asigna al sufrimiento espiritual.

La Recomendación General 33 del Comité de aplicación de la CEDAW, dice en el art. 19.b que los Estados (como deber) "Aseguren que los recursos sean adecuados, efectivos, atribuidos con prontitud, holísticos y proporcionales a la gravedad del daño sufrido. Los remedios deben incluir, según corresponda, la restitución (reintegración); la indemnización (ya sea que se proporcione en forma de dinero, bienes o servicios); y la rehabilitación (atención médica y psicológica y otros servicios sociales). Los remedios relativos a los daños civiles y las sanciones penales no son mutuamente excluyentes".

Un aspecto que primero deben analizar los jueces, si quieren empezar a cumplir con los mandatos internacionales, es si las reparaciones tasadas son adecuadas para indemnizar el despido que encierra motivos discriminatorios de género. Tradicionalmente, en la doctrina laboralista, la reparación tasada debe adicionar un plus cuando el despido en sí mismo excede —por sus razones o por el modo en que se ejecuta— de la mera indemnización sin causa. Sin embargo, estos casos reclaman más.

La justicia laboral debe analizar si el contenido del art. 245 LCT (un mes por año de servicio) arriba a un resultado que sea suficientemente satisfactorio para indemnizar un despido prohibido por la Ley (CEDAW art. 11, particularmente incs. c y d, ley 26.485 art. 6 inc. c).

El daño moral o físico es solo una faz relacionada con la violencia laboral contra la mujer. Por ende, no tiene sentido abroquelarse (como creo que hace esta sentencia de la Corte mendocina) en la indemnización con contenido retributivo.

Eso nos llevará a dos cuestiones: la primera, preguntarnos si violaría el principio de congruencia procesal un juez que frente a la discriminación aumentara ostensiblemente

la reparación tarifaria por despido normal (la del art. 245 LCT).

A mi parecer, no es así, ya que la Recomendación número 33 (CEDAW) da elementos suficientes al juez para apartarse de la tarifa y fijar una reparación adecuada, no tarifaria, en el caso de los despidos por discriminación de género.

La segunda, cómo debe liquidarse un despido discriminatorio.

A esta, se me ocurren varias preguntas. Primero, sobre el daño que provoca el acto de despido, como acto de privación ilegítima del empleo, que lleva a trasuntar consideraciones materiales e inmateriales sobre la pérdida del trabajo: ¿es una mujer con mucha antigüedad? ¿hay opciones similares de empleo para ella? ¿cuánto perderá de chances económicas hasta que consiga un nuevo empleo? ¿es madre soltera? ¿cómo se compone su grupo familiar y cómo incide la pérdida inmediata del sueldo en él? ¿el despido en esas condiciones le causó daños espirituales o de salud?, etc.

Y segundo, qué daño provoca la discriminación. Aquí deben evaluarse tanto los daños que provocan los hechos discriminatorios (ese ambiente hostil, donde de modo permanente a la trabajadora le dicen cosas que la ofenden: ¿cómo incide en su integridad espiritual, física y psíquica?) y las posturas asumidas por la empresa (¿qué hizo la empresa para prevenir y remediar?). Por último, el tamaño de la organización (¿puede tolerarse en tamaña organización un ambiente laboral hostil?).

A poco se maduren estas últimas consideraciones, se advertirá que una sentencia que condena a pagar ciento cincuenta mil pesos no alcanza para indemnizar el daño que provocó el ambiente laboral hostil, promovido por una gran organización petrolera.

Debe rescatarse, y aplaudirse, la intervención de la abogada de la trabajadora, persistiendo mediante un recurso extraordinario en el reclamo de la reparación moral, aun habiendo ganado el juicio de despido. La reparación frente al despido que viola las garantías constitucionales de la trabajadora no debe ser una opción sujeta a la libre apreciación de los tribunales de instancia.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2884/2021

Jurisprudencia

Amparo de salud

Cobertura médica. Implante coclear. Persona en condición de vulnerabilidad. Pericia médica. Procedencia.

- Toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario, para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos.
- No basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protec-

ción del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentra, como la discapacidad.

- El dictamen del perito médico estableció que la amparista padece una hipoacusia neurosensorial severa, profunda e irreversible, para la que los nuevos estudios requeridos por el Instituto de Servicio Social provincial se presentan de relativa eficacia ante la gravedad y definitividad del diagnóstico. Mas luego el perito indicó que el implante solicitado cumplía con las necesidades médicas del paciente.
- No se trata de desconocer las facultades de control y auditoría de la obra social, sino que, a la luz de las constan-

cias de la causa, no existen elementos que permitan desvirtuar el acierto de la prescripción; antes bien, los términos de la pericia llevada a cabo la confirman.

CCiv., Com., Lab. y Minería, Neuquén, Sala I, 15/09/2021. - E. A. L. c. Instituto de Seguridad Social de Neuquén s/ amparo.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/152377/2021]

Costas

Se imponen a la vencida.

2ª Instancia.- Neuquén, septiembre 15 de 2021.

La doctora *Pamphile* dijo:

1. Tal como lo señaláramos, en la anterior intervención de esta Sala, la Sra. E. dedujo amparo contra el Instituto de Seguridad Social del Neuquén con el objeto de que se condenara a este último, a tomar todas las medidas pertinentes para otorgar la cobertura total de los montos del implante coclear Nucleus 6 con procesador CP910 y electrodo Contour Advance, de conformidad con lo que le fuera prescripto por su médico tratante, así como los costos de los estudios complementarios y pre-quirúrgicos y la cirugía a realizar por el Dr. S. S. en el Policlínico Neuquén.

Consideramos en dicha oportunidad, que el accionar administrativo era reprochable en tanto "...si entendiera que la voluntad administrativa ha sido exteriorizada a través de la constancia emitida por el Director de Prestaciones de fecha 26/09/2017 (hoja 71, ya transcripta) o de fecha 13/02/2019 emitida por el médico auditor (también reseñada y obrante en hojas 74 vta.) es claro que —más allá de las cuestiones formales y competenciales— no cumplen con los aludidos recaudos de motivación y desde tal vértice, se presentan como una respuesta no aceptable en el contexto de este debate..."

Y agregábamos "...este deber de fundamentación de la decisión administrativa, no se advierte presente en el obrar desplegado en sede administrativa: Lo que debiera resultar, debidamente fundado en razones técnicas y científicas es si, el implante coclear autorizado da respuesta al problema de salud de la accionante.

Es que más allá de que el menor valor sea una pauta de decisión, ello es admisible, en tanto el implante de menor valor se adecue a ello.

Y, determinarse, no solo si el adjudicado cumple con los requerimientos técnicos indicados por el médico tratante (que parece resaltar, entre el mayor número descripto, al sistema dual de energización y al "electrodo perimodiolar"), sino, además, si, de no contar con la totalidad de dichos requerimientos, cuál sería la incidencia de las diferencias o carencias y las razones por las cuales, en su caso, el autorizado sería igualmente idóneo para dar respuesta médica adecuada y aceptable.

Nada de esto surge de lo actuado en sede administrativa y debe destacarse que, la regla cierta, es considerar la voluntad administrativa en la exteriorización final, puesto que es ella la que expresa la voluntad de la Administración Pública (conf. Bielsa R., "Derecho Administrativo", T. II, p. 34)... Bajo estas premisas, puede afirmarse que, en este caso, las consideraciones que intentan fundamentar el accionar llevado a cabo en sede administrativa se presentan como insuficientes: no advierto que se haya analizado y fundamentado con razones técnicas suficientes (claramente las expuestas en el correo de la empresa adjudicataria no lo son) la adecuación o inadecuación del dispositivo cuya compra se ha autorizado o, la innecesidad de que reúna todas las especificaciones indicadas por el médico tratante..."

Y, en lo que motivó centralmente, nuestra anterior decisión, reprochamos la falta de elementos probatorios en los que se sustentara la decisión y así dijimos: "...Llegados a este punto, más allá de la reprochabilidad de lo actuado en sede administrativa, lo cierto es que, en esta causa, tampoco se cuenta con elementos suficientes para resolver sobre estos aspectos. En este punto asiste razón al demandado recurrente.

En efecto, frente a las especiales características que presenta el sustrato fáctico en el cual se desarrolló la relación administrativa y la ausencia de elementos de prueba superadores en esta instancia, la decisión adoptada por la magistrada de grado carece de fundamentos ciertos. De allí que, frente a las distintas alternativas que pudiera presentar la respuesta final a la situación (lo que presupone las evaluaciones técnicas que se indicaran en el punto 4.2.) cualquier orden que se emitiera en esta instancia, excedería las posibilidades de resolución jurisdiccional: a pesar del largo período transcurrido, a la postre si-

quiera puede conocerse a ciencia exacta, los requerimientos técnicos con los que necesariamente debe contar un dispositivo coclear adecuado a la demandante..."

2. Luego de nulificada la sentencia y reenviadas que fueron las actuaciones para producir la prueba ofrecida por las partes, la nueva magistrada interviniente dictó sentencia, la que es recurrida por el Instituto de Seguridad Social del Neuquén. He de recordar que, en la anterior oportunidad, el demandado se agravió de que no se produjera prueba, la que fue llevada a cabo.

Corresponde, entonces, analizar si, conforme el resultado de la prueba rendida, la sentencia dictada se ajusta a las previsiones legales y encuentra fundamento en sus resultados; en base a ello, si los agravios deducidos pueden ser receptados.

3. En efecto, el demandado se agravia de los siguientes aspectos:

a) No se ha respetado el derecho de auditoría, control y propiedad de la Obra Social: Bajo este agravio, inicialmente, se refiere a la falta de recaudos para la procedencia de la vía, indicando que debe ser desestimada cuando no surge con nitidez la arbitrariedad o ilegalidad que se arguye.

Indica que la misma magistrada reconoce que el médico tratante no ha fundamentado médicamente los motivos del rechazo del implante otorgado con el Instituto y que, es su deber velar por los intereses de todos los afiliados.

Entronca ello con la justificación de la necesidad de nuevos estudios, para que estos pudieran aclarar los motivos de la marca específica solicitada y para evaluar si la patología había empeorado.

De allí que entiende que el actuar administrativo no es lesivo en forma arbitraria o ilegal, de modo manifiesto.

Agrega que la magistrada se basa en el testimonio del médico tratante, pese a que el perito médico "si bien coincide que el procesador solicitado por el Dr. S., cumple con las necesidades de la actora, también hay un modelo más económico que da similar rendimiento auditivo..."

En este punto afirma "Que, asimismo, con relación a la opinión médica del perito especialista, claramente podemos evidenciar que la juez de grado ha tomado la opinión del profesional de manera subjetiva, dictado la presente resolución recurrida de manera voluntarista sin encontrarse debidamente ajustada a derecho. Nótese V.E. que si bien el perito afirma que el procesador solicitado por el Dr. S. S., se encuentra ajustado a las necesidades de la actora, cuestión esta que mi mandante no ha discutido, no puede evidenciarse la capacidad real de usufructo de estas propiedades del procesador externo, ya que es aquí en donde existe la opción de variar la indicación, sin modificar el rendimiento auditivo del paciente y lograr así bajar el costo final del implante..." Indica que, en este punto es donde corresponde respetar las facultades de auditoría y control; sostiene que no se le ha negado el implante, sino que se han requerido nuevos estudios que acrediten el pedido médico.

Cita jurisprudencia que —indica— da apoyo a su posición y sostiene que la decisión no se sustenta en fundamento alguno, siendo arbitraria.

Sustanciados los agravios, son contestados en hojas 319 y ss. (presentación general N° 158463).

4. Ahora bien, la cuestión que aquí debe analizarse se da en el marco de protección a una persona en condición de vulnerabilidad, por su afectación a la salud en grado incapacitante.

De allí que, aun cuando no compartiera la oportunidad de tratamiento (por las razones que diera en nuestra anterior intervención), lo cierto es que, como señalara mi colega de Sala, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que: "[...] toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. El Tribunal recuerda que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentra, como la discapacidad [...]". "139. Una vez establecidos estos estándares generales, la Corte considera que al haber sido Sebastián Furlan un niño y, actualmente, ser un adulto con discapacidad, es necesario analizar la controversia entre las partes a partir de una interpretación de los derechos de la Convención Americana y las obligaciones que de estos se desprenden, a la luz de las medidas especiales de protección que se derivan de dichos estándares. Dicho marco brinda mecanismos para garantizar y proteger de manera adecuada los derechos de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones y teniendo en cuenta sus necesidades concretas", (Corte IDH, Caso *Furlan y Familiares vs. Argentina*, Sentencia del 31/08/2012, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

Es que la cuestión refiere a dos derechos especialmente tutelados; los dos elementos esenciales que el tratamiento de la cuestión aquí planteada encierra, trasuntan por la protección del derecho a la salud y al de las personas con discapacidad.

El primero de ellos, el derecho a la salud, "es reconocido en documentos internacionales que fueron ratificados por nuestro país (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, art. XI; Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 25.1; Convención Americana de Derechos Humanos, art. 29.c; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 12.1 y 12.2.d). Además, es analizado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en numerosos casos (Fallos: 323:3229, consid. 16 y sus citas (321:1684 y 323:1339) y 324:3569, consid. 11 y sus citas, entre muchos otros). Este derecho significa —mínimamente— la preservación de la vida en condiciones de equilibrio psicológico y biológico y requiere de la acción positiva de los órganos del Estado —también del Departamento Judicial— en procura de que las personas en riesgo reciban las prestaciones necesarias.

Esto implica el deber de la judicatura de procurar que la declaración de derechos efectuada en nuestra Constitución no quede en mera retórica, sino que a través de su función se permita la efectiva y eficaz realización del derecho.

En relación con lo expresado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que lo dispuesto en los tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema)

reafirma el derecho a la preservación de la salud —comprendido dentro del derecho a la vida— y destaca la obligación impostergable de la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deben asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (v. doctrina de Fallos: 321:1684; 323:1339, 3229, entre otros)... (cfr. "García, Luciana c. OSDE y otro s/ amparo", 16/09/2008, Expte. Cámara N° 10.041/07, fallo del Federal de Apelaciones de La Plata, Sala II).

Vinculado con este derecho, se encuentra otro aspecto no menos importante en este caso, que es el tema de la discapacidad. Así: "de acuerdo con el art. 1 de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad, incorporada a nuestro ordenamiento jurídico por la ley 25.280, se entiende a la discapacidad como una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico o social. Asimismo, el art. 75, inc. 23, de nuestra Carta Magna establece que debe legislarse y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Por otra parte, la ley 22.431 instituyó el "Sistema de protección integral de las personas discapacitadas" que, entre otros fines, tiene por objeto asegurar a estas su atención médica, su educación y su seguridad social, y la ley 24.901 que estableció un "Sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad", que contempla acciones tanto de prevención, como de asistencia, promoción y protección, con la finalidad de otorgarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos. La segunda de las leyes mencionadas estableció, en su art. 2, que la obligación de la cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas en ella se encuentra a cargo de las obras sociales enunciadas en el art. 1 de la ley 23.660, según lo necesiten los afiliados con discapacidad.

Asimismo, la ley 23.661 dispuso la creación del Sistema Nacional del Seguro de Salud, con el fin de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país. Esta norma establece que los agentes del seguro de salud deberán incluir, obligatoriamente, entre sus prestaciones las que requieran la rehabilitación de las personas discapacitadas, debiendo asegurar la cobertura de medicamentos que estas prestaciones exijan (art. 28)" (ibíd.).

Y tampoco puedo dejar de señalar a las disposiciones contenidas en la ley 26.378 que aprueba la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad con jerarquía constitucional otorgada por ley 27.044 en los términos del artículo 75, inc. 22 CN y su protocolo facultativo, aprobados mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13 de diciembre de 2006.

Así, específicamente el artículo 25 dispone que: "Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen

derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud. En particular, los Estados Partes:

a) Proporcionarán a las personas con discapacidad programas y atención de la salud gratuitos o a precios asequibles de la misma variedad y calidad que a las demás personas, incluso en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, y programas de salud pública dirigidos a la población;

b) Proporcionarán los servicios de salud que necesiten las personas con discapacidad específicamente como consecuencia de su discapacidad, incluidas la pronta detección e intervención, cuando proceda, y servicios destinados a prevenir y reducir al máximo la aparición de nuevas discapacidades, incluidos los niños y las niñas y las personas mayores;

c) Proporcionarán esos servicios lo más cerca posible de las comunidades de las personas con discapacidad, incluso en las zonas rurales;

d) Exigirán a los profesionales de la salud que presten a las personas con discapacidad atención de la misma calidad que a las demás personas sobre la base de un consentimiento libre e informado, entre otras formas mediante la sensibilización respecto de los derechos humanos, la dignidad, la autonomía y las necesidades de las personas con discapacidad a través de la capacitación y la promulgación de normas éticas para la atención de la salud en los ámbitos público y privado;

e) Prohibirán la discriminación contra las personas con discapacidad en la prestación de seguros de salud y de vida cuando estos estén permitidos en la legislación nacional, y velarán por que esos seguros se presten de manera justa y razonable;

f) Impedirán que se nieguen, de manera discriminatoria, servicios de salud o de atención de la salud o alimentos sólidos o líquidos por motivos de discapacidad”.

Todo esto, en el marco de la toma de conciencia y de las acciones que en tal sentido ordena el artículo 8°.

Nótese, así también, que la Carta Provincial recepta el derecho en cuestión en los arts. 55 y 134 y, específicamente, en el artículo 50 en cuanto preceptúa que: “El Estado garantiza el pleno desarrollo e integración económica y sociocultural de las personas discapacitadas, a través de acciones positivas que les otorgue igualdad real en el acceso a las oportunidades y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución Nacional, Tratados Internacionales, Leyes y esta Constitución,

sancionando todo acto u omisión discriminatorio. Promueve y ejecuta políticas de protección integral y de fortalecimiento del núcleo familiar, entendido como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas, tendientes a la prevención, rehabilitación, educación y capacitación, e inserción social y laboral. Promueve y consolida el desarrollo de un hábitat libre de barreras naturales, culturales, comunicacionales, sociales, arquitectónicas, urbanísticas, del transporte y de cualquier otro tipo.”

4.1. En este contexto de análisis, entiendo que no le asiste razón al Instituto demandado, fundamentalmente, a partir del dictamen del perito médico, el cual no mereció impugnaciones, ni pedido de aclaraciones en la oportunidad prevista para ello.

Conforme surge del informe obrante en hojas 242, estamos frente a una mujer de 42 años, dedicada al cuidado de tres hijos.

El perito afirma que “Considerando los antecedentes personales patológicos del paciente, según la signo-sintomatología, según los exámenes médicos complementarios realizados oportunamente, más los antecedentes obrantes en las actuaciones, la Sra. A. L. E. presenta un cuadro con diagnóstico de hipoacusia neurosensorial severa-profunda irreversible tratada oportunamente con el equipamiento correspondiente (a saber, audífonos desde su juventud) y que debido al deterioro que presenta su resto auditivo requiere de otro tipo de prótesis auditiva para lograr percepción audiológica, en este caso de un implante coclear. Se reconoce como posible agente etiológico su cuadro meníngeo sufrido a temprana edad...”

Tenemos entonces, un primer dato relevante cual es que presenta una hipoacusia neurosensorial que es severa-profunda e irreversible, desde donde los nuevos estudios requeridos por el ISSN, se presentan de relativa eficacia ante la gravedad y definitividad del diagnóstico. Aclaro también aquí, que el alcance de los agravios, en este punto, es muy general y nada, por lo demás, se pidió al perito que aclarase.

Luego, el perito indica que el implante solicitado cumple con las necesidades médicas del paciente y explica (en extremo sobre cuya falta de explicación habíamos hecho énfasis en nuestra anterior intervención) que “al optar por un modelo de implante el médico debe tener en cuenta principalmente la anatomía del paciente, el tiempo de estimulación auditiva que el paciente tiene, el desarrollo de la habilidades auditivas y del habla que el paciente ha logrado o que puede lograr, las posibilidades de acceder a una terapia de habilitación o rehabilitación auditiva, la familiaridad con el producto y el soporte técnico posterior (a lo largo de la vida del paciente, siendo de inicio una prótesis que debería ser para toda la vida del paciente), entre otras. No existen dentro del portfolio (o modelos) de las otras marcas de implantes electrodos con disposición

perimodiolar (que es el indicado en este caso)...”

Vemos, entonces, que el dispositivo autorizado por el ISSN no cumplía con los requerimientos efectuados, en tanto, solo el indicado cumple con la disposición perimodiolar.

Y explica luego, cuál es la trascendencia de esa disposición: “...el implante coclear elegido por el médico tratante tiene un array de electrodos dispuestos de manera tal que se adaptan a la pared coclear interna logrando así estimular al nervio auditivo de manera más específica y con menor gasto de energía (tienen mayor especificidad neuronal a nivel coclear, disminuyendo los niveles de estimulación eléctrica necesarios para la activación y mejorando la performance auditiva del paciente). El Procesador Externo para ese implante cumple con las necesidades del paciente, ofreciéndole un plus de conectividad inalámbrica que le permite una mejor adaptación a su entorno...”

Y en clave de cierre afirma: “En conclusión y según mi conocimiento y entendimiento: El implante y procesador externo indicado por el Dr. S. S. R. M. a la paciente A. L. E. es correcto y está acorde a las necesidades del paciente”.

Insisto en que ninguna impugnación o explicación se ha solicitado y desde los términos de la pericia, entiendo que la interpretación efectuada por la magistrada no se presenta “subjetiva” sino que, antes bien, es producto de una lectura integral del informe pericial y sus conclusiones, que parten de un diagnóstico de caracterizar a la hipoacusia neurosensorial que presenta la actora, como severa-profunda irreversible y que resalta que el modelo indicado mejora la performance auditiva, lo que se presenta necesario en punto a la severidad del cuadro.

Y así lo explica el médico tratante al indicar que el modelo se prescribe por el electrodo perimodiolar, por las características de la pérdida auditiva, en tanto este electrodo se adapta al contorno de la coclea y por eso, tiene más puntos de estimulación y mejora la calidad de discriminación del paciente y tiene mejor rendimiento (acoto aquí que, conforme la constancia obrante en hojas 290, la hipoacusia neurosensorial bilateral que presenta la actora, lo es “con severas dificultades de discriminación de palabras”).

Vemos, entonces, que el testimonio de carácter técnico se encuentra en la misma línea de la pericia y coadyuva a la valoración que, de aquella, efectuara la magistrada (la valoración de este, cuenta con el sustrato del trabajo pericial; esto diferencia al presente caso de otros, en los cuales la única prueba rendida se limitaba al testimonio del profesional tratante).

En cuanto al procesador, el testigo aclara —en la misma línea que el perito— que es la parte exterior y son dos diferentes:

preguntado por el indicado por el perito (modelo 802), indicó que la serie 800 se dejó de fabricar y pasó a producirse la serie 900, dentro de ellos, el 910 que fue el solicitado.

Me detengo en este aspecto, porque aquí reside una de las críticas de la demandada; sin embargo, nada dice en cuanto a la discontinuidad de la fabricación.

En cuanto al testimonio del Dr. N., debo decir que no contrarresta los aspectos que surgen de la pericia, ni tampoco al testimonio del médico tratante. Las funcionalidades a las que alude, indicando que pueden ser distintas, son las tratadas en la pericia en punto al electrodo perimodiolar. Las alusiones que efectúa en punto a la marca (la imposibilidad de prescribir por marca) entiendo que no son desconocidas por la magistrada, sino que, conforme a los términos de la pericia, el reparo en el caso se diluye al estar a lo informado por el perito “...no existen dentro del portfolio (o modelos) de las otras marcas de implantes electrodos con disposición perimodiolar”.

En definitiva, no se trata de desconocer las facultades de control y auditoría, sino que, a la luz de las constancias de la causa, no existen elementos que permitan desvirtuar el acierto de la prescripción, antes bien, los términos de la pericia llevada a cabo, la confirman.

Es que “si bien es cierto que el Instituto titulariza un derecho a efectuar auditorías y controles sobre las prácticas médicas, su discrecionalidad se encuentra supeditada a un ejercicio razonable y no arbitrario [...]”, (“Padua, Fabián G. c. ISSN s/ acción de amparo”, EXP 472081/12; “Labrin, Anabel E. c. ISSN s/ acción de amparo”, EXP 100082/2017; “Lelco, Oscar E. y otro c. Instituto de Seguridad Social del Neuquén s/ acción de amparo”, EXP 100231/2018).

En base a estas consideraciones, entiendo que los agravios no pueden ser receptados y la sentencia debe ser confirmada en todas sus partes. Costas a la recurrente vencida (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Comercial). Mi voto.

La doctora Clerici dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por ello, esta Sala I resuelve: 1. Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en hojas 309/317 vta. y, en consecuencia, confirmar la sentencia de grado. 2. Imponer las costas a la recurrente vencida (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Comercial) y regular los honorarios por la actuación en la Alzada en el 30% de lo que corresponde por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA). 3. Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos a origen. — Cecilia Pamphile. — Patricia Clerici.

Doctrina

El principio acusatorio en el procedimiento administrativo sancionador

La separación de roles y etapas como premisa del juicio justo



Juan Bautista Justo

Abogado, Profesor de la Cátedra de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional del Comahue (UNCo), Argentina. Autor de diversos trabajos de doctrina sobre su área de investigación.



Federico M. Egea

Abogado y Profesor de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Comahue.

SUMARIO: I. Introducción.— II. El modelo acusatorio como presupuesto constitucional del proceso penal.— III. La exigibilidad del modelo acusatorio en el procedimiento administrativo sancionador.— IV. La inconstitucionalidad de los regímenes procedimentales usuales.— V. Conclusiones.

“Para que el proceso pueda funcionar como adecuado medio de debate es imprescindible que la serie consecucional que lo instrumenta sea apta para que en ella se desarrolle armónicamente el diálogo querido por el legislador. Para que una serie procedimental sea eficaz a este efecto debe estar constituida por los pasos elementales que han sido aceptados en todo tiempo y lugar: Afirmación, negación, confirmación y evaluación” (ALVARADO BELLOSO, Adolfo, “El Debido Proceso”, 1994).

I. Introducción

La separación funcional entre acusador y juzgador —conocida como principio acusatorio— constituye una salvaguarda procedimental que deriva directamente de las garantías de imparcialidad y presunción de inocencia. Eso la convierte —en palabras de nuestra Corte Federal— en una de las “formas sustanciales” del juicio exigido por los arts. 18 de la CN y 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1).

Algo similar ocurre con la necesidad de garantizar una defensa autónoma frente a la determinación del castigo estatal, implementando a esos fines la llamada “cesura de juicio”, que desacopla en dos etapas perfectamente diferenciadas la declaración de responsabilidad del acusado de la determinación y graduación de la sanción a imponer.

En tanto esa disociación de roles (acusador y decisor) y etapas (responsabilidad y sanción) es una precondition del debido proceso constitucional, ella debe estar presente no solo en los juicios penales, sino también en los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio.

En consecuencia, todos los procedimientos administrativos sancionatorios donde no se encuentran separadas las funciones de acusación y decisión; y las etapas de responsabilidad y sanción, resultan inconstitucionales.

II. El modelo acusatorio como presupuesto constitucional del proceso penal

II.1. La separación entre acusación, defensa y decisión como derivación de la garantía de imparcialidad

Una regla básica de nuestro sistema jurídico (2) prescribe que “toda persona sujeta a juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea competente, independiente e imparcial y actúe en los términos del procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y la resolución del caso que se le somete” (3).

La primera y más elemental condición de validez de un proceso es, así, que el decisor resulte imparcial, esto es, que no tenga una posición tomada sobre la cuestión. Contrariamente a esa directiva, la acusación —la afirmación de la culpabilidad del enjuiciado— constituye la máxima toma de posición que se puede tener en un proceso.

Es por ello por lo que la reunión de la condición de acusador y decisor se encuentra reñida con la garantía analizada.

La exigencia de imparcialidad encierra dos aspectos (4). Por un lado, es preciso que el órgano sea subjetivamente imparcial, es decir, que la persona que lo encarna no tome partido en ningún sentido ni tenga prejuicios, para lo cual se tendrá en cuenta el comportamiento y las convicciones del funcionario en un caso determinado, presumiéndose la imparcialidad personal salvo prueba en contrario. Por otro lado, el órgano debe ser objetivamente imparcial, lo cual implica que debe ofrecer garantías suficientes para descartar a este respecto cualquier duda legítima (5).

La noción de imparcialidad subjetiva no ofrece mayores dudas: Se procura evitar la ausencia de prejuicios personales, en tanto se estima que ellos pueden apartar al aplicador de la recta interpretación del Derecho. Es obvio que esta primera faceta no está

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Según la Corte Suprema de Justicia de la Nación, La garantía de la defensa en juicio “consagrada por el art. 18 de la CN en materia criminal exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia” (CS, “Fernández”, 1986, Fallos 308:1386; “González”, 2019, Fallos 342:1501; “Ruiz”, 2016, Fallos 339:1208; “Santillán”, 1998, Fallos 321:2021; “Cáseres”, 1997, Fallos 320:1891 “Del’Olio”, 2006, Fallos 329:2596; “Garrafa”, 2006, Fallos 329:4688; “Tarifeño”, 1989, Fallos 325:2019; “Rojas Molina”, 1941, Fallos 189:34).

(2) Junto a las directivas de juridicidad del obrar estatal e igualdad de los ciudadanos ante la ley, los sistemas jurídicos modernos receptan una técnica pre-

cisa pensada para el aseguramiento de las libertades individuales. Esa técnica consiste en garantizar que la aplicación de ese ordenamiento impersonal e igualitario cuyo dictado corresponde al legislador sea efectuada por un sujeto que asegure la independencia necesaria para operar como fiel intérprete de sus directivas. Se impone así la idea fundamental de un tercero imparcial ajeno al conflicto jurídico como investido de la facultad para su resolución. La noción persigue la preservación de la autonomía y libertad del individuo, que no solo no puede ser obligado a realizar lo que la ley no le exige, sino que tampoco puede ser afectado en su esfera de vida por la simple voluntad de los demás ciudadanos (sea basada en criterios morales, religiosos, económicos o de cualquier otra especie),

sino solamente por la decisión aplicativa de una norma general efectuada por un tercero apoderado por el ordenamiento jurídico, como producto de un debate previo en que ambas partes hayan podido exponer con igualdad de oportunidades sus defensas. La imparcialidad es uno de los principios más intuitivos del sistema jurídico. En su simpleza práctica reside su autosuficiencia teórica.

(3) Corte IDH, “Caso del Tribunal Constitucional c. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas”, 31/01/2001, párr. 77; “Herrera Ulloa c. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, 02/07/2004, párr. 169.

(4) ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General nro. 32, art. 14. *El derecho a un juicio im-*

parcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, 2007, párr. 21.

(5) SSTDH, “Piersack c. Bélgica”, 01/10/1982, párr. 30; “De Cubber c. Bélgica”, 26/10/1984, párr. 24; “Hauschildt c. Dinamarca”, 24/05/1989, párr. 46; “Langborger c. Suecia”, 22/06/1989, párr. 32; “Ferrantelli y Santangelo c. Italia”, 07/08/1996, párr. 56; “Tierce y otros c. San Marino”, 25/07/2000, párr. 75; “Steck-risch y otros c. Liechtenstein”, 19/05/2005, párr. 38; “Ekeberg y otros c. Noruega”, 31/07/2007, párr. 31; “Lindon, Otchakovsky-Laurens y July c. Francia”, 22/10/2007, párr. 75; “Dorozhko y Pozharskiy c. Estonia”, 24/04/2008, párr. 50; “Elezic. Alemania”, 12/06/2008, párr. 43; “Daktaras c. Lituania”, 10/10/2000, párr. 30.

Doctrina

[El transporte ferroviario de cargas en Argentina](#)

Álvaro Bautista Flores

Nota a fallo

Comercio de medicamentos

5 Sociedades excluidas de la posibilidad de ser titulares de farmacias. Facultades concurrentes de las provincias y la Nación. Norma que no contradice a la Nación. Poder de policía sanitaria. Disidencia.

CS, 30/06/2021. - *Farmacy S.A. c. Fisco de la Provincia de Buenos Aires y otro s/ pretensión anulatoria – recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.* 13

[Cuestiones sobre la contratación directa como consecuencia de una licitación fracasada o desierta](#)

Martín Cormick

14

superada si el “juez” es quien acusó. La acusación es la toma de posición por antonomasia, es volverse parte. Su incompatibilidad con la función de juzgamiento es ostensible.

La imparcialidad objetiva, que alude a la ausencia de un temor fundado sobre la ecuanimidad del juzgador, conduce al mismo resultado. Si una persona ha afirmado la responsabilidad del sujeto sometido a juzgamiento no hay temor, sino lisa y llana certeza sobre la falta de imparcialidad.

Es así como “la imparcialidad del tribunal implica que sus integrantes no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia” y, por lo tanto, “el juez o tribunal debe separarse de una causa sometida a su conocimiento cuando exista algún motivo o duda que vaya en desmedro de la integridad del tribunal como un órgano imparcial. En aras de salvaguardar la administración de justicia se debe asegurar que el juez se encuentre libre de todo prejuicio y que no exista temor alguno que ponga en duda el ejercicio de las funciones jurisdiccionales” (6).

Una de las derivaciones más importantes del principio de imparcialidad es la prohibición de juzgamiento por parte de quien ya ha tenido intervención en un proceso, más aún si esa intervención lo ha sido en calidad de parte. Esta máxima se encuentra reconocida no solo por el sentido común y por una creciente jurisprudencia, sino también por el art. 9º del Cód. Proc. Penal Federal, conforme al cual “los jueces no pueden realizar actos de investigación o que impliquen el impulso de la persecución penal”. La labor acusatoria está reservada a un sujeto diferente, el Ministerio Público.

En el marco de ese debate, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho desde hace años que “la separación de juez y acusador es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás. Nuestra Constitución Nacional, es un claro ejemplo de consagración de este modelo, pues al regular el juicio político, también separa claramente las funciones de investigar y acusar, de las de juzgar; evitando que el juzgador tome contacto previo al juicio o con las pruebas o con las hipótesis preliminares como derivación directa del principio republicano de gobierno, que rige la organización del poder del Estado” (7).

Teniendo en miras ese estándar, el tribunal federal ha declarado en reiteradas

oportunidades el “grave compromiso hacia la garantía de imparcialidad” que se produce cuando la misma persona participa en la acusación y el enjuiciamiento (8).

Es más, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Procedimiento Penal —denominadas “Reglas de Mallorca”— establecen en su Regla nro. 4: “Los tribunales deberán ser imparciales. Las legislaciones nacionales establecerán las causas de abstención y recusación. Especialmente, no podrá formar parte del tribunal quien haya intervenido anteriormente, de cualquier modo, o en otra función o en otra instancia en la misma causa. Tampoco podrán hacerlo quienes hayan participado en una decisión posteriormente anulada por un tribunal superior”.

Como puede observarse, la separación entre juez y acusador es una premisa lógica de cualquier proceso en un Estado Constitucional de Derecho (9). Quien acusa no puede juzgar. No hay forma de salvar ese vicio procedimental (10).

La razón es simple: En un proceso siempre hay dos partes —acusadora y acusada— que debaten frente a un tercero imparcial. La imparcialidad es la condición de no ser parte (11), y los acusadores lo son.

Estas ideas han ido echando raíces en las últimas décadas de jurisprudencia y legislación argentinas, que terminaron por abrazar al modelo acusatorio en el proceso penal. Para la Corte Federal: “La exigencia de acusación, si es que ha de salvaguardar la defensa en juicio y la imparcialidad como condiciones del debido proceso, presupone que dicho acto provenga de un tercero diferente de quien ha de juzgar acerca de su viabilidad” (12) En efecto, “la regla del debido proceso expresa la idea más general de la prevalencia del Estado de Derecho, esto es, que las autoridades republicanas y democráticas se encuentran sometidas y subordinadas al ordenamiento jurídico establecido (*rule of law*), el cual prescribe y regula las formas de expresión de la voluntad pública” (13).

En suma, la separación entre acusación y decisión constituye un presupuesto procesal porque es condición esencial de la imparcialidad. Cuando los jueces, “en vez de reaccionar frente a un estímulo externo en favor de la persecución, asuman un compromiso activo en favor de ella” (14), esa garantía quedará indefectiblemente entredicho, y es precisamente por ello que quién acusa no puede ser quién decide. La “separación funcional entre juzgador y acusador” apunta a lograr la finalidad constitucional de brindar al imputado la oportunidad de defenderse en un marco de verdadera imparcialidad” (15).

6:385).

(13) GORDILLO, Agustín - DANIELE, Mabel (dirs.), “Procedimiento administrativo”, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, 2ª ed., p. 57.

(14) CS, “Quiroga”, cit.

(15) CS, “Quiroga”, cit.

(16) “La presunción de inocencia consagrada en el art. 18 de la CN puede ser vista, en sustancia, como el reverso de la garantía de imparcialidad del tribunal” (CS, “Tommasi”, 2020, Fallos 343:2280; “Carrera”, 2016, Fallos 339:1493).

(17) SSTEDH, “Bernard c. Francia”, 23/04/1998, párr. 37; “Allenet de Ribemont c. Francia”, 10/02/1995, párr. 35; “Daktaras c. Lituania”, cit., párr. 41.

(18) SSTEDH, “Barberà, Messegue y Jabardo c. España”, 06/12/1988, párr. 77; “Janosevic c. Suecia”, 21/05/2003, párr. 97. El art. 8.2, b) del texto americano y el 6.3, a) del europeo consagran el derecho del imputado de ser informado previa y detalladamente de la acusación formulada contra él. Una consecuencia de esta garantía reside en la conformidad entre la acusación y la resolución condenatoria, que establece que la sentencia, y, en nuestro caso, el acto administrativo, pueden versar únicamente sobre hechos o circunstan-

II.2. Modelo acusatorio y presunción de inocencia

Por otra parte, el modelo acusatorio se encuentra inescindiblemente ligado a la presunción de inocencia, que es la contracara de la imparcialidad (16).

La presunción de inocencia demanda, entre otros elementos, que cuando lleva adelante sus funciones, el órgano con capacidad de decisión no parta de la idea preconcebida de que el acusado ha cometido la ofensa que se le imputa (17). Ello trae aparejado que cualquier duda debe beneficiar al acusado. También se deduce de tal garantía el deber de la acusación de informar al imputado sobre el caso existente contra él, a efectos que este pueda preparar y presentar su defensa de modo acorde, así como de suministrar suficiente evidencia para condenarlo (18).

El art. 8.2 de la Convención Americana exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla (19). Este principio, por otra parte, reclama que el Estado no condene informalmente a una persona o emita juicio ante la sociedad, contribuyendo así a formar una opinión pública, mientras no se acredite conforme a la ley la responsabilidad de aquella (20).

Uno de los más sensibles productos de este principio, tantas veces olvidado en la práctica, es que en todo momento la carga de la prueba recae en quien formula la acusación (21). En función de esta máxima, debe desestimarse toda interpretación que —por vía directa o indirecta— imponga al imputado la tarea de probar su inocencia. Esta regla rige sin cortapisas, pues acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme (22).

Como vemos, la separación funcional entre acusador y juzgador viene exigida tanto por la garantía de imparcialidad como por la presunción de inocencia. Es, por ello, una premisa elemental de la legitimidad de cualquier tipo de proceso que conduzca a la imposición de una penalidad.

II.3. La independencia del acusador

El modelo acusatorio no solo prohíbe la confusión de roles entre acusación y juzgamiento, sino que exige una estricta independencia entre ambas funciones. No alcanza con que esas labores se pongan a cargo de diferentes sujetos, sino que ellos deben ser independientes el uno del otro.

cias contemplados en la acusación (Corte IDH, “Fermín Ramírez c. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas”, 20/06/2005, párrs. 66-69; “López Álvarez c. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas”, 01/02/2006, voto razonado del juez García Ramírez, párrs. 10 y 11; SSTEDH, “Pélissier y Sassi c. Francia”, 25/03/1999, párr. 52; “Goddi c. Italia”, 09/04/1984, párr. 28; “Colozza c. Italia”, 12/02/1985, párr. 26).

(19) Corte IDH, “Cantoral Benavides c. Perú. Reparaciones y Costas”, 03/12/2001, párr. 120; “Suárez Roseiro c. Ecuador. Fondo”, 12/11/1997, párr. 77.

(20) Corte IDH, “Tibi c. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, 07/09/2004, párr. 182; “Lori Berenson Mejía c. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas”, 25/11/2004, párr. 160, con cita de STEDH, “Allenet de Ribemont c. Francia”, 10/02/1995, párrs. 36 y 38.

(21) Corte IDH, “Kimel c. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas”, 02/05/2008, párr. 78; SSTEDH, “Barberà, Messegue y Jabardo”, cit., párr. 77; “Janosevic”, cit., párr. 97.

(22) Corte IDH, “Ricardo Canese c. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas”, 31/08/2004, párr. 154; CS, “Bodegas El Globo”, 1969, Fallos 275:9.

En consecuencia, el requirente debe contar con garantías de independencia respecto del decisor. Un instructor que es designado, controlado o removido por quien resuelve no satisface esas exigencias.

La idea de independencia supone la presencia de garantías que protejan a un órgano de presiones o condicionamientos provenientes de otros órganos o de las partes (23). Este concepto, estrechamente vinculado con los recaudos de la imparcialidad objetiva, hace que muchas veces ambas nociones sean tratadas indistintamente. Pese a esa confusión de la jurisprudencia, el factor característico de la independencia reside en la ausencia de condicionamientos de un órgano estatal *por otro órgano estatal*, mientras que la imparcialidad alude a la relación del juzgador con las partes del diferendo (24).

Si para el control de la imparcialidad objetiva lo decisivo es constatar que el temor expresado por el enjuiciado pueda considerarse objetivamente fundado (25), para verificar la independencia de un funcionario debe atenderse, entre otros, a los siguientes factores: a) Modo de designación; b) Plazo de duración de cargo; c) Existencia de garantías contra presiones externas; y d) Apariencia de independencia (26).

Las proyecciones de estas reglas para pensar la aplicación del modelo acusatorio a los procedimientos administrativos son muy relevantes. El órgano que desempeña el rol de acusador debe ser independiente del órgano que desempeña el rol de juzgador. No se cumple esta exigencia frente a la designación discrecional, la pertenencia a la misma organización, la ausencia de estabilidad o la vinculación jerárquica (27).

La autonomía del acusador propia del esquema adversarial requiere, como vemos, proveer a ese órgano de las garantías de independencia necesarias para el cumplimiento de su misión. En primer lugar, el proceso de designación de los funcionarios que van a cumplir la función acusatoria no puede depender de la voluntad de quien juzgará esa acusación. El decisor no puede nombrar libremente al acusador, como ocurre en la mayoría de los “sumarios”. Tampoco es compatible con esa independencia la posibilidad de remoción *ad nutum* del acusador por parte del juzgador. Dicho de otro modo, en este campo deben dejarse de lado todas las derivaciones típicas de la relación jerárquica que caracteriza a la organización administrativa. El clásico “instructor”, designado y removido por la autoridad que resuelve el sumario es una figura que no resulta sustentable bajo estos estándares (28).

(6) Corte IDH, “Palamara Iribarne c. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas”, 22/11/2005, párrs. 146 y 147.

(7) CS, “Llerena”, 2005, Fallos 328:1491; “Dieser”, 2006, Fallos 329:3034.

(8) CS, “Fleitas”, 2019, Fallos 342:2298; “Frois”, 2014, Fallos 337:1081.

(9) FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y Razón”, Trotta, Madrid, 1995, p. 581.

(10) CS, “Pranzetti”, 2008, Fallos 331:1605; “Gómez”, 2008, Fallos 331:496.

(11) La imparcialidad “es la condición de *tercero desinteresado* del juzgador, es decir, la de *no ser parte*, ni tener prejuicios a favor o en contra, ni estar involucrado con los intereses del acusado ni del acusador o de la víctima, ni comprometido en sus posiciones, ni vinculado personalmente por estos” (CAFERATTA NORES, José, “Proceso Penal y Derechos Humanos”, Del Puerto, Buenos Aires, 2011, p. 33).

(12) CS, “Quiroga”, 2004, Fallos 327:5863. Desde el siglo XIX, el tribunal tiene dicho: “En las causas criminales la acusación, como en las civiles la demanda, es la que califica el juicio y determina la jurisdicción que ha de conocer en ellas” (CS, “Criminal c. Flores, José Ignacio y Quiroga Álvarez, Santiago”, 1868, Fallos

(23) SSTEDH, “Piersack”, cit., párr. 27; “T. c. Reino Unido”, 16/12/1999, párr. 113.

(24) Corte IDH, “Apitz Barbera y otros (‘Corte Primera de lo Contencioso Administrativo’) c. Venezuela. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”, 05/08/2008, párrs. 55 y 56.

(25) SSTEDH, “Nortier c. Países Bajos”, 24/08/1993, párr. 33.

(26) SSTEDH, “Campbell y Fell c. Reino Unido”, 28/06/1984, párr. 78; “Incal c. Turquía”, 09/06/1998, párr. 65; “Gerger c. Turquía”, 08/07/1999, párr. 60; “Mc Gonnell c. Reino Unido”, 08/02/2000, párr. 48; “Findlay c. Reino Unido”, 25/02/1997, párr. 73.

(27) STEDH, “Incal”, cit., párrs. 68 y 72; “Procola c. Luxemburgo”, 28/09/1995, párr. 45; “Bönisch c. Austria”, 06/05/1985, párrs. 30-35; “Brandstetter c. Austria”, 28/08/1991, párr. 33; “Sara Lind Eggertsdóttir c. Islandia”, 05/07/2005, párr. 51.

(28) Como explicó la Corte de los Estados Unidos hace casi un siglo, “it is quite evident that one who holds his office only during the pleasure of another cannot be depended upon to maintain an attitude of independence against the latter’s will” (USSC, “Humphreys Executor v. United States”, 295 US 602, 609, 1935). Por

Como explicó la Corte en “Quiroga”, “la percepción de la relación que existe entre la garantía de imparcialidad y la separación de las funciones investigativas y acusatorias en el proceso penal es, justamente, la que conduce a la implementación del fiscal” (29). En el caso del procedimiento administrativo, esta percepción debe conducirnos a encomendar la función acusatoria a un órgano diferente —e independiente— del decisor. Si “la independencia funcional de que goza el representante del Ministerio Público respecto del tribunal ante el que actúa, es reconocida como presupuesto esencial para el adecuado cumplimiento de su misión” (30), esa independencia funcional también debe estar presente cuando es la Administración quien aplica penalidades.

II.4. Cesura de juicio

Junto a la separación entre acusación y decisión, el modelo acusatorio exige también dissociar la declaración de responsabilidad de la determinación de la pena. Esa segmentación se denomina cesura de juicio y el art. 283 del Cód. Proc. Penal Federal la recepta al establecer que “el juicio se realizará en dos etapas. En la primera se determinará la existencia del hecho, su calificación y la responsabilidad penal del acusado. Si hubiera veredicto de culpabilidad, se llevará adelante la segunda etapa en la que se determinará la sanción a imponer, su modalidad y lugar de cumplimiento”.

Ese corte procura optimizar el ejercicio de la función jurisdiccional, focalizar el debate de los diferentes aspectos involucrados en el enjuiciamiento de la conducta de una persona y facilitar la labor tanto del acusador como de la defensa. La autoría de una falta y la pena que ella puede acarrear son dos aspectos muy diferentes, que merecen un debate autónomo. Si ese debate se fusiona y se tratan ambas cuestiones de modo indistinto, la posibilidad de una defensa efectiva disminuye sensiblemente.

Al igual que lo que ocurre con la división de roles entre acusador y decisor, los procedimientos administrativos de carácter punitivo tampoco suelen receptar este instituto. En estos trámites, la etapa de evaluación de responsabilidad no se encuentra escindida de la fase de determinación de la

sanción que eventualmente puede corresponder.

La costumbre de tratar ambas cuestiones como si fueran una sola responde a la concepción que asigna a la determinación y/o graduación de la sanción un carácter intensamente discrecional. Para la doctrina y jurisprudencia dominantes (31), el tipo de penalidad y su cuantificación son aspectos que se encuentran completamente librados al arbitrio del órgano administrativo una vez que la falta ha sido declarada. Siendo ello así, dissociar ambas evaluaciones carece de utilidad.

Contrariamente a esa solución tradicional, creemos que los principios básicos del debido proceso impiden subsumir la determinación de la sanción dentro de la etapa de determinación de responsabilidad. El acusado tiene derecho a defenderse en forma plena, tanto frente a la imputación de la comisión de una falta como frente a la pretensión de aplicación de una pena. Son dos cuestiones que merecen un debate separado. Cuando se las mezcla, la posibilidad de una defensa eficaz se diluye.

De ese modo, la práctica usual implica, en los hechos, privar al ciudadano de toda intervención útil en el señalamiento de la sanción a recibir, con la consecuente privación de derechos de defensa y alegación en ese ámbito.

Si asumimos que elegir una pena involucra una de las formas más crudas en las que el Estado determina los derechos de una persona, la necesidad de respetar el debido proceso en esa labor específica se vuelve indudable.

En consecuencia, el derecho de defensa en el campo disciplinario demanda no solo separar el papel de acusador y juzgador, sino también tratar a la determinación de la pena como una etapa autónoma, supeditada en su operatividad a la existencia previa de una declaración de responsabilidad. Solo así el ciudadano puede focalizar su defensa y aspirar a la aplicación de la sanción más leve posible.

Se insiste: La declaración de responsabilidad y la determinación de la sanción que eventualmente corresponde frente a esa responsabilidad son instancias de análisis

distintas, que involucran circunstancias de diferente acreditación y ponderación.

Concretamente, la declaración de responsabilidad es un proceso que involucra la demostración de las circunstancias de modo, tiempo y lugar, la imputabilidad subjetiva, la tipicidad, etc. En cambio, la determinación de la pena supone la ponderación de otros factores que no hacen ya a la exculpación y que están determinados por las circunstancias personales del agente, los criterios aplicados en casos análogos, la existencia o no de reincidencia, los niveles concretos de afectación del bien jurídico tutelado, la existencia de actos de reparación, la posibilidad de sustituir la sanción por otra medida menos gravosa, entre otros. Es necesario que esos factores tan diversos puedan ser debatidos adecuadamente, y que el pretense responsable pueda ser oído con relación a todos ellos.

Teniendo en cuenta esta realidad, es claro que el modelo acusatorio requiere para su adecuada aplicación que la instancia de determinación de la pena se encuentre escindida y supeditada a la declaración de responsabilidad previa, de manera tal de permitir el debate sobre las cuestiones particulares que hacen a la selección de la sanción.

Cabe destacar que ello no implica que la declaración de responsabilidad tenga efecto de cosa juzgada material. La división de fases supone garantizar el debido proceso legal en cada una de ellas, pero no obsta a que la impugnación que en definitiva se realice se haga tanto respecto a una como a ambas etapas en conjunto.

De lo que se trata, en definitiva, es de posibilitar la defensa en todos sus extremos y aspectos, reconociendo que la identificación y graduación de la sanción constituye un aspecto principal y decisivo en la determinación de derechos y no una labor meramente accesoria que el aplicador encara a su libre arbitrio y sin un genuino debate previo.

III. La exigibilidad del modelo acusatorio en el procedimiento administrativo sancionador (32)

En el derecho argentino y latinoamericano (33) se ha aceptado finalmente que las

garantías constitucionales diseñadas inicialmente en torno del proceso penal son aplicables en los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio (34). Esa construcción se funda en los siguientes argumentos:

a) Aun en los supuestos en que el texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos alude a la materia penal, la dilucidación de la vigencia de tales garantías en el plano administrativo debe atender a que “las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita” (35).

b) Dado que las sanciones poseen ese efecto de pérdida de derechos como resultado de un ilícito, “en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita” (36).

c) Como resultado de lo anterior, “la justicia, realizada a través del debido proceso legal, como verdadero valor jurídicamente protegido, se debe garantizar en todo proceso disciplinario, y los Estados no pueden sustraerse de esta obligación argumentando que no se aplican las debidas garantías del art. 8º de la Convención Americana en el caso de sanciones disciplinarias y no penales. Permitirle a los Estados dicha interpretación equivaldría a dejar a su libre voluntad la aplicación o no del derecho de toda persona a un debido proceso” (37).

La Corte Interamericana ha precisado, en este sentido, que el concepto del debido proceso legal que debe primar tanto en los procedimientos judiciales como administrativos “abarca las reglas correspondientes a juez natural —competente, independiente e imparcial—, doble instancia, presunción de inocencia, contradicción y audiencia y defensa” (38).

De manera que, incluso luego del fallo “Spoltore” (39), no está en duda que las ga-

esa simple realidad, la libre designación y remoción del instructor sumariante —su falta de estabilidad— no es compatible con la independencia propia del modelo acusatorio. Tampoco lo es que el decisor pueda condenar sin la previa solicitud del instructor —efectuada luego de sustanciarse la prueba— o, incluso, que pueda cuestionar la decisión de no formular esa solicitud. Véase, CS, “Tarifeño” y “Cáseres”, cit.; “Mostaccio”, 2004, Fallos 327:120; “Quiroga”, cit.

(29) CS, “Quiroga”, cit.

(30) CS, “Lamparter”, 1992, Fallos 315:2255; “Alas”, 2005, Fallos 328:3271 (Voto de la jueza Argibay).

(31) Ver por todos, SESÍN, Domingo J., “Administración Pública: actividad reglada, discrecional y técnica”, Depalma, Buenos Aires, 2004, ps. 308-309. CS, “Guasti”, 1997, Fallos 320:1479; “Emisiones Platenses SA”, 1997, Fallos 320:1191; “Astilleros Alianza SA”, 1991, Fallos 314:1202; “Prodelco”, 1998, Fallos 321:1252.

(32) Postula Nieto que, en el principio de todo derecho, “están una potestad y un ordenamiento. Y cabalmente porque existen una potestad administrativa sancionadora y un ordenamiento jurídico administrativo sancionador es por lo que puede hablarse con propiedad de un Derecho Administrativo sancionador” (NIETO, Alejandro, “Derecho Administrativo sancionador”, Tecnos, Madrid, 1994, 2ª ed., p. 80). Al respecto, ver también entre otros: IVANECA, Miriam M., “Apuntes acerca de la potestad disciplinaria de la Administración y el procedimiento sumarial”, JA, *Suplemento Derecho Administrativo*, 2006-II.

(33) Se observa aquí una diferencia con la evolución de la temática en el sistema europeo de derechos humanos. El art. 6º del Convenio Europeo de Dere-

chos Humanos limita las garantías generales del proceso equitativo (apartado 1º) a los litigios relativos a “cualquier acusación en materia penal”, la presunción de inocencia de su apartado 2º a “toda persona acusada de una infracción” y el catálogo de garantías de su apartado 3º al “acusado”. Por su parte, el art. 7º de ese tratado alude a la garantía de legalidad punitiva. Con esa base normativa, la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos establece que, por vía de principio, los procedimientos administrativos disciplinarios se encuentran fuera del ámbito de protección de esta salvaguarda. Sin embargo, esas garantías serán de aplicación cuando el trámite pueda ser asimilado a una acusación de carácter penal, lo cual dependerá de evaluar tres factores: a) las previsiones del derecho interno; b) la naturaleza de la falta, y c) el grado de severidad de la sanción. Véase, SSTEDH, “Engel y otros c. Países Bajos”, 08/06/1976, párr. 81; “Ringelsen c. Austria”, 16/07/1971, párr. 110; “Imbrioscica c. Suiza”, 24/11/1993, párr. 36; “AGOSI c. Reino Unido”, 24/10/1986; “Albert y Le Compte c. Bélgica”, 10/02/1983, “Belilos c. Suiza”, 29/04/1988; “Messina c. Italia”, 26/02/1993, párr. 25; “Delta c. Francia”, 19/12/1990, párr. 36; “Quaranta c. Suiza”, 24/05/1991, párrs. 28-36; “Adolf c. Austria”, 26/03/1982, párr. 30; “Minelli c. Suiza”, 25/03/1983, párr. 27; “Lauko c. República Eslovaca”, 02/11/1998, párr. 56; “Garyfallou AEBE c. Grecia”, 24/09/1997, párr. 32; “O. c. Noruega”, 11/02/2003, párr. 33; “Phillips c. Reino Unido”, 05/07/2001, párr. 31; “Hammern c. Noruega”, 11/02/2003, párr. 28; “Sergey Zolotukhin c. Rusia”, 10/02/2009, párr. 53; “Lutz c. Alemania”, 25/08/1987, párr. 55; “Öztürk c. Alemania”, 21/02/1994; “Zaicevs

c. República de Letonia”, 31/07/2007, párrs. 33-36; “Air Canada c. Reino Unido”, 05/05/1995, párrs. 52 y 53; “Kyprianou c. Chipre”, 27/01/2004, párr. 31, entre otros.

(34) La Corte argentina tiene dicho: “Las formas substanciales de la garantía constitucional de la defensa en juicio incluyen la de asegurar al imputado la posibilidad de ofrecer prueba de su inocencia o de su derecho, sin que corresponda diferenciar causas criminales, juicios especiales o procedimientos ante tribunales administrativos. Todos deben ofrecer a quienes comparezcan ante ellos, un tribunal imparcial y apto ante el cual presentar el caso, dándoles ocasión de hacer valer sus medios de defensa y producir prueba, y proscribiendo los procedimientos que conducen necesariamente a la condena del imputado, porque no le permiten sino la apariencia formal de su defensa” (CS, “Andino”, 1958, Fallos 240:160). Véase, CS, “Losicer”, 2012, Fallos 335:1126, “Colegio de Escribanos de la Provincia de Bs. As.”, 2018, Fallos 341:1017.

(35) Corte IDH, “Baena Ricardo y otros c. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas”, 02/02/2001, párrs. 106 y 124-127; OC-18/03, “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, 17/09/2003, párr. 125; “Ivcher Bronstein c. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas”, 06/02/2001, párrs. 102-104; OC-11/90, “Excepciones al Agotamiento de los recursos internos (art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, 10/08/1990, párr. 28; OC-17/02, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, 28/08/2002, párr. 117; “Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) c. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y

Costas”, 28/08/2013; “Comunidad Indígena Sawhoyamaya c. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas”, 29/03/2006, párr. 82; “Mémoli c. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, 22/08/2013, párr. 171; “López Lone y otros c. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”, 05/10/2015, párrs. 190 y 207; “Reverón Trujillo c. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”, 30/06/2009; “Chocrón Chocrón c. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”, 01/07/2011; “Familia Pacheco Tineo c. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, 25/11/2013, párr. 132; “Barbani Duarte y Otros c. Uruguay. Fondo Reparaciones y costas”, 13/10/2011, párr. 142; “López Mendoza c. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas”, 01/09/2011; “Colindres Schonenberg c. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas”, 04/02/2019, párr. 65; “Ruano Torres y otros c. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas”, 05/10/2015, párr. 151; “López y otros c. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, 25/11/2019, párr. 200; “Vélez Loor c. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, 23/11/2010, párr. 108.

(36) Corte IDH, “Baena y Otros”, cit., párr. 106.

(37) Corte IDH, “Baena y Otros”, cit., párr. 106.

(38) Corte IDH, OC-17/02, cit., Punto Resolutivo nro. 10.

(39) Véase JUSTO, Juan B. - EGEA, Federico M., “La aplicación de las garantías convencionales al procedimiento administrativo ¿Un retroceso de la Corte Interamericana?”, LA LEY, *Suplemento Derecho Administrativo*, nro. 4, 2021.

rantías del art. 8° de la Convención Americana se aplican a los procedimientos administrativos sancionatorios (40). En la medida en que la imparcialidad y la inocencia, garantizadas por esa norma, exigen la separación *acusación/decisión y responsabilidad/sanción*, ello implica que ese método es exigible en los procedimientos en los que la Administración Pública despliega su potestad punitiva.

Por cierto, no se nos pasa que asignar a un órgano diferente la titularidad de la persecución de las faltas administrativas implica restringir la potestad jerárquica de quien conduce una organización de ese tipo. Bajo el formato usual, la “jefatura” implica la capacidad de perseguir y castigar las faltas y ahora eso cambia: El jefe solo puede sancionar cuando exista una acusación de un órgano independiente a él, frente a la cual el afectado haya podido defenderse. Al final de cuentas, lo que se busca es que esa potestad jerárquica sea ejercida bajo los cánones del debido proceso constitucional, y el principio acusatorio forma parte de ese catálogo de salvaguardas. Las garantías sirven, justamente, para limitar a quien puede imponer su voluntad al prójimo (41).

IV. La inconstitucionalidad de los regímenes procedimentales usuales

En Argentina existe un vasto y heterogéneo universo de procedimientos administrativos sancionatorios donde el principio acusatorio no se respeta. En la mayoría de los supuestos, tanto la apertura del procedimiento como la acusación —formulación de cargos— son dispuestas por el mismo órgano que luego decide si existe una falta y dispone la pena. Del mismo modo, ninguno de estos trámites contempla la segmentación propia de la cesura de juicio. La declaración de responsabilidad administrativa y la aplicación de la sanción se tratan como una misma cosa y en el mismo momento. Esas fallas determinan que esos procedimientos sean inconstitucionales.

A continuación, reseñaremos algunos casos nacionales que ejemplifican lo dicho, pero es importante tener en cuenta que esta problemática se repite en miles de procedimientos a nivel provincial y municipal.

a) *Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE)*: El “Reglamento de los Procedimientos para la Aplicación de Sanciones” (42) establece que el Directorio del Ente es el encargado de disponer la formulación de cargos y resolver el caso (arts. 9° y 13).

(40) Corte IDH, “Spoltore c. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”, 09/06/2020, párr. 105; “Rosadio Villavicencio c. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, 14/10/2019, párr. 125; “Maldonado Ordóñez c. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, 03/05/2016, párr. 75; “Caso de la Panel Blanca (Paniagua Morales y Otros) c. Guatemala. Fondo”, 08/03/1998, párr. 148; “Herrera Ulloa c. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, 02/07/2004, párr. 147; “Maritza Urrutia c. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas”, 27/11/2003, párr. 118; “Caso 19 Comerciantes c. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas”, 05/07/2004, párr. 194.

(41) En este sentido sostiene Diana: “Resulta casi imposible de mencionar que en la práctica administrativa los sumarios han sido y son instrumentos de poder, pero está en nosotros evitar que lo siga siendo” (DIANA, Nicolás, “Comentario al Reglamento Nacional de Investigaciones Administrativas”, LA LEY, 2005-A-985).

(42) Res. ENRE 23/1994.

(43) Res. ENACOM 221/2021.

b) *Defensa del Consumidor*: El art. 45 de la ley 24.240 dispone que la autoridad de aplicación labra el acta de infracción, la notifica para la formulación de descargo y —concluidas las diligencias instructorias— dicta la resolución definitiva.

c) *Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM)*: El art. 48 del “Régimen de sanciones aplicable a los servicios de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones” (43), establece que el Ente formula los cargos [inc. a)] y luego dicta el acto administrativo definitivo [inc. c)].

d) *Ente Regulador del Agua y Saneamiento (ERAS)*: De acuerdo con los arts. 8°, 9° y 16 del “Procedimiento de Aplicación de Sanciones al Concesionario Agua y Saneamientos Argentinos Sociedad Anónima (AySA) y a sus integrantes” (44), el Directorio del Ente dispone la apertura del procedimiento sancionatorio, considera lo actuado y resuelve el fondo del asunto.

e) *Secretaría de Minería*: El régimen sancionatorio de inversiones mineras (45), estatuye que la instrucción sumarial es ordenada por la autoridad de aplicación, quien luego decide (arts. 2° y 3°).

f) *Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos (ORSNA)*: El “Régimen de sanciones por infracciones a la disposiciones legales y reglamentarias en el ámbito aeroportuario” (46), prevé que la apertura del sumario es resuelta por el Directorio, quien designa en ese momento al Instructor y luego resuelve sobre la acusación que este formule (arts. 33 y 47).

g) *Defensa de la Competencia*: Un procedimiento sancionatorio donde el modelo acusatorio se encuentra parcialmente respetado es el previsto en la ley 27.442, de Defensa de la Competencia. Esa norma asigna la labor acusatoria ante el Tribunal de Defensa de la Competencia al “Secretario Instructor de Conductas Anticompetitivas”, órgano que cuenta con autonomía funcional y estructura propia (art. 30) y que tiene a su cargo llevar adelante las investigaciones sobre prácticas anticompetitivas.

Sin embargo, pese al reconocimiento de esa autonomía funcional, la ley establece que el Tribunal de Defensa de la Competencia es quien decide dar curso a la acusación y luego resuelve la cuestión, lo cual desnaturaliza la idea de independencia entre acusación y sentencia (arts. 40, 41 y 43).

(44) Disposición 22/2013 de la Subsecretaría de Recursos Hídricos de la Nación.

(45) Res. 26/2021 de la Secretaría de Minería de la Nación.

(46) Res. ORSNA 80/2013.

(47) Dec. PEN 467/1999. Véase, DIANA, N., ob. cit.

(48) Sobre la naturaleza jurídica del acto de apertura del sumario, véase, COMADIRA, Fernando G., “Actividad jurídica y no jurídica de la Administración. Hechos, actos administrativos y otros actos de la Administración”, RDA 2021-135, 03/06/2021, 92.

(49) STEDH, “Dorozhko y Pozharskiy”, cit., párr. 53.

(50) STEDH, “Kress c. Francia”, 07/06/2001. El caso Kress es una muestra acabada del vertiginoso avance de los criterios internacionales de protección de los derechos humanos sobre instituciones añejas de los principales países de Europa. En esa oportunidad, la Corte Europea consideró que el procedimiento de toma de decisiones del Consejo de Estado francés —en tanto no permitía a las partes replicar la opinión del Comisario de Gobierno antes de la resolución del caso— resultaba violatorio de la garantía del proceso equitativo desde la faz de la igualdad de armas, obligando a su reformulación. Como es sabi-

do, el Consejo de Estado, creado en 1799, constituye la máxima expresión de una concepción de la división de poderes —plasmada en la Asamblea Constituyente de 1790 y de acuerdo con la cual los jueces no debían controlar a la Administración porque ello implicaba violar esa división— que ha marcado todo el derecho continental europeo y ha sido trasvasada a Latinoamérica, determinando de forma esencial su derecho público y especialmente el vínculo entre los jueces y el Poder Ejecutivo. Nadie podría poner en tela de juicio sus pergaminos. Sin embargo, el tribunal de Estrasburgo declaró que —aun cuando nadie dudaba de la independencia e imparcialidad de las instituciones francesas analizadas— el que hubieran existido por más de un siglo y funcionaran para satisfacción de todos no podía justificar un incumplimiento de los requerimientos de la legislación europea. El Convenio, explicó, es un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones actuales y de las ideas que prevalecen en los Estados democráticos de hoy, por lo cual la adaptación a esos nuevos parámetros resultaba insoslayable, cualquiera fuera el linaje de la institución en juego. A más del representativo caso francés, la decisión de considerar a ciertos procedimientos como incompa-

bles con el tratado de Roma ha obligado a replantear prácticas judiciales y administrativas sumamente consolidadas en Bélgica, Países Bajos, Suiza, Portugal, España, Luxemburgo, entre muchos otros. Esta jurisprudencia fue desarrollándose en varios *leading cases* en los que se examinó la compatibilidad de diferentes modelos judiciales europeos con las garantías del *fair trial*, entre los cuales se destacan “Borgers c. Bélgica”, 30/10/1991; “Ruiz-Mateos c. España”, 22/06/1993; “Procola”, cit.; “Lobo Machado c. Portugal”, 20/02/1996; “Nideröst-Huber c. Suiza”, 18/02/1997; “J.J. c. Países Bajos”, 27/03/1998; “Reinhardt y Stimane-Käid c. Francia”, 31/03/1998, entre otros. Como puede verse, el punto de tensión se cristaliza en la competencia entre la interpretación evolutiva de los derechos humanos, derivada de la centralidad de la persona y la necesidad de propender constantemente a la ampliación de su protección, y la conservación de las prácticas tradicionales que han conformado los sistemas jurídicos de cada Estado.

Si bien es cierto que el reglamento prevé la intervención de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas en tanto órgano perteneciente al Ministerio Público Fiscal, lo concreto es que dicha intervención es de carácter potestativo y no supone el desplazamiento del instructor sumariante (art. 3°).

En suma, bajo el Reglamento de Investigaciones Administrativas, el inicio de las actuaciones sumariales (48), la designación y remoción de instructores acusadores y la decisión final respecto de la responsabilidad recaen indefectiblemente en el mismo órgano (arts. 119 y 122).

V. Conclusiones

Todo procedimiento administrativo de carácter punitivo donde las funciones de acusación y decisión no estén asignadas a órganos independientes entre sí es inconstitucional, pues viola el principio acusatorio que se deriva de las garantías de imparcialidad e inocencia. Lo mismo ocurre con aquellos trámites que no permiten una defensa autónoma frente a la determinación de la sanción. Reconocer esa realidad nos plantea la necesidad de modificar a escala nacional, provincial y municipal este tipo de trámites, con las consiguientes adecuaciones orgánicas y procedimentales que hagan posible una nueva dinámica.

Esas reformas deben garantizar las siguientes reglas operativas:

1°) El órgano con competencia para decidir sobre la responsabilidad sancionatoria no puede formular cargos.

2°) El órgano que formula los cargos y/o pide la condena no puede ser designado o removido por el decisor.

3°) El decisor no puede condenar si el órgano encargado de la acusación no lo solicita expresamente luego de la sustanciación del trámite. En ausencia de tal petición (alegato final), debe absolver al acusado.

4°) El decisor no puede apartar al acusador ante el pedido de absolución formulado por este.

5°) El procedimiento sancionatorio debe constar de dos partes. En la primera se determinará la existencia del hecho, su calificación y la responsabilidad del acusado. Si hubiera veredicto de culpabilidad, se llevará adelante la segunda etapa en la que se determinará la sanción a imponer, su modalidad y lugar de cumplimiento.

Frente a los eventuales reparos operativos que esas reformas pueden motivar, conviene recordar que, aunque la adaptación de las estructuras organizativas domésticas a los requerimientos de la imparcialidad resulte compleja, tal circunstancia no excusa a los Estados del deber de proceder a esa adecuación, pues ellos se encuentran obligados a organizar sus sistemas legales de modo de cumplir con los requerimientos de los tratados de derechos humanos a los que se han sometido (49). Esto es así al punto en que, por ejemplo, la Corte Europea ha obligado a la reformulación de instituciones centenarias como el Consejo de Estado en Francia, entre otras creaciones profundamente arraigadas en la tradición de los Estados del Consejo de Europa (50).

Al final de cuentas, si aceptamos que las garantías de imparcialidad y debido proceso son aplicables al procedimiento administrativo y que esas salvaguardas traen aparejada la exigencia del modelo acusatorio, la reforma de los procedimientos sancionatorios que no lo garantizan resulta insoslayable.

La eficacia del régimen internacional de protección de los derechos humanos y la consecuente imposibilidad de excusar el cumplimiento de sus reglas por razones internas, obligan a avanzar en ese reconcondicionamiento. Se trata, una vez más, de cumplir con el deber de organizar todo el aparato estatal de modo de asegurar el efectivo goce de los derechos.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2830/2021

El transporte ferroviario de cargas en Argentina



Alvaro Bautista Flores

Procurador, abogado, escribano y especialista en Derecho Administrativo (UNLP). Especialista en Contratos Administrativos (ECAE - PTN). Docente de grado y posgrado (UNLP, ECAE-PTN, INAP, ONC, Universidad de Belgrano y Universidad Austral).

SUMARIO: I. Introito.— II. Cuestiones históricas.— III. La naturaleza de los servicios de transporte ferroviario de cargas.— IV. Los modelos de prestación de servicios de cargas en el derecho comparado.— V. La creación de Belgrano Cargas y Logística Sociedad Anónima.— VI. Los contratos de concesión vigentes. La renegociación o reconversión de los contratos.— VII. La actividad de la CERC. La finalización de los contratos de concesión de cargas. La res. 211/2021.— VIII. El acceso abierto en el segmento de cargas. El Registro de Operadores.— IX. Epílogo.

I. Introito

El ferrocarril ha sido desde sus albores una de las actividades más trascendentes de la humanidad. Su vertiginoso ascenso, a partir de la segunda revolución industrial, decantó profundos cambios a nivel cultural, económico, jurídico, político y sociológico. En términos estrictamente comerciales, permitió mejorar sensiblemente las condiciones de logística por ese entonces existentes, permitiendo la colocación y distribución de productos en lapsos temporales que hasta ese momento eran impensados. No obstante, la merma que se originó con la aparición de nuevos medios de transporte, el ferrocarril de cargas sigue conservando una posición estratégica en la actividad económica de cualquier Estado. Es una herramienta que permite hacer realidad la conectividad de un país (máxime cuando se tratan de extensos territorios), propiciando el desarrollo de las economías regionales (1).

Sin perjuicio de lo señalado, en la actualidad, solamente el 5% del transporte de cargas en Argentina es desarrollado por ferrocarril (2). En otros países, la situación es diametralmente opuesta, teniendo los trenes de transporte de mercancías una importante incidencia en el sector (3).

En este sentido, tal como lo señala su título, intentaremos abordar el estado de situación y las particularidades que rodean al transporte ferroviario de cargas en Argentina. Para ello, nos referiremos sucintamente al derrotero histórico de la actividad, el cual permitirá vislumbrar la situación actual del sector. Por su parte, haremos énfasis en el impacto que han tenido (y habrán de tener) las leyes 26.352 y 27.132 —y su normativa complementaria— en el segmento de cargas. A tales efectos, se precisarán los aspectos que rodearon a la creación de la empresa pública Belgrano Cargas y Logística, y la incidencia que actualmente detenta en el sector, el estado actual de los contratos de concesión, y los horizontes que se avecinan con la inserción del harto mencionado sistema de acceso abierto.

II. Cuestiones históricas

II.1. La prestación mixta

Tal como lo hemos explicado en otra oportunidad (4), en sus orígenes, la presta-

ción del servicio de transporte ferroviario fue realizado en nuestro país tanto por el sector privado (mediante la técnica concesional) como por el sector público (con la operación directa de los servicios).

Esta dualidad operativa, en cuanto al sector que tenía a su cargo la actividad, de alguna manera se propagaba en la lógica que se le imponía al sector de cargas. En efecto, amén de contar con una regulación específica tanto en la ley 531 (primer Ley Nacional de Ferrocarriles) como en la Ley General de Ferrocarriles 2873 (en adelante LGF), la realidad es que las empresas ferroviarias —tanto públicas como privadas— operaban de manera indistinta en el sector de pasajeros como en el de cargas. Inclusive, la LGF —la cual se encuentra vigente— permitía la operación conjunta de los servicios de cargas y de pasajeros, organizando las formaciones (locomotora y material rodante) con coches (para transportar pasajeros) y vagones (para el transporte de cargas).

Por tales motivos, el esquema regulatorio era idéntico, lo cual implicó —al menos en Argentina— que la normativa de la materia considere, sin discriminación alguna, a la actividad ferroviaria como servicio público, ya sea para el transporte de pasajeros como de cargas o mercancías, como suele denominarse en Europa.

II.2. La nacionalización del transporte ferroviario

La asunción de la operación directa de los servicios ferroviarios por parte del Estado nacional a partir del año 1948, respecto del sector de cargas, solamente importó monopolizar en cabeza del Estado la prestación de la actividad. En este entendimiento, no hubo o no existió una división estricta del negocio, es decir, entre pasajeros y cargas. De acuerdo con ello, el transporte de cargas era ejecutado dentro de los servicios que desplegaban cada una de las Líneas (5) que habían sido creadas bajo el amparo del dec. 32.574/1948 (6).

Esta situación no se vio alterada con los continuos cambios en torno a la organización burocrática de los servicios, cuya última expresión —con antelación a las privatizaciones— fue el esquema creado en virtud de la ley 18.360.

II.3. La privatización del Servicio de Transporte de Cargas

Como fuera señalado más arriba, el surgimiento de nuevas modalidades de transporte y el severo atraso tecnológico-operacional colocó al transporte de cargas en una situación crítica. Hasta ese momento, a partir de la intervención estatal plena desde el año 1948, el servicio de transporte ferroviario de cargas había sido asumido exclusivamente por las diversas organizaciones empresariales-societarias bajo las cuales se desarrolló el sistema ferroviario.

El proceso de Reforma del Estado consagrado normativamente a través de la ley 23.696 y sus reglamentaciones, también determinó la sujeción del transporte ferroviario de cargas al régimen de privatizaciones. Al igual que lo acontecido en el segmento de pasajeros, la forma adoptada para hacer efectiva la privatización del sector fue la figura de la “Concesión Integral” (7), contemplada expresamente en el decreto 666/1989 por el cual se dio formal inicio a la privatización del sistema ferroviario nacional. En este orden de ideas, el decreto mencionado estableció entre sus objetivos: “Reordenar el plan de inversiones, ajustándolo a las necesidades imprescindibles del servicio, en particular en relación con el incremento del transporte de cargas”; “Incrementar el transporte multimodal”; y “Promover el aporte de material tractivo y remolcado para la explotación de servicios de carga por empresas operadoras y cargadoras”.

Para el cumplimiento de los fines señalados, el Programa de Reestructuración Ferroviaria (referenciado en el dec. 2470/1990) recomendó para la implementación de un nuevo sistema de transporte de cargas priorizar el movimiento de cargas mediante las concesiones por empresa, y, asimismo, propiciar la división de la red nacional en 6 unidades operativas diferentes. Esta tesitura probablemente haya sido propuesta debido a que para el año 1989, eran alrededor 32.000 kilómetros de vías los que se encontraban afectados al servicio de transporte de cargas.

A diferencia de lo ocurrido con el servicio de transporte de pasajeros (con la salvedad del Ramal Borges-Delta), los procedimientos contractuales destinados a concesionar los distintos grupos operativos fueron rea-

lizados en forma sucesiva, sin contar con un Pliego de Bases y Condiciones Generales que regulara los aspectos sustanciales, creando distintos Pliegos de Condiciones Particulares para cada uno de los grupos. Estas vicisitudes no estuvieron exentas de críticas, y como veremos seguidamente, en algunos casos, derivaron inclusive en el fracaso de los procedimientos, atentando con los principios de eficiencia pregonados por la Reforma del Estado.

Sin embargo, de la compulsión de los Pliegos de Bases y Condiciones utilizados, las características principales de la concesión del servicio de transporte de cargas fueron las siguientes: a) La modalidad adoptada fue la Licitación Pública Nacional e Internacional, de etapa múltiple (Doble Sobre); b) El plazo de las concesiones fue establecido por el término de treinta [30] años, prorrogables por diez [10] años más, siempre y cuando el concesionario lo solicite con una antelación de cinco [5] años al vencimiento del plazo originario; c) Tenían la posibilidad de contar con el apoyo de Operadores extranjeros con acreditada experiencia en el sector; d) Se exigieron en estos la presentación de Planes Operativos, Proyectos de Inversión, Planes de Negocios y Factibilidad, Planes de Inversiones Adicionales, y la Incorporación de los empleados de la ex Ferrocarriles Argentinos; e) Se estipulaba la posibilidad de acompañar proyectos de modificación del Reglamento Interno de Técnico Operativo (RITO).

No obstante, los extremos destacados del contenido de los pliegos, sin lugar a duda, el aspecto que presentó un matiz sumamente diferencial con respecto al servicio de pasajeros fue la obligación por parte de los oferentes de proponer el pago de un Canon y el otorgamiento de la posibilidad de percibir un peaje por el uso de las vías férreas (8). Este tipo de concesiones, no estipulaban ningún tipo de subsidio por parte del Estado. Esta circunstancia, permite calificar a las concesiones otorgadas como “onerosas” (9), a los efectos de interpretar los derechos y obligaciones de las partes en la ejecución del contrato.

En resumen, las concesiones en materia de transporte de cargas han sido las siguientes:

— Corredor Retiro-Bahía Blanca (10) (que conecta a los puertos del complejo San Mar-

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Al respecto, puede verse, entre otros: DIANA, Nicolás - MARTIN Y HERRERA, Carlos F., “El servicio público ferroviario como artífice del desarrollo social y económico del país”, JA, 2007-II, fascículo nro. 8.

(2) Fuente: Instituto Argentino del Transporte; CNRT; Bolsa de Comercio de Rosario.

(3) A modo de ejemplo, en Canadá el transporte ferroviario de cargas representa el 56%, en EE.UU. el 43% y en Australia el 39%.

(4) FLORES, Álvaro B., “La operación del servicio de transporte ferroviario de pasajeros”, RDA 135-155.

(5) Ferrocarril Nacional General San Martín (ex Buenos Aires al Pacífico); Ferrocarril Nacional General

Belgrano (al Ferrocarril Central Argentino); Ferrocarril Nacional General Bartolomé Mitre (al Ferrocarril Central Argentino); Ferrocarril Nacional Domingo Faustino Sarmiento (al Ferrocarril Oeste); Ferrocarril Nacional General Roca (al Ferrocarril Sud); Ferrocarril Nacional Patagónico; Ferrocarril General Urquiza (correspondiente a las líneas Férreas ubicadas en la Mesopotamia).

(6) BO del 21/10/1948.

(7) La “concesión integral de explotación” fue definida como aquella en la cual “la concesionaria asume, en el sector objeto de la contratación, la explotación comercial, la operación de trenes y atención de estaciones, el mantenimiento del material rodante, infraestructura y equipos y todas las demás activida-

des complementarias y subsidiarias” (cfr. art. 4º del dec. 666/1989). Con relación a sus alcances, ver CANOSA, Armando, “La concesión ferroviaria como contrato atípico”, RAP 473-43.

(8) El canon (a los efectos de este tipo de Concesiones) fue definido como el “pago fijo mensual que realizará el concesionario por el uso de la infraestructura, el material rodante, y otros bienes entregados en concesión” (ej.: Cláusula 32.12.1 del Pliego de Bases y Condiciones Particulares aprobado por la res. 5/1991 del ex Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos). Por su parte, el peaje fue conceptualizado como “el pago que realizará Ferrocarriles Argentinos y/o otros Terceros Concesionarios por el uso del Sistema Ferroviario a conceder para

la prestación de Servicios de Pasajeros” (Cláusula 32.12.1.2 del Pliego de Bases y Condiciones Particulares, cit.).

(9) Con referencia a las modalidades de las concesiones, ampliar en FLORES, Álvaro B., “Aproximaciones en torno a la concesión de la hidrovía”, *Revista de Contrataciones Públicas*, nro. 5, IJ Editores, julio 2021 (IJ-MCDXXII-199).

(10) El procedimiento fue llamado a través del decreto 666/89, y la adjudicación se efectuó por conducto de la res. 706/1990 (dicha norma no se encuentra publicada en el Boletín Oficial). Posteriormente, el procedimiento fue aprobado por el dec. 1144/1991 (BO del 25/06/1991). El ramal de referencia abarca 5094 km.

tín-Rosario con Bahía Blanca por medio de dos líneas troncales y varios ramales), el cual fue otorgado al Consorcio integrado por Techint Compañía Técnica Internacional SACEI, EACA Empresa Argentina de Cemento Armado SA de Construcciones, Gesiemes SACI y AG, Chase Manhattan Investments Argentina SA, Riobank International, Sociedad Comercial del Plata SA y Iowa Interstate Railroad (Ferroexpreso Pampeano SAC).

— El corredor compuesto por la Línea Mitre (con exclusión de sus tramos urbanos Retiro-Tigre, Retiro-Bartolomé Mitre, Retiro-Zárate, Victoria-Capilla del Señor) a la firma Nuevo Central Argentino Sociedad Anónima (11). Conecta Buenos Aires con Rosario, Santa Fe, Córdoba, Tucumán, Río IV y Santiago del Estero (La Banda).

— El corredor de la Línea Roca con exclusión del corredor Altamirano-Miramar y sus tramos urbanos a la firma Ferrosur Roca SA (12). Comunica a la ciudad de Buenos Aires con Necochea-Quequén, Tandil, Olavarría, Bahía Blanca, Neuquén y Zapala.

— El tramo de la Línea San Martín y el remanente de la Línea Sarmiento (con exclusión de los tramos urbanos Retiro-Pilar, y Once de Septiembre-Mercedes) a la firma Buenos Aires al Pacífico-San Martín SA (actualmente América Latina Logística Central SA) (13). Enlaza a Buenos Aires con Junín, Rufino, San Luis, Mendoza, San Juan, San Rafael y accede al puerto de Rosario.

— El tramo correspondiente a la Línea Urquiza a la firma Ferrocarril Mesopotámico SA (actualmente América Latina Logística Mesopotámica SA) (14). Vincula a Buenos Aires con Rojas, Concordia, Paraná, Paso de los Libres, Monte Caseros, Corrientes y Posadas.

La concesión del ramal de mayor extensión, la Línea Belgrano Cargas (15), fue la que presentó mayores inconvenientes. Este ramal tiene la peculiaridad de ser el único en el país con trazado de trocha angosta o milimétrica (16). Al fracasar en dos oportunidades el llamado a Licitación, el Estado Nacional se vio obligado a continuar con la explotación directa de este servicio, al no poder cumplir con los objetivos fijados en la Reforma del Estado. Así las cosas, mediante el dec. 1774/1993 (17) se estableció la escisión de la Gerencia General del Ferrocarril Belgrano de la Empresa Ferrocarriles Argentinos, dando nacimiento a la razón social Belgrano Cargas Sociedad Anónima. Su capital social se encontraba conformado a través del entonces Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos en una

proporción del noventa y nueve por ciento (99%), y a la Empresa Ferrocarriles Argentinos en el uno por ciento (1%) restante. No obstante, la creación de esta nueva Sociedad, este hecho se consideraba como etapa intermedia para alcanzar la privatización por concesión.

La ausencia de interesados en asumir la prestación del servicio de cargas ofrecido se extendió hasta mediados del año 1997. Por conducto del dec. 685/1997 (18), se autorizó a la Autoridad de Aplicación para contratar en forma directa la concesión del tramo atinente a la línea Belgrano Cargas al Sindicato de la Unión Ferroviaria. Vale decir, que la modalidad adoptada (Contratación Directa) se hallaba contemplada en el art. 18, inc. 5º de la ley 23.696, para los supuestos en que se hallen cumplimentadas las preferencias previstas en el art. 16 (19).

Autorizado el procedimiento de Contratación Directa de la Concesión, por medio de la res. 1560/1998 (20) se efectuó la adjudicación de la concesión a la Unión Ferroviaria, y posteriormente, el perfeccionamiento contractual tuvo lugar mediante el dec. 1037/1999 (21).

II.4. La renegociación de los contratos de concesión (22)

La declaración general de emergencia del año 2002 (cfr. ley 25.561) abrió la posibilidad de renegociar los contratos de concesión de servicios públicos, los cuales —en el sector de cargas— venían afrontando complejos problemas, principalmente, por las deficiencias en el cálculo de la demanda. Si bien la experiencia acerca de la renegociación contractual no había sido desconocida en el sector ferroviario (23), la severa coyuntura económica transitada por nuestro país que desembocó en la emergencia representaba un sustrato fáctico-jurídico disímil, lo cual obligaba a dotar de un tratamiento diverso al modo bajo el cual se canalizarían las readecuaciones contractuales.

De conformidad a los lineamientos previstos en los mencionados arts. 8º y 9º de la ley 25.561, el dec. 293/2002 (24) encomendó al por ese entonces Ministerio de Economía llevar adelante los procesos de renegociación. La norma citada incluyó expresamente dentro de los contratos alcanzados por la renegociación al “transporte público automotor y ferroviario de personas, de superficie y subterráneo” y al “servicio ferroviario de cargas”.

A fin de cumplir con las metas previstas por el decreto, se creó la Comisión de Renegociación de Contratos de Obras y Ser-

vicios Públicos, la cual sería la que llevara adelante los procesos de readecuación de los contratos, cuya integración se realizó de conformidad con lo establecido en el dec. 370/2002 (25).

El proceso de renegociación se hallaba regulado en la res. 20/2002 del ex Ministerio de Economía (26). Allí se definió —en el Anexo II— el listado de los contratos que se encontraban alcanzados (entre los cuales se hallaban los celebrados por América Latina Logística - Central SA, América Latina Logística - Mesopotámica SA, Ferroexpreso Pampeano SA, Ferrosur Roca SA, Ferrovías SAC, Metrovías SA, Nuevo Central Argentino SA, Transportes Metropolitanos Belgrano Sur SA, Transportes Metropolitanos General Roca SA, Transportes Metropolitanos General San Martín SA, Trenes de Buenos Aires SA) y las pautas bajo las cuales se realizarían las renegociaciones.

Con la posterior creación de la UNIREN (Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos) con el dec. 311/2003 (27), comenzaron a estructurarse los procesos de renegociación, los cuales no habían podido ser renegociados bajo el amparo de las previsiones del dec. 605/1997.

En esta inteligencia, y bajo los lineamientos del proceso anteriormente explicado, se renegociaron los contratos con las firmas Ferrosur Roca SA (a través del dec. 2017/2008) (28), Ferroexpreso Pampeano SA (a través del dec. 82/2009) (29), y Nuevo Central Argentino SA (a través del dec. 1039/2009) (30). Sobre esta cuestión, volveremos más adelante.

III. La naturaleza de los servicios de transporte ferroviario de cargas

Para examinar los pormenores que rodean al sector ferroviario de cargas, es preciso comenzar por el repaso de los alcances que habrán de tener los servicios en este segmento. Es por ello por lo que corresponde detenerse un instante en la naturaleza jurídica que le confiere a la actividad el ordenamiento jurídico vigente.

Como lo destacásemos en otro trabajo (31), el régimen jurídico vigente (cfr. LGF y el Reglamento General de Ferrocarriles (32) —RGF— principalmente) no realizan disquisición alguna, y en consecuencia, el servicio de transporte ferroviario de cargas aparece alcanzado por el régimen del servicio público. Esta cuestión no fue desconocida en el marco normativo de las concesiones del sector de cargas, atento a que, los respectivos plexos normativos resaltaron tal aspecto.

aportando nuevas ventas relacionadas con el objeto de la empresa a privatizar, capitalicen en acciones los beneficios, producidos y devengados por los nuevos contratos aportados”.

(20) BO del 15/12/1998.

(21) BO del 23/09/1999.

(22) Para un completo desarrollo de esta temática, resulta ineludible acudir a: DROMI, Roberto, “Renegociación y reconversión de los contratos públicos”, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996; PÉREZ HUALDE, Alejandro, “Renegociación de los contratos públicos”, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002.

(23) Con carácter previo a la crisis económica, habían sido renegociados los contratos de concesión de transporte ferroviario de pasajeros.

(24) BO del 14/02/2002.

(25) BO del 27/02/2002.

(26) BO del 20/03/2002.

(27) BO del 04/07/2003.

(28) BO del 03/12/2008. El *iter* del procedimiento de renegociación puede ser consultado en PTN, Dictámenes 256:266.

(29) BO 06/02/2009. El *iter* del procedimiento de renegociación puede ser consultado en PTN, Dictámenes 256:313.

Sin embargo, inclusive dentro del régimen aludido, ciertos aspectos han sido reformulados [como ha sido el caso de las tarifas (33)], quedando relativizadas algunas de las obligaciones inherentes al carácter de servicio público. Con relación a las tarifas, vale recordar que, si bien existe un cuadro tarifario aprobado en los pliegos, los concesionarios pueden poner en vigencia los nuevos precios sin la autorización previa del concedente, sin perjuicio de que este último tiene la posibilidad de revisar la exactitud del ajuste aplicado en un plazo de sesenta días. Es por ello por lo que, con cierto tino, Canosa (34) ha indicado que la actividad del servicio ferroviario de cargas se halla alcanzada por las regulaciones del servicio público con algunas modulaciones especiales. En esta inteligencia, puede destacarse lo siguiente: (35) a) La obligatoriedad de cargar surge cuando la demanda insatisfecha es superior al 30%; b) Con relación a las tarifas, estas tendrán el carácter de máximas, dado que nos encontramos dentro de un mercado que se desarrolla al menos en un clima de competencia relativa; c) El resto de los precios de los servicios involucrados en la concesión son libres.

La relativización de estas obligaciones, la cual a su vez tiene cierta lógica por las particularidades del sector, y, sobre todo, por el tratamiento desigual que tendría con relación a los demás medios de transporte, ha generado que algún sector de la doctrina (36) señale que el servicio ferroviario de cargas representa una actividad de interés público. Sobre la base de algún criterio otrora sostenido por la Comisión Nacional de Transporte Ferroviario, y ratificado por la actual Comisión Nacional de Regulación del Transporte Ferroviario (CNRT), se había llegado a tal conclusión en virtud de la desregulación de la fijación del flete ferroviario, la cual indicaría que estar ante un precio privado de libre determinación entre la oferta y la demanda, y eventualmente sujeto a un valor tarifario de referencia como resulta el límite superior tarifario.

Más allá de esta posición, lo cierto es que, de momento, la naturaleza de servicio público del transporte de cargas no ha sufrido alteración alguna, amén de las modulaciones anteriormente señaladas. Cabe destacar que la res. 135/2013 del ex Ministerio del Interior y Transporte (37), ratificando la condición de servicio público de la actividad, atribuye a la Secretaría de Transporte la determinación de las bandas tarifarias aplicables a la prestación de los servicios ferroviarios de cargas, teniendo en cuenta los costos específicos del sector y del resto de los modos de transporte, las condiciones de competitividad regional y de la producción en particular de los dife-

(11) El contrato suscripto fue aprobado a través del dec. 994/1992 (BO del 02/07/1992). La extensión del Ramal es de 4752 km.

(12) El contrato suscripto fue aprobado a través del dec. 2681/1992 (BO del 08/01/1993). La extensión del Ramal es de 3377 km.

(13) El contrato suscripto fue aprobado a través del dec. 41/1993 (BO del 13/01/1993). La extensión del Ramal es de 5254 km.

(14) El contrato suscripto fue aprobado a través del dec. 504/1993 (BO del 29/03/1993). La extensión del Ramal es de 2704 km.

(15) Tiene una extensión de 7.347 km, y comunica a la ciudad de Buenos Aires con Rosario, Santa Fe, Córdoba, Resistencia, Salta, Jujuy, Tucumán, Catamarca, San Juan y Mendoza, y la localidad de Salta con Formosa.

(16) Para un detalle sobre la evolución de la Línea Belgrano Cargas, ver: RAPOSO, Isabel - CAFARELL, Sonia, “Reestructuración ferroviaria: política pública e inversiones en Argentina. El caso del Ferrocarril Belgrano Cargas”, Decimoquintas Jornadas “Investigaciones en la Facultad” de Ciencias Económicas y Estadística - Universidad Nacional de Rosario, noviembre de 2010.

(17) BO del 08/09/1993.

(18) BO 28/07/1997.

(19) El que estipula: “PREFERENCIAS. El Poder Ejecutivo podrá otorgar preferencias para la adquisición de las empresas, sociedades, establecimientos o haciendas productivas declaradas ‘sujeta a privatización’, cuando los adquirentes se encuadren en alguna de las clases que se enumeran a continuación; salvo que originen situaciones monopólicas o de sujeción: 1) Que sean propietarios de parte del capital social. 2) Que sean empleados del ente a privatizar, de cualquier jerarquía, con relación de dependencia, organizados o que se organicen en Programa de Propiedad Participada o Cooperativa, u otras entidades intermedias legalmente constituidas. 3) Que sean usuarios titulares de servicios prestados por el ente a privatizar, organizados o que se organicen en Programa de Propiedad Participada o Cooperativa, u otras entidades intermedias legalmente constituidas. 4) Que sean productores de materias primas cuya industrialización o elaboración constituya la actividad del ente a privatizar, organizados en Programa de Propiedad Participada o Cooperativa, u otras entidades intermedias legalmente constituidas. 5) Que sean personas físicas o jurídicas que,

(30) BO del 07/12/2009. El *iter* del procedimiento de renegociación puede ser consultado en PTN, Dictámenes 256:237.

(31) FLORES, Álvaro B., “Servicio público y sector ferroviario”, ED, *Suplemento de Derecho Administrativo*, febrero 2021 (ED-MXIV-85).

(32) Dec. 90.325/36 y modif.

(33) Ampliar en FLORES, Álvaro B., “El régimen económico-financiero del sector ferroviario argentino”, *Revista “Temas de Derecho Administrativo”*, Erreius, febrero 2021 (IUSDC3288067A).

(34) CANOSA, Armando, *Régimen...*, cit., ps. 296 y ss.; CANOSA, Armando, “Régimen jurídico administrativo del transporte ferroviario de cargas”, RAP 277-25.

(35) CANOSA, Armando, “La integración del puerto y los ferrocarriles de cargas”, RAP 381-49.

(36) STORTONI, Gabriela - FERREIRO, Martín, “El régimen jurídico del sistema ferroviario”, en AA.VV. - ALAK, Julio (dir.) - MINNICELLI, Alessandra - BIBILONI, Homero - STORTONI, Gabriela (coords. gales.), *Nuevo Estado, nuevo derecho: aportes para repensar el derecho público argentino*, Infojus, Buenos Aires, 2015, p. 340.

(37) BO del 15/02/2013.

rentes productos, sobre la base de principios de equidad e igualdad de acceso.

Desde luego, *ex lege ferenda* o inclusive, vía reglamentaria —a través de las competencias del Ministerio de Transporte— lo más razonable sería propender a un mercado desregulado de cargas, donde el precio testigo sea la propia competencia intermodal y la oferta de una mejor calidad del servicio, máxime si se quiere implementar exitosamente el esquema de acceso abierto.

IV. Los modelos de prestación de servicios de cargas en el derecho comparado

A nivel mundial, el transporte ferroviario de cargas es ejecutado de maneras sumamente disímiles, las cuales se suelen adaptar a las particularidades que se registran en los respectivos países.

En este sentido, es posible discriminar las siguientes variantes:

IV.1. Prestación exclusivamente estatal

Es la situación que se corrobora en Rusia, China e India, donde el servicio de transporte ferroviario de cargas es enteramente realizado por operadores estatales.

IV.2. Sistema de empresas verticalmente integradas

Esta modalidad, desarrollada en Estados Unidos y Canadá, implica que los operadores privados se erijan como los dueños de la infraestructura, y que la regulación estatal se enderece exclusivamente hacia cuestiones de seguridad operativa.

En Estados Unidos, por conducto de la llamada “Staggers Act” del año 1980, se introdujo el sistema aquí examinado, el cual tiene los siguientes puntos salientes: i) Le confiere a los operadores la posibilidad de negociar las condiciones comerciales con otros privados de manera confidencial, estableciendo la tarifa por medio de un acuerdo bilateral, lo cual genera que las mismas no sean “públicas”; ii) Se les otorgó a los operadores una mayor flexibilidad en la aprobación de fusiones y cierre o venta de líneas deficitarias, aboliendo la previa obligación de mantenerlas; iii) Se establecieron derechos de paso entre las líneas de los diversos operadores.

El mercado se encuentra dividido en operadores de las clases I, II y III, las cuales son establecidas por la Junta de Transporte de Superficie, de conformidad a la magnitud de las empresas y a los volúmenes de carga y extensión de las vías férreas. En tal sentido, se configura un esquema de regulación divergente para cada tipo de clase.

IV.3. Sistema de separación vertical (38)

Es la modalidad imperante en Europa, en cual implica discriminar la prestación de las dos principales actividades del sector, como lo son la administración de la infraestructura y la operación de los servicios. Asimismo, en el segmento de cargas, este sistema se ha instaurado en Australia. En este último país, el dueño de la infraestructura es el Estado Federal, con la peculiaridad de que coexisten administradores de infraestructura públicos (39) y priva-

dos (40). Por su parte, la mayoría de los operadores son privados.

IV.4. El modelo de concesiones

Este sistema, adoptado por Argentina a principios de la década del año 1990, también fue seguido en países como México. A través de esta modalidad, se le otorgan derechos de exclusividad al concesionario en un tramo de la red ferroviaria, la cual pertenece a los Estados nacionales. Los concesionarios tendrán a su cargo el mantenimiento y las inversiones en la infraestructura que compone el objeto del contrato.

En el caso mexicano, las concesiones fueron otorgadas a un plazo de 50 años, con un período de 30 años de exclusividad comercial sobre la red concesionada; una vez culminada esta etapa, se les permite a los otros concesionarios operar sobre esas vías, pagando los derechos de paso apropiados.

La Ley de Servicio Ferroviario de México (con su última modificación en el año 2020) destaca lo siguiente para el servicio de cargas (41): i) Los concesionarios deben prestar servicio a los usuarios en condiciones equitativas y no discriminatorias en cuanto a oportunidad, calidad y precio; ii) Los concesionarios deberán abstenerse de practicar ventas atadas, discriminación de precios o realizar subsidios cruzados; iii) Es posible fijar libremente las tarifas por parte de los concesionarios, siempre que exista competencia efectiva; caso contrario, será fijado por la Agencia; iv) Deberán permitir la interconexión en su modalidad de derechos de paso obligatorios

V. La creación de Belgrano Cargas y Logística Sociedad Anónima

Por su extensión y diagrama, el ferrocarril Belgrano es de importancia suma para el país en lo que importa a la conexión entre distintas provincias, la integración con los principales puertos del país, y también en lo concerniente a la vinculación con los países de la región.

Vale recordar que el proceso que culminó con el dec. 1037/1999 implicó que los servicios ferroviarios de cargas correspondientes a la ex línea Belgrano fueran prestados por una empresa privada —cuyo paquete accionario mayoritario pertenecía a un sindicato legalmente reconocido—, continuando la titularidad de los bienes en cabeza del Estado nacional concedente y, de allí, que a este tipo de privatizaciones se las denominó “relativas” (42).

En el proceso mencionado, los problemas de operatividad y eficiencia persistieron; adunando a esta cuestión, los aportes financieros prometidos por el Estado Nacional nunca fueron concretados.

En este contexto, a través del dec. 24/2004 (43) se facultó al Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios a realizar —o en su caso proponer— los actos necesarios que permitan readecuar la composición accionaria de la empresa Belgrano Cargas SA, a fin de permitir que una participación mayoritaria del capital social sea suscripta por nuevos accionistas. Así las cosas, mediante la res. 322/2004 del ex Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Ser-

vicios (44), se dispuso la modificación del Estatuto de Belgrano Cargas S.A.

Por su parte, a través de la res. 430/2004 del ex Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios (45) se publicó el documento de consulta a interesados por el cual se establecían los términos para la adquisición, mediante la suscripción de acciones, de hasta el setenta y nueve por ciento [79%] del Capital Social del Belgrano Cargas SA. Posteriormente, se aprobó el Pliego para la a presentación de ofertas y suscripción de nuevas acciones de la empresa concesionaria del ferrocarril por conducto de la res. 454/2004 del ex Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios (46).

El proceso licitatorio encausado fue declarado desierto (47), lo cual decantó en la declaración del estado de emergencia económica a la prestación del servicio ferroviario de Belgrano Cargas SA en virtud del dec. 446/2006 (48), por el término inicial de ciento ochenta [180] días. Por la norma mencionada, se facultó a la Secretaría de Transporte a realizar las acciones necesarias para continuar con la explotación del servicio en el período de emergencia. Esta coyuntura generó que con fecha 13 de junio de 2006 se celebrase un Contrato entre el Estado Nacional, la empresa Belgrano Cargas Sociedad Anónima y la Sociedad Operadora de Emergencia Sociedad Anónima (SOESA) para la operación temporaria de los servicios incluidos en la concesión aprobada por dec. 1037/1999.

Ya con la vigencia de la ley 26.352, por conducto del dec. 1771/2008 (49) se dispuso el inicio del proceso de terminación del Contrato de Concesión antes citado, asignando a la Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado (SOFSE) los bienes necesarios para continuar con la operación del servicio, y estableciendo la reversión de los bienes a la ADIF SE. No obstante, en el período de emergencia —prorrogado por el dec. 1771/2008— la operación de los servicios fue realizada por la mencionada SOESA hasta que tuviera lugar la transferencia de la operación a SOFSE (aspecto que en rigor de verdad nunca terminó ocurriendo).

La res. 585/2012 del ex Ministerio del Interior y Transporte (50) dispuso la intervención administrativa de la gestión llevada adelante por SOESA, y, posteriormente, a través de la res. 28/2013 del Ministerio del Interior y Transporte (51), se consideraron por concluidas la gestión y operación del contrato de gerenciamiento de la mencionada empresa. Por su parte, el art. 2º de la res. 28/2013 instruyó a ADIF SE y SOFSE a crear una Sociedad Anónima sujeta a los términos de la ley 19.550, la cual debería tener a su cargo la explotación comercial, la operación y logística de trenes, la atención de estaciones, el mantenimiento del material rodante, infraestructura y de los equipos y de todas las demás actividades complementarias y subsidiarias del sector de la red nacional ferroviaria integrada por el Ferrocarril General Belgrano, con exclusión del tramo urbano del Área Metropolitana de Buenos Aires.

No obstante la instrucción realizada, el ordenamiento jurídico vigente al momento de la emisión de la resolución impedía

que las empresas públicas ferroviarias pudieran avanzar en la creación de una nueva sociedad. Esto obedecía a las limitaciones impuestas por la ley 25.565, la cual —al reformar la ley 25.152— establecía que el establecimiento de entidades empresariales o societarias del Estado debían realizarse mediante la sanción de una ley.

En este contexto, es donde se explica la irrupción de la empresa Belgrano Cargas y Logística SA (BCyL SA), en virtud del decreto de necesidad y urgencia 566/2013 (52). En tal inteligencia, la utilización de la herramienta contemplada en el art. 99 inc. 3º de la Constitución —la cual tiene el mismo rango que una ley en sentido formal— obedeció, de acuerdo con los términos vertidos en los considerandos de la norma, en asegurar la continuidad y regularidad de los servicios prestados en el ramal Belgrano, el cual transita por 14 provincias.

BCyL SA fue creada bajo el régimen de la ley 19.550 de Sociedades Comerciales, y sus modificatorias, y tiene por objeto la prestación y explotación comercial del servicio, la operación y logística de trenes, por sí, por intermedio de terceros o asociada a terceros, la atención de estaciones, el mantenimiento del material rodante, equipos, terminales de carga, servicios de telecomunicaciones, el mantenimiento de la infraestructura ferroviaria y la gestión de los sistemas de control de circulación de trenes, estas dos últimas funciones en caso de que les sean asignadas por la Administración de Infraestructura Ferroviaria Sociedad del Estado (ADIF SE), de acuerdo con las reformas introducidas por la ley 27.132.

Originalmente, siguiendo de alguna manera los lineamientos de la res. 28/2013, BCyL SA se encontró integrada por ADIF SE (40% del paquete accionario), SOFSE (35%) y la Administración General de Puertos Sociedad del Estado —AGPSE— (25%).

En torno a la creación de esta empresa, se han advertido dos curiosidades: (53) la primera es que no se disuelve la empresa Belgrano SA, sino que el decreto manda a dictar los actos necesarios a los fines de su modificación sin ningún otro tipo de especificación. La segunda es que el decreto no contiene acto expreso alguno que indique la rescisión del contrato con la concesionaria, aunque la vacían de contenido, ya que no prestará más los servicios y desafectan de la concesión los bienes otrora otorgados.

Estas funciones, consagradas en el art. 1º del del DNU 566/2013 (con las modificaciones de la ley 27.132), se complementan con las previsiones de su Estatuto, el cual fuera aprobado por la res. 471/2013 del ex Ministerio del Interior y Transporte (54). A diferencia de lo que acontece con ADIF SE y SOFSE (las cuales son Sociedades del Estado regidas por la ley 20.705), en su Estatuto no se establecen en forma detallada sus atribuciones. Sin embargo, el objeto social indica que BCyL SA pueda ejercer todas las demás actividades complementarias y subsidiarias del sector de la red nacional ferroviaria, y a su vez, prevé que tendrá plena capacidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones y ejercer todos los actos que no le sean prohibidos por las leyes, este Estatuto y toda norma

(38) Ampliar en FLORES, Álvaro M., “El modelo de separación vertical en el sistema ferroviario argentino”, RDA 133-65.

(39) Australian Rail Track Corporation (ARTC), la responsabilidad de la administración de infraestructura en diversas regiones de Australia, pero principalmente en *New South Wales*. Tal entidad es responsable por las inversiones en las vías y la administración de estas. Como fuente de ingresos, obtie-

ne peajes por parte de los operadores que transitan sus vías, además de algunos aportes estatales. Los peajes son calculados tramo a tramo, conforme a las características de la competitividad y las restricciones existentes.

(40) Ej.: Aurizon y Queensland Rail.

(41) Es menester destacar que la normativa mexicana considera a la actividad como un “servicio público” (cfr. art. 2º, inc. X).

(42) CANOSA, Armando, “Comentarios acerca de la creación de ‘Belgrano Cargas y Logística Sociedad Anónima’ (dec. 566/2013)”, RDA 89-1647.

(43) BO del 12/01/2004.

(44) BO del 29/06/2004.

(45) BO 07/07/2004.

(46) BO 20/08/2004.

(47) Cfr. res. 1277/2005 del ex Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios (BO del

03/10/2005).

(48) BO del 20/04/2006.

(49) BO del 31/10/2008.

(50) BO 25/10/2012.

(51) BO 05/02/2013.

(52) BO 22/05/2013.

(53) CANOSA, A., “Comentarios...”, cit.

(54) BO del 03/06/2013.

que le sea expresamente aplicable (55). Al respecto, vale mencionar la sociedad podrá constituir filiales y subsidiarias y participar en otras sociedades y/o asociaciones, cuyo objeto sea conexo y/o complementario (56), lo cual le brinda un amplio espectro para desempeñar sus funciones.

Es dable destacar que la normativa de creación, y las modificaciones realizadas por la ley 27.132, realizan una distinción que parece pasar desapercibida, pero que, en rigor, tiene importantes efectos prácticos. Si se repara en el objeto social de BCyL SA, tanto el DNU como su Estatuto, indican que la empresa tendrá a su cargo la atención de las estaciones y el mantenimiento de las terminales de carga, sin necesidad de asignación previa de ADIF SE. Este aspecto pareciera erigirse como una excepción a la centralización de ADIF SE (57), atento a que, más allá de no hallarse definido su alcance, no hay duda en torno a que las estaciones y las terminales integran la infraestructura ferroviaria. Amén de lo expuesto, las atribuciones en cuestión son inherentes a la esencia de la operación del servicio, en este caso, de cargas.

También se advierte que, en la propia norma de creación, se asignó a BCyL SA la administración de los bienes muebles e inmuebles pertenecientes al sector del sistema ferroviario nacional integrado por el Ferrocarril General Belgrano, que resulten necesarios para la explotación eficiente de la misma, que estuviesen por cualquier título en tenencia o posesión de la empresa Ferrocarril General Belgrano Sociedad Anónima, de la ADIF SE o los administrados por SOFSE (58).

Es aquí donde se cimientan las competencias de BCyL SA sobre aspectos que clásicamente corresponderían a ADIF SE, tanto por las previsiones de la ley 26.352 como por lo regulado en el Reglamento de Acceso Abierto. Del mismo modo, pueden explicarse las atribuciones de BCyL SA con relación a Talleres Ferroviarios, los cuales, han merecido regulación en el Reglamento de Acceso Abierto (59).

De acuerdo con lo manifestado, BCyL SA absorbió la planta laboral del Taller Taffi Viejo (provincia de Tucumán), cuyo funcionamiento se había constituido a través de una Unidad de Gestión —dentro de la ex empresa Ferrocarril Belgrano— por conducto de la resolución conjunta 131/2003 y 337/2003 del ministro de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y el ministro de Economía y Producción (60). Por tales motivos, el art. 15 del DNU 566/2013 incluyó a los talleres ferroviarios de Taffi Viejo entre los activos a ser transferidos a la nueva empresa. Atento a ello, BCyL SA tiene a su cargo las instalaciones y la explotación del Taller, sin pagar canon alguno a ADIF S.E. Esta cuestión no representa un punto de menor importancia, debido a que, la igualdad en el acceso a la infraestructura ferroviaria es un elemento trascendental para la operatividad del modelo de acceso abierto.

A las competencias inherentes a la infraestructura ferroviaria, el régimen actual le ha añadido su mantenimiento, siempre que sea asignado por ADIF SE. Como se apuntara en su oportunidad (61), esta posibilidad fue incorporada a fin de regular un suceso que se daba en la práctica, y que tenía su origen, en el paradigma de la operación integral del servicio, el cual implica-

ba ejercer el mantenimiento de la infraestructura. Por análogos motivos, y en virtud de la presencia de BCyL S.A. en el sector de cargas, se admitió la posibilidad de que la empresa tenga a su cargo la gestión del sistema de circulación de trenes. Desde luego, este modelo de operación contrasta con el espíritu que pregonan las leyes 26.352 y 27.132, que como se ha señalado reiteradamente, consagran la modalidad de acceso abierto.

En la inteligencia descripta, BCyL SA se erige como el prestador estatal de los servicios de transporte de pasajeros de carga, en el tramo correspondiente a la ex Línea Belgrano, que como hemos mencionado, transita por 14 de las 24 jurisdicciones de la República Argentina. Casi de inmediato a la aparición del DNU 566/2013, a través de la res. 469/2013 del ex Ministerio del Interior y Transporte (62) se dispuso la rescisión de las concesiones que involucraban a las Líneas General Urquiza (región mesopotámica), General San Martín (región de Cuyo), y el remanente de la Línea Sarmiento. Por lo tanto, el operador estatal asume la explotación de 3 de los 6 corredores de cargas que en su oportunidad habían sido sujetos a concesión.

La participación que detenta BCyL SA en el transporte ferroviario de cargas, desde luego, debería sufrir modificaciones cuando se ponga en marcha el modelo de “Acceso Abierto”, debido a que, el monopolio por tramo se erigiría como un contrasentido de la regulación, la cual aspira a lograr una mayor participación (y competencia) en el sector. En este sentido, el art. 3° del dec. 1027/2018 instruyó al Ministerio de Transporte a definir un plan de transición para BCyL SA, a fin de garantizar que no se generen asimetrías en las condiciones de competitividad con los restantes operadores.

Sin embargo, como lo examinaremos en los próximos acápite, no se ha cumplido esta premisa en la res. 211/2021. Esto es así debido a que, BCyL SA irá absorbiendo progresivamente los servicios de cargas cuyos contratos vayan venciendo. Sin perjuicio de que su prestación no sería en condiciones de exclusividad —como si lo fueron las concesiones— la situación venidera ubica a la empresa pública en una situación predominante y ventajosa con relación a los potenciales operadores, únicamente justificada en la necesidad de velar por la continuidad de la operación de los servicios de carga.

Finalmente, en lo que atañe a su composición actual, con la irrupción de la ley 27.132 y la respectiva creación de FASE, el 75% de su paquete accionario —otrotra en cabeza de ADIF SE y SOFSE— paso a pertenecer a la nueva empresa creada. El 25% restante se mantuvo en AGP SE, la cual, también funciona en la órbita del Ministerio de Transporte.

VI. Los contratos de concesión vigentes. La renegociación o reconversión de los contratos

Los contratos de concesión del servicio ferroviario de cargas tuvieron inconvenientes prácticamente desde su concepción. Conforme lo ha señalado Canosa (63), las principales vicisitudes fueron las siguientes: a) Fueron erróneas las proyecciones de demandas de la carga por transportar de lo que dependía el volumen de obras por

realizar y el pago del canon al Estado por la utilización de los bienes; b) No se previó un aporte estatal para la mejora de la devastada red y material rodante, lo que unido a lo anterior conspiraba severamente contra los fines buscados por el legislador para la optimización del sistema.

Conforme fuera examinado anteriormente, la renegociación de los contratos en los años 2007/2008 no impactó positivamente en el sector, conteste a que, la infraestructura continuó deteriorándose, y a su vez, se produjo una disminución en los niveles de carga transportados. En líneas generales, los aspectos salientes de las renegociaciones concertadas fueron los siguientes:

i) Los planes de inversión se readecuaron en función de la categorización de la Red (64) y con base en la circulación de las cargas y a los recorridos de servicios interurbanos de pasajeros

ii) Las inversiones anuales se realizarían de acuerdo con los aportes a realizar por los Concesionarios y con fondos que aporte también el Concedente (cuando se tratara de recuperaciones de infraestructura a causa de fenómenos hídricos u otros desastres naturales). El monto de las inversiones a realizar por el concesionario ascendía entre 9,5% (Ferrosur y Ferroexpreso Pampeano) y el 10,5% (Nuevo Central Argentino), del monto de la facturación anual total correspondiente al ejercicio económico anterior, y de la suma fija (establecida al momento de la renegociación sin estar sujeta a actualización alguna) anual a ser abonada en cada año restante de la concesión

iii) Del mismo modo, el concesionario se obligaba a realizar inversiones en el material rodante involucrado en las concesiones.

iv) Se preveían planes anuales de mantenimiento y conservación, los cuales variaban de acuerdo con la categorización de la Red.

v) El Canon de la Concesión fue fijado en el equivalente al 3% del monto de la facturación anual total correspondiente al ejercicio económico anterior. El monto determinado, descontado del 30% para el ANSES, es destinado al Fondo Fiduciario para el Fortalecimiento del Sistema Ferroviario Interurbano creado por la res. 655/2012 del ex Ministerio del Interior y Transporte.

vi) Se admitía la posibilidad de que terceros operadores pudieran realizar servicios de cargas en la Red Concesionada, cuando existiere imposibilidad de atención de la demanda por parte de los concesionarios, previa conformidad del concesionario, bajo el cumplimiento de los recaudos técnicos exigidos por el Concedente (65), y mediante el abono del peaje correspondiente.

Posteriormente, la ley 27.132, al complementar y profundizar el esquema de separación vertical contemplado por la ley 26.352, estableció las bases para la adaptación de los contratos de concesión de transporte ferroviario que se encontraban en curso de ejecución. En especial, la compatibilización de los contratos resulta indispensable y necesaria a partir de las previsiones del art. 2° inc. a) y g), y del art. 4° de la ley 27.132.

En este entendimiento, la norma citada en su art. 3° señala que el Poder Ejecutivo nacional deberá adoptar las medidas necesarias a los fines de reasumir la plena administración de la infraestructura ferroviaria en todo el territorio nacional y la gestión de los sistemas de control de circulación de trenes, pudiendo a tal fin resolver, desafectar bienes, rescatar, reconvenir o en su caso renegociar los contratos de concesión suscritos. Esta última variante —la renegociación— al momento de la sanción de la ley, estaba sujeta al procedimiento que por ese entonces establecía el dec. 311/2003 y su normativa complementaria.

Por conducto del dec. 367/2016, en lo que aquí interesa, se derogó el procedimiento de renegociación previsto en el dec. 311/2003, el cual implicó que la competencia para renegociar contratos sería asumida por las carteras ministeriales en las cuales se encontraba desarrollándose la concesión respectiva. Por tal motivo, se produjo la creación en la órbita del Ministerio de Transporte de la Comisión Especial de Renegociación de Contratos (CERC), por conducto de la res. 182/2016.

En sintonía con ello, el dec. 1027/18 delegó al Ministerio de Transporte la facultad prevista en el art. 3° de la ley 27.132, a efectos de llevar adelante la adecuación de los Contratos de Concesión vigentes. La norma expresamente contempló: “En el marco de dicha adecuación deberán analizarse, entre otros aspectos, la posibilidad de extensión de plazo contractual por un plazo no mayor a DIEZ [10] años, el régimen de inversiones, la previsión de reembolsos por mantenimiento de terceros en la red, las pautas para la realización de obras por terceros en la red, la asignación de material rodante durante el plazo de concesión y la administración por parte de la ADMINISTRACIÓN DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS SOCIEDAD DEL ESTADO de la zona de acceso a puertos”.

Esta atribución se complementa, a fin de dar aplicación a los principios sentados en la ley, con el contenido del art. 4° el cual establece que la plena implementación de la modalidad de acceso abierto en toda la red ferroviaria, tendrá lugar al día siguiente al vencimiento del plazo del último Contrato de Concesión, considerando el plazo de extensión que pueda ser otorgado, en el marco de la adecuación contractual a que se refiere el art. 2° del presente, previendo a su vez que el Ministerio de Transporte podrá dar inicio en forma anticipada a la modalidad de acceso abierto en los sistemas y subsistemas que se encuentren en condiciones, luego de efectuadas las inversiones previstas.

El juego de las normas involucradas (ley 27.132 y su decreto reglamentario 1027/2018) permitiría (o habría permitido) englobar en el concepto “adecuación de contratos” a las variantes que fueran resaladas del art. 3° de la ley. En este entendimiento, la utilización del término “adecuación” obedecía a la necesidad de adaptar los contratos vigentes a un cambio de derecho objetivo, por la aparición de una nueva regulación en el sistema jurídico ferroviario. A esta altura, no resulta ocioso recordar que los contratos de concesión de servicio público, como es el caso de que tienen por objeto el transporte ferroviario de cargas, son contratos de “larga duración”. Esta es una característica esencial y típica de cual-

(55) Cfr. art. 4° del Estatuto de BCyL SA.

(56) Cfr. art. 4°, párr. 2°, del Estatuto.

(57) Ampliar en FLORES, Álvaro B., “Reflexiones en torno a la infraestructura y propiedad ferroviaria”, *Revista “Temas de Derecho Administrativo”*, Erreius, septiembre 2020.

(58) Cfr. art. 13 del DNU 566/2013.

(59) Cfr. art. 2° inc. c).

(60) BO del 29/09/2003.

(61) FLORES, A. B., “Reflexiones en torno...”, cit.

(62) BO del 05/06/2013.

(63) CANOSA, Armando, “El nuevo desafío para los

servicios públicos de transporte ferroviario”, RAP 348-203.

(64) Las categorizaciones fueron las siguientes: a) Red Primaria de Cargas con Pasajeros Interurbanos; b) Red Primaria de Cargas; c) Red Secundaria de Cargas; d) Red sin Operación o a la Demanda.

(65) Las Actas de renegociación preveían que estas cuestiones serían reglamentadas por el Concedente en un plazo de 90 días desde su entrada en vigor. Nunca se cumplió dicha exigencia.

quier contrato de concesión de servicios públicos.

Del matiz señalado, se desprenden importantes aristas con consecuencias prácticas, sobre todo, con relación a las medidas que recomendaba seguir el ordenamiento jurídico ferroviario. En primer lugar, la extensión temporal del vínculo contractual —necesaria para dotar de eficiencia a los cometidos de la contratación— propicia a que, en el seno de su ejecución, la modificación de las circunstancias se propague en los términos originales del contrato. Esto hace que esta clase de contratos, por naturaleza, se encuentre destinado a experimentar cambios. Vale mencionar que este fundamento se inspira en el principio medieval del *rebus sic stantibus*, el cual implica que, ante un cambio de circunstancias los contratos sean susceptibles de ser modificados (66).

Del mismo modo, el principio de conservación del contrato también subyace a partir de la idea de la “larga duración del contrato”, la cual se acrecienta en materia de servicios públicos en virtud del principio de continuidad.

Por lo expuesto, estas circunstancias hacen que los contratos de este tipo lleven ínsita la renegociación o recomposición, y que, por añadidura, ciertos principios de la contratación pública se mitiguen o reinterpreten en función de la naturaleza del contrato de concesión de servicios públicos, principalmente, la regla de la igualdad. Ahora bien, sin perjuicio de lo expuesto, es menester señalar que en este tipo de contratos debe producirse un cambio extraordinario en las circunstancias sobre las cuales estaba fundado el contrato a fin de dar lugar a la posibilidad de introducir modificaciones (67).

En este entendimiento, la Auditoría General de la Nación (AGN) se sirvió de destacar que la legitimidad de los procesos de renegociación contractual se encuentra condicionada a que se haya invocado y se pueda demostrar la existencia de una causal objetiva para la revisión del contrato original (68). Por ende, si dicha causal se configura, como lo podría ser un cambio profundo en el ordenamiento jurídico, no cabría oponer óbice o impedimento alguno para disponer la adecuación de un contrato.

De acuerdo con ello, el principio de igualdad quedaría de alguna manera relativizado cuando se produce un cambio objetivo, atento a que, el mismo habría impactado de cualquiera manera a todos los interesados u oferentes. En este sentido, si bien el principio de igualdad ha tenido aplicación concreta en la ejecución contractual y en casos de concesiones de servicios públicos, dicho criterio fue de aplicación cuando el pedido de renegociación (y su invalidez) obedeció a una ligereza o temeridad del contratista (69).

En el contexto examinado, la irrupción de las leyes 26.352 y 27.132 han producido una alteración significativa al régimen jurídico del transporte ferroviario en la República Argentina, la cual no podría haber sido prevista por quienes se presentaron en las respectivas licitaciones (70). Por tales motivos, se encontraban configurados los

aspectos objetivos que posibilitan y propician la adecuación de los contratos de concesión, bajo los lineamientos contemplados en el marco normativo resultante de la ley 27.132, del dec. 1027/2018 y la res. 182/2016.

Sin embargo, la ley 27.132 y su reglamentación no arrojaron claridad en tórnos a los alcances que habría de tener la adecuación de los contratos, sobre todo, en función de la terminología elegida por el legislador. En este entendimiento, debe señalarse que el art. 3° establece cuatro [4] alternativas referidas a la forma en la cual concluyan o continúen los contratos de concesión que se hallan en curso de ejecución. Desde nuestra óptica, queda afuera de este agrupamiento la competencia para “desafectar bienes”, atento a que la misma detenta un carácter instrumental a las que comprenderían la resolución, el rescate, la reconversión o reconversión y la renegociación. No obstante, en los términos de la norma, la desafectación de bienes implicaría extraerlo del ámbito de la explotación de los servicios de transporte ferroviario.

Si bien la “administración” de los bienes ferroviarios recae en ADIF SE de acuerdo con la ley 26.352, esta incumbencia reconoce dos limitaciones. La primera de ellas, referida a la realización de actos de disposición (ej.: Venta de inmuebles, clausura definitiva de ramales) los cuales recaen en el Poder Ejecutivo Nacional (71), y la segunda, relativa a la desafectación de los bienes sujetos a la operación de los servicios, en forma directa o indirecta, la cual le corresponde al Ministerio de Transporte. Dicha atribución se compeadece y justifica con lo establecido en el art. 8° del dec. 1027/2018, el cual contempla lo siguiente: “Instrúyese al MINISTERIO DE TRANSPORTE, para que a través de la SECRETARÍA DE PLANIFICACIÓN DE TRANSPORTE, establezca la forma en que será realizada la reasunción paulatina y por etapas, de la infraestructura por parte del ESTADO NACIONAL, a fin de favorecer la competencia y el crecimiento de la carga transportada por ferrocarril y la participación del modo en la matriz nacional de cargas. A tal fin, deberá definir sistemas y subsistemas de los distintos sectores de la red, estableciendo prioridades de inversión y la metodología adecuada para llevarlas adelante”.

En este sentido, si bien como ya se dijera la “desafectación” como tal resulta instrumental a los modos que contempla el marco normativo para prever la continuidad de los servicios, la misma aparece como necesaria para plasmar los principios de la ley 27.132, y fundamentalmente, el esquema del “Acceso Abierto”. Por lo tanto, de adoptarse una solución que recepte alguna de las modalidades de readecuación contractual, la exigencia de la “reasunción paulatina” no puede ser soslayada, y, por ende, ensamblada con el marco establecido por el art. 3° del dec. 1027/2018.

Retomando los lineamientos del art. 3° de la ley 27.132, es dable advertir que, en el marco de las opciones contempladas para garantizar la continuidad de los servicios, las mismas pueden ser discriminadas en dos [2] grupos. Por un lado, las variantes que implican la extinción de los contratos y la reasunción por parte del Estado Nacional de los servicios públicos involucrados

(“resolver” y “rescatar”), y, por otra parte, aquellas que apuntan a dar continuidad a los contratos de concesión en curso, hasta la operatividad del régimen de “Acceso Abierto” (“reconvenir” y “renegociar”). Estas últimas son las que ingresan en la locución “adecuación de contratos” que menciona el art. 3° del dec. 1027/2018.

Habiendo sentado este aspecto, corresponde desentrañar el alcance de las acciones anteriormente citadas. Por “resolver”, podría entenderse como aquella que hace efectiva o posible la resolución del contrato, la cual se erige como un modo de extinción anticipada. Conteste a ello, a través de la autorización que realiza la ley 27.132, cabría la chance de extinguir anticipadamente de manera legítima los contratos de concesión, siendo aplicables las reglas que emanan de la responsabilidad del Estado por su accionar lícito. En los casos de “resolución”, si se sigue los lineamientos de la doctrina (72), esta variante no implicaría la reasunción directa de los servicios, sino que, por el contrario —y tomando en consideración a la figura del rescate— apuntaría reexaminar la naturaleza de los servicios (lo cual en este caso sería dificultoso atento a la naturaleza de servicio público que emana de la ley 2873) y a conferir nuevos títulos habilitantes para la prestación de los servicios. Asimismo, es menester destacar que el vocablo “resolver” en la óptica de los contratos de concesión ferroviaria fue comprensivo —según la doctrina— de las locuciones “caducar” y “rescindir”, aunque atribuyendo la culpa o negligencia al contratista (73).

El término “rescatar” alude a la acción que hace efectivo el rescate de los contratos de concesión. En esta inteligencia, este instituto ha sido definido como un acto administrativo ejecutorio mediante el cual se dispone la reorganización de un servicio público, por razones de interés público, extinguiendo o suspendiendo la ejecución de un contrato de concesión u otro acto o contrato administrativo que otorgue la explotación de un servicio público a título no precario, antes del vencimiento de su plazo, asumiendo la administración concedente la prestación de dicho servicio (74). Por lo tanto, en esta variante, el factor determinante es la reasunción de la prestación de los servicios por parte del Estado nacional.

A su vez, el rescate es una figura que se encuentra establecida en todos los contratos de concesión, y, por lo tanto, en caso de ser utilizada, se deberá estar a los lineamientos que allí se prevé. Al igual que en el supuesto de la resolución, el rescate disparará —en caso de utilizarse— la responsabilidad del Estado por su obrar lícito.

Como se manifestara anteriormente, la “adecuación” de los contratos de concesión podrá ser encausada a través de las acciones de “reconvenir” o “renegociar”. Ambas figuras, sin perjuicio de las diferencias o dificultades de encuadre, apuntan a propender a la conservación del contrato original, o en estos casos (ref. cargas), ya renegociados. La acción de “reconvenir”, a primera vista, aparece como ajena al ámbito del derecho de los contratos, tanto en el ámbito público como en el privado. En este sentido, la “reconversión”, como cauce para dar lugar a la opción de reconvenir,

es la demanda deducida —valga la redundancia— por quien fue oportunamente citado como demandado en un pleito, al momento de hacer valer sus derechos en el marco de un proceso. Del mismo modo, el Diccionario de la Real Academia Española (RAE) define al término como “dicho de un demandado: Ejercitar, cuando contesta, acción contra quien promovió juicio”. Cabe señalar que, cuando se discute judicialmente la vigencia o las cláusulas de un contrato, suele ser una herramienta utilizada por las partes para valer sus derechos.

Una búsqueda con relación a antecedentes normativos (nacionales y/o provinciales) nos conducen a señalar que la terminología tampoco ha sido utilizada. La única excepción puede hallarse en la ley 10.867 de la Provincia de Buenos Aires, la cual utiliza la locución “convenir la readecuación del contrato”, pudiendo asimilarse esta noción, al momento de describir los sumarios de la norma, a la de “autorizar a reconvenir contratos”. Del mismo modo, a los efectos de “readecuar contratos” se han utilizado diversos términos: Readecuación, conversión, reformulación y/o reestructuración (75).

Por su parte, en el proyecto de Ley de Concesiones, Licencias y Servicios Públicos del año 1998, bajo la figura de la “modificación”, se englobado a todas las modificaciones, adecuaciones, readecuaciones, renegociaciones y cualquier otro término y expresión, con el que se designen a los acuerdos de voluntad entre la Administración y el prestador de servicio público que tenga por sentido crear estipulaciones que modifiquen o reemplacen a las del título para la prestación sea en sí mismas, o en sus consecuencias jurídicas, o en sus circunstancias jurídicas relevantes, ya sea que estas modificaciones se llevan a cabo a iniciativa de la Administración o del prestación del servicio (76).

Asimismo, los antecedentes parlamentarios de la ley 27.132 tampoco permiten colegir el significado que cabría atribuirle al término “reconvenir”. Amén de la imprecisión y/o obscuridad del término, la interpretación que correspondería otorgarle estaría acorde a asimilarla a un mecanismo que permite dar lugar a la readecuación de los contratos que, en el caso de las concesiones ferroviarias, aparecería como necesario en razón de la irrupción de la ley 27.132. Siguiendo esta lógica, teniendo en consideración los aspectos que enseña se abordarán, podría sugerirse que el vocablo “reconvenir” querría diferenciarse de otros institutos, como por ejemplo el de la conversión, si se considerase que esta última exclusivamente podría tener aside-ro si el acto o contrato original deviniera nulo, siendo aplicable el art. 20 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (dec.-ley 19.549/1972).

La otra figura que expresamente consagra la Ley es la de la renegociación, la cual supone acordar o establecer nuevas exigencias en un contrato en curso de ejecución, a partir del acaecimiento de un hecho o situación que modificó la coyuntura inicial u originaria existente al momento de su celebración. Conforme lo ha señalado la doctrina de la Procuración del Tesoro, la renegociación queda asimilada a un acto transaccional (77), y la misma debe

(66) Es dable señalar que la jurisprudencia de la CS ha hecho aplicación de este principio para analizar y resolver contiendas que involucraron a contratos administrativos (cfr. Fallos 301:525; 313:376).

(67) Pérez Hualde, Alejandro, “Concesión de servicios públicos”, Astrea, Buenos Aires, 2017, p. 242.

(68) Auditoría General de la Nación, OP-AGN/002/01 del 14/05/2001.

(69) Cfr. CS, Fallos 330:1649, *in re* “Aguas Argentinas c.

ETOSS” (2007).

(70) Asimismo, cabe señalar que la aplicación del régimen creado (principalmente el estatuido por la ley 27.132) podría encuadrar en la figura del “hecho del príncipe”, generando de tal manera un potencial supuesto de responsabilidad estatal lícita.

(71) Cabe mencionar que el DNU 1382/2012 derogó el art. 14 inc. h) de la ley 26.352 el cual le confería facultades al ex Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y

Servicios para disponer de los bienes inmueble ferroviarios.

(72) AGUILAR VALDEZ, Oscar, “Caducidad, rescisión y rescate de concesiones en materia de infraestructura y servicios públicos”, en AA.VV. - CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Servicio Público y Policía*, Buenos Aires, El Derecho, 2006, p. 187; MARIENHOFF, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, t. III-B, p. 578, nota 875.

(73) CANOSA, Armando, “Régimen administrativo del

transporte terrestre”, Ábaco, Buenos Aires, 2003, p. 428.

(74) PRITZ, Osvaldo, “El Rescate”, en AA.VV., *Contratos Administrativos*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, p. 557.

(75) A título de ejemplo, pueden citarse a los decs. 1656/1987, 1638/1994 y 2043/1994, y la ley 25.573.

(76) Cfr. art. 54, Capítulo IX. Su texto se puede ver en RAP 246-133.

(77) PTN, Dictámenes 214:149.

obedecer a razones de interés público y al mejor cumplimiento de las disposiciones legales y sus fines específicos (78). Como lo ha señalado la doctrina (79), entre aquellos objetivos se encuentra la necesidad de compatibilizar la prestación de los servicios con las sobrevinientes exigencias normativas. Por otra parte, su procedencia no se encuentra atada a la configuración de un hecho imprevisible o extraordinario (80).

Según la intensidad de las modificaciones que puedan llegar a realizarse, es posible distinguir entre la “renegociación” y la “reconversión” de los contratos, que tienen como denominador común el mantenimiento de la vigencia de los contratos, o, mejor dicho, su conservación. En este entendimiento, la renegociación implica una novación actualizadora del contrato y la reconversión supone una novación transformadora de la vigencia contractual que afecta el elemento objeto del contrato (81). En esta senda, Dromi (82) destaca que este término implica la acción de convertir una cosa por otra, modificando sus elementos sustanciales, concluyendo que “Reconvertir” es producir un cambio estructural sobre una cosa, darle un giro profundo al negocio o asunto, señalando —a su vez— que “reconvertir” es transformar, cambiar las partes, el objeto, las prestaciones asumidas, etcétera.

En la inteligencia descripta, un repaso de los antecedentes normativos a nivel nacional al momento de utilizar la figura o el *nomen* de la reconversión, permite colegir que aquella ha sido instrumentada ante la configuración de una modificación sobreviniente del marco normativo. A modo de ejemplo es dable citar al dec. 823/1989 de “Reconversión Vial” (ante la aparición de la ley 23.696 y su normativa complementaria); los decs. 1212/1989 y 2411/1991, y las leyes 25.573 y 27.007 respecto de la reconversión de permisos de exploración y explotación ante cambios en la normativa de hidrocarburos.

Por consiguiente, tomando como base las apreciaciones formuladas y los supuestos citados anteriormente, el cambio generado por la ley 27.132 y su normativa complementaria, se erigiría como el sustento “objetivo” que permitía dar lugar a la renegociación o a la reconversión del contrato. Esta última se encontraría prevista como una variante de la renegociación, o inclusive, si se efectúa una interpretación “amplia” del término reconvenir, el cual —más allá de su imprecisión— apunta a prever un modo de adecuación del contrato.

En otro orden de ideas, cabe precisar que la posibilidad de prórroga se encuentra expresamente prevista en cada uno de los contratos de concesión (y sus respectivas renegociaciones), las cuales en la actualidad deberían haberse adaptado a los lineamientos que prevé el marco normativo vigente. Al respecto, vale destacar que decreto reglamentario 1027/2018, señala la dificultad de proceder en forma inmediata en el sector de cargas ferroviarias contemplando la posibilidad de otorgar prórrogas las concesiones integrales vigentes por plazo no mayor a diez años, pero sujeto a determinadas condiciones orientadas a la consecución gradual del objetivo de la ley 27.132.

VII. La actividad de la CERC. La finalización de los contratos de concesión de cargas. La res. 211/2021

Como fuera puntualizado *ut supra*, la CERC creada por la res. 182/2016 del Ministerio de Transporte era quien debía intervenir a los efectos de elevar las recomendaciones de rigor en torno al futuro de los contratos de concesión —en este caso de cargas—, teniendo en consideración el marco jurídico vigente (especialmente, la ley 27.132 y su decreto reglamentario). Así las cosas, por conducto del Dictamen de fecha 14 de marzo de 2021 registrado en el sistema de Gestión Documental Electrónica bajo el nro. IF-2021-55252049-APN-DN-RNTR#MTR (Informe de Firma Conjunta nro. IF-2021-31691455-APN-CERC#MTR), la CERC se expidió con relación a la posibilidad de extender los contratos de concesión vigentes.

Al respecto, en la intervención antes citada, se señaló que la posibilidad de extensión de los plazos de los Contratos de Concesión de Transporte Ferroviario de Cargas contraría la manda contenida en el art. 3° y los principios generales para el sistema ferroviario nacional enunciados en el art. 2°, ambos de la ley 27.132, considerando —a su vez— que no podrían alterarse los límites de una renegociación, los cuales implican no alterar el objeto del contrato original. Por lo tanto, parecería que la CERC no consideró viable la renegociación, por entender que el marco normativo sobreviniente a los contratos alteraba el objeto contractual. Amén de las cuestiones de oportunidad, mérito o conveniencia que rodean a las decisiones estatales —las cuales deben ser en cualquier supuesto legítimas (83)— parecería haberse ignorado o soslayado los verdaderos alcances que preveían —no obstante las imprecisiones destacadas— los instrumentos contemplados en el art. 3° de la ley 27.132. Por añadidura, conforme se ha señalado, la modificación sobreviniente y ulterior del marco ferroviario era el que daba el sustento para renegociar (o reconvertir) el contrato, atento a que, la figura de la concesión vendría extraña a los postulados que prevé la normativa vigente. Sin embargo, esta no fue la tesitura seguida por el órgano asesor.

Adunando a lo expuesto, la CERC destacó que “...las concesiones ferroviarias de cargas arrojan, al cabo de casi 30 años, un balance negativo en términos de estado de la infraestructura (velocidad y ramales perdidos), y que esa situación no puede ser corregida, ni siquiera atenuada, en el marco del esquema de concesionamiento integral y de fragmentación de la Red Ferroviaria Nacional en compartimentos estancos”, postulando asimismo que “...la experiencia recogida a través del desempeño de TRENES ARGENTINOS CARGAS S.A. (BCyL S.A.) indicaría que el desarrollo del sistema ferroviario en la Argentina y el incremento de su participación en la matriz modal dependen de una concepción y una administración integral de dicha red, y que el papel de los actores privados debe circunscribirse a la operación de las cargas que consigan, cuestión en la que su colaboración con el sistema resulta útil y saludable, en atención a su experticia en la gestión comercial...”

Las razones mencionadas fueron los ejes principales de la CERC para inclinarse por la negativa respecto de la prórroga de los contratos de concesión de cargas. No obstante la recomendación formulada, correspondía conjugar dos cuestiones que pueden aparecer como contradictorias, sin perjuicio de fluir expresamente de la normativa ferroviaria vigente. Por un lado, encontramos a las premisas que emanan de la calidad de servicio público que reviste el segmento de cargas, y por el otro, la inminencia del lanzamiento —al menos en términos estrictamente normativos— del esquema de Acceso Abierto.

En virtud de esta coyuntura, es donde comienza a perfilarse a través de los organismos técnicos (en este caso, la Subsecretaría de Transporte Ferroviario), tomando también la posición de la CERC, la opción de que BCyL SA asuma un rol protagónico en la transición del sector de cargas, cuanto menos, hasta que opera la finalización del último contrato de concesión.

En el contexto reseñado, se explica la aparición de la res. 211/2021 del Ministerio de Transporte (84), en virtud de la cual se comienza a perfilar la etapa postconcesional del sector ferroviario de cargas, como prolegómeno inexorable del Acceso Abierto consagrado por la normativa ferroviaria. Así las cosas, los puntos salientes de la resolución pueden resumirse de la siguiente manera:

a) Se decide denegar la prórroga contractual solicitada por los concesionarios (la cual era por el período de 10 años). En este sentido, la extinción del plazo de las concesiones se dará de la siguiente manera:

— Ferroexpreso Pampeano, en fecha 31 de octubre de 2021 (sin perjuicio de lo que se examinará en el punto b);

— Nuevo Central Argentino SA, en fecha 21 de diciembre de 2022;

— Ferrosur SA, en fecha 10 de marzo de 2023.

b) A los efectos de cumplir con las actividades conexas a la liquidación final del contrato y abrir paso a la transición hacia el Acceso Abierto, se optó por conferirle a título precario —con sustento en la “continuidad” del servicio público (85)— la operación de los servicios otrora concesionados a Ferroexpreso pampeano;

c) Se puso en cabeza de la Secretaría de Gestión de Transporte para que a través de la Subsecretaría de Transporte Ferroviario y con la colaboración de FASE, de la ADIF SE y la CNRT, realicen los actos necesarios para realizar la finalización de los contratos (técnicamente llamada “liquidación final del contrato”), sobre la base la normativa contractual vigente;

d) Se le asigna la operación de los servicios de cargas concesionados a BCyL SA, desde la extinción del plazo de cada una de las concesiones. Al respecto, se abre un interrogante sobre la vigencia de las “asignaciones” de servicios una vez vigente el Acceso Abierto, atento a que, el título habilitante estaría dado por la obtención (y eventual mantenimiento) de la condición de “operador”;

e) Se le asigna a ADIF SE la infraestructura y de la totalidad de los bienes concesionados, incluyendo la gestión de los sistemas de control de la circulación de trenes y el mantenimiento de la infraestructura ferroviaria, a partir del vencimiento de cada uno de los contratos de concesión;

f) Se admite expresamente la posibilidad de que ADIF SE y BCyL SA suscriban acuerdos en los cuales se prevea la construcción, rehabilitación, mejoramiento o de renovación de los sectores de la red sobre los que prestan servicios, como así también, la gestión de los sistemas de control de circulación de trenes y el mantenimiento de la infraestructura ferroviaria, de conformidad con lo previsto en los incs. b) y m) del art. 3° de la ley 26.352. Esta manda implicará, en el contexto de la transición hacia el Acceso Abierto, que ADIF SE podrá realizar a través del Operador de Cargas estatal (ergo, BCyL SA) funciones que serían inherentes del administrador de la infraestructura. Probablemente, la experiencia de BCyL SA en la gestión de la circulación —la cual fue asumida en la lógica de los contratos de concesión— podría justificar esta facultad, la cual, a todo evento, encuentra expreso basamento legal.

g) BCyL SA deberá invitar a los operadores incluidos en el art. 2° de la disposición 219/2021 de la CNRT y/o aquellos que se inscriban en un futuro en el Registro de Operadores de Carga y de Pasajeros creado por el dec. 1924/2015 a participar de la operación de los servicios que le han sido asignados, de acuerdo con los procesos que resulten de su normativa interna. Esta faceta es parte del proceso de transición antes referido, en el cual, teniendo en consideración que la prestación de los servicios no puede ser realizada en condiciones de exclusividad (86). Cabe preguntarse si BCyL SA podría, en el contexto reseñado, atribuir funciones inherentes al control de la operación y mantenimiento a los Operadores. Esta posibilidad de colige de las previsiones del último párrafo del art. 12 de la resolución (87). Para ello, habría que estarse a las previsiones de los Acuerdos que fueran descriptos en el punto anterior, tomando como parámetro que, en el marco de la solución establecida por la resolución —en consonancia principalmente con el dec. 1027/2018— no se ha producido una liberalización parcial de la traza al Acceso Abierto (88).

h) Ferrocarriles Argentinos Sociedad del Estado (FASE) tendrá la función de llevar adelante articulación, coordinación y monitoreo de los Acuerdos a celebrarse entre ADIF S.E. y BCyL S.A. Vale aclarar que la intervención de FASE no implicará que los Acuerdos se celebren *ad referendum* y, por añadidura, sujetos a la ulterior aprobación de esta última. Un temperamento distinto atentaría con la autonomía e individualidad que detentan las empresas públicas ferroviarias para el cumplimiento de sus cometidos.

i) BCyL S.A. estará encargada de asegurar la continuidad laboral de los empleados de las empresas concesionarias. Esto implica —en otras palabras— la incorporación de una nueva masa de trabajadores a las empresas públicas ferroviarias.

(78) PTN, Dictamen nro. 25 del 28/01/1993.

(79) DRUETTA, Ricardo, “Renegociación del Contrato Administrativo”, en AA.VV., *Jornadas Nacionales sobre Contratos Administrativos*, Universidad Austral, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, t. I, ps. 359 y ss.

(80) DRUETTA, R., “Renegociación...”, cit., ps. 359 y ss.

(81) DROMI, R., “Renegociación...”, cit., p. 120.

(82) DROMI, R., “Renegociación...”, cit., p. 125.

(83) La legitimidad se encuentra constituida por la legalidad y la razonabilidad (cfr. CS, Fallos 315:1361; 320:2509; 331:735; 335:1523; 343:990).

(84) BO del 28/06/2021.

(85) En torno a este tema, ver FLORES, Álvaro B., “La ultraactividad de la prestación del servicio público”, *Revista “Temas de Derecho Administrativo”*, Erreius, junio 2020, ps. 485 y ss. (IUSDC3287481A). BO

del 19/06/2019.

(86) En el marco de la res. 211/2021, se destaca que tanto la CERC como la Subsecretaría de Transporte Ferroviario señalaron que la operación asignada a BCyL SA no se realiza en condiciones de exclusividad, básicamente, porque tal modalidad resultaría extraña al esquema de *open access*.

(87) Allí se contempla, con relación a los deberes de BCyL SA respecto de los empleados de las empresas

concesionarias, que “...igual tratamiento se aplicará al resto de los trabajadores que a la fecha de la presente medida presten servicio en las referidas concesiones, ante el eventual caso que no se celebren acuerdos de operación con operadores en los servicios ferroviarios de las respectivas concesiones, una vez operado el vencimiento del plazo de concesión de cada una de ellas”.

(88) Como se verá en breve, esta previsión emana expresamente del art. 4° párr. 2° del dec. 1027/2018.

j) Se abre el período para la realización de los inventarios de los bienes concesionados, el cual —en los términos de la resolución— deberá realizarse en forma previa a la finalización de cada uno de los contratos, salvo respecto del contrato de Ferropreso Pampeano, en el cual se contemplará el período que se le confiere en “precario” para la operación del servicio.

k) Se prevé que ADIF SE (con la colaboración de BCyL SA) elevará la propuesta de canon a abonar por los operadores ferroviarios de cargas y de pasajeros, cargadores o terceros, como retribución por derecho de paso —uso de vía o reserva de capacidad (89)—, junto con la definición de su metodología de cálculo y actualización, el cual será aprobado por el Ministerio de Transporte. Corresponde recordar que esta es una competencia privativa de la cartera ministerial, en los términos de la Ley de Ministerios (texto según DNU 7/2020) (90). También se prevé que el canon deberá ser comunicado a FASE, y que, asimismo, deberá garantizarse la transparencia y publicidad respecto del canon. Sobre el particular, es menester reglamentar este punto, el cual será uno de los puntales de la nueva etapa en la prestación de los servicios.

A tales efectos, no puede soslayarse lo previsto en el art. 2º inc. b) del Anexo del dec. 1027/2018 el cual fija como pauta rectora para la determinación del canon la “competitividad del ferrocarril”, en aras de preservar su competitividad intermodal.

l) Se faculta a BCyL SA para que, en el marco de los acuerdos de operación a celebrar con los Operadores, fije las contraprestaciones y modalidades de estas, atendiendo a un criterio comercial y que a su vez impulse el desarrollo del sistema de cargas ferroviarias, a pagar por los operadores por el uso y mantenimiento del material rodante, de las instalaciones fijas, así como cualquier otro servicio o prestación adicional que así lo requieran. Desde luego, este aspecto deberá ser contemplado en el Acuerdo a celebrarse con ADIF SE, por tratarse de competencias o facultades privativas —en principio— de esta última.

m) La Secretaría de Planificación de Transporte y la Secretaría de Gestión de Transporte (con la colaboración de FASE, ADIF SE y la CNRT) estará encargada de elaborar un informe tendiente a establecer los actos administrativos necesarios para la plena implementación de la modalidad de acceso abierto a la Red Ferroviaria Nacional, en los términos de la ley 27.132 y el dec. 1027/2018. En este contexto, la transición hacia el esquema del Open Access podrá ser aclarada o perfilada a través de la delegación practicada en la resolución. Aquí deberá tenerse en consideración los Acuerdos a celebrarse entre ADIF SE y BCyL SA, y entre esta última y los operadores.

n) La Secretaría de Planificación de Transporte, la Secretaría de Gestión de Transporte, y ADIF SE, con la participación de Belgrano Cargas y Logística SA, definirán un plan de inversiones prioritarias a ejecutar en la infraestructura ferroviaria para la implementación del modelo de acceso abierto en adecuadas condiciones. Con relación a este punto, no es posible soslayar que es el propio dec. 1027/2018 el cual supedita el funcionamiento o implementación del Open Access a las condiciones adecuadas de la infraestructura (cfr. art. 4º, párr. 2º).

VIII. El acceso abierto en el segmento de cargas. El Registro de Operadores

El esquema de separación vertical —al menos desde lo teórico— introduce una nueva lógica en la operación de los servicios, en el caso que nos atañe, en el segmento de cargas. Así las cosas, la ley 27.132 ha terminado de reforzar el paradigma, consagrando entre los principios que regirán a la polifónica ferroviaria nacional a la participación pública y privada en la prestación y operación de los servicios de transporte público ferroviario [cfr. art. 2º inc. b)], y a la promoción de condiciones de libre accesibilidad a la red nacional ferroviaria de cargas y de pasajeros, basada en los principios de objetividad, transparencia y no discriminación [cfr. art. 2º inc. h)].

Así las cosas, el espíritu de la que se convertiría en la ley 27.132, tomando como espejo la experiencia europea, expresamente aludió a la posibilidad de facilitar el libre acceso a la infraestructura ferroviaria, a partir de la creación del “Acceso Abierto”. En este entendimiento, el art. 4º de la Ley mencionada expresamente consagra “...la modalidad de acceso abierto a la red ferroviaria nacional para la operación de los servicios de transporte de cargas y de pasajeros”. Como se explicase en otra oportunidad (91), cualquier operador inscripto bajo las condiciones y términos de la Autoridad de Aplicación podrá utilizar la infraestructura ferroviaria, y, por ende, operar los servicios correspondientes, de acuerdo con las previsiones establecidas por quien detente el control de la circulación. Por tanto, implica una suerte de liberalización del sistema, promoviendo la concurrencia y competencia de potenciales interesados.

La norma en cuestión le asigna una preponderancia especial al segmento de cargas (92), al definir los alcances que habrá de tener este novel esquema en el sector. De tal manera, el párrafo segundo del art. 4º de la ley 27.132 estipula: “La modalidad de acceso abierto para la operación de los servicios ferroviarios de cargas permitirá que cualquier operador pueda transportar la carga con origen y destino en cualquier punto de la red, independientemente de quien detente la titularidad o tenencia de las instalaciones del punto de carga o destino” (93).

Siguiendo los parámetros que perfila la Ley, es preciso intentar desentrañar cuales habrán de ser los alcances y las posibilidades de este esquema operativo. Así las cosas, la utilización de la vía e infraestructura ferroviaria —en las condiciones previstas por la reglamentación— comprende el transporte de punto a punto en el marco de la Red Ferroviaria Nacional.

Esta cuestión, que pareciera resultar obvia, implica prestar atención en ciertos aspectos. Como premisa inicial, en los términos de la normativa, no resultará necesario que quien funja como Operador sea el titular del lugar de origen o destino de la carga, como podría ser playas ferroviarias (las cuales administra —en principio— ADIF SE), centro de logística o Puerto. Con relación a este punto, es dable recordar que la competencia y jurisdicción de la CNRT y de ADIF SE no se extiende hacia las instalaciones ferropuertuarias, ya que las mismas quedan excluidas de la Red Ferroviaria Nacional. Por añadidura, los titulares portuarios tendrán a su cargo la construcción, operación y mantenimiento de las vías férreas.

ra y control de circulación (art. 8º del Anexo del dec. 1027/2018).

(90) Cfr. art. 21 inc. 7º.

(91) Ampliar en FLORES, Á. B., “La operación...”, cit.

(92) En el trámite parlamentario se extendió el ac-

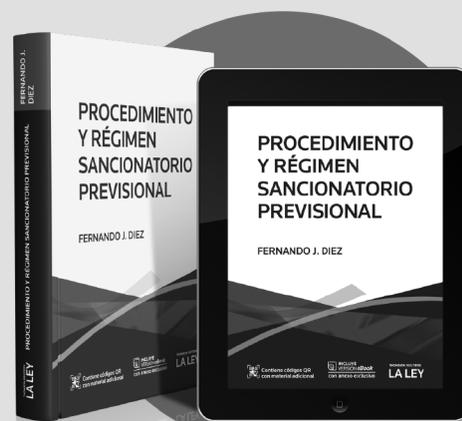
THOMSON REUTERS
LA LEY™

Información confiable
que avala sus argumentos.

Procedimiento y Régimen Sancionatorio Previsional

Fernando J. Diez

2021



Esta obra contiene códigos QR con material adicional.



1 Tomo

Disponible en papel y eBook con un anexo exclusivo en esta versión.

La obra está dirigida a aquellos profesionales (contadores, abogados, licenciados) que asesoren tributaria y laboralmente a los contribuyentes, también a los alumnos de grado de las Facultades de Ciencias Económicas y Derecho y a los alumnos de posgrado en las carreras de especialización en materia tributaria y laboral.

En materia previsional no hay una sola norma que regule la relación jurídica entre la AFIP y el contribuyente y/o responsable. En ello radica la importancia de la obra, que le permitirá al lector tener, en un solo texto, todas las normas que se aplican en la materia.

Adquirir la obra llamando al
0810-266-4444 o ingresando en
www.tienda.thomsonreuters.com.ar

THOMSON REUTERS®



Seguí nuestra página de LinkedIn con contenido específico para contadores.

ThomsonReutersLaLey
@TRLaLey
ThomsonReutersLatam
ThomsonReutersLatam

Este es un punto de singular importancia, puesto a que es imposible pensar el desarrollo del transporte ferroviario de cargas sin que los puntos de origen y destino se encuentren en condiciones óptimas para soportar las exigencias logísticas inherentes a este medio de transporte. Los mecanismos de colaboración público-privada pueden erigirse como herramientas sumamente potables para afrontar estos importantes emprendimientos, que suponen cuantiosas inversiones.

Las apreciaciones formuladas permiten sencillamente explicar que el puntal sobre el cual se asienta el esquema del acceso abierto es en la infraestructura ferroviaria, sobre la cual —valga la redundancia— resultará posible —cuanto menos en términos estrictamente jurídicos— avanzar hacia su implementación. En este sentido, el art. 3º de la ley 27.132 estipula la reasunción de la plena administración de la infraestructura ferroviaria en todo el territorio nacional y la gestión de los sistemas de

control de circulación de trenes, el cual supone el primer paso para ir hacia el “Open Access”.

En este contexto, el dec. 1027/2018 dispone que la plena implementación de la modalidad de acceso abierto en toda la red ferroviaria tendrá lugar al día siguiente al vencimiento del plazo del último Contrato de Concesión, considerando el plazo de extensión que pueda ser otorgado, en el marco de la adecuación contractual. Para definir el hito que daría comienzo al Acceso Abierto hay que remitirse al art. 3º de la ley 27.132, el cual no alude exclusivamente a los contratos de concesión de transporte ferroviario de pasajeros y de cargas, sino también a aquellos que fueron suscriptos con las provincias. Por tal motivo, ante el vencimiento de los acuerdos otrora celebrados, se configurará la reversión de la totalidad de la infraestructura ferroviaria al Estado Nacional (más precisamente a ADIF SE), lo cual permitiría comenzar formalmente la etapa del “acceso abierto”.

El mero hecho de la reasunción de la plena administración de la infraestructura, amén de erigirse como el requisito que se estipula en el plexo normativo, no resulta suficiente para pensar en una modalidad de acceso abierto realmente eficiente. Por tal

(89) La reglamentación estipula que el canon también deberá comprender los costos de mantenimiento y reposición de la infraestructura [art. 2º inc. b) del Anexo del dec. 1027/2018] y en líneas generales, el financiamiento de la infraestructura

motivo, la reglamentación de la ley 27.132 supedita en cierta forma su implementación a la realización de inversiones en la infraestructura ferroviaria, atento a que, si la misma no se encuentra en condiciones adecuadas, difícilmente pueda promoverse la concurrencia y competencia en el sector. Bajo esta impronta, se explica la inserción que se encuentra en el párrafo segundo del art. 4° del dec. 1027/2018 en donde se establece que el Ministerio de Transporte podrá dar inicio en forma anticipada a la modalidad de acceso abierto en los sistemas y subsistemas que se encuentren en condiciones, luego de efectuadas las inversiones previstas. No es vano señalar que, si se toma como parámetro el régimen español, el punto de partida para proceder a la asignación de las ventanas de paso (que permiten el uso de la infraestructura) se encuentra configurado con la “Declaración de la Red”, la cual permite a los interesados conocer el estado en el que se halla la infraestructura.

En el esquema de transición aprobado por la res. 211/2021, se advierte la trascendencia del plan de inversiones a ser delineado entre las Áreas del Ministerio y ADIF SE, el cual podrá permitir —de corresponder— anticipar la implementación del acceso abierto. Siguiendo la lógica que venimos describiendo, la adecuación de la infraestructura [la cual posibilitará cumplir con el transporte de cargas en condiciones de eficiencia y seguridad (94)] es la que haría factible realizar la apertura en el o los subsistemas de la Red Ferroviaria (ej.: Alguno de las áreas que fueron anteriormente concesionadas) para su utilización por los operadores registrados.

El ordenamiento ferroviario consagra expresamente los principios a los cuales estará atado la modalidad de acceso a abierto (cfr. art. 3° del Anexo del dec. 1027/2018), los cuales guardan estrecha relación con las directrices contempladas en el art. 2° de la ley 27.132. Los principios enunciados son los siguientes:

a) Equidad en el acceso a la red y la máxima utilización de la capacidad disponible, impidiendo arbitrariedades que afecten la competencia con relación a la extensión, días y horarios en los que se asignen las ventanas de paso;

b) Competitividad del ferrocarril, en la fijación del canon por uso de infraestructura, así como también en la definición de su metodología de cálculo y actualización, considerando los costos de mantenimiento y reposición de la infraestructura, pero preservando su competitividad intermodal;

c) Igualdad en las condiciones de acceso a los servicios complementarios y talleres, cuya titularidad corresponda al Estado Nacional, entendiéndose a los talleres como toda instalación industrial dedicada a fabricaciones y reparaciones, tales como taller de material rodante, taller de vía y obras, taller de señalamiento, etc.;

d) Equidad en la asignación de uso en las terminales de carga y descarga, y de los centros de acopio que sean propiedad del Estado Nacional;

e) Transparencia y equidad en la asignación de material rodante propiedad del Estado Nacional, mediante la utilización de mecanismos de acceso;

f) Unicidad del sistema de operación de la Red Ferroviaria Nacional.

La dinámica propia del acceso abierto, que contará con la intervención de varios de los actos del Sector Ferroviario Nacional. Por su condición de administrador de la infraestructura, será ADIF SE la que tendrá un rol protagónico en esta modalidad, tal como acontece en el derecho comparado. En la inteligencia descripta, ADIF SE tendrá a su cargo el control de la circulación, la cual comprende la asignación de ventanas de paso, el otorgamiento de la autorización de uso de vía, y la gestión del sistema de comunicaciones (cfr. art. 3° del Anexo del decreto reglamentario 1027/2018). La “ventana de paso” representa el itinerario de circulación reservado para un tipo de servicio en particular, previsto en función de la capacidad de la infraestructura ferroviaria, estimada como el número de franjas horarias que pueden disponerse en un tramo, durante un período determinado de tiempo y en función de la tipología del tráfico (95).

La asignación de las ventanas de paso deberá realizarse asegurando el debido cumplimiento de los principios anteriormente señalados. Para ello, ADIF SE deberá articular en el ámbito de su normativa interna procedimientos que se adapten a aquellas exigencias, los cuales podrían emparentarse con un tradicional procedimiento de selección de contratación pública. Probablemente, lo conveniente sería —por la trascendencia que tiene esta cuestión— crear un proceso específico, por fuera del mecanismo normal de compras y contrataciones de la empresa.

La administración de la infraestructura por parte de ADIF SE va a comprender la posibilidad de otorgar a los interesados (Operadores) los inmuebles que permitan realizar los servicios complementarios, y los “talleres” (96). Aquí es factible explorar la puesta en práctica de las competencias que detenta ADIF SE en los incs. b) y m) del art. 3° de la ley 26.352, a los efectos de considerar acuerdos de operación y mantenimiento respecto de estos bienes (que implicaría desde luego una especie de concesión de uso de estos), los cuales son indispensables para la operación de los servicios. Esta podría ser una oportunidad latente, teniendo en consideración el estado de la infraestructura y la necesidad de inversiones. A todo evento, cabe aclarar que cualquier tipo de acuerdo que se celebre, no debería contemplar exclusividad alguna, permitiendo desplegar las actividades inherentes a la operación (Ej.: estiba) a los restantes operadores (97). Una postura divergente, implicaría contravenir los principios que rigen al sector.

El acceso abierto “argentino”, a diferencia de lo que acontece en otros regímenes, establece la posibilidad de que ADIF SE asigne el material rodante a los operadores a los efectos de la prestación de los servicios (cfr. art. 4° del Anexo del dec. 1027/2018). Entendemos que esta posibilidad podría materializarse en forma concomitante con la asignación de las ventanas de paso, o en procedimientos separados, cumpliendo en cualquier supuesto las exigencias que emanan de los principios aplicables a la modalidad de acceso abierto. Esta variante puede ser sumamente interesante, atento a que, podría alentar la presencia de nuevos operadores, puesto a que no sería requisito para la prestación de los servicios contar con material rodante propio, lo cual representa una cuantiosa inversión inicial.

El factor restante para considerar en el funcionamiento del Acceso Abierto es el otorgamiento de la calidad o condición de “operador”, la cual es la que permitirá acceder a la asignación de las ventanas de paso, de la infraestructura complementaria, y eventualmente, del material rodante. De acuerdo con ello, el art. 4° *in fine* de la ley 27.132 puso en cabeza del PEN la creación de un Registro de Operadores de Carga y de Pasajeros, el cual fue oportunamente creado por conducto del dec. 1924/2015. Este Registro, sin perjuicio de estar inactivo (por carecer de reglamentación) estuvo originariamente en la órbita de la ex Secretaría de Transporte, hasta la modificación realizada por el dec. 1027/2018, en la cual pasó a funcionar en la esfera de la CNRT, lo cual —desde nuestra óptica— no aparece como una solución atinada.

La función principal del Registro es la de conferir el “título habilitante” para la prestación u operación de los servicios, en este caso, de cargas. Por tal circunstancia, entendemos que lo correcto hubiese sido que el Registro funcionare en la órbita de la Administración centralizada del Ministerio, ya que —en última instancia— es aquel quien detenta la competencia para otorgar los títulos habilitantes (como se confieren en el transporte terrestre, mediante permisos o concesiones). Sin embargo, se optó por conferir esta atribución a la CNRT, el cual es un organismo que tiene funciones primarias de control sobre el sistema de transporte, no solamente ferroviario. En este escenario, la CNRT, además de conferir la calidad de “operador” —con la inscripción en el Registro—, resolverá los conflictos que se susciten en el marco del Reglamento de Acceso Abierto (Anexo del dec. 1027/2018).

En este contexto, tiene aparición la disposición 219/2021 de la CNRT (98) por el cual se crea el Reglamento para el Registro Nacional de Operadores Ferroviarios (en adelante, RRNOF), por el cual se definen las condiciones necesarias para el otorgamiento de la condición de “Operador Ferroviario”, el cual es definido como toda persona humana o jurídica que adquiera la calidad de tal por aplicación del presente reglamento para la prestación de servicios ferroviarios de transporte de pasajeros o cargas sobre vías de la Red Ferroviaria Nacional (art. 1° del RRNOF).

En el segmento de cargas, el RRNOF distingue las siguientes clases de servicios (99):

a) Generales: Definida como aquella que se presenta en estado sólido, líquido o gaseoso, y que, estando embalada o sin embalar, puede ser tratada como unidad. La carga general se transporta en embalajes cuya forma, peso y dimensiones, se ajustan a las características propias de esta. Los productos que ingresan en dicha categoría, para encuadrar en la misma, no deberán representar un riesgo para la salud, no atentar contra la seguridad de quienes la manejan y del medio ambiente. La carga general, según la normativa, se puede subclasificar en:

— Carga General Fraccionada, la cual consiste en bienes sueltos o Individuales;

— Carga General Unitarizada, la cual está compuesta de artículos individuales agrupados en unidades como pallets o contenedores.

b) Peligrosas, siendo aquellas las que transportan material considerado como tal de conformidad a las normas nacionales (ej.: ley 24.051) e internacionales vigentes.

c) Internacionales, las cuales transportan cargas generales y/o peligrosas y comunican un punto del territorio nacional de la República Argentina con el extranjero.

Los requisitos para cumplir por los Operadores (art. 4°) en el sector cargas, serán los siguientes:

1) Estar inscriptas en la matrícula de comerciante (en el caso de personas humanas) o estar inscriptas en la Inspección General de Justicia o Registro Público de Comercio que corresponda (en el caso de sociedades);

2) Las sociedades de personas, capital o cooperativas, deberán incluir en el contrato constitutivo o en el estatuto societario como objeto social principal la explotación del servicio de transporte ferroviario. La misma mención deberá realizarse en los contratos de asociación. Sobre este punto, restaría intentar colegir el alcance de esta previsión, ya que los contratos asociativos (cfr. arts. 1442 y ss. del Cód. Civ. y Com.), entre los cuales podemos mencionar a la Unión Transitoria de Empresas y a los Consorcios de Cooperación, no son sujetos de derecho (cfr. art. 1442 párr. 2°). Por ende, parecería ser que el RRNOF admitiría la posibilidad de operar servicios a través de estas figuras, algo que no estaría exento de dificultades;

3) Se admite la posibilidad de inscribirse a las Sociedades Extranjeras, las cuales deberán cumplimentar las previsiones de la Ley General de Sociedades y el Código Civil y Comercial. Con relación a este punto, se abren algunas inquietudes; en primer lugar, el RRNOF abre la posibilidad de que los recaudos para estas sociedades sean posteriormente reglamentados (art. 5°), y por el otro, no hay que perder de vista la noción o los alcances del concepto de “acto aislado” (100). Con relación a esto último, el carácter de “extranjera” de la Sociedad podría ser en el momento de inscribirse únicamente, debido a que, la prestación regular del servicio implicaría una actividad habitual, que conllevaría a la radicación de la empresa en el país, con las consecuencias que ello genera.

4) Constituir domicilio especial en el ámbito de CABA y denunciar su domicilio legal y domicilio electrónico;

5) Presentar una memoria con el detalle de la capacidad técnica y humana con que se pretende prestar el servicio ferroviario para el que se inscribe. En este caso, la norma prescribe que este punto comprende lo siguiente:

a) Contar con un mínimo de tres [3] años de experiencia comprobable, y ejercida en forma continua dentro de los últimos cinco [5] años, en la operación de los servicios ferroviarios que se quieren explotar;

b) Para el caso de aquellos operadores ferroviarios que no cuenten con la experiencia referida en el inciso anterior, podrán ser inscriptos en forma provisional a partir de la acreditación de un convenio de asesoramiento acorde al tipo de servicio requerido con un operador reconocido en este

(94) De nada serviría que el transporte ferroviario de cargas tenga una duración excesiva y fuere poco seguro (ej.: descarrilamientos), en función de que jamás resultaría competitivo con relación a los restantes medios de transporte (v.gr., camión).

(95) Conf. art. 3° *in fine* del Anexo del dec. 1027/2018.

(96) Definidos como toda instalación industrial dedicada a fabricaciones y reparaciones, tales como taller de material rodante, taller de vía y obras, taller de

señalamiento

(97) En el caso de España, por regla es ADIF quien brinda los servicios en la infraestructura complementaria.

(98) BO del 05/04/2021.

(99) Cfr. art. 3°.

(100) Ver DRUCAROF AGUIAR, Alejandro, “El acto aislado: supuesto excepcional de interpretación restringida”, LA LEY, 2009-C-308.

registro o con un operador internacional de reconocida trayectoria con destacada experiencia técnica, celebrado para el período de tres [3] años durante los cuales se preste efectiva prestación. En estos casos, la inscripción será “provisoria” por el lapso de tres [3] años, adquiriendo el carácter de definitiva al transcurrir el plazo mencionado.

c) Las empresas que se inscriban para la prestación de servicios internacionales deberán cumplir con los requerimientos que los Convenios de carácter internacional que rijan en la materia, los cuales tendrán preeminencia sobre el presente reglamento. En estos supuestos, las empresas deberán acreditar el permiso del país de origen o destino y también de tránsito cuando resulte necesario, y deberán dar cumplimiento a las normas nacionales e internacionales aplicables y a las normas específicas de cada Estado sobre transporte de cargas peligrosas y someterse a los controles sanitarios y migratorios de los Estados.

6) Registro de firmas autorizadas ante el registro;

7) Denunciar un Representante Legal;

8) Contar con una estructura económica y financiera adecuada según categoría, la cual variará en función de la cantidad de toneladas/kilómetros anuales de carga que se obligue a transportar (101);

9) Contar con un Representante Técnico/operativo;

10) Contar con un Representante de Material Rodante;

11) Contar con un Representante de Atención al Cliente, y

12) Presentar una Proforma de seguro.

Corresponde señalar que la normativa del RRNOF estipula que ADIF SE y/o el Ministerio de Transporte, en el marco de sus competencias, podrán exigir los requisitos adicionales que consideren pertinentes a los Operadores (cfr. art. 12 *in fine* del RRNOF). No se termina de comprender si estas requisitorias tendrán impacto en la calidad o condición de Operador. Entendemos que, al menos respecto de las eventuales solicitudes de ADIF SE, las mismas no podrán impactar en el otorgamiento de la condición de Operador conferida por el RRNOF. Distinto sería si el Ministerio añadiera nuevos requisitos (los cuales serían

obligatorios para los operadores), aunque de darse tal supuesto, se generaría una situación anómala, puesto a que no estaría concentrada la totalidad de los recaudos en una sola entidad (ref. RRNOF), pudiendo atentar con la economicidad y celeridad de los trámites.

La reglamentación examinada establece que los Operadores Ferroviarios que al inicio de la vigencia del presente Reglamento se encuentren operando servicios ferroviarios en forma reconocida por el Estado Nacional, adquirirán el carácter de operador ferroviario y serán inscriptos en el registro en la categoría que su actividad habitual así lo establezca. Así las cosas, según el Anexo 2 de la disposición 219/2021, Ferropaseo Pampeano SAC, Nuevo Central Argentino SA, Ferrosur SA, BCyL SA, y Tren Patagónico (Prov. de Río Negro) cuentan con la habilitación para la prestación del transporte ferroviario de cargas.

Para lo venidero, una vez cumplidos los requisitos mencionados *ut supra*, el otorgamiento de la condición de “Operador” se confiere mediante acto fundado, de acuerdo con lo establecido en el art. 7º del RRNOF. Llamativamente, no se determina el plazo en el cual, la CNRT, habrá de dictar el acto correspondiente. No obstante, las solicitudes de inscripción se realizan “a demanda”, sin estipular una ventana o período prefijado para realizar las respectivas inscripciones. Desde luego, esta impronta se compadece con la lógica que debe detentar el esquema de Acceso Abierto, en el afán de lograr la mayor participación de operadores posibles. En otro orden de ideas, la CNRT podrá recabar del solicitante, los documentos o la información que resulten necesarios para completar y/o respaldar la aportada con la solicitud.

Conforme lo hemos señalado, la condición de “operador” representa exclusivamente el “título habilitante” para poder —eventualmente— realizar la prestación de los servicios. Por ello, la reglamentación se sirve de aclarar que la inscripción no habilitará la corrida de trenes ni el acceso a la infraestructura ferroviaria, la que quedará supeditada a la autorización pertinente de la ADIF SE o de quien resulte responsable de la infraestructura donde se pretenda prestar el servicio.

La calidad de “operador” es *intuitu personae*, y por tal motivo, no podrán prestar un servicio de transporte ferroviario dis-

tinto del que estén inscriptos (sin perjuicio de que soliciten, en cada caso, su ampliación o la modificación de su contenido), ni tampoco podrán transferirlo o delegarlo a un tercero (102). Cuando el operador ferroviario sufra cualquier modificación de su régimen jurídico, en particular en el caso de transformación, fusión o escisión de una rama de actividad, o cuando sean objeto de adquisición una parte significativa de los títulos representativos de su capital por nuevos accionistas, deberá comunicarlo en el plazo máximo de treinta [30] días hábiles desde la transmisión de los títulos o de la adopción de los correspondientes acuerdos por los órganos de la sociedad a la CNRT (103).

La condición de “operador” es de duración indefinida o indeterminada (104), ya que la misma se encuentra atada al mantenimiento de las condiciones que permitieron su inscripción, al pago de los aranceles que impone la CNRT, del cumplimiento de la normativa vigente (105), y a todo evento, de los requisitos que pueda imponer el Ministerio de Transporte (106).

Los operadores podrán modificar los términos de la inscripción oportunamente realizada (107). En estos casos, la modificación de la inscripción inicial, cuando implique la asunción de nuevas clases de servicios ferroviarios, será de carácter provisorio por el término de un [1] año por iguales períodos renovables hasta un plazo de tres [3] años en el cual se volverá definitiva. Asimismo, el operador podrá realizar en cualquier momento la cancelación voluntaria de su inscripción (108).

La CNRT monitoreará el cumplimiento y la vigencia de los requisitos que permitieron al operador asumir tal condición, previéndose un esquema de faltas ante las potenciales transgresiones al régimen. A tales efectos, se considerarán como faltas las siguientes conductas: (109) a) La obtención de la inscripción y el consecuente acceso a la capacidad de infraestructura mediante declaraciones falsas o por cualquier otro procedimiento irregular. b) La negativa a facilitar la información que requiera la CNRT. c) La reiterada negativa u obstrucción a inspecciones y/o auditorías de la CNRT que impida el ejercicio de las funciones atribuidas a la misma. d) La realización de una explotación ferroviaria distinta a la que hubiera sido autorizada según la categoría registral, salvo autorización específica. e) La cesión, transferencia o traspaso de los derechos y obli-

gaciones que le otorga la inscripción en el presente registro. f) El incumplimiento de las disposiciones dictadas por la CNRT relacionadas a la inscripción en el registro. g) Dilatar injustificadamente las diligencias relativas a la revisión anual del registro. h) La operación del servicio sin haber cumplimentado satisfactoriamente con la correspondiente revisión anual.

La normativa estipula al modo en el cual se determinará y calificará la conducta del Operador, a los efectos de establecer la gravedad de la falta en la que eventualmente pueda incurrir (cfr. arts. 20, 21, 22, 23 y 24 del RRNOF). Cabe también señalar que la detección de faltas, los informes y las denuncias que pueda recibir el Operador, se irán cuantificando en el Cuadro Anual de Desempeño (110), el cual será puesto en conocimiento a la ADIF SE o de quien resulte responsable de la infraestructura. El novedoso mecanismo estatuido en la reglamentación, el cual se caracteriza por la aplicación cuasi automática de las faltas, carece de un procedimiento sumarial tradicional, lo cual podría llegar a decantar en posibles vicisitudes para el ejercicio del derecho constitucional y convencional de defensa.

IX. Epílogo

A lo largo de los acápites anteriores, hemos intentado poner de manifiesto el pasado, presente y futuro del transporte ferroviario de cargas en Argentina. El sistema regulatorio del sector actual, encarnado por el modelo de acceso abierto, pareciera abrir una nueva etapa en la operatoria de los servicios, en un segmento que puede ser muy pujante, y contribuir al progreso económico-social de nuestro país. La complementación de los diversos medios de transporte, los puntos de logística, y la puesta en práctica definitiva (más allá de las tensiones sectoriales) de la multimodalidad representan algunas de las aristas que asoman entre los desafíos del ferrocarril de cargas.

No obstante, la era del “Open Access” será un camino al andar, en virtud de las vicisitudes propias del sistema ferroviario argentino, el cual debería *ex lege ferenda* terminar de armonizarse, a fin de dotar de mayor certidumbre a la totalidad del Sector Ferroviario, y contribuir con la eficiencia de los servicios involucrados.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2831/2021

(101) En estos casos, el operador deberá presentar y mantener una estructura económica financiera acorde a las obligaciones que asumirá. Para ello se considerarán diferentes factores como la magnitud de servicios a realizar, cantidad de personal a emplear, duración del Contrato de Explotación o de Prestación, Plan de Negocios presentado (considerando Canon o subsidio según corresponda), obligaciones emergentes de los contratos, utilización de bienes propios o del Estado Nacional, entre otros. De igual forma deberá tenderse a preservar y mantener durante la vigencia contractual la capacidad económica financiera para afrontar su Contrato de Prestación mediante su Patrimonio Neto con los aportes genuinos de Capital Social, Reservas y Resultados. La estructura financiera deberá permitir la

cobertura de pagos asumidos en tiempo y forma mediante una financiación acorde, conteniendo planes de contingencias que eviten afectar el normal desarrollo del plan de negocios presentado, el servicio prestado y los intereses de los usuarios del servicio. Asimismo, debería limitarse el Objeto Social de la Prestadora, el cual no deberá permitir actividades contrarias o que atenten con el patrimonio ferroviario a operar, concentrando su accionar al cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones principales, secundarias y accesorias originadas en la explotación de los servicios ferroviarios y las expresamente asumidas en los Convenios y sus documentos anexos, de los cuales sea titular. El operador ferroviario deberá mantener sistemas de información que permitan a la CNRT medir el

desempeño y el cumplimiento de las obligaciones a su cargo. Esos sistemas (Contabilidad Regulatoria) estarán siempre disponibles para su consulta por la CNRT o por los auditores que ella designe. Además, permitirán la elaboración de procedimientos de control de gestión operativa y administrativa

(102) Cfr. art. 13 del RRNOF.

(103) Cfr. art. 18 del RRNOF.

(104) Cfr. art. 18 del RRNOF.

(105) Más allá de la laxitud del término, entendemos que en este punto deberían considerarse en primer término, la satisfacción de las exigencias de las Leyes 26.352, 27.132, la Ley General de Ferrocarriles y el Reglamento General de Ferrocarriles.

(106) Cfr. art. 15 del RRNOF.

(107) Cfr. art. 17 del RRNOF.

(108) En este caso, a partir de la fecha de recepción de la solicitud, la persona humana o jurídica quedará automáticamente inhabilitada para la operación de servicios ferroviarios. Posteriormente, la CNRT en el plazo de tres [3] meses contados a partir de la fecha de recepción de la solicitud de cancelación de la inscripción, resolverá mediante acto fundado la cancelación requerida, previo análisis de todas aquellas cuestiones que pudiesen dar lugar a reclamos o acciones ante el peticionario (conf. art. 17 *in fine* del RRNOF).

(109) Cfr. art. 19 del RRNOF.

(110) Cfr. arts. 19 *in fine* y 24 del RRNOF.

Nota a fallo

Comercio de medicamentos

Sociedades excluidas de la posibilidad de ser titulares de farmacias. Facultades concurrentes de las provincias y la Nación. Norma

que no contradice a la Nación. Poder de policía sanitaria. Disidencia.

1. - La facultad ejercida por la Provincia de Buenos Aires a través de la ley 10.606 para regular lo atinente a la titularidad de los establecimientos farmacéuticos

no se revela como desproporcionada con la finalidad perseguida de bien público; por el contrario, el legislador provincial ha ejercido sus facultades en forma razonable, y no arbitraria, pues se basó en propósitos de salud pública, ampliando la protección de los pacientes garantiza-

da en la regulación nacional, como una opción que cabe reputar como válida.

2. - El art. 14 de la ley 10.606 no configura un indebido avance provincial sobre la atribución del Congreso Nacional para dictar los códigos de fondo y legislar

sobre el derecho de comprar y vender bienes. La norma regula el ejercicio de la actividad profesional en el ámbito local, sin alterarse las condiciones bajo las que se comercializan los bienes (art. 75, inc. 13 CN) ni la regulación nacional en materia de expedición de títulos (art. 75, inc. 18 CN).

3. - Corresponde a la regulación provincial contemplar el interés general involucrado en el ejercicio de la actividad de expendio de productos farmacéuticos, de conformidad con sus propias políticas públicas. De este modo, serán válidas constitucionalmente las distintas modulaciones o limitaciones en el concreto ejercicio de la actividad, en aras de coordinar el interés privado con el interés general, siempre y cuando sean razonables.
4. - Dado que no se discute en el caso la comercialización y distribución de medicamentos en todo el territorio nacional, sino solo su expendio en establecimientos situados en el territorio de la provincia de Buenos Aires, la materia bajo examen no encuadra en las facultades que el ordenamiento jurídico vigente reconoce como exclusiva y excluyente del Congreso de la Nación. Tampoco se trata de una materia expresamente vedada a la Provincia. Por ende, corresponde concluir que se trata de una competencia de incumbencia compartida y concurrente.
5. - El expendio de medicamentos, por sus especiales características, es una actividad inescindible del ejercicio de la profesión farmacéutica. Corresponde a las competencias provinciales el ejercicio de las profesiones liberales en sus respectivas jurisdicciones, siempre que no desconozca la eficacia del título nacional habilitante. Ello permite a las autoridades provinciales establecer, dentro de la razonabilidad, requisitos y modulaciones para asegurar la rectitud y responsabilidad con que las profesiones liberales son ejercidas.
6. - El bienestar de los ciudadanos, el federalismo, la descentralización institucional, y la aplicación efectiva de los derechos del consumidor constituyen una estructura de principios suficien-

te para sustentar la competencia concurrente para regular la actividad farmacéutica; y siendo una facultad compartida con la Nación por su objeto, la autoridad provincial ejerce la porción del poder estatal que le corresponde; el poder de policía en su ámbito propio implica reconocer a la provincia una atribución reglamentaria, cuya modulación para promover el bien común permite reconocer un grado de valoración estatal local con relación al fin especial que persigue: La protección de la salud.

7. - El simple hecho de que ambas jurisdicciones —Nación y Provincia— regulen un asunto de maneras diferentes no es suficiente para invalidar la norma local, sino que es necesario que haya una “repugnancia efectiva”, un “conflicto irreparable”; y en línea con estas pautas, la parte actora debía —además de invocar la disparidad entre las normas— probar que la aplicación de la ley provincial entorpecía severamente la política nacional fijada en la ley 17.565 y los decretos 2284/1991 y 240/1999, lo cual no se verifica en el caso.
8. - Incumbe a la Provincia decidir el nivel de protección de la salud pública que debe garantizarse en el expendio de medicamentos en los establecimientos farmacéuticos. El hecho de que el legislador local —a diferencia del nacional— haya optado por un sistema que a su parecer permite asegurar un nivel más elevado de protección de la salud pública y en particular el abastecimiento adecuado de medicamentos a la población no alcanza para demostrar una “repugnancia efectiva” en los términos de la jurisprudencia de este Tribunal. Una interpretación diferente sería incompatible con la amplitud de las atribuciones que las legislaturas provinciales se reservaron para promover el bienestar de sus poblaciones y con la consiguiente proscripción de cualquier interpretación extensiva de aquellas normas que introduzcan límites a dicho poder provincial.
9. - La ley 10.606 de la Provincia de Buenos Aires no constituye una restricción ex-

cesiva para las libertades económicas de las empresas, sin que en el caso se haya alegado ni, mucho menos, acreditado que la no inclusión del tipo societario de la actora entre aquellas personas que pueden ser titulares de farmacias afecte la sustentabilidad económica de la empresa ni que interfiera, en forma esencial, en la distribución y venta de estas mercancías. En definitiva, no se ha demostrado que las restricciones cuestionadas importen un menoscabo del derecho a ejercer toda industria lícita.

10. - Los aspectos regulados por el art. 14 de la ley 10.606 de la Provincia de Buenos Aires nada dicen sobre la capacidad de las personas —humanas o jurídicas— para adquirir derechos o contraer obligaciones ni restringen las posibilidades de ser titulares de dominio alguno, sino que solo definen bajo qué formas societarias el profesional farmacéutico puede llevar a cabo una de las funciones a las que se asignó particular atención: La dispensa de medicamentos al público. Se trata, lisa y llanamente, del derecho a ser propietario de la habilitación y no del derecho a ser propietario de un derecho real sobre la cosa. Esa potestad está comprendida dentro del poder de policía de competencia exclusiva del órgano local, en tanto atañe a las pautas de cumplimiento necesarias para el ejercicio de la actividad farmacéutica (del voto del Dr. Irurzun).
11. - La preeminencia que se ha asignado al derecho a la salud como derecho humano básico, esencial y colectivo, justifica con suficiencia la mayor intensidad reglamentaria aplicada al ejercicio de la actividad farmacéutica y las restricciones impuestas para garantizar la efectividad de las garantías fundamentales en juego. Su proporcionalidad y razonabilidad superan ampliamente el control de constitucionalidad reclamado (del voto del Dr. Irurzun).
12. - La ley 10.606 de la Provincia de Buenos Aires excluye a las sociedades anónimas de aquellos sujetos que pueden ser propietarios de una farmacia. Tal re-

gulación legal establece una restricción que no aparece como razonable, pues no se advierte el cumplimiento de qué finalidad pública vinculada a la protección de la salud se persigue con el hecho de exigir que la propiedad de las farmacias sea exclusivamente de ciertos sujetos y no de otros, excluyendo tipos societarios (del voto en disidencia de la Dra. Sotelo de Andreau).

13. - No se advierte que el medio —exclusión de las sociedades anónimas de la posibilidad jurídica de ser propietarias de una farmacia— guarde una relación de adecuación y proporcionalidad con la finalidad declarada protegida en la Constitución Nacional y los tratados internacionales de proteger la salud y la vida de la población (del voto en disidencia de la Dra. Sotelo de Andreau).
14. - Siendo el bien jurídico protegido la salud pública, la existencia de restricciones al tipo societario que puede ser propietario de una farmacia y la ausencia de tales restricciones respecto a la propiedad de asociaciones, clínicas, sanatorios y policlinorios en los que se desempeñan otros profesionales de la salud pone de manifiesto la irrazonabilidad del art. 14 de la ley 10.606 de la Provincia de Buenos Aires (del voto en disidencia de la Dra. Sotelo de Andreau).
15. - El art. 14 de la ley 10.606 viola el principio de igualdad en tanto determina que solo algunas personas jurídicas se vean beneficiadas con la posibilidad de habilitar o ser propietarias de farmacias (del voto en disidencia de la Dra. Sotelo de Andreau).

CS, 30/06/2021. - Farmacity S.A. c. Fisco de la Provincia de Buenos Aires y otro s/ pretensión anulatoria – recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/101805/2021]

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al Cliente, <http://informacionlegal.com.ar> o en Proview]

Cuestiones sobre la contratación directa como consecuencia de una licitación fracasada o desierta



Martín Cormick

Abogado y Magister en Derecho Administrativo y Administración Pública (UBA). Docente UNDAV y UNPAZ.

SUMARIO: I. Algunas ideas iniciales.— II. Distinción entre procedimientos desiertos y fracasados.— III. El caso de licitaciones desiertas.— IV. Las licitaciones fracasadas.— V. A modo de conclusión.

I. Algunas ideas iniciales

Una de las alternativas que permite utilizar un procedimiento de contratación directa es efectuar dicha contratación con posterioridad a dos licitaciones públicas fracasadas o desiertas. Esto es, no seguir repitiendo un procedimiento licitatorio que ya ha demostrado ser ineficaz y utilizar un procedimiento más —*a priori*— eficiente.

En el orden nacional, el art. 25, inc. d), apartado 4 del Régimen de Contratacio-

nes de la Administración Nacional, aprobado por el decreto delegado 1023/01, establece que se puede utilizar el procedimiento de contratación directa: “Cuando una licitación o concurso hayan resultado desiertos o fracasados se deberá efectuar un segundo llamado, modificándose los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares. Si este también resultare desierto o fracasado, podrá utilizarse el procedimiento de contratación directa previsto en este inciso” (1).

Luego, el dec. 1030/2016, reglamentario del dec. 1023/2001, estableció en su art. 18, sin mayores modificaciones y aclaraciones que la norma que reglamenta: “La modificación de los pliegos de bases y condiciones

particulares del segundo llamado a licitación o concurso prevista en el apartado 4, del inc. d) del art. 25 del decreto Delegado N° 1023/01 y sus modificatorios y complementarios, se deberá efectuar en aquellos casos en que pueda presumirse razonablemente que la declaración de desierto o fracasado del primer llamado se hubiere producido por un defecto en los aludidos pliegos. Al utilizar el procedimiento de compulsión abreviada previsto en dicho apartado no podrán modificarse los pliegos del segundo llamado a licitación o concurso”.

Finalmente, la disposición ONC nro. 62/16, en su art. 53 especificó que “a) La Unidad Operativa de Contrataciones efectuará una consulta a la Unidad Requiriente

sobre la persistencia de la necesidad ante el segundo procedimiento de licitación o concurso declarado desierto o fracasado. b) En el caso en que persista la necesidad, la autoridad competente emitirá el acto administrativo de inicio del procedimiento, debiendo utilizarse el mismo pliego de bases y condiciones particulares que rigió el segundo llamado a licitación o concurso. c) La Unidad Operativa de Contrataciones enviará invitaciones a por lo menos TRES [3] proveedores, con un mínimo de TRES [3] días de antelación a la fecha fijada para la apertura o a la fecha de vencimiento del plazo establecido para la presentación de las ofertas inclusive, o para el retiro o compra del pliego inclusive, o para la presentación de muestras inclusive, la que operare

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Apartado sustituido por art. 6° del dec. 666/2003 (BO del 25/03/2003).

primero, cuando esa fecha sea anterior a la fecha de apertura de las ofertas. d) La Unidad Operativa de Contrataciones difundirá la convocatoria junto con el pliego de bases y condiciones particulares en el sitio de Internet de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES o en el sitio del sistema electrónico de contrataciones, desde el día en que se cursen las respectivas invitaciones. e) El procedimiento continuará de acuerdo al procedimiento básico”.

En síntesis, el objetivo que persigue este procedimiento de compulsión abreviada es reducir plazos de un procedimiento que viene arrastrando dos instancias sin éxito. Se busca que un tercer procedimiento, entonces, sea reducido en plazos —entre otros—, para llegar al bien o servicio requerido en menor plazo que el que llevaría efectuar una tercera licitación pública. No es ocioso recordar que la licitación pública ha sido definida como un “procedimiento relativo a la forma de celebración de ciertos contratos, cuya finalidad es determinar la persona que ofrece condiciones más ventajosas; consiste en una invitación a los interesados para que, sujetándose a las bases preparadas (pliego de condiciones) que, sujetándose a las bases preparadas (pliego de condiciones), formulen propuestas, de las cuales la Administración selecciona y acepta la más ventajosa (adjudicación), con lo cual el contrato queda perfeccionado; y todo el procedimiento se funda, para alcanzar la finalidad buscada, en los principios de igualdad de los licitantes y cumplimiento estricto del pliego de condiciones” (2).

No debe soslayarse, respecto a la potestad de elegir un procedimiento de excepción, es claro Rejtman Farah en cuanto “convocar a cualquier procedimiento de excepción, en los casos en que ello se encuentre autorizado es, en general, una posibilidad, no una obligación [...] Puede también convocarse a una licitación pública aun cuando una norma prevea la posibilidad de celebrar un procedimiento de excepción. Se trata de una potestad que puede o no ser ejercida conforme las circunstancias, salvo que ello sea imposible. La admisión de una excepción a la licitación pública debe en definitiva hacerse bajo estrictas y excepcionales condiciones de rigurosa y restrictiva interpretación. Ello en tanto el requisito previo de la licitación tiene fundamento en razones elementales de conveniencia y ética administrativa, por lo que la interpretación de las excepciones debe considerarse limitada a los fines perseguidos por la ley al establecer aquella exigencia con carácter general” (3). Por lo tanto, elegir el procedimiento de excepción siempre nos exige fundar por qué estamos priorizando dicho procedimiento.

Ahora bien, las preguntas que debemos hacernos apuntan más a por qué llegamos al tercer procedimiento que las simplificaciones que efectuamos allí para alivianar la carga procedimental —tanto en días como en horas de trabajo utilizadas— que llevamos.

Por lo que “[L]a exigencia respecto de contratar en forma directa sólo en el supuesto de que se convoque previamente a una segunda licitación, con nuevos pliegos y esta volviera a fracasar o resultara también desierta, se impuso como consecuencia de la crítica a la que se ha-

bía hecho acreedor el anterior régimen de contrataciones, en el que sobre la base de una licitación desierta o fracasada podía contratarse en forma directa sin más recaudo o trámite. Ello permitía potencialmente incluir en una licitación exigencias imposibles de ser cumplidas y suprimirlas posteriormente para contratar en forma directa [...] Por ello la PTN consideró que se desnaturalizaba el régimen si se admitía, en tal caso, la posibilidad de contratar directamente bajo condiciones distintas (Dictámenes 77:265)” (4).

Para eso, es importante desmenuzar un poco las circunstancias que nos llevan a este tercer procedimiento.

II. Distinción entre procedimientos desiertos y fracasados (5)

Una de las primeras cuestiones que podemos marcar respecto del presente artículo en análisis es: ¿tiene sentido incluir en un mismo apartado estas dos situaciones? ¿Qué tienen en común estos procedimientos, amén de no obtener una oferta eficaz para llegar a un contrato administrativo?

II.1. Licitación desierta

Es aquel procedimiento que no recibe oferta alguna. Si bien se han cursado las invitaciones adecuadas, y publicado debidamente, no hay oferentes en el procedimiento.

II.2. Licitación fracasada

Es, por su parte, el procedimiento en donde, habiendo ofertas, son desestimadas, por no ajustarse en algún requisito a la oferta. Este abanico de opciones es amplio. A saber:

- i. Se han cometido errores en el bien o servicio ofertado —esto es, se ofreció algo diferente a lo buscado, desestimándose, en ese sentido, la oferta.
- ii. O bien, el oferente no cumple con algún requisito legal. Entonces, a pesar de que su oferta es correcta —y elegible—, las falencias de su presentación son ajenas a ella, y se circunscriben a cuestiones vinculadas a la calidad del oferente.

Entonces, repitiendo, o bien profundizando, podrían dissociarse en dos artículos diferentes, conforme desarrollaremos adelante. Es más, incorporarlas en un mismo artículo genera una serie de cuestiones de difícil respuesta. Por ejemplo, ¿qué sucede si en un primer procedimiento una oferta resulta fracasada y en la siguiente el procedimiento no recibe ofertas. ¿Corresponde ante un tercer llamado efectuar una contratación directa? ¿Ese tercer procedimiento, buscamos orientarlo a corregir a efectos de que las ofertas inadmisibles se tornen válidas o reformulamos buscando seducir a aquellos que ni siquiera vinieron?

Entonces, podemos decir, sin mayor hesitación, que, si bien se encuentran juntas ambas circunstancias en el mismo apartado, lo cierto es que engloban un variopinto de situaciones que pueden representar diferentes situaciones. Así, lo más importante no es contar con las facilidades y simplificaciones que otorga el tercer procedimiento, sino indagar por qué se llegó hasta ahí.

Como se advierte, la normativa hace especial hincapié en algún error en la confección del pliego, pero lo cierto es que la realidad es mucho más compleja.

III. El caso de licitaciones desiertas

Una posibilidad concreta de un procedimiento declarado desierto es que la totalidad de proveedores eventuales de un determinado bien o servicio se pongan de acuerdo entre ellos para, en virtud de un pliego que consideran poco conveniente, decidir —entre todos— no presentarse. Por tanto, en un segundo llamado a licitación, la administración evaluará modificar el pliego —porque detectará que el pliego no fue lo suficientemente atractivo para generar oferentes.

Ahora, en los hechos, ¿cuánto debe modificarse ese pliego? Es evidente que se establece un juego de fortalezas entre el poder del grupo de proveedores —que actúan en conjunto— y la administración. Mucho de lo que ocurre, entre el pliego original y el modificado, puede que no quede escrito en ningún papel, pero ello no implica que se esconde un “tiro y afloje” lógico que presumimos se da en un grupo no contento con el pliego original y su capacidad de *lobby*.

Y, muchas veces, se convierte en un claro ejemplo violatorio del principio de concurrencia de interesados y posterior competencia de oferentes. Ello, por ser contrarios al art. 1º de la ley 27.442 de Defensa de la Competencia.

Dice dicho artículo: “Están prohibidos los acuerdos entre competidores, las concentraciones económicas, los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general. Se les aplicarán las sanciones establecidas en la presente ley a quienes realicen dichos actos o incurran en dichas conductas, sin perjuicio de otras responsabilidades que pudieren corresponder como consecuencia de los mismos”.

Por su parte, el art. 2º establece, en un desgajado en ejemplos, que “constituyen prácticas absolutamente restrictivas de la competencia y se presume que producen perjuicio al interés económico general, los acuerdos entre dos o más competidores, consistentes en contratos, convenios o arreglos cuyo objeto o efecto fuere: a) Concertar en forma directa o indirecta el precio de venta o compra de bienes o servicios al que se ofrecen o demandan en el mercado; b) Establecer obligaciones de (i) producir, procesar, distribuir, comprar o comercializar sólo una cantidad restringida o limitada de bienes, y/o (ii) prestar un número, volumen o frecuencia restringido o limitado de servicios; c) Repartir, dividir, distribuir, asignar o imponer en forma horizontal zonas, porciones o segmentos de mercados, clientes o fuentes de aprovisionamiento; d) Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en licitaciones, concursos o subastas”. Claramente, el inc. d) es cabal para explicar la situación descripta.

Queda comprendida en este artículo, en tanto se den los supuestos del párrafo an-

terior, la obtención de ventajas competitivas significativas mediante la infracción de otras normas.

Ahora bien, la gran pregunta es cómo detectar este movimiento de particulares que lejos está de ser público. Quizás una solución puede ser una amplia consulta previa a posibles interesados que no se han presentado. Una respuesta común presumiría un acuerdo previo. Pero sería sólo una presunción. Mientras más información quede volcada en el expediente, ponderando el principio de transparencia del inc. c) del art. 3º del dec. 1023/2001.

Empero, no podemos dejar de resaltar que será la administración la que determine cuánto está dispuesta a modificar su idea original —que se entiende, es la que en mayor medida determina el interés público perseguido— en pos de lograr que el procedimiento deje de estar desierto. O, dicho de otra manera, cuánto está dispuesto a ceder.

IV. Las licitaciones fracasadas

Cuestión absolutamente diferente es el caso de las licitaciones fracasadas.

En estos supuestos el principal objetivo tanto de la administración como del oferente que fracasó en su presentación es detectar cuál ha sido la falencia y, a efectos de lograr un mejor resultado posteriormente.

Como explica Rejtman Farah, la oferta inadmisibles “no se ajusta a las bases de la licitación. Se vincula con el no cumplimiento de las exigencias específicas del pliego de condiciones. La licitación pública desierta supone la no presentación de ningún oferente. En la fracasada por inadmisibilidad de las presentadas, existen ofertas, pero no responden a las especificaciones o requisitos previstos en los pliegos o a las condiciones allí solicitadas. En este caso, las propuestas presentadas se apartan de las bases de la licitación. Paden de deficiencias u omisiones no subsanables o no concuerdan con el objeto del llamado. Son también aquellas presentadas por quienes no reúnen las condiciones objetivas técnicas o económicas impuestas en los pliegos, por quienes no se encuentran habilitados para contratar, cuando no se presenta documentación imprescindible para permitir la comparación entre las existentes, etcétera” (6).

Es interesante distinguir entre oferta fracasada por inadmisibilidad, como sostiene Dromi, “...no se ajusta a los requisitos de los pliegos y bases de la licitación. Se trata de una oferta que no ofrece exactamente lo solicitado o no lo ofrece en las condiciones o con los requisitos exigidos” (7) Esto no puede asimilarse a oferta inconveniente, en donde “...las ofertas presentadas, admisibles, ajustadas a las bases, cláusulas y condiciones del pliego, y al objeto solicitado, pero que, por las razones de inconveniencia de precio, financiación, etc., son rechazadas” (8).

Por ello, acá tendremos un grupo de cuestiones que podemos dividir, someramente, en dos:

a) Las que presentan causales de desestimación no subsanables, conforme art. 66 del dec. 1030/2016 (9), pero no lo realizan en el plazo otorgado para reencausar el

o jurídicas no habilitadas para contratar de acuerdo con lo prescripto en el art. 28 del decreto 1023/01, sus modificatorios y complementarios, a excepción de la causal prevista en su inc. f), que se regirá por lo dispuesto en el artículo siguiente. c) Si el oferente fuera ilegible de conformidad con lo establecido en el art. 68 del presente reglamento. d) Si las mues-

(2) SAYAGUÉS LASO, Enrique, “La licitación pública”, B de F, Buenos Aires-Montevideo, 2005, p. 178.

(3) REJTMAN FARAH, Mario, “Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 60.

(4) REJTMAN FARAH, M., ob. cit., p. 79.

(5) Al respecto, ver, por todos: COMADIRA, Julio R.,

“La licitación pública (nociones, principios, cuestiones)”, Depalma, Buenos Aires, 2000, ps. 108 y ss.

(6) REJTMAN FARAH, M. ob. cit., p. 80.

(7) DROMI, Roberto, “Licitación pública”, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2017, 5ª ed., p. 203.

(8) DROMI, R., ob. cit., p. 205. En mismo sentido, REJTMAN FARAH, M., ob. cit., p. 81.

(9) “Art. 66.— CAUSALES DE DESESTIMACIÓN NO SUBSANABLES. Será desestimada la oferta, sin posibilidad de subsanación, en los siguientes supuestos: a) Si fuera formulada por personas humanas o jurídicas que no estuvieran incorporadas como preinscriptas en el Sistema de Información de Proveedores. b) Si fuere formulada por personas humanas

procedimiento sin necesidad de efectuar un segundo llamado.

b) Las susceptibles de ser modificadas, evitando fracasar en un segundo intento.

c) Las que presentan oferentes inelegibles conforme art. 68 del dec. 1030/2016 (10).

d) Las ofertas llamadas inconvenientes.

En todo este abanico de opciones, salvo la opción c) en donde la inelegibilidad es ajena al proceso, entendemos que por el principio de concurrencia [art. 3º, inc. b) del decreto delegado 1023/01] la administración debe dar toda la información posible para que la oferta no fracase en su segunda presentación. O bien, en caso de que alguna cláusula del pliego encarez-

ca innecesariamente el producto o vuelva muy dificultoso cumplir con dicho requisito, repensar si el cumplimiento del interés público buscado se garantiza con un pliego modificado a fin de ser más asequible para oferentes que hayan fracasado en primera instancia.

En suma, la administración está tan interesada como los oferentes en que sus propuestas no fracasen. Sin embargo, no debemos perder de vista que, en principio, uno de los objetivos de la licitación pública, "es contratar en condiciones comparables con el mercado y si este objetivo se frustra porque la administración ha manejado las cosas como para tener pocos oferentes en comparación a los existentes en el mercado, ello producirá el resultado de no conseguir sino precios y condiciones menos con-

veniente que los generales del mercado, que ya no serán razonables ni válidas. En tal caso ha fracasado no solamente en su objetivo legal, sino también en el manejo y aprovechamiento de los fondos públicos, que es el requisito de eficiencia impuesto por la [Convención Interamericana contra la Corrupción]" (11).

V. A modo de conclusión

Si bien es un tema que, quizás, requiera ser abordado en forma más integral, podemos concluir que:

a) Unificar en un único artículo las contrataciones desiertas con las fracasadas es, al menos, cuestionable. Suelen provenir de situaciones fácticas o legales diferentes.

b) Las contrataciones sin ofertas —desiertas— en bienes y/o servicios con un amplio caudal de potenciales oferentes puede englobar maniobras desleales de los proveedores. Deberá el estado advertirlas y mantener el interés público de la contratación, en una negociación nada sencilla con el sector privado, que seguramente presio-

na por mejores condiciones para presentarse.

c) Las contrataciones fracasadas, por su parte, merecen una mayor información y colaboración de ambas partes para evitar un segundo fracaso. No siempre la modificación del pliego es la solución, pero puede que lo sea, y la administración debe estar atenta, para, como dijimos antes, velando por el interés público, hacer las correcciones necesarias.

d) Muchos de los problemas que existen en ambos procedimientos se deben a problemas previos de información y comunicación entre el sector público y el privado. Eso se resuelve —o se mejora— con mayor transparencia y buena fe de ambos lados, y con reconocer, en algún punto, que son cada parte quiere un único resultado —que se celebre el contrato—, pero con objetivos particulares diferentes que ambos quieren lograr: El cumplimiento del interés público por parte del Estado y un beneficio económico adecuado a los proveedores.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2833/2021



Programa de Profundización para **Abogados Corporativos**.

Descubrí ya cómo perfeccionar tu práctica legal empresarial.



El mercado actual demanda ciertas habilidades a los abogados inhouse que raramente se aprenden en la Universidad. Profundizá, de la mano de profesionales de primera línea, en estos temas capaces de redefinir tu carrera.

Algunos temas a tratar:

Protección de Datos Personales: problemática actual - Firma Digital y firma electrónica en contratos y títulos de crédito - Derecho del Consumo en la Economía Digital - Régimen Legal del Teletrabajo y su problemática actual, y más.



Inicio: 21 de octubre
Modalidad: 8 clases online
Dirección: Diego F. Martinotti



Conocé más e inscribite

tras no fueran acompañadas en el plazo fijado. e) Si el precio cotizado mereciera la calificación de vil o no serio. f) Si tuviere tachaduras, raspaduras, enmiendas o interlíneas sin salvar en las hojas que contengan la propuesta económica, la descripción del bien o servicio ofrecido, plazo de entrega, o alguna otra parte que hiciera a la esencia del contrato. g) Si estuviera escrita con lápiz o con un medio que permita el borrado y reescritura sin dejar rastros. h) Si contuviera condicionamientos. i) Si contuviera cláusulas en contraposición con las normas que rigen la contratación o que impidieran la exacta comparación con las demás ofertas. j) Cuando contuviera errores u omisiones esenciales. k) Si no se acompañare la garantía de mantenimiento de oferta o la constancia de haberla constituido. En los pliegos de bases y condiciones particulares no se podrán prever otras causales de desestimación no subsanables de ofertas. Todas las causales de desestimación antes enumeradas serán evaluadas por la Comisión Evaluadora de las Ofertas en la etapa de evaluación de aquellas o, en su caso y de corresponder, por el titular de la UNIDAD OPERATIVA DE CONTRATACIONES en oportunidad de recomendar la resolución a adoptar para concluir el procedimiento".

(10) "Art. 68.— PAUTAS PARA LA INELEGIBILIDAD. Deberá desestimarse la oferta, cuando de la información a la que se refiere el art. 16 del decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios, o de otras fuentes, se configure, entre otros, alguno de los siguientes supuestos: a) Pueda presumirse que el oferente es una continuación, transformación, fusión o escisión de otras empresas no habilitadas para contratar con la ADMINISTRACIÓN NACIONAL, de acuerdo a lo prescripto por el art. 28 del decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios, y de las controladas o controlantes de aquellas. b) Se trate de integrantes de empresas no habilitadas para contratar con la ADMINISTRACIÓN NACIONAL, de acuerdo con lo prescripto por el art. 28 del decreto Delegado N° 1023/01 y sus modificatorios y complementarios. c) Cuando existan indicios que por su precisión y concordancia hicieran presumir que los oferentes han concertado o coordinado posturas en el procedimiento de selección. Se entenderá configurada esta causal de inelegibilidad, entre otros supuestos, en ofertas presentadas por cónyuges, convivientes o parientes de primer grado en línea recta ya sea por naturaleza, por técnicas de reproducción humana

asistida o adopción, salvo que se pruebe lo contrario. d) Cuando existan indicios que por su precisión y concordancia hicieran presumir que media simulación de competencia o concurrencia. Se entenderá configurada esta causal, entre otros supuestos, cuando un oferente participe en más de una oferta como integrante de un grupo, asociación o persona jurídica, o bien cuando se presente en nombre propio y como integrante de un grupo, asociación o persona jurídica. e) Cuando existan indicios que por su precisión y concordancia hicieran presumir que media en el caso una simulación tendiente a eludir los efectos de las causales de inhabilidad para contratar con la ADMINISTRACIÓN NACIONAL, de acuerdo con lo prescripto por el art. 28 del decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios. f) Cuando se haya dictado, dentro de los TRES [3] años calendario anteriores a su presentación, alguna sanción judicial o administrativa contra el oferente, por abuso de posición dominante o dumping, cualquier forma de competencia desleal o por concertar o coordinar posturas en los procedimientos de selección. g) Cuando exhiban incumplimientos en anteriores contratos, de acuerdo con lo que se disponga en los respectivos pliegos de bases y condiciones particulares. h) Cuando se trate de personas jurídicas condenadas, con sentencia firme recaída en el extranjero, por prácticas de soborno o cohecho transnacional en los términos de la Convención de la ORGANIZACIÓN DE COOPERACIÓN Y DE DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE) para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, serán inelegibles por un lapso igual al doble de la condena. i) Las personas humanas o jurídicas incluidas en las listas de inhabilitados del Banco Mundial y/o del Banco Interamericano de Desarrollo, a raíz de conductas o prácticas de corrupción contempladas en la Convención de la ORGANIZACIÓN DE COOPERACIÓN Y DE DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE) para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales serán inelegibles mientras subsista dicha condición".

(11) GORDILLO, Agustín, "Tratado de derecho administrativo y obras selectas", FDA, Buenos Aires, 2014, 1ª ed., t. 2, "La defensa del usuario y del administrado", cap. XII, "La licitación pública", p. 524.

