RDA

DERECHO ADMINISTRATIVO

REVISTA DE DOCTRINA, JURISPRUDENCIA, LEGISLACIÓN Y PRÁCTICA

Noviembre - Diciembre 2021 | 138

DIRECTOR:
JUAN CARLOS CASSAGNE

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

ISSN 1851-0590

INCLUYE VERSIÓN DIGITAL

ABELEDOPERROT

ISSN: 1851-0590
RNPI: 5074816

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

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

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

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

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

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

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

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

RDA

DERECHO ADMINISTRATIVO

REVISTA DE DOCTRINA, JURISPRUDENCIA, LEGISLACIÓN Y PRÁCTICA

DIRECTOR:
JUAN CARLOS CASSAGNE

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

Noviembre - Diciembre 2021 | 138

INCLUYE VERSIÓN DIGITAL

ABELEDOPERROT

Consejo de Redacción

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

Secretarios de Redacción

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

Coordinador

Nicolás R. Acerbi Valderrama

Consejo Consultivo Internacional

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

DIRECCIÓN ACADÉMICA
Mónica Pinto

COMITÉ HONORARIO

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

COMITÉ ACADÉMICO

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

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

Internacional Privado
María Susana Najurieta
Alfredo Mario Soto
María Elsa Uzal

Internacional Público
Susana Ruiz Cerutti
Silvina González Napolitano
Raúl Vinuesa

Familia
Carlos Arianna
Luis Ugarte
Adriana Wagmaister

Civil
Carlos Hernández
Sebastián Picasso
Sandra Wierzba
Diego Zentner

Penal
Mary Beloff
Alberto Edgardo Donna
Daniel Pastor

Laboral
Mario Ackerman
Adrián Goldin
Julio César Simón

Comercial
Rafael Mariano Manóvil
Horacio Roitman

Filosofía
Ricardo Guibourg
Rodolfo Vigo

Derechos Humanos
Laura Giosa
Roberto Saba

Ambiental
Néstor Cafferatta
Leila Devia
Silvia Nonna

COMITÉ EDITORIAL

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

Criminología
Gabriel Ignacio Anitua
Matías Bailone
Máximo Sozzo

Familia
Silvia Eugenia Fernández
Eleonora Lamm
Ida Scherman

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

Laboral
Lucas Caparrós
Juan Pablo Mugnolo
Claudia Priore

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

COMITÉ EDITORIAL *(Continuación)*

Internacional Público
Emiliano Buis
Alejandro Chehtman
Natalia Luterstein
Nahuel Maisley

Internacional Privado
Paula María All
Nieve Rubaja
Luciana Scotti

Administrativo
Alfonso Buteler
María Paula Renella
Susana Vega

Comercial
Hugo Acciarri
Pablo Heredia
Lorena Schneider
Pamela Tolosa

Filosofía
Marcelo Alegre
Claudio Eduardo Martyniuk
Renato Rabbi-Baldi Cabanillas

Derechos Humanos
Leonardo Filippini
Calógero Pizzolo
Silvina Zimerman

Ambiental
Mariana Catalano
José Esaín

Director Editorial
Fulvio G. Santarelli

Jefa de Redacción
Yamila Cagliero

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

ÍNDICE

ESTUDIOS

Prescripción y caducidad en el derecho administrativo sancionador. Especial referencia a los artículos 55 y 243 de la ley 19.924
Augusto Durán Martínez 3

Ciencias del comportamiento, regulación o cómo pensamos que pensamos
Iván Budassi 12

Las personas en situación de vulnerabilidad y el derecho a la protección de la salud
Luciano Enrici 22

Estado nacional, orden público y arbitraje. Tercera parte
Jimena Vega Olmos 36

Aproximaciones en torno a la figura de los Tribunales Administrativos de Contrataciones
Álvaro Bautista Flores 56

El principio de territorialidad en la designación de agentes de recaudación del impuesto sobre los ingresos brutos. Excesos en los ordenamientos locales y criterios jurisprudenciales aplicables
Federico R. Sánchez Almeyra 90

Los límites de la facultad discrecional de la Administración. A propósito del decreto supremo 057-2020-PCM que restringe el tránsito de personas derivadas de la emergencia sanitaria en el Perú
Víctor Hugo Chávez Moya 118

Acceso a la justicia: legitimación de nuevos actores
Rosario Mendoza Peña 123

El acceso a la justicia y la legitimación activa en los procesos colectivos
Ana Carolina Geist 129

Impacto del derecho administrativo global en el sistema de fuentes del derecho administrativo argentino. Incorporación al SIDH y reglamentaciones de la UIT sobre telecomunicaciones de satélites ubicados en la órbita geoestacionaria
Pablo J. Majul 152

Breve reseña de los modelos de Estado y de Administración pública. Perspectivas para un nuevo modelo
María Lucía Martínez 161

Alcances del principio de legalidad en el régimen de policía de la Unidad de Información Financiera. Perspectiva actual y desafíos pendientes
Tomás Mendy 180

El papel de la Administración pública en los siglos XX y XXI
Carlos A. Herrera 260

Contratos administrativos en la provincia de Buenos Aires. El abuso de los regímenes de excepción
Claudia McCormack 279

La seguridad social en tiempos de pandemia. La Administración pública y los desafíos de la no presencialidad
Jerónimo de la Arena - Ezequiel Boeris 292

Responsabilidad del Estado por actividad legítima. Los lineamientos de la Corte de Justicia de la provincia de Salta
María Pía Moreno Fleming 298

ESTUDIOS

Prescripción y caducidad en el derecho administrativo sancionador

Especial referencia a los artículos 55 y 243 de la ley 19.924

Augusto Durán Martínez

Sumario: I. Introducción.— II. Prescripción y caducidad. Ausencia de regulación uniforme.— III. Prescripción del art. 55.— IV. Prescripción del art. 243.— V. Un aspecto común de los dos artículos.

I. Introducción

La vida de un ser humano y de la sociedad transcurre en el tiempo, en un tiempo determinado. Por eso el derecho desde hace mucho ha mostrado su preocupación por el tiempo. Una manifestación de esa preocupación la vemos en los institutos de prescripción y de caducidad, objeto de nuestro estudio.

Estos institutos tuvieron un amplio y temprano desarrollo en el ámbito del derecho privado. Tan temprano que, por lo menos, podemos encontrar sus raíces en el derecho romano.

En cambio, en el ámbito del derecho administrativo, en lo que refiere al ejercicio de las potestades públicas, tuvieron un reconocimiento tardío.

El Estado se ha mostrado reticente en lo que respecta a admitir limitaciones a sus poderes. El Estado de derecho tardó en imponerse, pero finalmente se impuso. Las preocupaciones garantistas aparecieron primero en el derecho penal y luego, por influencia de este, estas ideas se proyectaron en el derecho administrativo sancionador.

Lo impuesto no implica sostener que el derecho administrativo sancionador sea una parte del derecho penal. No lo es. Son disciplinas distintas. Tienen en común el hecho de que ambas refieren al poder político, a una manifestación del poder sancionatorio, pero el sistema represivo penal y el administrativo tienen una diferencia esencial. Como bien observa Nieto, la represión penal procura tutelar determinados bienes jurídicos jurídicamente protegidos, mientras que la represión administrativa procura tutelar los intereses generales a cuyo servicio está la Administración y para la cual se le ha asignado determinada competencia **(1)**.

Por algo las infracciones penales se castigan a través de la función jurisdiccional y las administrativas a través de la función administrativa, por algo las primeras requieren un procedimiento jurisdiccional y las segundas uno administrativo, y por algo las primeras se aplican por un órgano jurisdiccional y las segundas por uno administrativo. Por eso, la represión penal se rige por los principios del derecho penal y la represión administrativa por principios de derecho administrativo **(2)**. El derecho administrativo

(1) NIETO, Alejandro, "Derecho Administrativo Sancionador", Tecnos, Madrid, 2017, reimpresión, 5ª ed. totalmente reformada, p. 152.

(2) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Supuestos del ejercicio de la potestad administrativa sancionadora. Infrac-

sancionador es derecho administrativo y no derecho penal **(3)**.

Como el derecho penal tuvo un desarrollo anterior al derecho administrativo sancionador, sus principios inspiraron mucho a los del derecho administrativo sancionador, pero no se identifican. Por eso, la prescripción y la caducidad se desarrollaron primero en el derecho penal y se recibieron después en el derecho administrativo sancionador, por una regulación, desde luego, no necesariamente coincidente.

II. Prescripción y caducidad. Ausencia de regulación uniforme

Como bien expresa Ruocco, "el tiempo no es un elemento inocuo en derecho. En el procedimiento sancionador, el transcurso del tiempo tiene efectos liberatorios para el inculpado. Si no se administran adecuadamente los tiempos en el ejercicio de la potestad sancionadora, la infracción puede prescribir, el procedimiento caducar o la sanción devenir inejecutable por prescripción" **(4)**.

Ruocco nos indica en el pasaje transcrito tres institutos relacionados con la incidencia del tiempo: la prescripción de la infracción, la caducidad del procedimiento y la prescripción de la sanción.

A esos tres institutos, en el derecho administrativo español se reconoce un cuarto: la caducidad de la acción **(5)**.

Conforme a esto:

"a) Si al cabo de ciertos plazos no se ha sancionado una infracción, se produce una prescripción.

"b) Si al cabo de ciertos plazos la Administración no ha iniciado un procedimiento formal de represión, se produce la caducidad de la acción.

"c) Si al cabo de ciertos plazos la Administración no ha terminado el procedimiento formal de represión, se produce la caducidad del procedimiento.

"d) Si al cabo de ciertos plazos no se ha ejecutado la sanción impuesta, se produce la caducidad de esta" **(6)**.

El fundamento de la prescripción y de la caducidad, no es otro que la seguridad jurídica **(7)**. Y

ciones administrativas", en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, Derecho Administrativo. Dimensión Social, La Ley Uruguay, Montevideo, 2020, ps. 453 y ss.

(3) NIETO, Alejandro, "Derecho Administrativo...", ob. cit., p. 152.

(4) RUOCCO, Graciela, "Principios de legalidad, tipicidad y de prescripción en materia de actividades sancionatorias de la Administración", Estudios de Derecho Administrativo, nro. 2, La Ley Uruguay, 2010, p. 153.

(5) NIETO, Alejandro, "Derecho Administrativo...", ob. cit., p. 534.

(6) NIETO, Alejandro, "Derecho Administrativo...", ob. cit., ps. 534 y ss.

(7) MUÑOZ MACHADO, Santiago, "Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General", Ministerio de la Presidencia. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, t. XII, ps. 337 y ss.; DANÓS ORDÓNEZ, Jorge, "La prescripción de las infracciones de la ejecución de las sanciones y la caducidad (perención) del procedimiento administrativo", en DANÓS ORDÓNEZ, Jorge - ROJAS MONTES, Verónica V. - MORÓN URBINA, Juan Carlos - CÁCERES ARCE, Jorge L. - REYMER NÚÑEZ, Juliana A. - HUAMÁN PAREDES, Neil A. (coords.), Derecho Administrativo en el siglo XXI, Adrus, Lima, 2013, vol. I, ps. 695 y ss.; RUOCCO, Graciela, "Principios de legalidad, tipicidad...", ob. cit., p. 154; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Seguridad jurídica en el procedimiento administrativo con especial referencia al decreto 420/007, de 7 de noviembre de 2007", en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo, La Ley Uruguay, Buenos Aires, 2012, ps. 343 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "El debido proceso en el procedimiento administrativo en Uruguay", en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, Derecho Administrativo. Otra forma de verlo, La Ley Uruguay, Montevideo, 2017, p. 412; LABANDERA, Pablo, "Estudios sobre el Código Aduanero de la ROU", en LABANDERA, Pablo, Código Aduanero de la República Oriental del Uruguay. Anotado y concordado, La Ley Uruguay, Montevideo, 2016, ps. 550 y ss.; LAPAZ, Gastón, "Seguridad jurídica: plazos de prescripción y caducidad de las infracciones y sanciones administrativas en nuestro Derecho y Jurisprudencia", Revista de Derecho Público, nro. 52, FCU, Montevideo, 2017, ps. 79 y ss.; VÁZQUEZ Cristina, "Extinción de las sanciones administrativas. Su prescripción o caducidad", en VÁZQUEZ, Cristina (coord.), Derecho administrativo sancionatorio, FCU, Montevideo, 2019, ps. 247, 261 y 270; ALLENDE, Adriana, "Los plazos de prescripción y de caducidad en el Derecho Administrativo Sancionador a la luz del principio de seguridad jurídica", en VELOSO GIRIBALDI, Natalia (coord.), Principios de derecho administrativo sancionador, Universidad de Montevideo-Facultad de Derecho, Montevideo, 2021, ps. 286 y ss.; LORENZO, Susana, "Caducidad de la potestad punitiva de la Administración", en VÁZQUEZ Cristina - RUOCCO, Graciela (coords.), Estudios de De-

el principio de la seguridad jurídica integra el bloque de constitucionalidad, el que por su importancia se encuentra en la cúspide.

Con acierto escribió Ruocco: "La prescripción permite una tutela efectiva del principio de seguridad jurídica, de los derechos de terceros y del orden y la paz social, 'lo que significa que es interés de la comunidad que se establezca un límite temporal con el cual termine la situación de incerteza" **(8)** y Muñoz Machado expresó: "Cuando se trata de hechos constitutivos de infracciones administrativas, el ordenamiento jurídico habilita a los órganos sancionadores con competencias para actuar contra estos. Pero nunca lo hace de modo que la potestad sancionadora pueda ejercerse sin límite temporal. Las leyes establecen un plazo a partir del cual hacen primar el interés en la seguridad pública sobre la potestad sancionadora, deshabilitando a los órganos competentes y configurando como un abuso de la potestad su ejercicio fuera de plazo, hasta el extremo de considerar nulas de pleno Derecho las decisiones que puedan adoptarse cuando el tiempo fijado ha transcurrido. Al servicio de todas estas garantías está la institución de la prescripción. Marca el límite temporal para el ejercicio legítimo de las potestades, protege la seguridad jurídica y garantiza el mantenimiento de las situaciones de hecho establecidas" **(9)**.

Con acierto Adriana Allende escribió: "La prescripción extintiva y la caducidad son institutos inspirados en la idea que un derecho que no ha sido ejercitado no puede permanecer con vida indefinidamente, porque ello provoca incertidumbre de las relaciones jurídicas. La caducidad, que pertenece al campo del dejar de ser, tiene en común con la prescripción extintiva el elemento positivo del transcurso del tiempo, pero a diferencia de esta provoca automáticamente la propia extinción del derecho. Según Couture la caducidad es la extinción, consunción o pérdida de un derecho o facultad por vencimiento de un plazo u ocurrencia de un supuesto previsto en la ley.

"La prescripción refiere básicamente al lapso para hacer valer una acción y la caducidad refiere fundamentalmente al tiempo para hacer valer el derecho.

"En el caso de la prescripción refiriéndonos a la extintiva se interpone a pedido de parte, mientras que la caducidad si bien se interpone a pedido de parte tanto la doctrina administrativa como la jurisprudencia proponen diferentes opciones para aplicar plazos que no fueron previstos y dotar de cierta certeza al interesado. Todo ello deriva del *jus punendi* del Estado.

"Si bien sus fundamentos se pueden encontrar en el principio de certeza y seguridad jurídica que garantiza a las personas la posibilidad de conocer las normas y determinar las consecuencias jurídicas de sus actos, este principio encuentra un reconocimiento expreso en nuestra Carta fundamental pero aún no existe en nuestro derecho una previsión general de plazos de prescripción y caducidad en materia de infracciones y sanciones administrativas" **(10)**.

Por su fundamento, la prescripción **(11)** y la caducidad **(12)**, en las diversas manifestaciones indicadas, en el ámbito del derecho administrativo sancionador existen y se aplican aun sin texto de derecho positivo que las recoja.

En algunos sectores, la prescripción de la falta o de la sanción o la caducidad de los procedimientos están previstos expresamente. Así, el art. 186 de la ley 19.307, de 29 de diciembre de 2014, prevé en el ámbito de las telecomuni-

---

recho Administrativo en homenaje al Profesor Emérito Dr. Carlos E. Delpiazzo, FCU, Montevideo, 2021, p. 630.

(8) RUOCCO, Graciela, "Infracciones y sanciones en materia de servicios de servicios de comunicación audiovisual", en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto (coord.), Servicios de comunicación audiovisual, Facultad de Derecho-Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, 2016, p. 434.

(9) MUÑOZ MACHADO, Santiago, "Tratado...", ob. cit., ps. 338 y ss.

(10) ALLENDE, Adriana, "Los plazos de prescripción y caducidad...", ob. cit., p. 289.

(11) BRITO Mariano, R., "Régimen disciplinario. Principios fundamentales del procedimiento, infracción y sanción disciplinarias", en PRAT, Julio A. y otros, Procedimiento administrativo, Acali, Montevideo, 1977, p. 152; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Seguridad jurídica...", ob. cit., ps. 343 y ss.

(12) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Seguridad jurídica..., ob. cit., ps. 345 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Derecho a un procedimiento de plazo razonable", en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, Derecho Administrativo. Dimensión Social, La Ley Uruguay, Montevideo, 2020, ps. 421 y ss.

caciones la prescripción de las infracciones; el art. 79 de la ley 19.121, de 20 de agosto de 2013, en el ámbito del derecho administrativo disciplinario en la Administración Central prevé la prescripción de las faltas; la caducidad de los procedimientos se recogió en el art. 78 de la ley 19.121 ya citada para los procedimientos disciplinarios regulados por dicha ley; los arts. 38 y ss. del Cód. Tributario regulan entre otras cosas la prescripción del derecho al cobro de las sanciones en materia tributaria; el art. 223 del Cód. Aduanero prevé la prescripción de las acciones fiscales por infracciones aduaneras para reclamar, entre otras cosas, el pago de multas; el art. 55 de la ley 19.124, de 18 de diciembre de 2020, estableció la prescripción de la potestad sancionatoria de la Administración en caso de incumplimiento de proveedores en los procedimientos de contratación; el art. 243 de la ley 19.124 citada prevé la prescripción de las multas impuestas por la Auditoría Interna de la Nación, así como de las infracciones.

Pero estos institutos no están previstos en todos los sectores, y cuando se prevén no se regulan de la misma forma. No obstante, en casos en que no estén previstos procede igualmente la aplicación del principio. En estos casos el principio se aplica directamente, pero la ausencia de textos admite la integración analógica acudiendo, para el régimen jurídico, a la regulación existente. Esto, al ser diferentes esas regulaciones, crea dudas en cuanto a qué regulación debemos tener en cuenta. Así, por ejemplo, Cajarville Peluffo, al estudiar la prescripción prevista en el art. 172 del dec. 500/1991, de 27 de setiembre de 1991, sostuvo que recoge un principio general que se aplica aun sin texto. A falta de texto que prevea plazo, sostiene que se puede aplicar por analogía los plazos previstos expresamente, para otras situaciones **(13)**. Por su parte, Martins también admitió la aplicación directa del principio, pero para el plazo sugirió la aplicación de los plazos previstos para las faltas en el Código Penal **(14)**.

Al estudiar el art. 78 de la ley 19.121 que prevé la caducidad de los procedimientos disciplinarios en el ámbito de dicha ley, sostuve que este artículo no hacía sino una especificación de un principio general de derecho de máximo valor formal, por lo que regía en otros procedimientos disciplinarios no alcanzados por esa ley. Afirmé en consecuencia que, en estos casos, ante ausencia de previsión expresa, las disposiciones de esa ley deben ser aplicadas por analogía **(15)**.

Por esa misma razón, lo expuesto procede respecto de otros procedimientos administrativos sancionadores, aunque no sean disciplinarios. Este principio no es un principio del derecho disciplinario sino del derecho administrativo sancionador en general, por lo que es común tanto a los procedimientos internos como externos.

Lo que acabo de afirmar no ha sido recibido por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en la sentencia 500/2011, de 14 de junio de 2011. En efecto, por dicha sentencia rechazó la aplicación de la caducidad en análisis y sostuvo que esta ha sido expresamente consagrada para el procedimiento disciplinario, pero no para el procedimiento administrativo sancionador externo **(16)**.

Esa posición de nuestro Tribunal no puede admitirse. Como bien señaló Guariglia al comentar la sentencia aludida, en ella "se concreta un razonamiento interpretativo típico del dogmatismo decimonónico, donde la esencia del Derecho reside únicamente en la norma, en este caso, la contenida en un reglamento" **(17)**. No tuvo en cuenta el Tribunal que las reglas de derecho no son solo normas sino también principios. Y aquí, precisamente, estamos ante un principio.

---

(13) CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, "Introducción al procedimiento administrativo uruguayo", en CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, Sobre derecho administrativo, FCU, Montevideo, 2012, 3ª ed. actualizada y ampliada, t. II, p. 187.

(14) Citado por LAPAZ, Gastón, "Seguridad jurídica...", ob. cit., p. 82. Aclaro que Martins verbalmente me confirmó su posición, lo que hizo extensivo a la caducidad.

(15) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Derecho a trato imparcial y equitativo y en plazo razonable en el procedimiento administrativo", en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, Derecho Administrativo. Otra forma de verlo, La Ley Uruguay, Montevideo, 2017, p. 462.

(16) Estudios de Derecho Administrativo. LA LEY Uruguay, 2012, Nº 5, p. 676.

(17) GUARIGLIA, Carlos, E., "Acerca de la caducidad de la pretensión punitiva de la Administración", en Estudios de Derecho Administrativo, nro. 5, La Ley Uruguay, 2012, p. 748.

En tal sentido, también observó Guariglia: "Si el cimiento de la caducidad de la pretensión punitiva de la administración reside en la seguridad jurídica, aquella configura un principio general de derecho, en tanto además de la previsibilidad y certeza que ella entraña, contribuye a ordenar y encauzar la vida social por medio del valor de la justicia" **(18)**.

No obstante, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo parece haber cambiado de posición. En efecto, por sentencia 507 de 14 de octubre de 2014, anuló un acto administrativo por entender que no se había seguido un procedimiento en plazo razonable.

Es cierto que el caso ahora resuelto no es igual al de la sentencia 500/2011, de 14 de junio de 2011, ya que este refiere a un procedimiento disciplinario y el otro a un procedimiento administrativo sancionador externo. Pero lo que ambos tienen en común es que en ninguno de esos procedimientos se había previsto expresamente una caducidad de la pretensión punitiva de la Administración.

En la última sentencia el Tribunal, teniendo en cuenta el Pacto de San José de Costa Rica, los desarrollos de la Jurisprudencia de la Corte Iberoamericana de Derechos Humanos, así como de la Corte Europea de Derechos Humanos, razonó considerando: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades. Y con base en ello concluyó en que el procedimiento seguido no fue realizado en plazo razonable, por lo que la Administración no podía sancionar, sino que correspondía la clausura y el archivo de las actuaciones **(19)**.

Esta última jurisprudencia se ha ido asentando. En efecto, Lapaz observó que en la jurisprudencia actual del TCA surge que a) aunque no haya previsión expresa, todas las infracciones y sanciones administrativas deben prescribir o caducar; b) el TCA resuelve el vacío normativo integrando por analogía **(20)**. También la doctrina nacional se ha ido consolidando en el sentido por mí propiciado **(21)**.

Por cierto que el derecho positivo, si los textos normativos están bien redactados, facilita su aplicación. Sería deseable una regulación completa y uniforme. Pero, repito, la ausencia de textos no impide su aplicación, por algo son principios **(22)**. La aplicación del principio se complementa con la analogía.

La ley 19.924, de 18 de diciembre de 2020, no regula de una manera general y uniforme la prescripción y la caducidad en el derecho administrativo sancionador ni pretende hacerlo. Pero avanza en la regulación de la prescripción en algunos sectores, lo que efectúa por los arts. 55 y 243 que a continuación se analizarán.

III. Prescripción del art. 55

El art. 55 de la ley 19.924 establece:

"La potestad sancionatoria de los organismos comprendidos en el art. 451 de la ley 15.903, de 10 de noviembre de 1987, y sus modificativas, prescribirá a los cinco años contados a partir de producido el hecho que la motiva, cuando derive del incumplimiento de proveedores en los procedimientos de contratación".

(18) GUARIGLIA, Carlos, E., "Acerca de la caducidad...", ob. cit., p. 750.

(19) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Derecho a trato imparcial...", ob. cit., ps. 462 y ss.

(20) LAPAZ, Gastón, "Seguridad jurídica...", ob. cit., p. 84.

(21) LAPAZ, Gastón, "Seguridad jurídica...", ob. cit., ps. 87 y ss.; VÁZQUEZ, Cristina, "Extinción de las sanciones...", ob. cit., p. 270; ALLENDE, Adriana, "Los plazos de prescripción y caducidad...", ob. cit., p. 296; LORENZO, Susana, "Caducidad de la potestad...", ob. cit., p. 634.

(22) BARBÉ PÉREZ, Héctor, "Los principios generales de derecho como fuente de derecho administrativo en el derecho positivo uruguayo", en BARBÉ PÉREZ, Héctor - REAL, Alberto, R. - CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo - MARTINS, Daniel H., Los principios generales de derecho en el derecho uruguayo y comparado, FCU, Montevideo, 2001, p. 29; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "La dignidad de la persona", Civitas, Madrid, 1986, ps. 83 y ss.; CASSAGNE, Juan Carlos, "Los principios generales del derecho en el Derecho Administrativo", Anticipo de Anales, año XXXII, segunda época, nro. 25, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 1987, p. 40; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Los principios generales de derecho en el derecho administrativo. Aplicación por el legislador, el administrador y el juez", en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo, La Ley Uruguay, Buenos Aires, 2012, p. 85; RUOCCO, Graciela, "Principios generales de derecho administrativo", Estudios de Derecho Administrativo, nro. 11, La Ley Uruguay, Montevideo, 2015, ps. 385 y ss.

El artículo precedente nos remite al art. 451 de la ley 15.903, de 10 de noviembre de 1987, por lo que, para la recta inteligencia del ahora en estudio, también tenemos que considerar.

Este artículo, en redacción dada por el art. 313, de la ley 19.889, de 09/07/2020, establece:

"Constituye materia de la presente Ley de Contabilidad y Administración Financiera los hechos, actos u operaciones de los que se deriven transformaciones o variaciones en la Hacienda Pública.

"Quedan comprendidos en la misma, en carácter de Organismos de Administración-Financiero Patrimonial, sin perjuicio de las atribuciones y facultades, derecho y obligaciones que les asignen la Constitución de la República y las leyes:

"— Los Poderes del Estado.

"— El Tribunal de Cuentas.

"— La Corte Electoral.

"— El Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

"— Los Gobiernos Departamentales.

"— Los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados.

"— En general todas las administraciones públicas estatales.

"Para los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados del dominio industrial y comercial del Estado, las disposiciones en materia de Contabilidad y Administración Financiera, serán de aplicación en tanto sus leyes orgánicas no prevean expresamente regímenes especiales.

"No obstante serán de aplicación, sin excepción, en toda contratación de cualquier administración pública estatal, los principios generales de derecho, como así también, los principios especiales previstos en el numeral VI) del art. 562 de la presente ley".

Coordinando los arts. 55 de la ley 19.294 y 451 de la ley 15.903, se extrae que el ámbito orgánico de aplicación de la prescripción prevista en el art. 55 es toda la Administración Pública uruguaya. La enumeración de los órganos efectuada en el citad art. 451 y la expresión que figura al final de esa enumeración, "[...] en general todas las administraciones públicas estatales", no deja duda que comprende todo órgano del Estado, cualquiera sea su naturaleza y posición institucional, en ejercicio de la función administrativa. No comprende a las personas privadas, aunque sean de capital enteramente estatal, ni a las sociedades de economía mixta de derecho privado, ni a las personas públicas no estatales.

El ámbito material de esa prescripción no alcanza a toda la actividad de la Administración sino solamente a la sancionatoria. "Potestad sancionatoria" dice el artículo.

Pero tampoco el ámbito material coincide con todos los supuestos en que se aplica el derecho administrativo sancionador, sino que, al referirse el artículo a casos de "incumplimientos de proveedores", estimo que se circunscribe a casos en que el incumplidor sea un cocontratante de la Administración. Es decir, estamos en un supuesto de ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración en el marco de contratos administrativos.

Lamentablemente, en esta parte el artículo no es del todo preciso, por lo que provoca algunas dudas interpretativas.

La palabra "proveedor" es de escasa técnica jurídica. Suele emplearse en un sentido amplio para comprender bienes y servicios. En tal sentido, es proveedor de la Administración aquel que entrega bienes o presta servicios a la Administración, no quien recibe de la Administración bienes o servicios.

Por tanto, puede concluirse que este artículo se aplica en caso de incumplimiento de quien provee bienes o servicios a la Administración, no de incumplimiento contractual de quienes reciben esos bienes o servicios de la Administración.

Las dudas no terminan aquí.

Véase que el art. 55 refiere a "incumplimiento de proveedores en los procedimientos de contratación".

El proveedor adquiere su condición de tal con el contrato. El procedimiento de contratación es siempre previo al contrato; por tanto, si algún in-

cumplimiento se produce en el procedimiento no es de un proveedor. En consecuencia, si pretendemos aplicar este artículo a proveedores, es de aplicación imposible. Y si pretendemos aplicarlo en todo incumplimiento contractual, podemos aplicarlo a casos de incumplimiento de no proveedores, con lo que le damos una extensión al artículo que me parece que no es la querida.

Con todas las dudas que me suscita esta parte del artículo por las razones indicadas, me parece que refiere a incumplimiento de proveedores más allá de los procedimientos de contratación. Refiere a incumplimiento en la ejecución del contrato.

Por supuesto que esta prescripción refiere únicamente a los aspectos que configuran derecho administrativo sancionatorio y no alcanza a las obligaciones emergentes del contrato, que son supuesto de responsabilidad contractual que se rigen por otros principios y otras normas.

Podría plantearse la duda, asimismo, si esta prescripción se aplica también a las sanciones previstas en el art. 73 del TOCAF.

El art. 73 citado refiere a los recursos administrativos contra actos dictados en los procedimientos de contratación.

El inciso final de este artículo establece:

"Resuelto el recurso, se apreciarán las responsabilidades de los funcionarios actuantes y del propio recurrente. Si se comprobara que el recurrente hubiere actuado con mala fe, manifiesta falta de fundamento o malicia temeraria, previa vista, podrán aplicarse sanciones de suspensión o eliminación del Registro Único de Proveedores del Estado y del Registro del organismo, sin perjuicio de las acciones judiciales que pudieran corresponder por reparación del daño causado a la Administración".

Las sanciones previstas en este artículo se aplican por actuar con mala fe, manifiesta falta de fundamento o malicia temeraria en el procedimiento recursivo. No refiere al procedimiento de contratación que, obviamente, es previo, ni a la ejecución del contrato. Por tanto, estimo que estos supuestos no están alcanzados por el art. 55 en estudio.

Finalmente, caben algunos comentarios sobre la terminología empleada.

En primer término, es preciso advertir que la potestad sancionatoria no prescribe. Podrá prescribir la falta, la sanción, caducar el procedimiento o la acción, pero no la potestad de la Administración.

Está claro que no estamos ante una prescripción de la sanción, porque ella no fue impuesta. Tampoco estamos ante una caducidad del procedimiento porque este no se inició. Podría tratarse de la prescripción de la falta administrativa o de la caducidad de la acción del derecho español. Me recuerda más a este instituto puesto que no hay prevista causal alguna de interrupción o suspensión del plazo.

La inquietud del legislador al tratar de avanzar en la prescripción en el ámbito del derecho administrativo sancionador merece aplausos. Pero sería deseable un mayor rigor técnico para disipar las dudas que este artículo plantea, lo que sería posible con un nuevo texto normativo.

IV. Prescripción del art. 243

El art. 243 de la ley 19.924, establece:

"Art. 243.— (Prescripción).

"I) El derecho al cobro de las multas que imponga la Auditoría Interna de la Nación prescribirá a los seis años contados a partir de la culminación del año civil en que se produjo la infracción que la motiva.

"Las sanciones por incumplimiento de las obligaciones impuestas prescribirán a los seis años, contados a partir de la culminación del año civil en que el acto administrativo que la impone quede firme.

"II) El término de prescripción de las sanciones e infracciones se ampliará a diez años cuando, declarando o haciendo valer formas jurídicas inadecuadas, o por otros medios, los sujetos obligados por el Capítulo II de la ley 19.484, de 5 de enero de 2017, impidan conocer a su beneficiario final o induzcan a error sobre la obligación de identificación establecida en los arts. 23 y 24 de la citada ley.

"III) La suspensión e interrupción de los plazos de prescripción establecidos en el presente artículo, se regirán por lo previsto en los arts. 39 y 40 del Cód. Tributario, en cuanto fuere aplicable".

Como se advierte, el *nomen juris* del artículo es *prescripción*. Pretende regular una prescripción.

Este artículo consta de tres numerales. Lo sustancial está en el primero; el segundo prevé una hipótesis de ampliación del plazo; el tercero prevé causales de suspensión e interrupción.

El numeral I consta de dos incisos que refieren a cosas distintas. El primer inciso refiere a la prescripción del derecho al cobro de multas y el segundo, refiere a la prescripción de sanciones.

Corresponde, pues, analizarlos por separado.

Lo que prescribe, según el comienzo de la oración del primer inciso del numeral I) del art. 243, es "el derecho al cobro de multas".

Esa expresión hace pensar que se trata de una prescripción de la acción. Sin embargo, el numeral II, cuando prevé una ampliación del plazo, lo hace para la prescripción de las sanciones e infracciones. Como claramente el inciso segundo del numeral I refiere a la prescripción de sanciones, esa referencia a prescripción de infracciones que efectúa el numeral II, nos hace pensar que el legislador entendió que el primer inciso del numeral I prevé una prescripción de una infracción.

Como ese artículo refiere a multa que imponga la Auditoría Interna de la Nación, entendemos que comprende solo a las sanciones pecuniarias y no a otro tipo de sanciones y que se aplica en cualquier materia objeto del control de la Auditoría Interna de la Nación.

Dicho de otro modo, se trataría de una prescripción de infracciones susceptibles de multa en cualquier materia objeto del control de la Auditoría Interna de la Nación.

El plazo de la prescripción es de seis años y la ley fija el punto de partida del cómputo: "a partir de la culminación del año civil en que se produjo la infracción que la motiva". Es decir, los seis años se cuentan, a partir del 31 de diciembre del año en que se produjo la infracción.

El segundo inciso del numeral I del art. 243 en estudio refiere genéricamente a sanciones. Es decir, prevé una prescripción de las sanciones, cualesquiera sean ellas de las que puede imponer la Auditoría Interna de la Nación en el ámbito de su competencia, sea o no multa.

El plazo también es de seis años, pero cambia el punto de partida de su cómputo. En este caso los seis años se computan a partir de la fecha en que el acto administrativo que impone la sanción quede firme.

Un acto administrativo es firme cuando: a) venció el plazo para recurrir y no se recurrió; b) habiendo sido recurrido el acto, no se interpuso en tiempo la acción de nulidad; c) habiéndose interpuesto en tiempo la acción de nulidad, el proceso concluye sin una sentencia estimatoria, por una decisión del Tribunal de lo Contencioso Administrativo con fuerza de cosa juzgada

En cualquiera de esos momentos el acto adquiere firmeza. Por tanto, los seis años en esta prescripción se cuentan a partir del 31 de diciembre del año en que el acto que impuso la sanción quedó firme.

El numeral II del art. 243 en estudio amplía el plazo de las dos prescripciones previstas en el numeral I a 10 años, manteniendo el mismo punto de partida del cómputo.

Esto procede en casos de infracciones a la ley 19.484, de 5 de enero de 2017 (ley de convergencia con los estándares internacionales en transparencia fiscal internacional, prevención y control del lavado de activos y financiamiento del terrorismo).

Este plazo de 10 años procede cuando los sujetos obligados por el Capítulo II de esa ley, declarando o haciendo valer formas jurídicas inadecuadas, o por otros medios, impiden conocer a su beneficiario final o induzcan a error sobre la obligación de identificación establecida en los artículos 23 y 24 de la ley 19.484 **(23)**.

(23) "Art. 23 (Obligación de identificar. Entidades residentes).— A partir del 1º de enero de 2017, las entidades residentes deberán identificar inequívocamente a sus beneficiarios finales, contando con la documentación que

El inc. III prevé causales de suspensión e interrupción de todos los plazos de las dos prescripciones previstas en este artículo, lo que es propio de la prescripción y no de la caducidad. A tales efectos se remite a lo dispuesto en los arts. 39 y 40 **(24)** del Cód. Tributario en lo que fuere aplicable.

lo acredite fehacientemente. A los efectos de la presente ley, se consideran residentes las entidades comprendidas en el art. 13 del Título 4 del Texto Ordenado 1996". "Art. 24 (Obligación de identificar. Entidades no residentes).— Igual obligación a la establecida en el artículo anterior tendrán las entidades no residentes, siempre que cumplan alguna de las siguientes condiciones: A) Actúen en territorio nacional a través de un establecimiento permanente, de acuerdo a la definición establecida en el art. 10 del Título 4 del Texto Ordenado 1996. B) Radiquen en territorio nacional su sede de dirección efectiva, para el desarrollo de actividades empresariales en el país o en el exterior. Se entenderá que una entidad tiene su sede de dirección efectiva en territorio nacional cuando en él radique la dirección y control del conjunto de sus actividades. Asimismo, a efectos de la definición de las actividades empresariales comprendidas en el presente literal, será de aplicación la definición establecida en el numeral 1) del literal B) del art. 3º del Título 4 del Texto Ordenado 1996. C) Sean titulares de activos situados en territorio nacional por un valor superior a 2.500.000 UI (dos millones quinientas mil unidades indexadas), de acuerdo a las reglas de valuación de activos del Impuesto a las Rentas de las Actividades Económicas (IRAE).Quedan comprendidos en el presente artículo los beneficiarios finales de fondos de inversión y fideicomisos del exterior, cuyos administradores o fiduciarios sean residentes en territorio nacional".

(24) "Art. 39 (Interrupción de la prescripción).— El término de prescripción del derecho al cobro de los tributos se interrumpirá por acta final de inspección; por notificación de la resolución del organismo competente de la que resulte un crédito contra el sujeto pasivo; por el reconocimiento expreso o tácito de la obligación por parte del deudor; por cualquier pago o consignación total o parcial de la deuda, cuando ella proceda; por el emplazamiento judicial y por todos los demás medios del derecho común. En el tributo de sellos, el curso de la prescripción del derecho al cobro se interrumpirá también por la incautación de los resguardos incursos en infracción. La prescripción del derecho al cobro de las sanciones y de los intereses se interrumpirá por los mismos medios indicados en el inciso anterior, así como en todos los casos en que se interrumpa el curso de la prescripción de los tributos respectivos". "Art. 40 (Suspensión de la prescripción).— La interposición por el interesado de cualquier recurso administrativo o de acciones o recursos jurisdiccionales, suspenderá el curso de la prescripción hasta que se configure resolución definitiva ficta; se notifique la resolución definitiva expresa, o hasta que quede ejecutoriada la sentencia, en su caso".

V. Un aspecto común de los dos artículos

Para terminar, deseo aludir a un problema común que plantean los dos artículos estudiados precedentemente.

Véase que la prescripción del art. 55 comienza a partir del hecho del incumplimiento y la prescripción del numeral I del art. 243 comienza al finalizar el año civil en que se produjo la infracción.

Si la infracción consiste en un ilícito instantáneo no hay problema. Pero no se contempla la hipótesis de otro tipo de ilícitos.

En los casos del art. 243 el problema en algo se diluye al considerarse todo el año civil, pero no desaparece pues la acción puede empezar en un año y seguir en otro.

Por tanto, a los efectos de determinar el momento en que se configura el ilícito, propongo aplicar en lo pertinente, por analogía, la solución prevista en el art. 172 del dec. 500/1991, de 27 de setiembre de 1991, recogido por otra parte en el art. 78 de la ley 19.121, de 20 de agosto de 2013, en que se remite al sistema previsto en el art. 119 del Cód. Penal **(25)** en que se distingue la situación de los delitos consumados, de los tentados, de los colectivos, de los continuados y de los permanentes.

Aclaro finalmente que, en las infracciones por omisión, el momento a considerar debería ser el momento en que cesó el deber de actuar.

(25) "Art. 119. (Punto de partida para la computación de los delitos).El término empieza a correr, para los delitos consumados, desde el día de la consumación; para los delitos tentados, desde el día en que se suspendió la ejecución; para los delitos cuya existencia o modalidad requiere diversos actos o diversas acciones —delitos colectivos y continuados— desde el día en que se ejecuta el último hecho o se realiza la última acción; para los delitos permanentes desde el día en que cesa la ejecución".

Ciencias del comportamiento, regulación o cómo pensamos que pensamos

Iván Budassi

Sumario: I. Locutores que corren y los mil datos.— II. Las fallas de mercado, el pensamiento lineal y las fallas cognitivas.— III. La economía y su imperio.— IV. A veces, no pensamos. Muchas veces, nos equivocamos.— V. Los mil y un sesgos.— VI. *Behavioral analysis of law.*— VII. Sesgos y derecho.— VIII. Comportamiento y el derecho administrativo.— IX. Intervención pública, fallas cognitivas y el imperativo ético.

I. Locutores que corren y los mil datos

Escuchamos la oferta, la publicidad, el producto ofrecido. Y después entra el "locutor de legales":

"Costo Financiero Total (CFT) 27,03%. Tasa Efectiva Anual (TEA) 24,03% Tasa Nominal Anual (TNA) 9,9%. CFT 24,03%. Promoción válida para la cartera de consumo en la República Argentina para la financiación en la compra de vehículos sujeto a condiciones previas de contratación, aprobación y otorgamiento por parte banco respectivo. Préstamo prendario en pesos en 12 cuotas mensuales. Las cuotas correspondientes a esta financiación incluyen capital, IVA y seguro del vehículo. Los precios tienen IVA incluido. No incluyen gastos, flete y seguro del flete. No incluye gastos de patentamiento...".

Y el pobre locutor continúa con su letanía, marchando a paso aceleradísimo para ocupar la menor cantidad de tiempo posible, para tirarnos una carrada de información luego del aviso que intenta vendernos un auto. Y encima le queda la voz aflautada por el aumento de la velocidad de reproducción para ganar algún segundo adicional. Y ello en cumplimiento de la res. 7 (03/06/2002), de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y Defensa del Consumidor, que establece minuciosamente la información que debían contener los anuncios publicitarios **(1)**.

Y dije *continúa* a propósito, porque primero nunca jamás en la historia de la Argentina ninguna persona ha tomado una decisión de comprar o no comprar algo con base en estos avisos que oímos sin escuchar. Y luego ni nos dimos cuenta de que la disposición fue derogada en 2017 pues "...es fácilmente comprobable la difusión de avisos publicitarios que si bien cumplen con la normativa vigente son poco claros para los consumidores y usuarios por la cantidad de información no esencial o irrelevante que es incorporada en las piezas publicitarias, desvirtuando la finalidad pretendida por las normas". Y ya más calmado, ahora el locutor cumple con la sola obligación que le impone la nueva resolución: referir a una página web y/o línea telefónica **(2)**.

---

(1) "Art. 4º.— Cuando los precios se exhiban financiados deberá indicarse el precio de contado en dinero efectivo, el precio total financiado, el anticipo si lo hubiere, la cantidad y monto de las cuotas, y la tasa de interés efectiva anual aplicada, calculada sobre el precio de contado en dinero efectivo", http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/70000-74999/74899/texact.htm.

(2) La res. 915-E/2017 de la Secretaría de Comercio obliga a solo a mencionar la página web del vendedor, en donde nuevamente se carga una cantidad de información extensa e inentendible para el ser humano medio

Ahora bien, ¿existen solo estas dos alternativas de regulación para tratar de informar a los consumidores? ¿Debemos resignarnos a elegir entre forzar a los publicistas a acelerar a un locutor a decir mil cosas en 10 segundos, o remitir a una página web donde también se escriben mil datos difíciles de entender? ¿No hay en la caja de herramientas de regulatorias del derecho administrativo otras opciones?

II. Las fallas de mercado, el pensamiento lineal y las fallas cognitivas

La economía ha traído al derecho los argumentos para justificar la intervención administrativa. Es un tópico justificar las intervenciones públicas como herramientas que se usan para solucionar ciertas "fallas de mercado", que por definición no pueden ser corregidas por el libre ejercicio de las actividades privadas.

Por ejemplo, si existen deficiencias en la información de la que disponen consumidores o usuarios sobre las características de un producto o de un servicio, allí el Estado tiene la carga de intervenir para proveer esos datos en forma directa, o de obligar a los productores o fabricantes a que los revelen y los hagan fácilmente accesibles.

En estos casos el Estado toma decisiones presumiendo una directa relación de causa a efecto entre sus medidas interventoras y la obtención de algo parecido al resultado deseado. Por ejemplo, se considera que para promover determinada actividad comercial o industrial en una zona desfavorecida resulta adecuado establecer un régimen promocional: supone que de este modo la actividad comercial e industrial del lugar se desarrollará inevitablemente.

En el resto de las fallas de mercado, el razonamiento se estructura de una manera similar. Por ejemplo, ante una deficiencia en la información disponible para los consumidores o usuarios de servicios públicos el Estado obliga a las prestadoras a transparentar su estructura de costos; o a un banco a publicar detallada, minuciosamente, las fórmulas empleadas en la determinación de las cuotas e intereses a abonarse (arg. arts. 38, 41, 42 y ccds., CN). Según esta "racional" forma de decidir, la autoridad supone que antes de tomar una determinación el usuario de servicios eléctricos o bancarios se informará de estos pormenores y decidirá conforme convenga a sus intereses.

Por otro lado, quienes diseñan estas intervenciones estatales saben que los resultados pueden haberse apartado de la intencionalidad deseada. Por ello es ya un tópico que en la implementación de las soluciones a las "fallas de mercado" pueden existir "fallas del Estado" por errores en el diseño regulatorio.

Sobre la base de todas estas intervenciones existe de manera implícita una misma metodología: los poderes públicos y los actores privados de la comunidad jurídica o económica toman decisiones "racionales" al actuar, luego de una evaluación consciente y meditada de las alternativas a la mano. Luego de un análisis de esas posibilidades, deciden, presuponiendo una coherencia entre la decisión que se ejecuta con el resultado buscado.

Sobre esta particular forma de encuadrar el proceso decisional se ha estructurado el tradicional razonamiento jurídico que se enseña desde siempre en nuestras facultades. De igual modo que en los modelos económicos, se toma siempre al hombre como decisor racional, individual y aislado, conocedor y evaluador de las opciones disponibles, y coherente en la búsqueda de la maximización de su beneficio.

III. La economía y su imperio

Esta metodología "racionalista", propia del análisis económico, ha colonizado desde los '70 a todas las ciencias sociales. Así Gordon Tullock pudo decir que se había consagrado el "imperialismo" de la ciencia económica (o quizás, mejor dicho, de su método) sobre el resto de sus hermanas **(3)**. Lo mismo sostuvo Gary Bec-

http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/300000-304999/302907/norma.htm

(3) TULLOCK, Gordon, "Economic Imperialism", en ROWLEY, C. K. (ed.), Virginia Political Economy (ps. 3-15), The Selected Works of Gordon Tullock, vol. 1, C. K. Rowley, Indianapolis, Liberty Fund; traducido en https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20160303/20160303184131/rev01_tullock.pdf. Un desarrollo sobre el concepto de "imperialismo de la economía" y el aparente consenso en la literatura académica de la época puede verse en Maki,

ker **(4)**, quien sobre la misma época desarrolló su modelo SMORC (*Simple Model Of Racional Crime*): las regulaciones para el control del delito debían basarse en el principio económico de la máxima utilidad. El delincuente decidiría cometer un crimen sopesando conscientemente solo dos factores: las posibilidades de ser aprehendido y el monto de la pena que se le impondría si es capturado **(5)**.

A partir de allí, el trasvasamiento de estos principios del método económico al derecho permitió a los propulsores del *economic analysis of law* decir ahora se podrían obtener conclusiones verdaderamente "científicas" en el campo jurídico: se lograría determinar el resultado más eficiente de la aplicación de las normas legales, por sobre los clásicos estándares del análisis jurídico tradicional.

Hay perlitas maravillosas. Véase este alarde de modestia en uno de los autores más clásicos del análisis económico del derecho, Robert Cooter: "Una teoría científica para predecir los efectos de las sanciones sobre la conducta, de la que carecían los abogados, se desarrolló en economía después de 1960. Así como las leyes imponen sanciones a los actos, en los mercados se cobran precios por los productos adquiridos. Los economistas desarrollaron la teoría de los precios, que es matemáticamente precisa y empíricamente confirmada, para predecir cómo las personas responden a los precios. Para los economistas, las sanciones se parecen a los precios, ya que ambos son aranceles fijados al comportamiento. Es de suponer que las personas respondan a sanciones más severas al igual que responden a precios más altos. La adaptación de teoría de los precios al derecho permitió a los economistas predecir cómo las personas responden a las sanciones" **(6)**. De acuerdo con el bueno de Robert, ahora sí podemos decir que el derecho es "científico"...

IV. A veces, no pensamos. Muchas veces, nos equivocamos

A partir de los años '90 pero con mucha más fuerza de los 2000 en adelante, los cimientos supuestamente inconmovibles de la metodología del análisis económico, y su aplicación al derecho y al resto de las ciencias sociales, comenzaron a temblar bajo el ataque del *behavioral economics*, traducida como "economía de la conducta" o "economía del comportamiento" **(7)**.

Como resulta evidente para cualquier psicólogo (y para cualquier persona "normal" que no sea ni abogado ni economista), las personas no tomamos siempre decisiones de manera lenta y calma, sopesando alternativas y utilizando medios que permitan llegar al objetivo deseado. En muchas oportunidades (la mayoría, como veremos más adelante) decidimos de manera inmediata, automática, rápida, inconsciente. Precisamente, fueron dos psicólogos, Daniel

---

Uskali, "Economics imperialism: Concept and constraints", Philosophy of the Social Sciences 39[3], 2009, 351380; https://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc.download?doi=10.1.1.493.7843&rep=rep1&type=pdf.

(4) "He llegado al convencimiento de que el enfoque económico es aplicable a toda la conducta humana, ya se trate de un comportamiento que sigue precios monetarios o precios imputados; sean decisiones repetidas o infrecuentes, importantes o menores; objetivos emocionales o mecánicos; personas ricas o pobres; hombres o mujeres, adultos o niños; brillantes o estúpidos; pacientes o terapeutas; empresarios o políticos, profesores o alumnos". Becker, Gary S., "The Economic Approach to Human Behavior", The University of Chicago Press, 1976. Su visión sobre la aplicación del método del análisis económico a todos los ámbitos de la vida social se condensa en el discurso de aceptación del Premio Nobel de Economía de 1992; BECKER, Gary, "Nobel Lecture: The Economic Way of Looking at Behavior", Journal of Political Economy, 101/31, 1993, ps. 385-409.

(5) BECKER, Gary, "Crime and Punishment: An Economic Approach", puede consultarse en NBER, 1974; http://masonlec.org/site/rte_uploads/files/JEP/Readings/Butler%20Economic%20Analysis%20for%20Lawyers%203rd%20ed/CH%20VII%20Crime.pdf; y traducido en http://ebour.com.ar/ensayos_meyde2/Gary%20S.%20Becker%20-%20Crimen%20y%20Castigo.pdf.

(6) COOTER, Robert, "Law and Unified Social Theory", 22 J.L. & Soc'y 50 (1995), traducido como "El Derecho y la Teoría Social unificada", disponible en http://ebour.com.ar/ensayos_meyde2/Robert%20Cooter%20%20El%20Derecho%20y%20la%20Teoria% 0Social%20unificada.pdf.

(7) Prefiero, por consejo de mis amigos psicólogos, hablar siempre de "comportamiento" y no de "la conducta", para no transferir a nuestro campo las rencillas de la psicología sobre "conductismo", "psicoanálisis clásico", etc. La denominación más popular es la de "economía del comportamiento" o behavioral economics, pero con ella le quitamos la visión multidisciplinaria que tanto enriquece este campo del conocimiento.

Kahneman y Amos Tversky **(8)**, quienes establecieron (con estudios de laboratorio que involucraban a personas reales tomando decisiones) que por diversos motivos la mayoría de las veces resolvemos de manera instantánea, sin análisis ni meditación alguna, yendo directamente del estímulo a la acción, de manera "irracional". O, para ser más precisos, contraria a la racionalidad metodológica de la economía.

Los estudiosos israelíes pudieron comprobar que una gran cantidad de decisiones se toman con base en los principios de lo que llamaron "Sistema Uno": rapidez automaticidad, falta de reflexión. En otras oportunidades (las menos) utilizamos nuestro "Sistema Dos": actuamos recién después de un debate interno lento, trabajoso y especulativo **(9)**.

Puestos contra las cuerdas por los nuevos descubrimientos, los defensores del análisis económico neoclásico indicaron que obviamente existían otros factores condicionantes en la decisión humana más allá del interés personal. Pero que para poder construir modelos analíticos era necesario limitar las variables en juego. Así se debía dar por sentado que las personas decidían evaluando alternativas, sopesando consecuencias de modo de obtener resultados que maximizaran sus beneficios. Por otro lado, argumentaron que más allá de que en algunos casos pueda haber desviaciones de estos modelos "racionales", en los grandes números el método es útil pues, en la absoluta mayoría de las veces la realidad comprobaría que las personas, al decidir, emplean medios compatibles con la obtención de los mayores beneficios personales **(10)**.

Al primero de los argumentos (la necesidad de asumir determinados presupuestos para poder modelizar conductas) la economía del comportamiento respondió afirmando que, si bien en la gran mayoría de nuestras decisiones actuamos "irracionalmente", somos (en palabras de Dan Ariely) "predeciblemente irracionales" **(11)**. Quizás el gran mérito de los fundadores de las ciencias del comportamiento fue la sistematización de la forma en la cual se toman las decisiones no conscientes, automáticas o irracionales para a partir de allí construir modelos.

Individualizaron una serie de "sesgos cognitivos" que son los que nos hacen equivocarnos de determinada manera, regularmente, con un patrón constante y con resultados que pueden ser previstos, ordenados y eventualmente evitados **(12)**. Los sesgos son definidos como el efec-

(8) Kaheman y Tversky eran dos grandes amigos con personalidades complementarias. Daniel, pesimista por principio, inseguro, sometía todo a incontables revisiones era el gran organizador de papers e ideas. Amos, héroe de guerra, optimista incorregible, era inteligente hasta el límite de la soberbia, punzante y gracioso en los debates. Trabajaron juntos desde 1969 hasta 1984, cuando la relación se ajó. Volvieron a amigarse poco antes que Tversky falleciera de cáncer en 1996. Y en 2002 Khaneman ganó el Nobel de Economía en soledad (sin Amos, pues no pueden otorgarse premios póstumos), por "haber integrado aspectos de la investigación psicológica en la ciencia económica, especialmente en lo que se refiere al juicio humano y la toma de decisiones en estados de incertidumbre". Un libro encantador cuenta la vida personal y académica de estos dos amigos: LEWIS, Michael, "The Undoing Project: A Friendship That Changed Our Minds", W. W. Norton Company, 2016).

(9) El libro imprescindible en este punto es KAHNEMAN, Daniel, "Pensar rápido, pensar despacio", Debate, 2012.

(10) Nuestro amigo Cooter, citado más arriba, desarrolla con claridad esta posición: "Los economistas suelen decir que estos modelos tienen éxito porque la maximización modela la racionalidad y la mayoría de la gente es racional. La evaluación de esta afirmación requiere una comprensión de la racionalidad económica. Diferentes personas quieren cosas diferentes, tales como riqueza, poder, fama, amor, virtud o felicidad. Una concepción de la racionalidad sostiene que las personas racionales pueden clasificar las alternativas según la medida en que les permiten acceder a lo que desean. La racionalidad exige, además, elegir la alternativa más alta que está disponible. Sería irracional estar peor según su propio criterio cuando se puede lograr lo mejor" (COOTER, Robert, "Law and Unified Social Theory", ob. cit., p. 5).

(11) Ariely en su divertido libro "Predictably Irrational" (Harper Collins, 2009, 2ª ed.) desarrolla los principios de nuestras decisiones "irracionales". Hay una edición en español, "Las trampas del deseo: Cómo controlar los impulsos irracionales que nos llevan al error", Ariel, 2013.

(12) "La mayoría de las cosas que pensamos y hacemos (Sistema 2) se originan en el Sistema 1. El Sistema 2 toma las riendas cuando esas cosas se ponen difíciles, y es él normalmente el que tiene la última palabra. Como el Sistema 1 opera automáticamente, y no puede ser desconectado a voluntad, los errores del pensamiento intuitivo son muchas veces difíciles de prevenir. Los sesgos no siempre pueden evitarse, porque el Sistema 2 puede no tener un indicio del error". (KANHEMAN, Daniel, "Pensando...", Primera parte, p. 40).

to psicológico que produce una desviación en el procesamiento mental, lo que lleva a una distorsión, juicio inexacto, interpretación ilógica, a una "irracionalidad", en el sentido que no hace coincidir nuestras intenciones con los resultados obtenidos.

Sin meternos en las honduras de la psicología y la antropología, es evidente que muchos de estos sesgos aparecen como una necesidad evolutiva para decidir rápido ante ciertos estímulos, problemas o situaciones. Es que desde siempre el hombre tuvo una incapacidad de procesar toda la información disponible: por ello la filtra de forma selectiva y subjetiva. En determinados contextos conducen a acciones más eficaces o permiten adoptar decisiones más rápidas, cuando la inmediatez es el mayor valor. Podemos colegir que el hombre primitivo, ante la aparición al trote de un gliptodonte de tres metros de largo y uno y medio de altura, no se ponía a cavilar sobre si era carnívoro o herbívoro: simplemente corría a buscar de refugio.

Estos sesgos, que pudieron representar un arma valiosa en la preservación de la especie humana, hoy pueden conducirnos a cometer errores graves. Ese cavernícola utilizaba como referencia lo que le pasaba a él y a su clan. En la actualidad, ante el bombardeo de información que tenemos por doquier, quizás "corramos" ante un riesgo estadísticamente insignificante (como la mordedura de un tiburón en la playa o la caída de un avión de pasajeros). Sin embargo, como los medios, acostumbrados a las muertes por accidentes de tránsito, casi ni los mencionan, subestimamos los peligros de viajar por la ruta y sobrestimamos los que la tele nos pone dramáticamente en pantalla.

Otro desafío al diseño metodológico de los modelos económicos presente en muchas de las políticas públicas es qué se tiene en cuenta al decidir. ¿Actuamos puramente movidos por el interés individual? ¿O nos influye lo que piensa nuestro grupo social o nuestros pares? Nuevamente, los *behavioralistas* pudieron demostrar que una carta que destaca el alto cumplimiento en el pago de impuestos o el ahorro de energía por parte de nuestros vecinos es mucho más efectiva que las amenazas de muerte que se reciben de las agencias recaudadoras en todo el mundo intimándonos al pago de los impuestos atrasados, o que las subas de tarifas que tienden a desalentar el consumo de gas o electricidad.

V. Los mil y un sesgos

Desde los inicios de la economía conductual los autores fueron identificando y sistematizando estos sesgos, estas desviaciones del pensamiento "racional" que nos llevan a errar de manera persistente. Se dice que ya se han identificado más de doscientos **(13)**. A estos sesgos se los puede contrarrestar mediante el uso de *nudges*, pequeños empujones que llevan a mitigar sus efectos para que nuestras decisiones alcancen los resultados realmente deseados.

Fueron Richard Thaler **(14)** y Cass Sunstein **(15)** quienes aplicaron a las *behavioral sciencies* el término *nudge* **(16)** con un nuevo significado, al punto que así se llamó uno de los libros fundacionales de nuestro campo. Y lo definieron como: "Cualquier aspecto de la arquitectura de decisiones que altere el com-

(13) Este cuadro nos da una idea de su diversidad: https://es.wikipedia.org/wiki/Archivo:Cognitive_Bias_Codex_-_180%2B_biases,_designed_by_John_Manoogian_III_(jm3).jpg

(14) Richard Thaler fue Nobel de Economía 2017. Escribe con profundidad y con un estilo descontracturado. Hizo un cameo con Selena Gómez en la película "The Big Short" (en español conocida como "La Gran Apuesta", https://www.youtube.com/watch?v=AUM59Eh6vTw). De sus muchos libros, "Misbehaving. The making of Behavioral Economics" (en español "Portándose mal") tiene un muy buen resumen de los orígenes y descubrimientos de la economía del comportamiento, y el épico enfrentamiento que los juristas Sunstein y Jolls, y el mismo Thaler mantuvieron en un congreso en Chicago con los profetas del economics analysis of law (cap. 27, WW Norton & Co, 2015 en inglés y Paidós, 2018 en español).

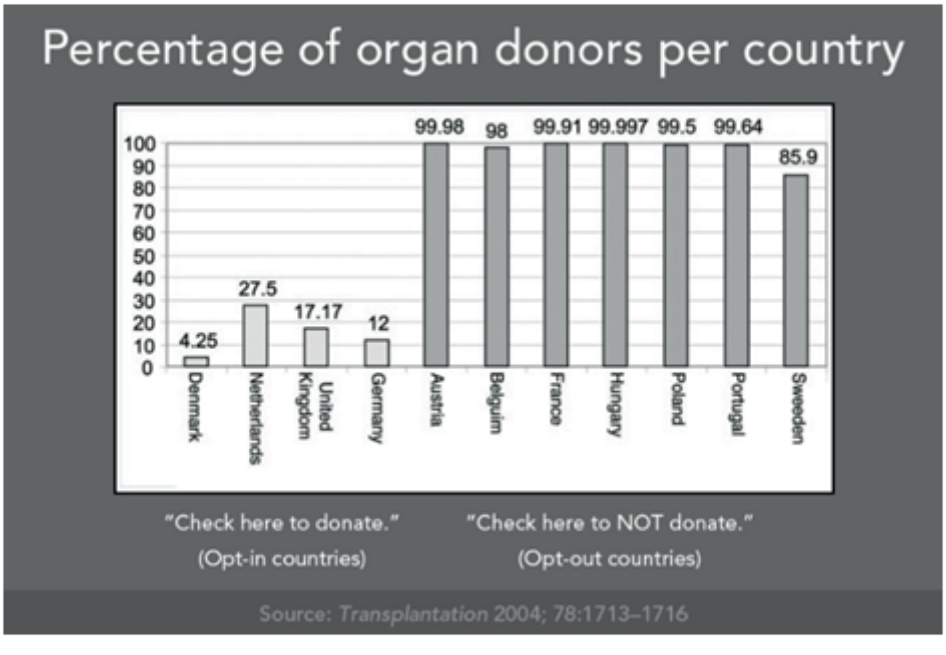
(15) Cass Sunstein es un polifacético jurista, compañero de B. Obama en la Universidad de Chicago y amigo desde entonces del expresidente. Profesor de derecho administrativo, regulación y behavioral analysis of law en la Univ. de Chicago por 27 años, en 2010 se mudó a Harvard. Fue director de la Oficina de Información y Asuntos Regulatorios (OIRA) en la Administración Obama. Y debemos suponer que Cass dicta mientras duerme, pues ha escrito centenares de artículos y 55 libros, al punto de ser el autor jurídico más citado en los journals del mundo.

(16) El libro se publicó en 2008. Existe una edición en español, "Un pequeño empujón", Taurus, 2017. Existe una final edition (así se ha subtitulado) de 2021, que no he llegado aún a leer.

portamiento de las personas de un modo predecible sin prohibir ninguna opción ni cambiar significativamente sus incentivos económicos" **(17)**. Es una suerte de GPS: nos sugiere un modo de acción que nos llevará en el menor tiempo posible a la dirección deseada. Pero el decisor siempre es libre de dejar al aparato recalculando, y tomar la ruta que escoja. El pequeño empujón no debe contemplar una ventaja económica, ni debe prohibir la elección de alternativas. El *nudge* puede ser una sugerencia para que la persona decida siguiendo su "Sistema Uno" en el modo que lo favorezca; se hace "saliente" la comida saludable poniéndola al principio del menú, aumentando las chances de que se la elija **(18)**. O puede ser un empujón para que salga de del "Sistema Uno" y decida usando su "Sistema Dos": las rayas perpendiculares en un sitio peligroso en la ruta —que llaman la atención a la vista y hacen vibrar el vehículo— nos sacan de la conducción automática para estar atentos a una curva o un cruce peligroso **(19)**.

VI. *Behavioral analysis of law*

Veamos el siguiente cuadro, que muestra el porcentaje de donaciones de órganos en diferentes países:



Comparemos países que, a primera vista, parecen de culturas más o menos similares. En Alemania dona el 12% de la población; en Austria casi el 100%. En Holanda (aunque que el gobierno en-

(17) Ibidem, p. 8.

(18) Sobre este punto publiqué un artículo en el diario La Nación del 20/05/2019 "Obesidad, conducta y góndolas", https://www.lanacion.com.ar/politica/obesidad-conducta-gondolas-nid2249772/, en donde conté el escaso resultado de las políticas tradicionales (prohibiciones, rebajas de precios, educación nutricional), y el impacto logrado por el uso de herramientas comportamentales en el programa "Let's move" de Michelle Obama para la lucha contra la obesidad infantil.

(19) Puede verse un buen análisis sobre el tema en la introducción realizada por Martín Frúgoli a la traducción del artículo de SUNSTEIN, Cass, "Malentendidos acerca de los nudges", LA LEY del 24/07/2020, LL AR/DOC/1774/2020.

vió una carta a cada neerlandés rogándole que tome la decisión de donar sus órganos luego de su muerte), solo lo hace un 27%, contra el 98% de su vecina Bélgica. Dinamarca 4,25% contra 85% en Suecia; Reino Unido 17% contra 99% de Francia. ¿Tan mezquinos son los habitantes de los países de la izquierda del cuadro, tan generosos los de la derecha?

Lo que ha determinado semejante disparidad entre unos y otros es la simple utilización de un instrumento jurídico. Un instrumento que la Facultad de Derecho presentaba como "neutro". De acuerdo con la mecánica tradicional de nuestro razonamiento**,** poco importaba lo que la norma estableciera supletoriamente, en aquellos ámbitos donde regía la "autonomía de la voluntad". Por ejemplo, no debería afectar la cantidad de donantes el hecho que la ley disponga que, al momento de morir, se considere que somos donantes presuntos (salvo que en vida hayamos decidido lo contrario) o, a la inversa, se presuma que no donamos. En uno y otro caso, las personas evaluarían las alternativas y valores en juego y decidirían libremente, tildando el casillero pertinente en las mil oportunidades disponibles.

Pero en el mundo real los resultados son muy distintos. El hecho de que la legislación dispusiera, en los países de la derecha del cuadro, que en caso de silencio se presume que dona sus órganos ha tenido un efecto dramático en el manejo de la salud pública. Es que ha actuado un "sesgo", el sesgo de *statu quo*: lo que dispone la norma se toma como punto de referencia, y cualquier cambio con respecto a ese punto se percibe como una pérdida o desventaja **(20)**.

Este *nudge* de seleccionar cual es la regla del *default* ha tenido innumerables aplicaciones prácticas. El cambio en la opción de enrolarse en un sistema de previsión social en las fuerzas armadas norteamericanas; el establecimiento por defecto de un plan de energía "verde" (y algo más cara) por sobre el tradicional con base en residuos fósiles en Alemania o Suiza; la propina propuesta en un porcentaje y adicionada a la cuenta, salvo que el comensal la rechace. La trascendencia que tiene para el lado que la regla por *default* se establezca contradice los principios de la elección racional: en vez de decidir sopesando alternativas, la mayoría nos dejamos llevar por la decisión que la norma o el sistema "toma" por nosotros **(21)**.

VII. Sesgos y derecho

El reconocimiento ya universal de la existencia de sesgos que nos llevan a equivocarnos de manera metódica y sistematizable ha tenido un impacto tremendo en el derecho, al punto de constituirse en un campo de estudio independiente **(22)**.

Como ya vimos, las reglas del *default* no son neutras, sino que determinan las conductas de las personas.

Por ejemplo, no se logra cubrir la ausencia de información haciendo disponible todos los datos sobre cómo se compone un alimento, ni con un desgranado y extenso análisis de cómo se calculan los intereses en un préstamo a largo plazo. Eso no llega a incidir sobre la conducta del consumidor: no se puede procesar tanto dato. Sin embargo, un sistema simple que combine etiquetas o colores para los alimentos más nocivos, o una tabla de dos columnas donde

(20) SUNSTEIN, Cass, "Behavioral Analysis of Law", Program in Law & Economics Working Paper No. 46, 1997, p. 6, https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/12876715/Behavioral%20Analysis%20of%20Law.pdf?sequence=1.

(21) Los más viejos nos acordamos del sistema establecido por la ley 24.241, creador del sistema de capitalización para jubilaciones y pensiones: si el trabajador no decía nada en un plazo determinado, se lo incorporaba por defecto al sistema de las AFJP (art. 30, 39 y ccds.).

(22) El muy útil desarrollo en el mundo del derecho se denomina en inglés behavioral analysis of law, o behavioral law and economics. Me cuesta encontrar una traducción precisa a estas expresiones; quizás podríamos usar algo así como "ciencias del comportamiento y derecho". Para un interesante análisis del debate terminológico ver FRÚGOLI, Martín, "Análisis económico y conductual del Derecho (Behavioral Law & Economics)", artículo del 09/06/2021; Id SAIJ: DACF210109; http://www.saij.gob.ar/martin-frugoli-analisis-economico-conductual-derecho-behavioral-law-dacf210109-2021-06-09/123456789-0abc-defg9010-12fcanirtcod?&o=17&f=Total%7CFecha/2021%5B20%2C1%5D%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema/Derecho%20civil%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%7CJurisdicci%F3n%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%E1tica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento/Doctrina&t=64.

compare intereses y cuotas pueden en verdad influir en la decisión final de compra o endeudamiento.

De este modo el campo de las intervenciones administrativas cambia radicalmente.

El dueño de un supermercado (mejor dicho, su departamento de marketing) era plenamente libre de organizar el recorrido de sus clientes y la ubicación de los productos como mejor le conviniera. En busca de obtener mayores beneficios, se hacía pasar a los compradores por lugares donde quizás nunca irían por sí solos. A la altura de los ojos y en las puntas de góndolas se ubicaban los productos que más querían vender. Cerca de las cajas se llenaban los pasillos con chocolates, pilas y snacks que el consumidor ni tenía pensado comprar. Es que el marketing emplea estos sesgos de saliencia (se decide con base en lo que nos llama la atención) y de disponibilidad (se decide por la información que tenemos más a mano y a la vista, olvidando buscar en los estantes de abajo o en otro lugar más lejano). ¿Es legítimo intervenir en esta arquitectura diseñada por el mercadeo para que el ciudadano consuma lo que el dueño del comercio quiere? ¿Se puede obligar al empresario a ubicar en esos lugares estratégicos productos más saludables, más baratos o producidos en la zona cercana a de los lugares de venta? **(23)**.

VIII. Comportamiento y el derecho administrativo

VIII.1. La academia

Las ciencias del comportamiento se han consolidado en la academia, partiendo de la contraposición a los modelos económicos tradicionales hasta constituirse en un campo de estudios interdisciplinario independiente.

En el campo de la economía, a los Nobel de Kahneman en 2002 y de Thaler en 2017 se sumó en 2019 el otorgado a Esther Duflo, Abhikit Banerjee y Michael Kremer, por el uso de herramientas conductuales y su enfoque experimental en la lucha contra la pobreza.

En una gran cantidad de universidades extranjeras ya existen estudios formales de grado y de posgrado sobre ciencias del comportamiento. Más allá de que en Argentina también se han incorporado como materias en diversos cursos y carreras (en especial las vinculadas a la economía y al derecho), la Universidad de San Andrés ofrece desde el año 2021 una Licenciatura en Ciencias del Comportamiento. La Universidad Favaloro tiene una clara orientación comportamentalista en sus carreras de grado, y la UBA ya ha orientado varias de sus materias de la carrera de Ciencias Económicas hacia este nuevo campo. La Universidad Nacional del Sur de Bahía Blanca incorporó una materia optativa al grado en Derecho, y tiene además un grupo de investigación dedicado a *behavioral* afianzado desde hace varios años. La Universidad Católica Argentina también ha incorporado a sus posgrados jurídicos el *economic analysis of law* y su relación con el *behavioral analysis of law.*

VIII.2. Las nudge units

Y en el mundo entero han florecido las agencias dedicadas a analizar las políticas públicas en base a las ciencias del comportamiento.

El pionero fue el Reino Unido con la creación del *Behavioral Insights Team* (BIT) en 2010. Nació con una *sunset provision*, que disponía su cierre automático si en dos años si no producía beneficios que excedieran 10 veces sus costos operativos. No solo no cerró, sino que es la unidad *behavioral* más prestigiosa del mundo. Se transformó en lo que sería una sociedad anónima con participación estatal, y tiene sucursales en Manchester, París, Nueva York, Sídney, Singapur, Wellington y Toronto.

En los Estados Unidos, con el impulso de Cass Sunstein, el presidente Obama dictó la Orden Ejecutiva del 15 de septiembre de 2015 "Usando herramientas de las Ciencias del Comportamiento para servir mejor al pueblo americano". Allí se alentaba a los departamentos y agencias ejecutivas identificar políticas, programas y operaciones donde la aplicación de los conocimientos de las ciencias del comportamiento podía producir mejoras sustanciales en el bienestar público, a mejorar los resultados y la rentabilidad de las medidas programadas, y a reclutar expertos en ciencias del compor-

(23) Ver mi comentario en "Obesidad, conducta y góndolas", ob. cit.

tamiento y a fortalecer las relaciones de la agencia con la comunidad de investigación para utilizar mejor los hallazgos empíricos de las ciencias del comportamiento. Constituyó además *The Social and Behavioral Sciences Team* (SBST), ubicado en la Casa Blanca, que debe opinar sobre las alternativas conductistas en las regulaciones propuestas por la administración norteamericana.

A partir de estos avances se han creado más de 200 oficinas en todo el mundo **(24)**: algunas establecidas en las oficinas de los primeros ministros o presidentes (Australia, Canadá, Dinamarca, Alemania, Francia, Alemania, Singapur) o a nivel de Estados o provincias (India, por ejemplo), o en algunos departamentos o ministerios (Suecia en materia de seguridad vial, Perú en educación, Holanda en obras y servicios públicos).

VIII.3. Los organismos internacionales

En vista de su utilidad y su efectividad costo-beneficio, los organismos internacionales han promovido la utilización de las ciencias del comportamiento para la generalidad de sus intervenciones, pero con un especial énfasis en materia de lucha contra la pobreza.

El Banco Mundial, con su reporte del año 2015 "Mente, sociedad y conducta" **(25)** puso en evidencia la utilidad de las perspectivas comportamentales para el trabajo en los organismos multilaterales de crédito. El Banco Interamericano de Desarrollo cuenta con dos unidades dedicadas a la especialidad [una vinculada a salud, temas sociales e infancia **(26)**, otra a la economía y el desarrollo **(27)**]. La OEDC en 2015 y la Unión Europea en 2016 emitieron sendos informes y establecieron unidades comportamentales dentro de su estructura. Finalmente, en junio de 2021 el secretario de las Naciones Unidas impartió una directiva por la que "...insta a todos los colegas a explorar y aplicar la ciencia del comportamiento en áreas programáticas y administrativas y trabajar juntos de manera interinstitucional para darse cuenta de su tremendo potencial de impacto hacia los ODS" **(28)**.

VIII.4. La Unidad de Ciencias del Comportamiento y Políticas Públicas en la Argentina

Por res. SAE 28 del 28 de julio de 2021, y con el apoyo expreso de la Presidencia de la Nación y del Consejo Económico y Social, se creó dentro de la Secretaría de Asuntos Estratégicos la Unidad de Ciencias del Comportamiento y Políticas Públicas.

Su misión es promover la aplicación de las ciencias del comportamiento para el mejoramiento de las políticas públicas y la toma de decisiones de gobierno, con el fin de mejorar la calidad de vida de las personas. Tiene como objetivos explorar y comprender el comportamiento humano y la manera en que las personas toman decisiones para orientar y diseñar mejores políticas públicas y sociales, desarrollar actividades de difusión, investigación, capacitación y formación vinculadas a las Ciencias del Comportamiento Humano.

Se ha conformado ya una Red de Expertos, que colaboran con el organismo y han ayudado a confeccionar las bases para una convocatoria a proyectos de Ciencias del Comportamiento aplicados a políticas públicas a ser presentados por la sociedad civil y académica, y por los equipos técnicos de los organismos públicos. La Unidad cuenta con el apoyo del Banco Intera-

(24) Ver el ilustrativo informe del Banco Mundial donde analiza las experiencias nacionales más importantes: "Behavioral Science Around the World", 2019, http://documents1.worldbank.org/curated/en/710771543609067500/pdf/132610-REVISED-00-COUNTRY-PROFILES-dig.pdf.

(25) Ver https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/20597?locale-attribute=es.

(26) LÓPEZ BÓO, Florencia - BORUCHOWICZ, Cynthia, "Conductas que mejoran vidas: El trabajo del Sector Social del BID en ciencias del comportamiento", 2020, https://publications.iadb.org/es/conductas-que-mejoran-vidas-el-trabajo-del-sector-social-del-bid-en-ciencias-del-comportamiento.

(27) SCARTASINI, Carlos, "Economía del comportamiento para mejores políticas públicas", 2016, https://blogs.iadb.org/ideas-que-cuentan/es/economia-del-comportamiento-para-mejores-politicas-publicas/.

(28) El secretario promueve su aplicación incluso en temas vinculados al terrorismo, operaciones de paz, prevención del terrorismo, discriminación, nutrición y pobreza, etc. https://www.un.org/en/content/behaviouralscience/.

mericano de Desarrollo en esta convocatoria y la contratación de los especialistas de las diversas áreas, y del BIT del Reino Unido para su organización inicial.

IX. Intervención pública, fallas cognitivas y el imperativo ético

Como vimos, la justificación tradicional de las intervenciones públicas surgía de su vinculación con una falla de mercado. El estado detecta una distorsión de la competencia en un sector económico determinado, o la falta de información a los consumidores, o la presencia de externalidades, y dicta normas para regular esa transacción mediante incentivos o sanciones.

Las ciencias de la conducta nos obligan a reparar en otro tipo de "fallas", las "fallas cognitivas". Aquellas que nos hacen decidir de forma equivocada, alejándonos de lo que queremos o nos conviene a nosotros o la sociedad. Estas desviaciones son las que llaman a un nuevo tipo de intervenciones. Si se detecta una tendencia a mantener el *statu quo* con relación a la regla del default establecida normativamente, si conviene al bienestar general promover la selección de una opción determinada, se debe intervenir en la estructura de esa norma para cambiar los resultados, como en el caso de los trasplantes. Si la información nutricional de un alimento se da en una larga enumeración de componentes en una etiqueta o un envase, el estado está habilitado a cambiar el diseño de esa información (simplificándola con una sola etiqueta, quizás un color) para hacerla saliente e influir realmente en la decisión del consumidor.

Una visión liberal podría calificar de dirigista a esta justificación de la injerencia estatal. El desarrollo completo de esta discusión merece un artículo completo. Pero para adelantar el debate, cierro con los argumentos de Sunstein en nombre de la comunidad *behavioral*: "No es cierto que, cuando los Gobiernos se abstienen de actuar, los individuos toman sus decisiones con libertad y coherencia en favor de sus propios intereses y sin influencia alguna. Numerosas partes interesadas sacan provecho de la tendencia de las personas a pensar de manera automática, a sucumbir a la presión social y a apoyarse en modelos mentales, entre ellos, los prestamistas, los publicistas y las élites de todo tipo. En ese contexto, la inacción de los Gobiernos no necesariamente deja espacio a la libertad individual; por el contrario, puede representar una muestra de indiferencia frente a la pérdida de libertad" **(29)**.

(29) SUNSTEIN, Cass, "Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism", Yale University Press, 2014, p. 4.

Las personas en situación de vulnerabilidad y el derecho a la protección de la salud

Luciano Enrici

Sumario: I. Introducción.— II. Antecedentes de la Corte IDH y de tribunales nacionales en torno a la vulnerabilidad y el derecho a la protección de la salud.— III. La vulnerabilidad en el ámbito de las normas procesales.— IV. Conclusiones.

I. Introducción

En estas breves líneas, se procura establecer una aproximación al concepto de "vulnerabilidad" desde una perspectiva limitada a fuentes jurídicas disponibles, para vincularlo con lo atinente al derecho a la protección de la salud de personas o grupos de personas que se encuentren en esa situación.

No es propósito de este trabajo tratar el enfoque propio de otras ciencias sociales en torno a la noción de vulnerabilidad que no sea la jurídica; lo que se pretende es vislumbrar sucintamente los alcances, efectos y/o derivaciones que tal concepto recibe en el ámbito del derecho de cara a la protección de la vida y la salud de las personas humanas, en función de ciertas decisiones de la Corte IDH y de tribunales de nuestro país, como así destacar ciertos aspectos normativos referidos a esta cuestión.

Dicho ello, a modo de primer abordaje, según la Real Academia Española, la noción que nos ocupa se define como "la calidad de vulnerable"; y este último adjetivo alude a aquel que puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente.

La definición apuntada si bien se aproxima, en cierta manera, al objeto de este trabajo, a mi entender no permite dimensionar cabalmente la noción desde el punto de vista estrictamente jurídico en función de los contornos que ha ido adquiriendo, sobre todo a partir de la proliferación de tratados protectorios de DD.HH. desde la segunda mitad del siglo anterior y con mayor énfasis a partir de los años '90.

En ese sentido, puede apreciarse que los instrumentos internacionales que han recibido jerarquía constitucional en la reforma de 1994 (cfr. art. 75, inc. 22, CN) reconocen derechos inalienables a todo el género humano; pero a su vez, no pierden de vista la necesidad efectiva de protección robustecida para determinados grupos que revelan históricamente y en la actualidad una mayor debilidad intrínseca y dificultades para el acceso a la justicia, como pueden ser, entre otros que he de abordar someramente, los adultos mayores, los niños y las mujeres, que han sido objeto de tratados específicos (Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer).

Bien se ha observado **(1)**, en esta dirección que "...aunque desde la adopción de la Decla-

(1) LA BARBERA, María C., "La vulnerabilidad como categoría en construcción en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: límites y potencialidad", Revista de Derecho Comunitario Europeo, 62, 235-257. Cita online: https://doi.org/10.18042/cepc.rdce.62.07. En dicho trabajo, se formula un minucioso análisis y crítica en torno al concepto de vulnerabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Dicho tribunal, a su vez, entre numerosos otros casos, tuvo en consideración la noción de vulnera-

ración Universal de los Derechos Humanos en 1948 la vulnerabilidad es un concepto implícito en el discurso de los derechos humanos, desde principio de los años noventa se ha hecho cada vez más frecuente la referencia explícita a la noción de 'vulnerabilidad' en convenios y recomendaciones internacionales. Así, la 'Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familiares' (1990) se refiere a la situación de vulnerabilidad en la que con frecuencia se encuentran los trabajadores migrantes y sus familiares debido, entre otros, a su lejanía del país de origen y a las dificultades que encuentran en el país donde trabajan. A su vez, el 'Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados' (1995) reconoce las necesidades especiales de los niños, cuya situación económica, social y género les expone de manera especial a la vulneración de derechos a causa del reclutamiento o utilización en situación de hostilidad... Finalmente, la 'Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas' (2006) establece que los Estados partes podrán establecer circunstancias agravantes en los casos de deceso de las personas desaparecidas o desaparición forzada de mujeres embarazadas, menores, personas con discapacidad u otras personas particularmente vulnerables".

Tal como también se ha advertido en el marco del estudio del sistema interamericano de protección de los DD.HH. **(2)**, la vulneración de un derecho en función de una pertenencia a un grupo implica una afectación no solo para la persona, sino para todo el grupo; por lo que no es suficiente que el Estado se abstenga de violar derechos a las personas que pertenecen a un grupo en situación especial, por el contrario, se requiere que les otorgue una protección mayor que la simple consideración en términos de igualdad. Dicha vulnerabilidad de un grupo o sector puede derivar de múltiples discriminaciones por razones históricas, sociales, económicas o culturales, lo que los ha marginado o excluido de derechos o beneficios que tiene el resto de la población, razón por la cual se les debe otorgar más ventajas para compensar, de alguna manera, la discriminación de la que han sido objeto.

Todo ello ha dado lugar a un nuevo enfoque que tiende a la realización del goce efectivo de derechos de grupos que pueden resultar discriminados, entre los que se suele identificar a: (i) las mujeres; (ii) los niños, niñas y adolescentes (personas menores de 18 años); (iii) pueblos indígenas, afrodescendientes u otras minorías étnicas; (iv) personas adultas mayores; (v) personas con discapacidad; (vi) personas refugiadas y desplazadas; (vii) personas con orientación sexual diversa (LGBTI); (viii) personas privadas de libertad.

La Carta magna reformada en 1994, no es indiferente a esta cuestión en la medida que, según su art. 75, corresponde al Congreso: (i) "...legislar 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"); como así "dictar un régimen de seguridad social especial e inte-

bilidad frente a un caso vinculado a la protección de la salud, al expedirse en el caso "Kiyutin v. Rusia. Aplicación Nro. 2700/10, sentencia de fecha 10 de marzo de 2011, referente a la denegación de un permiso de residencia de un ciudadano uzbeko en Rusia en razón de ser portador del virus HIV, que fuera validada por las instancias judiciales internas de ese país. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos entendió que el rechazo indiscriminado a la solicitud de un permiso de residencia, carente de una evaluación judicial del caso particular y basado únicamente en el estado de salud, no puede considerarse compatible con la protección contra la discriminación consagrada en el art. 14 de la Convención. A tales efectos consideró, entre otras razones, que el recurrente pertenecía a un grupo vulnerable y que no se había demostrado que su exclusión se basa en una justificación razonable y objetiva.

(2) Cfr. MONGE NÚÑEZ, Gonzalo - RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor, "Acceso a la Justicia de Grupos en Situación de Vulnerabilidad. Manual General de Litigio en el Sistema Interamericano con enfoque diferenciado Niñez y adolescencia, pueblos indígenas y afrodescendientes", Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2014, ps. 22-23. Cita online: https://www.iidh.ed.cr/iidh/media/1153/manual-general-de-litigio-en-s-i.pdf.

gral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia" (inc. 23); y (ii) "...proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social... la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna..." (inc. 19). Ello, independientemente de lo dispuesto en el ya aludido inc. 22 del art. 75 CN, ciertos tratados de DD.HH. **(3)** "en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos".

Seguidamente se abordarán ciertos antecedentes jurisprudenciales de la Corte IDH y de la CS a fin de ilustrar el impacto que esta noción ha tenido en el ámbito de los procesos judiciales en los que se ventila el derecho a la protección de la salud.

II. Antecedentes de la Corte IDH y de tribunales nacionales en torno a la vulnerabilidad y el derecho a la protección de la salud

La Corte IDH **(4)** 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.

En ese sentido, ha postulado 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 encuentre.

Asimismo, afirmó **(5)** que el derecho a la igualdad y no discriminación abarca dos concepciones: una negativa, relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias, y una positiva, relacionada con la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados; y que en tal sentido, la adopción de medidas positivas se acentúa en relación con la protección de personas en situación de vulnerabilidad o en situación de riesgo.

En tal contexto, cabe remarcar que el derecho a la protección de la salud, como ha dicho la Corte IDH **(6)**, adquiere una dimensión es-

(3) A saber: "La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño". Por su parte, los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos pueden gozar jerarquía constitucional, luego de ser aprobados por el Congreso, bajo requerimiento del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

(4) Corte IDH. Caso "Furlan y familiares vs. Argentina". Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C Nro. 246 (párr. 134).

(5) Corte IDH. Caso "Poblete Vilches y otros vs. Chile". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C Nro. 349 (párr. 123). La Corte IDH, en este caso, declaró por unanimidad la responsabilidad internacional del Estado chileno por no garantizar al señor Poblete Vilches su derecho a la salud sin discriminación, mediante servicios necesarios básicos y urgentes en atención a su situación especial de vulnerabilidad como persona adulta mayor, lo cual derivó en su muerte, así´ como por los sufrimientos derivados de la desatención del paciente. Asimismo, la Corte declaró que el Estado vulneró el derecho a obtener el consentimiento informado por sustitución y al acceso a la información en materia de salud, en perjuicio del señor Poblete y de sus familiares, así como el derecho al acceso a la justicia e integridad personal, en perjuicio de los familiares del señor Poblete. La Corte IDH se pronunció por primera ocasión respecto el derecho a la salud de manera autónoma, como parte integrante de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), en interpretación del art. 26 de la Convención, así´ como respecto de los derechos de las personas adultas mayores.

(6) Corte IDH. Caso "Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala". Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C Nro. 359 131 (párr. 131).

pecial respecto de las personas en situación de vulnerabilidad.

Respecto a los supuestos específicos que suelen identificarse a situaciones de vulnerabilidad ligados al derecho a la protección de la salud se expidió brindando los siguientes lineamientos, entre otros numerosos casos, en los que se reflejan a continuación.

II.1. Adultos mayores

a) En el caso "Muelle Flores", la Corte IDH dejó sentado que la edad de la víctima (82 años) implicaba una obligación reforzada de respeto y garantía de sus derechos **(7)**. En el caso, determinó que a partir de distintas omisiones del Estado de Perú se verificó un incumplimiento en el deber de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva y protección judicial, así como que las autoridades judiciales no actuaron con el deber de celeridad que exigía la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba la víctima, razón por la cual excedieron el plazo razonable. Por su parte, el tribunal concluyó que la falta de materialización del derecho a la seguridad social por más de 27 años generó un grave perjuicio en la calidad de vida y la cobertura de salud del señor Muelle Flores, una persona en situación de especial protección por ser persona mayor y en condición de discapacidad.

b) En "Poblete Vilches", frente a un supuesto de responsabilidad internacional del Estado ante una muerte en un contexto médico **(8)**, además de exigir la verificación de los recaudos configurativos del deber de reparar en tales circunstancias **(9)**, la Corte IDH requirió que se tomen en consideración "la posible situación de especial vulnerabilidad del afectado" (por ser adulto mayor), y frente a ello las medidas adoptadas para garantizar su situación.

II.2. Pueblos indígenas

En el precedente "Comunidad Indígena Yake Axa" **(10)**, la Corte IDH consideró que es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudi-

(7) Corte IDH. Caso "Muelle Flores v. Perú". Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C Nro. 375 (párr. 163).

(8) Corte IDH. Caso "Poblete Vilches y otros vs. Chile". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C Nro. 349 (párr. 148).

(9) A saber: "Para efectos de determinar la responsabilidad internacional del Estado en casos de muerte en el contexto médico, es preciso acreditar los siguientes elementos: a) cuando por actos u omisiones se niegue a un paciente el acceso a la salud en situaciones de urgencia médica o tratamientos médicos esenciales, a pesar de ser previsible el riesgo que implica dicha denegación para la vida del paciente; o bien, b) se acredite una negligencia médica grave; y c) la existencia de un nexo causal, entre el acto acreditado y el daño sufrido por el paciente. Cuando la atribución de responsabilidad proviene de una omisión, se requiere verificar la probabilidad de que la conducta omitida hubiese interrumpido el proceso causal que desembocó en el resultado dañoso". Al respecto Rossi, al comentar este antecedente, señaló que "en tal sentido, la adopción de medidas positivas se acentúa en relación con la protección de personas en situación de vulnerabilidad o en situación de riesgo, en el caso "Poblete Vilches", las personas adultas mayores quienes deben tener garantizado el acceso a los servicios médicos de salud en vía de igualdad. A partir de este derecho, la Corte infiere el derecho de las personas mayores a una protección reforzada y por ende exige la adopción de medidas diferenciadas. En este caso, la Corte se pronuncia por primera vez sobre derechos a la salud de las personas mayores. La Corte verifica el importante desarrollo y consolidación de estándares internacionales en esta materia. Cita instrumentos del ámbito universal y regional (africano, europeo e interamericano). En especial, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, la Observación General 6 del Comité DESC, jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, etc." (cfr. ROSSI, Julieta, "Punto de inflexión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre DESCA. El camino de la justiciabilidad directa: de 'Lagos del Campo' a 'Asociación Lhaka Honhat'", Pensar en Derecho, nro. 16, EUDEBA, Buenos Aires, p. 217). Cita online: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revista-16.php.Asimismo, destaca que.

(10) Corte IDH. Caso "Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay". Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C Nro. 125 (párr. 63). También sostuvo que, en lo que se refiere a la especial consideración que merecen las personas de edad avanzada, es importante que el Estado adopte medidas destinadas a mantener su funcionalidad y autonomía, garantizando el derecho a una alimentación adecuada acceso a agua limpia y a atención de salud. En particular, dejó sentado que el Estado debe atender a los ancianos con enfermedades crónicas y en fase terminal, ahorrándoles sufrimientos evitables.

nario, valores, usos y costumbres. Este estándar también se vio reflejado en el caso "Comunidad Indígena Sawhoyamaxa" **(11)**.

II.3. Menores de edad con enfermedad grave

En "González Lluy" **(12)**, la Corte IDH consideró que el Estado de Ecuador debió haber obrado con una debida diligencia excepcional que era necesaria en razón de la particular situación de vulnerabilidad en que se encontraba una menor de edad con grave enfermedad, por lo que era imperante tomar las medidas pertinentes con el fin de evitar retrasos en la tramitación de los procesos.

II.4. Personas con discapacidad

En "Ximenes Lopes" **(13)**, la Corte IDH dejó sentado 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. La Corte reitera que no basta 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 encuentre, como la discapacidad (en el caso, de tipo mental).

II.5. Personas con grave enfermedad

En "Cuscul Pivaral" **(14)**, la Corte IDH declaró la responsabilidad internacional del Estado

(11) Corte IDH. Caso "Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C Nro. 146 (párr. 83).

(12) Corte IDH. Caso "Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador". Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C Nro. 298 (párr. 311). El caso refiere al contagio de una menor de tres años con el virus del VIH al recibir una transfusión de sangre a la que no se le habían realizado pruebas serológicas (proveniente de un banco de sangre de la Cruz Roja) y practicada en un sanatorio privado. A su vez, con posterioridad, la menor fue inscripta en un establecimiento educativo público hasta que, por razones de su enfermedad, se dispuso su suspensión. La madre de la menor presentó una acción de amparo ante el Tribunal Distrital en lo Contencioso Administrativo contra el Estado, el director de la escuela y la profesora, que fue declarada inadmisible al considerarse debían predominar los intereses colectivos del conglomerado estudiantil frente a los derechos y garantías individuales de Talía. En este caso, la Corte IDH declaró responsable internacionalmente al Estado de Ecuador por ciertas violaciones de derechos humanos cometidas por el contagio con VIH la menor de edad, como, asimismo, determinó su responsabilidad por la violación de los derechos a la vida e integridad personal, a la educación, y a la garantía judicial del plazo en el proceso penal en perjuicio de Talía Gabriela Gonzales Lluy.

(13) Corte IDH. Caso" Ximenes Lopes vs. Brasil". Sentencia de 04/07/2006. Serie C Nro. 149 (párr. 103). El caso refiere a la responsabilidad internacional del Estado brasilero en razón de la muerte y maltratos a los que fue sometido el Sr. Ximenes Lopes en una institución de salud mental, así como por la falta de investigación y sanción de los responsables. En lo que interesa, la Corte IDH, sostuvo: "Debido a su condición psíquica y emocional, las personas que padecen de discapacidad mental son particularmente vulnerables a cualquier tratamiento de salud, y dicha vulnerabilidad se ve incrementada cuando las personas con discapacidad mental ingresan a instituciones de tratamiento psiquiátrico. Esa vulnerabilidad aumentada, se da en razón del desequilibrio de poder existente entre los pacientes y el personal médico responsable por su tratamiento, y por el alto grado de intimidad que caracterizan los tratamientos de las enfermedades psiquiátricas". Asimismo, que "...todo tratamiento de salud dirigido a personas con discapacidad mental debe tener como finalidad principal el bienestar del paciente y el respeto a su dignidad como ser humano, que se traduce en el deber de adoptar como principios orientadores del tratamiento psiquiátrico, el respeto a la intimidad y a la autonomía de las personas. El Tribunal reconoce que este último principio no es absoluto, ya que la necesidad misma del paciente puede requerir algunas veces la adopción de medidas sin contar con su consentimiento. No obstante, la discapacidad mental no debe ser entendida como una incapacidad para determinarse, y debe aplicarse la presunción de que las personas que padecen de ese tipo de discapacidades son capaces de expresar su voluntad, la que debe ser respetada por el personal médico y las autoridades. Cuando sea comprobada la imposibilidad del enfermo para consentir, corresponderá a sus familiares, representantes legales o a la autoridad competente, emitir el consentimiento en relación con el tratamiento a ser empleado...".

(14) Corte IDH. Caso "Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala". Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C Nro. 359. En el caso se analiza la situación de un grupo de personas afectadas por el HIV en Guatemala que invocaron la falta de una adecuada atención médica estatal a dicho grupo de personas, así como la falta de una adecuada protección judicial, habrían constituido violaciones a la salud, a la vida, a la integridad personal y a las garantías judiciales y la protección judicial.

de Guatemala por las violaciones a diversos derechos cometidas en perjuicio de un grupo de personas afectadas por el VIH, retomando estándares plasmados en el "González Lluy" **(15)**. Se trata de un importante avance en la línea jurisprudencial de la Corte IDH respecto a la justiciabilidad directa de los de denominados DESCA (entre los que se encuentra el derecho a la protección de la salud); ello, en tanto se reafirma que, de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA, se deriva el derecho a la salud, y que en virtud del art. 26 de la Convención Americana este derecho es justiciable de manera autónoma ante la Corte IDH **(16)**. La Corte IDH (párr. 107) concluyó que el derecho a la salud se refiere al derecho de toda persona a gozar del más alto nivel de bienestar físico, mental y social; que este derecho abarca la atención de salud oportuna y apropiada conforme a los principios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad; y que el cumplimiento de la obligación del Estado de respetar y garantizar este derecho deberá dar especial cuidado a los grupos vulnerables y marginados, y deberá realizarse de conformidad con los recursos disponibles de manera progresiva y de la legislación nacional aplicable. Asimismo, dejó establecido, en el caso concreto, que el derecho a la salud de las personas que viven con el VIH incluye el acceso a bienes de calidad, servicios e información para la prevención, tratamiento, atención y apoyo de la infección, incluida la terapia antirretrovírica y otros medicamentos, pruebas diagnósticas y tecnologías relacionadas seguras y eficaces para la atención preventiva, curativa y paliativa del VIH, de las enfermedades oportunistas y de las enfermedades conexas, así como el apoyo social y psicológico, la atención familiar y comunitaria, y el acceso a las tecnologías de prevención (párr. 114).

(15) Cfr. ROSSI, Julieta, "Punto de inflexión...", ob. cit., p. 218.

(16) Cfr. FERRER MAC GREGOR, Eduardo, "La exigibilidad directa del derecho a la salud y la obligación de progresividad y no regresividad (a propósito del caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala)", Bol. Mex. Der. Comp. vol. 52, nro. 154, Ciudad de México, ene./abr. 2019, Epub 12 de mayo 2020. Cita online: https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/14149.

II.6. Migrantes en situación irregular

En "Nadege Dorzema" **(17)**, la Corte IDH advirtió que la atención médica en casos de emergencias debe ser brindada en todo momento para los migrantes en situación irregular, por lo que los Estados deben proporcionar una atención sanitaria integral tomando en cuenta las necesidades de grupos vulnerables; agregó que el Estado debe garantizar que los bienes y servicios de salud sean accesibles a todos, en especial a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación por las condiciones prohibidas en el art. 1.1 de la Convención.

A su vez, cabe referir que la CIDH **(18)**, en el marco de la pandemia por COVID-19, recientemente recordó que al momento de emitir medidas de emergencia y contención frente a la pandemia del COVID-19, los Estados de la región "...deben brindar y aplicar perspectivas interseccionales y prestar especial atención a las necesidades y al impacto diferenciado de dichas medidas en los derechos humanos de los grupos históricamente excluidos o en especial riesgo, tales como: personas mayores y personas de cualquier edad que tienen afecciones

(17) Corte IDH. Caso "Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C Nro. 251 (párr. 108). Los hechos del caso permitieron a la Corte IDH tener por configurada la responsabilidad internacional del Estado (la República Dominicana) por la muerte y afectaciones a la integridad de migrantes haitianos por parte de agentes militares, así como la falta de investigación de los hechos en el fuero ordinario.

(18) Al respecto ver CIDH, Pandemia y Derechos Humanos en las Américas, res. 1/2020. Ver en https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf. En lo que interesa, dicho informe también refleja que Las Américas es la región más desigual del planeta, caracterizada por profundas brechas sociales en que la pobreza y la pobreza extrema constituyen un problema transversal a todos los Estados de la región; así como por la falta o precariedad en el acceso al agua potable y al saneamiento; la inseguridad alimentaria, las situaciones de contaminación ambiental y la falta de viviendas o de hábitat adecuado. A lo que se suman altas tasas de informalidad laboral y de trabajo e ingresos precarios que afectan a un gran número de personas en la región y que hacen aún más preocupante el impacto socioeconómico del COVID-19. Todo esto dificulta o impide a millones de personas tomar medidas básicas de prevención contra la enfermedad, en particular cuando afecta a grupos en situación de especial vulnerabilidad".

médicas preexistentes, personas privadas de libertad, mujeres, pueblos indígenas, personas en situación de movilidad humana, niñas, niños y adolescentes, personas LGBTI, personas afrodescendientes, personas con discapacidad, personas trabajadoras, y personas que viven en pobreza y pobreza extrema, especialmente personas trabajadoras informales y personas en situación de calle...".

En el plano interno, la CS **(19)** sostuvo que las normas de las convenciones internacionales reconocen que los niños y las personas con discapacidad se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad que requiere una mayor protección por parte del Estado, a fin de garantizarles el goce de los derechos humanos fundamentales allí contemplados (arts. 3º, 6º, 23 y 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño; art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; arts. 4º, 7º, aparts. 1º y 2º, 25 y 28.1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; ley 26.061). Agregó que dichas normas están dirigidas al Estado para que implemente políticas públicas tendientes a que los niños y las personas con discapacidad puedan alcanzar el nivel de vida más alto posible, en particular en lo que concierne a la salud, la rehabilitación, el desarrollo individual y la integración social.

La condición de vulnerabilidad también ha sido considerada por el máximo Tribunal federal **(20)** en función del porcentaje de cobertura del costo de medicación que fuera objeto de condena a una obra social en el marco de un amparo. En ese sentido, dejó sentado: "...9) Que la decisión del *a quo* de obligar a la entidad social a afrontar el 100% de la cobertura del remedio prescripto no resulta razonable en tanto desconoce la plataforma normativa citada, cuya constitucionalidad no ha sido objetada y excluye a la autoridad de aplicación en la materia. 10) Que es apropiado subrayar que la actora no es discapacitada, ni posee certificado que acredite esa circunstancia, cuenta con ingresos propios y no se encuentra en situación de especial vulnerabilidad por lo que no se advierte que la provisión del medicamento, de acuerdo con las previsiones normativas expuestas, signifique una afectación de su derecho a la salud de tal magnitud que importe su desnaturalización".

Por su parte, el máximo tribunal del país **(21)** tuvo oportunidad de expedirse en un caso de extrema vulnerabilidad, al revocar la sentencia por la que se había dejado sin efecto la decisión que ordenaba al GCABA a proveer un subsidio que permitiera a la actora y su hijo —menor discapacitado—, en "situación de calle" y a abonar en forma íntegra un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad **(22)**, hasta tanto se acrediten nuevas circunstancias que permitan concluir que el estado de necesidad cesó. Entre otras razones en las que se sustentó la decisión, dejó sentado que los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada están sujetos al control de razonabilidad por parte del

(19) Fallos 341:1511

(20) CS FSM 42058/2016/2/RH1, sent. del 08/07/2021 "C., M. I. c. Obra Social del Personal de Control Externo (OSPOCE) y otro s/ prestaciones farmacológicas".

(21) Fallos 335:452. La CS dejó sentado, en este caso: i) que los derechos económicos, sociales y culturales no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad, ii) que la mencionada operatividad tiene un carácter derivado en la medida en que se consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado, cuya implementación, en principio, requiere una ley o una decisión del Poder Ejecutivo, por resultar necesaria una valoración general de otros derechos y de los recursos necesarios; iii) que por tal razón no es predicable una operatividad directa, en el sentido de que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial; iv) que, ello no obstante, los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial, toda vez que hay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos cuando se acredita una amenaza grave para la existencia misma de la persona (consid. 10, 11 y 12 del voto de la mayoría). Concluyó afirmando que los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial. Y que ello significa que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad (consid. 17 del voto de la mayoría).

(22) Entre otras medidas; entre ellas, que intervenga con los equipos de asistencia social y salud con los que cuenta para asegurar que el niño disponga de la atención y cuidado que su discapacidad requiere.

Poder Judicial; como así que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad.

A su vez, la situación de vulnerabilidad, a la luz de la doctrina de la CS **(23)**, ha resultado determinante para admitir procesos de índole colectiva.

En ese sentido, tuvo oportunidad de revocar la sentencia por la que el tribunal *a quo* rechazó *in limine* la acción de amparo interpuesta por una asociación civil contra el INSSJP con el objeto de que se reconociera el derecho a la cobertura integral de prestaciones en favor de las personas con discapacidad beneficiarias de pensiones no contributivas de acuerdo con lo establecido en las leyes 22.431 y 24.091. En ese orden, dejó sentado que aun cuando pudiera sostenerse que, en el caso, el interés individual considerado aisladamente, justificaba la promoción de demandas individuales, no era posible soslayar el incuestionable contenido social del derecho involucrado que atañe a grupos que por mandato constitucional deben ser objeto de preferente tutela por su condición de vulnerabilidad: los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad (art. 75, inc. 23, de la CN).

En otro orden, en el caso "Blanco" **(24)** (jubilado que demandó al ANSeS con el objeto de recomponer su jubilación en virtud de un invocado congelamiento de haberes en razón del régimen normativo aplicable) sostuvo que "...precisamente en tiempos de crisis económica cuando la actualidad de los derechos sociales cobra un máximo significado, debiendo profundizarse las respuestas institucionales en favor de los grupos más débiles y postergados, pues son las democracias maduras y avanzadas las que refuerzan la capacidad de los individuos y atienden las situaciones de vulnerabilidad en momentos coyunturales adversos".

A su vez, en el precedente "García" **(25)**, por su parte, al admitir la pretensión de la actora [jubilada que peticionó la declaración de inconstitucionalidad del art. 79, inc. c) de la ley 20.628 de Impuesto a las Ganancias], la CS tuvo oportunidad de señalar, en el consid. 13, que "el envejecimiento y la discapacidad —los motivos más comunes por las que se accede al estatus de jubilado son causas predisponentes o determinantes de vulnerabilidad, circunstancia que normalmente obliga a los concernidos a contar con mayores recursos para no ver comprometida seriamente su existencia y/o calidad de vida y el consecuente ejercicio de sus derechos fundamentales. Por ello, las circunstancias y condicionantes de esta etapa del ciclo vital han sido motivo de regulación internacional, generando instrumentos jurídicos específicos de relevancia para la causa que se analiza". Mantuvo idéntico lineamiento en el caso "García Blanco" **(26)**, de fecha más reciente.

En el plano indemnizatorio, también la CS ha dictado ciertos precedentes que reflejaban la situación de vulnerabilidad del actor.

Así, resolvió declarar que el crédito indemnizatorio admitido al actor se encuentra excluido régimen del art. 22 de la ley 23.982 (consolidación de deudas), teniendo en cuenta que "a partir de la reforma constitucional de 1994, cobra especial énfasis el deber de brindar respuestas especiales y diferenciadas para los sectores vulnerables, con el objeto de asegurarles el goce pleno y efectivo de todos sus derechos. En ese orden, ha señalado que el envejecimiento y la discapacidad son causas predisponentes determinantes de vulnerabilidad, circunstancia que normalmente obliga a los concernidos a contar con mayores recursos para no ver comprometida seriamente su existencia y/o calidad de vida y el consecuente ejercicio de sus derechos fundamentales" (consid. 9°) **(27)**.

(23) Fallos 338:29.

(24) Fallos 341: 1924.

(25) Fallos 342:411.

(26) Fallos 344:983.

(27) Fallos 343:264. La situación de fragilidad del actor surgía de forma evidente de las constancias de la causa: i) setenta años de edad y había acreditado su discapacidad mediante certificado del Ministerio de Salud; ii) padecía, diversas enfermedades invalidantes e irreversibles (consid. 10).

En otro caso, "Institutos Médicos Antártida" **(28)**, tuvo oportunidad de considerar la situación de vulnerabilidad en una controversia referida al cobro de un crédito —en el marco de un proceso concursal— a favor del incidentista **(29)**, respecto del cual se procuraba, con base en la declaración de inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales previsto en la ley 24.522, que se le asigne un privilegio especial prioritario de cualquier otro privilegio. La admisión de tales pretensiones en primera instancia fue revocada por la Alzada, y frente a dicha decisión, tanto la incidentista como la Defensora Pública de Menores e Incapaces ante la Cámara interpusieron recursos extraordinarios. La CS, por mayoría, declaró la inconstitucionalidad de los arts. 239 párr. 1º, 241, 242 parte general, 243 parte general e inc. 2º de la ley 24.522, y ordenó verificar a favor del incidentista un crédito con privilegio especial prioritario de cualquier otro privilegio. En lo que interesa, sostuvo que "los derechos humanos reconocidos tanto por nuestra Constitución Nacional como por las convenciones internacionales mencionadas; la extrema situación de vulnerabilidad de B. M. F. y el reclamo efectuado, que tiene por objeto satisfacer sus derechos esenciales, los que llevan a concluir que el crédito en cuestión debe estar resguardado por un privilegio que lo coloque en un plano superior al de los demás créditos privilegiados. Ello así, con el fin de garantizar a B. M. F. —en alguna medida— el goce de su derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad".

A su turno, se han dictado relevantes decisiones judiciales de tribunales inferiores federales y locales en materia de protección de la salud de personas en situación de vulnerabilidad **(30)**, y

(28) Fallos 342:459.

(29) El crédito reclamado tuvo origen el reconocimiento de una indemnización por mala praxis médica ocurrida en 1990, que le ocasionó una condición cuadripléjica irreversible desde su nacimiento, agravada con el tiempo.

(30) Al respecto, ver, entre otros, en provincia de Buenos Aires: SCBA, causa A. 71.535, sent. del 30/10/2013, causa A. 70.717, sent. del 14/06/2010, causa A. 70.738, sent. del 14/07/2010, causa A. 70.138, sent. del 03/07/2013; ver además CCALP, causa 5788 sent. del 21/02/2008, CCAMDP, causa A 9474, sent. del 21/05/2020; CCASM, causa 1053/2007, sent. del 09/08/2007, 2627, sent. del 16/06/2011; de CABA: CCAyT CABA, sala I, causa 39101-0, sent. del 25/06/2013, CCAyT, sala II, causa A70963-2013-0, sent. del 23/12/2015; CCAyT, sala II, causa A36898-2015-0, sent. del 14/07/2016, CCAyT, causa A5937-2017-1, sent. del 23/11/2017, CCAyT, causa A41420-2015-0, sent. del 12/04/2017, CCAyT, sala II, causa 20726-2017-1, sent. del 21/12/2017, CCAyT, sala I, causa 60535-2017-1, sent. del 14/02/2018, entre muchas otras. Al respecto, ver además TRAVERSO, María C. - RIZZI, Guillermo F., "Estándares internacionales y tendencias jurisprudenciales actuales sobre el derecho a una vivienda adecuada en la Provincia de Buenos Aires", Ada, nro. 5 (diciembre 2013), Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Buenos Aires. Puede visualizarse en: http://www.adaciudad.com.ar/material/articulos/.En dicho trabajo se puede visualizar un amplio desarrollo de los antecedentes de la SCBA en materia de vulnerabilidad y su incidencia en casos que involucran los denominados DESCA, en particular, lo concerniente al derecho a la vivienda en conexión con la tutela del derecho a la vida y a la salud. Dichos autores, a partir de diversos antecedentes jurisprudenciales analizados a la fecha del trabajo, concluyeron que (i) los tribunales abordaron, en líneas generales, situaciones de extrema vulnerabilidad social, con grave afectación de un conjunto de derechos; (ii) los ejes del debate judicial no trasuntaban ya en la aplicación o no de la normativa internacional de protección de los derechos humanos y las consecuentes construcciones jurídicas en torno a ello, sino que la argumentación se diseñaba directamente a partir de la vigencia de los estándares internacionales establecidos por los organismos pertinentes con referencias específicas a: (ii.1) la operatividad del contenido mínimo del derecho en cuestión; (ii.2) la tutela preferente y, en ese sentido, el examen del cumplimiento de la prioridad presupuestaria con asignación privilegiada de recursos; (ii.3) la evaluación —aunque aún incipiente— de cuestiones presupuestarias y la comprobación, en cada caso concreto, de la adecuación —o no— de las respuestas ofrecidas a la situación de vulneración de derechos planteada, lo que ha llevado incluso a la consideración específica —en términos de razonabilidad, condiciones exigidas, posibilidades efectivas— de las políticas públicas implementadas por el poder administrador, a través de sus distintos planes y programas. Por su parte, en fecha reciente la SCBA en la causa C. 122.789, "Andersen" (sent. del 24/02/2021) en el que se analizó la constitucionalidad del art. 29 de la ley 13.133 en cuanto prescribe que "cuando la sentencia acogiere la pretensión, la apelación será concedida previo depósito del capital, intereses y costas, con la sola excepción de los honorarios de los profesionales que representan o patrocinan a la parte recurrente, al solo efecto devolutivo". Al respecto, en lo que interesa al presente, rechazó el recurso extraordinario interpuesto por la demandada respecto de la decisión del tribunal a quo, por la que declaró mal concedido el recurso de apelación (deducido por dicha parte) en la instancia anterior. En el voto del juez Pettigiani (consid. III.1 in fine) se postula que "...en aras de la referida tutela diferenciada diseñada para dar una preferente protección al consumidor y usuario como parte vulnerable de este tipo de relación jurídica, la disposición cuestionada asimismo pretende, en cierto

con mayor énfasis, a partir de la pandemia por COVID-19 **(31)**, cuya reseña detallada desbordaría el objeto de este trabajo.

Como puede apreciarse de los precedentes apuntados, la vulnerabilidad de quien reclama judicialmente por la protección de la vida y la salud, en marcos de distinta naturaleza, es considerada por los tribunales para orientar soluciones con marcado sentido tuitivo que exigen y/o tienen como correlato una mayor respuesta institucional que garantice el goce de aquellos derechos humanos fundamentales.

III. La vulnerabilidad en el ámbito de las normas procesales

Resulta importante, en el marco de este segmento, destacar la relevancia de las denominadas "100 reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad" que emergieron de la Cumbre Judicial Iberoamericana de 2008 **(32)**, las cuales han sido citadas en diversos precedentes judiciales que involucran reclamos de personas en situa-

modo, desincentivar los recursos de apelación que puedan poseer una finalidad dilatoria, al imponerles una mayor onerosidad...".

(31) Al efecto, me remito, entre otros, a un trabajo de mi autoría titulado "Protección judicial del derecho a la salud en el marco de la pandemia COVID-19", Revista de Derecho Administrativo, El Derecho, Buenos Aires, mayo 2020. Ver, además, JCA2 SI, causa 28.844, sent. del 21/07/2014, en la que, por medida autosatisfactiva, la actora procuró que se ordene a la Administración demandada la asignación de un turno para la aplicación de la segunda dosis de la vacuna Sputnik V. Allí se especificó al acceder a la pretensión de la actora, que "la O.G. 14/00, entre otros aspectos de relieve para apuntalar la decisión a adoptarse en la especie, establece la obligación de los Estados parte de garantizar la 'accesibilidad' de los bienes y servicios de salud, sin discriminación alguna, en particular a quienes se encuentren en situación de vulnerabilidad; como resultan ser, entre otros, las personas de edad avanzada (como sucede en el presente caso)".

(32) Para acceder al contenido de dicho documento, entre otros enlaces, ver, del sitio web: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf.Dichas reglas incluso han sido consideradas en el marco de procesos judiciales que involucraron personas en situación de vulnerabilidad. La CS hizo referencia a las "Reglas de Brasilia", en Fallos 343:103, 342:411 y en el voto de la jueza Highton de Nolasco en Fallos 344:1788. En el primero de ellos, el máximo tribunal federal dejó sentado que la ley 26.485 —a la que la provincia de Tucumán adhirió mediante ley 8336— garantiza el acceso a la justicia a mujeres que padecen violencia en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos, entre la que se destaca la violencia institucional, obstétrica y contra la libertad reproductiva; en particular el art. 16 prevé que, en el marco de los procedimientos judiciales, las mujeres tienen derecho a obtener una respuesta oportuna y efectiva, a que su opinión sea tenida en cuenta al momento de decidir y a participar en el procedimiento recibiendo información sobre el estado de la causa [incs. b), d), y g) y Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad, cap. II, secc. 4, y cap. III, secc.1].En Fallos 342:411 (causa "García" antes extractada) también la CS hizo referencia a la adhesión a la "Reglas de Brasilia", por Ac. 5/2009 (consid. 22). A su vez, en el voto de la Jueza Highton de Nolasco en Fallos 344:1788 (causa "Giménez", que remite al dictamen de la PGN) se hace referencia a dichas reglas en un caso vinculado al acceso a la justicia por parte de una persona en situación de vulnerabilidad. Concretamente, se resalta la importancia de "la proximidad de los servicios de los sistemas de justicia a aquellos grupos de población que se encuentren en situación de vulnerabilidad ha sido expresamente destacada en las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (Capítulo 11, Sección 4ª, pto. 42)".Por su parte, la SCBA, en la causa LP A 75573 RSD-68-21 (sent. del 12/05/2021 juez Pettigiani (OP), en cuanto resulta de interés, dejó sentado que "En virtud de las directrices emanadas de las denominadas "Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad", promovidas por la Cumbre Judicial Iberoamericana (a partir de los principios recogidos en la "Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Interamericano/Cancún, 2002") como estándares internacionales de derechos humanos para la debida actuación de los distintos operadores del servicio de Justicia (integrantes de la Judicatura, Fiscalías, Defensorías Públicas, Procuradurías y demás personal del sistema de administración de justicia) frente a procesos judiciales en los que intervengan personas en situación de vulnerabilidad se reclama un efectivo acceso a la justicia para la defensa de sus derechos (Reglas 25, 28 y 29), a la vez que una asistencia judicial de calidad especializada y gratuita (Regla 30) y un trato procesal diferenciado y adecuado a las circunstancias propias de su especial condición (Reglas 50 a 55)". En similar dirección ver SCBA LP C 119635, sent. del 11/10/2017, juez Kogan (SD) y SCBA causa LP C 114079, sent. del 23/04/2014, juez De Lázzari (OP).Por su parte, es doctrina del máximo tribunal bonaerense que "a los efectos de conceder la nueva evaluación de la insana declarada incapaz, prevista en el art. 152 ter del Cód. Civil, según el texto incorporado por la ley 26.657, cabe considerar la exposición de motivos de las "100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad" (XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, a las cuales adhirió la C.S., Acordada 5/2009, 24/02/2009), en cuando protege "la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad", así como el nuevo concepto de salud mental que nuestra Ley 26.657 recepta, enmarcándose en el llamado "modelo social de la discapacidad" [cfr. SCBA causa LP C 116954, sent. del 08/07/2014 juez Soria (SD)].

ción de vulnerabilidad y que, oportunamente, fueron objeto de adhesión por parte de la CS (Ac. 5/2009, del 24/02/2009).

Dicho instrumento, conforme luce su exposición de motivos, propone configurarse como una herramienta para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad, bajo la premisa que si la eficacia de los derechos afecta con carácter general a todos los ámbitos de la política pública, es aún mayor cuando se trata de personas en condición de vulnerabilidad dado que estas encuentran obstáculos mayores para su ejercicio y, por ende, requieren de una actuación más intensa de actores del sistema de justicia para vencer, eliminar o mitigar dichas limitaciones.

De modo concordante con lo expuesto precedentemente, en dicho documento se consideran en condición de vulnerabilidad a aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

Asimismo, establece que "...podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico..." (ver sección 2.1).

Por su parte, desde el punto de vista de la legislación procesal interna, no se verifican al día de hoy referencias normativas en demasía que aludan o tutelen explícitamente la condición de vulnerabilidad de ciertas personas humanas en las causas o controversias que decide el poder judicial.

Uno de los escasos supuestos es el de la Ley de Medidas Cautelares en las causas en las que es parte o interviene el Estado nacional (26.854), vigente a nivel federal, que recoge la "vulnerabilidad" a los efectos de aligerar ciertas exigencias o mecanismos ante supuestos que encuadren en dicha noción, como se puede apreciar de sus arts. 2º, inc. 2º, **(33)**, y 4º, inc. 3º **(34)**. Tal temperamento hace gala de lo que se ha dado por denominar "discriminación favorable", en el sentido de procurar igualar posiciones entre partes adversas con situaciones claramente diferenciables **(35)**; al respecto, Coma-

(33) El art. 2º de la ley 26.854 dispone lo siguiente: "Medidas cautelares dictadas por juez incompetente. 1. Al momento de resolver sobre la medida cautelar solicitada el juez deberá expedirse sobre su competencia, si no lo hubiere hecho antes. Los jueces deberán abstenerse de decretar medidas cautelares cuando el conocimiento de la causa no fuese de su competencia. 2. La providencia cautelar dictada contra el Estado nacional y sus entes descentralizados por un juez o tribunal incompetente, solo tendrá eficacia cuando se trate de sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria. También tendrá eficacia cuando se trate de un derecho de naturaleza ambiental. En este caso, ordenada la medida, el juez deberá remitir inmediatamente las actuaciones al juez que considere competente, quien, una vez aceptada la competencia atribuida, deberá expedirse de oficio sobre el alcance y vigencia de la medida cautelar concedida, en un plazo que no podrá exceder los cinco [5] días".

(34) Por su parte, el art. 3º de la ley 26.854 dispone: "Informe previo. 1. Solicitada la medida cautelar, el juez, previo a resolver, deberá requerir a la autoridad pública demandada que, dentro del plazo de cinco [5] días, produzca un informe que dé cuenta del interés público comprometido por la solicitud. Con la presentación del informe, la parte demandada podrá expedirse acerca de las condiciones de admisibilidad y procedencia de la medida solicitada y acompañará las constancias documentales que considere pertinentes. Solo cuando circunstancias graves y objetivamente impostergables lo justificaran, el juez o tribunal podrá dictar una medida interina, cuya eficacia se extenderá hasta el momento de la presentación del informe o del vencimiento del plazo fijado para su producción. Según la índole de la pretensión el juez o tribunal podrá ordenar una vista previa al Ministerio Público. 2. El plazo establecido en el inciso anterior no será aplicable cuando existiere un plazo menor especialmente estipulado. Cuando la protección cautelar se solicitase en juicios sumarísimos y en los juicios de amparo, el término para producir el informe será de tres [3] días. 3. Las medidas cautelares que tengan por finalidad la tutela de los supuestos enumerados en el art. 2º, inc. 2º, podrán tramitar y decidirse sin informe previo de la demandada". Al respecto, ver SAGÜÉS, Néstor P., "El concepto de 'vida digna' en la ley 26.854 sobre medidas cautelares", LL AR/DOC/6318/2013.

(35) Al respecto ver MORELLO, Augusto M. - SOSA, Gualberto L. - BERIZONCE, Roberto O., "Códigos Proce-

dira **(36)** señaló con claridad que el derecho general —y dado su objeto, el derecho administrativo en particular— no puede ser ajeno a las diversas realidades que le toca regular y por ello, debe dispensar una protección distinta a quienes, por diversas razones, no cuentan o no están en condiciones de acceder al mismo grado de protección o tutela que aquellos que no son ajenos a una situación de vulnerabilidad.

A su vez, el Código Civil y Comercial, en su art. 706, referido a los procesos de familia, consagra el respeto de los principios de tutela judicial efectiva, inmediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente y a su vez, en su inc. a) prevé: "a) Las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables, y la resolución pacífica de los conflictos".

A nivel bonaerense, a su vez, la SCBA, por medio de la res. RC 707/2019, aprobó el denominado "Protocolo de actuación judicial frente a ocupaciones de inmuebles por grupos numerosos de personas en situación de vulnerabilidad" que brinda precisas pautas de actuación del poder judicial frente a situaciones de ocupación y/o desalojos de inmuebles **(37)**.

El objeto de este instrumento es "[p]revenir y/o reducir el impacto social ulterior que puede generar la instrumentación de tales medidas, brindando protección a mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas con discapacidad, adultos mayores y demás personas especialmente vulnerables en los procesos de desalojo (cfr. art. 36, incs. 2º a 6º y 9º, de la Constitución provincial; arts. 1º, 6º, 7º y concs. de la ley 13.298; arts. 1º y 4º, ley 10.592, y 'Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad', en especial, reglas 3, 4, 24, 25, 33, 39, 41, 43, 87 y 6) (ver. II.2.)".

En tanto el sistema judicial se debe configurar, y se está configurando, como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad **(38)**,

---

sales en lo Civil y Comercial, Provincia de Buenos Aires y de la Nación, Buenos Aires", Abeledo Perrot, Buenos Aires, e-book, t. II, ps. 36-38, quienes postulado que "... las normas infraconstitucionales —sustanciales y procesales— han de asegurar, entonces, la igualdad material. Y lo propio deben hacer los jueces en la aplicación a los casos concretos. En el proceso el deber de asegurar la igualdad de las partes impone su nivelación material, en el sentido de garantizar la paridad de armas, y para ello colocar a aquella que se encuentre en situación de inferioridad en el mismo nivel procesal que su oponente. La noción de vulnerabilidad, propia del derecho material, persigue identificar las desventajas procesales impeditivas del ejercicio efectivo de las facultades en juicio y que generan el desequilibrio entre las posiciones de los litigantes. La vulnerabilidad procesal —como se ha señalado con acierto—constituye un criterio legitimador del tratamiento diferenciado entre las partes, que en realidad persigue la igualación en concreto. En la doctrina brasileña se identifican diferentes categorías, a las que se trata de mitigar con técnicas diversas. La vulnerabilidad económica, con el derecho a la gratuidad de la justicia; la vulnerabilidad probatoria, con la inversión del onus o la regla de la carga dinámica; la vulnerabilidad etaria de menores o ancianos, con mecanismos de aceleración de la duración del proceso, o los tribunales especializados; etc. En todos los supuestos, para la legitimación del tratamiento diferenciado, debe existir una pertinencia lógica entre la distinción realizada y la fragilidad procesal a ser mitigada o expurgada, a fin de garantizar el litigio en paridad de armas".

(36) COMADIRA, Julio P., "Ley de Medidas Cautelares en las causas en que es parte o interviene el Estado", Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2021, p. 41. Ver además CABRAL, Pablo, "La nueva Ley de Cautelares contra el Estado Nacional como una política pública de tutela procesal diferenciada. Un análisis de la ley 26.854 frente a los principios y estándares internacionales de protección de los derechos humanos", JA 2013-II, fasc. 11.

(37) En los considerandos de la res. 707/2019, el tribunal da cuenta de su propio antecedente de la causa B 73.724, "Calles Añasgo Roland y otros" (sent. del 15/07/2015), en la que dejó sentado que "en estos temas de alta sensibilidad humana, en los que se evidencian situaciones que involucran a personas en estado de vulnerabilidad social, el obrar de los jueces, de todos los fueros, incluidos los que integran la jurisdicción penal, no puede prescindir del respeto a la dignidad de esas personas, ni a la protección que sus derechos merecen en orden al acceso a una solución habitacional (arts. 14 bis, 16, 28, 33, 75, incs. 22 y 23, CN; 12, inc. 3º, y 36, Const. Pcial.; 2.1, 10, 11.1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 17 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 22 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, entre otros)".

(38) SCBA, causa LP A 70428 RSD-212-16, sent. del 07/09/2016, juez De Lázzari (OP), quien agregó que "poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de

se aprecia la necesidad de un creciente abordaje normativo, a nivel procesal, de la temática tratada en este trabajo para establecer tutelas diferenciales; la cual, muy posiblemente se reforzará como consecuencia de las graves secuelas de la situación sanitaria derivada del COVID-19.

En ese sentido, en el anteproyecto de Código Procesal de Familias, Civil y Comercial de Buenos Aires (2021) **(39)**, se propicia una especial protección a personas en situación de vulnerabilidad y ello se puede vislumbrar de la lectura de sus fundamentos, y de sus arts. 2º, 43, incs. 1º, 7º y 20, 46, 95 a 97, 209, 229, entre muchas otras disposiciones, que actualmente resultan ser objeto de análisis en el marco de una "agenda participativa" propuesta por el gobierno provincial.

IV. Conclusiones

En definitiva, más allá de las valoraciones positivas o críticas que puedan formularse en torno a la categorización de grupos o sectores en situación de vulnerabilidad, puede advertirse del desarrollo de este trabajo que la noción no es inerte en lo que respecta a la protección de la salud desde el punto de vista jurídico y en función de las decisiones de la Corte IDH como de los tribunales de nuestro país.

En ese sentido, todo apunta que frente a la detección de situaciones de vulnerabilidad (generalmente asociadas a los grupos o sectores antes identificados), quienes las padecen se ven sujetos a mayores riesgos de ver menoscabados sus derechos fundamentales (en lo que aquí interesa, la protección de la vida y la salud) y ello exige, correlativamente, una mayor protección por parte del Estado y de quienes, en general, se encuentran a cargo de prestar servicios de salud **(40)**.

También, como se dijo, desde el plano procesal, la noción adquiere dimensión relevante en pos de la superación de las desigualdades emergentes de la composición de un conflicto con una persona humana en situación de vulnerabilidad —en los que se debatan los alcances de su derecho a la protección de la salud—, para lo cual resultan destacables las "Reglas de Brasilia", tal como la propia jurisprudencia de la SCBA se ha encargado de reflejar.

En ciertas ocasiones, como se ha advertido **(41)**, en el marco de los procesos es menester, aún, conformar el tiempo cronológico en el que se desenvuelve la vida del ser humano convencional, con el tiempo vital en el que se desarrolla la existencia de la persona aquejada por una contingencia en la salud, que la colocan naturalmente en un estado desigualitario con el resto de la sociedad, lo cual justifica un tratamiento singular frente a la vulnerabilidad del ser humano ante enfermedades y/o accidentes.

Y, aún para la admisión de los procesos de clase, la vulnerabilidad del grupo o sector que compone el "colectivo", en casos ligados a la protección de la vida y la salud de las personas humanas, resulta determinante para su admisibilidad a tenor de la propia doctrina del máximo tribunal del país.

---

dicho derecho. Si bien la dificultad de garantizar la eficacia de los derechos afecta con carácter general a todos los ámbitos de la política pública, es aún mayor cuando se trata de personas en condiciones de vulnerabilidad dado que estas encuentran obstáculos mayores para su ejercicio. Por ello, se deberá llevar a cabo una actuación más intensa para vencer, eliminar o mitigar dichas limitaciones. El propio sistema de justicia puede contribuir de forma importante a la reducción de las desigualdades sociales, favoreciendo la cohesión social".

(39) El texto del proyecto se puede obtener del siguiente sitio oficial: https://agendaparticipativa.gba.gob.ar/codigo_de_familias_civil_y_comercial.

(40) Aún, se ha postulado (ver CORTI, Horacio, "El régimen jurídico constitucional de la ley de presupuesto, la familia y el carácter expansivo de los derechos", RDF 22, Crisis Socioeconómica y Familia, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 21) que frente a las obligaciones asumidas por el estado de protección a grupos vulnerables frente a gastos que no son de estricta necesidad la actividad presupuestaria no debe alterar el ejercicio de los derechos humanos"; y que la referida alteración se produce si la reglamentación, la actividad financiera y la actividad presupuestaria no son adecuadas para asegurar el ejercicio del derecho.

(41) CCALP causa 5788 sent. del 21/02/2008, en la que, frente a la admisión del amparo en primera instancia (por el cual el actor procuraba la cobertura de gastos por parte del IOMA para una intervención quirúrgica de un menor con una grave secuela incapacitante luego de un accidente cerebro vascular), el Tribunal tuvo por justificada, desde lo formal y sustancial, la promoción del trámite escogido.

La normativa procesal, como se ha visto, apunta, en lo sucesivo, a guardar especial consideración en torno a las personas en situación de vulnerabilidad a fin de evitar desigualdades que desvirtúen la eficacia con la que se deben tutelar sus derechos fundamentales.

Ahora bien, independientemente de lo señalado, la noción de vulnerabilidad, en el plano estrictamente jurídico, a mi modo de ver, debe ser objeto de una ponderación casuística apartada de su empleo promiscuo; ello a fin de que su desmedida generalización o articulación en forma alejada de la realidad de los extremos fácticos del caso concreto, termine desdibujando su verdadera valía de cara a los relevantes efectos que conlleva —en el plano del derecho material y formal— para la tutela efectiva de aquellas personas que se ven en mayor exposición a la pérdida o menoscabo de sus derechos elementales (v.gr. el derecho a la protección de la vida y la salud), e instrumentales para el ejercicio de los demás derechos.

En ese sentido, no cualquier enfermedad implica vulnerabilidad; lo mismo, no es equiparable —de cara al encuadre dentro de la noción en tratamiento—, la situación de un adulto mayor con buen estado de salud, con recursos económicos suficientes y amparado por adecuado sistema de seguridad social que aquel que se encuentre padeciendo una grave enfermedad, sin cobertura o con insuficiente seguro de salud y en situación de extrema pobreza. Ello exige de todos los actores del sistema jurídico (abogados, jueces, funcionarios, entre otros) evitar una consideración mecanicista o automática que determine la impropia equiparación de situaciones disímiles, aun cuando quien reclame por la tutela de un derecho pueda, *a priori*, pertenecer a una determinada categoría asociada a situaciones de vulnerabilidad. No se trata de una mirada restrictiva de la noción de "vulnerabilidad" —la cual, como se vio, ha sido justa y válidamente recogida y aplicada por diversos órganos jurisdiccionales ante la efectiva constatación de situaciones de riesgo o fragilidad—, menos aún en tiempos de crisis como el actual en el que deben profundizarse las respuestas institucionales sobre los grupos más postergados (cfr. CS, Fallos 341:294, consid. 26), sino que apunta a situarla en un eje razonable y adecuado para reforzar la protección y concentrar o priorizar los recursos humanos y materiales disponibles en aquellas hipótesis que verdaderamente exigen una tutela suplementaria de los derechos fundamentales.

Estado nacional, orden público y arbitraje (*)

Tercera parte

Jimena Vega Olmos

Sumario: I. Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros y orden público.— II. Conclusiones.

I. Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros y orden público

I.1. Fuentes normativas

Hasta 2018, el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros se encontraba regulado en nuestro país, principalmente, por los arts. 517 y ss. y concs. del Cód. Proc. Civ. y Com. y, en su caso, por las disposiciones de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras ("Convención de Nueva York") **(1)**. Con la sanción de la ley 27.449 de Arbitraje Comercial Internacional y la derogación del art. 519 bis Cód. Proc. Civ. y Com., las disposiciones del art. 517 y concordantes han perdido vigencia respecto de los laudos arbitrales extranjeros.

La Argentina también ha ratificado numerosos tratados internacionales que regulan la cuestión, como ser, entre otros, (i) la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional **(2)**, que regula la cuestión atinente al reconocimiento de laudos arbitrales en su art. 5º, (ii) la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, que hace lo propio en el art. 2º **(3)**, (iii) el Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940

(*) Este trabajo es una versión ampliada y actualizada de la tesina sobre "El rol del orden público en los arbitrajes en que el Estado Nacional es parte", presentada en el año 2014 para la Carrera de Especialización de Derecho Administrativo Económico de la Universidad Católica Argentina. Por ello, se incluye un agradecimiento especial al Dr. Oscar Aguilar Valdez, tutor de la tesina, por todo el tiempo, conocimiento y consejos dedicados. Dada su extensión, dicha tesina se publica dividida en cuatro. En esta tercera parte trataremos la relación entre el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales y el orden público, con referencia a los distintos enfoques, la manera en que este tema se trata en el derecho comparado y ciertos fallos de los tribunales locales con relevancia en la materia.

(1) Suscripta por la Argentina con fecha 26 de agosto de 1958, aprobada por ley 23.619, entrando en vigencia para el país el 12 de junio de 1989. A los fines que interesan a este trabajo, y si bien se refiere más a cuestiones vinculadas con la arbitrabilidad de las controversias, vale la pena resaltar que la ratificación de la Convención de Nueva York por parte de la República Argentina estuvo sujeta la declaración de que (i) la Convención sería aplicada únicamente a los litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas comerciales por su derecho interno; y (ii) que la Convención sería interpretada de conformidad con los principios y disposiciones de la Constitución Nacional (Instrumento de ratificación suscripto por el entonces presidente Raúl Alfonsín con fecha 18 de noviembre de 1988).

(2) La Convención fue suscripta por Argentina el 15 de marzo de 1991, aprobada por ley 24.322, entrando en vigencia para el país el 5 de enero de 1995. Si bien la Convención sigue los lineamientos de la Convención de Nueva York, existen algunas diferencias. Así puede destacarse que la Convención Interamericana sólo se refiere al arbitraje comercial y no se refiere a laudos extranjeros sino a laudos dictados en el marco de un arbitraje internacional

(3) La Convención fue firmada en Montevideo el 8 de mayo de 1979, ratificada el 1 de diciembre de 1983, aprobada por ley 22.921, entrando en vigencia para el país el 31 de diciembre de 1983.

(art. 5º) **(4)**, (iv) el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur (art. 23); **(5)** y (v) el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa del Mercosur (arts. 18 y concordantes) **(6)**.

En materia de sentencias extranjeras, el Cód. Proc. Civ. y Com. **(7)** dispone (y hasta 2018 disponía también con relación a los laudos extranjeros) que se reconocería a estos fuerza ejecutoria, en los términos de los tratados internacionales suscriptos por la República Argentina y el país de dictado del laudo o sentencia. En caso de no existir tratado sobre esta materia, y en lo que interesa a este trabajo, su reconocimiento y ejecución queda sujeta —según el Cód. Proc. Civ. y Com.— a que, entre otras condiciones, el laudo o la sentencia no afecte "los principios de orden público del derecho argentino". En la actualidad, el art. 104 de la ley 27.449 establece que deberá rechazarse el reconocimiento y ejecución de un lado arbitral dictado en el marco de un arbitraje comercial internacional cuando el tribunal compruebe que el reconocimiento o la ejecución del laudo "serían contrarios al orden público internacional argentino".

Por su parte, y con respecto al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, la Convención de Nueva York establece requisitos similares a los mencionados en el Cód. Proc. Civ. y Com. Así, y con relación al orden público, su art. V[2](b) establece que el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero queda sometido a que el reconocimiento o ejecución del laudo no sean contrarios al orden público del país de ejecución.

Asimismo, de acuerdo con las disposiciones del art. 5º de la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional un Estado parte podrá rechazar el reconocimiento de un laudo arbitral dictado en otro Estado parte, entre otros supuestos, en caso de que el reconocimiento o la ejecución del laudo sea contrario al orden público del Estado en que se solicita el reconocimiento. A su vez, la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros dispone en su art. 2º que los laudos y sentencias arbitrales extranjeras dictadas en un Estado contratante tendrán eficacia en otro Estado contratante siempre que, entre otras condiciones, no contraríen manifiestamente los principios y las leyes de orden público del Estado en que se pida el reconocimiento o la ejecución. Disposiciones similares pueden encontrarse en los demás instrumentos internacionales suscriptos por la Argentina y citados al comienzo de este capítulo.

Del repaso anterior surge que el orden público actúa como un límite significativo en esta materia. Ello por cuanto, de conformidad con el art. 104 de la ley 27.449, el art. V [2] (b) de la Convención de Nueva York y demás convenciones internacionales de las que la Argentina es parte, podrá rechazarse en la Argentina el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero si se interpreta que el laudo afecta los "principios de orden público" del derecho argentino o que el reconocimiento o ejecución son "contrarios al orden público internacional" del país.

Como se adelantó en la introducción, la noción de orden público adquiere, entonces, una relevancia sustancial pues de la amplitud con la cual se interprete su alcance dependerá la efectividad del procedimiento arbitral como mecanismo alternativo de solución de conflictos. Este análisis cobra mayor importancia en las controversias en las cuales interviene el Estado nacional por cuanto, en general, en la actuación estatal la presencia de "lo público" juega un rol muy importante.

Ahora bien, antes de entrar en el análisis de ciertos precedentes recientes con gravitación en el tema aquí tratado, corresponde volver a remarcar que en lo que hace al reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros, el concepto relevante de orden público es el de orden público internacional (es decir,

(4) El Tratado fue suscripto por Argentina el 19 de marzo de 1940, aprobado por ley 7.771, entrando en vigencia para el país el 18 de junio de 1956.

(5) El Acuerdo fue suscripto por Argentina el 23/07/1998, aprobado por ley 25.223, entrando en vigencia para el país en 2002.

(6) El Protocolo fue suscripto por Argentina el 27 de junio de 1992, aprobada por ley 24.578, entrando en vigencia para el país el 3/07/1996.

(7) Art. 517 del Cód. Proc. Civ. y Com.

los principios fundamentales que subyacen a nuestro ordenamiento jurídico y organización social) y no el de orden público interno. Hemos visto que, en general, la doctrina local y extranjera mayoritaria es uniforme sobre el punto y que nuestros tribunales han aplicado este criterio en los asuntos internacionales que les han sido traídos para su resolución.

I.2. La excepción de orden público en el derecho comparado **(8)**

Como comentario general inicial cabe resaltar que, salvo por contadas excepciones, no existe en la legislación de la mayoría de los países, una definición de orden público. Como excepción puede citarse, en primer lugar, el caso de Australia. De conformidad con la Ley de Arbitraje Internacional de 1974, "la ejecución de un laudo arbitral extranjero sería contrario al orden público si: (a) el dictado del laudo fue inducido o afectado por fraude o corrupción o (b) un incumplimiento de las reglas de la justicia natural ha ocurrido con relación al dictado del laudo" (art. 8º[7A], traducción libre). Otra excepción es el caso de los Emiratos Árabes Unidos, cuya Ley de Transacciones Civiles establece que el orden público "incluye materias vinculadas con el estado civil como el matrimonio, herencias, linaje y cuestiones vinculadas con los sistemas de gobierno, libertad de comercio, circulación de riqueza, reglas de propiedad privada y las demás reglas y fundamentos sobre los que se asienta la sociedad, de manera tal de no entrar en conflicto con las reglas definitivas y principios fundamentales de la Sharia Islámica" (art. 3º, traducción libre).

En la mayoría de los países, sin embargo, no existe una definición legal del concepto estudiado, siendo su alcance y contenido generalmente definido pretorianamente y en cada caso particular.

Estados Unidos. En los Estados Unidos, el principio general es que los tribunales locales podrán rechazar el reconocimiento de una sentencia o laudo extranjero sobre la base de la afectación del orden público en la medida en que tal reconocimiento "afecte la salud pública, la moral pública, la confianza pública en la pureza de la administración de la ley o... si socava el sentido de seguridad de los derechos individuales que todo ciudadano debería sentir" **(9)**. En otras palabras, no alcanza con que la decisión judicial o arbitral foránea contravenga las disposiciones del derecho local; la posibilidad de rechazar el reconocimiento dependerá de que la decisión cuyo reconocimiento se solicita contravenga un principio claro y crucial de orden público afectando un interés fundamental del foro. En palabras de un *leading case* en la materia, la excepción de orden público debe ser interpretada de manera muy restrictiva a fin de abarcar solo aquellas circunstancias en que la ejecución de la decisión violara "las nociones más básicas de moralidad y justicia" **(10)**.

La jurisprudencia norteamericana brinda muchos ejemplos de aplicación de estos principios. Así, por ejemplo, se han reconocido y ejecutado decisiones que condenaban al pago de deudas de juego **(11)** o que adjudicaban interés previo a la decisión **(12)**, a pesar de que el derecho norteamericano no lo permitía o que admi-

(8) En este capítulo se abordará brevemente la aplicación que de la excepción comentada se ha hecho en distintos países del mundo. Dado que excedería el objeto de este trabajo, no se tratará aquí el régimen de reconocimiento de sentencias y laudos extranjeros vigente en tales países sino, exclusivamente y de manera resumida, la interpretación que del concepto de orden público han realizado diversos tribunales foráneos y la manera en que dichos tribunales han aplicado la excepción en cuestión. Esta sección no pretende ser una descripción abarcativa de todas las tendencias internacionales en la materia, ni tampoco comprende la totalidad de las decisiones dictadas en los distintos países analizados. La descripción muestra, en general y con algunas salvedades, una tendencia favorable al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales y sentencias extranjeras como resultado de una aplicación restrictiva del concepto de orden público.

(9) "Somportex Ltd. c. Phila. Chewing Gum Corp.", 453 F.2d 435, 443 (Tercer Circuito, 1971) citando "Goodyear c. Brown", 26 A. 665, 666 (Pa. 1893), citados em MINEHAN, Karen, "The Public Policy Exception to the Enforcement of Foreign Judgments: Necessary or Nemesis", 18 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev. 795 (1996).

(10) "Parsons & Whittemore Overseas Co., Inc. c. Société Générale de l'Industrie du Papier (RAKTA)", 508 F. 2d, 975. También, "Telnor Mobil Communs", 584, F.3d, 396; "Yukos Capital S.A.R.L. c. Oao Samaraneftegaz", 10Civ.6147 (PAC), 6 de agosto de 2013.

(11) "Intercontinental Hotels Corp. (Puerto Rico) c. Golden", 203 N.E. 2d 210 (NY 1964).

(12) "Ingersoll Milling Machine Co. c. Granger", 833 F.2d 680 (7º Circuito, 1987).

tían cursos de acción no previstos en el derecho local **(13)**. Para así resolver se tuvo en cuenta que el solo hecho de que la ley local no admitiera tales reclamos o adjudicaciones, o que ciertos aspectos de la ley foránea difirieran con el derecho local no constituían, *per se*, una violación del orden público o marcaban la suerte del laudo, siendo lo importante verificar si la decisión violaba las buenas costumbres, la justicia natural o los intereses generales de los ciudadanos del estado en el cual se solicitaba el reconocimiento **(14)**.

Incluso se ha dicho, en un caso en cual habían existido alegaciones de corrupción, que aun cuando en los Estados Unidos existe una estricta política contra la corrupción extranjera, también hay una política federal "empática" en favor del arbitraje que aplica especialmente en el campo del comercio internacional. En este caso se destacó que, al analizar políticas conflictivas, una en favor del reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral y otra en contra, los tribunales han fallado de manera consistente en favor del reconocimiento y ejecución del laudo **(15)**.

Otro ejemplo del carácter restrictivo del análisis efectuado en los Estados Unidos se encuentra en el caso "Ameropa". El caso involucraba un contrato de compraventa de ácido sulfúrico originario de Irán y cuyo destinatario final era Venezuela. Ante la falta de entrega de un cargamento, se inicia un arbitraje que es resuelto en favor del comprador. En el marco del procedimiento de *exequatur*, el vendedor alegó que el laudo violaba el orden público de los Estados Unidos, ya que una subsidiaria americana del comprador había participado de la operación. El tribunal rechazó el argumento al sostener que, a efectos de denegar el reconocimiento, el laudo debería ofender las "nociones más básicas de moralidad y justicia" y que si bien existía en el país una clara política nacional para desalentar el comercio con Irán, política y orden público no era sinónimos **(16)**.

Una solución similar fue aplicada en el caso "Cubic" en el cual los hechos también se vinculaban con el comercio y relaciones entre Estados Unidos e Irán **(17)**. En este caso, al igual que en "Ameropa", se rechazó la defensa de orden público invocada por la parte demandada, quien había alegado que el laudo que se intentaba ejecutar en territorio norteamericano era violatorio del orden público de ese país en lo que hace a las restricciones y prohibiciones respecto del comercio con Irán. Para ello, el tribunal expresó que el objetivo de la Convención de Nueva York y el principio fundamental que subyacía a la decisión de los Estados Unidos de adoptar esta convención internacional, era fomentar el reconocimiento y respeto de los acuerdos para someter a arbitraje comercial incluidos en contratos internacionales y unificar los estándares de respeto de tales acuerdos y de ejecución de los laudos arbitrales resultantes. Sostuvo asimismo que, si bien era cierto que las relaciones comerciales con Irán se encontraban seriamente reguladas, las sanciones comerciales aplicadas a dicho país no impedían la confirmación del laudo arbitral.

Estos, entre muchos otros fallos en igual sentido, demuestran que, si bien la excepción de orden público —prevista en el art. V.2 de la Convención de Nueva York— es frecuentemente invocada en los Estados Unidos, esta "es raramente aceptada por los tribunales de los Estados Unidos. Esto refleja la fuerte política de los Estados Unidos a favor de la ejecución de laudos arbitrales internacionales" **(18)**.

---

(13) "Gutiérrez c. Collins", 583 S.W.2d 312 (Tex. 1979).

(14) MINEHAN, Karen, "The Public Policy Exception to the Enforcement of Foreign Judgments: Necessary or Nemesis", 18 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev. 795 (1996).

(15) United States District Court for the District of Columbia, "Belize Social Development Ltd. c. The Government of Belize", Caso Civil nro. 092170, 11 de diciembre de 2013, Kluwer Arbitration Online.

(16) United States District Court for the District of Nueva York, "Ameropa AG c. Hani Ocean Co. Llc.", 16 de febrero de 2011, Kluwer Arbitration Online.

(17) United States Court for the 9th Circuit, "Ministry of Defense and Support for the Armed Forces of the Islamic Republic of Iran c. Cubic Defense Systems, Inc.", Yearbook Commercial Arbitration XXXVII (2012), ps. 350-354.

(18) REED, Lucy - FREDA, James, "Narrow Exceptions: A Review of Recent US Precedents Regarding the Due Process and Public Policy Defenses of the New York Convention", Kluwer Law International, 2008, vol. 25, edición 6, ps. 649-656. Traducción libre.

Inglaterra. Un estándar similar es aplicado en Inglaterra. Allí, por ejemplo, a fin de denegar el reconocimiento de un laudo extranjero con base en la excepción comentada se exige que tal reconocimiento sea "claramente injurioso al bien público o, posiblemente, que el reconocimiento sea completamente ofensivo para un miembro ordinariamente razonable y bien informado del público en nombre de quien se ejercen los poderes del estado" **(19)**. En la misma línea y conceptualizando el alcance del principio, se ha resuelto que a menos que exista un hallazgo de prácticas de corrupción, lo que sí daría a objeciones vinculadas con el orden público, el mero hecho que la ley inglesa hubiera llevado (o pudiera llevar) a una solución distinta es irrelevante a los fines de la viabilidad de la excepción **(20)**.

Francia y Bélgica. Tal como explica Hanotiau, solo las nociones fundamentales del derecho francés y belga pueden ser consideradas orden público **(21)**. Asimismo, el derecho francés expresamente determina que, a los fines del reconocimiento o ejecución de laudos extranjeros, el concepto determinante es si la decisión cuyo reconocimiento y ejecución se solicitan se encuentra en línea con el orden público internacional francés **(22)**.

Sin embargo, existen algunos autores que han recomendado que el control del orden público se extienda a las llamadas "leyes de policía" (*lois de pólice*), es decir, aquellas normas de aplicación inmediata generalmente establecidas en protección de partes débiles (ej. normas laborales o de protección del consumo), el orden económico (normas en materia de defensa de la competencia o controles cambiarios) o intereses vitales del estado (normas anticorrupción, normas migratorias, etc.) **(23)**. Por ejemplo, Mayer entiende que con relación al reconocimiento de laudos extranjeros la violación de una norma de policía determina la ineficacia del laudo **(24)**. Seraglini, a su vez, explica que un laudo que viola una norma de policía del foro no superará la excepción del orden público pues dicha violación indudablemente constituye una violación de un interés fundamental del estado del foro. Este autor también expresa que, aun cuando la norma de policía proteja un interés individual, protege un elemento de la organización política, social y económica que el país desea proteger y que, por ende, es fundamental a sus ojos **(25)**.

(19) "Deutsche Schachtbau-und Tiefbohrgesellschaft mbH c. Ras Al Kaimah National Oil Co.", 2 Lloyd's Rep. 246, 254 (1987), citado en GIBSON, Christopher S., "Arbitration, Civilization and Public Policy: Seeking Counterpoise between Arbitral Autonomy and the Public Policy Defense in View of Foreign Mandatory Public Law", 113 Penn St. L. Rev. 1227. Traducción del original: "enforcement of the award would be clearly injurious to the public good or, possibly, that enforcement would be wholly offensive to the ordinary reasonable and fully informed member of public on whose behalf the powers of the state are exercised". En el mismo caso se sostuvo que las cuestiones de orden público nunca pueden ser exhaustivamente definidas, pero deben ser abordadas con "extrema cautela".

(20) "Omnium de Traitement et de valorization S.A. c. Hilmarton", 1999, 2 Lloyd's Rep. 222 citado en GIBSON, Christopher S., "Arbitration, Civilization and Public Policy: Seeking Counterpoise between Arbitral Autonomy and the Public Policy Defense in View of Foreign Mandatory Public Law", 113 Penn St. L. Rev. 1227.

(21) HANOTIAU, Bernard - CAPRASSE, Olivier, "Arbitrability, Due Process and Public Policy under Article V of the New York Convention", Belgian and French Perspectives, Kluwer Law International, 2008, vol. 25, edición 6, ps. 721-741.

(22) Art. 1502 [5] del Código de Procedimientos en Materia Civil de Francia: "el recurso contra la decisión que reconoce o ejecuta [un laudo internacional] es admisible... cuando el reconocimiento o la ejecución son contrarios al orden público internacional". Traducción libre.

(23) HANOTIAU, Bernard - CAPRASSE, Olivier, "Arbitrability, Due Process and Public Policy under Article V of the New York Convention", Belgian and French Perspectives, Kluwer Law International, 2008, vol. 25, edición 6, ps. 721-741.

(24) MAYER, Pierre, "La sentence contraire á l'ordre public au fond", Rev. Arb. 643 (1994). Ver también, SERAGLINI, "Lois de pólice et justice arbitrale internationale" (tesis, 2001); RACINE, J. B., "L'arbitrage comercial international et l'ordre public", 505 (1999), citados en HANOTIAU, Bernard - CAPRASSE, Olivier, "Arbitrability, Due Process and Public Policy under Article V of the New York Convention. Belgian and French Perspectives", Kluwer Law International, 2008, vol. 25, edición 6.

(25) SERAGLINI, Ch., ob. cit. citado en HANOTIAU, Bernard - CAPRASSE, Olivier, "Arbitrability, Due Process and Public Policy under Article V of the New York Convention", Belgian and French Perspectives, Kluwer Law International, 2008, vol. 25, edición 6, ps. 721-741.

Sin perjuicio de lo anterior, puede decirse que en general los tribunales franceses han hecho una aplicación restrictiva de la excepción de orden público. Así, por ejemplo, en un caso en el que se encontraban en juego las normas europeas de defensa de la competencia, se admitió el reconocimiento al verificar que los árbitros habían abordado la cuestión y resuelto que no existía violación a dicha normativa. Es decir, sin perjuicio de si la aplicación de la norma era correcta o no, lo esencial era que los árbitros no habían ignorado esta norma y la habían aplicado **(26)**. Por otra parte, y como pauta de revisión, la jurisprudencia francesa requiere que el control del orden público se limite a la concreta solución del caso adoptada en la decisión arbitral extranjera, no así a la interpretación efectuada por el tribunal arbitral acerca de los derechos de las partes con relación al orden público **(27)**. Asimismo, más recientemente se ha resuelto que la excepción comentada debe ser aplicada muy restrictivamente a casos de flagrante violación del orden público. En efecto, en el caso "Thales c. Euromissile", la Corte de Apelaciones de París resolvió que de conformidad con el art. 1502[5] del Código de Procedimientos en Materia Penal el rechazo al reconocimiento o ejecución de un lado solo es aplicable cuando "la ejecución del laudo fuera contraria al orden legal francés en una manera inaceptable, la ofensa debe constituir una violación manifiesta a un regla de derecho considerada esencial o un principio fundamental... la violación del orden público debe ser flagrante, efectiva y concreta..." **(28)**. Un criterio similar fue aplicado por la Corte de Apelaciones de París al revisar el laudo dictado en el caso "SNF c. Cytec Industrie" **(29)**.

En el caso de Bélgica, el control efectuado por los tribunales es más amplio. Así, por ejemplo, con relación al mismo laudo dictado en el caso "SNF c. Cytec Industrie" y que también fuera revisado por los tribunales franceses (ver párrafo anterior) **(30)**, la jurisprudencia belga resolvió que el control del orden público requiere que, además de la decisión, se analice también —desde lo fáctico y lo legal— el razonamiento del laudo, su contenido. En tal contexto cualquier violación del orden público debe ser sancionada y no únicamente aquellas consideradas flagrantes, reales y concretas **(31)**.

En general, la doctrina belga y francesa se inclina a favor de una revisión amplia del laudo, como la postulada por el Tribunal de Primera Instancia de Bruselas en el fallo antes comentado. Así, Hanotiau, Mayer, Racine, Fouchard, Gaillard y Goldman **(32)** entienden que, en ma-

(26) Corte de Apelaciones de París, "Gallay c. Fabricated Metals", 16 de abril de 1996; decisión confirmada por la Cámara de Casación el 5 de enero de 1999. El mismo tribunal ha resuelto, además, que, a los fines de la excepción, el orden público internacional es "el sistema de reglas y valores cuya violación no puede tolerar el régimen legal francés aun en situaciones con características internacionales" (traducción libre). Cfr. "Agence pour la sécurité de la navigation aérienne en Afrique et à Madagascar c. M.N' Doye Issakha", 16 de octubre de 1997.

(27) Corte de Apelaciones de París, "Leroy", 23 de febrero de 1996, Rev. Arb. 816 (2001), "Compagnie André", 14 de junio de 2001, Rev. Arb. 800 (2001) y "Matra", 28 de abril de 1988, Rev. Arb. 280 (1989).

(28) Corte de Apelaciones de París, "Thales c. Euromissile", J.D.I. 357 (2005). Traducción libre.

(29) Corte de Apelaciones de París, "SNF c. Cytec Industrie", 23 de marzo de 2006. Esta decisión fue confirmada por la Corte de Casación el 4 de junio de 2008.

(30) Una vez emitidos los laudos parcial y final respectivos, Cytec procuró su reconocimiento y ejecución tanto en Francia como en Bélgica. En el primer caso, el laudo fue reconocido, en el segundo, rechazado. Ver, HEITZMANN, Pierre - GRIERSON, Jacob, "SNF c. Cytec Industrie: National Courts Within the EC Apply Different Standards to Review International Awards Allegedly Contrary to Article 81 EC", Stockholm International Arbitration Review, 2007:2.

(31) Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, "SNF c. Cytec Industrie", 8 de marzo de 2007. En una decisión dictada el 22 de junio de 2009, la Corte de Apelaciones de Bruselas revocó la sentencia de primera instancia al entender que el laudo no violaba el orden público. Sin embargo, no se expidió ni a favor ni en contra de los mecanismos de revisión adoptados por los tribunales franceses y el tribunal de primera instancia belga respecto del laudo. Adoptando una interpretación más pragmática examinó la motivación del laudo y consideró que el tribunal había aplicado correctamente las normas en materia de competencia de la Unión Europea y que no existía violación al orden público.

(32) HANOTIAU, Bernard - CAPRASSE, Olivier, "Arbitrability, Due Process and Public Policy under Article V of the New York Convention", Belgian and French Perspectives, Kluwer Law International, 2008, vol. 25, edición 6, ps. 721-741, y MAYER, Pierre, ob. cit.; FOUCHARD - GAILLARD - GOLDMAN, ob. cit. y RACINE, J. B., ob. cit.,

teria de aplicación de la excepción de orden público, el control debería ser total permitiendo a los jueces examinar todas las circunstancias (fácticas y legales) del caso. Estos autores explican, sin embargo, que el hecho de que el control sea total no significa que cualquier violación del orden público deba llevar al rechazo del reconocimiento del laudo, sino que debieran tratarse de una violación efectiva y seria **(33)**.

China. Respecto de la aplicación de la excepción de orden público en China, según Fei esta cuestión suele ser una gran preocupación de los inversores internacionales por cuanto se critica a los tribunales chinos que suelen socavar la finalidad de los laudos arbitrales bajo el pretexto de una afectación al orden público **(34)**.

China adhirió al sistema de la Convención de Nueva York en 1987. Asimismo, la Ley de Procedimientos Civiles de 1991 establece una excepción basada, no en el orden público, sino en el "interés social y político". El control que deben hacer los tribunales es de oficio y, por ende, independiente de si la objeción ha sido planteada o no por las partes y comprende también a los laudos dictados en Hong Kong y Macau que son considerados "extranjeros" a los fines de su reconocimiento y ejecución.

El concepto de "interés social y político" no es claro. A fin de brindar ciertas precisiones sobre el concepto, en 2004 la Corte Suprema del Pueblo de China emitió un documento denominado "Explicaciones y Respuestas a Preguntas Prácticas en el Juicio de Disputas Comerciales y Marítimas Extranjeras N.º 1" en el cual se explica que la aplicación de la excepción fundada en el interés social y político se justifica únicamente en casos de violación de principios fundamentales del derecho chino, la soberanía, la seguridad del país o sus costumbres, tradiciones y estándares morales fundamentales **(35)**.

En otro documento titulado "Notificación de la Suprema Corte del Pueblo sobre distintas cuestiones vinculadas con la tramitación, por los tribunales del pueblo, de asuntos extranjeros y de arbitraje internacional" **(36)**, la Suprema Corte del Pueblo estableció que el rechazo del reconocimiento o ejecución de laudo extranjeros o laudo vinculados con asuntos extranjeros, cualesquiera sean las causales invocadas para ello, estaba sujeta a la aprobación previa del tribunal superior de la jurisdicción de que se trate.

Respecto de su aplicación, en general la excepción de orden público es invocada en China en cuatro casos: (i) violación de un interés estatal; (ii) violación de una norma obligatoria; (iii) violación de las nociones básicas de sociedad y (iv) violación de la soberanía china y la jurisdicción de los tribunales chinos. Con relación a los dos primeros supuestos los tribunales inferiores han mostrado una gran predisposición a interpretar ampliamente el concepto de orden público o interés social y político rechazando el reconocimiento y la ejecución de un sinnúmero de laudos.

Sin embargo, la Suprema Corte del Pueblo ha revisado y corregido esta tendencia de manera continua al entender que: (i) la violación del interés público implica la violación de los intereses fundamentales de China, y (ii) la violación del derecho local obligatorio (ej., normas en materia de control de exportaciones e importaciones, controles de cambio, controles de precios, defensa de la competencia, etc.) o la pérdida de activos estatales, no implican necesariamente la violación del orden público en las relaciones internacionales.

Distinta ha sido la situación cuando se ha alegado la violación de las nociones básicas de la sociedad y la violación de la soberanía judicial china. Así, por ejemplo, en el caso conocido

citados en HANOTIAU, Bernard - CAPRASSE, Olivier, "Arbitrability, Due Process and Public Policy under Article V of the New York Convention", Belgian and French Perspectives, Kluwer Law International, 2008, vol. 25, edición 6, ps. 721-741.

(33) HANOTIAU, Bernard - CAPRASSE, Olivier, "Arbitrability, Due Process and Public Policy under Article V of the New York Convention", Belgian and French Perspectives, Kluwer Law International, 2008, vol. 25, edición 6, ps. 721-741.

(34) FEI, Langfang, "Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards: A Review of the Chinese Approach", Kluwer Law International, 2010, vol. 26, edición 2, ps. 301-311.

(35) 8 de abril de 2004. Traducción libre.

(36) 28 de agosto de 1995.

como "Heavy Metal Music" **(37)** se rechazó la ejecución de un laudo extranjero al considerar que tal ejecución afectaría el interés público y social. Dos empresas americanas celebraron un contrato con la Agencia de Turismo Femenino de China por el cual ciertos artistas americanos realizarían recitales en dicho país. En el contrato se preveía que China tendría el derecho de examinar previamente el contenido de las presentaciones. Durante el tour, la banda americana incluyó ciertas canciones consideradas ofensivas y que no fueron sometidas a la aprobación previa del Ministerio de Cultura chino, razón por la cual dicho ministerio prohibió las presentaciones restantes. Las empresas americanas iniciaron un arbitraje reclamando daños y perjuicios y obtuvieron un laudo favorable. La Suprema Corte del Pueblo rechazó la ejecución del laudo al considerar que las empresas americanas habían violado los términos de sus contratos y que las canciones en cuestión (del género *heavy metal*) no eran convenientes para las condicionales nacionales del país y que violaban el interés social y político chino.

Por su parte, en el caso "Hemofarm" **(38)**, se rechazó el reconocimiento y ejecución de un laudo dictado por un tribunal arbitral de la CCI al considerar que dicho laudo violaba la soberanía judicial de los tribunales chinos. Las actoras celebraron con el demandado (Yongnin) un acuerdo de *joint venture*, para el establecimiento de una empresa farmacéutica en China. El acuerdo preveía que cualquier disputa que pudiera surgir con relación a sus disposiciones se resolvería por negociaciones amistosas y, de no arribarse a un acuerdo, se someterían a arbitraje de conformidad con las reglas de la CCI. En 2002 Yongnin inició diversas acciones judiciales contra la empresa farmacéutica creada como consecuencia el acuerdo de *joint venture*, reclamando el pago de alquileres y otros conceptos. La empresa rechazó la jurisdicción de los tribunales chinos invocando la cláusula de resolución de disputas del acuerdo de *joint venture*. Los tribunales chinos rechazaron la excepción de falta de jurisdicción considerando que la empresa demandada no era parte del acuerdo de *joint venture* y, por ende, no podía beneficiarse de la cláusula de resolución de disputas previsto en tal contrato. Las actoras iniciaron, luego, un procedimiento arbitral contra Yongnin alegando que dicha empresa había violado el acuerdo de *joint venture* al someter las disputas mencionadas a los tribunales chinos y que las acciones judiciales habían afectado las operaciones del vehículo generando daños a sus accionistas. El laudo arbitral fue favorable a las actoras quienes solicitaron el reconocimiento y ejecución de la decisión ante los tribunales chinos. Los tribunales inferiores rechazaron la solicitud al considerar que el laudo arbitral excedía el alcance del acuerdo arbitral y que violaba el orden público al abordar cuestiones vinculadas con la preservación de la propiedad y la carga de las costas judiciales respecto de las cuales los tribunales chinos tenían jurisdicción exclusiva. La Suprema Corte del Pueblo confirmó la decisión de los tribunales inferiores. Consideró que el laudo del tribunal ICC había excedido el marco del acuerdo arbitral pues el acuerdo solo cubría las disputas entre los inversores, no así las controversias en un inversor y el vehículo societario. Sostuvo también que al decidir sobre cuestiones respecto de las cuales ya existían decisiones judiciales firmes de los tribunales locales, el laudo violó la soberanía judicial del país y la jurisdicción de los tribunales chinos.

Brasil. Antes del dictado de la Ley de Arbitraje en 1996, la regla general para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales estaba dada por el art. 17 de la Ley Introductoria a las Reglas de Derecho Brasilero que establecía que las leyes, actos y decisiones judiciales de otro país no tendrían efecto en Brasil en la medida que ofendieran la soberanía nacional, el orden público o la buena conducta. Si bien esta disposición no lo aclaraba expresamente, la doctrina brasilera en-

(37) Suprema Corte del Pueblo de China, "American Production Co., y Tom Flight Co., c. Chinese Women's Travel Agency", 26 de diciembre de 1997, citado en FEI, Langfang, "Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards: A Review of the Chinese Approach", Kluwer Law International, 2010, vol. 26, edición 2, ps. 301-311.

(38) Suprema Corte del Pueblo de China, "Hemofarm DD, MAG International Trade Company, Liechtenstein Suramo Media Co., c. Jinan Yongnin Pharmaceutical Co., Ltd.", 2 de junio de 2008, citado en FEI, Langfang, "Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards: A Review of the Chinese Approach", Kluwer Law International, 2010, vol. 26, edición 2, ps. 301-311.

tendía que la mención al orden público se refería al orden público internacional **(39)**.

En 1996 se dicta la Ley de Arbitraje cuyo art. 39 dispone, a lo que aquí interesa, que la solicitud de reconocimiento de un laudo extranjero será denegada *si la Corte Suprema Federal considera que el laudo es ofensivo a la noción del orden público* **(40)**. Inicialmente se debatió la constitucionalidad de esta disposición ante una posible contradicción con el art. 5º, XXXV de la Constitución de Brasil que, entre los derechos de los habitantes de Brasil, incluye el derecho a que la ley no excluya de la apreciación del Poder Judicial la lesión o amenaza a un derecho **(41)**. Esta discusión fue zanjada con una decisión de la Corte Suprema Federal en el caso "MBV Commercial & Export Management Establishment c. Resil Indústria e Comércio Ltda.", en 2001, en la cual el tribunal sostuvo que el sometimiento de una cuestión a arbitraje no constituía una violación al art. 5º de la Constitución de Brasil.

A la fecha, la excepción de orden público para el reconocimiento de laudos extranjeros casi no ha debido ser considerada por los tribunales brasileros. Sin perjuicio de ello, existen algunas decisiones que dan cuenta de ciertos principios que podrían ser aplicados en el futuro por parte de los tribunales de Brasil.

En el caso "Orentsein" **(42)**, se consideró el exhorto enviado por un tribunal de Nueva Jersey, Estados Unidos, para notificar al Sr. Orentsein (residente de Río de Janeiro) de una acción judicial por la cual se reclamaba el pago de una deuda de juego. Si bien el art. 1477 del Código Civil brasilero preveía que las deudas de juego no generan una obligación de pago, uno de los jueces de la Corte Suprema Federal consideró que no existía violación al orden público y que la conducta del demandado podía calificarse como un enriquecimiento ilícito en tanto habría viajado a un país en el cual el juego es legal para sobreendeudarse y volver a Brasil, tal vez pensando que allí tendría impunidad atento las disposiciones del Código Civil local. La decisión ni fue unánime y como consecuencia de la reforma constitucional de 2004, el caso fue remitido al Tribunal Superior de Justicia quien, en línea con el fallo anterior, resolvió que el acto de notificar a una persona acerca de una disputa referida al juego no era contrario a los valores fundamentales de Brasil.

Puede citarse también el caso "AESU c. CEEE". AES Uruguaiana Emprendimentos Ltda. suscribió un contrato de compraventa de energía eléctrica con Compañía Estadual de Energía Eléctrica (CEEE, una empresa estatal), contrato que preveía el arbitraje bajo las reglas de la CCI como mecanismo de solución de controversias entre las partes. Ante supuestos incumplimientos de AESU, CEEE inició acciones legales ante los tribunales de Brasil, jurisdicción que fue cuestionada por AESU. En primera instancia se rechazaron las objeciones de AESU al considerar que CEEE era una empresa estatal y, por ende, no podía renunciar a la jurisdicción exclusiva de los tribunales locales sin autorización del Poder Legislativo. El Tribunal Superior

(39) DOLINGER, Jacob, "Direito Internacional Privado", 399-400, Editor Forense 2012; ESPINOLA, Eduardo - ESPINOLA, Eduardo Filho, "A Lei de Introducao ao Codigo Civil Brasileiro", Editorial Freitas Bastos, 1944; TIBURCIO, Carmen - BARROSO, Luis R., "Homologacao de Sentenca Extrangeira", en TIBURCIO, Carmen, Temas de Direito Internacional, Editor Renovar, 2006, citados en de OLIVEIRA, Leonardo V. P. - MIRANDA, Isabel, "International Public Policy and Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Brazil", Journal of International Arbitration, Kluwer Law International, 2013, vol. 30, edición 1, ps. 49-70.

(40) En 2004, la competencia para entender en las solicitudes de reconocimiento y ejecución de laudo fue transferida de la Corte Suprema Federal al Tribunal Superior de Justicia.

(41) El art. 5º, XXXV de la Constitución brasilera establece: "Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileros y a los extranjeros que residan en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad en los siguientes términos: ... XXXV. La ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial cualquier lesión o amenaza a un derecho" (traducción libre del original en portugués).

(42) Suprema Corte Federal, "Tribunal Superior de Nova Jersei c. Abraham Orenstein", voto del ministro Marco Aurelio, 15 de diciembre de 2001, Tribunal Superior de Justicia, "Tribunal Superior de Nova Jersei c. Abraham Orenstein", 30 de junio de 2008, citados en de OLIVEIRA, Leonardo V. P. - MIRANDA, Isabel, "International Public Policy and Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Brazil", Journal of International Arbitration, Kluwer Law International, 2013, vol. 30, edición 1, ps. 49-70.

de Justicia revocó esta decisión. Para ello, consideró que cuando una empresa de capitales mixtos celebra un contrato referido a una actividad estrictamente comercial, sus derechos y obligaciones son disponibles y, por lo tanto, susceptibles de resolución por arbitraje y que otra hubiera sido la solución si la controversia se relacionara con los poderes regulatorios de CEEE, pues en tanto ello es inherente a la administración pública y el interés público primario, la prórroga de jurisdicción en favor del tribunal arbitral no hubiera sido válida.

Principios similares fueron aplicados en el caso "TMC" **(43)**, en el cual el Tribunal Superior de Justicia consideró que no obstante tratarse de una empresa estatal, en la medida en que esta opere como una empresa privada, la elección de un mecanismo privado de solución de controversias era válido.

La excepción de orden público también fue analizada en el caso "Key Trade AG", en el cual el Superior Tribunal de Justicia de Brasil reconoció un laudo extranjero rechazando las alegaciones de violación de orden público efectuada por la parte perdidosa. Entre otras cosas. Se alegó que el laudo (dictado en función de la ley inglesa aplicable al pleito) había reconocido interés compensatorio y que ello afectaba el orden público brasilero desde que la legislación de dicho país prohibía la usura. El Superior Tribunal de Justicia consideró que si bien el derecho brasilero prohibía la usura también admitía el interés compuesto en algunos casos. Por ende, no podía sostenerse que esa parte del laudo violara "los valores fundamentales de la cultura legal brasilera" o violara "la soberanía nacional, el orden público y las buenas costumbres". El Superior Tribunal de Justicia expresó que el orden público reflejaba los valores fundamentales de la cultura jurídica del país, la "estructura moral" y que el análisis a realizar no era verificar la corrección del laudo con el sistema legal brasilero sino verificar si la decisión está en línea con los principios y reglas que se consideran esenciales para la cohesión nacional **(44)**.

I.3. Ciertos precedentes judiciales locales relevantes

En los últimos años, algunos tribunales locales adoptaron una interpretación expansiva del concepto de orden público para rechazar distintas demandas de *exequatur*. En esta sección se describen los puntos más sobresalientes de estas decisiones judiciales.

I.3.a. "Milantic Trans. c. Ministerio de Producción - Astillero Río Santiago y otro" **(45)**

En el caso, la actora —Milantic Trans— solicitó el reconocimiento de un laudo extranjero dictado contra una entidad perteneciente al gobierno de la Provincia de Buenos Aires. La demanda de reconocimiento fue iniciada contra el Ente Administrador del Astillero Río Santiago y la Provincia de Buenos Aires. La disputa se relacionaba con un reclamo por los daños y perjuicios derivados de ciertos incumplimientos contractuales por parte del astillero mencionado bajo un contrato de construcción de un buque.

En lo que hace al objeto de este trabajo, la demandada planteó, en primer lugar, la inaplicabilidad de la Convención de Nueva York atento a que, en su opinión, el objeto de la disputa no sería una cuestión meramente patrimonial. Para ello afirmó que el contrato de construcción de la embarcación perseguía un fin administrativo de interés público tendiente a mantener la capacidad productiva del astillero, dar cumplimiento a los objetivos del Ente administrador, generar fuentes de trabajo e impulsar el desarrollo productivo de la zona. Subsidiariamente, afirmó que el laudo era violatorio del orden público

(43) Tribunal Superior de Justicia, Primera Sección, "TMC Terminal Multimodal de Coroa Grande SPE S/A c. Ministro de Estado de Ciéncia e Tecnologia", 19 de mayo de 2007.

(44) Superior Tribunal de Justicia, "Keytrade AG c. Ferticitrus Industria e Comércio de Fertilizantes Ltda.", SEC nro. 4024, 7 de agosto de 2013, Kluwer Arbitration.

(45) Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo nro. 2 de La Plata, "Milantic Trans S.A. c. Ministerio de Producción, Astillero Río Santiago y otro", 17 de noviembre de 2006, LA LEY 2008-A-59; CNCont. Adm. La Plata, "Milantic Trans SA c. Ministerio de Producción, Astillero Río Santiago y otro", 30 de agosto de 2007, LA LEY 2008-A-72, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, sentencia del 30 de marzo de 2016.

argentino atento a que reconocía una indemnización por rubros mutuamente excluyentes, duplicando la compensación a pagar a la actora y, además, al reconocer la capitalización de intereses, contrariaba las disposiciones del art. 623 el Cód. Civil.

La jueza de primera instancia rechazó las objeciones planteadas por la demandada y resolvió acoger la solicitud de reconocimiento. Con relación a la presunta inaplicabilidad de la Convención de Nueva York expresó que, considerando los términos del contrato de construcción, este constituía un acto de comercio y, por ende, la disputa calificaba bajo el tratado referido. En la sentencia se tuvo en cuenta que Astillero Río Santiago tenía competencia para suscribir el acuerdo de construcción, en tanto el contrato habría sido aprobado por la Provincia de Buenos Aires a través de la ley 11.837 (1996). Por otra parte, confirmó la posibilidad de someter la disputa a arbitraje y expresó que el laudo versaba sobre cuestiones patrimoniales que, de acuerdo con el derecho argentino, pueden ser objeto de prórroga y transacción.

Tuvo en consideración que el laudo arbitral había quedado firme por falta de impugnación y, finalmente, en lo que respecta a la excepción de orden público planteada por la Provincia, la jueza expresó que, a fin de rechazar la validez de un laudo extranjero, este debe estar fundado "...en normas que resulten incompatibles con el espíritu de la legislación a que se refiere el art. 14 inc. 2º del Código Civil, circunstancia que se configura cuando aquellas impliquen la lesión de algún principio general inferido de las normas vigentes en el derecho argentino".

Respecto de la alegación de que el laudo duplicaba los daños indemnizables, la jueza rechazó el planteo al considerar que el laudo no hizo más que reflejar las disposiciones acordadas por las partes en el contrato de construcción. Por ello, no se observaba que el laudo fuera incompatible con el "espíritu de la legislación local" desde que para el derecho argentino las convenciones hechas en los contratos son para las partes como la ley misma.

También descartó los argumentos relativos a que la capitalización de intereses, reconocida en el laudo, constituiría una violación del orden público. Para ello indicó que la tasa de interés aplicada no "trasciend[e] los límites de la moral y las buenas costumbres" y que la capitalización de intereses compromete el orden público solo cuando "conduce a un resultado que quiebra el principio de razonabilidad (art. 28, Const. Nac.) prescindiendo de la realidad económica del pleito con menoscabo del derecho de propiedad del deudor... y el correlativo enriquecimiento indebido del acreedor...".

A pesar de que los demandados habían limitado su apelación de la sentencia de primera instancia exclusivamente respecto de las costas impuestas, la sentencia fue revocada en su totalidad en la instancia de apelación por la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo con asiento en La Plata **(46)**.

La Cámara consideró que, independientemente de que los agravios planteados por la demanda se referían exclusivamente a la imposición de costas, la manera en que había sido planteada la impugnación forzaba a ingresar en el fondo de la pretensión principal puesto que se encontraban en debate cuestiones de naturaleza iuspublicista. La Cámara sostuvo que dicho análisis era viable, ya que, con prescindencia de los alcances del recurso, de conformidad con la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ("Corte Suprema"), la renuncia a impugnar un laudo no puede ser interpretada como una renuncia a atacar las decisiones arbitrales que violaran el orden público.

En lo que aquí interesa, en el fallo de Cámara se expresó que no era posible interpretar al contrato de construcción como un acto de comercio pues este había sido celebrado por los demandados en ejercicio de funciones administrativas y persiguiendo la satisfacción del interés público. Además, atento al régimen de derecho público que regía la relación entre el Estado y los particulares no era posible considerar que los actos analizados fueran actos de comercio. Sobre el punto sostuvo la Cámara que "...huelga abundar en las razones de orden público que impiden detraer de la jurisdicción de los tribu-

(46) Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo con asiento en La Plata, "Milantic Trans S.A. c. Ministerio de Producción - Astillero Río Santiago y otro", 30 de agosto de 2007, LA LEY 2008-A-72.

nales locales el conocimiento y decisión de actos u otras conductas de poder con origen en el ámbito de actuación del órgano a cargo de la función administrativa". Asimismo, se puntualizó que no habría existido ley de la legislatura provincial que aprobara el contrato de construcción y que no era posible detraer del conocimiento y decisión de los tribunales locales aquellas controversias suscitadas por la actuación de los órganos del Estado provincial **(47)**.

El rechazo del *exequatur* fue confirmado por la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires en un fallo de fecha 30 de marzo de 2016. En su sentencia, la Suprema Corte provincial consideró que al suscribir la Convención de Nueva York, la Argentina se comprometió a reconocer y ejecutar sentencias arbitrales extranjeras referidas a relaciones consideradas comerciales según nuestro derecho interno y en concordancia con los principios y cláusulas de la Constitución nacional. Sin embargo, dicho compromiso tiene algunas excepciones, básicamente aquellas previstas en el art. V de la Convención. A diferencia de lo fallado en segunda instancia, el tribunal consideró que la Convención de Nueva York resultaba aplicable al caso, pero que de acuerdo el compromiso asumido por la Argentina, los laudos debían cumplir, entre otros, con la exigencia de no desconocer ni violentar "el orden público interno".

El tribunal también entendió que, independientemente de su falta de planteo por las partes, existían algunas cuestiones de fondo que debían ser analizadas igualmente, como la validez del contrato o la eventual afectación de normas de orden público locales. Por ello, consideró parte del deber de los jueces controlar si a los fines de la contratación siguieron los carriles debidos, verificar que en el proceso se hubieran garantizados principios como el de representación y debido proceso y analizar si se encontraban afectados preceptos de orden público. Para la Suprema Corte provincial, los tribunales se encuentran autorizados a analizar de oficio las actuaciones y confirmar que no se hubieran afectado derechos, garantías y principios fundamentales especialmente protegidos por el ordenamiento legal local, lo que, en opinión del tribunal, no sería otra cosa que el orden público.

La Suprema Corte expresó, además, que el contrato analizado era un contrato de derecho privado y, dada su naturaleza, su sometimiento a arbitraje no constituía una afectación del orden público ni menoscababa reglas constitucionales. Sin embargo, ello no excluía la verificación de la compatibilidad de lo actuado y resuelto con los principios y leyes de orden público del Estado de reconocimiento pues los principios constitucionales que integran el orden público argentino (entre los cuales se incluye el principio del debido proceso) no podrían verse afectados. En otras palabras, sostuvo el tribunal, "la validez y aplicación de convenios y tratados internacionales se lleva a cabo en nuestro país si la resolución que se ejecuta (en este caso, el laudo) ha sido fruto de un proceso donde se han respetado los principios, garantías, directrices o cánones que se establecen expresamente en nuestra Constitución nacional o que puedan ser indudablemente derivados de sus disposiciones".

Con cita a Rivera, el tribunal expresó que los árbitros están obligados a aplicar la normativa de orden público que corresponda al caso y que, si las cuestiones que hacen al orden público internacional no han sido expresamente tratadas por los árbitros, los tribunales del país de reconocimiento y ejecución podrían rechazarlos.

Justificado el análisis de cuestiones que hacían al fondo de la disputa, el tribunal ingresó en la evaluación del contrato subyacente para concluir que, si bien la normativa local exigía aprobación por ley especial de la legislatura de la Provincia de Buenos Aires, tal autorización no había tenido lugar. En consecuencia, en opinión del tribunal, no existían pruebas de

(47) Este fallo ha sido severamente criticado. Así, por ejemplo, se sostuvo que no existen otros antecedentes de un desconocimiento tan flagrante de un laudo ni de revisión de este al ejecutarse, debiendo recordarse que los países firmantes de la Convención de Nueva York admiten y reconocen como sentencias definitivas aquellas dictadas en todos los países signatarios de la misma. El desconocimiento de un laudo arbitral y la pretensión de revisar judicialmente el fondo de lo decidido en sede arbitral, en un laudo que además quedó firme y consentido en la instancia judicial de ejecución (atento a que, como vimos, la demanda sólo apeló la imposición de costos del fallo de primera instancia) constituye una violación flagrante de un tratado internacional (CRUCHAGA, Hernán, "Ejecución de un laudo extranjero", LA LEY 2008-D-248).

que la Provincia de Buenos Aires hubiera dado su consentimiento para que Astillero Río Santiago celebrara el contrato ni para que pactara el sometimiento al arbitraje. Por ello, cualquier intento de ejecutar un laudo pronunciado en ese marco resultaba violatorio del orden público **(48)**.

Contra esta decisión, Milantic Trans interpuso recurso extraordinario federal. En ese marco, la Corte Suprema admitió el recurso extraordinario y revocó la sentencia de la Suprema Corte Provincial **(49)**.

En el fallo, la Corte Suprema no abordó el debate acerca de cuál es el alcance que debe asignarse a la noción de orden público bajo el art. V.2 de la Convención de Nueva York, sino que indicó que, más allá del alcance de dicha noción, la interpretación de la norma referida debía hacerse, como con todos los tratados internacionales, de acuerdo con los principios de derecho público establecido en la Constitución nacional (conforme art. 27, CN) y que por ende, la facultad de los jueces de denegar el reconocimiento de un laudo con fundamento en la excepción de orden público debía ejercerse sobre la base de tales principios, entre los cuales se incluye el debido proceso adjetivo.

La Corte Suprema expresó que, de acuerdo con el principio de congruencia, sustentado en los arts. 17 y 18 de la CN, la jurisdicción de los tribunales de apelación está limitada por los términos de la litis y el alcance de los recursos concedidos. Recordó, además, que la cosa juzgada constituye uno de los "pilares fundamentales sobre los cuales se asienta nuestro régimen constitucional" y que, a menos que se den los supuestos excepcionales admitidos, la cosa juzgada no puede ser alterada invocando el orden público "pues la estabilidad de las sentencias, en la medida en que constituye un presupuesto ineludible de seguridad jurídica, es también exigencia del orden público con jerarquía superior".

Concluyó que, dado que las razones esgrimidas por la Cámara y la Suprema Corte no eran suficientes para desconocer la cosa juzgada, la revisión de oficio efectuada por dichos tribunales —con fundamento en una supuesta violación del orden público— constituyó un desconocimiento del principio de congruencia y de la cosa juzgada, "cuya raigambre constitucional ha sido reconocida por [la] Corte y su respeto se ha entendido como una exigencia del orden público con jerarquía superior".

Independientemente de que la Corte Suprema no se abocó a analizar o definir el alcance del concepto de orden público, los principios que surgen de la decisión —incluyendo el hecho de que el principio de congruencia, la cosa juzgada y la seguridad jurídica forman parte del orden público internacional argentina con jerarquía superior a otros principios— ratifican los límites de la revisión que pueden realizar los jueces locales al entender en el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales y refuerza la idea de que la invocación del orden público no puede constituir un es fundamento válido para justificar el desconocimiento de principios y derechos de raigambre constitucional.

I.3.b. "Claren Corporation c. Estado Nacional" **(50)**

En el caso, la actora solicitó el reconocimiento y ejecución de una sentencia dictada por un juez de Nueva York, Estados Unidos de América, mediante la cual se condenó al Estado nacional a abonar a la actora aproximadamente USD 7.5 millones con relación a los Bonos Externos Globales 2017.

La acción de *exequatur* fue rechazada en primera instancia por entender el juez interviniente que la sentencia cuyo reconocimiento se solicitaba estaba en pugna con el orden público argentino, no cumpliéndose, por tanto, el requi-

(48) El tribunal identificó, además, otras presuntas violaciones de los requisitos de validez del arbitraje, como ser la intervención del fiscal de estado provincial en la negociación con la actora.

(49) Corte Suprema, "Milantic Trans SA c. Ministerio de la Producción (Astillero Río Santiago y ot.) s/ ejecución de sentencia - recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley y nulidad", 5 de agosto de 2021.

(50) Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal nro. 9, "Claren Corporation c. Estado Nacional - Arts. 517/518 Cód. Proc. Civ. y Com. Exequátur", 2 de marzo de 2010. La sentencia de primera instancia fue confirmada por decisión de la CNFed. Cont. Adm., sala V, 30/12/2010.

sito previsto en el art. 517, inc. 4º del Cód. Proc. Civ. y Com. Para así resolver el juez expresó que el principal fundamento de la acción de *exequatur* es la defensa del orden público y que este concepto se identifica con el espíritu que subyace a la legislación civil y a los principios generales que se infieren de las normas del derecho argentino **(51)**. En el fallo también se menciona: "cabe identificar al concepto enunciado con el conjunto de principios establecidos en defensa de la política legislativa local, que se encuentra en estado subyacente y surge como freno al derecho extranjero que puede distorsionarlo".

En particular, el juez entendió que entre los principios de orden público del derecho argentino se encuentra la inmunidad de jurisdicción del Estado nacional y que los actos que el Estado nacional ejecute regidos por el derecho público gozan de dicha prerrogativa. Si bien la emisión de títulos públicos puede calificar como un acto regido por el derecho privado tal como tiene dicho la Procuración de Tesoro de la Nación en numerosos dictámenes (incluyendo el que correspondía a la emisión de bonos en cuestión), el juez entendió que los hechos del caso versaban sobre actos de naturaleza pública, como ser la suspensión del pago de la deuda pública y su reestructuración. Con cita a la Corte Suprema se expresó que el acto del diferimiento de pagos de la deuda pública es una emanación de la soberanía nacional, respecto de la cual el Estado nacional no había prorrogado su jurisdicción. Concluyó entonces que, atento a que la sentencia extranjera desconoció el principio de inmunidad de jurisdicción del Estado nacional, violaba principios de orden público argentinos y, por ende, no correspondía su reconocimiento y ejecución.

La sentencia fue apelada por la sociedad actora y, con el voto de dos de sus miembros, la sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la sentencia apelada y rechazó la acción de *exequatur*.

El Dr. Gallegos Fedriani, en minoría, reconoció la existencia de la prórroga de jurisdicción en favor de tribunales extranjeros efectuada por la República Argentina en la documentación correspondiente a la emisión de los bonos, así como la existencia de una renuncia del Estado nacional a invocar la inmunidad de jurisdicción. El hecho de que el Estado nacional no hubiera invocado la defensa de inmunidad de jurisdicción en la demanda tramitada en el extranjero, sostuvo, impedía reconocer ese principio en la etapa de reconocimiento y ejecución. Asimismo, y atento a que la emisión de los bonos constituye un acto de gestión, el Dr. Gallegos Fedriani resolvió que no se encontraba amparado por la garantía de inmunidad referida. El juez descartó además que el reconocimiento y ejecución de la sentencia pudiera afectar el orden público en miras de la crisis económica, política y social experimentada por la Argentina pues el eventual reconocimiento y ejecución de la sentencia estaría sujeto a la inembargabilidad de recursos del Estado nacional (art. 19, ley 24.624) y al régimen de ejecución de sentencias contra el Estado nacional previsto en el art. 20 de la ley 24.624 y el art. 22 de la ley 23.982.

El Dr. Treacy coincidió con el Dr. Gallegos Fedriani respecto de la inaplicabilidad del principio de inmunidad de jurisdicción. Sin embargo, votó por el rechazo de la demanda al entender que el orden público argentino incluye un principio del "derecho de gentes" por el cual puede exceptuarse de responsabilidad internacional a un Estado por la suspensión o modificación de los servicios de la deuda pública cuando sea forzado a ello por razones de necesidad financiera impostergable. Indicó que la legislación de emergencia por la cual se suspendió y difirió el pago de la deuda pública constituía "un reflejo del principio del derecho de gentes al que se hizo referencia... como integrante de los principios del orden público del derecho argentino". Asimismo, aplicó analógicamente el principio de la *pars conditio creditorum* del sistema concursal argentino, principio al que también calificó de orden público, y entendió que, en tanto la sentencia colocaba a algunos acreedores en una

(51) Sobre el punto, el juez expresó "...el fundamento principal de la acción de exequátur es, precisamente, la defensa del orden público, razón por la que, resulta de toda evidencia la imposibilidad de acordar eficacia a una sentencia extranjera si ella se funda en normas que resultan incompatibles con el espíritu de la legislación a que se refiere el art. 14, inc. 2º del Código Civil... circunstancia que se configura cuando aquellas implique una lesión de algún principio general inferido de las normas vigentes en el derecho argentino...".

posición más ventajosa que otros, esta era contraría al principio referido.

Finalmente, el Dr. Alemany, por fundamentos análogos a los del Dr. Treacy, expresó que las normas de emergencia por las cuales se ordenó la suspensión y diferimiento del pago de la deuda formaban parte del orden público argentino y que, por ende, la acción debía ser rechazada en tanto la sentencia cuyo reconocimiento se solicitaba contrariaba las disposiciones de tal normativa.

Por su parte, y en el marco del recurso extraordinario planteado por la actora, con fecha 5 de abril de 2013 la procuradora general de la Nación emitió su dictamen proponiendo la confirmación de la sentencia de segunda instancia **(52)**. En el dictamen se sostuvo que el *exequatur* solicitado no cumplía con los requisitos previstos en el ordenamiento procesal local por cuanto "obstruye el ejercicio de atribuciones elementales por parte del gobierno argentino, sin las cuales no podría ser considerado un estado soberano".

Se expresó que a fin de poder considerar que un estado es soberano este debe poder decidir por sí mismo qué medidas adoptar en una situación de emergencia y que ello es lo que fundamenta el carácter de orden público de la atribución de redefinir sus obligaciones de manera unilateral. En el dictamen se califica al proceso de reestructuración como un *acto jure imperii* definiéndolo como un acto de gobierno realizado a fin de garantizar la continuidad de un estado soberano, recomponer sus colapsadas instituciones, afianzar el crecimiento, recobrar el sistema financiero y el comercio exterior y atender necesidades fundamentales de su población. Finalmente, se indicó que la pretensión de los actores afectaba "el orden público local" pues interfería con las facultades del gobierno de redefinir unilateralmente sus obligaciones en una situación de emergencia a fin de asegurar su subsistencia y garantizar la provisión de bienes públicos esenciales.

Siguiendo el criterio expresado en el dictamen de la Procuración —que la Corte Suprema hizo suyo **(53)**— el Máximo Tribunal resolvió confirmar la sentencia de segunda instancia y rechazar el *exequatur* al entender que la sentencia cuyo reconocimiento y ejecución se solicitaba no cumplía con el requisito previsto en el art. 517 [4] CPPCN en tanto admitir la pretensión "implicaría convalidar que este [el actor] a través de una acción individual promovida ante un tribunal extranjero, eluda el proceso de reestructuración de la deuda pública dispuesto por el Estado Argentino mediante las normas de emergencia dictadas por las autoridades competentes...", normas que consideró integrantes del "orden público del derecho argentino".

I.3.c. "Crostelli, Fernando y otros c. Estado Nacional - Ministerio de Economía" **(54)**

En el caso, los actores solicitaron el reconocimiento y ejecución de una sentencia dictada en el exterior (Nueva York, Estados Unidos de América) que hacía lugar a sus planteos de cobro con relación a ciertos títulos públicos emitidos por el Estado nacional.

La demanda de *exequatur* fue rechazada en primera instancia. El juez interviniente entendió que los bonos públicos objeto de la sentencia extranjera estaban alcanzados por la legislación de emergencia dictada por el Congreso nacional y que, por ende, el juez del exterior carecía de competencia para emitir la sentencia cuyo reconocimiento se pretendía en tanto la actuación estatal involucrada constituía actos de imperio. El juez entendió que la sentencia había sido dictada desconociendo el principio de inmunidad soberana por un tribunal incompetente.

La Cámara, por unanimidad, confirmó el pronunciamiento de primera instancia al considerar que la sentencia extranjera afectaba principios de orden público argentino. Puntualizó que, de admitirse la acción de reconocimiento, se estarían dejando de lado "normas de orden público" como eran las normas en materia de reestructuración de la deuda soberana.

(52) S.C. C. 462 L.XLVII, "Claren Corporation c. Estado Nacional (arts. 517/518 Cód. Proc. Civ. y Com. Exequátur) s/ varios".

(53) CS, sentencia del 6 de marzo de 2014.

(54) CNFed. Cont. Adm., sala II, "Crostelli, Fernando y otros c. Estado Nacional - Ministerio de Economía", 20 de diciembre de 2011.

Indicó que el tratamiento de la crisis vivida en la Argentina y en particular, lo relativo a los mecanismos implementados para el tratamiento de la deuda pública, representaron el "ejercicio de prerrogativas estatales a través de normas que integran de manera indiscutible el orden público interno, cuyo acatamiento constituye ciertamente un recaudo de estricta observancia a la hora de la homologación de la sentencia extranjera". Asimismo, y sin fundamentar esta conclusión la Cámara expresó que era indiscutible que el bloque normativo que reguló la reestructuración de la deuda pública integraba el "orden público del derecho argentino". En función de lo anterior, la Cámara confirmó la sentencia de primera instancia rechazando el reconocimiento y ejecución de la sentencia extranjera.

Con fecha 28 de mayo de 2013, la Procuradora General de la Nación se expidió remitiendo al dictamen emitido en el caso "Claren Corporation", antes comentado **(55)**. Por su parte, la Corte Suprema confirmó el rechazo del *exequatur* en un fallo dictado el 11 de noviembre de 2014, con remisión al caso "Claren Corporation".

I.3.d. "Deutsche Ruckversicherung AG c. Caja Nacional de Ahorro y Seguro" **(56)**

La actora solicitó el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral y la sentencia extranjera que lo confirmó (ambos dictados en Nueva York) mediante los que se condenó a la Caja Nacional de Ahorro y Seguro (en liquidación) al pago de ciertos montos (capital e intereses) originados en contratos de retrocesión suscriptos entre ambas partes.

El juzgado rechazó la solicitud de reconocimiento y ejecución de las decisiones dictadas en el extranjero al considerar que los intereses adjudicados no se ajustaban a lo previsto en el art. 6º de la ley 23.982 de Consolidación de Deudas, una ley declarada de orden público por el legislador. Por esta razón, en el fallo se expresó que "admitir la conversión en título ejecutorio del laudo arbitral afectaría el orden público, por ir en contra de lo establecido en la ley de consolidación de deuda pública".

La sentencia referida fue revocada por la sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, en una decisión dictada el 23 de septiembre de 2014 (que no se encuentra firme). La Cámara resolvió revocar la sentencia y admitir el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral y de la sentencia extranjera de acuerdo con el régimen de consolidación de deudas aplicable al caso (leyes 23.982 y 25.565) por la suma que surja de la liquidación a practicarse en primera instancia.

Para así resolver la Cámara abordó, en primer lugar, la discusión entre las partes acerca de cuál era el concepto de orden público a la luz del cual debía medirse o evaluarse el laudo y la sentencia extranjera cuyo reconocimiento se solicitaba. En ese marco afirmó la dificultad del definir el concepto de orden público y destacó que la ambigüedad de este concepto también es destacada en el ámbito internacional como una de las principales dificultades que presenta como requisito para admitir el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros. Por ello y por sus implicancias, remarcó que "determinar la extensión de la noción de orden público como limitación a la aplicación de la ley extranjera, constituye uno de los puntos más intricados y difíciles, pues además de la vaguedad del concepto 'es la soberanía territorial la que se encuentra en juego, es la defensa de los intereses primordiales de la sociedad lo que se defiende, y, en consecuencia, las disposiciones legales que tienden a salvaguardar esos intereses son susceptibles de recibir extensiones o restricciones muy variadas' (Carlos M. Vico, 'Curso de Derecho Internacional Privado', T. I, Buenos Aires, 1926, ps. 185/89)".

En lo que a este trabajo interesa, la Cámara expresó que en la noción de orden público se han identificado dos componentes: el interés general que el legislador interpreta como representante de la sociedad y que considera necesario atender; y el mecanismo instrumental consistente en hacer que las normas legales que atienden a ese interés general no puedan ser dejadas de lado por las partes. De esta manera, el tribunal trazó la distinción entre el orden público en

(55) S.C., C. 115, L. XLVIII, "Crostelli, Fernando y otros c. EN - Mº Economía s/ exequátur", 28 de mayo de 2013.

(56) Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal nro. 2, Secretaría nro. 4, "Deutsche Ruckversicherung AG c. Caja Nacional de Ahorro y Seguro", 15 de noviembre de 2013 (sentencia no firme).

sí mismo, y las normas imperativas. Luego, abordó la segunda distinción que la doctrina realiza al abordar esta temática: la diferencia entre "norma de orden público interno" y "principio de orden público internacional" y puntualizó que es esta última noción a la que hace referencia la Convención de Nueva York a los fines de impedir que un laudo extranjero viole el sentido de justicia del país, los principios fundamentales o básicos del ordenamiento jurídico, y no las normas imperativas que lo integran. Por ello, explicó, el orden público internacional no se compone de normas sino de principios básicos del ordenamiento normativo patrio. Por lo anterior, la Cámara concluyó que el art. V[2](b) de la Convención de Nueva York no se refiere al orden público como sinónimo de norma interna imperativa sino al orden público internacional.

Por otra parte, la Cámara remarcó la necesidad de realizar una interpretación prudente del concepto de orden público "ya que una utilización irrestricta de la excepción del 'orden público internacional' llevaría inexorablemente a la negación del derecho internacional privado, mientras que el exceso opuesto conduciría a la corrosión del sistema jurídico interno al contravenir sus principios rectores".

Con relación a la invocación que de las leyes de consolidación había efectuado el Estado nacional, la Cámara analizó el origen y propósitos que llevaron al dictado de estas leyes para concluir que estas buscaban preservar intereses vitales de la sociedad y, por ende, integraban el orden público del país en los términos del art. V de la Convención de Nueva York. En este sentido, remarcó que el orden público internacional de cualquier estado "incluye los principios fundamentales, atinentes a la justicia y a la moral, que el Estado desea proteger aun cuando no esté directamente involucrado; y las reglas diseñadas para servir a intereses políticos, sociales o económicos esenciales de ese Estado" y que el régimen de consolidación de la deuda pública se asienta en forma directa sobre principios fundamentales de nuestra Constitución nacional. Citó, en su apoyo, las consideraciones efectuadas por la Corte Suprema en los casos "Brunicardi" y "Claren Corporation" en el sentido de que existe un principio de derecho de gentes que autoriza excepcionar al Estado de responsabilidad internacional por la suspensión o modificación total o parcial del servicio de su deuda externa en caso de que sea forzado a ello por razones de necesidad financiera impostergable.

El tribunal entendió, además, que de no aplicar al caso las disposiciones de las leyes de consolidación, se estaría afectando el derecho constitucional de igualdad que también integra el orden público internacional argentino. En este sentido, tratándose de acreedores estatales por obligaciones alcanzadas por la consolidación si se autorizara la ejecución del laudo en los términos en que fue dictado y se lo excluyera de las leyes de consolidación sin una causa que lo justifique existiría una discriminación contraria a la garantía de la igualdad, "elemento troncal derivado del concepto de dignidad humana [que] es un elemento determinante del orden público constitucional".

Sin perjuicio de lo anterior, la Cámara expresó que no se advertían vicios en el laudo —o en el procedimiento previo a su dictado— que impidieran en forma absoluta su reconocimiento y ejecución siempre que el acreedor se ajuste al régimen de consolidación para la percepción de su crédito. Consideró, sobre el punto, que si una sentencia local era dictada en violación de las normas de consolidación, la solución no era su nulidad sino su adecuación a dicho régimen legal y que dicho principio debía aplicarse también a una sentencia extranjera puesto que lo contrario implicaría una discriminación y que el rechazo del reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero por violar el orden público era una excepción al principio de respetar las sentencias emanadas de tribunales judiciales o arbitrales extranjeros que se justifica solo cuando la ejecución repugne principios fundamentales del orden público, estableciendo la Convención de Nueva York el principio "favor arbitraje". Este principio representaría, en los hechos, un principio general del derecho que persigue preservar la validez de los actos jurídicos que integra el orden público internacional argentino. Asimismo, remarcó, no sería contrario a la Convención que un laudo no se reconozca y ejecute con el alcance total otorgado por el tribunal arbitral pues la ejecución parcial del laudo extranjero, cuando una parte que resulte violatoria del orden público puede ser separada de las demás, ha sido una de las mencionadas recomendaciones de la International Law Association.

Por ello, la Cámara concluyó que no existía norma interna ni de derecho internacional que excluyera del régimen de consolidación de deudas a la ejecución de un laudo extranjero y que la solución propuesta (adecuación de la ejecución del laudo a los postulados y procedimientos del régimen de consolidación) compatibilizaba razonablemente los fines de la Convención de Nueva York y los principios esenciales de nuestro ordenamiento jurídico sobre ejecución de sentencias dictadas contra el Estado.

El Estado nacional apeló la decisión, y la cuestión fue finalmente dirimida por la Corte Suprema en una decisión de fecha 24 de septiembre de 2019. La Corte Suprema rechazó el recurso por entender que solo traducía una disconformidad con los fundamentación y decisión de la Cámara. En sus votos, los Dres. Rosenkrantz y Rosatti admitieron ciertos argumentos procesales efectuados por el Estado nacional, pero rechazaron igualmente el recurso.

El Dr. Rosenkrantz rechazó el recurso al considerar que, en su planteo, el Estado nacional descansaba sobre normas inaplicables **(57)**, no había demostrado la configuración de ninguna de las causales de nulidad de laudos arbitrales previsto en el art. V de la Convención de Nueva York para la denegatoria del reconocimiento y ejecución, e implicaba reeditar cuestiones sobre el fondo de la disputa, cuestión ajena al procedimiento local de exequatur. A los fines que interesan a este trabajo, en el voto comentado se concluyó que no se advertía de qué manera la aplicación de ciertas normas holandesas en materia de poderes y prescripción **(58)** podía constituir una afectación del orden público argentino.

(57) Mientras que el Estado Nacional había invocado el art. 517 del Cód. Proc. Civ. y Com., entonces aplicable a la ejecución de laudos arbitrales cuando no existiera un tratado que regulara su reconocimiento y ejecución, en el caso eran aplicables las disposiciones de la Convención de Nueva York.

(58) El Dr. Rosenkrantz sostuvo que las circunstancias de que, bajo el derecho argentino, la prescripción no fuera aplicable de oficio y que la prescripción ganada puede ser renunciada eran evidencia de que, en principio, la prescripción no era una cuestión que interesaba al orden público.

Por su parte, el Dr. Rosatti, se refirió primero a que en el procedimiento de exequatur debe verificarse la adecuación del laudo al orden público argentino. Al referirse al alcance de esta revisión, cuando el Estado es parte del pleito, expresó que ello conlleva la necesidad de verificar que el laudo es acorde a "los principios de derecho público establecido en [la] Constitución nacional a los cuales alude su art. 27 y entre los cuales se encuentra: a) la forma representativa, republicana y federal de gobierno... b) el principio de juridicidad... c) el principio de igualdad... d) el carácter no absoluto de los derechos y la pauta de razonabilidad para su reglamentación... e) el debido proceso legal... y f) las medidas de emergencia adoptadas para garantizar la existencia misma de la Nación...". Según el Dr. Rosatti, el art. 27 citado establece una "esfera de reserva soberana (denominada margen de apreciación nacional)" en función de la cual no es posible hacer prevalecer automáticamente el derecho internacional sobre el ordenamiento constitucional. Este examen, sin embargo, no permite revisar o alterar las decisiones de fondo adoptadas por el tribunal arbitral, debiendo únicamente verificarse el cumplimiento de los requisitos previstos para el reconocimiento y ejecución del laudo.

I.3.e. "José A. Cartellone Construcciones Civiles c. Hidronor" **(59)**

Si bien la sentencia en el caso "Cartellone" no fue dictada en el marco de un procedimiento de *exequatur* cabe hacer referencia a sus consideraciones atento las derivaciones que en las cuestiones abordadas en este trabajo puede tener la decisión. En el caso se analizaba el recurso de nulidad interpuesto por la parte demandada (Hidroeléctrica Norpatagónica SA - Hidronor) contra el laudo arbitral dictado en favor de José Cartellone Construcciones Civiles S.A. por el cual se le reconocieron a mayores costos y otras sumas en el marco del contrato de obra pública que vinculaba a las partes. De acuerdo con dicho contrato, en el cual las partes se comprometían a someter sus disputas a jurisdicción arbitral, el laudo a dictarse era inapelable. El laudo dictado, favorable a la empresa José A. Cartellone Construcciones Civiles SA, hizo lugar a la de-

(59) CS, "José A. Cartellone Construcciones Civiles SA c. Hidronor", 1 de junio de 2004, Fallos 327:1881.

manda respecto de varias de las pretensiones propuestas reconociendo en su favor diversas sumas más los intereses previstos en el art. 48 de la ley 13.064 de Obras Públicas.

La demandada interpuso recurso de nulidad contra esta decisión. La Corte Suprema hizo lugar al recurso y declaró la nulidad del laudo arbitral. Para ello consideró que el laudo contradecía el orden público en tantos los intereses adjudicados —al ser exorbitantes— habrían constituido un despojo. Sostuvo que debía analizarse el alcance de la renuncia de las partes a apelar el laudo arbitral y que, si bien en principio ello constituía una cuestión disponible el derecho argentino prohibía la renuncia de derechos concedidos en mira del interés público siendo, además, la renuncia un instituto de interpretación restrictiva. Asimismo, habiéndose configurado en su opinión una violación al orden público, la Corte Suprema expresó que no podía "lícitamente interpretarse" que la renuncia a apelar una decisión arbitral se extienda a supuestos en que los términos del laudo que se dicte contraríen el orden público y expresó que la decisión arbitral puede impugnarse judicialmente "cuando sea inconstitucional, ilegal o irrazonable".

De esta sentencia se derivan dos consideraciones muy peligrosas para la supervivencia del arbitraje. La primera, que —de mantenerse esta doctrina— para la Corte Suprema será revisable el laudo (siempre e independientemente de la renuncia de las partes) si este es considerado violatorio del orden público. La segunda es la posibilidad de revisar el laudo considerado inconstitucional, ilegal o irrazonable **(60)**. Respecto de la primera de las consideraciones referidas *supra*, los Dres. Nazareno y Boggiano habían anticipado ese principio en su voto en el fallo "Meller" **(61)**. La segunda consideración también había sido planteada por la Corte Suprema muchos años antes, en el caso "Cooperativa Eléctrica" de 1975 **(62)**.

El fallo "Cartellone" fue criticado por una gran parte de la doctrina argentina **(63)**. Más allá de las críticas al razonamiento del tribunal sobre el alcance de la renuncia al recurso de nulidad, se criticó también el alcance de la revisión pactada. Ello por cuanto el hecho de que un laudo pudiera afectar el orden público no autoriza al tribunal a actuar como un tribunal de apelaciones y revisar el fondo de la disputa. El tribunal debería ceñir su revisión a verificar que el tribunal arbitral hubiera considerado cualquier norma imperativa aplicable y fundado razonablemente su aplicación o no a la controversia, pues "la causal de orden público no habilita la revisión de fon-

(60) Cfr. RIVERA, Julio César, "Arbitraje comercial, internacional y doméstico", Abeledo Perrot, 2014, p. 906.

(61) CS, "Meller Comunicaciones SA UTE c. ENTEL", 5 de noviembre de 2002, LA LEY 2003-B-906. En su voto, los ministros Nazareno y Boggiano expresaron: "Las partes pueden siempre, en asuntos disponibles para ellas, llegar hasta la renuncia de un derecho si esta alternativa conviene a sus intereses. Y si pueden abdicar de un derecho de modo directo, nada impide que lo sometan al azar acudiendo al vestido arbitral, que puede ser de un juego, apuesta o un echar suertes de modo que las partes disponen también renunciar a los recursos judiciales aun pactando duras penas de multa para quien quisiera abandonar aquel camino. Y no es dable afirmar con arrogancia que un proceso judicial pueda hacer más equidad que aquellos métodos, pues la crisis actual de la seguridad jurídica conduce a las partes a elegir alternativas de solución de controversias prescindentes de la jurisdicción estatal cuando el ordenamiento les permite hacer tal elección. Si el laudo al fin afectase el orden público estatal sus jueces no podrían reconocerlo pero en este caso nadie ha invocado la gravedad del orden público ni aparece manifiesta a los ojos de esta Corte...".

(62) CS, "Cooperativa Eléctrica y Anexos de General Acha Ltda. s/ expediente administrativo", 7/07/1975, Fallos 292:223. En esta decisión, el Máximo Tribunal expresó que independientemente de lo que se establezca en la cláusula arbitral, "el ejercicio que en cada caso se haga de la jurisdicción arbitral no comporta más atribución que la de juzgar legal y razonablemente dentro de los términos del conflicto; y que si bien la apreciación de los hechos y la aplicación regular del derecho es función del árbitro, no excluye que pueda ser impugnada judicialmente la inconstitucionalidad, la ilegalidad o la irrazonabilidad en que se hubiese incurrido al laudar...".

(63) RIVERA, Julio César, "Arbitraje comercial, internacional y doméstico", Abeledo Perrot, 2014, p. 908; RIVERA, Julio César, "Orden público y arbitraje comercial", LA LEY del 30/11/2015; RIVERA, Julio César, "Relaciones peligrosas entre los jueces y el arbitraje", Revista Institucional, nro. 1504 de la Bolsa de Comercio de Rosario, 9 de abril de 2008; MÉNDEZ, H., "Impugnación judicial de laudos arbitrales. El caso 'Cartellone'. Un lamentable retroceso", JA 2005-I-1312; ESTOUP, "La universalización del orden público interno en el arbitraje internacional. ¿Una defensa legítima?", LA LEY del 11/11/2004.

do del laudo" **(64)** sino que únicamente autoriza a verificar que la solución aplicada por los árbitros no sea "inaceptable desde el punto de vista de las concepciones fundamentales del foro" por existir una violación efectiva y flagrante del orden público internacional **(65)**.

De lo contrario, el acuerdo de prórroga de jurisdicción al que pudieran haber arribado las partes en un contrato carecería de efecto útil. En otras palabras, ninguna eficacia, y por ello utilidad, tendría un acuerdo de prórroga de jurisdicción si la jurisdicción pactada por las partes pudiera ser suplantada por los jueces al ejercer un control amplísimo en oportunidad de analizar un recurso interpuesto contra el laudo. Es que, como expone Caivano: "[A]l someterse a arbitraje, las partes han querido que sean los árbitros —y no los jueces— quienes las resuelvan. Este objetivo se perdería si el laudo fuera revisable en cuanto a los méritos o al fondo de lo resuelto, pues en este caso la controversia, finalmente, terminará siendo resuelta por un tribunal judicial" **(66)**.

Obviamente se trata de una cuestión compleja cuyo debate sigue abierto tanto a nivel local como también en el derecho comparado **(67)**.

II. Conclusiones

Confrontando los conceptos y principios descriptos en la primera y segunda parte de este trabajo con las conclusiones a las que se arribaran en las decisiones comentadas más arriba, puede observarse que, en líneas generales, existe una importante confusión de los criterios aplicados.

En primer lugar, muchos de los tribunales que intervinieron en los casos comentados aplicaron la noción de orden público interno a casos de reconocimiento de sentencias o laudos extranjeros cuando deberían haber analizado la viabilidad del reconocimiento y ejecución a la luz del criterio del orden público internacional.

En segundo lugar, y más allá del grave error conceptual referido en el párrafo anterior, incluso admitiendo (solo por hipótesis) la aplicación del orden público interno a cuestiones internacionales, los tribunales en cuestión han hecho una interpretación muy expansiva del criterio de orden público (interno) que no se condice tampoco con el criterio que debería aplicarse en esta materia.

Finalmente, a partir de la invocación de supuestas vulneraciones del orden público, los tribunales han entrado en el fondo de las disputas, reanalizando los méritos del caso, a pesar de que, como reconoce la Corte Suprema en su jurisprudencia: "...la comprobación de los recaudos exigidos... para la ejecución del laudo arbitral, no autoriza a revisar o alterar las decisiones de fondo adoptadas en el pronunciamiento, debiendo circunscribirse el tribunal a la verificación de la concurrencia de los requisitos indicados" (Fallos 334:552) **(68)**.

Estas circunstancias, como veremos en la última parte del trabajo, ponen en serios riesgos la supervivencia y eficacia del arbitraje como un mecanismo de solución de controversias en el país, particularmente en aquellos casos que involucran al Estado nacional o alguna de sus reparticiones en tanto en dichos casos suelen encontrarse presentes muchos elementos (como ser normas imperativas, cuestiones de derecho público, cuestiones vinculadas con el interés general) que son peligrosamente confundidos con el concepto de orden público que debiera aplicarse al analizar el reconocimiento y ejecución de laudos en procedimientos con intervención del Estado nacional.

(64) RIVERA, Julio César, "Arbitraje comercial, internacional y doméstico", Abeledo Perrot, 2014, p. 908.

(65) RIVERA, Julio César, "Arbitraje comercial, internacional y doméstico", Abeledo Perrot, 2014, ps. 972-973.

(66) CAIVANO, Roque J., "El control judicial en el arbitraje. Apuntes para una futura reforma de la legislación argentina", LA LEY 2008-D-1274.

(67) RIVERA, Julio César, "Orden público en el arbitraje comercial", LA LEY del 30/11/2015, p. 4.

(68) Esta es la misma solución que se adopta, en general, en el plano internacional, habiendo muchos tribunales reconocidos que el orden público no brinda una oportunidad a la parte que resiste el reconocimiento y ejecución del laudo para reargumentar la cuestión de fondo o méritos del caso. Cfr. GAILLARD, Emmanuel - BERMANN, George, "Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards", UNCITRAL, 2016.

Aproximaciones en torno a la figura de los Tribunales Administrativos de Contrataciones

Álvaro Bautista Flores

Sumario: I. Introducción.— II. La importancia del control eficiente en los contratos públicos.— III. La aparición de los Tribunales Administrativos de la Contratación Pública. Cuestiones en torno a su naturaleza jurídica.— IV. El funcionamiento y la organización de los Tribunales Administrativos de Contratación Pública en España.— V. La competencia de los Tribunales Administrativos de Contratación Pública en España. El recurso especial. Efectos. Cuestiones inherentes a su tramitación.— VI. El anclaje constitucional de los Tribunales Administrativos en la Argentina.— VII. La irrupción de los Tribunales Administrativos en la Argentina. El *quid* del control judicial suficiente.— VIII. Los ejemplos de Tribunales Administrativos en la Argentina. El caso del Tribunal Fiscal de Apelaciones.— IX. La experiencia del Tribunal Arbitral de Obras Públicas.— X. El acceso a la justicia y la contratación pública. Sus problemáticas en la Argentina.— XI. Propuestas para la creación de Tribunales Administrativos de Contrataciones Públicas en la Argentina.— XII. Conclusiones.

I. Introducción

El cometido del presente trabajo, como se colige de su título, apuntará a examinar un instituto que hasta el momento es extraño en el ordenamiento jurídico argentino, como lo representan los Tribunales Administrativos de Contratación.

Si bien la figura de los Tribunales Administrativos ha tenido un amplio desarrollo en el país y ha estado sujeto a apasionantes discusiones, de momento, no han tenido asidero en la agenda de la contratación pública en la Argentina. A fin de brindar al lector un acercamiento sobre la temática elegida, se abordará los aspectos generales respecto de los mecanismos de control de control en los contratos públicos, en donde han emergido —con una vigorosa fuerza— los Tribunales Administrativos en materia de contratación.

Por su parte, se examinará la naturaleza que han de revestir estos Tribunales —lo cual tiene un profundo impacto en el régimen argentino—, para posteriormente desarrollar la experiencia española, la cual se erige como la principal guía que tienen los Estados en estas latitudes para evaluar su inserción en la Argentina.

II. La importancia del control eficiente en los contratos públicos

Uno de los pilares de la contratación pública reposa en los mecanismos de control, puesto a que, a través de ellos, es posible cotejar el cumplimiento de los postulados que emergen de la normativa y los principios de la contratación. Por tal motivo, el diseño de instrumentos eficientes que permitan satisfacer la finalidad descripta debería erigirse como una de las principales preocupaciones de cualquier sistema de contratación que involucre al Estado.

En tal entendimiento, las deficiencias en las fases preparatorias de los contratos (como por ejemplo, el direccionamiento de pliegos, alterar la prohibición de desdoblamiento, el abuso de la utilización de los mecanismos de contratación directa), la configuración de prácticas fraudulentas o contrarias a la concurrencia y competencia —sin perjuicio de la labor que le corresponda a los organismos específicos—, la irregularidades en la etapa del análisis de las ofertas y en las adjudicaciones, los desvíos en la ejecución del contratos (ej.: en las modificaciones de los contratos o ejercicio de ius variandi), son algunas de las múltiples situaciones problemáticas que se pueden configurar en el marco de cualquier contratación pública.

Todo ello tiene —de manera mediata o inmediata— un severo impacto en la eficiencia del gasto público. Este es un aspecto crucial, máxime si se tiene en consideración el lugar que ocupa la contratación pública en el PBI de los Estados, el cual en líneas generales oscila entre un diez y veinte por ciento.

Sin perjuicio de que las preocupaciones en torno a los controles a realizar en el seno de los contratos públicos pueden tener algunos matices según la región geopolítica que se trate **(1)**, lo cierto es que el denominador común de aquellos reposa en la necesidad de otorgar las garantías suficientes para que cualquier interesado en un procedimiento de selección pueda hacer valer los derechos que le corresponden, y con ello, como una suerte de acto reflejo, tutelar el irrestricto respeto de los principios generales que rigen a toda contratación pública. Por estas razones, la aplicación efectiva de las normas de la contratación, la cual es posible mediante la creación e instalación de órganos de control, aparece como una clara derivación del interés público que se encuentra comprometido en todo proceso contractual. Este aspecto es de vital importancia para comprender el tópico que nos convoca en esta oportunidad, debido a que, justamente, la invocación del denominado "interés público" suele ser utilizado a los efectos de mitigar los alcances del control externo de la contratación pública.

Si bien el control puede adoptar diversas variantes en esta materia, el perfil que se le pretende dotar a este trabajo implica concentrar la atención en aquel que se dispare ante las discrepancias o divergencias que puedan suscitarse entre los interesados y los órganos contratantes, en el seno de un procedimiento de selección. Por lo tanto, la cuestión finca en determinar cuáles serán los órganos que, en condiciones de independencia e imparcialidad, resuelvan las controversias dentro de la contratación pública.

Un contralor específico en el sector de la contratación se justifica no solamente en la vigencia de los principios que la rigen, sino en el presupuesto o razón de ser los contratos públicos, como lo es la satisfacción oportuna de la necesidad pública comprometida. Por lo tanto, deviene indispensable que los controles que se realicen —en este caso la resolución de las controversias o reclamos— se materialice en tiempos razonables y que cuente con una especificidad propia de la materia. Asimismo, un control oportuno permitirá corregir infracciones que, eventualmente, puedan dejar subsistente las actuaciones realizadas y no resentir la satisfacción del cometido público involucrado.

Ahora bien, en líneas generales, el control respecto de las controversias que se generen en el marco de un contrato celebrado por el Estado (cualquiera fuere su naturaleza, sea administrativo o parcialmente regido por el derecho privado) se discuten ante el Poder Judicial. En tal sentido, será el fuero contencioso administrativo o el civil y comercial (conocido también en el derecho comparado como "justicia ordinaria") los que se abocarán al conocimiento y decisión en los casos que se originen en un contrato público, en cualquiera de sus etapas.

Asimismo, teniendo en consideración la idiosincrasia de los países, sobre todo en el modo de considerar la idea de la separación de los poderes, el control de la actividad estatal (encontrándose desde ya a los contratos públicos) fue atribuido a órganos especializados dentro de la misma Administración, sin que el Poder Judicial

(1) En el marco de la UE, los propósitos del control en la materia se encausan en la necesidad de garantizar el principio de libre circulación de bienes y personas, en aras de evitar —por ejemplo— la introducción de políticas proteccionistas que vayan en detrimento de los postulados que constituyen los propios cimientos de la Unión.

intervenga en estas cuestiones. El ejemplo por antonomasia ha sido el funcionamiento y la labor del Consejo de Estado en Francia, el cual ha sido determinante para la conformación definitiva del derecho administrativo, y por añadidura, de la figura del contrato público.

No obstante las apreciaciones realizadas, y más allá de la conformación de un fuero o una estructura especializada en cuestiones de derecho administrativo, ya sea dentro o fuera del Poder Judicial, pareciera que el control tradicional no se adaptaría del todo a las exigencias y particularidades inherentes a la contratación pública. Si bien, como ya se ha esbozado, la temática que nos convoca es uno de los ejes transversales del derecho administrativo, en la actualidad se está experimentando el fenómeno de la conformación del "derecho de las contrataciones públicas", el cual —sin entrar en una discusión en cuanto a una pretendida autonomía— se rige por una serie de principios y reglas que cuentan con una vocación global y universal.

Es aquí entonces donde puede comenzar a explicarse el nacimiento de la idea de la creación de los Tribunales Administrativos de la Contratación Pública, conforme se irá desarrollando a lo largo de este trabajo.

III. La aparición de los Tribunales Administrativos de la Contratación Pública. Cuestiones en torno a su naturaleza jurídica

La existencia de un ente u órgano especializado en materia de contrataciones públicas para dirimir las contingencias que puedan surgir en cualquier etapa del procedimiento o en la ejecución del contrato constituye una herramienta trascendental para dar cumplimiento a los principios de la contratación.

Por tal circunstancia, no resulta sorprendente que, como una de las manifestaciones que hacen al derecho global de las contrataciones públicas, el control de las actuaciones que se realicen en un procedimiento de selección se erija como uno de sus puntos salientes. En tal inteligencia, la Ley Modelo de la CNMUDI **(2)** sobre la Contratación Pública de 2011 consagra en su texto el "derecho de recurso y apelación" (cfr. art. 64), previendo que las reclamaciones que permitan resguardar los derechos de los interesados en un contrato público puedan ser resueltas ante un órgano administrativo independiente (recursos) o ante el foro judicial competente (apelación). Es importante destacar que en forma expresa se establece que las decisiones emitidas por el órgano independiente podrán ser recurridas judicialmente (conf. art. 64, inc. 3º), asegurándose lo que habremos de llamar como el "control judicial suficiente y adecuado", tal como se examinará *infra*.

En un sentido análogo, el Acuerdo de Contrataciones Públicas de la Organización Mundial de Comercio (OMC) **(3)** establece en su art. XVIII "Procedimientos internos de revisión", que cada parte establecerá o designará al menos una autoridad administrativa o judicial imparcial, independiente de sus entidades contratantes, para recibir y revisar las impugnaciones presentadas por los proveedores en el contexto de una contratación abarcada. A su vez, también se prevé que las decisiones de la autoridad administrativa estarán sometida a revisión judicial.

Como puede advertirse, las buenas prácticas internacionales destacan la importancia de los mecanismos de control en las contrataciones públicas, pregonando que los diversos Estados adapten dichas premisas en sus ordenamientos jurídicos.

Sin embargo, puede decirse que, en la cuestión abordada, ha sido la UE la verdadera pionera en la materia. En Europa se advirtió una temprana inquietud en torno a los mecanismos que podrían utilizar los operadores del sistema de contrataciones, máxime ante la heterogeneidad de los regímenes normativos (y también de sus tradiciones administrativas o judiciales) entre los países que la conforman. El interés del derecho comunitario en este punto no se circunscribía solamente en velar por el cumplimiento de la normativa en contrataciones, atento a que a través de los instrumentos de contralor se permitiría hacer cumplir las reglas que permiten el funcionamiento de la UE, como

(2) Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

(3) El Acuerdo fue suscripto en el año 2012 y entró en vigor —para los países que han adherido— en enero de 2021.

lo representa —por ejemplo— el principio de la libre circulación de bienes y personas.

En tal inteligencia, la Directiva 89/665/CEE (o "Directiva de los Recursos") **(4)** fue la que estableció la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos, los cuales podrán recaer en órganos distintos a los responsables del procedimiento, sean o no jurisdiccionales en los términos de la Directiva, y que, a su vez, contarán con amplias facultades en el marco de la intervención que le fuera requerida **(5)**.

Bajo las premisas de la Directiva antes mencionada, puede explicarse la irrupción de los Tribunales Administrativos para abordar cuestiones inherentes a la contratación pública. Si bien la figura no era para nada desconocida, debido a que ya había sido aplicada en otras disciplinas (v.gr.: aduanera y tributaria), hasta entonces no había sido aplicada en la materia.

Una aproximación al concepto o noción de los "Tribunales Administrativos" (TA) indica que estos pueden definirse como aquellas estructuras u órganos que se encuentran insertos dentro de la Administración o Poder Ejecutivo, caracterizadas por su especialidad, independencia e imparcialidad, a las cuales se les atribuye el conocimiento y decisión de las controversias que se susciten entre los particulares y/o con el Estado, dentro del ámbito específico de creación. En otras palabras, hacen referencia a aquellos organismos que han sido creados para la revisión de actos administrativos de carácter sectorial y que se encuentran fuera del Poder Judicial. Los tribunales administrativos realizan, en la práctica, funciones judiciales, esto es, conocen y deciden cuestiones de jure, declaran o deniegan un derecho, aplican sanciones y penas. En tal caso, se habla de actividad administrativa "parajurisdiccional" o "cuasijudicial" **(6)**.

Por añadidura, sin perjuicio de las funciones de tipo jurisdiccional que realizan —siempre sujetas a un control judicial suficiente y adecuado— los TA detentan una naturaleza estrictamente administrativa, por formar parte de la organización —valga la redundancia— administrativa de un Estado. En tal entendimiento, el hecho de que estos órganos ejerzan funciones que serían típicamente jurisdiccionales no implica que pertenezcan o se inserten dentro del Poder Judicial y, por ende, atribuirle una naturaleza "jurisdiccional" desde el punto de vista estrictamente subjetivo. Sin embargo, como se verá enseguida, en el ámbito de la UE esta cuestión tiene algunos matices, sin mutar la naturaleza administrativa que caracteriza a los TA.

Lo importante, siguiendo los lineamientos que se desprenden de las prácticas recomendadas por las organizaciones internacionales (ref. ONU y OMC), es que los TA —en particular los de contrataciones públicas— resultan compatibles con regímenes en donde el control es ejercido, en última instancia, por el Poder Judicial. Este es un tópico de suma importancia para analizar la constitucionalidad de los Tribunales Administrativos de Contratación en la Argentina, y su eventual instalación en el país.

Retomando el eje del trabajo, puede afirmarse que los Tribunales Administrativos de la Contratación Pública (TACP) son instituciones que contribuyen a dotar de mayor profesionalización a la materia **(7)**, y desde ya, se emparentan íntimamente con la concreción de las exigencias del buen gobierno y administración que gozan los integrantes del Estado en el cual se establezcan. Mediante el funcionamiento de los TACP se profundiza la necesidad de controlar y velar por la imparcialidad de los procedimientos, el cual ha sido un aspecto resaltado —por ejemplo— por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) **(8)**. Sin un mecanismo de recurso adecuado, no se podrán garantizar adecuadamente el respeto de las normas fundamentales para una adjudicación equitativa y transparente.

(4) Posteriormente modificada por la Directiva 2007/66/CEE.

(5) Cfr. art. 2.1 de la Directiva 89/665/CEE.

(6) MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de derecho administrativo", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, t. I, p. 87.

(7) Al respecto, ver LAZO VICTORIA, Ximena, "Nuevas fórmulas de la actividad contractual del sector público en España", en AA.VV., El control de la actividad estatal, ISBN 978-987-97935-9-6, Buenos Aires, 2016, ps. 558-570.

(8) Conf. "Telaustria", C-324/98 (2000).

La presencia de tribunales en el campo de la contratación estatal, pública o administrativa aumenta el grado de confianza y seguridad **(9)**, y se han establecido como una respuesta a los criterios de legalidad, transparencia, equidad y promoción de la competencia efectiva.

Los objetivos que se encuentran involucrados al momento de determinar la creación de los TACP han sido —a nuestro juicio— claramente precisados por el TJUE. En la sentencia recaída en el asunto C-203/2014, entre otras cuestiones, se examina la naturaleza del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público se ha dado un importante paso para clarificar las competencias y funciones que habrán de detentar dichas instituciones, en particular, acerca de si se consideraba o no como un "organismo jurisdiccional" a la luz de la normativa comunitaria **(10)**. A los efectos de dar tratamiento a la cuestión prejudicial en los términos del art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE), el TJUE entendió que el Tribunal Catalán, sin perjuicio de declararse como "administrativo" para el derecho interno, reviste la calidad o condición de "jurisdiccional" en los términos de la normativa europea **(11)**.

Para arribar a tal conclusión, sin desconocer que el Tribunal no integra el Poder Judicial, el TJUE puso especial atención en el origen legal del órgano, su independencia, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas, el carácter contradictorio del procedimiento, su permanencia, y el carácter obligatorio de su jurisdicción.

Así las cosas, el Tribunal catalán fue creado de conformidad al ordenamiento vigente para la Comunidad Autonómica, dándose cumplimiento al sustento legal relativo a su origen. La independencia del órgano se configura por el hecho de erigirse como un tercero con respecto a la autoridad que adoptó la decisión recurrida en el litigio principal. En otras palabras, no tiene interés alguno con relación al procedimiento donde se tramita la contratación. Adunando a ello, la sentencia destacó que el Tribunal ejerce sus funciones con plena autonomía, sin estar sometido a vínculo jerárquico o de subordinación alguno respecto a terceros y sin recibir órdenes ni instrucciones de origen alguno, reafirmándose la condición de "independencia" anteriormente aludida. Esto genera una protección adicional ante injerencias o presiones externas que puedan hacer peligrar la independencia que gozan cada uno de sus miembros. Con relación a estos últimos, se señala que por ser "inamovibles" **(12)** en sus cargos, se contribuye a la objetividad e imparcialidad frente a las partes, y a sus respectivos intereses respecto del objeto de los potenciales litigios.

Por otra parte, sin perjuicio de que el recurso especial que abra su competencia sea potestativo (sobre esta cuestión se retomará *infra*), dicha característica no se contrapone con la obligatoriedad de su jurisdicción. Esto es así debido a que la competencia del Tribunal no depende de un acuerdo de las partes, lo cual implica que sus eventuales resoluciones —una vez elegida la vía del recurso especial— sean vinculantes para las partes. En este contexto, es donde tendrá lugar la aplicación del plexo normativo de la contratación (ej.: Directivas de la UE, Ley de Contratos del Sector Público, pliegos, etc.), y tendrá lugar el carácter contradictorio del procedimiento.

Finalmente, el TJUE incorpora un argumento adicional, destacando que en la práctica el recurso especial es usualmente utilizado por los operadores, erigiéndose el recurso contencioso administrativo como una especie de segunda instancia, ejerciendo de tal manera los Tribuna-

(9) ROMERO PÉREZ, Jorge, "Los Tribunales Administrativos en la materia de contratación pública", Revista de Ciencias Jurídicas, nro. 123, setiembre-diciembre 2010, Costa Rica, ps. 99 y ss.

(10) Es dable señalar que en el asunto C-103/97 "Josef Köllensperger" (1999), ya se había admitido que el "órgano jurisdiccional" al que alude la Directiva no debía ser un ente jurisdiccional en sentido estricto. Del mismo modo, a los efectos de que la equiparación permita el planteo de cuestiones prejudiciales pueden citarse a los precedentes "Gabalfrisa SL y otros c. Agencia Estatal de Administración Tributaria", asunto C-110 y 147/98 (2000).

(11) La caracterización como "jurisdiccional" —en el seno de la normativa de la UE— permite órgano que revista tal condición plantear cuestiones o decisiones prejudiciales (ej.: si alguna cuestión se encontrare o no alcanzada por la competencia atribuida por el derecho interno) ante el TJUE.

(12) Solamente podrán ser removidos por las causales establecidas en la norma de creación.

les de Contratación una especie de jurisdicción primaria **(13)**.

Desde nuestra óptica, el criterio vertido por la jurisprudencia europea —además de ratificar la impronta de los TACP— se erige como una guía de insoslayable consulta para su potencial inserción —en este caso— en la República Argentina.

IV. El funcionamiento y la organización de los Tribunales Administrativos de Contratación Pública en España

Para abordar el tema que nos convoca, y a los efectos de vislumbrar la viabilidad en la Argentina, es menester considerar la experiencia acuñada en España en cuanto a la instalación y funcionamiento de los TACP, la cual es considerada mayoritariamente como exitosa desde su efectiva implantación. Sin perjuicio de la existencia de otras experiencias en Latinoamérica, como son los casos de Chile **(14)**, Costa Rica, Panamá o Perú **(15)**, tomaremos como referencia al caso español, a fin de evaluar las posibilidades de los TACP en la Argentina.

No obstante, su recepción en el ordenamiento jurídico español no estuvo exento de vicisitudes. Conforme se indicase *ut supra*, la influencia del derecho comunitario —principalmente— de la Directiva 89/665/CEE (art. 1.1) ha impuesto como principal obligación a los Estados la adopción de las medidas que sean necesarias para garantizar que las decisiones de los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible. Del mismo modo, se establecía que los mecanismos que permitan llevar a cabo el control sean realizados por un órgano independiente del órgano de contratación, sea de naturaleza administrativa o judicial **(16)**. Sin embargo, la incorporación o extrapolación de esta exigencia en la legislación española no se configuró de inmediato, y a su vez, estuvo signada por una fuerte resistencia. Esto permite explicar, si se quiere, la recepción relativamente tardía de los TACP en el Reino de España.

Por otra parte, cabe señalar que el TJUE —al expedirse sobre las "Directivas de recursos"— lo ha hecho en el sentido de considerar que es necesario que los Estados miembros, al transponerlas, implementen un sistema de recursos *ad hoc* en el campo de la contratación pública **(17)**. Tal criterio se manifestó en la sentencia "Alcatel" **(18)**, en donde se señaló que además de contar con la posibilidad de obtener un resarcimiento en concepto de daños y perjuicios, es necesario establecer un procedimiento enderezado a la obtención de la nulidad del proceso de contratación, en el caso de concurrir los requisitos previstos por la respectiva ley. Por tal circunstancia, el marco normativo de la UE y la posición de la jurisprudencia, permitían colegir la insuficiencia de los mecanismos ordinarios y generales de control de la Administración Pública, para la fiscalización de los procedimientos contractuales. En otras palabras, el sistema recursivo de la Ley de Procedimientos y/o el recurso contencioso-administrativo, no bastarían para dar cumplimiento a las Directivas de recursos.

Este razonamiento no fue el que originariamente se sentó en España, debido a que en la ley 13/95 de Contratos de las Administraciones Públicos no se incluyó la figura del "recurso especial", al considerarse —conforme se desprenden de sus antecedentes— que aquel instituto resultaba ajeno a la legislación de contratos es-

(13) La "jurisdicción primaria" es aquella ejercida por Tribunales Administrativos o Agencias, la cual ha tenido amplio desarrollo en los países de tradición anglosajona, como EE. UU. o el Reino Unido.

(14) Ampliar en DÍAZ BRAVO, Enrique, "El Tribunal de Contratación Pública chileno: Examen de su regulación", en DÍAZ BRAVO, Enrique - MORENO MOLINA, José A. (dirs.), Contratación pública global: Visiones comparadas, 2020, ISBN 978-84-1336-727-9, ps. 743-779.

(15) Respecto a la experiencia en los países citados, ver CASTILLO VÍQUEZ, Fernando, "Apuntes sobre Tribunales Administrativos", Revista de Ciencias Jurídicas, nro. 138, setiembre-diciembre 2015, Costa Rica, ps. 13 y ss.; ROMERO PÉREZ, Jorge, "Los Tribunales Administrativos...", ob. cit.

(16) Art. 2º de la Directiva 89/665/CEE.

(17) VALCARCEL, Patricia, "La asunción por el derecho español del sistema comunitario de recursos en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos: de la negación de la especialidad a la creación de tribunales administrativos ad hoc", El Derecho Administrativo, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 2012, ps. 607 y ss.

(18) Asunto C-81/1998, de fecha 28/10/1999.

pañola (puesto a que, a todo evento, se debería reformar la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa), y a asimismo, el ordenamiento jurídico español brindaba respuesta a las necesidad de control en cuestiones de contratación pública.

La tesitura de las autoridades españolas fue objetada por la jurisprudencia del TJUE, la cual consideró que el diseño de la normativa contractual transgredía las Directivas en materia de recursos **(19)**. En el caso "Comisión contra Reino de España" **(20)**, se condenó al Reino de España por no extender el sistema recursivo —y en consecuencia transgredir la normativa comunitaria de recursos— a las decisiones adoptadas por las sociedades de derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general, que, sin perjuicio de carecer de carácter industrial o comercial, cuentan con personalidad jurídica propia y se encuentran sometidas a controles públicos. Asimismo, en "Comisión contra Reino de España" **(21)**, se condenó al país mencionado por entender que el texto del por ese entonces Texto refundido de la Ley de Contratos (TRLC) contradecía las Directivas de la UE al no estipular un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notifique su decisión de adjudicación a todos los licitadores.

Si bien la Ley de Contratos del año 2007 (ley 31/2007) se había encargado de contemplar el recurso especial (conf. arts. 37 a 39) **(22)**, recién con la ley 34/2010 se dispuso la creación de la Administración del Estado Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) **(23)**, quien tendría a su cargo la resolución de los recursos especiales, y originariamente se hallaba adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda. Por tal circunstancia, el sistema *ad hoc* al que había hecho referencia la jurisprudencia del Tribunal de la UE, fue realmente cumplido a partir de este hito.

La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017 (LCSP) termina de consolidar y ratificar la función de los Tribunales Administrativos de Contratación, al incluir en el marco del nuevo ordenamiento los aspectos rectores en cuanto a su composición y funcionamiento, y al extender los alcances del recurso especial, conforme se verá en el próximo acápite.

La LCSP, en su art. 45, define al TACRC como órgano especializado que actúa con plena independencia funcional, el cual adscrito al Ministerio de Hacienda y Función Pública. Como se ha harto destacado, es quien entiende y resuelve los recursos especiales que fueran incoados por los sujetos legitimados en la LCSP.

Teniendo en consideración los postulados consagrados tanto en las Directivas como en el ordenamiento español, corresponde examinar el modo bajo el cual ha de ser conformado el TACRC. Este es un tópico de indubitable valor, puesto a que, a partir de allí, se podrán cumplir los requisitos de idoneidad, independencia e imparcialidad que son necesarios para la legitimidad de los órganos de esta índole, y por añadidura, de la eficiencia misma del control en los contratos público por conducto del recurso especial. Al respecto, se ha señalado que al erigirse como "órganos especializados de control no sometidos a instrucciones" —por su condición de "Tribunales Administrativos"—, representan la solución más adecuada para otorgarle eficacia al sistema de recursos administrativos de tal

(19) Con antelación, en el caso "Comisión/Grecia" (sentencia de 19 de septiembre de 1996, Asunto C-236/95, Rec. p. I-4459), el TJUE había sostenido que las disposiciones de derecho interno de Grecia no se adaptaban a la normativa comunitaria, al supeditar la medida de suspensión a la interposición de un recurso de anulación contra el acto administrativo impugnado.

(20) Asunto C-214/00, de fecha 15/05/2003.

(21) Asunto C-444/06, de fecha 03/04/2008.

(22) Ampliar en NOGUERA DE LA MUELLA, B., "El recurso especial en materia de contratación y las medias cautelares en la ley 30/2007 de contrato del Sector Público, a la vista de la Directiva 2007/66/CE, por la que se modifica la Directiva 89/665/CEE", en GIMENO FELIÚ, José María. (ed.), El derecho de los contratos públicos, ps. 320 y ss.; LÓPEZ-CONTRERAS GONZÁLEZ, "El control de la adjudicación de los contratos públicos. En particular, el recurso especial y las medidas cautelares", en MORENO MOLINA, José A. (dir.), La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las entidades locales, 2008, ps. 301 y ss.

(23) En torno a las características del recurso especial en el marco de la normativa de 2010, ver —entre otros— MORENO MOLINA, José A., "La reforma de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de recursos", La Ley, Madrid, 2010.

modo que sirvan de garantía efectiva para los administrados **(24)**. Por otra parte, la mayor especialización de sus integrantes permitirá una mayor capacidad de razonabilidad técnica y, en consecuencia, mayor certeza jurídica para los operadores del sistema **(25)**.

Despejadas estas cuestiones, se prevé que el TACRC —conf. art. 45 de la LCSP— estará compuesto por un presidente y un mínimo de cinco vocales, estableciéndose que cuando el volumen de asuntos sometidos a su conocimiento lo requiera, el número de vocales podrá incrementarse mediante Real Decreto. Como mínimo, el Tribunal estará dividido en dos Secciones, las cuales estarán presididas por el propio presidente del Tribunal, siendo atribución de este último fijar el reparto de atribuciones entre las Secciones y el Pleno, así como la distribución de asuntos entre las Secciones.

La normativa estatuye que, para ser designado como presidente del Tribunal, se deberá ser funcionario de carrera, de cuerpo o escala **(26)** para cuyo acceso sea requisito necesario el título de licenciado o grado en derecho. Asimismo, se exige haberse desempeñado en la actividad profesional por un tiempo superior a quince años, preferentemente en el ámbito del derecho administrativo relacionado directamente con la contratación pública. Para acceder al puesto de Vocales, se establecen los mismos requisitos, con la única salvedad de la experiencia o tiempo en ejercicio profesional, el cual deberá ser superior a los diez años.

La designación del presidente y los vocales del TACRC será realizada por el Gobierno, a propuesta conjunta del ministro de Hacienda y Función Pública y del ministro de Justicia. Conforme fuera resaltado, tanto el presidente como los vocales tendrán independiente e inamovible, y la duración del nombramiento será por el lapso de seis años, el cual no podrá prorrogarse.

Las causales de remoción están taxativamente contempladas, y son las siguientes: a) la expiración de su mandato; b) la renuncia aceptada por el Gobierno; c) la pérdida de la nacionalidad española; d) el incumplimiento grave de sus obligaciones; e) condena mediante sentencia firme a pena privativa de libertad o de inhabilitación absoluta o especial para empleo o cargo público por razón de delito; f) incapacidad sobrevenida para el ejercicio de su función. La norma aclarara que las causas descriptas en las letras c), d), e) y f), deberán ser acordadas con "previo expediente" por el Gobierno, estableciéndose de tal manera, la necesidad de respetar la garantía del debido proceso para la destitución. No obstante lo señalado, la normativa prevé que, en cualquier caso, cesado un miembro del Tribunal, este continuará en el ejercicio de sus funciones hasta que tome posesión de su cargo el que lo haya de sustituir

Junto con el presidente y los vocales, el TACRC estará integrado por el secretario general el cual tendrá voz, pero sin voto en el seno de este. También el Tribunal contará con los servicios administrativos precisos para su funcionamiento, cuyos integrantes —al igual que el secretario— serán nombrados en los términos previstos en la legislación reguladora de la Función Pública. Finalmente, se estipula que en lo que atañe al régimen de constitución y funcionamiento del Tribunal, les resultarán aplicables las disposiciones relativas a órganos colegiados contenidas en la ley 40/2015 relativa al Régimen Jurídico del Sector Público.

Por su parte, la Disposición adicional vigésima novena abre la posibilidad de constituir Tribunales Administrativos Territoriales de Recursos Contractuales **(27)** con sede en cada una

(24) SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, "El control de las administraciones públicas y sus problemas", Espasa Calpe, Madrid, 1991, ps. 148-149.

(25) COSTA CORDELLA, Ezio, "Los Tribunales Administrativos especiales en Chile", Revista de Derecho, XXVII, nro. 1, Valdivia, 2014, p. 162.

(26) En el caso de que los vocales o el presidente fueran designados entre funcionarios de carrera incluidos en el ámbito de aplicación del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, estos deberán pertenecer a cuerpos o escalas clasificados en el Subgrupo A1 del art. 76 de dicha ley.

(27) Los Tribunales Administrativos Territoriales de Recursos Contractuales tendrán competencia exclusiva para la resolución de los recursos especiales (art. 44 de la LCSP), interpuestos contra los actos de la Administración territorial del Estado o de los Organismos y Entidades dependientes del mismo que tengan competencia en todo o parte del territorio de la correspondiente Comunidad

de las capitales de Comunidad Autónoma, ante un eventual aumento de los casos que se vayan sometiendo a la consideración del TACRC.

Manteniendo los lineamientos que se habían seguido en la primigenia regulación del año 2010, acorde al régimen constitucional imperante, la LCSP —ref. art. 46— prevé que en el seno de las Comunidades Autónomas la competencia para resolver los recursos especiales será establecida por sus normas respectivas, debiendo estas crear un órgano independiente cuyo titular, o en el caso de que fuera colegiado al menos su Presidente, ostente cualificaciones jurídicas y profesionales que garanticen un adecuado conocimiento de las materias que sean de su competencia.

Como puede advertirse, si bien se estipula la obligatoriedad del órgano independiente —puesto a que de lo contrario se transgrediría la normativa comunitaria— se prevé una cierta elasticidad a la hora de crearlo, debido a que no resulta obligatorio establecer un organismo colegiado, como si lo es el TACRC. La Ley, sin aclarar si la cualificación jurídica o profesional exigen una titulación específica, dispone que el nombramiento de el o los miembros —y de la terminación de sus mandatos— "...estarán sujetos en lo relativo a la autoridad responsable de su nombramiento, la duración de su mandato y su revocabilidad a condiciones que garanticen su independencia e inamovilidad". Si bien la amplitud que declara el régimen se compadece con los postulados inherentes a la autonomía de la Comunidades (sin asumir los rasgos autonómicos que detentan las provincias en la Argentina), en ningún supuesto puede quedar comprometida la independencia del órgano, conforme lo ha señalado el TJUE en el *leading case* asunto C-203/2014.

La regulación de la LCSP también contempla que las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, los Ayuntamientos de los municipios de gran población o "gran ciudad" **(28)**, y las Diputaciones Provinciales podrán designar sus propios órganos independientes para la resolución de los recursos en materia contractual pública. Respecto de los Ayuntamientos y Diputaciones, su constitución y funcionamiento y los requisitos que deben reunir sus miembros, su nombramiento, remoción y la duración de su mandato se regirá por lo que establezca la legislación autonómica, o, en su defecto, por la LCSP en su art. 45. Una solución similar también se prevé para los Territorios Históricos Forales.

En torno a las atribuciones para la creación de órganos para el tratamiento de recursos contractuales de las entidades mencionadas en el párrafo anterior, puede decirse que existen posiciones encontradas al respecto. Por ejemplo, Gimeno Feliú **(29)** la situación descripta genera una evidente asimetría, poco compatible con el principio de seguridad jurídica y que puede quebrar la esencia del modelo al generar distorsión de criterios.

Ante esta razonable preocupación, atento a que la LCSP ha de regir de manera uniforme en todo el Reino de España —a diferencia de lo que ocurre en la Argentina en donde en cada jurisdicción o Provincia hay un régimen contractual diferente— se comprende la inclusión de la Disposición adicional vigésimo tercera. Esta establece que los diferentes órganos de recurso que sean creados acordarán las fórmulas de coordinación y colaboración más adecuadas para favorecer la coherencia de sus pronunciamientos y para la unificación de su doctrina en relación con las cuestiones que sean sometidas a su conocimiento. Además, podrán además proponer los ajustes normativos y recomendaciones que

Autónoma. El nombramiento del presidente y los vocales de estos Tribunales se hará en los mismos términos y requisitos previstos para el del TACRC, exigiendo solamente diez años de antigüedad.

(28) Conf. art. 121 de la ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. A su vez, la LCSP dispone que el resto de los Ayuntamientos podrán atribuir la competencia para resolver el recurso al órgano creado por la Diputación de la provincia a la que pertenezcan.

(29) GIMENO FELIÚ, J. M., "Las novedades del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público tras su aprobación en el Congreso de los Diputados", http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.308/relmenu.3/chk.33b1307605d9e74616e0de0d3de5956d?utm_source=Registrados+Newsletters&utm_campaign=327d912d7e-Newsletter_JULIO_20170802&utm_medium=email&utm_term=0_5b5d3c5dd9-327d912d7e-325646537&ct=t(Newsletter_JULIO_20170802), fecha de consulta 2 de junio de 2021.

resulten pertinentes para un mejor funcionamiento de los mecanismos de recurso previstos en la normativa sobre contratos públicos.

En otro orden de ideas, tanto las Comunidades Autónomas (CA) como las Ciudades Autónomas (Ceuta y Melilla) podrán atribuir la competencia para la resolución de los recursos al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Para ello, deberán celebrarse los correspondientes convenios con la Administración General del Estado, en el que se estipulen las condiciones en que la Comunidad —o la ciudad autónoma— sufragarán los gastos derivados de esta asunción de competencias. Al momento del presente trabajo **(30)**, se encuentran vigentes los siguientes convenios: Ciudad de Melilla **(31)**; CA de La Rioja **(32)**; CA de Castilla-La Mancha **(33)**; CA de La Región de Murcia **(34)**; CA de Cantabria **(35)**; CA de Las Illes Balears **(36)**; Ciudad de Ceuta **(37)**; Comunidad Valenciana **(38)**; y la CA del Principado de Asturias **(39)**.

En líneas generales, la valoración acerca del funcionamiento de los Tribunales Administrativos de Contratación en España ha sido sumamente positiva. Conforme lo destacase Lazo Victoria **(40)**, los Tribunales han demostrado ser una herramienta de control afinadísima, que actúa con extrema celeridad —aunque ello signifique ni más ni menos que cumplir con los plazos de resolución legalmente establecidos— y en cuyas resoluciones luce una calidad y rigurosidad ampliamente reconocida. La misma autora indica que la alta especialización de sus miembros y la independencia que la ley reconoce a estos órganos, se erigen como dos factores importantes a considerar al momento de explicar el éxito de este modelo.

En un sentido coincidente, también se ha sostenido estos organismos se han erigido como entes eficaces en la resolución de controversias relativas a la contratación pública, tanto por la celeridad con que con carácter general emiten sus resoluciones, como por el profundo conocimiento de la materia que suelen demostrar sus integrantes en las resoluciones emitidas y la importancia que muchas de ellas tienen como herramienta útil en la interpretación de la, en ocasiones farragosa, normativa sobre contratos del sector público **(41)**.

V. La competencia de los Tribunales Administrativos de Contratación Pública en España. El recurso especial. Efectos. Cuestiones inherentes a su tramitación

Las garantías que recubren a los Tribunales de Contratación permiten en cierta forma explicar las atribuciones que aquellos detentan en la contratación pública. A los efectos de que el control que se pregona en el rubro resulte verdaderamente eficaz, junto con la creación de los Tribunales, se diseñó el llamado "recurso especial en materia de contratación" por el cual se determina la competencia de aquellos.

(30) La CA de Extremadura había suscripto originariamente su Convenio con el TACRC (BOE 09/08/2012), y posteriormente, fue finalizado mediante el respectivo Acuerdo de Extinción (BOE 11/02/2016).

(31) BOE 09/08/2012 y su Acuerdo de Prórroga (BOE 11/02/2016).

(32) BOE 18/08/2012 y su Acuerdo de Prórroga (BOE 11/02/2016).

(33) BOE 02/11/2012 y su Acuerdo de Prórroga (BOE 11/02/2016).

(34) BOE 21/11/2012 y su Acuerdo de Prórroga (BOE 11/11/2015).

(35) BOE 13/11/2012 y su Acuerdo de Prórroga (BOE 11/02/2016).

(36) BOE 19/12/2012 y su Acuerdo de Prórroga (BOE 17/12/2015).

(37) BOE 17/04/2013 y su Acuerdo de Prórroga (BOE 26/03/2016).

(38) BOE 17/04/2013 y su Acuerdo de Prórroga (BOE 21/03/2016).

(39) BOE 20/10/2013 y su Acuerdo de Prórroga (BOE 16/09/2016).

(40) LAZO VICTORIA, Ximena, "Nuevas fórmulas...", ob. cit., p. 558.

(41) GARCÍA OTERO, Miguel Á., "Doctrina reciente en materia de contratación administrativa. Análisis de las últimas resoluciones de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales central y autonómicos e informes de las Juntas Consultivas de Contratación", Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid, nro. 32, 2015, ISSN 1575-5312, ps. 215-230.

Según lo ha explicado la doctrina **(42)**, la finalidad del recurso especial es doble: a) por un lado, tiende a garantizar los principios de transparencia, igualdad y libre concurrencia en la licitación; y b) por otro lado, facilita que los licitadores u operadores económicos que han participado en los procedimientos de contratación pública y no hayan sido adjudicatarios, pueda interponer el recurso especial con ciertas garantías. En rigor, la especialización material de los recursos en el ámbito de los contratos públicos también encuentra su justificación en la intención de mejorar los instrumentos de garantías para el administrado, objetivo final que busca la normativa comunitaria sobre recursos **(43)**.

Así las cosas, el ensanchamiento que revista el recurso especial determinará la extensión de las competencias de los Tribunales de Contratación. Sobre este punto, se ha corroborado una evolución desde la inclusión del mecanismo en el año 2010, con relación a la regulación vigente contemplada en la LCSP. Es decir, la idea o intención es incluir —dentro de los cauces del recurso especial— a la mayor cantidad de supuestos que se originen el seno de una contratación pública. En otras palabras, se fue consolidando la idea de que se abarque la totalidad de la regulación de la revisión de decisiones en materia de contrataciones pública, conforme lo había apuntado el Consejo de Estado de España **(44)**, sin distinciones en torno al aspecto subjetivo u objetivo del contrato en un mismo apartado es fruto de las recomendaciones contenidas en el dictamen del Consejo de Estado, siendo este posicionamiento bienvenido por la doctrina. Al respecto, Moreno Molina **(45)** sostuvo que de este modo "...se le otorga la relevancia que merece al régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación y se garantiza una mayor seguridad jurídica que si se hubiera fragmentado la regulación de la materia en diversos Libros dentro de la compleja estructura de la LCSP".

En el contexto anteriormente mencionado puede comenzar a explicarse la regulación vigente contemplada en el texto actual de la LCSP de 2017 (conf. art. 44), en donde se plasma la evolución —o si se quiere, ampliación— del recurso especial en materia contractual, la cual desarrollaremos sucintamente en lo venidero. Por lo pronto, y a fin de vislumbrar las posibilidades de su desembarco en la Argentina, es menester destacar cuáles son sus características.

En primer lugar, el recurso especial es de carácter potestativo, atento a que se erige como una alternativa con la que cuentan los interesados en el marco de un procedimiento de selección para hacer valer sus derechos y garantías. En tal sentido, podrá recurrirse a la figura bajo análisis, o al sistema recursivo previsto en la ley 39/2015 de Procedimientos, con las salvedades que seguidamente se realizarán. Sin embargo, la elección de cualquiera de las vías excluye recíprocamente la utilización de la alternativa restante.

No obstante, para ciertos supuestos, la LCSP (conf. art. 44.5) establece una solución contraria, atento a que, el recurso especial se vuelve preceptivo u obligatorio para el tratamiento de las cuestiones alcanzadas por aquel, cuando se pretenda discutir actos que emanan de las Administraciones Públicas o de las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores **(46)**. Esto es así, puesto a

(42) CANTERA CUARTANGO, José M., "La modificación del recurso especial en materia de contratación de la ley 34/2010, de 5 de agosto de modificación de la Ley de Contratos del Sector Público", El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados, nro. 19, Sección Actualidad, octubre de 2010, ps. 2804 y ss.; VALCARCEL, Patricia, "La asunción...", ob. cit.

(43) FERRERO, Álvaro H., "Recursos administrativos especiales en materia de contratación pública", Revista de la Facultad, Córdoba, vol. IV nro. 1, Nueva Serie II, 2013, ps. 197-220.

(44) En el dictamen 514/2006, se señaló que "esta distinción entre los mecanismos de control de uno y otro tipo de contratos no está suficientemente justificada y podría generar un cierto nivel de inseguridad jurídica, por lo que debería considerarse su extensión a todos los contratos"

(45) MORENO MOLINA, José A., "La reforma de la Ley de Contratos...", ob. cit., p. 94.

(46) Según la Ley de Contratos del Sector Público española asumen la condición de poderes adjudicadores: a) Las Administraciones Públicas. b) Las fundaciones públicas. c) Las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social. d) Todas las demás entidades con personalidad jurídica propia distintas de las expresadas en las letras anteriores que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios

que la LCSP veda en estos casos la posibilidad de interponer los "recursos administrativos ordinarios" **(47)**. Así las cosas, en el supuesto descripto, el recurso —de ser interpuesto— se erige como excluyente, al menos transitoriamente, de acudir a la vía judicial. Asimismo, en caso de no optar por la deducción del recurso especial, los interesados podrían plantear el recurso contencioso-administrativo por el cual se abre la instancia judicial. Por tal motivo, en estos supuestos, el recurso especial se erige como alternativo.

Otro aspecto saliente del recurso especial es su efecto suspensivo o paralizante. En tal entendimiento, la interposición del recurso —cuando se recurre el acto de adjudicación— suspende la tramitación del proceso (conf. art. 53 de la LCSP), condensando de alguna manera las previsiones que se recomiendan a nivel internacional, tal como se ha visto *ut supra*. Asimismo, la promoción del recurso conlleva la posibilidad de requerir medidas cautelares ante los Tribunales de Contrataciones (ref. art. 49 y 56.3), ya sea en forma previa, concomitante o ulterior a su interposición, para detener los efectos de la prosecución de la contratación (ej.: cuando se impugnen las cláusulas de un pliego, evitando que se realice la apertura de las propuestas).

El recurso especial es gratuito, lo cual significa que su interposición no se halla sujeta al pago de tasa alguna. Desde luego, esta condición, junto a las garantías que deben rodear a la conformación e integración de los Tribunales de Contratación, son las que empujan a los sujetos legitimados a volcarse por la utilización de este mecanismo.

Amén de las consideraciones realizadas en cuanto a sus características, sin lugar a dudas, la especialidad del recurso se verifica al examinar sus alcances o, mejor dicho, cuáles son los supuestos que quedan englobados en su competencia. En este sentido, la regulación actual de la LCSP postula que el recurso especial alcanzará a los actos y decisiones que se dicten en el marco de contratos de obra (cuando su valor estimado sea superior a tres millones de euros), concesiones de obras o servicios **(48)** (cuando su valor estimado sea superior a tres millones de euros), de suministro y servicios (cuando tengan un valor estimado superior a cien mil euros), y en los acuerdos marcos o sistemas dinámicos de contratación, sea cual fuere su objeto contractual. A su vez, se estipula que también tendrán acogida para los contratos administrativos especiales **(49)** cuando no sea posible fijar su precio de licitación, o cuando superasen el umbral de cien mil euros. Como contrapartida, quedan fuera del alcance del recurso especial los contratos privados **(50)**.

El recurso especial podrá ser incoado en cualquiera de los procedimientos contemplados en la LCSP, a excepción de los trámites de emergencia.

Hallándose despejado el ámbito de aplicación objetivo del recurso especial, corresponde aludir a los actos y decisiones que serán susceptibles de ser alcanzadas por este mecanismo. De tal manera, podrán ser objeto del recurso las siguientes actuaciones: a) los anuncios de licita-

sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3, bien financien mayoritariamente su actividad; bien controlen su gestión; o bien nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia. e) Las asociaciones constituidas por las entidades mencionadas en las letras anteriores.

(47) La ley 39/2015 señala como tales a los recursos de alzada y potestativo de reposición (art. 112), empleando el calificativo de extraordinario para el recurso de revisión (art. 113).

(48) En la LCSP esta figura se asimila a lo que en la Argentina se conoce como el contrato de concesión de servicios públicos.

(49) El art. 25.b de la LCSP dispone que tendrán esta condición los contratos declarados así expresamente por una Ley, y aquellos otros de objeto distinto a los expresados en la letra anterior (ref. obras, concesiones, suministros y servicios), pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella. A los contratos especiales le será aplicable, en primer término, sus normas específicas [art. 26 inc. c)]. Sobre este tipo de contratos, ampliar en VÁSQUEZ LACUNZA, Estela, "La controvertida caracterización del contrato administrativo especial", Revista Gallega de Administración Pública, nro. 54, 2017, ps. 217 y ss. (http://abogados-administrativo.blogspot.com/2019/02/los-contratos-administrativos-especiales.html).

(50) Conf. art. 26 de la LCSP.

ción, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación; b) los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del art. 149 de la LCSP; c) los acuerdos de adjudicación; d) las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los arts. 204 y 205 de la LCSP **(51)**, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación; e) la formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales; f) los acuerdos de rescate de concesiones.

(51) Art. 204. Modificaciones previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares. 1. Los contratos de las Administraciones Públicas podrán modificarse durante su vigencia hasta un máximo del veinte por ciento del precio inicial cuando en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se hubiere advertido expresamente de esta posibilidad, en la forma y con el contenido siguientes: a) La cláusula de modificación deberá estar formulada de forma clara, precisa e inequívoca. b) Asimismo, en lo que respecta a su contenido, la cláusula de modificación deberá precisar con el detalle suficiente: su alcance, límites y naturaleza; las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva; y el procedimiento que haya de seguirse para realizar la modificación. La cláusula de modificación establecerá, asimismo, que la modificación no podrá suponer el establecimiento de nuevos precios unitarios no previstos en el contrato. La formulación y contenido de la cláusula de modificación deberá ser tal que en todo caso permita a los candidatos y licitadores comprender su alcance exacto e interpretarla de la misma forma y que, por otra parte, permita al órgano de contratación comprobar efectivamente el cumplimiento por parte de los primeros de las condiciones de aptitud exigidas y valorar correctamente las ofertas presentadas por estos. 2. En ningún caso los órganos de contratación podrán prever en el pliego de cláusulas administrativas particulares modificaciones que puedan alterar la naturaleza global del contrato inicial. En todo caso, se entenderá que se altera esta si se sustituyen las obras, los suministros o los servicios que se van a adquirir por otros diferentes o se modifica el tipo de contrato. No se entenderá que se altera la naturaleza global del contrato cuando se sustituya alguna unidad de obra, suministro o servicio puntual. Art. 205. Modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares: prestaciones adicionales, circunstancias imprevisibles y modificaciones no sustanciales. 1. Las modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares o que, habiendo sido previstas, no se ajusten a lo establecido en el artículo anterior, solo podrán realizarse cuando la modificación en cuestión cumpla los siguientes requisitos: a) Que encuentre su justificación en alguno de los supuestos que se relacionan en el apartado segundo de este artículo. b) Que se limite a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria. 2. Los supuestos que eventualmente podrían justificar una modificación no prevista, siempre y cuando esta cumpla todos los requisitos recogidos en el apartado primero de este artículo, son los siguientes: a) Cuando deviniera necesario añadir obras, suministros o servicios adicionales a los inicialmente contratados, siempre y cuando se den los dos requisitos siguientes: 1.º Que el cambio de contratista no fuera posible por razones de tipo económico o técnico, por ejemplo que obligara al órgano de contratación a adquirir obras, servicios o suministros con características técnicas diferentes a los inicialmente contratados, cuando estas diferencias den lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso o de mantenimiento que resulten desproporcionadas; y, asimismo, que el cambio de contratista generara inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el órgano de contratación. En ningún caso se considerará un inconveniente significativo la necesidad de celebrar una nueva licitación para permitir el cambio de contratista. 2.º Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido. b) Cuando la necesidad de modificar un contrato vigente se derive de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato, siempre y cuando se cumplan las tres condiciones siguientes: 1.º Que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever. 2.º Que la modificación no altere la naturaleza global del contrato. 3.º Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido. c) Cuando las modificaciones no sean sustanciales. En este caso se tendrá que justificar especialmente la necesidad de las mismas, indicando las razones por las que esas prestaciones no se incluyeron en el contrato inicial. Una modificación de un contrato se considerará sustancial cuando tenga como resultado un contrato de naturaleza materialmente diferente al ce lebrado en un principio. En cualquier caso, una modificación se considerará sustancial cuando se cumpla una

Es menester destacar que progresivamente se fue extendiendo la posibilidad de interponer el recurso especial ante supuestos diversos a la faz de preparación o al acto de adjudicación, que fueron los tópicos usualmente incluidos en cuanto a su extensión. Específicamente, a partir del precedente "Marina del Mediterráneo SL" del TJUE **(52)**, implicó un ensanchamiento de la competencia de los Tribunales Administrativos, atento a que las decisiones susceptibles de ser canalizadas a través de los recursos no solamente se circunscribían a la impugnación de pliegos o de la adjudicación. Dicho criterio también fue acuñado por la jurisprudencia de los Tribunales de Contrataciones **(53)**.

Por tal motivo, la LCSP ha acuñado esta tendencia —la cual era reclamada por la doctrina **(54)**— previendo que el recurso especial pueda utilizarse —además de los supuestos tradicionales— respecto de los actos y decisiones que se susciten en la ejecución del contrato, pudiendo ser sujeto a control el *ius variandi* o modificados contractuales. En efecto, la extensión subjetiva y objetiva del recurso especial es un aspecto que coadyuva a la integridad **(55)** y transparencia del sistema de contrataciones, y desde luego, al control eficaz que se propugna.

En lo que concierne a la impugnación de los pliegos, deberá ser realizada —por regla— en el plazo que se estipula a tales efectos (conf. quince días hábiles, art. 50.1.b). Ello es así puesto a que, una reflexión tardía sobre la cuestión o con posterioridad a la presentación de ofertas, transgrediría el principio del sometimiento voluntario **(56)**. No obstante ello, como excepción, se ha admitido la impugnación de los documentos licitatorios luego de la presentación de las propuestas tanto por la jurisprudencia del

---

o varias de las condiciones siguientes: 1.º Que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación. En todo caso se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando la obra o el servicio resultantes del proyecto original o del pliego, respectivamente, más la modificación que se pretenda, requieran de una clasificación del contratista diferente a la que, en su caso, se exigió en el procedimiento de licitación original. 2.º Que la modificación altere el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato inicial. En todo caso se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando, como consecuencia de la modificación que se pretenda realizar, se introducirían unidades de obra nuevas cuyo importe representaría más del 50 por ciento del presupuesto inicial del contrato. 3.º Que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato. En todo caso se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando: (i) El valor de la modificación suponga una alteración en la cuantía del contrato que exceda, aislada o conjuntamente, del 15 por ciento del precio inicial del mismo, IVA excluido, si se trata del contrato de obras o de un 10 por ciento, IVA excluido, cuando se refiera a los demás contratos, o bien que supere el umbral que en función del tipo de contrato resulte de aplicación de entre los señalados en los arts. 20 a 23. (ii) Las obras, servicios o suministros objeto de modificación se hallen dentro del ámbito de otro contrato, actual o futuro, siempre que se haya iniciado la tramitación del expediente de contratación.

(52) Asunto C-391/15, de fecha 5 de abril de 2017.

(53) Ej.: res. 400/2015 del Tribunal de Andalucía, entre otros.

(54) Vid., GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás R., "Curso de Derecho Administrativo", Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, 14ª ed., t. I, p. 729; VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., "Análisis de los rasgos y peculiaridades del recurso especial en materia de contratación pública: en la senda hacia el cumplimiento efectivo del derecho a una buena administración", XI Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo (AEPDA), Zaragoza, 2016, ps. 12, 14 y 15; MARTÍNEZ FERNANDEZ, J. M., "Algunas propuestas de mejora para el PLCSP", disponible en http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.312/relcategoria.208/relmenu.3/chk.72d259bcc7a16ccd91ec49e144a7ec30, de 19 septiembre de 2017.

(55) GIMENO FELIÚ, José M., "La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad", Ponencia en el X Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo (AEPDA), Madrid, 6 de febrero de 2015, ps. 37-38.

(56) El art. 50.1.b in fine destaca que "con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho".

TJUE **(57)** como por los Tribunales de Contratación españoles **(58)**, cuando los criterios de adjudicación que fueran incomprensibles o faltos de claridad para un licitador razonablemente diligente e informado, y que por tal motivo, el licitador solo pudo conocer la naturaleza discriminatoria de los pliegos cuando supo de la resolución al serle notificada por el poder adjudicador.

Al respecto, el alcance de la decisión de los Tribunales de Contratación con relación a los pliegos puede referirse a examinar si estos controvierten la igualdad de trato y no discriminación **(59)** y, asimismo, se ha considerado que ingresan en la competencia del recurso la impugnación del pliego técnico **(60)**.

En conexidad con el ensanchamiento progresivo del recurso especial, los "actos de trámite" son los que han tenido una acogida cada vez más pronunciada por los diversos Tribunales de Contratación **(61)**, lo cual se vio reflejado en la regulación de la LCSP de 2017. De tal manera, según el grado de intensidad del acto preparatorio respecto de los intereses de los participantes u oferentes, ya sea por generar un estado de indefensión o porque no habría posibilidad de una reparación ulterior de la decisión objetada **(62)**, ya no es necesario esperar al acto de adjudicación para incoar el recurso especial.

Por su parte, son susceptibles de ser debatidas en el marco del recurso especial la renuncia y/o el desistimiento **(63)** de la licitación **(64)**.

En otro orden de ideas, los actos y decisiones que quedan fuera del alcance del ámbito de aplicación del recurso especial podrán ser recurridas en los términos de la ley 39/2015 de Procedimiento. Asimismo, la LCSP dispone que los defectos de tramitación que afecten a actos distintos a los que disparen la competencia del recurso especial, podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de su corrección con arreglo a derecho, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación.

Otro aspecto de singular importancia es la legitimación amplia que se estipula para la interposición del recurso (conf. art. 48) **(65)**, previendo —inclusive— que puedan resultar legitimadas las organizaciones sindicales y/o las organizaciones empresariales sectoriales, cuando puedan encontrarse en juego sus intereses.

---

(57) Causa "eVigilo Ltd", Asunto C 538/2013 de fecha 12 de marzo de 2015.

(58) Res. 269/2017, de 18 de diciembre del TARC de Andalucía.

(59) Conf. res. 1040/2017, de 10 de noviembre, TACRC.

(60) Res. 264/2014, de 26 de marzo y 907/2014 de 12 de diciembre del TACRC).

(61) A modo de ejemplo, pueden mencionarse las res. 200/2013, 26/2013 y 32/2013 del TACRC.

(62) En este sentido, el TARC de Andalucía (res. 145/2016, de 23 de junio y 79/2017, de 24 de abril, 304/2016, de 23 de noviembre) que no consideró actos de trámite cualificados y por tanto no impugnables: los informes técnicos, tampoco la decisión de no prorrogar un contrato, o cuando lo que se impugna es un acto posterior a la misma adjudicación por el que se deje sin efecto una adjudicación que acuerda la retroacción de las actuaciones al momento de elaboración del informe técnico para corregir errores materiales. Tampoco la resolución que acordara la tramitación sobre confidencialidad de ciertos datos del expediente pues no estamos ante un acto finalizador del procedimiento de adjudicación; tampoco la propuesta de adjudicación, ni el informe con la puntuación de los criterios no valorables mediante fórmula (oferta técnica), ni el informe de valoración de ofertas; ni el acuerdo de clasificación de ofertas. Tampoco el requerimiento de documentación al licitador, la asignación de puntuación a las ofertas admitidas o la propuesta de exclusión.

(63) El mismo se asimila, con algunas variantes, a lo que en la Argentina se regula bajo la locución "dejar sin efecto" procedimientos de selección.

(64) Res. 197/2014, de 20 de noviembre, del TACRC; res. 1/2016 del TACPC Madrid, entre otros. Con referencia a ello, la jurisprudencia del TJUE había sentado una posición similar, en torno a la posibilidad de revisar este tipo de actos (conf. sentencias del TJUE de 2 de junio de 2005, C-15/2004 y de 18 de junio de 2002, C-92/1992; de 18 de junio de 2002, dictada en el asunto C-92/00 y STJUE de 11 de diciembre de 2014, asunto C-440/13, Croce Amica One Italia SRL).

(65) La primera parte del artículo prevé que "Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso".

Como se destacase anteriormente, las medidas cautelares en el marco del recurso especial (ref. art. 49) representan un aspecto de suma relevancia, en aras de garantizar la protección de los derechos de los interesados en el marco de los procedimientos de selección. Estas medidas tienen la particularidad de que pueden ser solicitadas con antelación a la deducción del recurso a fin de suspender el procedimiento de adjudicación del contrato o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los órganos de contratación, y serán resueltas, en principio, por los Tribunales de Contratación dentro de los cinco días hábiles de su presentación **(66)**. Al igual que sucede en el ámbito jurisdiccional, el otorgamiento de la medida puede estar sujeto al requerimiento de cauciones. Las medidas cautelares solicitadas —y otorgadas— en forma previa al recurso especial caducarán si este último no es deducido en el lapso establecido por la ley. También es dable señalar que las medidas cautelares pueden ser declaradas de oficio por el Tribunal, dándose el correspondiente traslado a los potenciales involucrados.

Con respecto a este último punto, la LCSP estipula que el plazo para deducir el recurso especial será —por regla— de quince días hábiles (conf. art. 50), cuyo inicio de cómputo variará teniendo en consideración el tipo de acto o decisión a recurrir. Si el recurso intenta plantear la nulidad del contrato **(67)** por su falta de publicación, el plazo será de treinta días hábiles, y si se intenta obtener la nulidad por la inobservancia del plazo para formalizarlo, por formalizarlo pese a haberse dictado una medida cautelar o deducido un recurso especial, o por haber incumplido las normas de adjudicación en acuerdos marcos o sistemas dinámicos, el plazo será de seis meses a contar desde la formalización del contrato. La solicitud de vista de las actuaciones no paralizará el plazo para la incoación del recurso (conf. art. 52).

En cuanto a la forma y el lugar de presentación (art. 51), el recurso especial deberá ser deducido de manera motivada, ofreciendo la prueba que se estime conveniente, y en su caso, las medidas cautelares respectivas —cumpliendo las formalidades de rigor **(68)**— en los registros electrónicos, oficinas de Correos, representaciones diplomáticas y oficinas de asistencia en materia de registros, o en el registro del órgano de contratación o en el que el órgano competente para la resolución del recurso indique en su página web. Se supera en este rubro, la regulación en la normativa anterior, la cual solamente permitía que el recurso fuese deducido ante el organismo que dictó el acto o decisión a recurrir.

La tramitación del recurso se hará por medios electrónicos (art. 54), y será de aplicación el régimen procedimental general (ref. art. 56.1). Los órganos llamados a resolver el recurso —en lo que aquí interesa los TARC— darán traslados a los interesados en la resolución del recurso (ej.: el órgano donde tramita la contratación, los restantes oferentes, el adjudicatario, entre otros) por el lapso de cinco días hábiles, los cuales deberán realizar la correspondiente contestación ante el organismo que resuelva el recurso. En ese plazo, es decir, el de cinco días hábiles, también se resolverá sobre la procedencia de las cautelares o la continuidad de la suspensión de

(66) La LCSP (art. 49.2) dispone que el TAC o el órgano que deba resolver, en el mismo día en que se reciba la petición de la medida cautelar, comunicará la misma al órgano de contratación, que dispondrá de un plazo de dos días hábiles, para presentar las alegaciones que considere oportunas referidas a la adopción de las medidas solicitadas o a las propuestas por el propio órgano decisorio. Si transcurrido este plazo no se formulasen alegaciones se continuará el procedimiento. Si antes de dictar resolución se hubiese interpuesto el recurso, el órgano competente para resolverlo acumulará a este la solicitud de medidas cautelares. Contra las resoluciones dictadas en este procedimiento no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de los que procedan contra las resoluciones que se dicten en el procedimiento principal.

(67) Las causales de nulidad del contrato están establecidas en el art. 39 de la LCSP.

(68) Se deberá también adjuntar: a) El documento que acredite la representación del compareciente, salvo si figurase unido a las actuaciones de otro recurso pendiente ante el mismo órgano, en cuyo caso podrá solicitarse que se expida certificación para su unión al procedimiento. b) El documento o documentos que acrediten la legitimación del actor cuando la ostente por habérsela transmitido otro por herencia o por cualquier otro título. c) La copia o traslado del acto expreso que se recurra, o indicación del expediente en que haya recaído o del boletín oficial o perfil de contratante en que se haya publicado. d) El documento o documentos en que funde su derecho. e) Una dirección de correo electrónico "habilitada" a la que enviar, de conformidad con la disposición adicional decimoquinta, las comunicaciones y notificaciones.

la adjudicación, la cual —como se dijo— opera en forma automática.

Rige el principio de amplitud de prueba, respecto de los elementos que puedan aportarse u ofrecerse en el recurso **(69)**, previéndose la posibilidad de concederse un plazo de diez días hábiles para su apertura o producción. Una vez concluido el plazo de prueba, o en caso de que este no haya sido necesario, cuando hayan sido presentados los traslados o alegaciones de los interesados —o cuando este se hallare vencido— el Tribunal deberá resolver el recurso en el plazo de los cinco días hábiles siguientes.

Es importante resaltar el contenido de la resolución del recurso de especialidad por parte de los Tribunales de Contratación. En principio, la competencia se limita a supervisar la adecuación a la ley de los actos y decisiones de este órgano, lo cual hace que, en principio, aquella sea meramente revisora. Por lo tanto, no podrá de ninguna manera sustituirse —en principio— las facultades del órgano de contratación **(70)**. En tal inteligencia, el Tribunal se encontrará impedido de completar o redactar de nuevo, actos administrativos de trámite o definitivos dictados en el seno del procedimiento **(71)**.

En tal sentido, el art. 57.2 de la LCSP contempla que la resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimará las pretensiones formuladas o declarará su inadmisión, decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado.

Aplicando el principio de congruencia, en caso de ser procedente el recurso, el Tribunal se pronunciará sobre la anulación de las decisiones no conformes a derecho adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación, así como, si procede, sobre la retroacción de actuaciones. A todo evento, si la estimación del recurso que conlleve anulación de cláusulas o condiciones de los pliegos o documentación contractual de naturaleza análoga, se determinará la anulación de los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación.

Al resolverse el recurso, se levantarán la suspensión del acto de adjudicación o de los actos alcanzados por las medidas cautelares dictadas. Asimismo, se comunicará de inmediato la admisión total o parcial del recurso al órgano de la contratación involucrado, a fin de dar cumplimiento a la resolución adoptada.

En el seno del recurso, se podrá imponer —siempre a solicitud del interesado— a la entidad contratante la obligación de indemnizar a la persona interesada por los daños y perjuicios que le haya podido ocasionar la infracción legal que hubiese dado lugar al recurso, resarciéndole, cuando menos, de los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de contratación (conf. art. 58) **(72)**. También podrá imponerse multas **(73)**, en aras de evitar presentaciones temerarias o de mala fe que desvirtúen el principio de gratuidad anteriormente señalado.

La resolución del recurso por parte del Tribunal podrá ser revisada por conducto del recur-

(69) Asimismo, el Tribunal (u órgano encargado de resolver el recurso) podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada.

(70) Res. 191/2012, de 12 de septiembre, del TACRC.

(71) Res. 288/2012, de 5 de diciembre y 334/2011, de 27 de diciembre. En esto casos, se sostuvo que la actuación del Tribunal se limita a verificar si la tramitación del procedimiento de contratación se ajustó o no a Derecho, pero no puede sustituir la competencia de los órganos intervinientes en el proceso de contratación, modificando la redacción de los informes de los órganos técnicos o formulando propuestas de adjudicación, en este caso del órgano de contratación, único al que corresponde dictar el acto de adjudicación, so pena de incurrir en incompetencia material sancionada con nulidad radical.

(72) La cuantía se fijará de acuerdo con los criterios establecidos en el Capítulo IV del Título Preliminar de la ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

(73) El importe de la multa será de entre 1000 y 30.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos.

so contencioso-administrativo, sin perjuicio de que esta sea directamente ejecutiva (conf. art. 59). Solamente se podrán rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos, incluida la resolución del recurso. Por añadidura, no le resultan aplicables los recursos previstos en la legislación procedimental.

La estima positiva que ha recibido el establecimiento de los Tribunales de Contratación, y por añadidura, del recurso especial, se ha apontocado en la celeridad con la cual este es resuelto. Esta cuestión se grafica en los plazos relativamente cortos que se estipulan en la tramitación de los recursos, que van atados a los efectos suspensivos que pueden aquellos tener. La rapidez que se propugna de alguna manera se resguarda, al preverse que, si transcurren dos meses contados desde el siguiente a la interposición del recurso sin que se haya notificado su resolución, el interesado podrá considerarlo desestimado a los efectos de interponer recurso contencioso-administrativo (art. 57.5).

Se colige también un fomento en cuanto a su utilización, cuanto menos desde el diseño que se predica en la LCSP, atento a que se apunta a descongestionar la jurisdicción contencioso-administrativa, en donde la resolución de los casos es de aproximadamente 500 días corridos o naturales. Por su parte, la independencia de los Tribunales se grafica en la admisibilidad de los recursos presentados, la cual alcanza aproximadamente un treinta por ciento **(74)**. Este dato es de singular importancia, ya que representa una diferencia sustancial con el régimen recursivo administrativo clásico, en donde prevalecen los criterios de gestión pública por sobre los de estricta legalidad **(75)**, y por ende, el éxito de los recurrentes suele ser escaso.

(74) Conf. SARSANEDAS COLL, Jan, "Recursos especiales de contratación: ¿Dónde estamos?", E.I. (Economía Industrial), nro. 415. ISN: 0422-2784, ps. 99 y ss. Disponible también en http://www.presidencia.gva.es/documents/166658342/169872315/Exemplar+415/a8c46256-49e6-45bf-a511-45f6cb05fc3f (última consulta: 10/07/2021).

(75) SANTAMARÍA PASTOR, Juan, "El sistema de Tribunales Administrativos de recursos contractuales", Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid, nro. 32, ISSN 1575-5312, 2015, p. 44.

VI. El anclaje constitucional de los Tribunales Administrativos en la Argentina

Las reflexiones formuladas en los acápites anteriores han sido de crucial importancia para comprender el funcionamiento de los Tribunales de Contratación, y como estos se han incorporado en los ejemplos citados. Ahora bien, para comprender su posible inserción en la Argentina es indispensable tomar como punto de partida el marco constitucional involucrado.

El análisis de este tópico implica remitirse, cuanto menos de manera tangencial, al sistema elegido por el constituyente vernáculo a la hora de llevar adelante el control de la actividad estatal **(76)**. Luego de profundas luchas intestinas, la cuales tuvieron comienzo una vez concluidas las batallas por la independencia del Reino de España —con posterioridad a 1820— tuvo lugar la organización constitucional e institucional de lo que hoy se conoce como la República Argentina, en el período 1853/1860. En este contexto, se configuró una cuestión paradójica, atento a que, las raíces constitucionales de la Carta Magna argentina se encuentran preponderantemente imbuidas por la Constitución de los Estados Unidos de América (la de 1787 y sus sucesivas enmiendas), y en menor medida, por algunos preceptos de la Constitución de Cádiz de 1812 **(77)**, las constituciones francesas de 1791 y 1793, y la Constitución chilena de 1833. Categorizamos como "paradójica" a la situación debido a que, si bien se adoptó mayormente el

(76) Vid., BOSCH, Jorge T., "Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la Administración Pública", Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1951; CASSAGNE, Juan Carlos, "Curso de Derecho Administrativo", La Ley, Buenos Aires, 2011, 10ª ed.; COMADIRA, Julio R. - ESCOLA, Héctor J. - COMADIRA, Julio P., "Curso de Derecho Administrativo", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012; MATA, Ismael, "Ensayos de Derecho Administrativo", Rap, Buenos Aires, 2009.

(77) CASSAGNE, Juan Carlos, "Las fuentes de la Constitución Nacional y el Derecho Administrativo", LA LEY del 06/09/2007. Ver también "El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa", Marcial Pons, Buenos Aires, 2009. LINARES QUINTANA, Segundo V., "Raíces hispánicas del constitucionalismo", Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, vol. XXIX, Buenos Aires, 2001.

esquema constitucional de EE. UU., el cual responda a un sistema basado en el *common law* como la mayoría de los países de ascendencia anglosajona, Argentina —como en el resto de los países de Latinoamérica— adscribió al sistema continental europeo, producto de la influencia hispánica desde los tiempos de la conquista.

En esta aparente contradicción, comenzó a gestarse la preocupación en torno al alcance y modo de control de los actos (u omisiones) del Estado. Esta situación también se configuró en las provincias que integran el Estado argentino, las cuales, dentro de la autonomía que les confiere la Constitución nacional, cuentan con plenas potestades para darse sus propias instituciones, contando con su propio régimen de derecho administrativo, incluida la organización de su jurisdicción en lo contencioso-administrativo.

En paralelo, comenzaba a advertirse una creciente influencia del por ese entonces incipiente derecho administrativo francés, particularmente, de los criterios vertidos por el célebre Consejo de Estado, el cual, es una estructura que no pertenece al Poder Judicial. Este no es un dato menor, atento a que, la construcción de la figura del contrato administrativo y su régimen, se han basado en la doctrina sentada en los *arrets* del Consejo.

Por algunas de estas razones, en América Latina y Argentina, en forma recurrente se ha planteado la especie de dicotomía respecto a si el control de la actividad del Estado debía realizarse por tribunales judiciales o por tribunales administrativos en forma exclusiva. Sin embargo, como iremos desasnando, esta aparente contradicción tiene sus matices, lo cual permite explicar —como se desprende nítidamente del caso español— que es posible compatibilizar a la figura de los Tribunales Administrativos —en el caso que nos ocupa, de contrataciones— con las exigencias que dimanan del control judicial suficiente.

En el escenario descripto, como premisa básica, debe señalarse que la existencia de un Tribunal Administrativo —sea cual fuere su competencia— cuyas decisiones no sean susceptibles de un control judicial ulterior, resultaría repugnante al texto constitucional de la Argentina. El principio de la división de los poderes, sobre el cual se asienta la forma republicana de gobierno (conf. art. 1º de la CN) se erige como valladar inquebrantable, y por tal circunstancia, si se atribuyeran funciones jurisdiccionales —sin la chance de ser íntegramente revisadas— a cualquier órgano del Poder Ejecutivo, resultaría inconstitucional, al menos, desde la matriz en la que se asienta la norma fundamental de la Argentina. Con ello, se reclama la existencia una función estatal diferenciada, a fin de evitar que un único órgano asuma las diversas funciones, conculcándose así, la garantía de la libertad de los ciudadanos **(78)**.

Respondiendo a estas exigencias, el art. 109 de la CN, el cual se encuentra inserto en la Sección Tercera "Poder Judicial", estatuye: "En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas". Aquí se consagra el principio de "unidad de jurisdicción", esto es, que la función jurisdiccional debe ser ejercido única y exclusivamente por el Poder Judicial **(79)**. Como puede colegirse, una interpretación literal de la cláusula conllevaría a descartar de plano la creación y/o constitución de cualquier órgano —en el seno del Poder Ejecutivo— que ejerza funciones jurisdiccionales.

Sin embargo, no obstante la influencia del derecho norteamericano, en donde tuvo un profuso desarrollo la denominada jurisdicción primaria, comenzó —de manera asistemática— el desembarco de los tribunales administrativos. A raíz de ello, Coviello destacó que en nuestro país solo a partir de la segunda mitad del siglo pasado comenzó a discutirse sobre cuáles eran los alcances jurídicos que daban sustento constitucional a la instauración de "tribunales administrativos", en una elaboración

(78) GÓMEZ, Claudio D., "Apuntes sobre la actividad jurisdiccional de la administración pública. A propósito de los 'Tribunales Administrativos'", DJ 2003-3, ps. 147 y ss. (LL AR/DOC/10834/2003).

(79) EKMEKDJIAN, Miguel A., "Tratado de derecho constitucional", Depalma, Buenos Aires, 1999, t. V, p. 237; DROMI, José R., "Derecho administrativo", Astrea, Buenos Aires, 1992, t. 1, nro. 56 b), p. 84.

que es hasta el día de hoy bastante confusa **(80)**. A mayor abundamiento, debe señalarse que en EE. UU. no existe una prohibición expresa constitucional, por el que se veda toda posibilidad de ejercicio de facultades jurisdiccionales en la Administración, como si ocurre en la Argentina.

En este contexto es donde comenzaron a proliferar los tribunales administrativos en la Argentina, tomándose en la mayoría de los casos el espejo de la experiencia estadounidense. Como se verá próximamente, los contornos en cuanto a la legitimidad de los institutos examinados fueron progresivamente perfilados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS), y su validez constitucional se concentró —básicamente— en el alcance del ulterior control judicial suficiente.

Además de los aspectos destacados, el irrestricto respeto por la garantía del debido proceso (conf. art. 18 de la CN), reforzada por las convenciones internacionales de jerarquía constitucional a partir de 1994, constituye un elemento que no ha de ser soslayado al momento de definir la constitucionalidad de cualquier Tribunal Administrativo.

La reforma constitucional de 1994 introdujo una nueva cláusula que pareciera dar sustento a los Tribunales Administrativos. Para cierta doctrina **(81)**, el art. 42 de la CN **(82)**. ha venido a zanjar definitivamente la constitucionalidad del ejercicio de facultades jurisdiccionales por parte de organismos administrativos, aun resolviendo conflictos entre partes estrictamente particulares, puesto a que, el último párrafo del artículo mencionada manda a la legislación establecer procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos que deben ser competencia de estos últimos.

Más allá de la posición señalada, lo cierto es que la disposición en cuestión ha de tener un impacto parcial en el tema que nos atañe, debido a que esta confiere sustento a los órganos creados por el Estado nacional —generalmente por ley del Congreso— en donde pueden hallarse comprometidos los derechos de los usuarios y consumidores, y/o la eficacia de los servicios públicos. Si bien los entes creados suelen tener atribuciones que trascienden a la figura de los Tribunales de Contratación anteriormente descriptos, ya que aquellos tienen funciones regulatorias en el ámbito de su competencia, las cuales son ajenas a los TARC. Es aquí donde se colige la influencia de la figura de las Agencias, tan difundida en EE. UU. como en los países anglosajones.

A título conclusivo, podemos destacar que la figura de los Tribunales Administrativos —y en este caso, en materia de contrataciones— no resulta repugnante al texto constitucional argentino **(83)**, siempre y cuando, quede garantizada una revisión judicial adecuada y suficiente. A partir de esta previsión —sobre la cual se seguirá tallando *infra*— es menester señalar que tanto las Provincias, como la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y eventualmente, los Municipios

VII. La irrupción de los Tribunales Administrativos en la Argentina. El *quid* del control judicial suficiente

En Argentina, como anticipáramos, las primeras experiencias en torno a lo que en la ac-

(80) COVIELLO, Pedro J. J., "La influencia de la jurisprudencia y doctrina norteamericanas en materia de tribunales administrativos en la República Argentina y sus consecuencias sobre el contencioso-administrativo", RDA 2020-131, 05/10/2020, ps. 201 y ss. (LL AR/DOC/2806/2020).

(81) HUICI, Héctor, "La actividad jurisdiccional de los entes reguladores", LA LEY 1996-B, 843, p. 851.

(82) Art. 42.— Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

(83) En contra (aunque sin hacer expresa alusión a la temática de contrataciones) GÓMEZ, Claudio D., "Apuntes sobre la actividad jurisdiccional...", ob. cit.; SAGÜÉS, Néstor P., "Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario", 4ª ed., t. 1, p. 441, nota 660.

tualidad se considerarían como Tribunales Administrativos fueron ensayadas a partir del modelo seguido en los EE. UU. Allí, principalmente hacia finales del siglo XIX, comenzaron a crearse distintas Agencias o Comisiones que tenían —en un principio— como finalidad regular actividades económicas. Progresivamente incorporaron atribuciones relativas a la resolución de conflictos entre las partes involucradas en dicho sector [ej.: cuestiones ferroviarias **(84)**], como así también, funciones de tipo represivas. Con ello, se inauguró la doctrina de la *primary jurisdiction* por la Corte Suprema de EE. UU. **(85)**, por el cual se le reconoce jurisdicción a la administración cuando una ley le atribuye tal facultad, desplazando, en consecuencia, la atribución del Poder Judicial, quien debe esperar a que el caso sea decidido en sede administrativa, para que luego de producido ello, pueda intervenir o decidir.

Así las cosas, la ley 2873 General de Ferrocarriles inspirada en el modelo norteamericano, dotó de atribuciones a la Dirección General de Ferrocarriles para resolver conflictos en materia de tarifas y de aplicar correcciones, siendo inclusive consideradas por la CS como funciones de tipo "jurisdiccionales" **(86)**. A su vez, la ley 810 de 1876 había puesto en manos de órganos administrativos funciones jurisdiccionales de índole contencioso-fiscal, el cual se erige como el antecedente más remoto en el país del Tribunal Fiscal de Apelaciones.

Como puede vislumbrarse, comenzaron a crearse —sin seguir una línea o patrón común— entidades supuestamente independientes de la Administración Central —estando integradas o no a su seno—, las cuales ejercían actividades regulatorias y de control de sectores económicos y de servicios, como, asimismo, del ejercicio del poder de policía, como ser la navegación marítima, terrestre y aérea. En tal sentido, se constituyeron —entre otros— el Tribunal de Seguros, Reaseguros, Capitalización y Ahorro para la Vivienda Familiar (dec.-ley 12.366/1945), el Tribunal Bancario (ley 12.637), las Cámaras Regional y Central de Arrendamientos (ley 13.246), la Junta Nacional de Carnes (ley 11.747), entre otros.

En este contexto, la discusión se centró en la validez constitucional de las estructuras administrativas que ejercían funciones jurisdiccionales, las cuales —en algunos casos— habían determinado que sus decisiones no eran revisables por el Poder Judicial, lo cual —conforme se viera ut supra— es flagrantemente inconstitucional. Amén de este desvío —sobre el cual regresaremos en breve— la CS fue reconociendo la constitucionalidad de la actividad jurisdiccional de los funcionarios u órganos administrativos **(87)**.

Si bien en el caso "Costes" **(88)** la Corte había abordado tangencialmente la cuestión, en "Parry" **(89)** el Máximo Tribunal admitió el ejercicio de facultades jurisdiccionales por la Administración sin necesidad de revisión judicial posterior, siempre y cuando se haya respetado los derechos y garantías constitucionales, en particular el de defensa en juicio. Años más tarde, en "López de Reyes" **(90)**, se postuló que resultaba suficiente el control judicial a través de un recurso extraordinario federal en contra de la decisión administrativa, limitado a la revisión del derecho cuestionado, no así a los hechos debatidos. Es aquí donde tiene aparición la doctrina del "control judicial suficiente", por la cual se

(84) Ampliar en BIANCHI, Alberto, "Desarrollo de la regulación económica en los Estados Unidos", LL AR/DOC/8470/2012; FLORES, Álvaro B., "Servicio público y transporte ferroviario", ED, Suplemento de Derecho Administrativo, febrero 2021 (cita digital: ED-MXIV-85).

(85) "Texas & Pacific Railway vs. Abilene Cotton Oil Co.", 204 U.S. 426 (1907).

(86) Fallos 184:410. Asimismo, ver AGUILAR VALDEZ, Oscar, "Reflexiones sobre las 'funciones jurisdiccionales' de los entes reguladores de servicios públicos a la luz del control judicial de la Administración", Anuario de Derecho de la Universidad Austral, vol. 1994/1, ps. 181 y ss.

(87) Vid., YMAZ, Esteban - REY, Ricardo E., "El recurso extraordinario", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, 3ª ed., ps. 35 y ss.

(88) Fallos 187:79 (1940).

(89) Fallos 193-408 (1942). Posteriormente esta doctrina fue reiterada en causa "Compañía de Seguros 'La Nueva Zelandia'" (Fallos 195:50, 1943) y "Dithurbide" (Fallos 199:401, 1944).

(90) Fallos 244:548 (1959). Se trataba de una resolución del Instituto Nacional de Previsión Social, que había denegado una pensión de invalidez a la actora; la decisión fue cuestionada ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.

cimienta la legitimidad de cualquier órgano o tribunal administrativo.

Con la aparición del *leading case* "Fernández Arias c. Poggio" **(91)**, superándose los criterios restrictivos antes citados, la Corte perfiló que el control judicial suficiente implicaba lo siguiente: i) reconocimiento a los litigantes del derecho de interponer recurso ante los jueces ordinarios; ii) negación a los tribunales administrativos de la potestad de dictar resoluciones finales en cuanto a los hechos y al derecho controvertidos, con excepción de los supuestos en que, existiendo opción legal, los interesados hubiesen elegido la vía administrativa, privándose voluntariamente de la judicial.

Asimismo, en el caso mencionado, se destacó que el criterio para fijar el alcance del control judicial suficiente no depende de reglas generales u omnicomprensivas sino de las modalidades de cada situación jurídica, pues la medida de la revisión judicial requerida debe resultar de un conjunto de factores y circunstancias variables o contingentes, entre los que pueden mencionarse —a título de ejemplo— la naturaleza del derecho individual invocado, la magnitud de los intereses públicos comprometidos, la complejidad de la organización administrativa creada para garantizarlos y la mayor o menor descentralización del tribunal administrativo, lo que obliga a examinar en cada caso sus aspectos específicos.

En otro precedente **(92)**, la CS precisó que el otorgamiento de atribuciones jurisdiccionales a funcionarios de la administración, en circunstancias en que así lo requiere el interés público no es constitucionalmente inválido si la ley que las concede establece, respecto de la decisión administrativa, oportunidad de control judicial suficiente, agregando que "...la determinación del carácter de suficiente del mencionado control judicial es difícilmente practicable de manera genérica...", procurando que "...la intervención, en cada caso, de los órganos permanentes del Poder Judicial, ocurra en la medida que razonablemente se requiera para proscribir la discrecionalidad y la prescindencia arbitraria de la ley" **(93)**.

En la década de 1990, siguiendo el modelo estadounidense, irrumpieron en la legislación argentina la figura de los "Entes Reguladores" los cuales, además de contar con funciones estrictamente regulatorias, tienen a su cargo la resolución de conflictos. Esta impronta se consagra en el Marco Regulatorio de la Energía Eléctrica (ley 24.065) y el Marco Regulatorio del Gas (ley 24.076), en los cuales, el control judicial se materializa a través de la deducción de un "recurso directo" ante la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal **(94)**.

A su vez, la reforma constitucional de 1994, al conferir jerarquía constitucional a más de una decena de convenciones internacionales, introduce el precepto conocido como la "tutela judicial (y administrativa) efectiva", la cual requiere acciones, recursos y órganos con medios y procedimientos que sean ágiles y equilibrados.

En este nuevo contexto, en un principio, la CS consideró que aquellos Entes no debían ser considerados como tribunales administrativos **(95)**, señalando que su competencia debe ser ejercida de acuerdo con las limitaciones que se prevén en su norma de creación **(96)**, en ese caso, la ley 24.076. Asimismo, destacó que el órgano involucrado (ENARGAS) no satisfacía los recaudos de independencia y neutralidad, lo cual impedía caracterizarlo como "tribunal", todo ello sin perjuicio de reiterar la constitucionalidad de los tribunales administrativos.

Algunos años más tarde (2005) la Corte se pronunció nuevamente sobre una cuestión similar, señalando las pautas que deben seguirse para la constitución y funcionamiento de los tribunales administrativos. En el *leading case*

(91) Fallos 247-646 (1960).

(92) Fallos 249:715 ("Gerino Hnos.", 1961).

(93) Dicho criterio fue posteriormente ratificado en Fallos 310:2159; 311:334; 315:908; 316:3077.

(94) En este sentido, se soslaya la justicia contencioso-administrativa de primera instancia.

(95) Fallos 321:776 ("Litoral Gas", 1998).

(96) En este caso se discutía un conflicto por la venta y distribución de instalaciones de distribución de gas (lo cual implicaba una determinación sobre el derecho de dominio) entre dos licenciatarias.

"Ángel Estrada" **(97)**, respecto de lo que interesa para los contornos del presente trabajo, se establece que para superar el test de constitucionalidad un organismo de la administración dotado de jurisdicción para resolver conflictos entre particulares (la cual creemos que se debe extender a los Tribunales Administrativos de Contratación), debe cumplir con los siguientes requerimientos: a) que el organismo sea creado por ley; b) que se estén aseguradas su independencia e imparcialidad; c) que el objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador para crearlo (y restringir así la jurisdicción que la Constitución nacional atribuye a la justicia ordinaria) haya sido razonable; d) que sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente; e) que se le encomiende el tratamiento de cuestiones exclusivamente regidas por el derecho público.

A mayor abundamiento, la Corte precisó que no cualquier controversia puede ser válidamente deferida al conocimiento de órganos administrativos (tribunales adm.) con la mera condición de que sus decisiones queden sujetas a un ulterior control judicial suficiente. En tal sentido, los motivos tenidos en cuenta por el legislador para sustraer la materia de que se trate de la jurisdicción de los jueces ordinarios deben estar razonablemente justificados pues, de lo contrario, la jurisdicción administrativa así creada carecería de sustento constitucional, contraviniendo lo establecido en el art. 76 de la CN **(98)**.

Más cerca en el tiempo, el Máximo Tribunal se expidió —*obiter dictum*— sobre una cuestión harto polémica, como lo representa la extensión del "doble conforme" **(99)** y su posible cumplimiento —o no— ante la intervención de Tribunales Administrativos. En el caso "Gandera" **(100)**, la CS —remitiéndose al Dictamen de la Procuración General— sostiene que si se cumplen los recaudos mencionados en "Ángel Estrada", no cabe predicar afectación alguna a la garantía consagrada en el art. 18 de la CN, ni menoscabo a la efectiva tutela jurisdiccional de los derechos en los términos del art. 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, siendo indiferente, a tales fines, que la regulación aplicada carezca de una doble instancia judicial de revisión **(101)**.

VIII. Los ejemplos de Tribunales Administrativos en la Argentina. El caso del Tribunal Fiscal de Apelaciones

En el acápite anterior hemos puesto de manifiesto la tradición que se registra en la Argentina respecto de la creación y funcionamiento de órganos administrativos con funciones jurisdiccionales, la cuales pueden ser desarrolladas de manera principal o complementaria, por ejemplo, a atribuciones de tipo regulatorias.

Además de los ejemplos citados con antelación, los cuales en la actualidad no se encuentran vigentes —a excepción de los Entes Reguladores— la normativa nacional ofrece algunas experiencias interesantes, a fin de evaluar una potencial instalación de los Tribunales de Contratación.

La ley 18.870 —y sus modificatorias— determina las funciones del Tribunal Administrativo de la Navegación **(102)**, al cual le corresponde fijar las responsabilidades de carácter profesional emergentes de accidentes de la navegación, aplicando las sanciones establecidas por las le-

(97) Fallos 328:651 (2005). En acotada síntesis, se discutía si el Ente Regulador de Energía Eléctrica (ENRE) resultaba competente para entender en la pretensión del actor, la cual consistía en la reparación de daños y perjuicios por un corte prolongado del suministro de energía eléctrica contra Edesur SA, la cual tenía a su cargo la distribución domiciliaria del servicio.

(98) Art. 76.— Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca. "La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa".

(99) Es la garantía por la cual se cuenta con el derecho de que un nuevo tribunal reviste íntegramente los hechos y el derecho de una decisión adversa o condenatoria.

(100) Fallos 343:1605 (2020).

(101) Con cita a Fallos 303:330 y 305:515.

(102) Ampliar en ESCOLA, Jorge H., "El Tribunal Administrativo de la Navegación: Algunas acotaciones en tomo a la ley 18.870". LA LEY 146, ps. 993-998; FRESCO, Juan José, "Acerca de la necesidad de reforma del procedimiento ante el Tribunal Administrativo de la Navegación", LA LEY 1986-D, 1101 (LL AR/DOC/5882/2001).

yes y reglamentos vigentes en la materia **(103)** (ej.: Ley de Navegación). En lo que atañe a su composición, este Tribunal estará integrado por un presidente **(104)** y cinco vocales **(105)**, sin que sea exigido título de abogado o similar. Salvo el representante designado por la asociación profesional, el resto de sus integrantes ejercerá sus funciones por el lapso de dos años, pudiendo ser reelegidos (sin limitación alguna). El control judicial será ejercido por la Cámara Contencioso Administrativo Federal, con una peculiaridad, atento a que, los recursos que se deduzcan solamente podrán versar en los casos en que en la decisión del Tribunal se haya quebrantado la ley aplicable, o cuando no se hayan observado las formas procesales. Es decir, en apariencia, dicho control no sería suficiente y adecuado en los términos anteriormente examinados.

El organismo que ha merecido en forma casi unánime una valoración positiva ha sido el Tribunal Fiscal de la Nación **(106)**, el cual ha sido considerado como un verdadero tribunal administrativo **(107)**, por la estabilidad de sus miembros o vocales y su independencia, pese a ser designados por el Poder Ejecutivo, cuya competencia se extiende, en términos generales, a cuestiones vinculadas con la percepción de tributos fiscales y aduaneros.

El funcionamiento actual del Tribunal Fiscal se encuentra previsto en la ley 11.683 y sus modificatorias, en el cual se establece el procedimiento tributario nacional. La reforma introducida por la ley 27.430, estableció que el TFN estará constituido por un Órgano de Administración, un Órgano Jurisdiccional y una Presidencia. Esta división pareciera apuntar a materializar una distinción entre las labores que realiza el Tribunal, la cual también se propaga —por ejemplo— en la designación de los integrantes y funcionarios que cada estamento **(108)**.

Con relación a la organización del órgano jurisdiccional, se prevé que estará constituido por veintiún [21] vocales con cuatro [4] o más años de ejercicio de la profesión de abogado o contador público **(109)**. Estará divido en siete [7] salas **(110)**, las cuales cuatro [4] tendrán competencia en materia impositiva y cada una estará integrada por dos [2] abogados y un [1] contador público. Las tres [3] restantes tendrán competencia en materia aduanera y cada una estará integrada por tres [3] abogados. Asimismo, se prevé que cada vocal será asistido en sus funciones por un secretario con título de abogado o contador.

(103) La norma de creación aclara que las decisiones del Tribunal Administrativo de la Navegación tendrán por objeto determinar la falta de idoneidad profesional, la imprudencia, impericia o negligencia del personal responsable, directa o indirectamente, de un accidente de la navegación, o la inobservancia de las leyes, reglamentos y ordenanzas vigentes y aplicables en cada caso. El tribunal no considerará ni se pronunciará sobre las responsabilidades penales, ya sea por delitos, faltas o contravenciones, ni las de orden civil que eventualmente surgieran de los hechos investigados.

(104) Será un oficial superior del Cuerpo de Comando, Escalafón General, de la Armada Argentina. El mismo será designado por el presidente de la Nación, a propuesta del Ministerio de Defensa.

(105) 1) Un oficial del Cuerpo de Comando, Escalafón General, de la Armada Argentina, de jerarquía no inferior a Capitán de Corbeta; 2) Un oficial del Cuerpo de Auditores de la Armada Argentina, de jerarquía no inferior a Capitán de Corbeta; 3) Un oficial del Cuerpo General de la Prefectura Naval Argentina, de jerarquía no inferior a la de prefecto; 4) Un capitán de Ultramar, de menos de 60 años de edad, al momento de su designación, que haya cumplido comando en dicha calidad durante los últimos cinco años; 5) Un representante de la entidad profesional que agrupe al personal de la especialidad del imputado de mayor jerarquía.

(106) Creado por la por la ley 15.265, del año 1959. Sobre esta temática, ampliar en GARCÍA VIZCAÍNO, Catalina, "El procedimiento ante el Tribunal Fiscal de la Nación y sus Instancias Inferiores y Superiores". Abeledo Perrot, 2011.

(107) COVIELLO, Pedro J. J., "La influencia de la jurisprudencia...", ob. cit.

(108) El coordinador general estará a cargo del órgano administrativo, y tendrá entre sus competencias, Planificar, dirigir y controlar la administración de los recursos humanos, como así también, dirigir y coordinar las actividades de apoyo técnico al organismo. El coordinador será elegido de manera directa por el Poder Ejecutivo Nacional.

(109) Además, se prevé que los integrantes deberán ser argentinos y tener treinta [30] o más años de edad.

(110) La normativa estipula que la composición y número de salas y vocales podrán ser modificados por el Poder Ejecutivo nacional.

Los miembros del órgano jurisdiccional tendrán un mandato de duración indefinida (o vitalicia), y solamente podrán ser removidos de acuerdo al procedimiento especial **(111)** previsto —actualmente— en la ley 11.683 por causales de remoción taxativamente establecidas **(112)**.

En lo que atañe a la designación de los integrantes, será realizada por el Poder Ejecutivo nacional, previo concurso público de oposición y antecedentes **(113)**. El presidente del TFN **(114)** será designado de entre los vocales por el Poder Ejecutivo nacional y durará en sus funciones por el término de tres [3] años, pudiendo ser reelecto o designado nuevamente con posterioridad, sin perjuicio de poder ser designado nuevamente para el cargo. La Vicepresidencia será desempeñada por el vocal más antiguo de competencia distinta. Vale mencionar, que también se estipula el procedimiento a seguir en caso de excusaciones, recusaciones y vacancias.

Se estipula un régimen de incompatibilidades **(115)**, y se establece que la remuneración y el régimen previsional será el equivalente la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (CNACAF) **(116)**.

En otro orden de ideas, el trámite del proceso se asemeja a un clásico pleito judicial, aplicándose supletoriamente el Código Procesal Civil y Comercial **(117)**. Esto permite explicar la duración más o menos extensa que tienen las cuestiones sometidas a la competencia del TFN, la cual es de tipo potestativa.

La organización descripta permite colegir que el diseño que detenta el TFN lo convierte en un organismo independiente, dotado de una suficiente idoneidad técnica, lo cual ha permitido que este supere —con creces— el test de constitucionalidad. Sin embargo, es posible encontrar algunos aspectos que pueden resultar objetables, sobre todo, si se pretende extrapolar sus experiencias al sector de la contratación pública. En primer término, el control judicial a realizar por la CNACAF es de carácter limitado **(118)**, quedando excluido de ella el juicio del TFN respecto de los extremos de hecho, salvo en el supuesto que las conclusiones del mencionado organismo jurisdiccional presenten deficiencias **(119)**. El otro aspecto controvertido, se encuentra en el art. 185 de la ley 11.683 el cual impide al TFN a que sus sentencias contengan pronunciamientos respecto de la falta de validez constitucional de las leyes tributarias o

(111) La destitución será evaluada por un jurado presidido por el Procurador del Tesoro de la Nación e integrado por cuatro [4] miembros abogados, nombrados por un plazo de cinco [5] años por el Poder Ejecutivo nacional. Las funciones de los miembros del jurado serán ad-honorem.

(112) Las causales son las siguientes: a) mal desempeño de sus funciones; b) desorden de conducta; c) negligencia reiterada que dilate la sustanciación de los procesos; d) comisión de delitos cuyas penas afecten su buen nombre y honor; e) ineptitud; f) violación de las normas sobre incompatibilidad; g) cuando debiendo excusarse, no lo hubiere hecho.

(113) Se establece que los criterios y mecanismos de calificación de los exámenes y de evaluación de los antecedentes se determinarán antes del llamado a concurso, debiéndose garantizar igualdad de trato y no discriminación entre quienes acrediten antecedentes relevantes en el ejercicio de la profesión o la actividad académica o científica y aquellos que provengan del ámbito judicial o la administración pública. Deberán cumplirse con los postulados inherentes a la publicidad del llamado, y la evaluación la realizará un Jurado de especialistas designado por el Ministerio de Hacienda, el cual tomará el examen y calificará las pruebas de oposición de los postulantes. A su vez, los antecedentes serán calificados por los secretarios del referido ministerio. Posteriormente, se realiza una entrevista personal —la cual será pública— la cual tendrá por objeto evaluar la idoneidad, aptitud funcional y vocación democrática del concursante. Como paso final, el Ministerio de Hacienda (hoy de Economía) elevará las actuaciones —con la recomendación del profesional propuesto— para su designación ante el Poder Ejecutivo.

(114) El presidente gozará de un suplemento mensual equivalente al veinte por ciento (20%) del total de la retribución mensual.

(115) No podrán ejercer el comercio, realizar actividades políticas o cualquier actividad profesional, salvo que se tratare de la defensa de los intereses personales, del cónyuge, de los padres o de los hijos, ni desempeñar empleos públicos o privados, excepto la comisión de estudios o la docencia. Las incompatibilidades se extienden a coordinador general, los secretarios generales y los secretarios letrados de vocalía.

(116) Con relación a los alcances de esta equiparación, la cuestión fue examinada en Fallos 325:1418 (2002).

(117) Fallos 321:3491 (1998).

(118) Conf. art. 86, inc. b), de la ley 11.683.

(119) Fallos 332:357 (2009); 326:4065 (2003);

aduaneras y sus reglamentaciones, salvo que la jurisprudencia de la CS las haya declarado inconstitucionales, en cuyo caso podrá seguirse la interpretación efectuada por el TFN **(120)**. Por lo tanto, aunque de manera excepcional, se admitiría una especie de control de constitucionalidad, el cual es tributario —de manera exclusiva— al Poder Judicial **(121)**.

Aparte de las características ya señaladas del TFN, existen otros motivos que permiten justificar su elección por parte de los contribuyentes. La promoción de la intervención del Tribunal, contra los actos administrativos emitidos por los organismos tributarios y aduaneros, genera la suspensión de la intimación de pago de la deuda (art. 167 de la ley 11.683), siempre que esta haya sido dispuesta de oficio **(122)**. A su vez, la elección de la vía recursiva del TFN, también se cimienta en la inexigibilidad del *solve et repete*, el cual se erige como un recaudo de admisibilidad de las demandas que son promovidas en el contencioso tributario (a excepción de las acciones declarativas de certeza). Sin embargo, la ley 25.964 estableció la tasa por las actuaciones del TFN, lo cual implica que —para la actuación de este— las partes deberán integrar el pago de la gabela citada **(123)**.

IX. La experiencia del Tribunal Arbitral de Obras Públicas

En el terreno de la contratación pública argentina, tampoco ha sido desconocida la figura de los Tribunales Administrativos. En efecto, el texto vigente de la ley nacional 13.064 relativa al Contrato de Obra Pública abrió expresamente tal posibilidad (no obstante las salvedades terminológicas) en su art. 55, al establecer que las partes podrían someter sus controversias ante un Tribunal Arbitral en única instancia. Inclusive, esta cuestión también aparecía en el texto de la ley 775, la cual fue la primera regulación del contrato de obra pública a nivel nacional **(124)**.

A partir de dicha previsión legal, por conducto del dec. 11.511/1947 tuvo lugar la creación del Tribunal Arbitral de Obras Públicas (TAOP), el cual —en su versión original— estaría integrado por representantes del Estado y de las empresas constructoras, centrando sus atribuciones en las vicisitudes que pudieran generarse en la ejecución del contrato. Su funcionamiento fue posteriormente regulado por los decs. 1978/1964, 3772/1964, 4517/1966, 7759/1967, y 2875/1975.

A partir del año 1991, a través del dec. 1496/2001 se dispuso que su responsabilidad primaria comprendía ejercer la "función jurisdiccional" que le encomiendan la ley 13.064 y el dec. 11.511 de 1947 y "...resolver con fuerza de verdad legal las cuestiones que los particulares le sometan a su jurisdicción", extendiendo su competencia hacia los contratos regidos por el dec.-ley 17.520/1967 (concesión de obra pública) y por la ley 22.460 (contrato de consultoría).

Amén de la labor realizada por el Tribunal Arbitral, cuya labor fue igualmente reivindicada como objetada, el aspecto más sinuoso de su funcionamiento estuvo dado por los alcances

(120) La CS sostuvo que no puede ser facultad del Poder Legislativo y del Ejecutivo declarar la inconstitucionalidad de las leyes pues ello importaría una indebida asunción de funciones judiciales por parte de esos departamentos (Fallos 269:243, 1967; Fallos 298:511, 1977; Fallos 311:460, 1988; Fallos 319:1420, 1996). Sagüés se pronuncia en contra de dicha norma, considerando innecesario que una ley le atribuya a los Tribunales Administrativos la posibilidad de inaplicar una ley considerada inconstitucional, como que la Corte Suprema se pronuncie sobre la inconstitucionalidad del precepto en cuestión, en base al control difuso de constitucionalidad argentino [SAGÜÉS, Néstor, "Derecho procesal constitucional...", ob. cit., t. 1, nro. 94 b), ps. 242-243].

(121) En la Argentina, el control de constitucionalidad es difuso, lo cual indica que el mismo puede ser ejercido por cualquier juez y en cualquier instancia.

(122) Sobre esta cuestión, ver Fallos 316:2142; 314:1714, entre otros.

(123) La tasa se aplica a todas las actuaciones, cualquiera sea su naturaleza, susceptibles de apreciación pecuniaria se aplicará una tasa del dos con cincuenta centésimos por ciento (2,50%), siempre que la presente ley u otra disposición legal no establezca una solución especial para el caso. Esta tasa se calculará sobre el importe total cuestionado (incluyendo sanciones), y/o el valor de la mercadería comisada o prohibida, que constituya la pretensión del recurrente o demandante.

(124) Los arts. 38 y 39 de la ley 775 de Obras Públicas autorizaba el sometimiento a árbitros de las cuestiones que se susciten en el curso de la ejecución o antes de la entrega de la obra sobre la calidad o preparación de los materiales y sobre vicios de construcción (conf. Fallos 133:413 —1920—).

del eventual control judicial suficiente **(125)**. En este sentido, la res. 31/2000 del TAOP preveía que "...el fallo o laudo arbitral solo será pasible de recurso en los términos del art. 241 y ccds. de la ley 50" **(126)**. Como lo ha destacado la doctrina **(127)**, sin perjuicio de que la Administración tendría mayoría en el TAOP (debiendo suponerse que ello le permitiría imponer su punto de vista en los conflictos que fueran a ocuparlo), este tribunal arbitral administrativo dictó ciertos laudos desfavorables a la Administración, y cuando ello ocurrió, esta los impugnó de arbitrarios interponiendo en forma directa recursos extraordinarios, los cuales eran sistemáticamente rechazados por el TAOP por improcedentes, alegando la irrevisibilidad de sus decisiones **(128)**.

En este escenario, comenzó a tomar relevancia la naturaleza jurídica que le correspondía al TAOP, lo cual era de suma importancia para determinar el alcance y procedencia del control judicial, que como fuera examinado, es uno de los factores de determinantes de la legitimidad de cualquier Tribunal Administrativo. En tal sentido, la Procuración del Tesoro (PTN) **(129)** entendió que el TAOP constituye un típico órgano de naturaleza administrativa, con funciones materialmente jurisdiccionales, que desarrolla su funcionamiento dentro de la Administración. Al respecto, también señaló que la designación que hace el Poder Ejecutivo de los integrantes del TAOP (incluso del propuesto por las empresas constructoras a través de su organización) definen al órgano como administrativo*: plus est in se quam nomine*; concluyéndose de ese modo, en que siendo una comisión de sustancia administrativa, que no actúa en virtud de cláusula arbitral alguna, sino de un régimen legal administrativo creado por el Poder Ejecutivo para el cumplimiento de funciones administrativas. Por ello, concluyó el órgano asesor, sus decisorios no pueden constituir per se cosa juzgada, imponiéndose la revisión de sus decisiones por el órgano judicial. Por tales circunstancias, en otro precedente **(130)**, la PTN —al confirmar la naturaleza de tribunal administrativo del TAOP— consideró que su actividad revestía el carácter de procedimiento administrativo especial, en los términos del dec. 722/1996.

El criterio mencionado no puede explicarse sino a partir de los cambios de la jurisprudencia de la CS, sobre todo, con relación a la postura asumida por el Estado nacional con respecto al propio TAOP. En la inteligencia descripta, mediante el dec. 1349/2001 quedó disuelto el TAOP, el cual venía siendo severamente criticado, fundamentalmente, por la indefinición en cuanto a su naturaleza **(131)** y las problemáticas que se daban en torno a la posibilidad de contralor judicial de sus decisiones. Así las cosas, en los considerandos del decreto antes citado, expresamente se señaló que "...la jurisdicción arbitral para obras públicas prevista en la normativa complementaria, ha servido de sustento para someter a la voluntad de las partes el apartamiento de preceptos constitucionales, como lo es el de la garantía del juez natural".

(125) El art. 6º del dec. 11.511/1947 (derogado por el art. 29, dec. 3772/1964, que también derogó el dec. 1098/1956) disponía que el sometimiento del contratista a la jurisdicción arbitral implicaba la total exclusión de la vía judicial. A su vez, el art. 1º del dec. 4517/1966 aclaró el régimen en cuestión, señalando que el contratista podía optar por una "doble vía"; una ante la Comisión Arbitradora creada por el art. 8º del dec. 11.511/1947 con carácter definitivo en sede administrativa, y otra ante el Poder Ejecutivo, declarándose asimismo que la elección de una en cada caso excluye la utilización de la otra.

(126) Dicha locución ya había sido prevista en art. 5º del dec. 3772/1964 el cual dispuso que las resoluciones dictadas por la Comisión Arbitral solo serían pasibles del recurso de revisión en casos análogos a los previstos en el art. 241 de la ley 50.

(127) CAPPARELLI, Santiago L. "Necesarias aclaraciones de la Corte sobre el control judicial al arbitraje", LA LEY 2008-C, 258.

(128) Sobre esta cuestión, ampliar en MERTEHIKIAN, Eduardo, "La inviabilidad de la revisión judicial de los laudos del tribunal arbitral de obras públicas", Revista de Derecho Administrativo, julio de 1999 con nota a lo resuelto por la CS en "Pirelli Cables c. Empresa Nacional de Telecomunicaciones".

(129) Dictámenes 248:417.

(130) Dictámenes 275:292.

(131) Es dable señalar que el voto en disidencia de los Dres. Carlos S. Fayt y Enrique Santiago Petracchi en la causal "Meller" (Fallos 325:2893) postuló que el Tribunal Arbitral de Obras Públicas no constituye un verdadero tribunal arbitral pues no se cumplen a su respecto con las dos premisas que hacen a la esencia del arbitraje —libre elección de los árbitros e imparcialidad—, lo cual llevó a considerar al TAOP como tribunal administrativo dotado de funciones jurisdiccionales.

De alguna manera, este cambio de posición permite comprender la mutación del criterio originariamente restrictivo en cuanto a la revisión de los "laudos" o decisiones del TAOP **(132)**, el cual viró en la posibilidad de que sus decisiones pudieran ser revisadas cuando mediare arbitrariedad **(133)**.

X. El acceso a la justicia y la contratación pública. Sus problemáticas en la Argentina

Las reflexiones realizadas en torno a la figura de los Tribunales Administrativos de la Contratación, y su posible inserción en nuestro país, adquieren una gran relevancia antes al fracaso que han evidenciado los mecanismos previstos en el procedimiento administrativo tradicional, y por añadidura, del control judicial en la contratación pública.

La experiencia nos demuestra que la aplicación directa de las previsiones de la normativa de procedimientos administrativos (Ley de Procedimientos Administrativos —LPA— dec.-ley 19.549/1972; Reglamento de Procedimientos Administrativos —RPA— dec. 1759/1972 y sus normas modificatorias) en el ámbito de los contratos públicos, cuanto menos a nivel nacional (dec. delegado 1023/2001), no ha sido para nada satisfactoria. Desde una matriz estrictamente teórica, se prevé que serán de aplicación los recursos que se establece el RPA (recursos de reconsideración, jerárquico y/o de corresponder, el recurso de alzada) para objetar los actos administrativos que se emitan en las diversas etapas de la contratación. Sin embargo, el sistema no brinda respuesta a las exigencias que son inherentes a cualquier contratación pública, en donde se encuentran en juego los principios que la rigen **(134)**, y la satisfacción oportuna de las necesidades públicas comprometidas.

Esta situación ocasiona consecuencias poco felices para el sistema de contrataciones, atento a que, la desconfianza sobre el régimen recursivo (sin tener en consideración en este caso el flagelo de las prácticas de corrupción, tan arraigadas por estas latitudes) impacta de lleno en la concurrencia y competencia efectiva. En tal sentido, las vicisitudes que se generan desalientan la participación en los procedimientos de selección, principalmente, de las pymes.

Para graficar la problemática, conviene reseñar alguno de los inconvenientes que se suscitan en las diferentes etapas o fases de la contratación **(135)**. La definición de la necesidad que queda englobada en la contratación queda en la esfera de las facultades discrecionales del Estado **(136)**, lo cual puede marcar —*a priori*— una dificultad al momento de plantear algún reparo en el alcance o tipo de contratación elegida. Por lo tanto, el acto por el cual se aprueba el llamado a licitación o convocatoria cuenta con escasas chances de ser objetado. El acto que aprueba el Pliego de Condiciones Particulares (y sus Especificaciones Técnicas), el cual generalmente se realiza en forma conjunta con la autorización del llamado, está sujeto a una incertidumbre similar. En el esquema normativo que rige a nivel nacional o federal, no se estipula en forma expresa —probablemente para desalentar su eventual impugnación— la manera bajo la cual los interesados puedan alzarse contra las cláusulas del plexo normativo de la contratación.

De tal manera, los interesados deberán acudir a la figura del denominado "reclamo impropio" [conf. art. 24 inc. a) de la LPA] utilizado para impugnar actos generales, en este caso, de carácter

(132) Fallos 322:2298 (1999); 325:2893 (2002).

(133) Fallos 330:2711 (2007); 343:28 (2020).

(134) La normativa argentina consagra lo siguiente (conf. art. 3º, decreto delegado 1023/2001): Principios generales. Los principios generales a los que deberá ajustarse la gestión de las contrataciones, teniendo en cuenta las particularidades de cada una de ellas, serán: a) Razonabilidad del proyecto y eficiencia de la contratación para cumplir con el interés público comprometido y el resultado esperado. b) Promoción de la concurrencia de interesados y de la competencia entre oferentes. c) Transparencia en los procedimientos. d) Publicidad y difusión de las actuaciones. e) Responsabilidad de los agentes y funcionarios públicos que autoricen, aprueben o gestionen las contrataciones. f) Igualdad de tratamiento para interesados y para oferentes. Desde el inicio de las actuaciones hasta la finalización de la ejecución del contrato, toda cuestión vinculada con la contratación deberá interpretarse sobre la base de una rigurosa observancia de los principios que anteceden.

(135) Sobre esta temática. Ver MURATORIO, Jorge, "Impugnación de actos licitatorios", Revista de Derecho Público, Rubinzal Culzoni, 2020, t. II, ps. 237 y ss. (cita: RC D 3309/2020).

(136) Fallos 314:1202 (1991).

no normativo **(137)**. Dicho reclamo no tendrá efecto suspensivo alguno, atento a la ejecutoriedad inherente a todo acto administrativo (art. 12, LPA), lo cual obligará a solicitar en forma previa su suspensión, como recaudo para solicitar en sede judicial una medida cautelar, aunque el plazo para deducir el reclamo venza en forma simultánea con la apertura de las ofertas. Caso contrario, se interpretará que los interesados y/o los oferentes han consentido el plexo de la contratación, aplicándose la doctrina del sometimiento voluntario **(138)**.

En el marco del análisis de las ofertas, se prevé la posibilidad de impugnar el dictamen de evaluación realizado por las Comisiones Evaluadoras, lo cual se erige como una excepción a la regla de la inimpugnabilidad de actos preparatorios. Sin embargo, este está sujeto —para su admisibilidad formal— a la integración de una garantía, que ni habrá de superar el 3% de la cotización realizada. Si bien este recaudo se ha fundamentado en la necesidad de asegurar la seriedad de las ofertas, ha recibido constantes críticas de la doctrina nacional, por limitar las posibilidades recursivas del oferente. Por ende, en muchos casos, los oferentes e interesados prescinden de utilizar esta vía.

Más allá de concordar con las críticas que se le realizan al instituto, lo cierto es que la no realización de la impugnación del dictamen no impide posteriormente recurrir el acto que decide la adjudicación, aunque cabe aclarar que, de no hacerlo, se pierde una valiosa oportunidad para que el órgano contratante reviste su posición.

El acto de adjudicación puede ser impugnado por las vías previstas en el RPA, pero —como fuera explicado— la deducción de estos no tiene efectos suspensivos. Adunando a ello, el oferente o interesado inexorablemente deberán recurrir el acto —si este no fue dictado por el órgano con competencia final— para obtener el agotamiento de la vía, el cual es indispensable para dejar expedita la vía judicial.

Por tales motivos, tanto para los casos en donde se pretende impugnar un Pliego como cuando se recurre el acto de adjudicación, teniendo en consideración la presunción de legitimidad de los actos administrativos consagrada en la normativa vigente —art. 12 de la LPA— los interesados u oferentes están prácticamente conminados a plantear una medida cautelar, la cual tramitará ante la Justicia Contencioso Administrativa Federal. En este sentido, el art. 13 de la ley 26.584 [Ley de Medidas Cautelares en donde el Estado es parte **(139)**] dispone que para lograr la suspensión de los efectos de un acto estatal —sea de alcance particular o general— deberán acreditarse —de manera simultánea— los siguientes requisitos: a) acreditar que el cumplimiento o efectos del acto o de la norma, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior; b) la verosimilitud del derecho invocado; c) la verosimilitud de la ilegitimidad, por existir indicios serios y graves al respecto; d) la no afectación del interés público; e) que la suspensión judicial de los efectos o de la norma no produzca efectos jurídicos o materiales irreversibles.

Generalmente, los últimos dos recaudos se terminan erigiendo como un óbice para el otorgamiento de las medidas cautelares cuando se discuten aspectos inherentes a la contratación pública, atento a que, el tópico que se invoca —para ratificar la ejecutoriedad de los actos— es la afectación del interés público **(140)**.

A esta dificultad se le debe sumar la solicitud previa —en los casos donde los actos no hayan sido emitidos por el órgano que agota la vía administrativa— de la suspensión de los efectos del acto ante el ente que lo emitió. Esta se reputará denegada si en el transcurso de cinco días hábiles no fuere respondida. Este pedimento es

(137) COMADIRA, Julio R., "La licitación pública", Lexis Nexis. 2005, 2ª ed. ampliada y actualizada, p. 156.

(138) Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 211:370, 259:415, 282:1, 302:325. Asimismo, ver COMADIRA, Julio P., "Reflexiones sobre la teoría del sometimiento voluntario a un régimen jurídico como límite al control judicial de constitucionalidad o juridicidad", Cuestiones de Control de la Administración Pública, Administrativo, Legislativo y Judicial, Jornadas de la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2010, p. 117.

(139) Sobre esta temática, ver COMADIRA, Julio P., "Ley de Medidas Cautelares en las causas en las que es parte o interviene el Estado. Comentada y anotada", Cathedra Jurídica, 2021.

(140) Vid. SAGÜÉS, Néstor, "El papel del interés público en la ley 26.584 sobre Medidas Cautelares", JA del 03/07/2013, ps. 13 y ss. (LL AR/DOC/5950/2013).

absolutamente inútil, puesto a que rara vez se hace lugar a la suspensión, erigiéndose como un recaudo que se convierte en un excesivo rigor formal, motivo por el cual, ha quedado en letra muerta en otras jurisdicciones **(141)**.

Las inclemencias también persisten en la etapa de ejecución del contrato. Es prácticamente inexistente el control en torno al ejercicio del *ius variandi* por parte de interesados, exoferentes o autoexcluidos, sin perjuicio de análisis que es realizado con posterioridad por los órganos de control interno y externo (Sindicatura General de la Nación y Auditoría General de la Nación, respectivamente). En gran medida, esto se debe, a las peripecias señaladas con anterioridad. Del mismo modo, los actos que se emiten en el marco de la ejecución contractual (pensemos por ejemplo en las órdenes de servicio en un Contrato de Obra Pública) también ingresan en un halo de incertidumbre. En el caso al que aludiéramos, a diferencia de lo que ocurre en otras jurisdicciones, en la órbita nacional no se estipula un procedimiento específico, lo cual genera una situación incómoda para el contratista.

Tampoco hay contornos muy nítidos en cuanto a la extensión de la legitimación activa para plantear discusiones en el seno de un contrato público.

A las complicaciones anteriormente aludidas, existía una práctica muy difundida en todas las jurisdicciones (ya sean nacionales, provinciales o municipales), en la cual se supeditaba la admisibilidad formal de la oferta a presentar, a la inexistencia —o eventual de renuncia— de cualquier reclamo o juicio contra el Estado. Este mecanismo fue declarado inconstitucional por la CS en la causa "Astorga Bracht" **(142)** por contravenir los postulados del derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva **(143)**. Sin embargo, un detenido análisis de lo que acontece en otros lugares de Argentina —principalmente en el ámbito municipal— permiten colegir que el vicio continúa repitiéndose.

En el ámbito jurisdiccional la problemática no se modifica. Sin perjuicio de que las contiendas que se plantean son resueltas por un fuero especializado (generalmente el contencioso administrativo **(144)**, los pleitos contra el Estado son excesivamente largos. Amén de las prerrogativas con las que cuenta el Estado al ser demandado [reclamo previo, agotamiento de la vía, extensión del plazo para contestar demanda **(145)**], las demandas que involucran contratos públicos, sobre todo cuando se discuten aspectos relativos a la ejecución o extinción contractual, tienen una duración aproximada de quince [15] años hasta que el pleito adquiera firmeza. Posteriormente, si el particular tuviere éxito en su pretensión y existiere una condena pecuniaria, habrá que transitar por el periplo de la ejecución de la sentencia.

Si la pretensión incluyere algún rubro resarcitorio, como lo podrían ser los casos de responsabilidad contractual **(146)**, los contratistas deberán integrar la "Tasa de Justicia" (ley 23.898) la cual se ubica en el tres por cien-

(141) Esto es lo que ha ocurrido en la PROVINCIA de Buenos Aires, en donde el Cód. Contencioso Administrativo ha previsto esta cuestión (conf. art. 25.2), pero la jurisprudencia lo ha declarado inaplicable (ref. SCBA, causa B. 65.900 "Buceta", del 13/10/2004).

(142) Fallos 327:4185 (2004).

(143) Arts. XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 8º y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 8º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2º, inc. 3º, aparts. a y b, y 14, inc. 1º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

(144) También puede resultar competente el fuero civil y comercial, cuando se trataren de cuestiones que involucran a los llamados "contratos parcialmente regidos por el derecho privado". Al respecto, ver COVIELLO, Pedro J. J., "Los contratos de derecho privado de la Administración", en AA.VV., Cuestiones de Contratos Administrativos (en homenaje a Julio R. Comadira), Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2007, ps. 225-240; GALLEGOS FEDRIANI, Pablo O., "Los contratos privados de la Administración", en Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, RAP, 28:29, Régimen de contrataciones y compre nacional, Buenos Aires, 2002. Una solución parecida se encuentra prevista en el Cód. Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires (conf. art. 2º, inc. 6º).

(145) En el ámbito federal, el Código Procesal Civil y Comercial establece que el plazo para contestar demanda será de sesenta [60] días hábiles (conf. art. 338, párr. 2º).

(146) Ampliar en FLORES, Álvaro B., "La responsabilidad contractual del Estado a la luz de la Ley de Responsabilidad del Estado y el Nuevo Código Civil y Comercial", Suplemento de Obligaciones y Responsabilidad Civil, El Dial, 01/07/2016 (elDial DC2144).

to (3%) del monto reclamado. Desde luego, este aspecto también puede oficiar como un valladar al acceso a la jurisdicción, sobre todo, en aquellas personas o empresas que no tengan una gran escala.

El ordenamiento nacional en materia de contrataciones pareciera no desconocer las vicisitudes descriptas, en especial, las que se configuran en las etapas de la contratación. De tal manera, podría decirse que advierten que el sistema procedimental clásico o tradicional no se adapta íntegramente a las exigencias y los principios de la contratación pública. En este contexto, Muratorio **(147)** destaca que el dec. delegado 1023/2001 faculta a la Oficina Nacional de Contrataciones (ONC), órgano rector del sistema de contrataciones de la Administración nacional, a "...[e]stablecer un mecanismo de solución de controversias entre las jurisdicciones y entidades contratantes y los proveedores, para la resolución de los conflictos que surjan entre las partes durante el procedimiento de selección, la ejecución, interpretación, rescisión, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato", aspecto que lamentablemente no ha tenido mayor desarrollo hasta el presente.

Sin perjuicio de las atribuciones conferidas a la ONC para el establecimiento de mecanismos verdaderamente eficaces de resolución de conflictos en la etapa prejudicial, entendemos que, de avanzarse con el desembarco de un Tribunal Administrativo de Contrataciones en la Argentina, su creación y funcionamiento deberá realizarse de manera autónoma. Sostenemos que esto es así, a los efectos de cumplir con los recaudos que la jurisprudencia ha exigido para que aquellos superen el test de constitucionalidad.

XI. Propuestas para la creación de Tribunales Administrativos de Contrataciones Públicas en la Argentina

El desarrollo realizado en los puntos anteriores nos permite vislumbras las posibilidades que tendrían una potencial inserción de los Tribunales Administrativos de Contratación en la Argentina. En torno a las reflexiones realizadas, y a las exigencias, experiencias y requisitos que se han ido sintéticamente esbozando, nos animaremos a exponer de qué modo habría que poner avanzar en el desembarco de los TAC a nivel nacional:

En tal sentido, correspondería tener en consideración lo siguiente:

a) La creación del Tribunal Administrativo de Contrataciones de Argentina (TACA) deberá ser realizada por Ley del Congreso de la Nación. Por tratarse de un tema que merece un adecuado y maduro tratamiento por parte de ambas Cámaras (Diputados y Senadores), su creación —y o eventual reforma— no podría canalizarse mediante un Decreto de Necesidad y Urgencia (art. 99, inc. 3º, CN), el cual goza de la misma jerarquía que una ley.

Asimismo, consideramos que se encuentra satisfecho el recaudo referido a la razonabilidad del objetivo económico de su creación (destacado en "Ángel Estrada").

b) A los efectos organizacionales, el TACA deberá ser una entidad autárquica en el orden administrativo y financiero. Se preverá el esquema de recursos con el cual se financie, pudiéndose establecer otras fuentes de ingresos, además de los fondos que provengan del presupuesto anual. También deberá disponerse la transferencia sin cargo inmuebles que sean necesarios para el funcionamiento del TACA.

c) El TACA dependerá directamente del Poder Ejecutivo nacional, sin hallarse en la órbita o adscripto a ningún Ministerio. La ley de creación establecerá la prohibición de intervenir al Tribunal. Esta cuestión, que probablemente parezca absurda en el ordenamiento español o europeo, es uno de los mayores peligros que se advierten en la Argentina respecto del funcionamiento de esta clase de organismos. Lamentablemente, los Entes Reguladores a los cuales se hicieran referencia han sido sistemáticamente intervenidos, lo cual supone en la práctica que sus funcionarios dependan de manera directa al Poder de turno.

(147) MURATORIO, Jorge, "Impugnación de actos licitatorios", Revista de Derecho Público, Rubinzal Culzoni, 2020, t. II, ps. 237 y ss. (cita: RC D 3309/2020). El autor señala que, en el marco de dicha competencia, la ONC podría establecer arbitrajes técnicos, mecanismos de conciliación, intervención de tribunales administrativos, etcétera.

d) Los miembros del TACA deberán ser abogados, con acreditada experiencia en el campo del derecho administrativo y la contratación pública. La designación de los integrantes se realizará mediante la realización previa de un concurso de antecedentes y oposición, recayendo su designación en el Poder Ejecutivo, el cual tendrá que fundamentar la no elección de aquellos integrantes que hayan superado las instancias de preselección. Se estipulará un régimen de incompatibilidades para los miembros del TACA y su personal.

La remuneración de los integrantes del TACA debe ser lo suficientemente adecuada para garantizar los principios de independencia, imparcialidad y neutralidad de cualquier Tribunal Administrativo. El mismo temperamento debe seguirse para el tratamiento de su personal.

El TACA contará con un cuerpo interdisciplinario permanente de asesoramiento, integrado por profesionales de las ciencias económicas, de ingeniería y afines, al cual podrá darle intervención para el examen de las cuestiones de índole técnico que se presenten en el marco del recurso que dispare la competencia del TACA.

e) La duración en el cargo podrá ser vitalicia, o tener una duración —a nuestro juicio— no inferior a los diez [10] años. Consideramos que esto es así, a fin de consolidar los criterios que puedan surgir de las resoluciones del Tribunal. Únicamente podrán ser removidos por las causales que taxativamente se estatuyan en el ordenamiento de creación, bajo el procedimiento de destitución que a dichos efectos se establezca, en el cual se garantice el debido proceso.

f) El ámbito subjetivo de la competencia del TAC involucrará al art. 8º, inc. a), de la ley 24.156 de Administración Financiera, a los efectos de compatibilizar tal cuestión con la solución establecida en el Régimen de Contrataciones de la Administración nacional.

g) Respecto del ámbito objetivo de aplicación, la competencia del TACA se extendería a la totalidad de los Contratos celebrados por la Administración, con prescindencia de su régimen jurídico. En consecuencia, ingresarían en su marco competencial los contratos de adquisición de bienes (suministros), servicios, de obra **(148)**, de obra pública (regidos por la ley 13.064), de concesión de obra pública (regidos por el dec.-ley 17.520/1967), de consultoría (ley 22.460), de concesión de bienes del estado, locaciones, *leasings*, compraventa, donación, permuta, y/o cualquier especie o tipo de contrato que celebren los entes alcanzados por la competencia del TACA.

Solamente se encontrarían exentas de la competencia del TACA las cuestiones que se susciten en el marco de las concesiones o licencias de servicios públicos, en las cuales se aplicarán sus regímenes específicos.

En cuanto al tipo de procedimientos involucrados, tomando como referencia la normativa de España, solamente quedarían excluidas las contrataciones directas por emergencia.

La aplicación de sanciones, en las cuales se examine la conducta del contratista ya no en un procedimiento particular, seguirá correspondiendo a la Oficina Nacional de Contrataciones.

h) Serían revisables ante el TACA, siguiendo el ensanchamiento explicado al momento de describir la situación en el Reino de España, cualquier tipo o especie de acto que se emita en el marco de cualquier procedimiento de selección, en todas sus etapas. En tal entendimiento, quedarían englobados en la competencia del TACA supuestos que se encuentran actualmente excluidos de las atribuciones del TACRC español como, por ejemplo, las decisiones respecto de subcontrataciones o cesiones de contrato, o las rescisiones por culpa del contratista o ilegitimidad. Asimismo, entrarían en la competencia del TACA las decisiones de la Comisión Evaluadora, sin que aquellas revistan técnicamente la condición de actos administrativos, por tratarse de actuaciones preparatorias.

La tramitación del recurso será íntegramente electrónica, y el recurso, habrá de ser presentado ante el órgano contratante, previéndose tal circunstancia en los sistemas electrónicos

(148) Ampliar en FLORES, Álvaro B., "Contrato de obra pública y contrato público de obra. Algunas precisiones", Revista de Contrataciones Públicas, nro. 4, IJ, diciembre 2020 (IJ-MIII-886).

de contratación vigentes (COMPR.AR y CONTRAT.AR).

i) Siguiendo los lineamientos que marcan las prácticas internacionales, tendrá efecto suspensivo la interposición del recurso que motive la intervención del TACA cuando se objete el acto de adjudicación. En los demás supuestos, la deducción del recurso podrá contemplar la solicitud de una medida cautelar (la cual no estará sujeta a pedimento previo alguno al órgano contratante) que será resuelta inaudita parte por el TACA. En lo que atañe a su otorgamiento, además de contemplar los clásicos recaudos relativos a la verosimilitud del derecho y peligro en la demora, deberá contemplarse la inexistencia de una afectación grave al interés público, a fin de que la satisfacción de tal recaudo no resulte de cumplimiento imposible. Desde luego, su procedencia estará atada a la extensión de una contracautela, y su duración no podrá extenderse más allá de la resolución definitiva del Tribunal.

j) Se establecerá una legitimación amplia para la incoación del recurso, la cual será extendida a aquellos sujetos que no hayan participado del procedimiento de selección, pero que detenten un interés sobre este. En tal sentido, podrán deducir el recurso que motive la competencia del TACA el Defensor del Pueblo, las Cámaras o Asociaciones de Proveedores, los Sindicatos, las Asociaciones de Usuarios, entre otros.

k) El procedimiento a seguir deberá garantizar la intervención obligatoria de las entidades o jurisdicciones contratantes, y de los demás sujetos que puedan quedar afectados por la deducción del recurso (ej.: el oferente adjudicatario, en los casos donde otro oferente pretenda objetar el acto de adjudicación). Los plazos del procedimiento no deberán ser extensos, a los efectos de compatibilizar las cuestiones inherentes al control con la satisfacción oportuna de las necesidades comprometidas. En el marco de este, las partes podrán ofrecer y producir prueba. Cuando se discutan actos inherentes a la etapa preparatoria (v.gr.: cuestionamiento de pliegos), o cuando se objete el acto de adjudicación, la duración del procedimiento no podrá exceder los treinta [30] días corridos. De la misma manera, extrapolando la solución que consagra la normativa española, el transcurso del plazo máximo que se establezca permitirá aplicar el instituto del silencio, quedando expedita la vía judicial, sin que corresponda —desde luego— la aplicación de ningún plazo de caducidad.

l) Para garantizar la especialidad del funcionamiento del TACA, este podrá ser dividido por salas, las cuales se dediquen a temas específicos. A guisa de ejemplo, podrían existir salas dedicadas exclusivamente a contratos que involucren contratos de infraestructuras (obra, obra pública, concesión de obra pública), teniendo en consideración las particularidades que se dan en estos tipos contractuales.

m) En cuanto a los alcances de la decisión del TACA, esta será en principio revisora, respecto de la actuación del órgano contratante. Sin embargo, en el seno de sus resoluciones, el TACA podrá emitir recomendaciones no vinculantes al órgano contratante, principalmente, en lo atinente al diseño de los documentos que componen el procedimiento de selección. Como bien ha destacado Gordillo **(149)**, el tribunal administrativo tiene usualmente una mucha mayor latitud para el desempeño de su función de contralor, que aquella de que dispone el tribunal judicial: No habrá lesión que a nadie se le ocurra invocar del principio de la separación de los poderes, en perjuicio de la administración actuante, si modifica o sustituye el acto. Por ello, el autor mencionado, manifiesta que estos Tribunales tienen mayor margen de posibilidad teórica y práctica de pronunciarse sobre la conveniencia o inconveniencia de la conducta administrativa.

También la ley de creación podrá prever que el TACA pueda fijar indemnizaciones, conforme lo establece la regulación española.

Por su parte, la decisión del TACA no será susceptible de recurso administrativo alguno, a excepción del de aclaratoria.

n) La promoción del recurso que propulse la intervención del TACA será optativo para los sujetos legitimados. Ello es así debido a que, si este resultare obligatorio, se estaría de manera oblicua afectando el control judicial adecuado y suficiente.

(149) GORDILLO, Agustín, "Marchas y contramarchas en economía y derecho administrativo", Fundación Derecho Administrativo, 2013, p. 129.

En efecto, los actos que se dicten en el seno de cualquier procedimiento de selección podrán ser revisados por el régimen tradicional de la normativa de procedimientos administrativos, en el caso de no elegir la vía del recurso ante el TACA.

Ahora bien, la elección del carril bajo examen se convertirá en excluyente, quedando el interesado sometido al procedimiento del TACA hasta su finalización.

ñ) El recurso será gratuito, no sujeto al pago previo de tasa alguna. Asimismo, no debería ser necesario la representación o patrocinio letrado para su promoción.

o) A fin de evitar el uso irrazonable o temerario del recurso (teniendo en consideración su efecto suspensivo y la gratuidad), el TACA podrá imponer multas a los sujetos que promuevan su intervención cuando este aparezca como manifiestamente infundado o improcedente. Asimismo, la configuración de dicha conducta constituirá un supuesto pasible de sanción (v.gr.: suspensión en los Registros de contratistas) a ser examinado, a todo evento, por la ONC.

p) Las resoluciones del TACA estarán sujetas a un control judicial adecuado y suficiente, el cual no se circunscribirá a cuestiones de derecho. En tal sentido, siguiendo los lineamientos examinados anteriormente, se establecerá un recurso directo ante la CNCAF, el cual será interpuesto ante el TACA, y posteriormente elevado a la Cámara para el sorteo de la sala que corresponda.

XII. Conclusiones

Las apreciaciones formuladas a lo largo de este Trabajo nos han permitido evaluar cómo se ha ido desarrollando la experiencia de los Tribunales Administrativos de Contrataciones. La labor realizada, al menos en el Reino de España, ha sido lo suficientemente fructífera como para considerar a dicha herramienta, como una de las posibles alternativas a uno de los problemas crónicos que adolece el sistema de contrataciones públicas argentino, como lo representan los mecanismos de resolución de controversias.

Es en este contexto donde deben comprenderse las soluciones que pueden proporcionar los Tribunales de Contratación en la Argentina. Como ya se mencionase, no se predica que esta herramienta resuelva de un plumazo las vicisitudes que se coligen del esquema de contrataciones vigente a nivel nacional (el cual puede ser aún más deficiente en el ámbito provincial y municipal), pero cuanto menos, puede erigirse como una alternativa sumamente válida para tratar la problemática.

En tal inteligencia, consideramos que, en la actualidad, es una discusión estéril debatir acerca de la constitucionalidad o no de los Tribunales Administrativos en la Argentina. Mientras se encuentren satisfechos los recaudos que, en particular, ha venido delineando la jurisprudencia sobre la base de la experiencia asistemática que se registró en el país. En especial, además de garantizar los postulados del control judicial adecuado y suficiente, la legitimidad de los institutos examinados se sustenta en la independencia, imparcialidad y neutralidad que gocen sus integrantes. Es menester recordar que la creación de Tribunales Administrativos no implica duplicar la Administración, sino transformarla **(150)**, siendo este punto trascendental para comprender el fenómeno que hemos intentado explicar.

Desde luego, su inclusión no estará exenta de polémicas, puesto que cualquier instancia o mecanismo que controle el poder conlleva resistencias. A esta situación, se le añade el complejo estado de las finanzas públicas en la Argentina, lo cual podría aparecer como otra limitante, debido a que, el funcionamiento e instalación de un Tribunal Administrativo de Contratación implica un esfuerzo presupuestario.

Garantizar la correcta administración del órgano a crearse, es fundamental para su desenvolvimiento (de nada sería que su intervención no fuera eficaz u oportuna), y contribuye con la profesionalización de los operadores del sistema de contrataciones que, si bien constituye un aspecto al que se le presta suma atención en Europa, amén de los esfuerzos, todavía no ha terminado de penetrar en Latinoamérica.

(150) GORDILLO, Agustín, "Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa", en AA.VV., Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público, Jornadas organizadas por la Universidad Austral Facultad de Derecho, RAP, 2004, p. 960.

El principio de territorialidad en la designación de agentes de recaudación del impuesto sobre los ingresos brutos

Excesos en los ordenamientos locales y criterios jurisprudenciales aplicables

Federico R. Sánchez Almeyra

Sumario: I. Introducción.— II. Los sistemas de retención y percepción en la fuente.— III. El principio de territorialidad y su proyección sobre la designación de agentes de retención y percepción en la fuente.— IV. El contribuyente ante los desbordes territoriales de los poderes tributarios provinciales en la designación de agentes de recaudación.— V. Conclusiones.

I. Introducción

El federalismo fiscal propiciado por la Constitución nacional se ve afectado en numerosos aspectos en la realidad cotidiana del país. La interrelación y coordinación entre las potestades tributarias de los tres niveles de gobierno delineadas constitucionalmente —Nación, provincias y municipios—, no siempre encuentran un legítimo correlato en el funcionamiento institucional y fiscal del país, y su ejercicio se concreta, en muchas ocasiones, en forma desarmonizada e incluso por fuera de las esferas de actuación reconocidas constitucionalmente.

En el entendimiento de que las afectaciones al federalismo fiscal —en conjunción con otros factores que exceden la materia fiscal— a la larga inciden negativamente en el objetivo de lograr un desarrollo económico homogéneo de las distintas regiones de nuestro país a través de inversiones sostenidas y duraderas, nos centraremos en la utilización de una herramienta recaudatoria hoy en día esencial para los fiscos provinciales, pero que a la vez genera inconvenientes desde la perspectiva enunciada.

En tal sentido, nos focalizaremos en los regímenes generales de recaudación en la fuente del impuesto sobre los ingresos brutos, adoptados por todas las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para analizar un aspecto particular de su implementación al que, a nuestro juicio, no se le asignado la debida trascendencia como fuente de distorsiones del sistema tributario argentino: la designación de agentes de retención y percepción del tributo, analizada desde el punto de vista del principio constitucional de territorialidad.

El principio de territorialidad surge implícito de distintas cláusulas de la Constitución nacional y su jerarquía constitucional ha sido reconocida desde antaño por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Su postulación constitucional rige todo el accionar de los estados provinciales y se proyecta también en materia tributaria. De allí que las facultades tributarias provinciales se encuentran sometidas al princi-

pio de territorialidad en todas sus dimensiones, en el sentido de que el poder tributario provincial solo puede ser ejercido dentro del ámbito espacial de la provincia que lo ostenta.

Las reconocidas ventajas recaudatorias de los regímenes de recaudación han traído aparejada una proliferación desmedida de estos instrumentos, y su utilización simultánea y descoordinada en todas las jurisdicciones provinciales y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires generan distintos inconvenientes a los contribuyentes.

Así, los particulares no solo se ven muchas veces constreñidos a pagar el tributo de jurisdicciones de las que no son contribuyentes —cuestión, esta, en la que se ha centrado mayormente a la doctrina especializada—, sino también, y esto es lo que nos acerca al objeto de este trabajo, cumpliendo la carga pública de actuar como agentes de retención o percepción para fiscos que carecen de poder tributario respecto de ellos por falta de vínculo territorial.

En este contexto, abordaremos la situación imperante en nuestro país en torno al cumplimiento del principio de territorialidad consagrado en la Constitución nacional en el plano de la designación de agentes de retención y percepción del impuesto sobre los ingresos brutos por parte de los fiscos provinciales.

A partir de nuestro estudio, nos proponemos demostrar que, en numerosos casos, los textos positivos provinciales en la materia emplean técnicas que vulneran el principio de territorialidad, sea explícita o implícitamente. Para ello, expondremos los argumentos jurídicos por los cuales consideramos que esa técnica legislativa violenta el principio de territorialidad y, consecuentemente, la Constitución nacional y el régimen federal de impuestos.

A fin de abordar la labor propuesta, comenzaremos por caracterizar a los sistemas de recaudación en la fuente y exponer sus notas esenciales y el desarrollo que han tenido en nuestro país.

Seguidamente, examinaremos la dimensión constitucional y alcances del principio de territorialidad para luego, desde ese mirador, analizar su reconocimiento en los regímenes generales locales de recaudación del impuesto sobre los ingresos brutos, identificando las extralimitaciones territoriales en las que, en nuestra opinión, incurren frecuentemente los ordenamientos provinciales que regulan la materia en estudio.

Finalmente, centraremos nuestro análisis del tema objeto de estudio en el plano judicial. Para ello, expondremos las dificultades que plantea el contexto judicial vigente para impugnar una designación como agente de recaudación en violación al principio de territorialidad y el estado de la jurisprudencia en la materia. Propondremos, luego, los fundamentos que, a nuestro juicio, justifican plantear la cuestión en la instancia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación prevista en los arts. 116 y 117 de la CN sin desmedro de la doctrina imperante de la Corte en materia de impugnación de tributos provinciales a partir del precedente "Papel Misionero". Y, para terminar, expondremos los criterios jurisprudenciales que consideramos de aplicación a la problemática analizada a la luz de la jurisprudencia de la Corte relativa a la aplicación del principio de territorialidad en materia fiscal.

Estimamos de gran trascendencia la implicancia práctica de la problemática objeto de este trabajo pues, a nuestro modo de ver, sin la plena vigencia y adecuada protección del federalismo fiscal, el camino al desarrollo y al progreso nacional resultará extremadamente dificultoso.

II. Los sistemas de retención y percepción en la fuente

II.1. Caracterización de los sistemas de retención y percepción en la fuente

Es frecuente en la actualidad que la legislación tributaria argentina se valga de sujetos distintos del contribuyente para recaudar tributos, imponiendo la carga de ingresarlos a las arcas públicas en cabeza de terceros que entran en contacto con sumas de dinero del contribuyente en virtud de su actividad, función o participación en determinados actos o negocios.

La razón de la extendida utilización de estos mecanismos tanto por el Estado nacional como por los gobiernos locales radica en diversos factores. Principalmente, el factor temporal, en tanto permiten al fisco hacerse de los fondos antes del vencimiento del plazo de pago, aspec-

to especialmente importante en tributos de determinación anual como el ISIB, sobre todo en contextos inflacionarios **(1)**. Es que, si bien lo habitual es que el pago del tributo tenga lugar luego del acaecimiento del hecho imponible, es decir, ya nacida la obligación jurídica tributaria sustantiva, existen supuestos, como el de las retenciones y percepciones, en los que el pago ocurre antes de ese momento **(2)**.

Además, resultan un medio eficaz para combatir la evasión fiscal, al asegurar la recaudación del tributo sin mediar la voluntad del contribuyente **(3)** —principal, aunque no único, afectado por lo obligación tributaria—, y otorgan a la administración tributaria datos e información sobre las operaciones que realizan los contribuyentes facilitando su control **(4)**.

Simplifican también la actividad recaudatoria del fisco, al colocar "la potestad de colectar en cabeza de elegidos que, además de contribuir como obligados directos, deben aceptar un rol adicional: exponerse a recaudar tributos como si fuesen el Estado, a partir de asumir los de terceros cuan si fuesen propios" **(5)**.

En los agentes de recaudación, como categoría de responsables solidarios con el contribuyente, el criterio de atribución proviene de la ley y, de acuerdo con Jarach, "consiste en una carga que incumbe a determinadas personas que están en relación con los actos que dan lugar al nacimiento de la relación tributaria, por razón de su profesión o de su oficio" **(6)**.

En la misma dirección, Carrica y Soler consideran que los agentes de retención y de percepción son elegidos en razón de su vínculo —económico o jurídico— con el contribuyente y del hecho particular de estar en posesión de una suma de dinero que aquel debe recibir o pagar, situación que los coloca frente al Estado en condiciones de detraer, o bien agregar, el importe del gravamen en el momento de efectuarse el pago o el cobro de esa suma **(7)**.

La doctrina tradicional distingue a los agentes de recaudación entre agentes de retención y percepción, según si el sujeto designado por el Estado para actuar como agente debe detraer o adicionar el impuesto sobre las sumas del contribuyente que pasan por sus manos al momento de efectuar un pago o un cobro.

Villegas pone de relieve, como elemento común de las distintas circunstancias que pueden llevar a la designación de un sujeto como agente de retención, "el hecho de que quien debe retener se halla en contacto directo con un importe dinerario de propiedad del contribuyente o que él debe recibir, y tiene, por consiguiente, la posibilidad material de amputar la parte que corresponde al fisco en concepto de tributo" **(8)**.

Es una nota esencial de esta figura, entonces, el hecho de que el sujeto designado como agente de retención entre en contacto directo con los fondos de propiedad de un tercero —contribuyente directo— a fin de que nazca en cabeza suyo la obligación de practicar la retención e ingresar los montos detraídos.

La CS ha distinguido claramente el rol y posición frente al fisco de los agentes de retención respecto del sujeto retenido, al sostener que los primeros son sujetos "distintos de aquellos

(1) KACENELSON, Anabella - ALDERETE KEHOE, Tomás, "Desnaturalización de los regímenes de recaudación del impuesto sobre los ingresos brutos", en AA.VV., I y II Jornadas de Derecho Tributario Provincial y Municipal, Asociación Argentina de Estudios Fiscales, Buenos Aires, 2016, p. 330.

(2) VILLEGAS, Héctor B., "Curso de finanzas, derecho financiero y tributario", Astrea, Buenos Aires, 2002, 8ª ed., p. 377.

(3) GARCÍA GARZÓN, Juan O., "Percepciones aduaneras en el impuesto sobre los ingresos brutos", DTE, t. XXIV, octubre de 2003.

(4) KACENELSON, Anabella - ALDERETE KEHOE, Tomás, ob. cit., p. 330.

(5) SFERCO, José M., "Sobre agentes de recaudación en sede local. Citas jurisprudenciales que ponen límites al caos", IMP, 2015-3-25.

(6) JARACH, Dino, "El hecho imponible", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982, 3ª ed., ps. 185-186.

(7) SOLER, Osvaldo H. - CARRICA, Enrique D., "Regímenes de retención y percepción. Vicios que los ilegítima", IMP, 2003-A-110.

(8) VILLEGAS, Héctor B., "Los agentes de retención y de percepción en el derecho tributario", Depalma, Buenos Aires, 1976, p. 21.

que resultan obligados al pago del impuesto por su carácter de contribuyentes", a los que "la ley les atribuyó el deber de practicar retenciones por las deudas tributarias de terceros, sobre los fondos de que disponen cuando con su intervención se configura el presupuesto de hecho determinado por la norma legal [...] el agente de retención no integra la relación jurídica sustancial, puesto que el hecho imponible se verifica con respecto al sujeto pasivo de la retención a quien la ley lo atribuye en modo directo" **(9)**.

Por su parte, los agentes de percepción son sujetos que, por su profesión, oficio, actividad o función, se hallan en una situación tal que les permite recibir del destinatario legal tributario un monto que posteriormente deben depositar a la orden del Fisco. Esta situación surge porque el perceptor proporciona al contribuyente un servicio o le transfiere o suministra un bien, lo cual lo coloca en el carácter de acreedor de ese contribuyente y, en consecuencia, en receptor de un pago determinado **(10)**.

Vemos que en el caso de la retención el agente es quien transfiere fondos al contribuyente, mientras que en la percepción el agente designado recibe fondos del contribuyente.

La CS tiene dicho que los agentes de retención y de percepción manejan, en cumplimiento del mandato legal, "fondos que no les son propios sino que pertenecen a los contribuyentes a quienes les han detraído el impuesto al efectuarles un pago, o intervenir en un acto de tal naturaleza, o se lo han cobrado juntamente con el precio del bien o servicio que comercian", y que la circunstancia de intervenir en determinados actos, da nacimiento a su deber de retener o percibir, total o parcialmente, el tributo e ingresarlo posteriormente al fisco **(11)**.

En definitiva, podemos concluir que los agentes de retención y percepción son sujetos designados por la ley a quienes el Estado les impone la carga de recaudar e ingresar el tributo a cargo de un tercero —contribuyente de derecho—, por el hecho de pasar por sus manos fondos de propiedad de ese tercero en virtud de un vínculo jurídico o económico con él. En el caso de los agentes de retención, esa carga se cumple detrayendo el monto del tributo de los fondos a pagar al contribuyente e ingresándolo a las arcas públicas, mientras que, en el de los agentes de percepción, se lo hace adicionando el monto del gravamen sobre sumas que el agente debe cobrar al contribuyente, para luego ingresarlo una vez percibidas esas sumas.

II.2. Los regímenes de retención y percepción del impuesto sobre los ingresos brutos

El desarrollo y proliferación en los ordenamientos locales de los regímenes de retención y percepción del ISIB ha sido dramático, producto de su incorporación lenta e imperceptible a lo largo en el tiempo, pero progresiva **(12)**.

Las veinticuatro jurisdicciones han establecido este tipo de regímenes con respecto al ISIB y la aplicación simultánea y desarmonizada de estos mecanismos es causa de graves distorsiones en el funcionamiento de este impuesto que afectan —principalmente— a los contribuyentes que realizan actividades interjurisdiccionales, tanto en el rol de sujetos pasibles de retenciones o percepciones como en el de agentes de recaudación instituidos por uno o varios fiscos.

Si bien este trabajo se focalizará en los regímenes de retención y percepción comúnmente conocidos como "generales" —es decir, aquellos que actúan sobre las operaciones comerciales celebradas entre clientes y proveedores de bienes y servicios—, no debe perderse de vista que existen también otros tipos de regímenes recaudatorios del ISIB, tales como el Sistema de Recaudación y Control de Acreditaciones Bancarias ("SIRCREB") **(13)**, el Sistema del Régimen de Percepciones de Importaciones ("SIRPEI") **(14)** y otros regímenes especiales también implementados por las jurisdicciones

(9) CS, "Cintafon SRL", Fallos 308:442 (1986).

(10) VILLEGAS, "Los agentes...", ps. 253-254.

(11) CS, "Eca Cines SRL", Fallos 306:1548 (1984).

(12) SOLER, Osvaldo H., "Los regímenes de retención, percepción e información y la carga pública", PET 2003 (octubre-287), p. 5.

(13) Aprobado por la Comisión Arbitral a través de la resolución general (CA) 104/2004.

(14) Originado en un convenio celebrado el 30 de abril de 2013 entre la Comisión Arbitral y la AFIP y ratificado mediante resolución general (CA) 92/2003 del 2 de diciembre de 2003.

locales para actividades económicas en particular. Ello permite dimensionar el desarrollo que han tenido estos mecanismos en nuestro país en los últimos años y la gravitación que ejercen sobre la actividad económica de los contribuyentes y responsables del ISIB.

En este contexto, es evidente la pesada carga que supone para los contribuyentes la aplicación simultánea de los distintos regímenes recaudatorios vigentes, varios de los cuales pueden incluso llegar a recaer sucesivamente sobre una misma operación **(15)**.

La doctrina ha advertido sobre la gran cantidad de normas no homogéneas y casuistas al extremo que rigen esta materia y que los actores deben tener en cuenta como factor generador de permanentes conflictos **(16)**, como así también que las permanentes modificaciones normativas, muchas solo a nivel de detalle, colocan a los empresarios en un escenario inestable y con reglas de juego complejas, afectando en mayor medida a los que no cuentan con una estructura administrativa suficiente para cumplir las excesivas responsabilidades formales a las que se ven sometidos so pena de graves sanciones **(17)**.

No desconocemos que el origen del crecimiento exponencial de los regímenes recaudatorios del ISIB puede hallarse en las dificultades fiscales de las provincias, pero a la vez consideramos que los fines recaudatorios no pueden superar al valladar de principios rectores como el de razonabilidad y el de seguridad jurídica, entre otros.

La aplicación simultánea y descoordinada sobre los contribuyentes de tales mecanismos recaudatorios, tanto al colocarlos como sujetos pasibles de retenciones o percepciones como en el papel de agentes de recaudación, entorpecen el normal desarrollo de sus actividades económicas poniendo en jaque, a nuestro juicio, las expectativas de aumento de inversiones productivas y la finalidad de lograr el ansiado desarrollo productivo del país.

II.3. Problemas actuales a partir de la proliferación desmedida de los regímenes de recaudación en la fuente del impuesto sobre los ingresos brutos

Las ventajas recaudatorias que los regímenes de recaudación reportan para las arcas de los fiscos provinciales los llevaron a implementarlos en forma desmedida, causando ello, muchas veces, graves inconvenientes a los sujetos afectados y lesionando el federalismo fiscal.

Esta situación tiene su explicación en la ausencia de un marco regulatorio claro y preciso que delimite el accionar de los fiscos provinciales en la materia, pero también en una ostensible falta de voluntad común de los fiscos de actuar en forma armonizada y respetuosa del régimen federal.

Los grandes perjudicados por las señaladas falencias resultan ser los contribuyentes interjurisdiccionales quienes, hoy en día, conforman la gran mayoría en el campo de la producción y comercialización de bienes y servicios.

Así, es común que un mismo contribuyente, por una misma actividad u operación, se vea alcanzado por distintos regímenes recaudatorios cuya aplicación sucesiva se traduce en una carga fiscal irrazonable, que muchas veces desborda su verdadera obligación tributaria y lo somete a una presión impositiva que dificulta o entorpece sus actividades.

En tal sentido, con acierto se ha señalado que el "ejercicio de la potestad tributaria —en forma desmedida— que implica hacer recaer sobre una misma operación la percepción o retención por parte de cada uno de los fiscos respecto de los cuales el sujeto pasible reviste la condición de contribuyente, lleva a una carga tributaria efectiva totalmente desproporcionada, que implica una desconexión respecto de la magnitud de la obligación tributaria a determinar" **(18)**.

Por otro lado, en no pocas ocasiones mediante regímenes de retención bancaria, se practican detracciones sobre ingresos no alcanzados por el

(15) ALMADA, Lorena, "Las potestades...".

(16) GIANOTTI, Germán, "Impuesto sobre los ingresos brutos. Regímenes de retención y percepción. Su problemática", Sistema de Información Legal, cita online: 0003/70064386-1.

(17) SOLER, Osvaldo H., "Los regímenes...".

(18) KACENELSON, Anabella - ALDERETE KEHOE, Tomás, ob. cit., p. 329.

ISIB, desnaturalizándose por completo su finalidad y arrojando, como consecuencia, la generación de saldos a favor del contribuyente en el impuesto de carácter permanente o recurrente.

El problema de los saldos a favor permanentes de los contribuyentes se ve agravado, además, por la inexistencia de mecanismos ágiles que les permitan recuperarlos en un plazo razonable. En los frecuentes casos en que la imputación de los saldos a favor contra el impuesto no permite su absorción total por resultar las detracciones mayores a los montos mensuales de impuesto a ingresar, los contribuyentes se ven obligados a promover extensos reclamos de repetición para así obtener la devolución de las sumas retenidas con una tasa de interés notoriamente inferior a la que aplica el fisco como interés resarcitorio y que no compensa prácticamente en nada la pérdida de disponibilidad de los fondos, ni mucho menos el efecto inflacionario.

Desde otra perspectiva, puede afirmarse que mediante de los regímenes de recaudación los fiscos locales se financian a costa de los contribuyentes cuando su aplicación genera saldos a favor permanentes, lo que ciertamente ocurre con demasiada asiduidad. Es por esta razón que el Tribunal Superior de Justicia de la CABA, en dos trascedentes precedentes, ha calificado a dichos regímenes como verdaderos empréstitos forzosos sin ley que los autorice en abierta transgresión al principio de reserva de ley en materia tributaria **(19)**, y señalado que, si las retenciones generan en forma automática saldos a favor permanentes, se produce una "apropiación ilegal por parte del fisco del capital de trabajo de los sujetos pasivos" **(20)**.

Ahora bien, los problemas aludidos se extienden a la designación de agentes de retención y percepción del ISIB por parte de los fiscos locales, aspecto este que conforma el objeto de estudio de este trabajo.

En efecto, en muchas ocasiones la designación de agentes de retención y percepción del ISIB se realiza —en nuestra opinión— en forma ilegítima, por exceder los fiscos provinciales, en dichos actos, los límites territoriales de sus potestades tributarias.

Tales designaciones tienen como efecto someter a los destinatarios a pesadas cargas administrativas y eventuales contingencias fiscales y sancionatorias respecto de jurisdicciones en las que no actúan ni tienen presencia física en caso de incurrir en algún incumplimiento —voluntario o no—. Ello obliga al sujeto designado, además, a disponer medios administrativos para el control y cumplimiento de las obligaciones impuestas por esas jurisdicciones ajenas, con el costo que ello implica.

Bajo el panorama descripto, surge evidente el clima de inseguridad jurídica en el que se encuentran inmersos los contribuyentes interjurisdiccionales frente a la posibilidad de encontrarse, de un día para el otro, con la obligación de actuar como agentes de recaudación del ISIB para una o varias jurisdicciones de las que no forman parte.

El principio de seguridad jurídica juega un rol fundamental en esta materia como directriz que exige que las facultades tributarias locales se ejerzan coherentemente con el resto del ordenamiento, a fin de lograr un marco normativo general estable y predecible y facilitar la actuación de los ciudadanos y empresas en la adopción de sus decisiones económicas, otorgándoles un entorno de certidumbre **(21)**.

Es decir que, desde el punto de vista de los agentes de recaudación, la aplicación desmedida y desarmonizada de los regímenes de recaudación locales trae aparejadas consecuencias perjudiciales, tales como una alta exposición a contingencias fiscales y sancionatorias por errores u omisiones en el cumplimiento de la carga pública, la necesidad de incurrir en costos administrativos adicionales para su adecuado

(19) TSJCABA, "S.A. Importadora y Exportadora de la Patagonia s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: S.A. Importadora y Exportadora de la Patagonia c. GCBA s/ amparo (art. 14, CCABA)", ED Tributario 230-738, juez Lozano, por su voto, consid. 4; juez Maier, por su voto, consid. 2, juez Casás, por su voto, consid. 6.

(20) TSJCABA, "Minera IRL Patagonia S.A. c. GCBA s/ amparo (art, 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido", IMP 2015-2,199, juez Casás, por su voto, consid. 9.

(21) GARNERO CASADO, Eduardo - FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, "Manual básico de derecho administrativo", Tecnos, Madrid, 2016, 13ª ed., p. 734.

cumplimiento y la circunstancia de tener que lidiar con la inseguridad jurídica de poder ser, imprevistamente, objeto de un reclamo fiscal de una jurisdicción de la que no se es parte.

En los apartados siguientes nos centraremos en uno de los inconvenientes mencionados: la designación como agentes de retención y percepción del ISIB de sujetos que no poseen radicación física en la jurisdicción que los nomina como tales.

III. El principio de territorialidad y su proyección sobre la designación de agentes de retención y percepción en la fuente

III.1. El principio de territorialidad como límite de las potestades tributarias provinciales y su vinculación con el carácter territorial del impuesto sobre los ingresos brutos

La potestad tributaria, o poder tributario, ha sido definida como "la facultad o posibilidad jurídica del Estado de exigir tributos con respecto a personas o bienes que se encuentran dentro de su jurisdicción", la cual se manifiesta "en la facultad de crear normas jurídicas de carácter o contenido tributario" **(22)**.

Para Calvo Ortega, el poder tributario es "un conjunto de potestades atribuidas por el ordenamiento a determinadas instituciones públicas (Parlamento y Poder Ejecutivo) y a entes públicos territoriales cuya concreción depende de la organización político-territorial del Estado mismo", dentro del cual distingue seis funciones: "establecimiento de tributos, potestad reglamentaria, de organización, de interpretación, de decisión de pretensiones contra la propia gestión tributaria y actividad de inspección (investigación)" **(23)**.

En este orden de ideas, el establecimiento de regímenes de recaudación tributaria por parte del Estado se inscribe dentro del ejercicio de su potestad tributaria, como parte de sus funciones reglamentarias y de organización.

La República Argentina ha adoptado la forma federal de gobierno (art. 1º CN), la cual prevé la existencia de un federalismo trifásico en el que se reconoce a la Nación, las provincias y las municipalidades, aunque regula solamente a los dos primeros niveles, dejando al tercero para que sea regulado por los respectivos ordenamientos provinciales **(24)**. El ejercicio simultáneo del poder tributario por parte de los tres niveles de gobierno requiere el respeto y adecuación a los límites y distribuciones de potestades establecidos en la CN a fin de no incurrir en excesos que tornen abstracto el deseado federalismo fiscal.

En lo atinente a la distribución de los poderes tributarios de la Nación, las provincias y la CABA sentada en la CN, los principios fundamentales los encontramos en dos cláusulas: el art. 121, que estatuye que las provincias conservan todo el poder no delegado por las provincias al gobierno federal, y el art. 126, en cuanto establece: "[l]as provincias no ejercen el poder delegado a la Nación". A partir de allí, distintas cláusulas constitucionales delimitan, en forma explícita o implícita, el poder tributario delegado a la Nación y el conservado por las provincias (arts. 4º, 9º, 10, 11, 12 y 75 de la CN).

Ahora bien, siguiendo a Teijeiro, a los fines de legitimar el ejercicio del poder tributario de un Estado sobre los contribuyentes y responsables, es necesaria la existencia de una conexión tributaria, entendida como "la relación legal entablada entre un Estado soberano y un sujeto tributario (contribuyente o sujeto pasivo), en virtud de la que surge el derecho a imponer tributos" y que "a su vez, resulta de la presencia de hechos imponibles definidos por la legislación del propio Estado". Esa conexión tributaria existe tradicionalmente sobre la base de dos principios o criterios de vinculación: el principio de territorialidad (jurisdicción espacial) y de nacionalidad (jurisdicción personal) **(25)**.

(22) ZAVALA ORTIZ, José Luis, "Manual de derecho tributario", Editorial Jurídica ConoSur, Santiago de Chile, 1998, 1ª ed., p. 15.

(23) CALVO ORTEGA, Rafael, "Curso de derecho financiero I. Derecho Tributario (parte general)", Civitas, Madrid, 1997, 3ª ed., p. 123.

(24) BULIT GOÑI, Enrique, "Impuesto sobre los ingresos brutos", Depalma, Buenos Aires, 1997, 2ª ed., p. 2.

(25) TEIJEIRO, Guillermo O., "Aplicación de las normas tributarias en el espacio", en GARCÍA BELSUNCE, Horacio (coord.), Tratado de tributación. Derecho tributario, Astrea, Buenos Aires, 2009, t. I, vol. 1, 1ª reimp., p. 725.

Como afirma Soler, el principio de territorialidad "se ha entendido tradicionalmente como la posibilidad de que un Estado aplique las normas de su ordenamiento dentro el territorio bajo su dominio, sin interferencia alguna de otros Estados. Se trata de un criterio relativo al ámbito espacial de aplicación de la ley" **(26)**.

En el marco de una organización jurídico-institucional de orden federal como la de la República Argentina, el principio de territorialidad resulta de singular trascendencia en el campo de los gravámenes locales pues, como enseña Casás, los fiscos provinciales —y la CABA **(27)**— "solo pueden gravar los hechos o las situaciones económicas realizadas, localizadas o producidas dentro del ámbito propio de su jurisdicción, a diferencia de lo que ocurre con los tributos nacionales, dado que —en ese caso— en razón de la soberanía estatal, los criterios o momentos de vinculación pueden atraer al campo imposicional índices o indicios de capacidad contributiva acaecidos en el exterior, como ocurre con el impuesto a las ganancias cuando grava la renta mundial de los residentes en el país" **(28)**.

En el plano de los tributos locales esta exigencia de territorialidad hace referencia entonces a que el poder normativo tributario de las jurisdicciones locales "debe estar vinculado con su territorio, mediante puntos o criterios de vinculación (generalmente económicos) afines a la naturaleza del tributo de que se trate y la formulación legal del hecho imponible" **(29)**.

Desde la perspectiva del hecho imponible, el aspecto espacial o territorial es uno de sus elementos esenciales. Dice Jarach al respecto: "[l]os hechos imponibles definidos por la ley en su aspecto objetivo, deben —necesariamente— ser delimitados territorialmente para alcanzar solamente a aquellos que se verifican en el ámbito espacial que establece la ley misma y que, automáticamente, excluye los hechos imponibles que, si bien responden a la delimitación objetiva, deben hacerlo con respecto al espacio que la ley circunscribe para el ejercicio de su poder fiscal". Para este autor, este criterio territorial es uno de los momentos de vinculación de los hechos imponibles con el sujeto activo de la obligación tributaria que puede elegir el legislador, junto con los denominados criterios personales o políticos **(30)**.

En el caso de los tributos provinciales, el criterio territorial como momento de vinculación de los hechos imponibles con el Estado se conjuga con las limitaciones a las potestades tributarias de las provincias establecidas en la CN, en el sentido de que los hechos imponibles que estas definan en el ejercicio de su poder tributario deben sujetarse necesariamente a los límites territoriales de su jurisdicción —al igual que al resto de los principios constitucionales que rigen la tributación—. Y esta limitación no se limita a la función creadora de tributos, sino a todas las funciones que conforman su poder fiscal.

Este principio de territorialidad surge implícito de los arts. 5º, 121, 122, 123 y 126 de la CN y su jerarquía constitucional ha sido antiguamente reconocida por la CS.

Ya hacia fines del siglo XIX, la CS se expidió con contundencia sobre las limitaciones territoriales de los poderes provinciales con basamento en el plexo constitucional, al resolver: "Que cualquiera sea la interpretación que deba darse a la parte final del artículo treinta y uno y el artículo ciento cuatro **(31)** *in fine* de la Constitución, es indudable que esa interpretación no puede llegar hasta extender los poderes de provincia más allá de sus límites territoriales" **(32)**.

En otro antiguo precedente, reconoció la jerarquía constitucional del principio de terri-

(26) SOLER, Osvaldo H., "Tratado de derecho tributario", La Ley, Buenos Aires, 2011, 4ª ed., p. 438.

(27) A partir de la reforma constitucional de 1994, la CABA ha sido equiparada a las provincias en cuanto a sus facultades tributarias.

(28) CASÁS, José O., "Principios jurídicos de la tributación", en GARCÍA BELSUNCE, Horacio (coord.), Tratado de tributación. Derecho tributario, Astrea, Buenos Aires, 2009, t. I, vol. 1, 1ª reimp., ps. 404-405.

(29) TEIJEIRO, Guillermo O., ob. cit., p. 816.

(30) JARACH, Dino, "Finanzas públicas y derecho tributario", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, 3ª ed., p. 382.

(31) Actual art. 121.

(32) CS, "El Banco de la Provincia de Buenos Aires contra los señores Ocampo, Sackman y compañía y don José Marcelino Lagos, sobre preferencia en el pago de un crédito; recurso de sentencias de los Tribunales de la Capital a la Suprema Corte", Fallos 61:133 (1895), consid. 4º.

torialidad, al establecer: "Que la forma federal de gobierno a que se refiere el art. 1º supone la coexistencia de un poder general y de poderes locales que actúan en su esfera propia de acción y con imperio en toda la Nación el primero, y solo en una provincia determinada el segundo, de manera que es dentro de sus respectivos límites que las últimas ejercen todo el poder no delegado al Gobierno Federal, con arreglo al art. 104 **(33)** de la Constitución [...] sin extender el imperio de las instituciones de una al territorio de otra, porque entonces esta última vendría a quedar regida, no por sus propias instituciones, como le exige el art. 105 **(34)**, sino por las extrañas" **(35)**.

En otro añoso precedente, la CS volvió a remarcar: "Que de acuerdo con el sistema político adoptado por nuestra Constitución, los poderes de la soberanía se encuentran divididos entre el gobierno nacional y los gobiernos provinciales: los del primero revisten la calidad de supremos y absolutos y se aplican en todo el territorio de la República, es decir, aún dentro del perteneciente a las propias provincias; los de los segundos presentan los mismos caracteres, pero únicamente pueden ser ejercitados dentro de los límites territoriales de la provincia. Los poderes del Gobierno General y los de los Estados, aunque coexisten y son ejercitados dentro de los mismos límites territoriales, actúan separada e independientemente los unos de los otros, dentro de sus respectivas esferas [...] ninguna provincia puede legislar sino es con referencia a las cosas y a las personas que se hallen dentro de su propia jurisdicción, pues los poderes conferidos por la Constitución son para ser ejercidos dentro de su territorio" **(36)**.

Trasladando el principio de territorialidad a la materia tributaria, la CS ha reconocido la indudable facultad de las provincias de establecer impuestos, pero en la medida que "no graven bienes existentes fuera de sus límites políticos, o actos con efectos en extraña jurisdicción; o que sean por otras razones contrarias a la Constitución" **(37)**. En este pasaje puede advertirse nítidamente la jerarquía constitucional reconocida por la CS al principio de territorialidad, al considerar su franqueamiento contrario a la CN.

En otro antiguo fallo en que se cuestionaba la aplicación del impuesto al comercio y la industria de la provincia de Buenos Aires establecido por la ley local 3.904 —entre otras cuestiones— por gravar actos de comercio realizados en la Capital Federal, la Corte interpretó que la aplicación de la norma impugnada había comprometido "fundamentales preceptos de la Constitución", reiterando que "la facultad impositiva de las provincias no se extiende más allá de los límites a que alcanza su jurisdicción", y que la provincia demandada al interpretar la ley "gravando operaciones realizadas fuera de su territorio, actúa más allá de su potestad jurisdiccional, invade otras jurisdicciones y podría llegar a establecer reglas al comercio interprovincial, en tanto la jurisprudencia de esta Corte ha consagrado invariablemente, que el impuesto establecido por una provincia sobre productos que son objeto de venta, fuera de la jurisdicción de la misma, es violatorio de la Constitución" **(38)**. Vemos nuevamente en este fallo que la afectación del principio de territorialidad ha sido tradicionalmente considerada por la Corte una transgresión de orden constitucional.

De los fallos comentados podemos concluir que las competencias tributarias provinciales deben ser ejercidas sobre actividades creadoras de riqueza producidas dentro del ámbito físico de sus respectivas jurisdicciones. Las provincias deben, por tanto, dar cumplimiento al requisito de sustento territorial en todos los tributos que establezcan y apliquen **(39)**. De no ser así, estarían gravando operaciones realizadas fuera de sus territorios, ex-

(33) Actual art. 121.

(34) Actual art. 122.

(35) CS, "Causa Criminal contra Ezequiel Tabernera (hijo), por defraudación: sobre prisión preventiva", Fallos 119:302 (1914).

(36) CS, "Banco de Córdoba apelando de una resolución de la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados Bancarios", Fallos 147:239 (1926).

(37) CS, "Atilio César Liberti - sucesión", Fallos 235:571 (1956). Estos conceptos han sido revalidados recientemente por la CS en la causa "Asociación de Bancos de la Argentina c. Provincia de Buenos Aires s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", Fallos 337:822 (2014).

(38) CS, "Señores Mignaquy y Compañía contra la Provincia de Buenos Aires, por inconstitucionalidad al impuesto al capital en giro", Fallos 166:112 (1932).

(39) CASÁS, José O., "Restricciones al poder tributario de los municipios de provincia a partir de la ley de copar-

cediendo el ámbito espacial de sus potestades y, consecuentemente, vulnerando la CN.

Es que, como acertadamente explica Bidart Campos: "Cuando encaramos la competencia que el estado ejerce en materia tributaria, decimos que puede imponer contribuciones —o eximir de ellas— dentro del territorio, respecto de bienes, actividades y servicios que se sitúan, se realizan o se prestan en ese espacio geográfico, de forma que las potestades fiscales responden al mismo criterio de territorialidad [...] Para eso es el territorio: para delimitar, para marcar los límites del estado, de su poder, de su jurisdicción. Lo que se halla o se hace en otra parte, le resulta totalmente ajeno. Si lo atrapa, viola la Constitución" **(40)**.

Las citas precedentes no arrojan dudas de la jerarquía constitucional del principio de territorialidad, aspecto este que resulta trascendental —según analizaremos posteriormente en este trabajo— a la hora de evaluar las vías de acción posibles para impugnar una designación como agente de retención o percepción como contraria a dicho precepto.

Ahora bien, enfocándonos en el análisis del hecho imponible del ISIB según su definición en las legislaciones provinciales —que lo reproducen en términos más o menos similares—, la territorialidad adquiere un papel preponderante por tratarse de un tributo de carácter territorial.

Explica Bulit Goñi, al respecto, que "[a]sí se lo considera en cuanto recae exclusivamente sobre aquellas actividades ejercidas en todo o en parte dentro del ámbito físico del Estado local que lo impone, aspecto de tanta importancia, que constituye uno de los elementos esenciales del hecho imponible" **(41)**.

En el ISIB, el sustento territorial está dado por el ejercicio habitual y a título oneroso de actividad económica dentro de la jurisdicción que lo impone. La formulación legal del hecho imponible del ISIB en las legislaciones locales pone de manifiesto su carácter territorial, en tanto su descripción refiere que la actividad gravada debe ejercerse "en jurisdicción de la provincia" **(42)**.

Es que, como señala la doctrina, un tributo territorial, por oposición a los de carácter personal o subjetivo, significa que comprende solamente aquellas actividades ejercidas —en todo o en parte— dentro del ámbito físico de la jurisdicción fiscal que lo impone **(43)**.

Giuliani Fonrouge y Navarrine —con cita de La Rosa— remarcan que todas las leyes del ISIB sancionadas en el país adoptan el sistema de territorialidad, lo que implica que la actividad debe desarrollarse o cumplirse dentro de la jurisdicción respectiva, por lo que "el concepto de territorialidad está ínsito en nuestras leyes" **(44)**.

Por su parte, Bulit Goñi considera que el sustento territorial es el recaudo contenido en la definición del hecho imponible por el cual, para que él se configure, o sea, para que el fisco respectivo pueda pretender el tributo, la actividad debe haberse ejercido de manera efectiva, física, tangible, en el territorio de que se trate **(45)**.

De lo expuesto hasta aquí se concluye que, como señala Teijeiro, la conexión entre el hecho imponible del ISIB y el territorio es evidente, dado que "es sujeto activo de la obligación tributaria la jurisdicción donde se ejerza la actividad en forma habitual y a título oneroso y es sujeto pasivo quien realice dicha actividad" **(46)**.

La CS ha puesto de relieve la exigencia de territorialidad en la imposición al expedirse respecto del método de determinación del impuesto sobre las actividades lucrativas, tributo antecedente del ISIB en nuestro país. En dicha oportunidad,

---

ticipación tributaria", en CASÁS, José O. (coord.), Derecho tributario municipal, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 32.

(40) BIDART CAMPOS, Germán, "El principio de territorialidad fiscal", LA LEY 2001-E-1282.

(41) BULIT GOÑI, Enrique, "Impuesto...", p. 49.

(42) La ley 23.548 de Coparticipación Federal de Recursos Fiscales en su art. 9º, inc. b), apart. 1 obliga a las provincias a ajustar el impuesto sobre los ingresos brutos a una serie de características básicas allí definidas.

(43) TESÓN, Miguel A. - ESTATHIO, Valeria, "Las tasas municipales y el art. 35 del Convenio Multilateral. Análisis crítico sobre su inconstitucionalidad", DTE, t. XXVII (enero de 2006), p. 20.

(44) GIULIANI FONROUGE, Carlos María - NAVARRINE, Susana Camila, "Impuesto a los ingresos brutos", Depalma, Buenos Aires, 1982, ps. 147-148.

(45) BULIT GOÑI, Enrique, "Impuesto...", p. 84.

(46) TEIJEIRO, Guillermo O., ob. cit., p. 817.

la CS dejó en claro que las provincias pueden utilizar cualquier criterio que les permita establecer el *quantum* de la actividad desarrollada dentro de su territorio, y que el tributo así percibido será válido y legítimo siempre que no grave específicamente actividades extraterritoriales **(47)**.

En suma, el carácter territorial del ISIB tiene como consecuencia directa que, cualquiera sea el mecanismo que el fisco establezca para recaudarlo —por ejemplo, a través de un régimen de recaudación en la fuente—, el ingreso del tributo debe siempre corresponder a la realización habitual y a título oneroso de una actividad por parte del contribuyente dentro del territorio de la jurisdicción.

Podemos concluir, citando a Gordillo, que cuando un órgano tiene delimitada su competencia a determinada circunscripción territorial, no puede excederse de ella, pues la incompetencia sería en tal caso absoluta **(48)**. Y este principio adquiere especial relevancia en el caso del ISIB, habida cuenta de su carácter territorial.

III.2. Las regulaciones provinciales sobre designación de agentes de retención y percepción en la fuente de cara al principio de territorialidad. Situación actual

De acuerdo con los principios constitucionales que rigen la tributación en nuestro país, para que un sujeto pueda válidamente ser designado agente de retención o percepción de un tributo deben concurrir una serie de presupuestos.

En primer lugar, por imperio del principio de reserva de ley en materia tributaria, su designación debe tener anclaje legal. Se ha sostenido, al respecto, que el establecimiento de tales responsables hace al aspecto subjetivo de la obligación tributaria, y su determinación no se puede deferir al organismo dependiente del Poder Ejecutivo, sin olvido del principio de reserva de ley **(49)**. En las legislaciones provinciales es frecuente que la designación de agentes de recaudación sea efectuada por la administración tributaria sobre la base de delegaciones legales, aun cuando no se encuentre expresamente prevista a nivel constitucional local el instituto de la delegación legislativa como, por ejemplo, en la provincia de Buenos Aires.

Ahora bien, dejando de lado la discusión de si dicha práctica satisface o no el principio de reserva de ley —cuestión que excede el objeto de este trabajo—, una segunda condición básica para la legitimidad de la designación está dada por la vinculación jurídica del agente de recaudación con el contribuyente, materializada en un negocio o acto que dé lugar al nacimiento a la obligación tributaria en cabeza del contribuyente. Es esencial que las sumas a retener o percibir estén alcanzadas por el tributo, pues de lo contrario la exacción carecería de causa legal y se transformaría en una confiscación. Por ello, se ha señalado que los agentes de retención y percepción deben tener algún vínculo no solo económico, sino también jurídico con el contribuyente, que guarde a su vez relación con el nacimiento de la relación jurídico-tributaria entre ese contribuyente y el Estado, y que su actuación, pues, queda legitimada por su directa intervención en una relación que da origen al nacimiento del hecho imponible **(50)**.

Por último, una tercera exigencia fundamental —y la que nos interesa a los fines de este trabajo—, es que el agente de recaudación esté alcanzado por el poder de imperio de la jurisdicción que lo nomina como tal, y ello —en nuestra opinión— solo puede ocurrir si el sujeto se encuentra radicado en el territorio de esa jurisdicción, mediante alguna clase de asiento o presencia física en él. Afirmamos esto con fundamento en el principio de territorialidad, de jerarquía constitucional, en tanto el establecimiento de mecanismos recaudatorios es una manifestación del poder tributario, de la misma manera que lo es la potestad para establecer tributos en cabeza de los contribuyentes.

Ahora bien, un problema que a menudo se presenta en la práctica, vinculado a la última exigencia referida, es que el principio de territorialidad —en el sentido que aquí le asignamos y que

(47) CS, "Indunor SACIFIyF c. Provincia del Chaco", Fallos 286:301 (1973), consid. 12. En el mismo sentido: CS, "Marwick SA c. Provincia de Misiones", Fallos 307:360 (1985), consid. 16.

(48) GORDILLO, Agustín, "Derecho administrativo de la economía. Parte general", Macchi, Buenos Aires, 1967, p. 90.

(49) SPISSO, Rodolfo, "Derecho constitucional tributario", LexisNexis, Buenos Aires, 2000, 2ª ed., p. 267.

(50) CARRICA, Enrique D. - SOLER, Osvaldo H., ob. cit.

juzgamos es el correcto en la materia analizada— no suele estar expresamente consagrado en los ordenamientos fiscales locales al regular sus regímenes generales de recaudación del ISIB.

En efecto, la mayoría de los ordenamientos locales no contienen exigencia alguna de radicación física en la jurisdicción para la nominación de agentes de recaudación y utilizan para delimitar el espectro de cumplimiento de la carga pública parámetros que, en nuestra opinión, no se ajustan plenamente a dicha pauta, vulnerando, consecuentemente, el principio de territorialidad. Más aún, varias normativas provinciales se oponen en forma directa a este precepto, admitiendo la designación de agentes extraterritoriales.

En efecto, son pocas las jurisdicciones que en sus ordenamientos requieren radicación física en sus territorios como condición para la designación de agentes de retención y percepción del ISIB. Entre ellas se encuentran Buenos Aires **(51)** —donde la exigencia de territorialidad opera como condición preliminar para la designación de agentes de recaudación sin perjuicio de los restantes recaudos previstos para ello en la normativa bonaerense—, Santiago del Estero **(52)** y San Juan para la designación de agentes de retención **(53)** —no así de percepción— **(54)**.

Cabe mencionar aquí el caso de San Luis, que si bien exige genéricamente radicación en la jurisdicción para la designación de agentes de retención **(55)** y percepción **(56)** en sus regímenes generales de recaudación, a la vez contempla una serie de supuestos adicionales que torna prácticamente abstracto tal recaudo. Lo propio ocurre con Santa Fe, en cuanto exige radicación en la jurisdicción para la designación de agentes de retención —no así para los agentes de percepción **(57)**—, pero a la vez impone la carga a una amplia cantidad de sujetos en función de su rubro o actividad sin requerir asiento en el territorio **(58)**, permitiendo con ello la designación de agentes extraterritoriales.

Por otro lado, existe un muy numeroso grupo de jurisdicciones que no exige en ningún supuesto radicación en el territorio para la designación de agentes de retención y percepción de sus regímenes generales de recaudación y que lo hacen en función de otros criterios. Tal es el caso de la CABA **(59)**, Catamarca **(60)**, Formosa **(61)**. Santa Cruz **(62)**, Entre Ríos **(63)**, Misiones **(64)**, Neuquén **(65)**, Río Negro **(66)**, Corrientes **(67)**, Jujuy **(68)**, Tucumán **(69)**,

(51) Art. 318 de la disposición normativa "B" (DPR Buenos Aires) 1/2004 (BO del 13/07/2004).

(52) Art. 38 del Código Tributario de la provincia de Santiago del Estero (ley 6792).

(53) Art. 3º de la resolución general (DGR San Juan) 1460/2002 (BO del 23/08/2002).

(54) Art. 2º in fine de la resolución general (DGR) 925/2010 (BO del 10/05/2010).

(55) Art. 3º de la resolución general (DPIP San Luis) 6/2010 (BO del 03/03/2010).

(56) Arts. 2º y 4º de la resolución general (DPIP San Luis) 16/2017 (BO 23/07/2017).

(57) Art. 15 de la resolución general (API Santa Fe) 15/1997, t.o. según resolución general (API Santa Fe) 18/2014 (BO del 15/05/2014).

(58) Arts. 1º y 2º de la resolución general (API Santa Fe) 15/1997, t.o. según resolución general (API Santa Fe) 18/2014 (BO del 15/05/2014).

(59) Arts. 1º, 2º y 3º del Anexo I de la resolución (AGIP) 296/2019 (BO del 20/11/2019).

(60) Arts. 1º y 32 de la resolución general (AGR Catamarca) 62/2012 (BO del 02/10/2012).

(61) Art. 1º de la resolución general (DGR Formosa) 28/1997 (BO del 20/06/1997) y art. 1º de la resolución general (DGR Formosa) 23/2014 (BO del 08/08/2014).

(62) Arts. 2º, 17 y 30 de la disposición (ASIP Santa Cruz) 10/2016 (BO del 19/07/2016).

(63) Arts. 2º y 43 de la resolución (ATER) 319/2016 (BO del 14/9/2016).

(64) Arts. 12, 22, 53 y 62 de la resolución general (DGR Misiones) 44/2018 (BO del 20/11/2018).

(65) Arts. 5º de la resolución (DGR Neuquén) 380/1993 (BO del 08/07/1993) y 2º y 3º de la resolución (DGR Neuquén) 490/1997 (BO del 26/09/1997).

(66) Arts. 2º y 3º de la resolución (ART Río Negro) 985/2018 (BO del 01/11/2018).

(67) Art. 3 de la resolución general (DGR Corrientes) 165/2000 (BO del 22/05/2000), texto según art. 1º de la resolución general (DGR Corrientes) 192/2019 (BO del 17/12/2019).

(68) Art. 2º del Anexo A de la resolución general (DPR Jujuy) 1510/2018 (BO del 12/09/2018).

(69) Arts. 2º de la resolución general (DGR Tucumán) 23/2002 (BO del 20/03/2002) y art. 2º de la resolución general (DGR Tucumán) 86/2000 (BO del 03/01/2001).

Chubut **(70)**, Tierra del Fuego **(71)**, La Pampa **(72)**, Mendoza **(73)**, Salta **(74)**, La Rioja **(75)** y Chaco **(76)**.

De lo expuesto vemos que la gran mayoría de los ordenamientos fiscales provinciales no exigen radicación en la jurisdicción para el nombramiento de agentes de recaudación del ISIB en sus regímenes generales, a lo que cabe agregar que incluso un buen número de ellos admitiendo explícitamente la nominación de agentes sin radicación física en la jurisdicción.

III.3. Extralimitaciones al principio de territorialidad en las normativas provinciales que rigen la designación de agentes de retención y percepción en la fuente

En el contexto normativo descripto precedentemente, se suscitan varias cuestiones en torno a los criterios y modos implementados por los ordenamientos locales para la designación de agentes de recaudación que, a nuestro juicio, conculcan el principio de territorialidad.

En tal sentido, consideramos que numerosas jurisdicciones poseen normas relativas a la designación de agentes de recaudación que se apartan del precepto en cuestión, al emplear técnicas o criterios que no se le ajustan plenamente o incluso lo dejan de lado, derivando ello, por consiguiente, en la imposición ilegítima de la carga pública desde el punto de vista de la territorialidad. Estas afectaciones al postulado analizado se originan en diversas cuestiones, que analizaremos seguidamente.

Hemos visto que la facultad de las provincias de establecer regímenes de recaudación tributaria se inscribe dentro de sus poderes tributarios originarios no delegados a la Nación, los que, conforme al principio de territorialidad, solo pueden ser ejercidos dentro de los límites físicos de la jurisdicción. Ese poder tributario no solo incluye la potestad de establecer tributos, sino también la de reglamentar y articular sus modalidades y mecanismos de percepción, entre los que se encuentran los regímenes recaudatorios. Vale aclarar que, en el caso de la CABA, si bien su poder tributario no es originario, sino que surgió con motivo de la reforma constitucional de 1994, resultan aplicables a su respecto idénticas consideraciones.

De lo expuesto se extrae que el sujeto que tenga a su cargo la tarea de recaudar el ISIB en el marco de un régimen general de recaudación necesariamente deberá encontrarse bajo el imperio del poder tributario del estado local que le imponga esa carga pública, y esa situación solo puede válidamente ocurrir si ese sujeto se encuentra dentro del ámbito territorial de esa provincia. Es que solo si se verifica esta condición, aparece justificada la sujeción del contribuyente a ese poder tributario.

Ahora bien, aun cuando lo dicho no parece exhibir mayores complicaciones, lo cierto es que, en muchos casos, las normas de los fiscos locales que regulan la designación de agentes de recaudación no se atienen plenamente a ese postulado.

Al respecto, es práctica habitual de los fiscos provinciales, al regular los regímenes generales de recaudación, estirar o distorsionar la vinculación territorial exigida por la CN y establecer pautas de designación de agentes de recaudación que no necesariamente, o no en todos los casos, se ajustan al principio en estudio. Incluso, en varios casos vemos que el criterio de territorialidad es lisa y llanamente dejado de lado por los ordenamientos locales a través de normas sancionadas directamente para regir a extramuros de los límites territoriales de la jurisdicción.

(70) Art. 1º de la resolución (DGR Chubut) 979/2011 (BO del 15/09/2011) y art. 1º de la resolución (DGR Chubut) 10/2000 (BO del 20/01/2000).

(71) Art. 1º de la resolución (DGR Tierra del Fuego) 83/1996 (BO del 07/08/1996) y arts. 3º y 4º de la resolución (DGR Tierra del Fuego) 152/1998 (BO del 13/07/1998).

(72) Art. 1º y Anexos II y VII de la resolución general (DGR La Pampa) 54/2007 (BO del 09/11/2007).

(73) Arts. 1º y 2º de la resolución general (DGR Mendoza) 19/2012 (BO del 06/03/2012) y arts. 1º y 3º de la resolución general (DGR Mendoza) 30/1999 (BO del 28/27/1999).

(74) Art. 1º de la resolución general (DGR Salta) 8/2003 (BO del 16/04/2013) y art. 1º in fine, de la resolución general (DGR Salta) 6/2005 (BO del 11/03/2005).

(75) Arts. 46, 48, 75 y 78 de la resolución normativa (DGIP La Rioja) 1/2011 (BO del 29/04/2011).

(76) Art. 2º de la resolución general (DGR Chaco) 1194/1994 (BO del 14/01/1994) y art. 2º de la resolución general (ATP Chaco) 1749/2013 (BO del 22/02/2013).

En este sentido, uno de los problemas que se verifica con frecuencia en los ordenamientos provinciales es una suerte de confusión entre el concepto de sustento territorial de una actividad y el principio de territorialidad, como nociones habilitantes para la designación de un sujeto como agente de retención o percepción.

En este aspecto, observamos que varios fiscos locales, en lugar de regirse por el principio de territorialidad y exigir radicación física del agente de recaudación en su territorio, designan sujetos como agentes teniendo en miras el solo hecho de que registren actividad o alta registrada en la jurisdicción, utilizando así una noción de sustento territorial propia del Convenio Multilateral ("CM") que —por supuesto—, amplía el universo de potenciales sujetos obligados a cumplir la carga pública.

Es decir, en lugar de fijarse el punto de conexión territorial entre el agente de recaudación y la jurisdicción en el hecho de que el sujeto tenga radicación o alguna clase de asiento físico en el territorio, se establece como nexo territorial la existencia de actividad del sujeto en ella bajo parámetros propios del CM. Como ejemplo de esta técnica normativa, podemos citar los casos de CABA, San Luis, Jujuy, Neuquén, Corrientes, Mendoza (en su régimen general de percepción), San Juan (en su régimen general de percepción), Tierra del Fuego (en su régimen general de percepción) y Santa Fe (en su régimen general de retención).

Vemos así que esta técnica se asienta —implícitamente, si se quiere— en los principios que rigen la asignación jurisdiccional de ingresos y gastos en el marco del CM, en tanto estos elementos son los que dicho instrumento presume como demostrativos de la realización de actividad en una jurisdicción y que, consecuentemente, generan en ella coeficiente unificado.

Si bien la diferencia con la exigencia de radicación puede parecer sutil —por cuanto la radicación en un territorio generalmente supone actividad en él—, a nuestro juicio el criterio fundado en la actividad no satisface en todos los casos el principio de territorialidad pues da lugar a situaciones en las que dicho precepto se ve transgredido. Recordemos que el principio de territorialidad tiene raigambre constitucional y su vigencia no depende, por tanto, del arbitrio de las provincias o de la CABA.

Afirmamos lo anterior porque el hecho de que un contribuyente registre ingresos o gastos en una determinada jurisdicción —elementos que utiliza el CM para presumir la existencia de actividad—, no necesariamente significa que el contribuyente posea asiento físico en ese territorio y este elemento es esencial, a nuestro modo de ver, para que pueda válidamente ser obligado a recaudar el ISIB para esa jurisdicción. De no ser así, puede darse la indeseada situación de que un contribuyente sin asiento en una jurisdicción resulte obligado a recaudar el ISIB para ella, quedando así alcanzado por sus obligaciones tributarias —sustanciales y formales— y expuesto a su régimen sancionatorio sin formar parte de ella, aun cuando, bajo las normas del CM, posea coeficiente unificado atribuible a ella.

Entendemos que, apoyada en motivaciones recaudatorias, dicha práctica proviene de la utilización —aun implícita— de la noción de sustento territorial delineada en el CM para definir la atribución jurisdiccional de base imponible. Pero esta noción, diseñada para satisfacer las finalidades del CM, no se identifica plenamente con el principio de territorialidad que surge de la CN. Para comprender la distinción a la que nos referimos, conviene tener en miras la finalidad, el sentido y el espíritu del CM.

El CM, como es sabido, es un acuerdo interjurisdiccional celebrado entre la CABA y las veintitrés provincias del país como expresión del llamado federalismo de concertación, con el fin primordial de evitar la doble o múltiple tributación a los contribuyentes que ejercen actividades onerosas y habituales en dos o más jurisdicciones. Esta posibilidad surge a partir de la potestad tributaria preexistente de los fiscos adheridos de gravar los ingresos brutos provenientes de dichas actividades sobre la misma base de medición.

Como enseña Jarach, el CM procura no solo subsanar el problema de la doble imposición, sino también "coordinar y armonizar el ejercicio de poderes fiscales autónomos, con el objeto de lograr uno de los principios más importantes de la imposición en un Estado Federal, esto es, que el solo hecho de desarrollar actividades

que trasciendan los límites de una de las jurisdicciones políticas en que se divide el país, no debe acarrear al contribuyente mayores gravámenes de los que tendría que soportar si toda su actividad se desarrollara en una sola jurisdicción" **(77)**. De ahí que la competencia tributaria se asigna de acuerdo con la importancia de la actividad ejercida en cada jurisdicción **(78)**.

La CS, por su parte, tiene dicho que la finalidad del CM es evitar la superposición tributaria respecto de aquellos contribuyentes que ejercen actividades en más de una jurisdicción fiscal **(79)**, al fijar una determinada esfera de imposición para cada una de estas **(80)**. Señaló también la Corte que su misión consiste en "medir" cuánto de la actividad corresponde a cada jurisdicción y "distribuirla" entre ellas **(81)**.

Ahora bien, más allá de este fin primordial, coincidimos con Bulit Goñi cuando señala que, además del propósito principal de evitar superposiciones impositivas, el CM cumple una importante función coordinadora del ejercicio de las potestades tributarias locales, imponiendo la homogeneidad sustantiva de los ordenamientos locales, aunque sin llegar a la uniformidad que sería deseable **(82)**. Así, siguiendo a este autor, el CM está orientado a "evitar las dobles o múltiples imposiciones en el plano horizontal, y a acotar las potestades tributarias de cada una de las jurisdicciones a la base imponible que se genera en su ámbito, es decir a cumplimentar la directiva de territorialidad, propia de los niveles locales en el Estado federal" **(83)**.

Ateniéndonos a este último propósito, y más allá de las limitaciones constitucionales, debe tenerse en cuenta como pauta básica que las normas del CM, como instrumento de armonización de poderes tributarios locales, jamás podrían válidamente utilizarse para justificar el ejercicio de poderes fiscales a extramuros de los límites territoriales de las provincias adheridas, pues ello —además de violentar la CN— sería ir en contra de la finalidad de aquel instrumento. Esta contradicción, a nuestro juicio, subyace en el caso de las jurisdicciones que contemplan la designación de agentes de recaudación sin radicación en ellas aplicando los criterios del CM, en tanto pueden derivar en el nombramiento de agentes extraterritoriales.

En el sistema de distribución de base imponible implementado mediante el CM, la noción de sustento territorial determina la localización de la actividad generadora de ingresos gravados y sirve, fundamentalmente, para resolver las cuestiones esenciales de la procedencia de la imposición y de la aplicación del CM **(84)**.

Explican en este sentido Althabe y Sanelli que, como el CM se aplica solo si concurren facultades de dos o más jurisdicciones, el poder local que pretenda una porción en la distribución de la materia gravada debe acreditar que, cuanto menos, una parte de la actividad del contribuyente ocurrió en su territorio. La existencia de sustento territorial resulta, por tanto, un "prerrequisito del ejercicio del poder tributario y, por ende, de la aplicación del Convenio Multilateral" **(85)**.

Para medir el volumen de la actividad cumplida en cada jurisdicción, el CM establece un régimen general en virtud del cual utiliza dos parámetros que presume —sin admitir prueba en contrario— la reflejan con razonable aproximación: los ingresos y los gastos del contribuyente. Para ciertas actividades en particular, el CM establece otros regímenes especiales, en los

(77) JARACH, Dino, "Finanzas...", p. 824.

(78) GARCÍA VIZCAINO, Catalina, "Manual de derecho tributario", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2019, 4ª ed., p. 288.

(79) CS, "Red Star SAIC c. Provincia de Entre Ríos s/ repetición", Fallos 280:203 (1971), consid. 7º.

(80) CS, "ETMO Remolcador Guaraní SACI c. Provincia de Buenos Aires s/ repetición", Fallos 298:392 (1977), consid. 6º.

(81) CS, "Gasnor SA c. Provincia de Salta s/ acción declarativa de certeza", Fallos 338:845 (2015), consid. 6º.

(82) BULIT GOÑI, Enrique, Convenio Multilateral, Depalma, Buenos Aires, 1992, 1ª ed., p. 18.

(83) BULIT GOÑI, Enrique, "Sistemas de coordinación de potestades tributarias a distintos niveles de gobierno", en GARCÍA BELSUNCE, Horacio (coord.), "Tratado de Tributación...", p. 54.

(84) ALTHABE, Mario E. - SANELLI, Alejandra P., "El convenio multilateral. Análisis teórico y aplicación práctica", La Ley, Buenos Aires, 2007, 2ª ed., p. 9.

(85) ALTHABE, Mario E. - SANELLI, Alejandra P., ob. cit., p. 8.

que la distribución de base imponible se realiza aplicando porcentajes fijos, sin perjuicio de complementarse por el criterio general basado en ingresos y gastos **(86)**. El contribuyente tiene la carga de establecer el porcentaje de base imponible asignado a cada jurisdicción mediante la aplicación de un coeficiente de distribución, efectuando un prorrateo entre los ingresos obtenidos en cada jurisdicción en que ejerce sus operaciones y los gastos efectuados en cada una de ellas por el desarrollo de la actividad gravada, conforme a los resultados del período fiscal anterior **(87)**.

Puede advertirse de lo expuesto que el propósito del sistema del CM es deslindar la realización de actividad generadora de ingresos gravados en las jurisdicciones adheridas, de forma tal que cada jurisdicción en cuyo ámbito se desplegó aquella actividad la grave proporcionalmente.

Ahora bien, distinto es, en cambio, determinar si un contribuyente con ingresos o gastos atribuibles a una jurisdicción —y, por ende, con coeficiente unificado asignado a ella—, está o no físicamente radicado en ese territorio.

Vemos así que en el CM la noción de sustento territorial de una actividad refiere, en rigor, al mecanismo o procedimiento acordado entre los fiscos adheridos para la distribución de la base imponible entre ellos. Se trata, a nuestro modo de ver, de un concepto *sui generis* propio del CM y creado única y exclusivamente para ese fin, que no se identifica con el principio de territorialidad que surge de la CN en toda su dimensión. Este postulado, en cambio, presenta contornos rígidos, por cuanto —como hemos visto—, circunscribe inexorablemente el ejercicio de los poderes tributarios locales al espacio físico que conforma su territorio.

La noción de sustento territorial del CM parte de dos parámetros —ingresos y gastos— que son utilizados para presumir *iuris et de iure* la realización de actividad en un territorio, más allá de si, en la realidad fáctica, esa actividad se desarrolla físicamente o no dentro de ese territorio. En cambio, en el principio de territorialidad no encontramos presunción alguna: se exige que el contribuyente —o administrado, si sacamos la lupa del ámbito exclusivamente tributario— se encuentre efectivamente dentro del ámbito físico de la jurisdicción.

Observamos así que, en el tipo de normativas que venimos comentando —esto es, aquellas que no exigen radicación en la jurisdicción para nominar un sujeto como agente de recaudación, sino que lo hacen por el simple hecho de que registre actividad o alta en la jurisdicción—, se produce una confusión entre el principio de territorialidad y la noción de sustento territorial de una actividad, que pasa por alto que el solo hecho de poseer ingresos o gastos atribuibles a una jurisdicción no significa automáticamente que el contribuyente tenga radicación en ella. Y esta falta de presencia física impide tener por cumplido el nexo de territorialidad necesario entre el sujeto designado como agente de recaudación y la jurisdicción que lo nomina como tal, aun cuando, bajo las pautas y a los fines del CM, el sujeto registre actividad en ella.

A partir de tal confusión, con frecuencia las jurisdicciones locales obligan a recaudar su respectivo ISIB a sujetos que se encuentran fuera del alcance de su potestad tributaria, imponiéndoles pesadas cargas administrativas y sujetándolos a regímenes de responsabilidad solidaria e incluso sancionatorios, conculcándose así el principio de territorialidad.

El criterio para designar agentes de retención o percepción del ISIB no debe, por consiguiente, basarse en las pautas que se consideran en el marco del CM para determinar la existencia de actividad en una jurisdicción. Los sistemas de retención y percepción en la fuente son mecanismos de recaudación a cargo de terceros ajenos a la relación tributaria principal, y la carga de cumplir ese rol solo puede imponerse válidamente respecto de sujetos situados dentro del territorio de la jurisdicción que los establece. La existencia o no de actividad en una jurisdicción, en cambio, se vincula con la relación tributaria fisco-contribuyente, esto es, con la obligación de tributar en esa jurisdicción.

La postura en la que nos enrolamos ha sido suscripta por algunos autores. Soler, aunque analizando el sustento territorial en el hecho que dispara la obligación de hacer que supone

(86) BULIT GOÑI, Enrique, "Convenio...", ps. 22-23.

(87) GARCÍA VIZCAINO, Catalina, ob. cit., p. 289.

la carga pública de recaudar en la fuente —el pago—, distingue la cuestión del sustento territorial que legitima la recaudación de impuestos del tema del alcance de las facultades de designación de agentes de recaudación, concluyendo: "toda pretensión de una jurisdicción local de instituir agentes de retención en el impuesto sobre los ingresos brutos a sujetos radicados en otras jurisdicciones por pagos realizados también en extraña jurisdicción, aun cuando el beneficiario del pago sea contribuyente del Estado que impone la exigencia, resulta exorbitante y por lo tanto improcedente. Ello en razón que la retención es una carga pública (obligación de hacer) que presume un vínculo territorial, sin el cual, carece el ente público local de capacidad legal o facultades para exigir el cumplimiento de obligación alguna" **(88)**.

Molfino y Di Mascio, por su parte, afirman que "es insuficiente, a los fines de instituir la carga pública de actuar como agente de recaudación, la mera condición de contribuyente del CM, pues la imposición de dicha carga debe encontrarse fundada en la existencia de un establecimiento en el territorio, desde el cual pueda cumplirse con la obligación de hacer que se pretende imponer (retener o percibir el impuesto sobre los ingresos brutos)" **(89)**.

Concluimos entonces, a partir del análisis anterior, que al sustentar muchas jurisdicciones locales la designación de agentes de recaudación en el solo hecho de que el sujeto registre actividad o alta en ellas sin exigir radicación, ello conduce, en definitiva, a establecer mecanismos recaudatorios extraterritoriales que, por consiguiente, devienen ilegítimos de cara al principio de territorialidad.

Otro criterio de designación de agentes de recaudación seguido por algunas jurisdicciones, y que también da lugar a nominaciones de agentes en pugna con el principio de territorialidad, es el basado en el nivel de ingresos obtenidos por el desarrollo de la actividad. Esta técnica resulta desacertada si es utilizada en forma desligada de la condición de territorialidad. Como ejemplo de esta práctica, podemos citar los casos de Misiones, Santa Fe (en su régimen general de retenciones), Neuquén (en su régimen general de retenciones), San Luis (en su régimen general de retenciones) y Jujuy (en combinación con otros criterios).

En estos casos, vemos que también se abre la puerta a la vulneración del principio de territorialidad en materia de designación de agentes de recaudación, pues se trata de un parámetro totalmente desligado de la radicación del sujeto. Así, el criterio citado, por sí solo, no garantiza el cumplimiento del principio de territorialidad y requiere, para ello, ser complementado con la exigencia de un asiento físico del sujeto en la jurisdicción que lo designa como agente de recaudación que lo vincule con su poder tributario y habilite la imposición de esa carga pública.

En estos supuestos, las designaciones de agentes solo serán a nuestro juicio legítimas en la medida en que los sujetos nominados posean algún tipo de asiento físico en la jurisdicción, aunque la normativa no lo exija.

Las mismas reflexiones caben para las jurisdicciones que, sin requerir tampoco radicación en su territorio, sujetan el nombramiento de agentes de recaudación exclusivamente —sin ninguna otra exigencia adicional— a la decisión del fisco local, como se observa en los casos de Catamarca, Formosa, Santa Cruz, Entre Ríos, Neuquén, Río Negro, Tucumán, Chubut, Tierra del Fuego y San Luis (en su régimen de retención). También en estos casos las designaciones de agentes de recaudación que efectúe el fisco solo serán legítimas si el sujeto designado posee alguna clase de presencia física en la jurisdicción.

Es de destacar que los criterios y métodos expuestos muchas veces se consagran en forma combinada, lo que coadyuva a dificultar la tarea interpretativa de normas que, ya de por sí, suelen ser de compleja interpretación.

Finalmente, debemos mencionar que son muchas las jurisdicciones que contemplan en forma expresa en sus ordenamientos la designación de sujetos extraterritoriales como agentes de recaudación. Tal es el caso de La Rioja, San-

(88) SOLER, Osvaldo H., "Tratado...", p. 439.

(89) MOLFINO, Ana - DI MASCIO, Miguel, "Los regímenes de retención y percepción en el impuesto sobre los ingresos brutos: una sucesión ininterrumpida de excesos, que insinúan ser la crónica de una muerte anunciada (Parte I)", JA, cita online: 0003/70064231-1.

ta Fe (en su régimen general de retenciones), La Pampa (en su régimen general de percepciones), Mendoza (en su régimen general de retenciones), Chaco (en su régimen general de percepciones), Salta (en su régimen general de percepciones) y Neuquén (en su régimen general de percepción). Estas normas, a nuestro juicio, resultan inconstitucionales por vulnerar directamente el principio de territorialidad —de reconocida jerarquía constitucional— toda vez que están destinadas a producir efectos fuera de los límites territoriales de su jurisdicción.

Como conclusión de lo expuesto, podemos afirmar que el principio de territorialidad en la designación de agentes de recaudación, cuya fuente es la CN, es frecuentemente vulnerado en los ordenamientos fiscales locales. No obstante, dada la jerarquía constitucional de dicho principio, su cumplimiento deviene ineludible para las jurisdicciones locales, aun cuando sus legislaciones no lo recepten expresamente o se aparten de él.

IV. El contribuyente ante los desbordes territoriales de los poderes tributarios provinciales en la designación de agentes de recaudación

IV.1. Situación del contribuyente frente a los excesos territoriales provinciales en la designación de agentes de recaudación

Consumada una designación como agente de retención o percepción por parte de un fisco local sin sujeción al principio de territorialidad, o bien, exteriorizada una pretensión fiscal en dicho sentido, el panorama que se le presenta al contribuyente para cuestionar ese acto presenta varios escollos —normativos, jurisdiccionales y económicos— que atentan contra la posibilidad de obtener un pronunciamiento favorable y en un tiempo razonable.

Como punto de partida de nuestro análisis, debemos señalar que la legitimación del agente de recaudación para llevar a cabo ese cuestionamiento no se encuentra en discusión, aun cuando el tributo involucrado no esté a su cargo sino del sujeto retenido o percibido. La CS ha reconocido el interés jurídico del agente de recaudación para discutir el régimen, fundado en las obligaciones que se le imponen y las sanciones legales que acarrea su incumplimiento **(90)**.

Dicho ello, frente al acto administrativo de designación como agente de recaudación o a la intimación a actuar como tal que el contribuyente considere contrarios al principio de territorialidad —cualquiera sea su modalidad o procedimiento—, de acuerdo con el estado actual de la jurisprudencia de la CS la única vía posible para encauzar la discusión es la de recorrer las instancias administrativas y judiciales locales, con posibilidad de acceder al Máximo Tribunal Federal por recurso extraordinario federal, solo en caso de suscitarse una cuestión federal que lo habilite.

Tal es el escenario que se presenta a partir del fallo "Papel Misionero" **(91)** de la CS, cuando el Máximo Tribunal dejó de lado la senda tomada en los casos "Agueera" **(92)** y "El Cóndor" **(93)** para retornar a su tradicional doctrina, según la cual las leyes-convenio —entre las que cabe incluir la ley de coparticipación federal y el CM en sus respectivas ratificaciones locales por medio de las legislaturas provinciales— hacen parte, aunque con diversa jerarquía, del derecho público provincial, por lo que la incompatibilidad entre estas y las normas locales no abre la instancia originaria ante la CS. Ello por cuanto,

(90) CS, "Video Club Dreams c. Instituto Nacional de Cinematografía s/ amparo", Fallos 318:1154 (1995) entre otros.

(91) CS, "Papel Misionero SAIFC c. Provincia de Misiones s/ acción declarativa", Fallos 332:1007 (2009). La CS mantuvo el criterio emergente en este fallo en numerosos precedentes, entre ellos: "Cuyoplacas SA c. Provincia de La Pampa s/ ordinario", Fallos 332:998 (2009); "Central Térmica Sorrento SA c. Municipalidad de Rosario, Prov. de Santa Fe s/ recurso extraordinario", Fallos 336:694 (2013); "Grupo Simpa SA c. Provincia de Misiones s/ acción declarativa de certeza", causa CSJ 3646/2014, 29/09/2015; "Frideco SA c. Provincia de Buenos Aires s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", causa CSJ 3910/2015, 07/02/2017; "Pluspetrol SA c. Provincia del Neuquén y otros s/ incidente", causa CSJ 3333/2015, 14-III-2017, entre otros.

(92) CS, "Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA) c. Buenos Aires, Provincia de y otro s/ acción declarativa", Fallos 322:1781 (1999).

(93) CS, "El Cóndor Empresa de Transportes SA c. Provincia de Buenos Aires", Fallos 324:4226 (2001).

según la CS, "para habilitar la instancia prevista en el art. 117 de la CN —cuando en la causa es parte una provincia— es preciso que en la demanda no se planteen, además de las cuestiones federales, otros asuntos que —por ser de naturaleza local— resultarían ajenos a su competencia, pues la eventual necesidad de hacer mérito de ellos obsta a su radicación por la vía intentada frente a la necesidad de no interferir el ejercicio de atribuciones que las provincias no han delegado al conocimiento exclusivo de esta Corte" **(94)**. Específicamente en cuanto a la aplicación de dicha doctrina al CM, la CS ratificó posteriormente que el Convenio Multilateral y las resoluciones dictadas por sus organismos de aplicación forman parte del derecho público local **(95)**.

En síntesis, en materia tributaria, y siendo parte en la contienda una provincia o la CABA **(96)**, la incompatibilidad de la norma local con la Ley de Coparticipación Federal o con el CM es vista en la actualidad por la CS como un conflicto en entre dos leyes locales, y dicha circunstancia obsta para la CS, como principio, a la apertura de su instancia originaria, aun cuando simultáneamente se planteen cuestiones federales.

Ahora bien, en casos puntuales de cuestionamientos de regímenes recaudatorios por parte de sujetos designados como agentes de retención o percepción, la CS ha seguido también el criterio de "Papel Misionero", denegando su competencia originaria y reenviando el caso a las instancias provinciales.

Así, en el caso "Co Panacea SA" **(97)**, en el que la actora cuestionó ciertas normas de la Provincia de Buenos Aires en cuanto le imponían la carga de actuar como agente de percepción, la Corte resolvió, siguiendo la doctrina de "Papel Misionero", que el proceso no correspondía a su jurisdicción originaria porque "la apertura de dicha instancia en razón de la materia solo procede cuando la acción entablada se funda directa y exclusivamente en prescripciones constitucionales de carácter nacional, leyes del Congreso, o tratados, de tal suerte que la cuestión federal sea la predominante en la causa", y reiteró que "quedan excluidos de la referida competencia aquellos procesos en los que también se planteen cuestiones de índole local que traigan aparejada la necesidad de hacer mérito de estas o que requieran para su solución la aplicación de normas de esa naturaleza o el examen o revisión en sentido estricto de actos administrativos de las autoridades provinciales, legislativos o judiciales de carácter local". Dicho ello, concluyó que "la materia del litigio exige, manera ineludible, interpretar, aplicar y establecer el alcance de disposiciones de derecho público provincial", declinando en consecuencia su competencia originaria en el caso.

Vale resaltar que, en el fallo comentado, el contribuyente no había fundado la acción en una afectación al principio de territorialidad en su designación sino en otras cuestiones. Por ello, si bien no es un antecedente favorable para acudir a la CS en instancia originaria por la cuestión aquí analizada, tampoco es directamente aplicable, y cabe preguntarse si el Máximo Tribunal hubiera adoptado idéntica solución de haberse realizado el planteo concreto de extraterritorialidad, fundado solo en prescripciones constitucionales.

En el caso "Trivento Bodegas y Viñedos" **(98)**, en el que la actora —junto con otras cuestiones— había impugnado la pretensión del fisco de Misiones de exigirle un pago por considerarla agente de retención y percepción en exceso

(94) CS, "Papel Misionero SAIFC c. Provincia de Misiones s/ acción declarativa", Fallos 332:1007 (2009), consid. 4 del voto de la mayoría.

(95) CS, "Maxiconsumo SA c. Provincia de Misiones", PET 2013 (agosto-520), 11, consid. 5º; "Frigorífico de Aves Soychú SAICFI c. Municipalidad de Gualeguay", Fallos 336:443 (2013), consid. 5; "Automotores Juan Manuel Fangio SA c. Provincia de Buenos Aires y Ciudad Autónoma de Buenos Aires", causa A. 1013.XLV, 14/05/2013, consid. 5º.

(96) El estatus de la Ciudad de Buenos Aires para litigar en la instancia originaria de la CS le fue recientemente reconocido en el caso "Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c. Provincia de Córdoba s/ ejecución fiscal", Fallos 342:533 (2019).

(97) CS, "Co Panacea SA c. Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de certeza", causa C. 1049. XLIV, 14/12/2010.

(98) CS, "Trivento Bodegas y Viñedos SA c. Provincia de Misiones s/ acción declarativa de certeza", DTE Online, EOLJU177465A.

de facultades territoriales —por carecer de local en la jurisdicción y distribuir productos en ella a través de un agente de ventas domiciliado en Chaco—, la CS rechazó también su competencia originaria, al considerar que el planteo no se fundaba directa y exclusivamente en prescripciones constitucionales de carácter nacional, leyes del Congreso, o tratados, en la medida que la actora había afirmado que efectuaba ventas en el territorio provincial.

En el criterio de la Corte, la actora efectuaba "un planteamiento conjunto de un asunto al que le asigna naturaleza federal con uno de orden local que estaría directa e inmediatamente relacionado, de manera sustancial, con la definición jurisdiccional de si la Provincia de Misiones puede designar como agente de retención y percepción a quien realiza una actividad por los hechos ocurridos dentro de los límites de su territorio", lo que llevaba a determinar jurídicamente "si el instrumento escogido por la demandada, para percibir el gravamen devengado por ventas realizadas en esa jurisdicción, es compatible con la estructura del impuesto sobre los ingresos brutos, gabela local por excelencia". Concluyó, por tanto, que esa cuestión era de naturaleza local, recordando que están excluidos de la competencia originaria los asuntos en los que también se planteen cuestiones de índole local que traigan aparejada la necesidad de hacer mérito de estas o que requieran para su solución la aplicación de normas de esa naturaleza o el examen o revisión en sentido estricto de actos administrativos de las autoridades provinciales, legislativos o judiciales de carácter local, ya que el respeto de las autonomías provinciales requiere que se reserve a sus jueces el conocimiento y decisión de las causas que versan sobre cuestiones propias del derecho provincial **(99)**.

El análisis del fallo anterior permite interpretar que, de no ser porque la actora realizaba ventas en el territorio de Misiones a través de un agente, la cuestión planteada sería federal, ya que la argumentación de la Corte permite inferir que el planteo de extraterritorialidad en sí configuraría una cuestión federal, pero que, al contener simultáneamente un elemento local —el hecho de que, aun por medio de un agente, existieran ventas del actor en territorio misionero—, correspondía ventilar el caso en sede provincial.

En un precedente posterior, "Rafaela Alimentos SA" **(100)**, en el que un contribuyente domiciliado en la Provincia de Santa Fe cuestionó la pretensión de la Provincia de Misiones —exteriorizada a través de una intimación— de obligarlo a actuar como agente de retención del ISIB por la adquisición de bienes o servicios y pagos realizados fuera de su territorio "gravando actividades y hechos imponibles extraterritoriales" y planteando, además, la inconstitucionalidad de las normas involucradas, la CS rechazó también su competencia originaria en el caso por aplicación de la doctrina de "Papel Misionero".

En este fallo, vale destacar, el contribuyente había planteado que la pretensión de la demandada, al obligarlo —de oficio— a actuar como agente de retención del ISIB provincial, creó una carga pública fuera de su jurisdicción y para hechos imponibles acaecidos fuera de ella, por lo que "extralimitó territorialmente en el ejercicio de su potestad tributaria con palmaria afectación del principio de territorialidad y de la cláusula comercial" **(101)**. No obstante, es de destacar que, si bien la firma actora declaró tener domicilio legal en la provincia de Santa Fe, no surge del fallo ni del dictamen de la Procuración que la empresa no tuviera local en Misiones. Por consiguiente, no es posible extraer en forma concluyente de este fallo que para la CS la cuestión de la extraterritorialidad en la designación de agentes de recaudación por parte de los fiscos locales no constituya una cuestión federal, si es fundada exclusivamente en cláusulas constitucionales y, eventualmente, en otras normas federales.

En suma, el contribuyente nominado como agente, en principio, deberá inicialmente impugnar su designación en la instancia administrativa local hasta su agotamiento por medio

(99) Consid. 3.

(100) CS, "Rafaela Alimentos SA c. Provincia de Misiones s/ acción declarativa de certeza e inconstitucionalidad", LL AR/JUR/294/2019.

(101) Dictamen de Procuración en autos "Rafaela Alimentos SA c. Provincia de Misiones s/ acción declarativa de certeza e inconstitucionalidad", causa CSJ 2280/2016, 22/05/2017.

de los recursos previstos en el respectivo ordenamiento aplicable, para luego —ante un esperable resultado adverso—, acceder a la justicia local a fin de ventilar la cuestión ante los tribunales provinciales competentes por las vías que las normas procesales respectivas dispongan.

El panorama descripto permite apreciar el largo y costoso camino que debe recorrer un sujeto designado como agente de retención o percepción del ISIB por una provincia o la CABA para cuestionar su nominación como tal, aun cuando su impugnación, si se basa en la vulneración del principio de territorialidad, constituye, a nuestro entender, una cuestión constitucional.

Ello no solo por el extenso tiempo que normalmente insume una contienda judicial hasta agotar las instancias provinciales, con resultado seguramente adverso, y luego obtener un pronunciamiento de la CS —en caso de que el Máximo Tribunal no haga uso de la prerrogativa del art. 280 del Cód. Proc. Civ. y Com.—, sino también por los costos que para cualquier litigante supone la tramitación de un litigio de larga duración y en una jurisdicción en la que no se posee radicación.

A ello cabe adicionar la necesidad, en ciertos casos, de cumplir con el requisito del pago previo —*solve et repete*— previsto en la gran mayoría de las legislaciones locales, cuando el litigio se origina en un reclamo o procedimiento determinativo promovido por el fisco local.

Resulta comprensible entonces, ante este panorama, que en un gran número de casos los contribuyentes opten por no litigar y conformar la nominación como agente de recaudación o los reclamos fiscales por tal causa, evitando de tal manera los costos del pleito y la generación de importantes contingencias.

IV.2. Posibilidad de acceder a la instancia originaria ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación para cuestionar designaciones de agentes de recaudación en violación al principio constitucional de territorialidad

Hemos visto en el apartado anterior que, de acuerdo con el criterio actual de la CS sentado a partir del fallo "Papel Misionero", para discutir la designación de un sujeto como agente de retención o percepción del ISIB se debe, en principio, plantear inicialmente la cuestión ante las autoridades y tribunales provinciales hasta agotar dichas instancias, con posibilidad de acceder a la instancia extraordinaria de la Corte solo en el caso de suscitarse una cuestión federal (cf. art. 14 de la ley 48).

Ahora bien, sin perjuicio de vigente doctrina de "Papel Misionero", observamos que la CS ha aceptado su competencia originaria para discutir la validez de normas locales cuando son cuestionadas como contrarias a la CN. Tal perspectiva, en nuestra opinión, debería emplearse también frente al cuestionamiento de una norma o acto local de designación de un sujeto como agente de recaudación como contraria al principio de territorialidad, por cuanto tal postulado emerge directamente de la CN, y no del CM ni de ninguna otra norma de derecho intrafederal o provincial.

En tal sentido, cabe recordar, inicialmente, que la CS ha aceptado desde antaño su intervención en instancia originaria en causas en las que se discuten impuestos provinciales como contrarios a la CN y la demandada es una provincia **(102)**.

Más recientemente, aceptó también su competencia originaria en una causa en la que, aun cuando se impugnaba una norma local, la actora fundaba su pretensión directa y exclusivamente en cláusulas de la CN y en disposiciones federales que regulan el régimen federal de radiodifusión **(103)**.

En otro precedente **(104)**, en el que la actora impugnaba una pretensión impositiva provincial por ser contraria a una norma federal (ley 24.196) y a la CN (art. 75, incs. 18 y 19), como ar-

(102) CS, "Impresit Sideco SA c. Provincia de Buenos Aires", IMP 981, 534, consid. 1º; "Techint Cía. Técnica Internacional SCCI y otros c. Provincia de Buenos Aires", Fallos 303:928 (1981); "Supercemento SAIC y Dragados y Obras Portuarias c. Provincia de Entre Ríos", Fallos 304:995 (1982); "Impresit Sideco SA y otra c. Provincia de Santa Fe", Fallos 304:1129 (1982), entre muchos otros.

(103) CS, "Directv Argentina SA c. Provincia de Misiones s/ acción declarativa de certeza", causa CSJ 1166/2016, 30/10/2018.

(104) CS, "Oroplata SA c. Santa Cruz, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", causa O. 230. XLIX, 11/11/2014.

gumento principal la CS aceptó su competencia —con cita del fallo "Asociación de Bancos de la Argentina"—, al considerar que "lo medular del planteo remite necesariamente a desentrañar el sentido y alcance de los referidos preceptos federales, cuya adecuada hermenéutica resulta esencial para la solución de la controversia y permitirá apreciar si existe la violación constitucional que se invoca" **(105)**. Tras ello, la Corte se ocupó de aclarar que no obstaba a ello la decisión adoptada en la causa "Papel Misionero" pues "lo que determina la radicación del sub lite en la instancia prevista en el art. 117 de la CN no es la ilegitimidad del gravamen provincial invocada a la luz de las disposiciones del régimen de coparticipación federal de impuestos, sino la cuestión constitucional atinente a la alegada incompatibilidad que se presentaría entre la pretensión tributaria provincial de gravar las reservas mineras [...], y las exenciones impositivas previstas al respecto en los artículos 14, 15 y 17 de la ley 24.196, a cuyo régimen la Provincia de Santa Cruz adhirió mediante la ley local 2.332" **(106)**.

Extrapolando dicha argumentación al tema que nos convoca, no advertimos óbice alguno para su aplicación a la cuestión aquí analizada. En efecto, el cuestionamiento a la designación de un agente de recaudación por vulneración al principio constitucional de territorialidad constituye, al igual que en aquel caso, la impugnación de una pretensión impositiva provincial a la luz de las cláusulas de la CN que consagran ese postulado, configurando así un caso constitucional al igual que en el caso citado. Por lo tanto, tratándose de la impugnación de una pretensión provincial ejercida en el marco del poder tributario provincial, idéntica salvedad resultaría de aplicación a la temática aquí abordada, por tratarse, en definitiva, de una cuestión constitucional dada por la colisión entre una norma o acto local y la CN, circunstancia que permitiría habilitar la competencia originaria de la CS para tratar estos conflictos.

Otros casos en los que se debatía la validez constitucional de normas tributarias provinciales en los que la CS aceptó su competencia originaria fueron las causas en las que se declaró la inconstitucionalidad de los regímenes provinciales que establecían alícuotas superiores del ISIB para contribuyentes del tributo radicados fuera del territorio provincial, cuyos *leading cases* fueron las causas "Bayer" **(107)** y "Harriet y Donnelly" **(108)**.

En ellas, la cuestión a dilucidar involucraba un conflicto entre normas y actos de contenido tributario provinciales y diversos principios y cláusulas constitucionales invocados por los contribuyentes. La Corte procedió a confrontar las pretensiones fiscales con las cláusulas constitucionales invocadas, y concluyó que la postura de las provincias quebrantaba el principio de igualdad de las cargas públicas consagrado en el art. 16 de la CN, al establecer una pauta irrazonable —discriminación en función del domicilio— para crear un grupo sometido a regulaciones diferentes, y el principio según el cual el comercio entre los estados solo puede ser regulado por el Congreso (art. 75, inc. 13 y 126 de la CN), alterando la corriente natural del comercio e instaurando una suerte de "aduana interior" vedada por la Ley Fundamental (arts. 9º a 12 de la CN) **(109)**.

Ahora bien, al abrir su competencia, la Corte —apartándose de la opinión del Procurador Fiscal— ponderó que la actora entendía las normas provinciales impugnadas como contrarias exclusivamente a la CN, sin fundar su impugnación en otras normas de derecho intrafederal o locales **(110)**.

(105) Consid. 2º.

(106) Consid. 3º.

(107) CS, "Bayer SA c. Provincia de Santa Fe s/ acción declarativa de certeza", Fallos 340:1480 (2017).

(108) CS, "Harriet y Donnelly SA c. Provincia del Chaco s/ acción declarativa de certeza", 31/10/2017, LA LEY 2017-F-472.

(109) CS, "Bayer SA c. Provincia de Santa Fe s/ acción declarativa de certeza", Fallos 340:1480 (2017), consid. 26.

(110) CS, "Orbis Mertig San Luis SAIC c. Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", Fallos 329:3890 (2006); "Enod SA c. Provincia de Buenos Aires s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", 22/08/2012, PET 2012 (noviembre 503), 11; "Aluar Aluminio Argentino SAIC c. Provincia de Buenos Aires s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", causa CSJ 47/2012 (48-A)/CS1, 28/08/2012; "Telecom Argentina SA c. Provincia de Santa Fe s/ acción declarativa de certeza", 01/09/2015, Errepar Online, EOLJU176255A; "Monsanto Argentina SRL c. Provincia de Córdoba s/ acción decla-

De tal manera, vemos que en las causas que tramitaron en instancia originaria de la CS relativas a alícuotas diferenciales del ISIB en función del domicilio del contribuyente, la Corte aceptó su competencia aun tratándose de impugnaciones de normas y actos tributarios locales, porque el planteo se fundaba exclusivamente en cláusulas constitucionales (arts. 9º a 12, 16, 75 inc. 13 y 126 de la CN), sin invocación de otras normas. Análoga sería la situación, a nuestro juicio, en el caso de que un sujeto impugne en instancia originaria un acto de designación como agente de recaudación —o reclamo fundado en esa circunstancia— por vulneración del principio de territorialidad con fundamento exclusivo en las cláusulas constitucionales que lo consagran, correspondiendo por ello —a nuestro modo de ver— aceptarse la competencia originaria en estos conflictos.

Es relevante para este análisis tener en cuenta que, de darse los recaudos necesarios, la competencia originaria de la CS surte cualquiera sea la cláusula, principio o garantía constitucional invocado —en forma exclusiva o conjunta con algún otro texto normativo de índole federal, como hemos visto—, pues no existen jerarquías o categorías entre ellos a tales fines. Así, por más que en la jurisprudencia tributaria de la CS se advierte un celoso resguardo de ciertos postulados constitucionales —como, por ejemplo, del principio de reserva de ley (arts. 4º, 17 y 75, incs. 1º y 2º), la cláusula de los códigos (art. 75 inc. 12) o la cláusula comercial (art. 75 inc. 13) —, ello no obsta a que la vulneración directa de otros principios o normas constitucionales merezcan el mismo tratamiento y tutela. Consecuentemente, el quebrantamiento del principio de territorialidad por parte de una autoridad fiscal local, aun cuando surja implícito de distintas cláusulas constitucionales, también debería surtir la competencia originaria de la CS si la impugnación se funda exclusivamente en la CN y la demandada es una provincia o la CABA, de acuerdo con los criterios jurisprudenciales que venimos mencionando.

En este aspecto, en la causa "Bolsa de Cereales de Buenos Aires", en la que también abrió su competencia originaria para tratar la impugnación a la aplicación de un tributo local —impuesto de sellos— como contrario exclusivamente a la CN, la Corte recordó que es competente para conocer originariamente en las causas que versan sobre cuestiones federales en las que sea parte una provincia, cualquiera que sea la vecindad o nacionalidad de la contraria, y que la inconstitucionalidad de leyes y decretos provinciales constituye una típica cuestión de esa especie, remarcando, además, que no hizo diferencia alguna "sobre qué principios, derechos o garantías de la Constitución nacional era menester interpretar para poder determinar si habían sido o no violados por las normas locales", ya que "[e]n todos los casos habilitó su instancia originaria por el manifiesto contenido federal de la causa, derivado de que el cuestionamiento constitucional de las normas provinciales ponía en cuestión la inteligencia de preceptos de la Ley Fundamental" **(111)**.

En este esclarecedor precedente, la Corte diferenció la nuda violación de una garantía constitucional —no suficiente para la apertura de su instancia originaria—, es decir los casos en los que lo esencial no pasa por la inteligencia de las cláusulas constitucionales en las que se funda la demanda, de aquellos en los que la solución del litigio exige precisar el sentido y alcance de las cláusulas constitucionales invocadas **(112)**.

A la luz de esta pauta, consideramos que la designación de un sujeto como agente de recaudación por un fisco provincial impugnada como contraria al principio de territorialidad exige interpretar la inteligencia de las cláusulas constitucionales que delimitan el ejercicio de los poderes tributarios provinciales y establecen el sistema federal de gobierno, en tanto el desborde territorial así incurrido invade ineluctablemente la jurisdicción de otro estado provincial, impactando en el desarrollo económico del país. Es por ello por lo que, a nuestro modo de ver, la cuestión federal aparece en forma predominante y de relevante trascendencia en estos conflictos, debiendo surtir, en consecuencia, la apertura de la instancia originaria de la CS.

rativa de certeza", 22/06/2017, Errepar Online, EOLJU182146A; entre muchas otras).

(111) CS, "Bolsa de Cereales de Buenos Aires c. Provincia de Buenos Aires s/ acción declarativa", Fallos 333:1446 (2010), consids. 4º y 5º del voto de la mayoría.

(112) Consid. 6º.

En síntesis, la apertura de la competencia originaria de la CS para impugnar una norma o acto local de contenido tributario exige que una provincia o la CABA sea parte en la contienda y que la impugnación se funde directa y exclusivamente en cláusulas constitucionales o en forma conjunta con leyes federales o tratados internacionales, de modo tal que la cuestión federal sea exclusiva o predominante en la materia.

Si bien conforme la jurisprudencia vigente de la Corte a partir de "Papel Misionero" la impugnación de normas o actos locales deben, en principio, ventilarse ante los jueces provinciales, el conflicto aquí analizado debe surtir la competencia originaria de la CS habida cuenta de la necesidad de desentrañar el sentido, alcance y coordinación de las potestades fiscales provinciales, materia esta de indiscutible índole federal en tanto que aparece íntimamente vinculada a la plena vigencia del sistema federal de gobierno.

IV.3. Criterios jurisprudenciales aplicables a conflictos originados en la designación de agentes de recaudación extraterritoriales

En el plano jurisprudencial, son pocos los precedentes en los que se ha analizado específicamente la relación entre el principio de territorialidad y la designación de agentes de retención o percepción tributarios por parte de jurisdicciones locales. Ello nos lleva a la necesidad de procurar respaldo jurisprudencial en fallos vinculados a otras cuestiones, pero cuyos principios o doctrina puedan trasladarse a la situación que analizamos.

Uno de los escasos precedentes en los que se analizó concretamente la cuestión objeto de este trabajo es el caso "Banco CMF" **(113)** dictado por la Cámara en lo Contencioso Administrativo de la Provincia de Tucumán, en el que se decidió un planteo de inconstitucionalidad de ciertas normas locales que establecían un régimen de recaudación del ISIB sobre acreditaciones en cuentas abiertas en entidades financieras sujetas al régimen de la ley 21.526. Entre otras cuestiones, la actora, que carecía de domicilio y sucursales en Tucumán, planteó que el régimen recaudatorio vulneraba el sistema federal de gobierno establecido en el art. 1º de la CN, en cuanto incorporaba como sujetos obligados a actuar como agentes de recaudación a entidades financieras domiciliadas fuera de la provincia.

La Cámara apreció la cuestión del exceso territorial desde el punto de vista de la falta de proporción de la carga pública exigida al banco actor, al carecer este de asiento físico en la provincia. Así, en el consid. 4º de su fallo ponderó que, en la medida que el sujeto convive y se interrelaciona en el medio local, "parece claro que el nexo de proporcionalidad de la carga pública tiene sustento cercano en puntos comunes o compartidos" y que "el test de proporcionalidad de la carga pública tributaria es naturalmente más comprensible —tratándose de servicios personales— cuando hay un espacio físico o territorial compartido entre el Fisco y los agentes o contribuyentes que son vecinos", proporcionalidad que, por el contrario, cuando el particular no es vecino ni está radicado en la plazo, "se difumina, tiene sustento más distante y está desprovisto de puntos comunes de apoyo objetivo y tangible".

Si bien compartimos la fundamentación de la Cámara en torno a la cuestión territorial, entendemos que, en rigor, la desproporción invocada —cuya existencia, frente a la falta de radicación, resulta incuestionable— es una consecuencia del problema de fondo, dado por la falta de poder de imperio del Estado Provincial sobre sujetos que carecen de radicación en su territorio. Es así como, en nuestra opinión, la solución de la Cámara, aunque correcta, eludió abordar la cuestión central, de orden constitucional, que es la extralimitación de las potestades tributarias provinciales asignadas por la CN.

En la jurisprudencia de la CS encontramos precedentes en los que se reconoció la vigencia el principio de territorialidad en materia fiscal, cuyas conclusiones, creemos, pueden utilizarse para cuestionar fundadamente la designación de agentes de recaudación por parte de fiscos provinciales a sujetos no radicados en sus territorios.

(113) Cámara en lo Contencioso Administrativo de Tucumán, sala II, "Banco CMF SA c. Provincia de Tucumán s/ inconstitucionalidad", 03/02/2014, PET (abril - 537), p. 10.

Cabe citar, en esa línea, el caso "Helicópteros Marinos" **(114)**, en el que la CS, haciendo suyo el dictamen de Procuración, y recogiendo conceptos sentados en antiguos precedentes, recordó que las facultades de las provincias de imponer y percibir contribuciones sin intervención de autoridad extraña "han de ser ejercidas sobre aquellas actividades creadoras de riqueza que se producen dentro del ámbito físico de sus respectivos Estados [...] pues, cuando las ellas [sic] gravan operaciones realizadas fuera de sus territorios, exceden el ámbito de sus potestades e invaden otras jurisdicciones". Remarcó, asimismo, que las provincias pueden elegir cualquier método adecuado para la determinación del ISIB que le permita establecer "el *quantum* de la actividad desarrollada dentro de su territorio" y que "la gabela así percibida será válida y legítima en tanto no grave específicamente actividades extraterritoriales". Bajo tales premisas, se desestimó en el caso la pretensión de la provincia de Tierra del Fuego, por considerarse que "intentaba gravar una porción de actividad realizada a extramuros de sus límites físicos, excediendo indebidamente el ámbito de sus potestades e invadiendo otra jurisdicción" **(115)**.

Del citado fallo podemos colegir, *mutatis mutandi,* que si las provincias solo pueden ejercer sus potestades tributarias respecto de "actividades creadoras de riqueza que se producen dentro del ámbito físico de sus respectivos Estados", y que pueden arbitrar cualquier método para establecer "el *quantum* de la actividad desarrollada dentro de su territorio" sin gravar "actividades realizadas a extramuros de sus límites físicos", lo mismo cabe para la faz de sus poderes fiscales relacionada con los mecanismos de percepción de sus tributos, en la que se ubica la creación de regímenes de recaudación en la fuente por medio de agentes de recaudación. Vemos así que el conflicto que analizamos, en rigor, tiene el mismo cariz constitucional y federal reconocido por la CS en el caso "Helicópteros Marinos", en el que aceptó su competencia originaria.

Otro precedente relevante de la CS a los fines aquí analizados es la sentencia dictada en la causa "Asociación de Bancos de la Argentina c. Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad" **(116)**. En dicha causa se discutía la constitucionalidad de normas y actos locales por los cuales el fisco bonaerense pretendía que las entidades bancarias hicieran efectivos los embargos decretados por el organismo recaudador —según las potestades previstas en el art. 13 bis del Cód. Fiscal local, texto según ley 13.529— también sobre cuentas y activos correspondientes a sucursales ubicadas fuera del territorio bonaerense. En este precedente, a diferencia del caso "Helicópteros Marinos", se discutía si la pretensión provincial invadía la jurisdicción territorial de otra provincia, mientras que en aquel la controversia radicaba en determinar si se invadía la jurisdicción territorial de la Nación.

En el consid. 8º, la CS recordó que el derecho reservado a las provincias de crear impuestos y establecer las formalidades y acciones necesarias para hacerlos efectivos, no faculta al legislador local a actuar más allá de su potestad jurisdiccional e invadir otras jurisdicciones, pues ninguna provincia puede legislar sino sobre las personas o cosas sometidas a su jurisdicción, para luego concluir: "La potestad reconocida por el Código Fiscal a la Dirección de Rentas de la Provincia de Buenos Aires (actual ARBA) de ordenar embargos y otras medidas cautelares no se extiende, ni puede interpretarse que se extienda a otras provincias o a la CABA, porque esa es una atribución extraña a la autoridad administrativa local".

En nuestra opinión, la categórica y esclarecedora doctrina emergente de este fallo en lo atinente al principio de territorialidad, resulta directamente trasladable a la problemática que analizamos jurisdicción. En efecto, los regímenes de recaudación son parte de las formalidades y acciones necesarias para hacer efectivos sus impuestos que deben ser ejercidas por las provincias dentro de su ámbito espacial y sin invadir otras jurisdicciones. Desde la perspectiva de la territorialidad, no se advierte la diferencia

(114) CS, "Helicópteros Marinos SA c. Provincia de Tierra del Fuego s/ acción declarativa", JA 2011-1-126.

(115) Dictamen de Procuración en autos "Helicópteros Marinos SA c. Tierra del Fuego, Provincia de s/ acción declarativa, 27/04/2006 (que la CS hace suyo), JA 2011-1-126, consid. 5º.

(116) CS, "Asociación de Bancos de la Argentina c. Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", Fallos 337:822 (2014).

entre invalidar la pretensión de un fisco provincial de efectivizar medidas cautelares en extraña jurisdicción, y la de obligar a sujetos radicados fuera de su jurisdicción a recaudar un impuesto con sujeción a responsabilidades y sanciones en caso de incumplimiento. En definitiva, en ambos casos se está juzgando la adecuación a la CN del ejercicio de las potestades reservadas a las provincias.

Nuestra posición encuentra apoyo también en el dictamen de la Procuradora Fiscal de la causa "Telecom Argentina SA c. Corrientes, Provincia de s/ acción declarativa" **(117)**, en la que se debatía la constitucionalidad de la pretensión de la provincia de gravar con el ISIB la prestación del servicio de llamadas internacionales salientes, en el tramo que se desarrolla fuera de los límites del país.

La empresa actora planteó —entre otras cuestiones— que la provincia desconocía con su accionar el principio de territorialidad, al pretender que incluyera en la base imponible del impuesto la porción de los ingresos que retribuían la parte de la actividad realizada en el exterior, por la cual se pagaba a la empresa distribuidora del extranjero una "tasa de distribución" como remuneración por su servicio, que era incluida en la facturación al cliente.

La procuradora, basándose en el citado fallo "Helicópteros Marinos", concluyó: "[...] la postura de la demandada es inaceptable, pues —bajo el argumento de que el cliente de Telecom Argentina S.A. está domiciliado en la Provincia— intenta gravar una porción de la actividad realizada por el contribuyente a extramuros de sus límites territoriales, incurriendo en un desborde de su poder de imposición", estimando así que la pretensión de la provincia de Corrientes violentaba el principio de territorialidad.

La CS, en cambio, no compartió el criterio de la Procuración y, en lo referente al planteo de extraterritorialidad, si bien dejó a salvo su doctrina en cuanto a que el impuesto es legítimo en tanto no grave específicamente actividades extraterritoriales y no se imponga con motivo o como requisito de salida de productos del ámbito territorial, e incluso recordó que son inconstitucionales los actos dictados por autoridades provinciales que, en la práctica, invaden total o parcialmente la jurisdicción territorial de otra provincia o del Estado nacional, no consideró quebrantado en el caso el principio de territorialidad **(118)**.

En lo que aquí interesa, consideró que el impuesto no estaba dirigido de modo específico a gravar la "tasa de distribución" ni ninguna otra actividad realizada fuera del territorio de la provincia, resaltando que el ISIB, al tomar como base (salvo excepción expresa) la facturación bruta del contribuyente incluye en ese monto todos los costos de producción, sin distinguir entre insumos nacionales e importados. Asimismo, diferenció el caso de "Helicópteros Marinos", señalando que en este se tuvo en cuenta que se trataba de operaciones realizadas fuera del territorio de la provincia por la misma empresa que cuestionaba el impuesto y se valoró que la pretensión fiscal invadía la jurisdicción del Estado nacional, mientras que en "Telecom" no se hallaba involucrada otra jurisdicción que pueda considerarse invadida por el fisco de Corrientes.

Lo que a nuestro modo de ver resulta trascendente de este fallo para la situación analizada en este trabajo es la ratificación de la doctrina sentada en los casos "Helicópteros Marinos" y "Asociación de Bancos de la Argentina", al confirmar la Corte, una vez más, que una provincia no puede dictar actos que avancen sobre otras jurisdicciones, como ocurre —en nuestra opinión— al designar agentes de recaudación a sujetos radicados en extraña jurisdicción.

En suma, podemos afirmar que precedentes citados, si bien no tratan la cuestión específica objeto de este trabajo, contienen fundamentos y criterios extrapolables a la cuestión aquí analizada que permiten concluir, en definitiva, que la designación de agentes de recaudación solo será válida a la luz del principio de territorialidad en la medida que el sujeto posea radicación

(117) Dictamen de Procuración en autos "Telecom Argentina SA c. Corrientes, Provincia de s/ acción declarativa", causa T. 4.XLVII. ORI, 14/04/2014.

(118) CS, "Telecom Argentina SA c. Provincia de Corrientes s/ acción declarativa", ED Tributario, 276.

o algún tipo de presencia física dentro del territorio de la jurisdicción que le impone esa carga.

V. Conclusiones

Los regímenes de recaudación tributaria son instrumentos que han tenido una fenomenal expansión en nuestro país en el campo de la tributación local debido a las evidentes ventajas que reportan para los fiscos a la hora del cobro y percepción de tributos.

Sin embargo, su utilización simultánea y descoordinada por parte de todas las jurisdicciones provinciales y la CABA a los fines del cobro del ISIB provoca diversos inconvenientes que afectan no solo a los contribuyentes en el desarrollo de sus actividades sino también al federalismo fiscal y, consecuentemente, al ansiado objetivo del desarrollo nacional.

En el contexto señalado, aparece la cuestión vinculada a la designación de agentes de retención y percepción en el marco de los regímenes generales de recaudación del ISIB —existentes en las veinticuatro jurisdicciones— desde la perspectiva del principio de territorialidad, como postulado consagrado en forma implícita en la CN y cuya jerarquía constitucional ha sido reconocida inveteradamente por la CS.

Del estudio desarrollado a lo largo del presente trabajo se extrae que las normas de designación de agentes de retención y percepción del ISIB de los regímenes generales de recaudación locales utilizan, en su gran mayoría, técnicas y criterios que se apartan del principio de territorialidad, sea en forma explícita o implícita.

Desde el punto de vista del principio de territorialidad, la designación de agentes de recaudación solo será legítima en la medida que el sujeto posea radicación o alguna clase de asiento físico en la jurisdicción que lo nomina como tal, en tanto la facultad de imponer dicha carga pública es una manifestación más del poder tributario —como lo es la de aplicar y cobrar tributos— que las provincias y la CABA solo pueden ejercer dentro de sus respectivos ámbitos territoriales.

Consecuentemente, cualquier nombramiento de agentes de recaudación de sujetos sin radicación en la jurisdicción no es otra cosa que una pretensión de ejercer el poder tributario fuera de los límites territoriales que invadirá inexorablemente otra jurisdicción, en abierta contradicción al principio de territorialidad y a la doctrina de la CS a su respecto.

Bajo tal premisa, encontramos que la gran mayoría de los ordenamientos fiscales locales, al regular la designación de agentes de recaudación, no prevén como condición de nombramiento que el sujeto posea radicación o algún tipo de presencia física en el territorio. En estos casos, y aun cuando ello no esté expresamente contemplado, consideramos que, por imperio del principio de territorialidad, las designaciones que realicen solo serán legítimas en la medida que, en los hechos, se verifique aquella condición.

A su vez, dentro de ese mismo conjunto de jurisdicciones, existen varias que no solo no exigen presencia física en el territorio, sino que regulan positivamente la designación de sujetos con radicación fuera de él. Tales normas resultan lisa y llanamente inconstitucionales, en tanto se encuentran directamente en pugna con el principio de territorialidad y con la inveterada jurisprudencia de la CS según la cual las facultades impositivas de las provincias no se extienden más allá de sus límites territoriales.

Por otro lado, las referidas jurisdicciones utilizan criterios para designar agentes de recaudación que no permiten dar pleno cumplimiento al principio de territorialidad.

En este aspecto, consideramos que la designación de agentes de recaudación basada en el solo hecho de que el sujeto registre actividad o alta registrada en la jurisdicción resulta inadecuada de cara al principio de territorialidad, pues tales situaciones no implican necesariamente que el sujeto posea asiento físico en la jurisdicción. Este criterio, que amplía el universo de potenciales agentes de recaudación, se apoya en una indebida extrapolación de la noción de sustento territorial propia del CM utilizada para la distribución jurisdiccional de la base imponible del ISIB, que no es equiparable al principio de territorialidad en toda su dimensión. Por consiguiente, el criterio en cuestión conduce al nombramiento de agentes de recaudación a extramuros de los límites territoriales y,

en consecuencia, en pugna con el principio de territorialidad.

A idéntico resultado conducen otros métodos de designación de agentes de recaudación usuales en los ordenamientos locales, como el basado en el nivel de ingresos obtenidos por el sujeto en el desarrollo de sus actividades o el libramiento de las designaciones a la mera decisión del fisco local por razones de interés fiscal.

En el contexto actual, para cuestionar una designación como agente de recaudación como contraria al principio de territorialidad o discutir una pretensión fiscal en tal sentido, diversos factores dificultan la posibilidad de obtener un pronunciamiento favorable en un tiempo razonable.

En casos puntuales de cuestionamientos de regímenes recaudatorios por parte de sujetos designados como agentes de retención o percepción, la CS ha aplicado la doctrina emergente del fallo "Papel Misionero", denegando su competencia originaria y reenviando la cuestión a las instancias provinciales. Ello implica que, para cuestionar su designación, el sujeto debería, en principio, encauzar la discusión recorriendo las instancias administrativas y judiciales locales, con posibilidad de acceder al Máximo Tribunal Federal por recurso extraordinario federal, solo en caso de suscitarse una cuestión federal que lo habilite.

No obstante la vigencia de la doctrina de "Papel Misionero", y teniendo a la vista que la CS ha aceptado su competencia originaria para discutir la validez de normas locales cuando son cuestionadas como contrarias a la CN, consideramos que dicha perspectiva debería emplearse también frente al cuestionamiento de una norma o acto local de designación de un sujeto como agente de recaudación en pugna con el principio de territorialidad, en virtud de su jerarquía constitucional reconocida por la propia CS.

En ese orden de ideas, entendemos que la cuestión aquí analizada debe surtir la competencia originaria de la CS —aun bajo la doctrina de "Papel Misionero"— si es fundada exclusivamente en cláusulas constitucionales —y, eventualmente, en otras normas federales—, en tanto demanda desentrañar el sentido, alcance y coordinación de las potestades fiscales provinciales, materia esta de indiscutible índole constitucional y federal, al encontrarse íntimamente vinculada a la plena vigencia del sistema federal de gobierno.

Son escasos los fallos en los que se ha analizado específicamente la relación entre el principio de territorialidad y la designación de agentes de retención o percepción tributarios por jurisdicciones locales, lo que obliga a procurar respaldo jurisprudencial en fallos vinculados a otras cuestiones cuyos principios puedan trasladarse a la situación analizada.

En tal dirección, existen numerosos fallos de la CS relativos al principio de territorialidad en materia de gravámenes locales que —si bien no tratan sobre la cuestión específica objeto de este trabajo—, poseen fundamentos extrapolables a la cuestión planteada y permiten concluir que la designación de contribuyentes tanto locales como de CM como agentes de recaudación solo resulta legítima y válida a la luz del principio de territorialidad si el sujeto posee radicación o algún tipo de asiento físico dentro del territorio de la jurisdicción que le impone esa carga.

Los límites de la facultad discrecional de la Administración

A propósito del decreto supremo 057-2020-PCM que restringe el tránsito de personas derivadas de la emergencia sanitaria en el Perú

Víctor Hugo Chávez Moya

Sumario: I. Introducción.— II. Nociones conceptuales.— III. Los límites al ejercicio de la facultad discrecional de la Administración.— IV. Conclusiones.

I. Introducción

El presente trabajo tiene por finalidad proponer que las actuaciones de los órganos administrativos, en uso de sus facultades discrecionales, se ajusten no solo a las leyes (*principio de legalidad*) sino también a la Constitución (*principios y derechos fundamentales*) de un determinado ordenamiento jurídico.

Para ello, se propone que el mismo órgano administrativo, antes de la emisión de su decisión, sea quien se autolimite (*self restraint*), es decir, determine los límites de su actuación y establezca que sus decisiones no solo se encuentran conforme a los presupuestos legales (competencia, objeto, causa, motivación, entre otros), sino que además sean compatibles con las disposiciones previstas en la norma constitucional.

Esta propuesta surge a raíz de haber analizado un decreto supremo emitido en Perú sobre restricciones de tránsito de la personas, en el que se estableció sobre las salidas de las personas de sexo masculino y femenino, habiéndose excluido a personas cuya orientación sexual es distinta, se defiende indudablemente que la mejor garantía para los administrados e incluso para la propia Administración, deba siempre ser ejercida por el control judicial; sin embargo, sería una ventaja para la Administración, toda vez que se garantizaría que la Administración adopte sus medidas no solo bajo el imperio de la ley, sino bajo un ámbito constitucional, con ello se evitaría que las Administración incurra en arbitrariedad.

Otra de las ventajas de esta propuesta es que las decisiones revestidas de estas características evitarían que los actos emitidos por los órganos administrativos terminen siendo controlados judicialmente, pudiéndose reducir la carga procedimental en el contencioso administrativo.

II. Nociones conceptuales

II.1. Sobre el Estado constitucional de derecho

El surgimiento del Estado constitucional de derecho supuso que la ley positiva, otrora guía máxima de la sociedad y del Estado legal de derecho, pasara a un segundo plano, para que la Constitución se convirtiera en la norma fundamental de la sociedad y del Estado, *con carácter vinculante a todos los poderes públicos* y los particulares. Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano ha establecido lo siguiente:

"El tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho supuso, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la

Constitución no era más que una mera norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una norma jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto" **(1)**.

Asimismo, autores como García Pelayo señalan, respecto del Estado constitucional de derecho, que convierte a la Constitución en una norma jurídica vinculante y, a la vez, complementa el principio de supremacía de la ley, toda vez que las disposiciones contenidas en la ley para ser válidas deberán estar conformes al texto constitucional; precisando el citado autor lo siguiente:

"Estado Constitucional de Derecho eleva la constitución desde el plano programático al mundo de las normas jurídicas vinculatorias y, por consiguiente, no solo acoge el principio de la primacía de la ley *in suo ordine*, sino que lo complementa con la supremacía de la Constitucional sobre la ley, y por tanto, sobre el ordenamiento jurídico con la consiguiente anulación de la medida en su conjunto o alguno de sus preceptos que no se adecúe a la norma constitucional" **(2)**.

En esa línea de ideas, consideró que el mejor modelo de Estado es el Estado constitucional de derecho debido a que con este modelo no solo se garantiza la supremacía constitucional, sino que, además, se garantiza la protección de los derechos humanos o fundamentales de los ciudadanos. Por lo que todos los actos de los poderes públicos, incluidos los de la Administración, deberían encontrarse conformes a las disposiciones constitucionales.

Sin embargo, autores como el profesor Coviello consideran que el "Estado de Justicia, Estado Social de Derecho, Estado Social y Democrático de Derecho, Estado Constitucional de Derecho, Estado Social de Derecho o Estado Subsidiario, o cualquiera otra denominación que los autores gusten agregar, identifican una misma realidad en constante progreso: *el Estado de Derecho*" **(3)** (el resaltado es nuestro). Para este, el Estado de Derecho es el mejor modelo para proteger no solo a las personas sino también la actuación de los poderes públicos como garantes del bien común y de su control judicial, manifestando lo siguiente:

"El Estado de Derecho es el modelo protector de las personas en su faz individual y social, lo mismo que de la acción estatal en pro del bien común y de su control judicial, que en modo alguno es estático en su contenido, considero que aquel constituye la fórmula que mejor describe a un Estado donde impera la virtud de la justicia" **(4)**.

En ese sentido, considero que bajo el modelo del Estado constitucional de derecho, la Constitución se convierte en la Norma Jurídica Suprema de todo el ordenamiento jurídico dentro de una sociedad, siendo sus disposiciones vinculantes a todos sus destinatarios (poderes públicos, como la Administración y particulares e incluso el propio poder judicial), y además este es el parámetro de validez de todos los actos que emanen de los poderes públicos (Poder Ejecutivo, Poder Judicial y Poder Legislativo), así como, los emitidos por los particulares (ciudadanos). Siendo ello así, los actos emitidos por la Administración para que tengan plena validez y surtan sus efectos no solo deberán cumplir con su ajustamiento a la ley —bajo el principio de legalidad— legalidad, sino que sobre todo estar conforme a las disposiciones constitucionales, es decir, a los principios, valores y derechos fundamentales que esta consagra (parte dogmática de esta).

II.2. Sobre las facultades regladas y discrecionales en la Administración

Conviene señalar que la Constitución de la Nación Argentina ha previsto, entre otros, lo

(1) Sentencia del Tribunal Constitucional peruano. Exp. 5854-2005-PA/TC de 8 de noviembre de 2005, Fj. 3.

(2) GARCÍA PELAYO, Manuel, "Estado Legal y Estado Constitucional de Derecho", Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, nro. 82, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1991, p. 41.

(3) COVIELLO, Pedro, "Del Estado de Derecho liberal-burgués al Estado Constitucional de Derecho, y su incidencia en el Derecho Administrativo. Una visión rioplatense", DA 2019-123, 27/06/2019, cita online: AR/DOC/1355/2019, ps. 1-26.

(4) Ibidem, p. 19.

siguiente: "Los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en el Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, *promover el bienestar general* (...)".

Bajo esta premisa, y a efectos de concretizar el bien común o el bienestar general, las constituciones, en su parte orgánica, han organizado la estructura del Estado y las competencias de sus órganos (incluido la Administración), garantizando a través del principio de separación de poderes, un equilibrio entre los poderes públicos, a fin de que cada uno de estos ejerza sus competencias y atribuciones con pleno respeto de las competencias de los otros órganos o poderes públicos.

Es así que a la Administración se le han otorgado facultades para que cumpla precisamente con esta finalidad que es la de garantizar el bien común o bienestar general. Estas facultades han sido clasificadas en facultades regladas y discrecionales, siendo esta clasificación clásica aún imperante en la actualidad.

Las facultades regladas, según Federico Campolieti, "es cuando el ordenamiento jurídico regula el ejercicio de la actividad administrativa en todos sus aspectos. En estos casos, la norma que confiere competencia para actuar al órgano administrativo predetermina de manera precisa la consecuencia jurídica asignable a un supuesto de hecho predeterminado" **(5)**. En virtud de ello, podemos advertir que la ley prevé los presupuestos para su validez, como la competencia, supuesto de hecho y consecuencia jurídica, con lo cual se busca eliminar toda discrecionalidad del órgano administrativo, es decir, evitarse con ello un margen de libre apreciación.

Por otro lado, las facultades discrecionales, según el autor antes referido, operativizan "cuando el ordenamiento jurídico otorga al órgano administrativo un margen de libertad para elegir entre distintas posibilidades frente al acaecimiento de un supuesto de hecho concreto" **(6)**. De ello se infiere que la norma solo ha previsto un determinado supuesto de hecho, pero no las consecuencias jurídicas, en esa medida, el órgano administrativo tiene un margen de libertad para poder complementar aquello que no se encuentra previsto en los alcances de la ley, pudiendo inclusive optar entre las diversas alternativas jurídicamente posibles, el precitado autor ha señalado que "la discrecionalidad opera exclusivamente en el plano de las consecuencias jurídicas. Técnicamente, no existe discrecionalidad en la constatación o calificación del supuesto de hecho, sino que, en todo caso, la flexibilidad que admita su definición puede permitir un cierto margen de apreciación, pero que resulta distinto al margen de volición presente en la discrecionalidad propiamente dicha, referida exclusivamente a las consecuencias jurídicas" **(7)**.

En esa misma línea, el autor Domingo Juan Sesin define a la discrecionalidad como "una modalidad de ejercicio que el orden jurídico expresa o implícitamente confiera a quien desempeña la función administrativa para que mediante una apreciación subjetiva del interés público comprometido complete creativamente el ordenamiento en su concreción práctica, seleccionando una alternativa entre varias igualmente validad para el derecho" **(8)**.

Según refiere Campolieti, siguiendo a García de Enterría, "las facultades discrecionales son siempre otorgadas por la norma" **(9)**; en ese

(5) CAMPOLIETI, Federico, "El control judicial de la discrecionalidad administrativa" [según el citado autor este trabajo, con alguna mínima modificación, fue publicado como cap. XXXV en TAWIL, Guido S. (dir.), Derecho Procesal Administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011], ps. 107-120.

(6) Ibidem, p. 109.

(7) Idem.

(8) SESIN, Domingo J., "Discrecionalidad Administrativa y Conceptos Jurídicos Indeterminados", El Derecho Administrativo Argentino, Hoy, ps. 294-301. Debido a las circunstancias, solo se pudo acceder a una versión del documento proporcionada por la cátedra.

(9) CAMPOLIETI, Federico, "El control judicial...", ob. cit., p. 112. En esta cita el referido autor referencia a GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "La lucha contra las inmunidades del poder", Civitas, Madrid, 1983, p. 25: "Es falsa, pues la tesis, bastante común, por otra parte, de que hay potestad discrecional allí donde no hay norma, postulado central de la doctrina de la vinculación negativa de la Administración al derecho".

sentido, el ejercicio de dichas facultades, pese a no estar previstas en la ley, no implica que el órgano administrativo las ejerza a su libre albedrio o voluntad. En consecuencia, podemos afirmar que la discrecionalidad no es absoluta, ya que los actos de la administración encuentran sus límites en la ley y la Constitución.

III. Los límites al ejercicio de la facultad discrecional de la Administración

Tal y conforme se ha señalado precedentemente, para que la Administración ejerza sus competencias y atribuciones, es imperioso que el ordenamiento jurídico le confiera no solo las facultades regladas, sino que además las facultades discrecionales.

Sin embargo, esta facultad discrecional conferida a la Administración, en determinados supuestos de actuación de esta, ha devenido en arbitraria e irrazonable. Para explicar ello, se ha propuesto analizar un caso surgido en el contexto peruano.

Mediante el decreto supremo 057-2020-PCM **(10)** el Gobierno del Perú dispuso en su art. 1º, lo siguiente: "Incorpórese el numeral 3.8 al art. 3º del decreto Supremo 051-2020-PCM, que queda redactado de la siguiente manera: 'Para la adquisición de víveres o productos de primera farmacéuticos, solo está permitido el desplazamiento de una persona del número familiar. *Los días lunes, miércoles y viernes únicamente podrán transitar personas del sexo masculino y los martes, jueves y sábados las personas del sexo femenino*. Asimismo, el día domingo, la inmovilización social obligatoria es para todos los ciudadanos en el territorio nacional durante todo el día. Para la aplicación y control de la presente disposición, queda prohibido cualquier tipo de discriminación'" (el resaltado es nuestro).

De la revisión y análisis del citado precepto legal se puede afirmar que en el contexto de la emergencia sanitaria el Gobierno peruano se encuentra legitimado para dictar medidas con la finalidad de afrontar la crisis sanitaria ante la propagación del COVID-19, lo cual no será materia de debate, una de estas medidas fue la emisión de la citada disposición legal, que si bien cumple con una finalidad legítima "evitar la propagación del coronavirus y proteger la salud y la vida de los ciudadanos".

Sin embargo, haciendo un análisis de la necesidad de la medida, se advierten dos aspectos. En principio, el propio texto de la disposición legal bajo análisis ha previsto que la medida impuesta (restricciones para la movilización social por días) tenga que ser aplicada y cumplida solo por dos tipos de personas (del género femenino y género masculino), excluyendo a un grupo vulnerable de la población (aquellos ciudadanos que se definen bajo una diferente orientación sexual); en consecuencia, dicha medida contenida en la disposición legal resultaría de por sí discriminatoria al excluir a este grupo humano.

El otro aspecto que advertimos es que, a pesar de que textualmente en la citada disposición legal se prohibía todo acto discriminatorio, en su aplicación y control, los órganos administrativos, especialmente los agentes policiales, terminaron cometiendo actos discriminatorios, burlas y maltratos, conculcando la integridad, dignidad y otros derechos fundamentales de este grupo vulnerable de la población, conforme se pudo ver en los distintos medios periodísticos del Perú.

En este sentido, podemos afirmar que la medida no ha superado el juicio de necesidad, puesto que el Gobierno peruano pudo adoptar otro tipo de medida, igualmente efectivas y satisfactoria para afrontar dicha Emergencia Sanitaria, sin ser lesivas a los derechos y principios que priman en un Estado constitucional de derecho.

En consecuencia, se puede afirmar que, si bien el ordenamiento jurídico ha otorgado facultades discrecionales a la Administración para que cumpla con la finalidad pública propuesta y se garantice con ello el bienestar general, en virtud del ejercicio de esta facultad, la Administración incurrió en actos arbitrarios, ya que se afectaron derechos fundamentales como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, entre otros derechos.

(10) Publicado en el diario oficial El Peruano el 2 de abril de 2020.

Ante ello, el ordenamiento jurídico ha premunido a los afectados de recurrir ante el órgano jurisdiccional para la defensa de los derechos conculcados y finalmente sean los jueces, a través del control judicial, los que determinen si estos cumplen con los presupuestos de la ley y si se ajustan a la Constitución en estricto.

A modo de reflexión, considero que, en un Estado constitucional de derecho, la mejor garantía para la protección de los derechos de los ciudadanos e incluso de la propia Administración es el control judicial. Sin embargo, podemos advertir además que los jueces no reemplazan la labor de la administración, sino que retrotraen los actos al momento de generase el vicio que invalida, por lo que su juicio se circunscribe a determinar si se cumplieron los presupuestos sobre que el acto haya sido o no razonable.

En tal sentido, me formulo un interrogante: *por qué* no puede la Administración, al adoptar la medida, autolimitarse (*self restraint*) y analizar si su decisión dentro de la facultad de discrecionalidad que le confiere la norma legal tener sus límites en la propia norma constitucional.

Esta propuesta no contradice que la mejor garantía para los administrados e incluso para la propia Administración, sea ejercida por el control judicial; sin embargo, sería una ventaja para la Administración, toda vez que garantizaría que el fondo del asunto puesto en conocimiento de la Administración, sea resuelto no solo dentro de los alcances de la ley sino bajo un ámbito constitucional, evitándose con ello la arbitrariedad.

Otra de las ventajas de esta propuesta es que las decisiones revestidas de estas características evitarían que los actos emitidos por los órganos administrativos terminen siendo controlados judicialmente, pudiéndose reducir la carga procedimental en el contencioso administrativo.

Por lo antes señalado, el ejercicio de la potestad discrecional de la Administración debe necesariamente estar sometida a límites, y no solo a los límites previstos en la ley (principio de legalidad) sino los límites que establece la Constitución de un determinado Estado, que es el respeto a los derechos y principios emanados de la Norma Suprema. Lo preceptuado tiene contenido en sentencia expedida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Ballena, Ricardo y otros vs. Panamá, fondo reparaciones y costas", sentencia del 2 de febrero de 2001, serie C 72, párr. 126":

"En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, *la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos*. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y esta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados (...)" **(11)**.

IV. Conclusiones

1. En virtud del caso planteado, se advierte que la Administración (actos policiales) han incurrido en excesos al ejercer su facultad discrecional, respecto a la aplicación y control de la medida planteada por el Gobierno peruano; evidenciándose con ello una clara transgresión de los derechos fundamentales del grupo LGTBI.

2. A modo de reflexión, sería razonable que la Administración se autolimitara (*self restraint*) y que su decisión sostenida en la facultad de discrecionalidad encuentre sus límites en el ámbito de la norma constitucional.

3. El ejercicio de la facultad discrecional otorgada a la Administración debe tener límites, y considero que no solo deben ser los límites consagrados en la ley (principio de legalidad), sino los límites que establece la Constitución de un determinado Estado, que es el respeto a los derechos y principios emanados de la Norma Suprema.

(11) Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Baena Ricardo y otros vs Panamá, fondo reparaciones y costas", sentencia del 2 de febrero de 2001, serie C Nro. 72, párr. 126.

Acceso a la justicia: legitimación de nuevos actores

Rosario Mendoza Peña

Sumario: I. Introducción.— II. Desarrollo.— III. Conclusión.— IV. Bibliografía.

I. Introducción

El derecho administrativo siempre actúa en beneficio del interés público y así como la administración no puede perseguir otros fines, el administrado no podrá hacer prevalecer sus intereses particulares si estos se contraponen con necesidades prioritarias y esenciales de la comunidad. La circunstancia de que las normas aplicables en cada caso amparen a un individuo, o a un grupo, o a toda la población no resulta determinante debido a que, dentro del derecho público, aunque la ley contemple una situación de interés individual, siempre tendrá por objetivo finalista la búsqueda del bien común.

Lo importante en el tema que nos compete es que el titular del derecho pueda reclamar en el campo administrativo y en el terreno judicial sin mayores inconvenientes ni trabas que le dificulten el acceso a la justicia.

La legitimación es la capacidad de las personas de ser parte en el procedimiento administrativo y el proceso judicial con el objeto de defender sus intereses.

La Constitución de 1994 incorporó a la Primera Parte su Segundo Capítulo "Nuevos Derechos y Garantías", y entre ellos las normas de los arts. 42 y 43, denotando con ello la apertura clara hacia el principio de la tutela judicial efectiva: la libertad de acceso a la justicia.

Es básico entender que debe existir un interés en la cuestión; el tema es la medida de ese interés, su extensión, su divisibilidad entre varios sujetos o su pertenencia a todos —o algunos— sin necesaria titularidad, y con todos esos elementos determinar el acceso efectivo a la justicia.

I.1. Proceso de internacionalización

La reforma de la Constitución nacional de Argentina del año 1994 consolidó un creciente proceso de internacionalización de nuestro derecho que se venía observando en la jurisprudencia de la Corte Federal.

"La reforma de la Constitución Nacional en 1994 dio lugar a un *'cambio cualitativo en la situación de los consumidores y usuarios*... [que] radica en el reconocimiento por parte del derecho constitucional de las ondas *desigualdades inmanentes al mercado y al consumo*, dada la *asimetría real* en que se desenvuelve *la persona* que acude *al mercado* en pos de la *satisfacción de sus necesidades humanas*" (CS, "CEPIS", sent. 18/08/2016, Fallos 339:1077, consid. 17).

La fuerte injerencia de las diversas convenciones de derechos humanos en nuestro ordenamiento, sumada a la regla de la superioridad jerárquica de los tratados internacionales sobre las leyes, han generado un gran desafío para el operador jurídico: la búsqueda de la compatibilidad entre las diversas ramas del derecho con el nuevo sistema de fuentes diseñado por el constituyente federal.

La Administración Pública, que estuvo como única gestora de un interés público cuyo monopolio recaía en cabeza de entes soberanos, se enfrenta hoy a un proceso evolutivo caracterizado por la variación de los mecanismos de producción y aplicación de las normas que vinculan directamente al Estado con los ciudadanos. Y este

proceso, se caracteriza por no distinguir cuál es el sujeto emisor de la acción u omisión que lesiona derechos fundamentales.

La Constitución de 1994 incorporó a la Primera Parte su Segundo Capítulo "Nuevos Derechos y Garantías", y entre ellos las normas de los arts. 42 y 43, denotando con ello la apertura clara hacia el principio de la tutela judicial efectiva: hacia la consagración constitucional de la protección concreta de los ciudadanos o habitantes del territorio, elevando a la máxima jerarquía normativa no solo bienes jurídicos diferentes sino también instrumentos de naturaleza procesal (aunque sea materia expresamente reservada a las provincias).

Esa tutela judicial efectiva comprende: a) la libertad de acceso a la justicia, eliminando los obstáculos procesales que pudieran impedirlo; b) de obtener una sentencia de fondo, es decir, motivada y fundada, en un tiempo razonable, más allá del acierto de dicha decisión; y c) que esa sentencia se cumpla, o sea a la ejecutoriedad del fallo.

Es decir, que se amplió el marco jurídico hacia los postulados de los "nuevos derechos", intentando receptar los efectos del avance mundial hacia la globalización (en particular los aportes del derecho internacional regional o interestadual) y también el proceso de concientización de la protección de nuevas instituciones, nuevos instrumentos y nuevos bienes jurídicos a proteger.

Dentro de esos "nuevos derechos" aparecen los derechos de los consumidores los cuales se inscriben como una especie del género "derechos humanos de tercera generación", un microsistema para algunos o nuevo campo de la disciplina jurídica, con principios propios, con carácter de *orden público y de interés social*.

La relación de consumo es por tanto el eje sobre el cual gira el sistema protectorio del consumidor, que tiene como derecho de "ingreso al sistema" el derecho de acceso al consumo, implícito en el art. 42 y expreso en otros ordenamientos locales, como Código Provincial de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios de la Provincia de Buenos Aires (ley 13.133), en su art. 4º.

Desde el aspecto dinámico o de implementación de los derechos de consumidores y usuarios, la Constitución nacional les confiere la garantía de contar con un "procedimiento eficaz para la prevención y solución de conflictos" (art. 42, último párr.). Y en el orden local, la Constitución de la provincia de Buenos Aires recepta expresamente el principio de "acceso a la justicia" para todo ciudadano, garantizando la tutela judicial continua y efectiva, tanto en los procedimientos judiciales como en los administrativos (art. 15).

En resguardo de los derechos de los consumidores y usuarios, las Autoridades tienen la "obligación constitucional" de "proveer" a su protección (arts. 42, CN y 38, Const. de la provincia de Bs. As.). En consecuencia, el Estado, como gestor del bienestar general (Preámbulo de la Constitución nacional), debe asumir un rol activo, tendiente a la consecución de dicho objetivo. Debe utilizar todos los medios a su alcance, con la finalidad de atender de la mejor forma a la satisfacción del *interés general.*

La ley 13.133, denominada "Código Provincial de Implementación de los Derechos de Consumidores y Usuarios" (CIDCU), contempló la descentralización de las funciones emergentes de la ley 24.240 y normas complementarias, en todos los *municipios bonaerenses* (art. 79), delegándoles la potestad "de aplicar los procedimientos y las sanciones previstas en esta Ley, respecto de las infracciones cometidas dentro de los límites de sus respectivos territorios…". De manera que el Municipio podrá dictar medidas tendientes a la aplicación, ejecución e implementación de la Ley de Defensa del Consumidor.

Esas funciones administrativas específicas, se inscriben dentro del marco constitucional general que establece el régimen municipal como una nota característica del sistema representativo republicano de gobierno (arts. 1º y 5º, CN), con resguardo de la autonomía y prerrogativas de las jurisdicciones municipales para administrar y gestionar los intereses de los ciudadanos a nivel local (arts. 75, incs. 12 y 30, 123, CN; arts. 190, 191, 192 y ccds., Const. Pcial.).

Asimismo, con la internacionalización de la protección de los derechos de usuarios y con-

sumidores con el dictado de las "Directrices para la protección del consumidor" de las Naciones Unidas del año 1985, se la adiciona (desde la reforma constitucional de 1994) jerarquía constitucional a estos derechos adquiriendo un nuevo "valor superior" sobre todas aquellas actividades involucradas en el mercado de consumo. Y de acuerdo con el art. 65 de la ley 24.240, estas normas poseen el rango de "orden público" y son esenciales, debido a que representan valores íntimamente ligados a la realización de los objetivos del Estado, y cualquier norma que colisione con ellas, o disminuya la tutela asegurada por aquella, debe ceder. Como ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, son de "inexcusable aplicación" (dictamen de la Procuración General, al que remitió la CS en la causa B. 2906. XXXVIII, "Basso de Mele, Rosana Mirta c. AFIP - Dirección General de Aduanas s/ sumarísimo", 02/12/2004).

El contenido imperativo de las normas de la Ley de Defensa del Consumidor se impone sobre la autonomía de la voluntad. La norma constitucional del art. 42 le otorga a la ley 24.240 un rango superior al legislativo, incluyéndola dentro de los "Nuevos Derechos y Garantías" que pasaron a ampliar el catálogo de la parte dogmática.

"La finalidad de la ley 24.240 consiste en la debida tutela y protección del consumidor o el usuario, que a modo de *purificador legal* integra sus normas con las de todo el orden jurídico, de manera que se impone una interpretación que no produzca un conflicto internormativo, ni malogre o controvierta los derechos y garantías que, en tal sentido, consagra el art. 42 de la CN" (CS, "Ferreyra, Víctor Daniel y Ferreyra, Ramón c. VICOV SA s/ daños y perjuicios", sent. 21/03/2006, Fallos 329:646, voto E. Raúl Zaffaroni)**.**

II. Desarrollo

II.1. Legitimación activa de los nuevos actores: usuarios y consumidores y el papel de la justicia

La Constitución nacional situó a los derechos del usuario y consumidor dentro de un contexto fáctico real, como ser dentro de la relación de consumo. De esta manera se admitió una realidad que todas las personas son usuarios y consumidores, como asimismo ha admitido el estado de indefensión ante el cual se encuentran los consumidores y/o usuarios, frente a los proveedores de bienes y servicios.

Su objeto principal es que, los usuarios y consumidores sean receptores de un servicio en condiciones de calidad y dignidad, y que puedan ver satisfechos y cumplidos sus derechos constitucionales.

Dentro de los principios del Derecho del Consumidor, encontramos: a) principio protectorio, fundamental en la materia, con fundamento en el derecho argentino en el art. 42 de la Constitucional (CN) y el art. 1º de la LDC, que para su aplicación se puede expresar en dos formas: 1) regla *in dubio pro consumidor*; tanto para la interpretación de las normas (art. 3º de la LDC) como de las relaciones de consumo (art. 37 de la LDC); 2) regla de la norma más favorable (art. 3º de la LDC); b) principio de irrenunciabilidad de los derechos, basado en el carácter de orden público del Derecho del Consumidor (art. 65 de la LDC); c) principio de buena fe (art. 37 de la LDC); d) principio de equidad; e) principio de no discriminación (art. 16 CN y tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional y art. 8º bis de la LDC), f) principio de realidad; g) principio de solidaridad (arts. 2º y 40 de la LDC) y h) principio de sustentabilidad (arts. 41 de la CN y 43 inc. a] de la LDC).

La finalidad instaurada por el art. 42 de la CN, confirió a favor de los usuarios y consumidores, herramientas procesales a fin de exigir, al prestador del servicio o del proveedor del bien el cumplimiento de dichas condiciones.

Entonces, cuando los consumidores y usuarios resulten amenazados o afectados en sus derechos subjetivos, de incidencia colectiva o intereses legítimos, se encuentran legitimados para realizar la *denuncia* en el Municipio donde se haya cometido la presunta infracción o del domicilio del consumidor, los afectados pueden ser: a) los consumidores y usuarios en forma individual o colectiva; b) las Asociaciones de Consumidores debidamente registradas en la provincia de Buenos Aires; c) los municipios a través de las Oficinas Municipales de Información al Consumidor (OMIC).

En el caso de la municipalidad de La Plata, implemento una estructura administrativa creando un organismo encargado de llevar adelante el procedimiento conciliatorio y sumarial, la Dirección de Defensa del Consumidor (conf. dec. 2780/2017, Secretaría de Políticas Públicas en Seguridad y Justicia) y asignando la etapa resolutiva a los Juzgados de Faltas (dec. 1089/2004). Así es que resulta competente la Dirección de Defensa del Consumidor para intervenir como autoridad local de aplicación de la ley 24.240 y normas concordantes.

Entonces el procedimiento administrativo para la defensa del consumidor en el ámbito de la ciudad de La Plata es de la siguiente manera, consta dos instancias:

1) Primera instancia conciliatoria: la Dirección de Defensa del Consumidor radica la denuncia. La Dirección tiene a cargo la ejecución de la etapa conciliatoria, para la inspección, comprobación, determinación de las infracciones de la ley 24.240 y demás normas reglamentarias en la provincia de Buenos Aires.

Si la conciliación no tiene éxito, se continuará con el proceso para aplicar, si resulta pertinente, sanciones a la empresa, remitiéndose las actuaciones a la justicia de faltas.

2) Segunda instancia: etapa resolutiva del sumario procedimental la tiene a cargo de los Juzgados de Faltas.

El organismo podrá sancionar a la empresa como también obligar al proveedor a resarcir el daño directo que haya sufrido el consumidor sobre sus bienes o su persona hasta un monto determinado.

También el consumidor podrá recurrir a la Justicia para obtener un resarcimiento, en el cual goza de gratuidad (conf. art. 25 de la ley 13.133).

Pero lo importante, es que tales herramientas sean efectivas y realmente destinadas a la tutela de los usuarios (de modo íntegro), y tiendan a disminuir la desigualdad que se consagra a favor de quien es titular de mayor fuerza y poderío económico, jurídico, y hasta operativo, como ser, el proveedor, evitando que se produzcan situaciones ilegítimas o irregulares que agravien derechos constituidos y consagrados a favor de los consumidores y de los usuarios.

Es evidente que, el órgano administrativo y judicial, siendo de orden público el régimen tuitivo de los usuarios y consumidores, debe actuar de modo directo e inmediato, a los fines de reparar cualquier afectación a los derechos consagrados a favor de los usuarios y consumidores.

Las prerrogativas de orden público son inherentes a la actividad del Estado. Lo obligan a este a guardar un significativo y apreciable respecto por el "principio de trato igualitario". Las normas de orden público son siempre de derecho obligatorio, alcanzando la exigibilidad a todos los sujetos y a todas las relaciones o situaciones jurídicas que puedan existir.

El orden público determina que, sus normas, no puedan sustituirse por otras disposiciones acordadas, contractualmente por las partes, ni tampoco pueda renunciarse a los derechos que confieren.

En consecuencia, la Administración y quienes ejercen funciones públicas, deben propender a garantizar la plena vigencia de los principios constitucionales, que constituyen el orden público, la ley, para los casos por ella regidos.

También debemos decir, entonces, que el órgano judicial estaría facultado para eliminar de oficio del mundo jurídico, actos o conductas que violenten el orden público.

II.2. La legitimación en el marco del procedimiento administrativo

En el ámbito nacional, la Ley de Procedimiento Administrativo (ley 19.549) y su decreto reglamentario (dec. 1759/1972) disponen expresamente que el sujeto legitimado en el marco del procedimiento es el *titular de derechos subjetivos e intereses legítimos.*

Pero a raíz del art. 43 de la CN, fue ampliado este esquema en el marco del proceso judicial. De esta manera el convencional reconoció legitimación procesal al *afectado, las asociaciones y el Defensor del Pueblo* en relación con los derechos colectivos.

El concepto de la Ley de Procedimiento Administrativo (ley 19.549) debe extenderse, ya que partimos del presupuesto constitucional de que el titular de los derechos colectivos puede iniciar acciones judiciales. Entonces es ilógico decir que las personas pueden presentar su planteo ante el juez, pero negarles el camino administrativo cuando en varias oportunidades este es obligatorio y previo a las vías judiciales. También puede ocurrir que el titular inicie el camino judicial pero el juez resuelva rechazarlo porque no acudió previamente por el camino administrativo, cuando en verdad no pudo hacerlo por carecer de legitimación como parte en el procedimiento.

En el ámbito de la provincia de Buenos Aires, el art. 13 de la ley 12.008 en vigencia desde el 2004 (Código Contencioso Administrativo), otorga legitimación activa a "toda persona que invoque una lesión, afectación o desconocimiento de sus derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico". Se observa una amplia legitimación procesal, la que incluye no solo a los titulares de derechos subjetivos e intereses legítimos sino también aquellos que posean un interés simple o intereses difusos o colectivos tutelados en el art. 43 de la CN.

Por otro lado, el art. 10 de la Ley de Procedimiento Administrativo (dec. 7647/1970), legitima activamente a quien "tenga derecho o interés legítimo", es decir, en un tono restrictivo.

Por lo tanto, el mencionado art. 13 del Código Contencioso Administrativo derogó al art. 10 del dec.-ley 7647/1970 ampliando sustancialmente las categorías de sujetos legitimados para peticionar, reclamar y recurrir en sede administrativa.

En estas condiciones, es que la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó el fallo conocido como "Halabi" (CS, 24/02/2009, "Halabi, Ernesto c. PEN - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986") con fecha 24 de febrero de 2009, en donde se estableció la *ampliación de la legitimación activa*. Así en materia de legitimación procesal delimita tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Y cuando no exista una ley en nuestro derecho que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase, el art. 43 de la CN es operativo y es obligación de los jueces darle eficacia cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular.

En consecuencia, en el fallo, la CS estableció que la asociación actora tiene legitimación suficiente para entablar la acción colectiva que persigue la declaración de ineficacia de determinadas cláusulas del contrato de adhesión que había suscripto la demandada con sus afiliados.

Asimismo, con este fallo la CS introdujo los requisitos o condiciones que debería contener una acción de clase, o de "derecho de incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneos", en el marco del derecho argentino. Ellas son:

a. La primera es la condición básica para la procedencia de cualquier acción: el interés o el daño. En las acciones de clase, se agrega que debe ser un hecho único que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales.

b. Ese daño causado a una pluralidad de derechos individuales, no debe ser un daño diferenciado en cada sujeto, sino que debe contar con elementos homogéneos dentro de esa pluralidad de sujetos al estar afectado por un mismo hecho. Este es el concepto de clase para la CS.

c. Por último, para este tipo de acción (de incidencia colectiva en relación con intereses individuales homogéneos) debía ser exigible que el interés individual, considerado aisladamente, no justificara la promoción de una demanda por la poca cuantía del reclamo relacionado con el costo del litigio, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia. Sin embargo, aclara que la acción resultará de todos modos procedente en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o cuando afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos. En esas circunstancias, la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte.

III. Conclusión

La Constitución de 1994 amplió el acceso a la justicia mediante la incorporación de los derechos de incidencia colectiva (derechos ambientales, del consumidor, etc.) como judiciables y la modificación del estatus de quienes están autorizados a reclamar por ellos.

Es así como los "nuevos derechos y garantías" consagrados en la nueva Constitución expandieron los derechos protegidos y autorizaron al defensor del pueblo y a asociaciones a iniciar litigios y representar a los afectados. Esto expandió el conjunto de materias reclamables, así como la identidad de los actores autorizados a hacerlo.

En consecuencia, se pueden observar que hubo dos transformaciones que resultaron en la ampliación del acceso a la justicia. Como primera transformación, se amplió la cantidad de materias judiciables y en consecuencia las áreas que el Estado se obliga a proteger. Y como segunda transformación, se modificaron los requisitos de legitimación para demandar, lo cual dio lugar a la emergencia de nuevos actores, como asociaciones de representación de intereses colectivos, que han permitido la representación judicial de grupos hasta ese momento desprotegidos y descoordinados.

En el caso de la Ley de Defensa del Consumidor terminó de consolidar la presencia de un sistema de protección jurídica, que anteriormente estaba fundado solo en normas sustantivas y adjetivas generales, no dirigidas directa y específicamente al amparo de los consumidores.

La ley 24.240 es de orden público, y consagra el principio de en la duda a favor del usuario o consumidor y otorga acceso judicial para su tutela. Asimismo, admitió la legitimación de asociaciones de usuarios y consumidores para actuar en juicio contra los proveedores de bienes y servicios.

Esto implica un canal importante de participación popular, dando legitimidad a todos los afectados, tanto para defender derechos particulares como colectivos. Ya que la justicia no se activa por sí misma, ella depende de las acciones que insten los ciudadanos y organizaciones.

IV. Bibliografía

ACCIARRI, Hugo A., "Las garantías legales en las relaciones de consumo y la información: algunas consideraciones económicas y jurídicas acerca de sus efectos", LA LEY, Buenos Aires, t. 1999-B, ps. 924-935), H. 3460.

AMAYA, Jorge A., "Aportes a los procedimientos de protección al consumidor que consagra el art. 42 de la CN", *Revista Jurídica. Buenos Aires*, nro. 1, primavera-verano 1999, ps. 13-46, H. 6640.

BENÍTEZ, Elsa - LOVECE, Graciela I., "Derecho de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios: ley 24.240", JA, Buenos Aires, t. 1996-II, 1996, ps. 964-967. H. 3463.

BIDART CAMPOS, Germán J., "Manual de la Constitución reformada", t. III, ps. 435 y ss.

BOTASSI, Carlos A., "El nuevo proceso contencioso administrativo provincial y su incidencia sobre la Ley de Procedimiento Administrativo", LNBA 2005-0-5.

BOTASSI, Carlos A. - OROZ, Miguel H., "Procedimiento Administrativo de la Provincia de Buenos Aires. Decreto-ley 7647/70 y ordenanza general 267/80", 2ª ed. corregida, actualizada y ampliada, Librería Editora Platense, 2011.

JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, María, "La legitimación del afectado, del Defensor del Pueblo y de las asociaciones. La reforma constitucional de 1994 y la jurisprudencia", LA LEY 2003-B, 1333.

GORDILLO, A., "El acto administrativo", Fundación de Derecho Administrativo, 2000, 5ª ed.

El acceso a la justicia y la legitimación activa en los procesos colectivos

Ana Carolina Geist

Sumario: I. Introducción.— II. La operatividad de los derechos de incidencia colectiva.— III. Quiénes se encuentran legitimados.— IV. La representación adecuada. Fallo "Halabi".— V. La certificación de la acción colectiva.— VI. Gratuidad del proceso como garantía de acceso a la justicia.

I. Introducción

La irrupción de los procesos colectivos o acciones de clases en el mundo del derecho obedece al nuevo paradigma del sentido de justicia, trascendental en los últimos 40 años, *surgida de una nítida demanda social tendiente a encontrar un cauce adecuado para la solución de conflictos cuya característica reside en el número de personas afectadas* **(1)**. El siglo pasado se ha visto atravesado y transformado por la creación de tutelas jurídicas para lograr una mejor distribución y amparo de los más vulnerables. En el siglo XXI se ha identificado otro sujeto débil que es colectivo, que ya no son individuos, sino la propia naturaleza **(2)**.

En el derecho comparado, la acción colectiva norteamericana (*common law*), encuentra su precedente en el *bill of peace* del siglo XVII **(3)**, siendo las normas fundamentales rectoras de las *class action* fijadas en la regla 23 de las *Federal Rules of Civil Procedure* de 1938, con su antecedente más remoto en la *equity rule 48 de 1883,* primera norma sobre litigio grupal en los tribunales federales.

En América Latina, Brasil ha sido el primer país en introducir en su ordenamiento jurídico la tutela de intereses difusos. La Ley de Acción Civil Pública del año 1985 trató el procedimiento de la acción colectiva, y luego en el año 1990 se promulgó el Código del Consumidor, el que incluye procedimientos sobre el litigio de las acciones colectivas por daños individuales, además de hacer referencia a la protección del consumidor ante los tribunales.

En nuestro país, resulta trascendental el voto en minoría del Dr. Gualberto Lucas Sosa, juez de la sala 1º de la Cámara 2ª de la Plata, quien en oportunidad de emitir su fallo en los autos "Celulosa Argentina SA c. Municipalidad de Quilmes", dejó al descubierto —como avizorara Cappelletti— la insuficiencia de las formas tradicionales del proceso común **(4)**.

Hasta la reforma de la Constitución nacional de 1994 e incluso luego de ella, los jueces, a través de sus fallos debieron —y actualmente continúan en la tarea— fijar las pautas, reglas y el procedimiento más adecuado tendiente a la tutela efectiva de los derechos colectivos.

Luego del fallo "Halabi" **(5)**, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en uso de las facul-

(1) OTEIZA, Eduardo, "Procesos colectivos", Asociación Argentina de Derecho Procesal, Rubinzal Culzoni, p. 9.

(2) LORENZETTI, Ricardo L., "Francisco y la ética de los vulnerables", www.infobae.com/2015/06/22/1736853.

(3) La bill of peace permitía que múltiples demandantes o demandados resolvieran sus cuestiones comunes en una acción legal única ante las courts of charency.

(4) Conf. OTEIZA, Eduardo, "Procesos colectivos", ob. cit., p. 15 (JA 1978-III-312).

(5) CS, 24/02/2009, "Halabi, Ernesto c. PEN - ley 25.873 - dec. 1563/2004 s/ amparo ley 16.986".

tades concedidas **(6)**, ha dictado las acordadas 32/2014 **(7)** y 12/2016 **(8)**, con la intención de fijar reglas y precisar algunos aspectos que hacen a la tramitación de estas clases de procesos que los distinguen de las acciones individuales, a fin de asegurar a la población un adecuado servicio de justicia.

A nivel provincial, se sancionó la ley 7968 **(9)** de creación del Registro de Procesos Colectivos y la Corte de Justicia de Salta dictó la acordada 12.324 de fecha 9 de febrero de 2017, mediante la cual reglamentó el funcionamiento del Registro, estableciendo además ciertas pautas en el ejercicio jurisdiccional frente a la interposición de Procesos Colectivos.

Resulta trascendental propiciar las reformas legislativas necesarias tendientes a determinar reglas procesales aplicables a los amparos colectivos, ya que el esquema formalista del proceso tradicional caracterizado por la prevalencia de la escritura y la falta de inmediación de las partes con el magistrado, no es la vía idónea para la defensa de los derechos e intereses transindividuales, siendo —además— el trámite ajeno a nuestra tradicional cultura por la necesidad de conducir una masa de sujetos intervinientes que supera el molde de todo posible litis consorcio **(10)**.

En ese contexto, luego de analizar lo dispuesto en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica **(11)** en lo que hace a la legitimación, serán abordados los antecedentes jurisprudenciales aplicados en la materia.

II. La operatividad de los derechos de incidencia colectiva

"La tutela colectiva debe ser entendida como un subsistema de resolución de conflictos dentro de un sistema mayor denominado derecho procesal que a la vez, cual muñeca rusa, se inserta en un conglomerado mayor de posibilidades que el Estado prevé para pacificar las dispuestas sociales" **(12)**.

Antes de la reforma de nuestra Carta Magna en el año 1994, la existencia de los derechos de incidencia colectiva no era una cuestión clara. Es más, su operatividad era negada, partiendo de la clásica distinción doctrinaria entre derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple.

Así, el cumplimiento de las normas de protección ambiental era un imperativo del derecho objetivo titularizado por los individuos en general y por lo tanto carecían de un derecho o interés legítimo para accionar judicialmente ante perjuicios ambientales, estando únicamente habilitados para denunciar la ilegalidad ante la autoridad administrativa competente **(13)**, por ser titulares de un interés simple.

A partir del siglo XIX se distinguen el derecho subjetivo propiamente dicho o primitivo, de aquel no reconocido por la autoridad pública, el llamado interés o derecho en expectativa, que dependía de un acto de la administración para su nacimiento, el que, a partir de ese momento, recién se tornaba adquirido y tenía tutela como el primero **(14)**.

Dicha distinción ha dado nacimiento en el derecho administrativo a la diferenciación entre derecho subjetivo e interés legítimo, la que resultó clave a la hora de entender como el derecho subjetivo individual ha dado paso a la existencia de intereses difusos dignos de tutela judicial efectiva, aquellos que interesan a toda una comunidad o grupo de personas.

(6) Conf. art. 18 de la ley 48, art. 1º de la ley 4055 y art. 4º de la ley 25.488 de reforma del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación.

(7) Acordada 32/2014 de la CS, de Creación del Registro de Procesos Colectivos.

(8) Acordada 12/2016 de la CS, de Aprobación del Reglamento de Actuación de Procesos Colectivos.

(9) BO 19.933, fecha de sanción: 01/12/2016, publicado el día 01/01/2017.

(10) En el mismo sentido, SALGADO, José M., con cita a FALCÓN, Enrique — OTEIZA, Eduardo, "El amparo como una verdadera tutela expedita y rápida", Revista de Derecho Procesal, "Tutelas procesales diferenciadas", 2008-2, 201.

(11) Aprobado en Caracas, el 28/10/2004, por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

(12) Cfr. SALGADO, José M., "Tutela judicial homogénea", Astrea, 2011, p. 25.

(13) MARIENHOFF, M., "Delfines o toninas y acción popular", ED 105:244-255.

(14) LARES, Teodosio, "Lecciones de derecho administrativo", México, 1852, ps. 60-1, UNAM, México, DF, reimpresión 1978.

Sin embargo, la discusión suscitada en el derecho administrativo sobre el grado de privilegio o respuesta que el ordenamiento jurídico debía brindar al derecho subjetivo frente al interés legítimo, en la actualidad resulta insustancial y meramente teórica, puesto que se ha reconocido la facultad del administrado de acudir a la esfera judicial a defender sus prerrogativas **(15)**.

Recapitulando, la diferenciación entre derecho subjetivo e interés legítimo responde al uso que se le fue dando a este último término en la doctrina y práctica administrativa, primero en Europa y luego en la Argentina, a partir de la importación de aquel modelo. De ahí que, ambos conceptos primero se superpusieran y luego se intentara su separación, cuando en realidad respondían a la noción de derecho subjetivo que hemos esbozado **(16)**.

En ese orden, respecto del interés simple, el titular no posee un título singular, sino que actúa en función del bien común o de círculos de interés determinados, pero de carácter genérico **(17)**. De allí que, se equiparó en algún momento el interés difuso o colectivo con el interés simple, ya sea asimilando los términos o estableciendo que el segundo resultaría ser una categoría del primero o intermedia. Sin perjuicio de estas categorizaciones, resultaba palmaria la importancia de su protección.

La diferencia sustancial entre estos conceptos radica en que el interés simple supone el impulso individual de un sujeto, quien podrá actuar ante la justicia solo cuando el ordenamiento prevea la acción popular, y que dicho interés obtenga tutela mediante una norma y de allí que se hable del ejercicio de un derecho público subjetivo. En cambio, en el interés difuso el enfoque del objeto del bien jurídico protegido tiene una mirada grupal, quienes postularán la defensa de sus intereses frente a la situación y motivarán sus agravios derivados de ella.

En este último caso, existiendo una normativa expresamente conculcada que obligue al cumplimiento coercitivo, estaremos frente a un derecho colectivo, debiendo el juez analizar la legitimación sustancial de la clase, a fin de determinar la existencia de la relación jurídica colectiva amenazada o lesionada; extremos estos necesarios para que exista un "caso colectivo", en los términos del art. 2º de la ley 27.

Todos estos términos, enfoques y disquisiciones han ido desandando en nuestro país desde la década del '70 hasta la reforma de 1994, en donde los convencionales constituyentes reconocieron expresamente la existencia de los derechos de incidencia colectiva y su tutela, dando vida a la labor pretoriana, la que, a pesar del tiempo continua en esa tarea, regulando y reglamentando el proceso colectivo por inactividad legislativa.

II.1. Antes de la reforma de la Constitución nacional de 1994

Como primer antecedente en nuestra jurisprudencia podemos mencionar lo que a juicio de Augusto M. Morello **(18)**, constituyó la piedra basal de los intereses difusos; en referencia al fallo del año 1977, *in re* "Celulosa Argentina c. Municipalidad de Quilmes s/ acción meramente declarativa", dictado por la sala II de la Cámara 2ª Civil y Comercial de La Plata, a través del voto del Dr. Gualberto L. Sosa en minoría, enfatizó acerca de la necesidad de preservar y conservar el ambiente sano, subrayando además la importancia que revestía el ordenamiento que regula esta materia.

En ese sentido, el Dr. Félix A. Trigo Represas destacó la trascendencia de este voto **(19)**; y que esta postura del "Orden Público Ambiental", también compartida por Cano **(20)**, fue explicitada en oportunidad de realizar su comentario al fa-

(15) MONTI, "Los intereses difusos", p. 50.

(16) SALGADO, José M., ob. cit., p. 38.

(17) CASSAGNE, Juan Carlos, "La legitimación activa de los particulares en el proceso contencioso administrativo", ED 120-979.

(18) Cámara Segunda Civil y Comercial de La Plata, sala 2º, in re "Celulosa Argentina c. Municipalidad de Quilmes s/ acción meramente declarativa", JA 1978-III-312.

(19) TRIGO REPRESAS, Félix A., "Responsabilidad Civil por Daño al Ambiente", Anticipo de Anales, año XLIII, 2ª época, nro. 36, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1998.

(20) CANO, Guillermo J., "Un hito en la historia del Derecho Ambiental", LA LEY 1983-D-569.

llo recaído en los autos "Kattán, Alberto E. y otro c. Gobierno Nacional", de fecha 10 de mayo de 1983 **(21)**, disponiendo que consiste en:

"La preservación del equilibrio ecológico, el deber de la autoridad administrativa de preservarlos y también de los integrantes del Ministerio Público de velar por él, aun respecto de actos de la autoridad, sea administrativa o judicial".

La sentencia replanteaba, en otros términos, la cuestión del interés legítimo diferenciada del interés simple, dejando sentado que el derecho de todo habitante a que no modifiquen su hábitat constituye un derecho subjetivo, entendido este como el poder concedido por el ordenamiento jurídico, que sirve para la satisfacción de intereses humanos **(22)**.

Pues he aquí el eje de la cuestión. No existe discusión de que los derechos subjetivos gozan de plena tutela judicial y administrativa, mientras que, en lo referente a los intereses legítimos, durante más de un siglo se dijo que a veces tienen tutela judicial en los sistemas llamados contenciosos administrativos, pero no la tienen en otros sistemas como el judicial vigente en nuestro orden nacional.

Estas nociones tradicionales del derecho administrativo sobre la distinción entre derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple cobraban protagonismo a la hora de determinar la legitimación procesal y fueron relevantes hasta la reforma de 1994. En efecto, en un primer momento quien invocara un derecho subjetivo gozaba de tutela judicial, luego se reconoció legitimación a quien invocara un interés legítimo, y en ese marco la legitimación amplia en materia de derechos difusos inició su camino de reconocimiento pleno.

En nuestro país existieron también innovaciones, aunque mucho más tardías, jurisprudenciales y doctrinarias, en la admisión de la tutela judicial de los intereses difusos en las acciones de clase. En sus primeras etapas se las admitió especialmente para la tutela del medio ambiente y aún hoy constituyen la vanguardia de la innovación y el grueso de los precedentes. Dieron sin embargo lugar a una fuerte y a veces acérrima defensa del orden constituido. Algunos autores y fallos mantuvieron posiciones restrictivas de una tutela judicial amplia y efectiva incluso luego de la reforma constitucional, como si ella no hubiera existido y no hubiera tratados internacionales que cumplir **(23)**.

La mayoría de los autores indican que el caso "Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo" **(24)**, anterior a la reforma de 1994, es el antecedente inmediato que dio nacimiento al amparo colectivo, ya que a través de este se otorgó operatividad al derecho de rectificación, respuesta o réplica a quien alegó haber sido lesionado en sus sentimientos religiosos. Así, el fallo dispuso que, en los casos como el presente, quien replica asume una suerte de representación colectiva.

Los fallos dictados fueron el trampolín necesario para pasar a hablar de dos grandes grupos dentro del sistema del derecho, los derechos individuales y colectivos; y teniendo en cuenta la legitimación procesal, las legitimaciones ordinarias (acciones basadas en derechos subjetivos individuales o litisconsorcios) o extraordinarias (aquellas necesarias para interponer acciones colectivas).

Antes de la reforma de 1994, la discusión se centró en determinar cuáles eran los derechos colectivos a tutelar y quienes poseían legitimación para reclamar en juicio, a fin de ampliar los sujetos legitimados y así garantizar a un mayor número de personas el acceso a la justicia.

II.2. Con la reforma de la Constitución nacional

Con la reforma se constitucionalizó el proceso de amparo individual, de creación pretoriana **(25)**, pero además se incorporaron los institutos del amparo colectivo, el *habeas data* y el *habeas corpus*.

(21) JNFed. Contenciosoadministrativo Nro. 2, LA LEY 1983-D, 576.

(22) Conf. cita del fallo en el punto XVII de los considerandos: Cfr. ENNECERUS — KIPP - WOLFF citados por BORDA, Guillermo, "Tratado...", Parte General, t. I, p. 37.

(23) GORDILLO, Agustín, "Derechos de incidencia colectiva", t. II, cap. II, ps. 97-98.

(24) CS, 07/07/1992, Fallos 315:1492.

(25) En el año 1957 la CS, en el caso "Siri", creó en forma pretoriana la vía procesal del amparo.

En efecto, el segundo párrafo del art. 43 establece: "Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización".

Respecto del amparo colectivo, resta sancionar una legislación que permita atender a las necesidades de un proceso judicial que responda a estructuras diferentes de aquellas utilizadas para el debate entre sujetos que buscan el reconocimiento de derechos subjetivos **(26)**.

En efecto, la falta de regulación específica, y en particular la indefinición respecto de las personas legitimadas procesalmente como el alcance de las sentencias en las acciones colectivas, puede advertirse en fallos donde la Corte Suprema, en momentos donde nuestro país sufrió una profunda crisis social y económica, durante los años 2001 y 2002, dictó fallos contradictorios.

Así en el fallo "Kiper" **(27)**, resolvió que el amparista devolviera los fondos retirados con autorización judicial, luego que en las instancias ordinarias se había decidido que las normas limitativas a los retiros eran inconstitucionales. Más tarde, iniciado el año 2002, en el caso "Smith" **(28)**, el Máximo Tribunal se apartó de su anterior decisión, declarando inconstitucionales las normas limitativas de los retiros.

Podemos continuar hablando de las decisiones contradictorias dictadas por el tribunal cimero en dicho contexto, lo cierto es que todos estos conflictos individuales merecían una tutela judicial superadora y no fragmentada ya que, existiendo identidad de reclamos y la posibilidad cierta de identificar a los depositantes como legitimados para reclamar la constitucionalidad de los derechos, la vía colectiva podría haber garantizado igual tratamiento y beneficio para el grupo, evitando sentencias contradictorias y legitimados desprotegidos.

La ausencia de regulación se vislumbra en el fallo "Portal de Belén" **(29)**, donde si bien hubo resolución del conflicto, la apreciación del caso podría haberse ampliado para que los sectores involucrados de la sociedad tuvieran la posibilidad de participar en el debate.

La Corte Suprema ha resuelto casos trascendentales **(30)** y, a través de estos, ha venido fijando pautas y reglas de procedimiento tendientes a garantizar el acceso a la justicia.

"Los precedentes recordados muestran la intervención del Poder judicial en temas de gran impacto social. Las decisiones allí tomadas afectan a un número significativo de personas, sin embargo las reglas procesales ordinarias carecen de instrumentos que permitan determinar si nos encontramos ante representantes adecuados ni resuelve el interrogante de la preeminencia de un proceso sobre otros, ignoran el problema de las medidas de resguardo o cautelares en situaciones de reclamo de grupos extensos, no contienen herramientas adecuadas para tratar la litispendencia y los efectos de las sentencias son solamente pensados para las partes del proceso, por mencionar solo algunas de sus debilidades" **(31)**.

En el caso "Frías Molina" **(32)**, la Corte no solo le negó la legitimación al defensor del Pueblo para actuar en el proceso con fundamento en lo dispuesto por el art. 16 de la ley 24.284 —pese a lo dispuesto por el art. 43 de la CN—, sino que además desconoció el carácter colectivo del derecho referido a la actualización de haberes previsionales (derechos individuales homogéneos), fundado en las particularidades de las pretensiones formuladas por los beneficiarios y porque ellos se encuentran facultados para realizar las peticiones que estimaren procedentes.

(26) OTEIZA, Eduardo, "Procesos colectivos", Rubinzal-Culzoni, p. 22.

(27) CS, sentencia de fecha 28/12/2001, Fallos 324:4520.

(28) CS, sentencia de fecha 01/02/2002, Fallos 325:1:34.

(29) CS, sentencia de fecha 05/03/2001, Fallos 325:1:303.

(30) Casos "Asociación Benghalensis" (Fallos 323:2:1339 de fecha 01/06/2000), "Mignone" (Fallos 325:1:524 de fecha 09/04/2001), "Verbitsky", de fecha 03/05/2005.

(31) OTEIZA, Eduardo, "Procesos colectivos", ob. cit., p. 26.

(32) CS, sentencia de fecha 12/09/1996, Fallos 319:1828.

Poco tiempo después, en el fallo "Chocobar" **(33)**, en el cual se discutía la constitucionalidad del sistema de movilidad jubilatoria, la Corte reconoció la gran cantidad de casos similares pendientes de decisión (cerca de 70.000), posición contradictoria con la tomada en el fallo "Frías Molina", sobre la inexistencia de un caso colectivo.

En materia de tarifas por servicios, la Corte en el caso "Prodelco" **(34)**, rechazó el amparo interpuesto en contra del dec. 92/1997 mediante el cual se modificó la estructura de las tarifas del servicio básico telefónico por entender que no estaba en presencia de una causa judicial que habilite la jurisdicción de la Corte y fundado en la falta de demostración de un interés jurídicamente protegido de orden personal, particularizado, concreto y de tratamiento judicial, por parte de los litigantes.

Siete meses después, la Corte Suprema, en el caso "Fernández" **(35)**, donde un usuario del servicio de trenes subterráneos de la Ciudad de Buenos Aires invocó legitimación para solicitar la invalidez de la resolución del Ministerio de Economía y Servicios Públicos que autorizó el ajuste por redondeo de la tarifa, obtuvo sentencia de primera y segunda instancia haciendo lugar al amparo. Apelado por el Estado nacional con fundamento en la falta de legitimación del actor, la Corte resolvió revocar la sentencia de la Cámara de Apelaciones con fundamento en que el Estado nacional tenía atribuciones para adecuar la tarifa del modo que lo hizo.

El voto en disidencia del Dr. Petracchi se pronunció sobre la imposibilidad de reparar el derecho útilmente vulnerado en un proceso individual, sosteniendo la inconveniencia y el sinsentido de exigir tantos procesos individuales como violaciones existieran al derecho en cuestión **(36)**.

En el caso "Cámara de Comercio, Industria y Producción de Resistencia" **(37)**, la Corte al rechazar el amparo en el que se solicitaba la declaración de inconstitucionalidad de la legislación que permitía a los agentes de las autoridades impositivas ordenar embargos sin control judicial, vuelve a asumir la posición adoptada en "Frías Molina", por entender que los derechos individuales homogéneos carecen de naturaleza colectiva, invocando el carácter patrimonial e individual de los derechos, cuyo ejercicio y tutela corresponde exclusivamente a cada uno de los potenciales afectados **(38)**.

Con posterioridad, en un amparo iniciado por la Asociación de Superficiarios de la Patagonia contra YPF SA y otros, el máximo tribunal ordenó a las demandadas a realizar todas las acciones necesarias para la recomposición integral de los daños ambientales colectivos causados. Para así decidir, la Corte en lugar de declarar inadmisible la vía de amparo intentada, ordenó tramitarlo de acuerdo con las normas del proceso ordinario, entendiendo para ello que el trámite que ha de imprimirse a esta causa no puede ser el del amparo, pues las medidas probatorias necesarias para la dilucidación de los eventuales daños ocasionados por la actividad de las demandadas exigen un marco procesal más extenso **(39)**.

Igual temperamento siguió la Corte en el fallo "Mendoza" **(40)**. Los actores no eligieron la vía del amparo para reclamar la cesación de los daños, conforme lo previsto por el art. 30 de la Ley General del Ambiente, sino por el contrario, en apariencia lo hicieron bajo las reglas del proceso ordinario.

Es de destacar que este fallo resulta importante jurisprudencialmente por cuanto el tribunal

(33) CS, sentencia de fecha 27/12/1996, Fallos 319:3259.

(34) CS, sentencia de fecha 07/05/1998, Fallos 321:1286.

(35) CS, sentencia de fecha 07/12/1999, Fallos 322:3013.

(36) Agrega Petracchi: "donde hay un derecho, hay un remedio legal para hacerlo..." (Fallos 239:459 y 241:291).

(37) CS, sentencia de fecha 26/08/2003, Fallos 326:3021.

(38) En igual sentido, CS, 26/08/2003, "Colegio de Farmacéuticos de Entre Ríos", LA LEY 2004-A-93; id. 07/10/2003, "Colegio Público de Abogados de Capital Federal c. Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos", LA LEY 2004-C-286, íd. 07/10/2003, "Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires c. AFIP", C.1269. XXXVII, entre otros.

(39) Conf. consid. 3º de la sentencia de la CS de fecha 13/07/2004. En igual sentido se pronunció en el fallo "Defensor del Pueblo c. Enargas".

(40) CS, sentencia de fecha 20/06/2006.

convocó, en un plazo breve, a una audiencia pública para que las partes debatieran sobre los informes requeridos a las empresas demandadas y el plan integrado intimado a presentar al Estado nacional, a la provincia de Buenos Aires y al Cofema, resolviendo además que la información solicitada a las partes debía tener estado público. De esta manera, se consolida la política judicial implementada a partir del caso "Verbitsky", consistente en llamar a audiencias públicas en aquellos casos de interés público, revelando así la importancia de su uso en este tipo de conflictos.

Se destaca que en el fallo "Mendoza" fue la primera vez que la Corte Suprema utilizó la expresión "derechos individuales homogéneos", y reconoce la tutela de los derechos colectivos difusos o indivisibles.

Posteriormente, el tribunal resolvió en otros casos, mostrando la divergencia de criterios y opiniones que existían entre los ministros de la Corte.

"En definitiva, la cuestión se circunscribió en reconocer la posibilidad de que los derechos individuales homogéneos constituyan un caso o controversia susceptible de ser resuelta —respetando todas las garantías constitucionales involucradas— en los tribunales en un solo proceso o si se trata de derechos que solo pueden ser reclamados por sus titulares" **(41)**.

Finalmente, la Corte Suprema en el precedente "Halabi" **(42)**, el que será analizado *in extenso* más adelante, reconoció la tutela jurisdiccional de los derechos de incidencia colectiva. En efecto, el tribunal explica de manera detallada las características específicas de los derechos colectivos divisibles o indivisibles homogéneos, declarando la inconstitucionalidad de las normas cuestionadas con efectos *erga omnes*.

"Los fallos 'Mendoza', en tanto se ocupa de los derechos colectivos difusos o indivisibles, y 'Halabi', por habilitar la tutela individual homogénea, resultan ser hitos fundantes del proceso colectivo como una forma de tutela. Y en este punto, con cincuenta años de diferencia, es palmario el paralelismo con lo ocurrido en los casos 'Siri' y 'Kot'. Por una parte, por la evocación que hace la Corte Suprema al citar los precedentes, y, además, por traer a la memoria el Manual de la Constitución Argentina, de Joaquín V. González, e indicar que, de modo pretoriano, se intenta poner remedio a una situación de morosidad legislativa" **(43)**.

Con posterioridad al fallo "Halabi", pueden destacarse, las sentencias dictadas en los casos "PADEC c. Swiss Medical" **(44)**, confirmando "Halabi" 4 años y medio después, mediante el cual la Corte señala la necesidad de supervisar a lo largo de todo el proceso la idoneidad del representante, "Loma Negra" **(45)**, "AMX" **(46)** donde se destaca la importancia de la precisa identificación de la clase representada y algunas directrices sobre cómo debe realizarse, "Municipalidad de Berazategui" **(47)** donde el máximo tribunal dispone la importancia de la publicidad del proceso y ordena la creación de un Registro Público, y "CEPIS" **(48)**, donde efectúa una suerte de recopilación y ordenamiento de toda su doctrina en esta materia.

III. Quiénes se encuentran legitimados

III.1. Cuestiones previas. De los derechos colectivos

Sin entrar en disquisiciones referentes a las posiciones adoptadas por la doctrina, debemos

(41) SALGADO, José M., ob. cit., p. 101.

(42) CS, 24/2/09, "Halabi Ernesto c. PEN - ley 25.873, dec. 1563/2004 - s/ amparo ley 16.986", JA 2009-II-608.

(43) SALGADO, José M., ob. cit., p. 106.

(44) CS, sentencia del 21/08/2013, "PADEC c. Swiss Medical SA s/ nulidad de cláusulas contractuales", Fallos 336:1236.

(45) CS, sentencia del 10/02/2015, "Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur c. Loma Negra Cía. Industrial Argentina SA y otros", Fallos 338:40.

(46) CS, sentencia del 09/12/2015, "Consumidores Libres Cooperativa Ltda. Prov. Serv. Acc. Como c. AMX Argentina (Claro) s/ proceso de conocimiento", Fallos 338:1492.

(47) CS, sentencia del 23/09/2014, "Municipalidad de Berazategui c. Cablevisión SA s/ amparo", causa M.1145. XILX, Fallos 337:1024.

(48) CS, sentencia del 18/08/2016, "CEPIS y la Solidaridad y otros c. Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo", Fallos 339:1077.

mencionar que existen dos grandes grupos de derechos colectivos, los difusos o colectivos de carácter indivisible o los individuales homogéneos.

A los primeros, Lorenzetti en el fallo "Halabi" **(49)**, los define como aquellos que tienen por objeto un bien coercitivo y pertenecen a toda la comunidad, son indivisibles y no admiten exclusión alguna. A Los derechos individuales homogéneos, los detalla como aquellos derechos individuales enteramente divisibles en los que existe un hecho, único o continuado, que provoca la lesión de todos ellos y es identificable una circunstancia fáctica o normativa homogénea.

Ante la ausencia de pautas adjetivas mínimas que regulen la materia, la Corte Suprema formuló en el fallo "Halabi" algunas precisiones fundamentales, con el objeto de que ante la utilización que en lo sucesivo se haga de la figura de la "acción colectiva" se resguarde el derecho de defensa en juicio.

Así, entiende el Máximo Tribunal que la admisión formal de toda acción colectiva requiere: 1) la precisa identificación del grupo o colectivo afectado, 2) la idoneidad de quien pretenda asumir su representación, 3) la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo, y 4) que se arbitre en cada caso un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte.

III.2. De la legitimación

"En lo que atañe a la legitimación, el género se divide en dos especies: La legitimación procesal en sentido estricto que remite a la capacidad procesal; y la legitimación sustancial que apunta a entrañar qué vinculación debe tener el sujeto con el interés y qué tipo de interés debe ser agredido para habilitar a su titular a requerir la protección judicial" **(50)**.

Esta concepción tradicional de la legitimación, frente a los nuevos derechos de incidencia colectiva sufre el ensanchamiento de sus concepciones puesto que en este tipo de procesos aparecen legitimados aquellos que —en principio— no son titulares de la relación jurídica sustancial y, a su vez, pueden tener personería suficiente para el colectivo, aquellos en quienes tampoco se concibe naturalmente esta representatividad, conceptualizado como legitimación extraordinaria.

Como señala Alsina, en estos casos se produce una disociación entre los sujetos legitimados para demandar y los sujetos titulares de la respectiva relación sustancial **(51)**.

Como veremos, la legitimación procesal y sustancial requerida varía dependiendo del tipo de proceso colectivo de que se trate.

Asimismo, la forma en que fue concebida la cuestión atinente a la legitimación regulada en distintas normas nacionales y provinciales en forma concurrente, a tenor de lo dispuesto por el art. 41 de la CN **(52)**, obliga a reflexionar sobre la necesidad o no de sistematizar las normas adecuadamente, determinando reglas generales aplicables a toda clase de procesos colectivos.

Estas variables que se han producido en materia legislativa con respecto a la legitimación repercuten fuertemente en la configuración del sistema de acceso al proceso colectivo y al derecho a la jurisdicción —el que nadie duda— resulta ser un derecho humano esencial.

De allí la importancia de la tarea docente que nuestro máximo tribunal viene desarrollando,

(49) CS, 24/02/2009, "Halabi, Ernesto c. PEN - ley 25.873, dec. 1563/2004 - s/ amparo ley 16.986", JA 2009-II-608.

(50) Conf. GARCÍA PULLÉS, Fernando R., "Las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes que vulneran derechos de incidencia colectiva. ¿El fin del paradigma de los límites subjetivos de la cosa juzgada? ¿El nacimiento de los procesos de clase?," LA LEY 2009-B, 186.

(51) Cfr. ALSINA, Hugo, "Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial", Ediar, 1956, 2ª ed., t. I, ps. 388 y ss.

(52) Art. 41 de la CN: "Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano (...) y tienen el deber de preservarlo...".

delineando los derechos de incidencia colectiva y determinando los parámetros fundamentales a tener en cuenta para concebir un verdadero proceso diferenciado del tradicional, que garantice el acceso a la justicia y resguarde la garantía de defensa en juicio.

III.3. De la legitimación para obrar

Desde una perspectiva normativa no hay mucho por reflexionar acerca de la legitimación *ad causam activa* en los procesos colectivos, ya que, si existe una norma o varias de ellas que otorgan legitimación para obrar en juicio en defensa de los derechos e intereses difusos, esta resulta de *ex lege*, independientemente del fenómeno de la adecuada representación exigida o de la autorización de aquellas personas por las cuales se actúa.

A contrario sensu, si la norma sustancial o procesal no ha sido dictada todavía o si es restrictiva porque excluye de la posibilidad cierta de participar a ciertos entes, la cuestión de la legitimación sustancial se enfrenta a dos problemas.

"En el nivel teórico, incumbe identificar la naturaleza jurídica de la legitimación atribuida al actor colectivo para promover la defensa en juicio de los derechos o intereses atribuidos a toda una colectividad, grupo o comunidad. ¿Será esta una legitimación ordinaria o extraordinaria? ¿O será un *tertium genus,* una especie *sui generis* de legitimación, hasta ahora desconocida en el proceso civil y especialmente adecuada al derecho procesal colectivo?" **(53)**.

"Desde el punto de vista práctico, es fundamental saber a quién se debe atribuir la legitimación aludida. ¿Al ciudadano, a personas jurídicas, a entes públicos o privados específicos, o a órganos del Estado, al defensor del Pueblo, al Ministerio Público, etcétera?" **(54)**.

Lo cierto es que el modelo procesal tradicional que distingue la relación jurídica sustancial y la relación jurídica procesal ha demostrado su insuficiencia frente a los derechos colectivos que necesita de normas procesales adecuadas a un juicio con multiplicidad de partes. Por ello el derecho procesal debe flexibilizarse, ya que, como dice Osvaldo Gozaíni, este tipo de acción implica una verdadera revolución en la estructura tradicional del proceso **(55)**.

En los años '70, frente a esta nueva realidad, Mauro Cappelletti advirtió:

"Las viejas reglas y estructuras procesales respecto de los temas de legitimación e interés para obrar, de representación y sustitución procesal, de notificaciones y en general, de derecho al contradictorio, de límites objetivos y subjetivos de la cosa juzgada, cayeron como un castillo de naipes..." **(56)**.

Para Montero Aroca, Pellegrini Grinover, Mazzili, Menezes Vigliar, y otros, el acceso a los órganos jurisdiccionales para la tutela de los derechos difusos y colectivos es un caso de legitimación para obrar extraordinario.

Otra parte de la doctrina considera que la legitimación que a tales fines acuerdan la Constitución o las leyes, es ordinaria, ya que consideran que cuando el legitimado interpone acción colectiva está ejerciendo su cuota parte del derecho metaindividual que le pertenece al grupo, pero también a él como miembro de la comunidad **(57)**.

En medio de estas dos posturas, Bujosa Vadell considera que estamos ante una legitimación ordinaria *sui generis* con algunos rasgos de legitimación extraordinaria. Inclusive, cuando las instituciones públicas tienen la legitimación reconocida constitucional o legalmente, la califican como legitimación amplia de carácter especial por razones de interés general, y de allí que también existe una corriente que habla de legitimación autónoma.

En nuestro país, Morello, Palacio, Peyrano, Quiroga Lavié, Cafferatta y Berizonce, entienden

(53) OTEIZA, Eduardo, "Procesos colectivos", ob. cit., p. 227.

(54) Idem.

(55) GOZAÍNI, Osvaldo, "La legitimación para obrar y los derechos difusos", JA 1996-IV-847.

(56) CAPPELLETTI, Mauro, "Formazione sociale e interessi di grupo dravanti alla giustizia civile", Rivista di Diritto Processuale, 30 (1975), p. 338 —traducción libre—.

(57) Autores como Camargo Mancuso y Theodoro Junior.

que en el proceso colectivo el criterio del que se vale el derecho para atribuir legitimación no está basado en la titularidad del derecho material, sino en la capacidad del actor colectivo para representar adecuadamente el derecho supraindividual. Por ello se habla de una legitimación *sui generis*, para el caso de defensa de derechos de incidencia colectiva.

En cambio, no existe discusión en cuanto a que la legitimación para obrar en el caso de derechos individuales homogéneos resulta ser extraordinaria, ya que se trata de derechos subjetivos individuales detentados por cada miembro del grupo y que solo reciben tratamiento colectivo por economía procesal y ventajas para acceder a la justicia.

La amplitud de legitimados para interponer un proceso colectivo dependerá del tipo del derecho tutelado. Si se tratare de un bien de interés difuso o indivisible, la legitimación también debe ser difusa. En cambio, si se trata de intereses divisibles homogéneos, la figura de la representación adecuada resulta ser la más apropiada. Ya no caben dudas que dicha figura se aplica, por haber sido implementada y reglamentada jurisprudencialmente en el fallo "Halabi".

En definitiva, cada caso tendrá sus particularidades, lo importante en esta clase de procesos es garantizar la tutela judicial efectiva, a través de los mecanismos de publicidad, notificación, certificación del grupo y la verificación jurisdiccional de la representación adecuada.

III.3.a. Art. 43 de la CN

Desde que los derechos de incidencia colectiva se positivizaron hasta la actualidad, se dictaron leyes de contenido sustancial que consagran esos derechos en realidad y, a su vez, dicho instituto ha cobrado auge y logrado importantes avances, desde el punto de vista jurisprudencial **(58)**.

De lo dispuesto por el párr. 2º del art. 43 de nuestra Carta Magna, norma esta que regula el amparo, *habeas corpus* y *habeas data*, surge que contra actos de discriminación o en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, tendrán legitimación activa para demandar: 1) el afectado, 2) el defensor del pueblo y 3) las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

La norma establece un reconocimiento básico respecto de los sujetos legitimados (un piso), los que no podrán ser desconocidos por otras disposiciones legislativas, pudiendo ampliar la enumeración constitucional, habilitando la actuación a otros no enumerados.

A su vez, el art. 91 de la Constitución de la Provincia de Salta dispone: "Protección de Intereses Difusos: La ley reglamenta la legitimación procesal de la persona o grupo de personas para la defensa jurisdiccional de los intereses difusos...".

Sabido es que la Carta Magna provincial reformada en el año 1.986 incorpora cláusulas innovadoras y pioneras que fueron plasmadas en la Constitución nacional recién en el año 1994. Así, el art. 91 fue incorporado dentro del Cap. IX "Garantías", a continuación de los artículos que establecen las condiciones y reglas de las acciones de amparo, *habeas corpus* y *habeas data*.

En ese marco, dicha norma solo permite reglamentar la legitimación procesal, y no puede ser de otro modo, el legislador constituyente pensó en el modelo procesal de amparo colectivo y dispuso en el último párrafo del art. 87 la imposibilidad de reglamentar su procedencia y requisitos, so pena de ser declaradas nulas y sin valor dichas normas. Solo el juez podrá resolver las contingencias procesales no previstas en la Constitución provincial.

De allí que, conforme el proyecto de ley propuesto en el punto VII solo será reglamentada la cuestión expresamente determinada en el art. 91 de la Constitución provincial.

(58) La Corte Suprema de Justicia de la Nación viene realizando una tarea docente, que no se agota en las cuestiones de fondo, también viene delineando los parámetros necesarios para concebir un verdadero Proceso Colectivo diferenciado del tradicional dispositivo. En ese sentido, se advierte que la jurisdicción avanza promiscuamente en el sistema de oficialidad, asumiendo un rol más protagónico, el que se compadece con el activismo judicial.

III.3.a.i. El afectado

Los convencionales constituyentes, en oportunidad de tratar la reforma a la constitución no sopesaron el alcance que en la actualidad tiene la figura del afectado como legitimado para interponer una Acción Colectiva. Aunque este sujeto legitimado variará conforme el derecho colectivo involucrado, debemos afirmar que necesariamente siempre tendrá que formar parte del grupo o clase de que se trate **(59)**. De allí que, en los casos de procesos colectivos iniciados a los fines de proteger derechos supraindividuales, cualquier persona posee legitimación y por aplicación del principio *in dubio pro actione,* deberá demostrar sumariamente el interés por el que reclama.

En el caso "Cuenca Matanza-Riachuelo" **(60)**, el máximo tribunal reconoció legitimación a los actores en el carácter de legitimados extraordinarios (17 vecinos de Capital Federal y de la provincia de Buenos Aires), por considerar que el bien jurídico tutelado de incidencia colectiva ambiental es indivisible y de uso común.

Si se tratare de derechos individuales homogéneos, el afectado es aquel sujeto que junto a otros ha sufrido un daño individual compartido con un grupo determinado y generado en un mismo hecho, actuando en representación de ese grupo en defensa de ese derecho.

Podemos mencionar los fallos "Ekmerkdjian c. Sofovich" y "Halabi", que han reconocido en el actor la calidad de representantes del grupo, otorgando de esta manera efectos *erga omnes* a la sentencia.

Concluyendo, tanto en el caso de derechos de incidencia colectiva indivisible o divisibles homogéneos, el afectado se encuentra legitimado procesalmente, siendo solo diferenciado el examen que el juez deberá realizar para considerarlo parte en uno o en otro caso.

III.3.a.ii. El defensor del pueblo

Debido a que esta figura se encontraba regulada por una ley sancionada **(61)** con anterioridad a la reforma de 1994 que lo crea como un órgano independiente y autónomo en el ámbito del Congreso de la Nación, surgieron incongruencias interpretativas.

El art. 14 de la ley 24.284 establece que el *ombudsman* tiene entre sus funciones la de iniciar y proseguir de oficio o a petición del interesado cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los actos, hechos u omisiones de la Administración pública nacional y sus agentes, que impliquen el ejercicio ilegitimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario, discriminatorio, negligente, gravemente, inconveniente o inoportuno de sus funciones, incluyendo aquellos capaces de afectar los intereses difusos o colectivos. Asimismo, por el art. 16 se exceptúa de su competencia de manera expresa, al Poder Judicial, al Poder Legislativo, a la municipalidad de Buenos Aires y a los organismos de Defensa y Seguridad.

La Corte Suprema, con basamento en esta disposición ha rechazado demandas, conforme los fallos que serán analizados.

En el fallo "Frías Molina, Nélida c. INPS" **(62)**, el Máximo Tribunal negó la legitimación del defensor del pueblo de la Nación tendiente a obtener el pronto despacho de las causas previsionales que se encontraban en la Corte Suprema, fundado en que la ley 24.284 le restringía la posibilidad de hacer presentaciones en causas en trámite. Contra dicha sentencia, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ordenó al máximo tribunal la pronta resolución.

Luego, en la misma causa, el defensor del pueblo se presentó intentando activar procesos demorados por actualización de haberes previsionales. Esta vez, el rechazo de la presentación se fundó en que la ley 24.284 excluye al Poder Judicial del área en que puede desarrollar sus funcio-

(59) Gozaíni afirma: "nuestro ordenamiento federal no reconoce legitimación popular, considerando que la mención a toda persona que refiere la normativa constitucional se condiciona a la idea de acreditar una afectación individual o colectiva que la admite…" ("Tutela de los derechos de incidencia colectiva. Conflictos de interpretación en las cuestiones de legitimación procesal", LA LEY 2005-B-1993).

(60) CS, 00/06/2006, "Mendoza, Beatriz y otros c. Estado Nacional y otros", LA LEY 2006-D-88.

(61) Ley 24.284 de 1993, modif. por la ley 24.379.

(62) CS, 21/03/1995, LA LEY 1995-C-357.

nes y que las causas en cuestión no resultaban de incidencia colectiva.

Con posterioridad, en el caso "Defensor del Pueblo c. PEN" **(63)**, la Corte aceptó la legitimación, dejando a salvo la exclusión del Poder Judicial de su investigación, aunque disponiendo que, una vez iniciado el reclamo administrativo o la acción por los afectados, debía cesar la intervención del defensor por ser esta de carácter residual.

En los fallos "Defensor del Pueblo de la Nación c. Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos. Monotributo, dec. 885/1998" **(64)**, y en "Mondino, Eduardo R. (Defensor del Pueblo de la Nación)" **(65)**, el Máximo Tribunal vuelve a desestimar su legitimación fundado en la inexistencia de un caso o controversia judicial y porque adujo la necesidad de examinar si el peticionante era titular de la relación jurídica sustancial, ya que por el mismo tema se encontraban procesos en trámites instados por los interesados.

En medio de fallos que desestimaron la legitimación procesal del defensor del pueblo, existieron decisiones con votos disidentes que la admitían.

Finalmente, en la causa "Defensor del Pueblo c. Estado nacional s/ amparo ley 16.986 - decs. 1570/2001 y 1606/2001" **(66)**, la Corte con el voto en mayoría de cuatro de sus miembros, reconoció que se trataba de una legitimación anómala o extraordinaria, sin que sea necesario que quien accionara fuera titular de la relación jurídica sustancial controvertida en el pleito. Sin perjuicio de lo cual, no reconocieron la legitimación de la figura para la defensa de los derechos de índole patrimonial puramente divisibles, cuyo ejercicio se encuentra en cabeza de cada uno de los potenciales afectados, admitiendo que aquella se encontraba legitimada para accionar por derechos de incidencia colectivo de carácter indivisible.

Igual temperamento del tribunal surge de la votación en el caso "Halabi", en donde en forma minoritaria sostuvo la Corte que, sin perjuicio de lo resuelto, conforme la interpretación efectuada en los casos vinculados al "corralito", cuando se trate de cuestiones de índole patrimonial el defensor del pueblo carecía de legitimación, el que corresponde a cada uno de los afectados.

En síntesis, siendo que los intereses difusos surgen como incumplimientos del Estado o de los deberes de sus miembros por incumplimiento de sus funciones, la intervención del defensor del Pueblo resulta obligada en virtud de lo dispuesto por el art. 86 de la CN **(67)**.

En el caso de los derechos individuales homogéneos, la negativa de la Corte a la participación del defensor del pueblo se apoya en la no configuración de un derecho de incidencia colectiva o caso, debiendo de ahora en más decidirse la intervención del *ombudsman,* basado en los propios postulados constitucionales y supraconstitucionales, como la protección de los derechos humanos y el cumplimiento de la garantía de la tutela judicial efectiva.

III.3.a.iii. Las asociaciones

Resulta de vital importancia la legitimación extraordinaria de estos entes, pues son aquellos que con mayor fuerza podrán representar y tutelar los derechos de la clase.

Deben encontrarse registradas, según una ley reglamentaria que a la fecha no ha sido dictada, salvo el Registro previsto en la Ley de Defensa al Consumidor. Esta deficiencia legislativa no impide el ejercicio del derecho, encontrándose limitado el ámbito de acción a las incumbencias que surgen de su objeto social.

Respecto de la posibilidad cierta de que una asociación se encuentre habilitada para promover un litigio referido a derechos de incidencia colectiva, la cuestión —de suma importancia— gira en torno al examen de su independencia y grado de representación, a efectos de evitar procesos de mala fe. Dicha evaluación quedará re-

(63) CS, 21/12/2000, Fallos 323:4098.

(64) CS, 21/08/2003, Fallos 326:2777.

(65) CS, 23/09/2003, Fallos 326: 3639.

(66) CS, 26/06/2007, Fallos 330:2800.

(67) Art. 86 de la CN: "...Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la administración; y el control de las funciones administrativas públicas. El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal...".

ducida en aquellos sistemas en los que se ejerza el control de la representación adecuada en cada juicio.

El fallo de la Corte en el caso "Prodelco c. Poder Ejecutivo Nacional" **(68)**, fue el primer antecedente relativo a la legitimación procesal de las asociaciones, mediante el cual el tribunal cimero entendió que no se trataba de un caso en los términos del art. 116 de la CN, ya que los peticionantes no habían demostrado un interés particularizado, sino que pretendían que el Poder Judicial actúe en reemplazo de uno de los poderes políticos, cuya gestión no era satisfactoria.

En "Asociaciones de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina c. Provincia de Buenos Aires" **(69)**, la Corte desestimó la excepción de falta de legitimación de la asociación, afirmando la innecesaridad de un mandato con facultades de representación.

Luego, en "Asociación Benghalensis y otras c. Ministerio de Salud y Acción Social" **(70)**, los Dres. Belluscio, López y Bossert, consideraron a la asociación titular del derecho de incidencia colectiva cuya protección perseguía, en cumplimiento de una de las finalidades de su creación.

Posteriormente, el máximo tribunal ha dictado fallos dispares **(71)**, que analizados en profundidad dan cuenta que en aquellos antecedentes donde les fue desconocida la legitimación a las asociaciones para actuar, en realidad se observa una deficiencia en la representación adecuada o la ausencia de un caso o controversia en los términos del art. 116 de nuestra Ley Fundamental.

A continuación, se analizará la legitimación en los subsistemas colectivos, a los cuales se les aplicarán los parámetros constitucionales examinados y la interpretación que la Corte viene realizando.

III.3.b. La Ley General del Ambiente

La ley 25.675 **(72)**, establece los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable. Asimismo, entre otras cuestiones se establecen los principios de la política ambiental, y la competencia judicial.

El art. 30 de la Ley General del Ambiente dispone que, producido el daño ambiental colectivo, tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado: 1) el afectado, 2) el defensor del pueblo y 3) las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el art. 43 de la CN, y 4) el Estado nacional, provincial o municipal.

Asimismo, establece que quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente, la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción. Deducida la demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros.

---

(68) CS, 07/05/1998, Fallos 321:1252.

(69) CS, 22/04/1997, Fallos 320:690.

(70) CS, 01/06/2000, Fallos 323:1339.

(71) Así, en los casos: "Portal de Belén c. Ministerio de Salud y Acción Social" (CS, 05/03/2002, Fallos 325:292), "Mignone, Emilio F." (CS, 09/04/2002, LA LEY 2002-E, 133), "Asociación Neuquina de Discapacitados y Disminuidos Físicos y Motores" (CS, 30/09/2003, JA 2003-IV, 61), "Deuco c. provincia de Neuquén" (CS, 04/07//2003, Fallos 326:2254) y "Asociación de Superficiarios de la Patagonia c. YPF SA s/ amparo" (CS, 13/07/2004, LA LEY 2004-F, 386), la Corte admitió la legitimación procesal de las asociaciones y consideró que existía una controversia judicial resolviendo el fondo del asunto. En 2003, en tres causas exigió un mandato de los asociados que facultare a su representante y se desconoció la viabilidad de los derechos individuales homogéneos como especie de los derechos de incidencia colectiva, circunstancias estas que no autorizaban a demandar a las asociaciones por ser cuestiones de índole patrimonial netamente individuales (CS, 26/08/2003, "Cámara de Comercio, Industria y Producción de Resistencia c. AFIP", Fallos 326:3007; íd., 26/08/2003, "Colegio de Fonoaudiólogos de Entre Ríos", LA LEY 2004-A-93; íd, 07/10/2003, "Colegio Público de Abogados de Capital Federal c. Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos", LA LEY 2004-C, 268; íd., 07/10/2003, "Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires c Administración Federal de Ingresos Públicos", C.1269. XXXVII). La Corte siguió dictando fallos contradictorios, con lo cual no se puede hablar de un criterio uniforme jurisprudencial.

(72) Sancionada el 06/11/2002 y promulgada parcialmente el 27/11/2002.

Sin perjuicio de lo indicado precedentemente, toda persona podrá solicitar mediante la acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo.

A su vez, la ley 7070 **(73)** y modificaciones de nuestra provincia de Salta dispone en su art. 12, que las acciones de protección y reparación tramitarán por juicio sumarísimo; y el art. 13 establece que los legitimados para accionar serán: 1) cualquier persona que haya sufrido un daño; 2) todas las asociaciones abocadas a la defensa del medio ambiente registradas conforme a la ley; y 3) el Ministerio Público.

III.3.c. Ley de Defensa al Consumidor

Conforme lo dispuesto por el art. 52 de la ley 24.240 **(74)** y sus modificatorias, se encuentran legitimados para iniciar acciones de incidencia colectiva: 1) la autoridad de aplicación nacional o provincial, 2) el defensor del Pueblo, y 3) el Ministerio Público Fiscal, el que, de no intervenir como parte en el proceso, intervendrá obligatoriamente como fiscal de la ley.

Asimismo, dispone que las asociaciones de consumidores y usuarios que lo soliciten estarán habilitadas como litisconsortes de cualquiera de los demás legitimados por el presente artículo, previa evaluación del juez competente sobre la legitimación de estas, teniendo en cuenta si se encuentra acreditada para tal fin, de acuerdo con la normativa vigente.

Por otro lado, dicha norma establece que, en caso de desistimiento o abandono de la acción por parte de las asociaciones legitimadas, el Ministerio Público Fiscal deberá asumir dicha legitimación activa.

III.3.c.i. Legitimación del Ministerio Público Fiscal

Tal como lo venimos expresando, la Constitución nacional en su art. 43 no prevé la legitimación del Ministerio Público, pero la Ley de Defensa al Consumidor en su art. 52, con la reforma introducida por la ley 26.361, lo legitima para accionar en defensa de los usuarios y consumidores, y en los casos que no intervenga como parte, la ley lo obliga a actuar como fiscal de la ley. Asimismo, en caso de abandono o desistimiento del accionante deberá asumir la titularidad activa del proceso.

Si bien es cierto que no existen antecedentes de demandas colectivas iniciadas por esta figura, resulta importante analizar las otras obligaciones que recaen en el Ministerio Público Fiscal a partir de la reforma.

Resulta poco claro exigirle la continuidad de un proceso abandonado o desistido por las partes ya que, en este tipo de procesos la cosa juzgada no afectaría a los miembros del grupo, excepto que el abandono o desistimiento sea realizado en la etapa de ejecución de sentencia, pues en este caso existen personas que conforman la clase que tal vez no se enteraron del proceso con la posibilidad de acuerdos posteriores, de los cuales podrían no llegar a beneficiarse.

En todos los casos, la continuidad del proceso por el Ministerio Público Fiscal deberá ser resuelto por el juez, conforme las particularidades y la etapa en la que se haya abandonado o desistido el proceso.

III.3.d. Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica 2004

El Código Modelo fue aprobado el 28 de octubre de 2004, en la reunión del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal celebrada en la ciudad de Caracas.

El Código fue redactado por tres Relatores brasileños: Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe y Antonio Gidi, los que fueron asistidos por una Comisión de Revisión conformada por Aluisio G. de Castro Mendes, Ángel Landoni Sosa, Aníbal Quiroga León, Enrique M. Falcón, José Luis Vázquez Sotelo, Ramiro Bejarano Guzmán, Roberto Berizonce y Sergio Artavia.

De sus fundamentos, surge que el Código Modelo fue redactado inspirado en los dos modelos paradigmáticos a nivel mundial en materia de tutela colectiva de derechos, el estadounidense, reflejado en la Regla Federal de Procedimiento

(73) BO 15.827, sancionada el 21/12/1999 y publicada el 27/01/2000.

(74) Sancionada: el 22/09/1993 y promulgada el 13/10/1993.

Civil nro. 23, y el brasileño, contenido en diversas normas que interactúan entre ellas (principalmente la Ley de Acción Civil Pública del año 1985 y el Código de Defensa del Consumidor del año 1990).

El art. 3º dispone que están legitimados concurrentemente a la acción colectiva: a) toda persona física, b) cualquier miembro del grupo, categoría o clase; c) el Ministerio Público, el Defensor del Pueblo y la Defensoría Pública; d) las personas jurídicas de derecho público interno; e) las entidades y órganos de la Administración Pública, directa o indirecta, aun aquellos sin personalidad jurídica; f) las entidades sindicales, para la defensa de los intereses y derechos de la categoría; g) las asociaciones legalmente constituidas desde por lo menos un año, sin que sea necesaria la autorización de la asamblea; h) los partidos políticos, para la defensa de derechos e intereses ligados a sus finalidades institucionales.

Luego, el Código Iberoamericano continúa diciendo:

"Par. 1º. El requisito de la pre-constitución puede ser dispensado por el juez, cuando haya manifiesto interés social evidenciado por la dimensión o característica del daño, o por la relevancia del bien jurídico a ser protegido.

"Par. 2º . Será admitido el litisconsorcio facultativo entre los legitimados.

"Par. 3º. En caso de interés social relevante, el Ministerio Público, si no promoviera la acción o no interviniera en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley.

"Par. 4º. En caso de inexistencia del requisito de la representatividad adecuada, de desistimiento infundado o de abandono de la acción por la persona física, entidad sindical o asociación legitimada, el juez notificará al Ministerio Público y, en la medida de lo posible, a otros legitimados adecuados para el caso a fin de que asuman, voluntariamente, la titularidad de la acción.

"Par. 5º. El Ministerio Público y los órganos públicos legitimados podrán requerir de los interesados el compromiso administrativo de ajuste de su conducta a las exigencias legales, mediante conminaciones, que tendrán eficacia de título ejecutivo extrajudicial".

Se observa un criterio amplio a la hora de legislar en materia de legitimación, ya que la mayoría de la doctrina entiende que los derechos de incidencia colectiva no deben ser regulados con normas restrictivas, y que será el Juez, como director del proceso, el encargado de examinar cada caso en particular, una vez que ejerció su derecho jurisdiccional.

III.3.e. Programa Justicia 2020

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, en fecha 17 de mayo de 2018, hizo público un borrador del Anteproyecto de Ley de Procesos Colectivos en el portal del Programa Justicia 2020, comisión "3.2 Civil: Cambios procesales para un mejor servicio de justicia", debate "Ley de Procesos Colectivos".

El texto fue redactado por una comisión de expertos formalizada el 22 de diciembre de 2017 mediante res. 1026/2017-APN-MJ, y en el tema que nos ocupa proyectaron las siguientes normas reglamentarias de la legitimación:

"Art. 5º.— Legitimación: La legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas es la que resulta exclusiva y expresamente de la Constitución nacional y de las leyes especiales que la determinen.

"Son legitimados pasivos las personas cuya actuación u omisión se considere que amenaza, viola o ha violado el derecho.

"La legitimación activa perdura no obstante el cese durante la tramitación del proceso de la causa fáctica o normativa que motivó su promoción. El proceso debe continuar para establecer los efectos reparadores o restitutorios pertinentes si fuera ello procedente".

A su vez, en el art. 6º, sobre la representatividad del afectado individual expresa que el juez debe controlar la representatividad del afectado individual respecto de la clase o grupo plural individualizado. El que invoque ser representante de una clase o grupo plural, junto con su abogado, deben acreditar su idoneidad para actuar en tal carácter durante todo el proceso.

"Para el análisis de la representatividad del afectado, el juez debe evaluar, de forma no excluyente, los siguientes parámetros: a) la capacidad y experiencia del legitimado y su abogado: b) los antecedentes que demuestren su actuación en la defensa judicial y extrajudicial de los derechos de incidencia colectiva; c) la calidad de la actuación desarrollada en el pleito y el conocimiento demostrado acerca de la materia sobre la que versa; d) la colaboración prestada a los efectos de la resolución del conflicto".

Dichos recaudos deben ser analizados por el juez en cada caso concreto, teniendo en cuenta los aportes probatorios que el interesado haya agregado. Si el juez entiende que el afectado individual o su abogado no representan adecuadamente a la clase o grupo plural, previa vista al Ministerio Público, puede ordenar que el proceso continúe como acción individual.

Para el caso de la representatividad de las organizaciones de protección o defensa, el art. 7º establece:

"El juez debe controlar la representatividad de las organizaciones de protección o defensa respecto de la clase o grupo plural individualizado. En el análisis de la representatividad de las organizaciones de protección o defensa y sus abogados, el juez debe contemplar: a) la capacidad y experiencia; b) los antecedentes que demuestren su actuación en la defensa judicial y extrajudicial de los derechos de incidencia colectiva; c) la calidad de la actuación desarrollada en el pleito y el conocimiento demostrado acerca de la materia sobre la que versa; d) la vigencia de la debida registración de la organización de protección o defensa y que el objeto de la pretensión esté comprendido en el estatuto; e) la coincidencia entre los intereses de los miembros de la clase o grupo y la pretensión o pretensiones reclamadas; f) la colaboración prestada para la resolución del conflicto".

Las organizaciones deben tener como mínimo dos [2] años de antigüedad en su constitución, estar inscriptas y con los estados contables de los dos [2] últimos ejercicios aprobados y un detalle de las actividades tendientes a la protección de los derechos que hacen a su objeto desarrolladas durante los dos [2] últimos años.

La idoneidad de la organización de protección o defensa debe mantenerse durante todo el proceso. Declarada la pérdida de idoneidad, el juez debe dar vista al Ministerio Público, quien debe expresar si prosigue el trámite de la causa.

Respecto de la intervención de terceros dispone en el art. 8º:

"Procede cuando una persona invoca un interés específico en el objeto del proceso y no se encuentra debidamente representada por las partes. La intervención del tercero no retrotrae el curso del proceso y no es admisible una vez finalizada la audiencia preliminar. Para su integración se debe estar a las reglas previstas por los ordenamientos procesales locales".

El presente Anteproyecto ha merecido muchísimas críticas, pero lo cierto es que, pese a las falencias que pueden existir en orden a la impronta federalista y limitativa de las personas legitimadas a iniciar acciones colectivas, ha logrado poner el tema en debate, lo que después de largos 26 años de construcción doctrinaria y jurisprudencial resulta importante, a fin de lograr una norma regulatoria de la materia. Existen otros anteproyectos presentados a nivel nacional como el proyecto Brugge (de trámite por expte. 5463-D-2018); la propuesta científica de anteproyecto de los Dres. Giannini, Salgado y Verbic; y el proyecto de "Ley Nacional de Acceso a la Justicia Colectiva de Consumidores, Trabajadores, el Medioambiente y los derechos de incidencia colectiva en general" del diputado Ramón (de trámite por expte. 3599-D-2018).

IV. La representación adecuada. Fallo "Halabi"

Desde el punto de vista de los procesos colectivos, podemos definir a la representación adecuada o apropiada representación, a la ejercida por quien lleva adelante el litigio, la que debe ser realizada de modo conveniente al fin que se destina. Tanto el reclamo formulado en la demanda como el gerenciamiento y ejercicio en el desarrollo de todo el proceso debe realizarse con idoneidad técnico-jurídica, basado en principios constitucionales, llevada adelante con una conducta moralmente aprobada bajo las reglas de lealtad, probidad y buena fe con relación a sus representados presentes como también frente a

los ausentes a los cuales la sentencia produciría sus efectos.

La representación adecuada es el pilar fundamental que sustenta la constitucionalidad de las acciones colectivas. Sin embargo, no existe norma que establezca tal requerimiento procesal, ni la Ley General del Ambiente ni la de Defensa al Consumidor explicitan tal requisito, siendo solo una cuestión que ha surgido en la legislación comparada, la doctrina y la jurisprudencia.

Ante a la ausencia de reglamentación procesal que establezca los recaudos que deberán contener las demandas colectivas, podemos advertir que en la legislación comparada existen normas que podrán servir de guía para la determinación y caracterización del término representación adecuada.

En las *class actions* vigente en los Estados Unidos de América, regulado por la *Federal Rule of Civil Procedure 23*, la representación adecuada resulta ser uno de los requisitos fundamentales que tutelan los procesos colectivos.

El sistema se apoya en la ficción de considerar a cada uno de los que conforman el grupo se encuentran presentes por medio de su representante. Las *class actions* son calificadas como un proceso de tipo representativo y se establecen como uno de los mecanismos procesales disponibles para canalizar pretensiones colectivas.

En este sistema, el representante no es elegido voluntariamente por los miembros del grupo, sino que se autonomina como tal, debiendo su actuar ser aprobada por el tribunal, no necesitando para ello contar con experiencia legal ni tampoco con antecedentes como representante en otros procesos colectivos **(75)**. El magistrado debe controlar y asegurar: (i) que el representante comprenda y asuma la responsabilidad de llevar adelante el caso no solo por su propio interés sino en beneficio de toda la clase; y (ii) que se mantenga libre de conflictos de intereses con la clase y con sus propios abogados. Algunos tribunales también requieren el conocimiento de los principios de la pretensión intentada.

Por su parte, el Código Modelo de Procesos Colectivos en su art. 2º, enumera los recaudos que deben contener las demandas colectivas. Así dispone la adecuada representatividad del legitimado y la relevancia social de la tutela colectiva.

Refiere los siguientes elementos caracterizantes de la representación adecuada, que el juez deberá analizar en cada caso: "a) la credibilidad, capacidad, prestigio y experiencia del legitimado; b) sus antecedentes en la protección judicial y extrajudicial de los intereses o derechos de los miembros del grupo, categoría o clase; c) su conducta en otros procesos colectivos; d) la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda; y e) el tiempo de constitución de la asociación y la representatividad de esta o de la persona física respecto del grupo, categoría o clase".

El juez debe realizar este análisis en todo momento y a lo largo de todo el proceso. De lo expuesto surge que la figura resulta fundamental en este tipo de procesos. De allí que, ante la ausencia de una normativa expresa, la Corte Suprema dispuso en el caso "Halabi" distintas pautas a tener en cuenta en lo sucesivo, a la hora de iniciar un proceso colectivo **(76)**.

Para arribar a esta conclusión, el máximo tribunal tuvo en cuenta la publicidad que se le dio a la audiencia celebrada ante esa Corte. Asimismo, se consideraron las presentaciones que, en apoyo de la pretensión del demandante, realizaron como Amigos del Tribunal, la Federación Argentina de Colegios de Abogados y el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal que comparecieron para evitar "las nefastas consecuencias que para todos los habitantes de nuestro país y en particular para los abogados matriculados en nuestro colegio traería aparejada la subsistencia formal de las normas cuestionadas" (conf. fs. 215/216 y 235/237). Similares consideraciones fueron realizadas en la audiencia celebrada ante el Tribunal por los oradores de esas dos instituciones (fs. 347/357) **(77)**.

(75) Regla 23 (a) [4], Federal Rules que dice: "las partes representantes serán honestas y protegerán adecuadamente los intereses de clase".

(76) Conf. consid. 20 del fallo "Halabi".

(77) Conf. último párrafo del consid. 14 del fallo "Halabi".

Se advierte que el examen de la idoneidad del representante del grupo no resulta de mayor dificultad cuando se trata de una asociación que representa al grupo. Ahora bien, no debe perderse de vista que en este caso resultaría adecuado requerir que el representante demuestre solvencia económica para afrontar los gastos que demanda normalmente la producción de la prueba en este tipo de procesos, ya que el beneficio de gratuidad no incluye la eximición del pago de los honorarios profesionales a peritos o auxiliares de la justicia ni tampoco de los gastos necesarios para su diligenciamiento.

El problema o complejidad se presenta cuando el proceso colectivo es presentado por una persona individual. En este caso, de acuerdo con los lineamientos del fallo en examen, será el juez quien deberá realizar la ponderación de si el representante resulta ser idóneo.

Esta facultad abierta puede no ser siempre bien utilizada, por ejemplo, si se interpela a la presentación de objetos o cumplimiento de formas infrecuentes, incumplibles o de dificultosa consecución, con lo cual terminarán implicando una afectación al acceso a la jurisdicción para los pretensos demandantes **(78)**.

Sin perjuicio de ello, jurisprudencialmente se ha decidido que en los procesos colectivos el examen de la idoneidad del representante adecuado lo debe realizar el juez. Luego de ello, el magistrado deberá ordenar la publicidad del inicio de la acción colectiva a fin de dar a conocer a los interesados en sumarse al reclamo o para oponer litispendencia. Integrada la Litis por los particulares o con asociaciones afines, resulta el momento apropiado para plantear la cuestión de la representación adecuada, previa audiencia de los interesados y de los organismos públicos que se considere pertinente citar (defensor del Pueblo, Ministerio Público Fiscal, etc.).

El control del legitimado y la capacidad representativa de este respecto al grupo, el control sobre la calidad de su gestión debe realizarse a lo largo de todo el proceso, a fin de resguardar el debido derecho de defensa y determinar si su actuación resulta apropiada a tales fines.

"La única forma de compatibilizar la existencia de un sistema procesal colectivo con la garantía del debido proceso legal de los miembros del grupo es el ejercicio de un estricto control de parte del juez respecto de la calidad de quien asume su representación" **(79)**.

En consecuencia, se hace necesario que el procedimiento asegure: 1) una adecuada publicidad, a fin de que los sujetos tengan conocimiento oportuno y útil de la existencia del proceso; 2) participación de todos los sujetos involucrados, 3) cosa juzgada *secundum eventum litis*, lo que garantiza el alcance y oponibilidad de la cosa juzgada respecto de los titulares de los derechos colectivos ausentes en el proceso, solo en el caso de que esta los beneficie; y 4) la posibilidad de que las partes ausentes puedan autoexcluirse *(opt ut)* para ejercer una acción en forma individual, tal como lo tiene legislado Estados Unidos, opción receptada por la Ley de Defensa al Consumidor en el art. 54 **(80)**, extendiendo los efectos de la cosa juzgada a todos los miembros de la clase, a menos que haya optado por la autoexclusión.

IV.1. Reglamentación por acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Luego de dictado el fallo "Halabi", y en el marco de la necesidad apuntada acerca de la publicidad necesaria a fin de resguardar el debido proceso, La Corte Suprema creó el Registro Público de Procesos Colectivos, mediante acordada 32/2014. Con posterioridad y a fin de evitar la gravedad institucional que conllevaría el dictado de sentencias contradictorias en similares casos, el máximo tribunal por acordada 12/2016 aprobó el Reglamento de Actuación de Procesos Colecti-

(78) CATALANO, Mariana, "El anteproyecto de Ley de Procesos Colectivos. Justicia 2020", LA LEY del 10/07/2018, LL AR/DOC/1335/2018.

(79) OTEIZA - VERBIC, "La representatividad adecuada como requisito constitucional de los procesos colectivos. ¿Cuáles son los nuevos estándares que brinda el fallo Halabi?", SJA del 01/03/2010.

(80) Art. 54, párr. 2º de la LDC: "...La sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga...".

vos, excluyendo de su aplicación a aquellos que se iniciarían en los términos de la ley 25.675 **(81)** como los que involucren personas privadas de la libertad o se vinculen con procesos penales.

Llama la atención de que el máximo tribunal ha excluido de la aplicación de la acordada a las acciones intentadas en los términos de la ley 25.675, por cuanto el art. 43 de la CN incluye la acción de amparo colectivo en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, no teniendo motivo que justifique dicha exclusión.

Así, entre otras cuestiones procesales, establece el mencionado reglamento que en los términos del art. 330 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, en la demanda se deberá precisar:

"1. En los procesos colectivos que tengan por objeto bienes colectivos:

"a) el bien colectivo cuya tutela se persigue, b) que la pretensión es la focalizada en la incidencia colectiva del derecho.

"2. En los procesos colectivos referentes a intereses individuales homogéneos: a) la causa fáctica normativa común que provoca la lesión de los derechos; b) que la pretensión es la focalizada en los efectos comunes; c) la afectación del derecho de acceso la justicia de los integrantes del colectivo involucrado.

"*En ambos tipos de procesos* el actor deberá:

"a) identificar el colectivo involucrado en el caso; b) justificar la adecuada representación del colectivo; c) indicar, de corresponder, los datos de inscripción en el Registro Nacional de Asociaciones de Consumidores; d) denunciar, con carácter de declaración jurada, si ha iniciado otra u otras acciones cuyas pretensiones guarden una sustancial semejanza en la afectación de los derechos de incidencia colectiva y, en su caso, los datos de individualización de las causas, el tribunal donde se encuentran tramitando y su estado procesal, y e) realizar la consulta al Registro Público de Procesos Colectivos respecto de la existencia de otro proceso en trámite cuya pretensión guarde sustancial semejanza en la afectación de los derechos de incidencia colectiva informar, con carácter de declaración jurada, su resultado. En su caso, se consignarán los datos de individualización de la causa, y el tribunal donde se encuentra tramitando su estado procesal".

En ese contexto, la ley 7968 **(82)** de nuestra provincia de Salta, mediante la cual se crea el registro procesos colectivos público, libre y gratuito, establece además que

"El deber de proporcionar la información de que se trata corresponde al tribunal de radicación de la causa, el que procederá a efectuar la comunicación pertinente una vez que resuelva asignar a la demanda el trámite de proceso colectivo e individualice la composición de la clase, con indicación de las características y circunstancias que hacen a su configuración como tal, reconozca la idoneidad del representante y establezca el procedimiento para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio (art. 5º, párr. 1º)".

Se concluye entonces que, tanto la representación adecuada como la creación del Registro Público de Procesos Colectivos tendientes a la publicidad útil, han sido establecidas mediante reglamentación de la Corte Suprema a nivel nacional y por ley en nuestra provincia de Salta, lo que sin entrar a analizar acerca de la constitucionalidad de la acordada nacional, resulta ser un avance a los fines de resguardar la tutela colectiva.

V. La certificación de la acción colectiva

Una vez iniciada la acción de clase, el juez debe determinar su viabilidad. Este acto de mérito primario es la puerta de ingreso de las *class actions*; se denomina certificación y juega un rol fundamental en el desarrollo del litigio colectivo, dado que se establece si la pretensión colectiva podrá continuar como tal **(83)**.

El juez en la etapa inicial tiene amplia discrecionalidad para analizar la conveniencia o no de admitir la acción, designando además el representante adecuado del grupo y los profesionales abogados. También, dispone la modalidad de

(81) Ley de Política Ambiental Nacional.

(82) La ley 7968 fue sancionada el día 1 de diciembre de 2016, y publicada en BO de fecha 3 de enero de 2017.

(83) SALGADO, José M., "Tutela...", ob. cit., p. 257.

notificación hacia los demás miembros de la clase y establece el plazo dentro del cual los sujetos podrán ejercer el derecho de exclusión en los casos que sea viable.

El magistrado podrá rechazar la certificación de la clase, pudiendo en ese caso continuar el litigio de modo individual o litisconsorcial. Existe también la posibilidad de que, una vez certificada la clase, y a lo largo del proceso, la pretensión o defensa colectiva pierda alguno de los elementos que motivaron su certificación, en este caso, el juez podrá rever su decisión o procurar el saneamiento de estos.

Cuando se encuentra en juego la tutela de derechos individuales homogéneos, el contenido y los mecanismos utilizados para lograr la efectiva notificación a los restantes miembros del grupo tienen una importancia superior a la conferida en los procesos donde se discuten derechos difusos o indivisibles.

El instituto ha sido analizado jurisprudencialmente, al decir:

"Hasta tanto se sancione la legislación específica pertinente, los jueces competentes consideren las limitaciones y dificultades que genera la estricta aplicación de un proceso sumarísimo a pleitos de esta naturaleza, que antes de dar curso a una acción de clase debe superarse una suerte de etapa previa orientada a la certificación de la clase, etapa en la que —como mínimo— se verifiquen los extremos apuntados precedentemente; y encomendar a los magistrados que continúen realizando un esfuerzo adicional para encontrar una solución justa a las distintas vicisitudes que suelen presentarse durante el curso de estos procesos" **(84)**.

V.1. En la Ley General del Ambiente

Al consagrar el art. 30 que, deducida la demanda de daño ambiental colectiva por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, quienes, no obstante, podrán intervenir como terceros, podemos afirmar que se ha instituido una verdadera acción de clases, ya que se reconoce legitimación activa a toda persona para hacer cesar el daño ambiental colectivo **(85)**.

Luego de la reforma de 1994, coexisten diferentes acciones ambientales de jerarquía constitucional o infraconstitucional: a) la acción de amparo colectivo, b) la acción de recomposición del ambiente, y c) la acción indemnizatoria civil.

Otros autores han considerado que en el último párrafo del art. 30 surge claramente un amparo ambiental **(86)**, al cual incluso lo califican de acción popular **(87)**.

Sagüés **(88)** indica que se trata de un amparo ambiental, y que no implica una acción popular, ya que la norma alude específicamente al afectado, al Defensor del Pueblo, a ciertas asociaciones, y al Estado nacional, provincial o municipal (*sic*), como personas habilitadas para articularla, a la par que, al particular damnificado, respecto de la acción de indemnización y de recomposición.

En consecuencia, la certificación de la clase también debe ser realizada por el Juez, ya que al haberse constitucionalizado el amparo colectivo ambiental con la incorporación del párr. 2º del art. 43, resulta de aplicación las reglas de procedimiento determinadas jurisprudencialmente por la Corte Suprema.

V.2. Pautas fijadas por el fallo "CEPIS"

El Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad (CEPIS) promovió una acción de amparo colectivo contra el Ministerio de Energía y Minería de la Nación con el objeto de que se garantizara el derecho constitucional a la participación de los usuarios, previsto en el art. 42 de la CN, y de que, en forma cautelar, se sus-

(84) C1ªCivCom, Mar del Palta, sala I, 22/12/2009, LA LEY 2010-C, 624.

(85) Conf. LORENZETTI, Ricardo L., "La nueva ley ambiental argentina", LA LEY 2005-C, 1332.

(86) PRIERI BELMONTE, Daniel A., "El amparo ambiental", Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, nro. 22, febrero de 2003.

(87) PRIERI BELMONTE, Daniel A., "Los efectos erga omnes de la sentencia en la acción de amparo ambiental", JA 2003-III, 1284

(88) SAGÜÉS, Néstor P., "El amparo ambiental (ley 25.675)", LA LEY 2004-D, 1196.

pendiese la aplicación del nuevo "cuadro tarifario" previsto por la res. MINEM 28/2016, hasta tanto se diera efectiva participación a la ciudadanía.

Con arreglo a esta pretensión, expresa la Corte en el fallo en comentario que, la clase afectada estaría conformada por "todo aquel usuario del servicio de gas, quien no contó con la posibilidad de que sus intereses sean representados con carácter previo al aumento tarifario".

El máximo tribunal estableció respecto de la conformación del grupo y la certificación de la clase:

"En este caso la asociación actora se presentó, en el marco de un proceso colectivo, en representación de la totalidad de los usuarios de gas del país y que de la reseña efectuada surge que solo respecto de los 'usuarios residenciales' (conforme dec. 2255/1992 —Anexo 'B', Subanexo 11—, dec. 181/2004 y res. ENARGAS 409/2008) es posible sostener que el caso involucre un supuesto en el que se encuentre comprometido el acceso a la justicia".

Agregó el máximo tribunal que solo con relación al mencionado colectivo cabe aquí presumir una posición de mayor vulnerabilidad frente al efectivo cumplimiento de la garantía constitucional señalada (consid. 13, párr. 4º del precedente "Halabi").

En ese marco, enfatizó en el consid. 13:

"Respecto del resto de los usuarios (no residenciales) no se ha demostrado, ni resulta de manera evidente de las constancias de autos, que el ejercicio individual de la acción no aparezca plenamente posible en atención a la entidad de las cuestiones planteadas (sentencia de esta Corte en la causa FMZ 82203891/2012/1/RH1 'Sociedad Rural Río V c. AFIP s/ ordinario', dictada el 4 de agosto de 2016).

"Dicha circunstancia impide tener por corroborada, con una certeza mínima, que se encuentre comprometida la garantía de acceso a la justicia que, conforme a la doctrina sentada en el precedente citado, resulta necesaria para habilitar la vía intentada respecto de tales usuarios, por lo que los efectos de esta sentencia no pueden alcanzarlos".

Conforme este fallo, la certificación de la clase debe ser resuelta atendiendo a las circunstancias del caso, fiscalizada a lo largo de todo el proceso y que será el legitimado, al momento de entablar la demanda, el encargado de delimitar y probar quienes son los afectados que integran el grupo.

VI. Gratuidad del proceso como garantía de acceso a la justicia

Gozaíni tiene dicho:

"El acceso a la justicia es una parte del derecho que tiene toda persona al debido proceso. Es una garantía judicial y un derecho individual de carácter constitucional (subjetivo público) que no admite limitaciones", aunque aclara que, no obstante, "no es un pórtico tan amplio que pueda traspasarse sin necesidad de abrir puertas, estas son requeridas como presupuestos formales de admisión, pero jamás podrán tener tantos cerrojos que obliguen a superar con esfuerzo a aquellos que, abusando en el derecho de petición, puedan requerir la intervención de los jueces. En todo caso, es una cuestión de análisis particular, y una muestra de confianza a depositar en el Poder Judicial para que sea este quien resuelva el derecho en el proceso" **(89)**.

El acceso a la justicia es la piedra angular de todo sistema de acción colectiva **(90)**. En ese sentido, el nacimiento de estas acciones se debió en gran medida a la existencia de reclamos individuales que jamás serían intentados individualmente en juicio, ya sea porque el monto del daño no justificaría la promoción de una demanda o porque las cuestiones no podrían ser litigadas en igualdad de condiciones.

La Ley de Defensa al Consumidor prevé expresamente el beneficio de justicia gratuita en el último párrafo del art. 53, y mediante el art. 55 establece que en las acciones judiciales iniciadas en defensa de intereses colectivos cuentan con idéntico beneficio.

(89) GOZAÍNI, Osvaldo A., "El debido proceso", Rubinzal-Culzoni, p. 90.

(90) MAURINO - NINO - SIGAL, "Acciones colectivas", ps. 189-194.

Las demás normas que integran el subsistema no prevén norma similar a la citada. No obstante, la inexistencia apuntada no resulta óbice para que en el caso concreto sean de aplicación los códigos de forma que regulan el instituto a nivel nacional o provincial.

"El beneficio de litigar sin gastos, encuentra sustento en dos preceptos de raigambre constitucional: la garantía de defensa en juicio y la igualdad ante la ley, ya que por su intermedio se asegura la prestación del servicio de justicia, no ya en términos formales sino con un criterio que se adecua a la situación económica de los contendientes" **(91)**.

Cuando hablamos del beneficio de litigar sin gastos hacemos referencia a la posibilidad cierta de los sujetos de iniciar reclamos judiciales en tutela de sus derechos, sin el pago de los costos judiciales.

Corresponde recordar lo sostenido en varios precedentes por la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial **(92)**, al decir que el beneficio de justicia gratuita contemplado en los art. 53 y 55 de la ley 24.240, sería un instituto diferente al llamado beneficio de litigar sin gastos.

De los argumentos de dichos fallos se desprende desde el punto de vista semántico que, el beneficio de litigar sin gastos abarcaría los gastos generados por la totalidad de las actuaciones judiciales, mientras que el beneficio de justicia gratuita implicaría solo la necesidad de no impedir el acceso a la justicia, el que sería conculcado mediante imposiciones económicas.

Es decir que, una vez obtenido dicho acceso, el litigante quedaría sometido a las resultas del proceso, incluido el riesgo de tener que afrontar las costas.

Sin embargo, la Corte en los últimos años, pareciera equiparar ambos institutos. En la causa "Unión de Usuarios y Consumidores c. Nuevo Banco de Entre Ríos s/ ordinario", de fecha 30/12/2014, dejó sin efecto cierta imposición de costas por entender que se había omitido valorar que resultaba aplicable el último párrafo del art. 55 de la Ley de Defensa al Consumidor.

La Corte en materia del alcance del beneficio de gratuidad tiene fijado el criterio de equiparación aludido. En las causas "Unión de Usuarios y Consumidores c. Banca Nacionale del Lavoro s/ sumarísimo", del 11/10/2011 **(93)**, y "Cavalieri, Jorge y otro c. Swiss Medical SA s/ amparo", de fecha 26/06/2012 **(94)**, falló en contradicción a los planteos de las asociaciones de consumidores en procesos colectivos, y sin embargo dispuso: "Sin especial imposición de costas en virtud de lo previsto en el art. 55, último párrafo de la ley 24.240".

Existen incuestionables razones de orden público, acceso a la justicia, control de mercado y de poderes fácticos, afectación de grupos postergados y fuerte interés estatal en la protección que ameritan la decisión política de disponer un beneficio de justicia gratuita a favor de todos los afectados, asociaciones, usuarios y consumidores legitimados que promueven casos de incidencia colectiva. Sin embargo, la cuestión de las costas, es decir el pago de los honorarios profesionales y los gastos, hasta tanto no se reformen los códigos procesales, se aplica el principio de la derrota, es decir que quien pierde el proceso debe cargar con su pago.

Entre estos dos sistemas extremos, uno que exime del pago total de las costas (conforme criterio de la CS aplicable a la Ley de Defensa al Consumidor) a quien en representación de la comunidad o un grupo inicie una acción colectiva, y otro que dispone el principio de vencimiento objetivo, existe la posibilidad de aplicar una fórmula mixta, es decir, el criterio de que cada parte paga sus costas cuando se haga lugar total o sustancialmente las pretensiones y el de temeridad

(91) CS, 20/03/2003, Fallos 326:818.

(92) Sala A, 10/05/2011, "Consumidores Financieros Asociación Civil para su Defensa c. Banco Macro SA s/ beneficio de litigar sin gastos"; id., 23/10/2009, "Damnificados Financieros Asociación Civil para su Defensa c. BBVA Banco Francés SA s/ beneficio de litigar sin gastos"; sala B, 06/08/2010, "Consumidores Libres Cooperativa Limitada de Prov. de Serv. de A.C. c. Bankboston SA s/ beneficio de litigar sin gastos"; sala D, 04/08/2012, "Adecua c. Banco BNP Paribas SA s/ beneficio de litigar sin gastos"; sala E, 14/09/2011, "Unión de Usuarios y Consumidores c. Nuevo Banco Bisel SA s/ beneficio de litigar sin gastos".

(93) Letra U 66, XLVI, nro. 009415 y 009416.

(94) Fallos 335:1080.

cuando la demanda es desestimada totalmente y se determine malicia en el vencido.

A mi entender, la aplicación de otro principio que no sea el de la derrota, resultaría injusto, ya que los litigantes y demandados deberían soportar las costas y gastos de un proceso ganado. Nótese que, para el caso de que las partes sean insolventes, el acceso a la justicia se encontraría garantizado con los mecanismos antes descriptos del beneficio de litigar sin gastos y el de justicia gratuita para los casos previstos por la legislación, debiendo garantizarse la solvencia económica del representante adecuado.

VI.1. La publicidad y notificación. Costos

Las modalidades tradicionales de publicidad y notificación de los procesos en general resultan aptas para comunicar y permitir que el devenir procesal avance, resguardando el derecho de defensa de las partes y de terceros interesados. Sin embargo, el avance tecnológico e informático obliga a repensar en que, sin abandonar las prácticas convencionales de notificación (cédulas, oficios, inscripción en un registro, publicación en el boletín oficial), el juez utilice herramientas tendientes a darle mayor información a la comunidad, de manera tal de asegurar el real conocimiento de los posibles sujetos que conformarán la clase.

En ese sentido, destaco el fallo dictado por la sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en autos "Consumidores Financieros Asociación Civil c. Liderar Compañía Argentina de Seguros SA s/ ordinario", de fecha 22/08/2013, en el cual los magistrados intervinientes insistieron en su importancia.

Impacto del derecho administrativo global en el sistema de fuentes del derecho administrativo argentino

Incorporación al SIDH y reglamentaciones de la UIT sobre telecomunicaciones de satélites ubicados en la órbita geoestacionaria

Pablo J. Majul

Sumario: I. Introducción.— II. La Argentina como parte integrante del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH): el control de convencionalidad.— III. Las telecomunicaciones en el derecho espacial. Regulación de la UIT. Cooperación internacional. ARSAT. Lanzamiento y registro de satélites.— IV. Conclusión.

I. Introducción

Aun en un espacio donde no existan habitantes, es decir, que esté deshabitado, se necesita el poder de autoridad del Estado para existir jurídicamente **(1)**. De ahí, surge la denominada —en un primer momento— "indivisibilidad del territorio" y, luego, "indivisibilidad del Estado". Pero el derecho positivo no se limita al solo espacio nacional, sino que comprende la diversidad de los pueblos y naciones, vinculándose en una múltiple correspondencia entre ellos para dar sustento jurídico a las relaciones internacionales en su aspecto civil o privado, político o público.

La diferencia con el derecho privado radica en que las normas jurídicas del derecho internacional privado se crean como cualquier otra norma del derecho interno de los Estados. Por ejemplo, señala Armagnague, las disposiciones reguladas en el Libro VI, Título IV —arts. 2594 a 2671 del Cód. Civ. y Com. argentino **(2)**—. En cambio, el derecho internacional público reglamenta las relaciones entre Estados soberanos en virtud de los acuerdos y tratados que entre ellos se celebren.

La denominación "derecho internacional" se debe a Jeremías Bentham, quien la empleó por primera vez en su obra *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* de 1789 **(3)**, sustituyendo a la antigua *ius gentium*, utilizada por sus fundadores con sesgo iusnaturalista basada en un orden jurídico no escrito para regular las relaciones entre los pueblos.

Por su parte, al hablarse de "fuentes" del derecho se parte, desde el comienzo, de una expresión equívoca: "fuente" es a la vez origen, causa

(1) JELLINEK, "Teoría general del Estado", p. 301 citado por ARMAGNAGUE, Juan F., "Derecho internacional público", Astrea, Buenos Aires, 2018, p. 91.

(2) ARMAGNAGUE, Juan F., "Derecho internacional público", ob. cit. p., 91.

(3) BENTHAM, J., "An Introduction to the Principles of Morals and Legislation", J. H. Burns & H. L. A. Hart, Londres, 1970.

o nacimiento y, también, manifestación o exteriorización de algo preexistente. De este modo se definieron las fuentes del derecho como aquello que daba origen o nacimiento al derecho, como sus formas de manifestación o exteriorización **(4)**.

La tesis de Savigny es profunda, porque en virtud de ella queda superada la pretensión de ver en la ley como la única fuente del derecho. No obstante, a algunas críticas que se le puede formular **(5)**, hay que destacar el aporte del jurista alemán en cuanto enseñó que hay otras fuentes además de la ley y que ostentan igual legitimidad **(6)**.

En lo que concierne estrictamente al trabajo que aquí abordamos observamos que las relaciones entre los Estados y entre estos y organismos internacionales a través de Tratados, Acuerdos y Convenios provocan efectos normativos sobre el derecho interno o normativo de cada uno de ellos. Pero también, muchas veces [cada vez más a partir del fenómeno *soft law* **(7)**], los operadores jurídicos pertenecientes a un determinado Estado se ven obligados (mayormente cuando deben abordar temas especializados) a recurrir o, mejor dicho, *servirse* de un ordenamiento jurídico foráneo con el fin de amalgamar sus institutos o reglas a los conceptos, definiciones y alcances del derecho interno que reclama, para la dilucidación de un caso concreto, la integración de fuentes tendiente a aproximar una decisión más justa. Un ejemplo, es la recurrente tendencia de nuestros tribunales —sobre todo de la Corte Suprema— de citar jurisprudencia de su par estadounidense en cuyos precedentes, cada vez más, se encuentran respuestas plausibles para resolver los casos sometidos a decisión; o cuando se citan resoluciones de la OIT; o cuando se traen a colación disposiciones de la OCDE, etc.

El derecho público y, dentro de este, el régimen del derecho administrativo luego de la Segunda Guerra Mundial ha comenzado a reconfigurarse al compás de trascendentales cambios culturales y tecnológicos que aceleran su proceso de transformación. En este complejo esquema, las ecuaciones Estado-ciudadano y derecho público-sus ramas, afrontan intrincados escenarios y se encuentran en plena búsqueda de su adaptación y reconfiguración de sus bases **(8)**.

Justamente, el *soft law* está muy ligado, en estos ámbitos, al riesgo tecnológico y a sus consecuencias sobre la actuación de los poderes

(4) La tesis de Savigny denominaba las "fuentes jurídicas" a las causas de nacimiento del derecho general, o sea, tanto de las instituciones jurídicas como de las reglas jurídicas. A la vez, hizo una doble distinción entre derecho general y derecho particular, por un lado, y derecho como realidad y derecho como norma por el otro. El derecho, que está en la historia, en la vida de los pueblos, puede aparecer vagamente incorporado como realidad en una institución o puede estar formulado con claridad en una norma. Con respecto al derecho particular, tenemos que puede aparecer como relación jurídica entre las partes, o bien, como una sentencia judicial. Como el derecho vive en una forma oscura y subterránea en lo que Savigny denominó "el espíritu del pueblo", siempre va a preexistir a su formulación escrita o a cualquier situación jurídica particular (AFTALIÓN, Enrique R. - VILANOVA, José, "Introducción al derecho", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 629).

(5) Básicamente relativas a señalar que ese "espíritu del pueblo" en el cual Savigny asienta su concepción, es vago y confuso, no está bien determinado y no se sabe en qué consiste. No hay duda alguna de que cuando se desea modificar el derecho con cierta rapidez, se debe acudir necesariamente a las leyes.

(6) El hecho de que las demás "fuentes del derecho" ostenten misma legitimidad desde el punto de vista jurídico, no equivale a afirmar que gocen de idéntica jerarquía. Así, por ejemplo, se estructura el derecho argentino con un sistema jerárquico de fuentes (v.gr. art. 31 CN; art. 1º del Cód. Civ. y Com., arts. 1º y 2º del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por dec. 1030/2016; la confesión extrajudicial prevista en el art. 425 del Cód. Proc. Civ. y Com.; etc.).

(7) Bajo el término soft law se engloban los actos o instrumentos jurídicos sin carácter obligatorio, pero incardinados, de una forma u otra, en el sistema de fuentes. El Derecho público ha sido testigo en los últimos años de una afluencia muy notable de soft law, con unos efectos jurídicos que no resultan del todo claros. Instrucciones, Planes, Circulares, Normas Técnicas, Cartas de Servicios, Códigos de Buen Gobierno, Acuerdos, Convenios, y un largo etcétera de instrumentos sin regulación propia que causan importantes dificultades al intérprete del Derecho [para ampliar ver SARMIENTO, Daniel (profesor Ayudante Doctor de Derecho Administrativo Universidad Complutense de Madrid), "La autoridad del derecho y la naturaleza del soft law", se desconoce la cita, extraído del material de Estudios correspondiente a la materia].

(8) CORVALÁN, Juan Gustavo, "Derecho administrativo en transición", Astrea, Buenos Aires, 2016, p. 1.

públicos. La irrupción de actividades con repercusiones desconocidas, o cuyo desempeño genera un grado elevado de peligrosidad, ha contribuido a que las Administraciones reguladoras deleguen la responsabilidad de establecer condiciones a quienes operan en estos sectores sensibles **(9)**.

La vinculación de normas y principios entre sistemas jurídicos provenientes de territorios, culturas e idiosincrasias distintas se hace imprescindible en un mundo cada vez más globalizado, interconectado e interdependiente **(10)**.

Nuestro país, obviamente, no está al margen de estos acontecimientos. A continuación, analizaremos una breve reseña de los marcos jurídicos que han influido e influyen en el ordenamiento jurídico nacional y en las decisiones jurisdiccionales a cargo de los magistrados en la resolución de conflictos. Debido a los límites permitidos para el presente trabajo, trataremos —porque son de mi interés— dos tópicos en particular: el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH) y el régimen de las telecomunicaciones en posiciones orbitales como parte integrante del denominado derecho espacial.

II. La Argentina como parte integrante del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH): el control de convencionalidad

El control de convencionalidad, con dicha denominación, aparece por primera vez en la jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, en adelante) en el caso "Almonacid Arellano vs. Chile" **(11)**. Con anterioridad, el juez Sergio García Ramírez, en sus votos de los casos "Myrna Mack" y "Tibi" **(12)**, había realizado una aproximación conceptual al control de convencionalidad que se realiza en sede interamericana y en el ámbito interno de los Estados; pero en Almonacid Arellano la Corte IDH precisa sus principales elementos.

Para ensayar concretamente una definición del llamado "control de convencionalidad", podemos entenderlo como *el control de compatibilidad —realizado en sede judicial y en los demás órganos del Estado y autoridades administrativas— entre el texto de una norma nacional, provincial o local, su interpretación o un acto u omisión de autoridad pública o de particulares, por un lado, con relación al texto de un tratado internacional y/o la interpretación judicial o consultiva de ese texto realizado por una autoridad internacional competente para hacerlo, por el otro*.

Al aprobar y ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) **(13)** la Argentina ingresó en el llamado Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH). Desde entonces ha ido tomando cuerpo el llamado "control de convencionalidad" que supone una traslación del control de constitucionalidad; es decir, así como la supre-

(9) SARMIENTO, Daniel, "La autoridad del derecho...", ob. cit., p. 33.

(10) Basta tomar nota, entre otros fenómenos suscitados a lo largo de la historia, la incidencia que tuvo el Brexit sobre el derecho comunitario europeo, y viceversa. Durante el período en que el Reino Unido perteneció como integrante de la UE los dos sistemas jurídicos representativos del mundo occidental: el common law y el derecho continental, tuvieron que convivir y coexistir. La historia demostró que, pese al retiro del Reino Unido de la UE (que se debieron a otras razones), aquella cohabitación fue útil y pudo llevarse a cabo sin inconvenientes. En mi opinión, es justo afirmarlo, la UE se benefició mucho más del flexible y racional common law que del propio marco normativo europeo.

(11) Caso "Almonacid Arellano y otros vs. Chile", sentencia de 26 de septiembre de 2006: los hechos del presente caso se desarrollan en el contexto del régimen militar que derrocó el gobierno del entonces presidente Salvador Allende en 1973. La represión generalizada dirigida a las personas que el régimen consideraba como opositoras operó hasta el fin del gobierno militar. Luis Alfredo Almonacid Arellano era profesor de enseñanza básica y militante del Partido Comunista. El 16 de septiembre de 1973 fue detenido por carabineros quienes le dispararon, en presencia de su familia, a la salida de su casa. Falleció al día siguiente. En 1978 se adoptó el dec.-ley 2191, mediante el cual se concedía amnistía a todas las personas que hayan incurrido en hechos delictuosos entre 1973 y 1978. Debido a esta norma, no se investigó adecuadamente la muerte del señor Arellano ni se sancionó a los autores del hecho. En el mismo sentido: caso "La Cantuta vs. Perú". Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr. 173.

(12) Corte Interamericana de Derechos Humanos: caso "Myrna Mack Chang vs. Guatemala", sentencia de 25 de noviembre de 2003.

(13) Ley 23.054 (BO 27/03/1984).

macía de la Constitución requiere que se controle para que sea real y efectiva, la supremacía de la Convención Americana de Derechos Humanos exige también que se lleve a cabo igual control.

De esta forma, la tarea consistiría en juzgar en casos concretos si un acto o una normativa de derecho interno resultan incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos, disponiendo en consecuencia la reforma o la abrogación de dichas prácticas o norma, según corresponda, en orden a la protección de los derechos humanos y la preservación de la vigencia suprema de tal Convención y de otros instrumentos internacionales fundamentales en ese campo.

Igualmente procede en el supuesto que el Estado no haya cumplido con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (art. 2º de la CADH) para garantizar efectivamente el ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la Convención; para lo cual la Corte IDH, por vía jurisdiccional, impone al Estado tomar medidas legislativas o de otro carácter para satisfacer semejante finalidad.

Merced a esta tesis, la Corte Interamericana tiende a perfilarse también como un tribunal regional de casación **(14)**, en orden a crear una jurisprudencia uniforme dentro de aquella temática.

El control de convencionalidad desempeña un doble papel, por un lado, es *represivo*, puesto que obliga a los jueces nacionales a inaplicar las normas internas [incluso las constitucionales **(15)**] opuestas al referido Pacto, y a la interpretación que sobre dicho Pacto ha realizado la Corte IDH. Por otro lado, es *constructivo*, también los obliga a interpretar el derecho doméstico de conformidad al Pacto y a su interpretación por la Corte Interamericana. Es la interpretación *armonizante* o *adaptativa* del derecho local con el Pacto y la exégesis dada al Pacto por la Corte Interamericana, también conocida como "interpretación conforme".

Sin pretender ahondar en este tópico acerca de las formas o herramientas interpretativas —cuestión que excede ampliamente el objeto del presente trabajo—, no quiero dejar de señalar la postura adoptada doctrinal y académicamente por quien es hoy uno de los integrantes de nuestro máximo Tribunal Federal, el Dr. Horacio Rosatti quien indicó, que en relación con el control de constitucionalidad, la reforma constitucional de 1994 no autoriza a hablar de control de convencionalidad "por fuera" del control de constitucionalidad porque los tratados (aprobados y ratificados por nuestro país) no están desligados de la Constitución, ya que la introducción de art. 75, inc. 22, no autoriza a desligar la interpretación judicial de los tratados realizada por un tribunal nacional en el marco de un caso concreto (el llamado control de convencionalidad) del control general de constitucionalidad. En este sentido, Rosatti **(16)** hace hincapié en que el inc. 22 del art. 75 de la CN expresa que los tratados internacionales ingresan al orden jurídico argentino "en las condiciones de su vigencia".

Así, la Corte Suprema a pocos meses de la vigencia de la reforma se expidió sobre el alcance de la frase "en las condiciones de su vigencia" en el análisis del caso "Giroldi" **(17)** donde afirmó que la jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente en las condiciones de su vigencia (art. 75, inc. 22, párr. 2º), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación.

Así es como recibe fortalecimiento y comienza a imponerse la doctrina de la Corte Suprema sobre el carácter vinculante de la jurisdicción internacional. Al respecto se afirma que esta interpretación permite invocar ante los tribunales

(14) La CS ha contorneado ese criterio en el famoso caso "Fontevecchia" (Fallos 340:47) reivindicándose el llamado margen de apreciación nacional.

(15) Como veremos más adelante, el ministro de la CS Horacio Rosatti tiene una postura diametralmente opuesta, en el sentido que —para él— no puede haber un control de convencionalidad por fuera de la Constitución Nacional

(16) Fallos 340:47, "Fontevecchia".

(17) Fallos 318:514.

domésticos la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ingresa, de esta manera, a nuestro sistema.

En el fallo "Ekmekdjian c. Sofovich" la Corte Suprema de Justicia de la Nación ya había utilizado como pauta interpretativa del Pacto de San José de Costa Rica la *opinión consultiva 7* de la Corte IDH, afirmando que esa interpretación debe "guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" **(18)**; y en "Servini de Cubría" **(19)** varios jueces reiteraron esa postura **(20)**. La novedad de este fallo, explica Manili **(21)**, radica en que, al momento de su dictado, el referido pacto ya gozaba de jerarquía constitucional y su relevancia está en el hecho de que la Corte argentina hizo suyos los criterios de la Corte IDH en materia de doble instancia e invalidó, con base en ellos, una ley del Congreso que la restringía (art. 459, inc. 2º, Cód. Proc. Penal de la Nación).

Un año más tarde, la Corte amplió aún más los horizontes de esta norma, al sostener en el fallo "Bramajo" **(22)** que los informes de la Comisión IDH debían "servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales" de los tratados de derechos humanos.

Sin embargo, como ya lo hemos anticipado precedentemente, en "Fontevecchia" (2017) el voto conjunto los integrantes del Máximo Tribunal Nacional consideró que no correspondía hacer lugar a lo solicitado en tanto ello supondría transformar a la Corte IDH en una "cuarta instancia" revisora de los fallos dictados por los tribunales nacionales, en contravención de la estructura del sistema interamericano de derechos humanos y de los principios de derecho público de la Constitución Nacional. En este sentido, entendió que el texto de la Convención no atribuye facultades a la Corte Interamericana para ordenar la revocación de sentencias nacionales (art. 63.1, CADH).

Asimismo, consideró que revocar su propia sentencia firme —en razón de lo ordenado en la decisión "Fontevecchia" de la Corte Interamericana— implicaría privarla de su carácter de órgano supremo del Poder Judicial argentino y sustituirla por un tribunal internacional, en violación a los arts. 27 y 108 de la CN.

En definitiva, desde el caso "Almonacid Arellano vs. Chile", la Corte IDH ha ido precisando el contenido y alcance del concepto de control de convencionalidad en su jurisprudencia, para llegar a un concepto complejo que comprende los siguientes elementos (o las siguientes características): a) Consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte; b) Es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias **(23)**; c) Para efectos de determinar la compatibilidad con la CADH, no solo se debe tomar en consideración el tratado, sino que también la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte **(24)**; d) Es un control que debe ser realizado *ex officio* por toda autoridad pública **(25)**; y e) Su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública **(26)**.

(18) Consid. 21 del voto mayoritario.

(19) Fallos 317:771.

(20) En el consid. 12 del voto del Dr. Barra, y en el consid. 15 del voto del Dr. Boggiano.

(21) MANILI, Pablo L., "Evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema", Astrea, Buenos Aires, 2017, 2ª ed., p. 289.

(22) Fallos 319:1840. A fines de 1998, en el fallo "Acosta" (Fallos 321:3555) la CS limitó esa interpretación ya que sostuvo que, si bien el Estado argentino debe esforzarse por dar respuesta favorable a las recomendaciones de la Comisión, "ello no equivale a consagrar como deber para los jueces el de dar cumplimiento a su contenido al no tratarse aquellas de decisiones vinculantes para el Poder Judicial [...]".

(23) Caso "Gelman vs. Uruguay". Fondo y reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011

(24) Caso "Gudiel Álvarez y otros ('Diario Militar') vs. Guatemala". Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012.

(25) Caso "Mendoza y otros vs. Argentina". Excepciones preliminares, fondo y reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013.

(26) Caso "Liakat Ali Alibux vs. Suriname". Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia

III. Las telecomunicaciones en el derecho espacial. Regulación de la UIT. Cooperación internacional. ARSAT. Lanzamiento y registro de satélites

De acuerdo con el Convenio de Chicago de 1944 **(27)**, los Estados poseen soberanía sobre el espacio subyacente y aéreo a su territorio, en cambio, en el espacio superior, de acuerdo con el Tratado del Espacio de 1967, no hay reivindicación de soberanía por parte de los Estados, por lo tanto, la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, debe desarrollarse en un marco de total libertad y cooperación.

El espacio ultraterrestre fue declarado "Patrimonio Común de la Humanidad", por lo tanto, no existe sobre él ningún tipo de propiedad pública ni particular, sino que pertenece a la humanidad toda. Al respecto, vale la pena destacar que, de la mano del derecho internacional en sentido *lato*, hasta ahora conocíamos —como máxima protección supraestatal— a los "derechos humanos" del hombre individual y colectivamente considerados. Con la aparición del derecho espacial y su cada vez más intenso desarrollo, se ha reivindicado **(28)** como bien jurídico en el ordenamiento internacional: *la humanidad* **(29)**.

La República Argentina es parte de cuatro tratados internacionales que rigen la actividad del hombre en el espacio, ellos son: el Tratado sobre los Principios que Rigen las Actividades de los Estados en la Exploración y Utilización del Espacio Ultraterrestre, incluida la luna y otros cuerpos celestes (1967), el Acuerdo sobre el Salvamento y la Devolución de Astronautas y la Restitución de Objetos Lanzados al Espacio Ultraterrestre (1968), el Convenio sobre la Responsabilidad Internacional por Daños Causados por Objetos Espaciales (1972) y el Convenio sobre el Registro de Objetos Lanzados al Espacio Ultraterrestre (1975) **(30)**.

Todo este plexo normativo internacional impacta directamente en el derecho doméstico **(31)**.

---

de 30 de enero de 2014; Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14. Resolución de 19 de agosto de 2014.

(27) Sobre navegación aérea, aviación civil internacional, transporte aéreo, derecho internacional, Convenio de Aviación Civil Internacional, derecho aeronáutico, transporte. Aprobado y adherido por la República Argentina mediante la ley 15.110 (BO 19/07/1946).

(28) Es justo destacar que la comunidad internacional ya había mostrado signos de reconocer a la "humanidad" como bien jurídico protegido v.gr. el "Tratado Antártico" suscripto el 1º de diciembre de 1959 que entró en vigor el 23 de junio de 1961 establece que "los Gobiernos de Argentina, Australia, Bélgica, Chile, la República Francesa, Japón, Nueva Zelanda, Noruega, la Unión del África del Sur, la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y los Estados Unidos de América. Reconociendo que es en interés de toda la humanidad que la Antártida continúe utilizándose siempre exclusivamente para fines pacíficos y que no llegue a ser escenario u objeto de discordia internacional (...)"; más adelante dispuso que "Convencidos de que el establecimiento de una base sólida para la continuación y el desarrollo de dicha cooperación, fundada en la libertad de investigación científica en la Antártida, como fuera aplicada durante el Año Geofísico Internacional, concuerda con los intereses de la ciencia y el progreso de toda la humanidad".

(29) El "Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes" (abierta para la firma desde el 27 de enero de 1967 y entró en vigor el 10 de octubre de 1967) instituye que "la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, deberán hacerse en provecho y en interés de todos los países, sea cual fuere su grado de desarrollo económico y científico, e incumben a toda la humanidad". El art. V dispone que "los Estados Partes en el Tratado considerarán a todos los astronautas como enviados de la humanidad en el espacio ultraterrestre (...)".

(30) Ver https://www.argentina.gob.ar/ciencia/conae/institucional/registro-de-satelites.

(31) Por ejemplo: dec. 995/1991 (BO 03/06/1991) "Creación de la Comisión Nacional de Actividades Espaciales CONAE", ratificada por la ley 24.061 de Presupuesto para el año 1992 y por la ley 11.672 Complementaria Permanente de Presupuesto; dec. 2076/1994 (BO 01/12/1994) "Aprobación del Plan Espacial Nacional y sus Acciones Previstas para el Período 1995-1996"; dec. 125/1995 (BO 25/07/1995) "Creación del Registro Nacional de Objetos Lanzados al Espacio Ultraterrestre"; dec. 1330/1999 (BO 17/11/1999) "Establécese que el Plan Espacial Nacional 1997-2008 y las Acciones Previstas para dicho Período Reviste el Carácter de Plan Estratégico"; dec. 532/2005 (BO 26/05/2005) "Declárase al desarrollo de la actividad espacial como Política de Estado y de prioridad nacional. Apruébese el Plan Espacial Nacional 2004-2015"; dec. 2197/2012 (BO 15/11/2012) "Transfiéra-

Específicamente, en lo que refiere a la *órbita geoestacionaria* **(32)** aquella injerencia se manifiesta a través de las telecomunicaciones (radiocomunicaciones, televisión, internet, telefonía celular), como también la teleobservación. Estas tecnologías, a las que llamamos TIC, llegan a nosotros a través de satélites que orbitan en el espacio ultraterrestre **(33)**.

Estos satélites transmiten señales de información a través de frecuencias que forman lo que llamamos el espectro radioeléctrico; aparece, así, el recurso *órbita-espectro* (ROE), conformado por las órbitas y el espectro que forman las señales que se emiten, el cual es adjudicado a los servicios de radiocomunicaciones de satélites por la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) **(34)**.

Respecto a la temática aquí tratada, este organismo internacional emite una variada gama de regulaciones administrativas **(35)** tendientes a reglamentar diferentes aspectos de las telecomunicaciones. En lo que hace estrictamente a la órbita geoestacionaria es la entidad internacional competente para autorizar y regular la ocupación de los *slots* distribuidos alrededor de toda la circunferencia orbital. Estos lugares (*slots*) son un recurso limitado **(36)** e hiper regulado por la UIT, con lo cual, los Estados deben cumplir con los requerimientos y normativas dictada por aquel organismo para acceder y mantener ese lugar debido a los enormes beneficios geopolíticos y económicos que acarrea para los países [v.gr. telecomunicaciones, mapeo de territorios, exportación de servicios **(37)**, etc.]. La ocupación estratégica de los lugares asignados a la órbita geoestacionaria es de tal magnitud y, además, refleja que se trata de un recurso escaso, que países, como Colombia, tienen disposiciones constitucionales que reclaman, invocando soberanía, a la

---

se la CONAE a la órbita del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios"; dec. 242/2016 (BO 26/01/2016) "Dispónese el funcionamiento de la CONAE bajo la órbita del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva"; etc.

(32) La órbita geoestacionaria, es una órbita circular a 35.785 km (22.236 millas) sobre el ecuador de la Tierra en la que el período orbital de un satélite es igual al período de rotación de la Tierra de 23 horas y 56 minutos. Una nave espacial en esta órbita le parece a un observador en la Tierra que está estacionaria en el cielo. Esta órbita en particular se utiliza para satélites meteorológicos y de comunicaciones. La órbita geoestacionaria es un caso especial de la órbita geosincrónica, que es cualquier órbita con un período igual al período de rotación de la Tierra. El concepto de dicha órbita fue propuesto en 1945 por el autor y científico británico Arthur C. Clarke en un artículo titulado "Relés extraterrestres" para Wireless World. El artículo visualizó el actual sistema de comunicaciones por satélite que transmite señales de radio y televisión en todo el mundo. El satélite de comunicaciones estadounidense Syncom 3, que se lanzó el 19 de agosto de 1964, fue el primer objeto que se colocó en órbita geoestacionaria [Britannica, T. Editors of Encyclopaedia (2016, March 6). Geostationary orbit. Encyclopedia Britannica].

(33) Para ampliar ver el artículo de LÓPEZ, Susana, "Derecho espacial. Órbita geoestacionaria. U.I.T. Régimen jurídico. Forma de asignación", Centro de Estudios de Derecho Aeronáutico y Espacial (CEDAE), 21/10/2020, https://cedaeonline.com.ar/wp-content/uploads/2020/10/orbita-geoestacionaria-b.docx.

(34) La Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) es el organismo especializado de las Naciones Unidas para las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC). La UIT es el organismo responsable de la atribución del espectro radioeléctrico y las órbitas de satélite a escala mundial, donde se elaboran las normas técnicas que garantizan la interconexión continua de las redes y las tecnologías, y se esfuerza por mejorar el acceso a las TIC de las comunidades insuficientemente atendidas de todo el mundo (https://www.argentina.gob.ar/modernizacion/setic.organismos-relacionados/uit).

(35) Por mencionar algunas: ITU-R R03-WP4A Contribution 423 Historical analysis of the occupancy of the geostationary orbit, GEO (diciembre, 2020); ITU-R R07-WP4A Contribution 24 On the definition of permissible interference for FSS systems in the geostationary orbit (marzo, 2008); ITU-R R12-SG05 Contribution 225 Draft new Report ITU-R M. [MARS-MSS] - Use of non-geostationary orbit mobile satellite systems to enhance maritime safety (julio, 2015); entre otros.

(36) La Constitución de la UIT (art. 44.2) dispone: "En la utilización de bandas de frecuencias para los servicios de radiocomunicaciones, los Estados Miembros tendrán en cuenta que las frecuencias y las órbitas asociadas, incluida la órbita de los satélites geoestacionarios, son recursos naturales limitados que deben utilizarse de forma racional, eficaz y económica, de conformidad con lo establecido en el Reglamento de Radiocomunicaciones, para permitir el acceso equitativo a esas órbitas y a esas frecuencias a los diferentes países o grupos de países, teniendo en cuenta las necesidades especiales de los países en desarrollo y la situación geográfica de determinados países".

(37) Argentina exporta más del 30% de los servicios provenientes de sus satélites (ARSAT-1 y ARSAT-2).

órbita geoestacionaria como parte de su territorio **(38)**.

Durante la década de 1990, las posiciones orbitales habían quedado en manos de una empresa de capitales extranjeros, Nahuelsat, que algunos años más tarde estaba por incumplir su obligación de poner un satélite en órbita en la posición orbital 81º oeste. Muchos países pretendieron la posición asignada a la Argentina, pero el caso más destacable fue el del Reino Unido. Afortunadamente, las gestiones de nuestro país ante la UIT fueron exitosas y se logró preservar la posición 81 longitud oeste, que desde 2006 integra el patrimonio de ARSAT **(39)**. Desde 2015 en esa posición orbital brinda servicios el ARSAT-2 **(40)**.

Actualmente la Argentina tiene asignadas dos posiciones orbitales: 72 y 81 longitud oeste. En 2007 el gobierno rescindió el contrato que a inicios de la década de 1990 se había celebrado con la empresa Nahuelsat (de capitales extranjeros) y dispuso la transferencia de sus activos al Estado nacional, que quedaron bajo responsabilidad de ARSAT. Entre ellos, uno de importancia capital: la posición 72 de longitud oeste. Desde 2014 en esa posición orbital brinda servicios el ARSAT-1.

IV. Conclusión

Con lo dicho, podemos observar la influencia que ha tenido el derecho internacional en nuestro sistema de fuentes desde dos perspectivas o enfoques distintos: por un lado, el sistema que sitúa al *hombre* como centro de imputación prevaleciente de todo el ordenamiento jurídico a fin de resguardar su integridad y dignidad mediante la globalizada instauración —sobre todo luego de la Segunda Guerra Mundial— de sistemas de protección de los derechos humanos, en el caso latinoamericano, a través del Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos (SIDH).

Pero también, por otro lado, la *humanidad* ha desarrollado una cosmovisión de trascendencia y supervivencia que ha sido plasmada normativamente a través de diferentes instrumentos, por ejemplo, el Tratado del Espacio de 1967 en el que se instaura un novedoso bien jurídico: *la humanidad* y, a través de diferentes organismos internacionales (v.gr. UIT) regula los distintos aspectos del espacio ultraterrestres. En lo que aquí interesa, vemos que la Argentina dictó una serie de medidas y adecuamientos normativos para cumplir con los recaudos que se le imponen desde aquel ente supranacional con el objetivo de acceder y, sobre todo, conservar sus posiciones satelitales geoestacionaria como Plan Estratégico Espacial Nacional.

Si bien no es objeto de este trabajo, me permito formular una breve reflexión respecto de la humanidad como bien jurídico; puesto que a partir de los últimos acontecimientos que se vienen suscitando en la realidad (v.gr. pandemia del COVID-19, intensa actividad espacial, posible poblamiento del planeta Marte, el medio ambiente espacial; reingreso y limpieza de chatarra y restos de satélites, exploración de la luna, etc.) se abre una interesante era en materia regulatoria en la que los Estados deberán reconfigurar sus bases normativas en consonancia con las emitidas por un ente supranacional v.gr. ONU y, seguramente, al ritmo de las demás agencias espaciales **(41)** destina-

(38) Art. 101, último párrafo de la Constitución Política de Colombia. No puedo dejar pasar por alto que una regulación constitucional como la colombiana colisiona directamente con los principios y reglas establecidas en el Tratado del Espacio de 1967, en tanto y en cuanto se estableció —en dicho tratado— que ningún Estado puede reclamar soberanía sobre el espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes (art. II).

(39) ARSAT SA es una sociedad anónima con participación estatal mayoritaria que, actualmente, reporta a la Secretaría de Innovación Pública dependiente del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación (fuente: https://mapadelestado.jefatura.gob.ar/index.php).

(40) Ver https://www.arsat.com.ar/satelital/.

(41) V.gr. Comisión Nacional de Actividades Espaciales (Argentina); German Aerospace Center (Alemania); Commonwealth Scientific and Industrial Research Organization (Australia); Agencia Espacial Brasileira Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (Brasil); Canadian Space Agency (Canadá); China Launch and Tracking Control General (CLTC); China Academy of Space Tecnology (CAST); China Academy of Sciences (CAS); Danish Space Research Institute (Dinamarca); Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial (España); National Aeronautics and Space Administration (NASA); National Oceanic and Atmospheric administration (EE.UU); Centre National d'Etudes Spatiales (Francia); Centre d'Etudes et de Recherches de Toulouse (Francia); British National Space Center (UK); Russian Federal Space State Corporation

das a reglamentar la actuación y conducta del *hombre-en-representación-de-la-humanidad* o, será una oportunidad (como lo fue en su momento la conquista y colonización de América), para que los colonos espaciales refunden un nuevo orden jurídico en la que los Estados nacionales, tal como los conocemos, terminen por disiparse.

"ROSCOSMOS" (Rusia); Japan Aerospace Exploration Agency (Japón); United Nations Office for Outer Space Affairs XXX (ONU); entre otras.

Breve reseña de los modelos de Estado y de Administración pública

Perspectivas para un nuevo modelo

María Lucía Martínez

Sumario: I. Introducción.— II. El poder como hecho social y su institucionalización en el Estado.— III. Estado y Estado de derecho. El punto de partida.— IV. El Estado liberal.— V. El Estado social de derecho y el Estado de bienestar.— VI. El Estado neoliberal.— VII. Perspectivas sobre un modelo de Estado futuro y aún incierto.

I. Introducción

A lo largo de la historia, no ha sido un cuestionamiento exclusivo de las abogadas y los abogados aquel destinado a desentrañar cuál es el rol del Estado en la vida en sociedad y, con ello, hasta dónde debe llegar su participación.

Lejos de arribar a una respuesta precisa con el transcurso del tiempo, los contornos del Estado y su obrar mutan, se dibujan y desdibujan a medida que lo social evoluciona.

El desarrollo de la vida en pandemia a partir de marzo de 2020 ha puesto en escena muchas cuestiones que creímos cerradas, trayendo a debate con mayor intensidad cuál debe ser el posicionamiento estatal frente a una sociedad cuyas necesidades —constantemente cambiantes— deben ser abordadas desde perspectivas variadas.

Sin embargo, no es la pandemia provocada por el COVID-19 el único evento que pone a prueba nuestra organización socio-política.

Las nuevas tecnologías y los retos de la inteligencia artificial, la cuestión de género que atraviesa todos los ámbitos, la crisis medioambiental, los escenarios políticos y económicos mundiales, los quiebres de lo que alguna vez fueron bloques regionales —en particular en Latinoamérica— y la constante mutación de los mercados, son algunos de los desafíos que debemos afrontar si buscamos reconfigurar exitosamente la estructura estatal que, desde su origen, ha sido objeto de adecuaciones y correcciones (o intentos de) para contener una cada vez más compleja red de eventos sociales, culturales, económicos, políticos.

Para poder llegar a una conclusión que deje abierta una evaluación crítica de los desafíos a los que nos enfrentamos, debemos sin lugar a dudas contar con la valiosa información que nos aporta el estudio de los procesos históricos. Intentar comprender, en definitiva, cómo llegamos a donde llegamos.

Sin pretender caer en el comentario obligado acerca del péndulo que mueve la historia, un análisis retrospectivo demuestra nuestra tendencia a buscar en el pasado las soluciones para el futuro.

No buscamos con este texto desestimar las experiencias atravesadas hasta ahora, grandes herramientas que, sin embargo, debemos saber usar. Valerse del pasado (con sus ventajas y des-

ventajas) para construir un modelo apto, inclusivo y provechoso es deseable y sano.

Sin embargo, pretendemos a través de un análisis contextual de los modelos estatales que —a grandes rasgos— podemos decir que hemos atravesado desde el origen del Estado moderno, arribar a la conclusión no tan original de que esos modelos responden inevitablemente a un contexto que los condiciona y —más aún— que estará destinado a fracasar cualquier intento de implementar un modelo de organización estatal, sin un estudio consciente, crítico y desprendido de ingenuidades, acerca de la realidad que nos atraviesa, de las necesidades que en cada tiempo resultan prioritarias, y del rol que en la historia nos ha tocado desempeñar.

Veremos entonces cuáles han sido los principales modelos de Estado históricamente atravesados desde el nacimiento del Estado moderno, en particular en las organizaciones continentales europeas —más específicamente de raigambre francesa—, y el impacto que esos modelos han tenido en la configuración del derecho administrativo en general.

Además, incorporaremos algunos puntos relevantes que den cuenta de la recepción de esos modelos en la Argentina y —en especial— en su organización administrativa.

II. El poder como hecho social y su institucionalización en el Estado

Partamos de la noción generalmente aceptada de concebir al poder como un hecho social, que nos coloca a todos los integrantes de un grupo en el lugar de portadores de estatus y roles que implican, en definitiva, una sumisión a algún tipo de poder.

Desde otra perspectiva, podemos decir además que el poder, a lo largo de la historia, ha buscado apoyarse en teorías que lo legitimen, que obtengan un acompañamiento social para su mantenimiento y/o acrecentamiento.

Una forma de poder será legítima, desde este punto de vista, en la medida que obtenga obediencia sin recurrir a la fuerza.

Históricamente, el poder se ha organizado de distintas maneras. Así, los autores han esbozado diversas categorías históricas y caracterizaciones de las que citaremos una en particular. Lo haremos en forma genérica y a modo meramente introductorio **(1)**.

El *poder anónimo o inmediato*, que se identifica con el Estado difuso de la "soberanía" en los clanes primitivos. Es anónimo y difuso porque, justamente, se impone a todos, pero no es ejercido por ninguno en particular.

Existe respeto de los usos y costumbres, cuya inobservancia acarrea una serie de sanciones que son una reprobación grupal; la inhibición en el obrar desaprobado socialmente proviene, en este sentido, del temor que provoca la exclusión.

Nos estamos refiriendo a un tipo puro que, por tal motivo y en la instancia organizativa que como sociedad hemos alcanzado, nos resulta difícil de imaginar; de ocurrir, sería en grupos pequeños y aislados económica y culturalmente.

Los autores lo identifican con agrupamientos en los que predomina la naturaleza mágica y sagrada del poder, y no hay distinciones entre poder político, económico, militar, religioso. Todos ellos se confunden.

Podemos también hablar del *poder individualizado* en una persona determinada o en un grupo de personas, que lo ejercen casi como un derecho de propiedad. La superioridad en este caso se apoya en ciertas cualidades personales, como por ejemplo la propiedad de la tierra, la atribución religiosa o el talento militar.

En términos organizativos, para sociedades más numerosas y/o cuya composición y dinámica han alcanzado un grado más alto de complejidad, significa un progreso.

(1) En este punto, se hará breve referencia a la clasificación efectuada por FERRANDO BADÍA, Juan, "Las formas históricas de poder político y sus legitimidades", Revista de Estudios Políticos, nro. 138, Fundación Dialnet, ps. 85-122.

Sin embargo, tiene también sus falencias, asociadas a un mayor riesgo de arbitrariedad, inestabilidad y legitimidad, especialmente en este último punto en lo que respecta al modo de sucesión de quienes lo ejercen.

Y es en esta instancia que incorporamos al Estado como una etapa de evolución de ese poder, que pasa a estar institucionalizado, en forma relativamente estable, a través de distintos instrumentos entre los que se destaca —a los fines de nuestro estudio— el derecho como sistema de reglas que ordena esa unidad de poder y regula su ejercicio.

Así, la doctrina ha indicado que "la nueva palabra 'Estado' designa certeramente una cosa totalmente nueva porque, a partir del Renacimiento y en el Continente europeo, las poliarquías, que hasta entonces tenían un carácter impreciso en lo territorial y cuya coherencia era floja e intermitente, se convierten en unidades de Poder continuas y reciamente organizadas, con un solo ejército que era, además, permanente, una única y competente jerarquía de funcionarios y un orden jurídico unitario, imponiendo además a los súbditos el deber de obediencia con carácter general. A consecuencia de la concentración de los instrumentos de mando, militares, burocráticos y económicos en una unidad de acción política (...) surge aquel monismo de Poder, relativamente estático, que diferencia de manera característica al Estado de la Edad Moderna del Territorio medieval..." **(2)**.

En este sentido, vale aclarar que, como contraste con los modelos de organización de la Edad Media, el denominado Estado moderno incorporó ciertas características hasta entonces, aunque no desconocidas, poco desarrolladas.

Podemos destacar entre estas características la centralización del poder (con lo que ello implica en términos de control e intervención en las relaciones sociales, económicas y políticas), y cierta —y consecuente— concentración de funciones, que antes podían considerarse "autogestionadas" por la comunidad, y que ahora pasaban a estar concentradas en una especie de burocracia regulada.

La formación de este tipo de Estado podemos encontrarla, aproximadamente, entre los siglos XVI y XVII en Europa continental. No será si no más tarde, desde el lenguaje liberal del siglo XIX, que recibirán el nombre de "Estados absolutistas", sin perjuicio de lo cual no podemos dejar de mencionar que su funcionamiento estaba, bajo su propio diseño, sometido a normas preestablecidas y limitaciones **(3)**.

Es que, desde que surge la idea del Estado como institución, vamos caminando —en palabras de Ferrando Badía— hacia una progresiva institucionalización del poder, que desemboca en lo que conocemos como Estado de derecho.

Hemos realizado en este punto un brevísimo análisis sobra la organización del poder solo a efectos de situarnos ya en la lógica estatal, en el poder institucionalizado en el Estado. Y lo que vamos a abordar, es de qué formas este poder se ha ejercido a lo largo del tiempo.

En este punto, es inevitable reiterar —a modo de cierre— que es imposible concebir el nacimiento y evolución de las instituciones y de las creaciones jurídicas sin un contexto de tiempo y lugar determinados, que acompañaron o facilitaron el desenvolvimiento de esos procesos.

Entonces, vamos a atravesar al menos esquemáticamente y ya dentro de la lógica estatal, el paso del Estado liberal al Estado benefactor y de este al Estado neoliberal, como las tres grandes transformaciones que caracterizaron el proceso histórico del Estado capitalista.

---

(2) HELLER, H., "Teoría del Estado", citado por FERRANDO BADÍA, Juan, "Las formas históricas...", ob. cit.

(3) Recomendamos para profundizar en este punto: GARRIGA, Carlos, "Orden jurídico y poder político en el antiguo régimen"; trabajo realizado en el marco de los proyectos de investigación BJU2000-1378 y BHA2000-0195. También: MANNORI, Luca, "Justicia y administración entre antiguo y nuevo Régimen", en ROMANELLI, R., Magistrati e potere nella storia europea, Bologna, 1997, ps. 39-65.

Ello, como paso previo a reflexionar acerca de los desafíos frente a los cuales nos encontramos hoy. ¿Es posible un nuevo modelo? ¿Qué lugar debe ocupar el Estado?

III. Estado y Estado de derecho. El punto de partida

Utilizando términos de la teoría clásica —y sin perjuicio de advertir acerca de la necesidad de relativizar los conceptos e instituciones, que se han reconfigurado muchas veces desde la visión de otros modelos de Estado—, podemos decir que, a grandes rasgos y tal como indicáramos antes, es con las monarquías "absolutas" que comienza a configurarse el Estado como institución superadora y diferenciada del régimen feudal, apoyada en la soberanía divina del monarca.

El primer gran vuelco del modelo estatal va a estar dado entonces, según la doctrina clásica, con la consagración del Estado de derecho, en tanto esta evolución va a implicar un poder institucionalizado cuyo ejercicio se encuentra sometido a las reglas de derecho establecidas, que fundan su legitimidad.

Si bien normalmente ubicamos el nacimiento del Estado de derecho con la Revolución francesa, esto es parcialmente verdadero. Lo cierto es que, en paralelo, el fenómeno ocurrió en distintos lugares y de diversas formas, lo que lleva a que hoy las configuraciones de poder y, en particular, la concepción del derecho y del derecho público sean distintas.

A modo de resumen y sin desconocer la falibilidad propia de las generalizaciones, podemos enunciar que, por ejemplo, el Estado de derecho inglés se sustenta en una serie de principios que se han ido construyendo a través de *bills*, proclamas, cartas.

Desprovisto de la noción de "poderes" elaborada en territorio europeo continental —recordemos que la concepción de Locke sobre la "división de poderes" no resulta exactamente coincidente con la reinterpretación que de ella hará Montesquieu— el derecho inglés se centra más bien en una concepción de "órganos con potestades".

El Estado y los particulares, por sus contingencias históricas, quedaron sometidos a un mismo y único sistema legal, el *rule of law*.

Hauriou los llamaba "países sin régimen administrativo" y en cierta forma no se equivocaba, puesto que se trata de un régimen que se organiza sin un sistema de normas diferenciado para la Administración.

Algo similar —aunque no por las mismas razones— ocurre en el derecho estadounidense.

En el caso de Estados Unidos nos encontramos con un acto específico de emancipación, de declaración de independencia, y la aprobación de una constitución formal, con una declaración de derechos y una rígida división de poderes.

En Estados Unidos, el Estado independiente, el Estado de derecho y las libertades individuales nacen prácticamente en forma conjunta, lo cual explica la fuerte impronta que el liberalismo tiene en el derecho norteamericano: es un liberalismo fundacional.

Así, el derecho norteamericano es esencialmente privatista y construido sobre las ideas de supremacía judicial y del *due process of law*, que se instrumenta a través de decisiones similares para particulares y Estado.

Los grandes rasgos que delineamos son suficientes a efectos de marcar la distancia con las características que van a imperar en el Estado de derecho francés y que dan lugar —a su vez— a los caracteres propios del modelo continental europeo.

Es en este punto que nos detendremos con un mayor desarrollo, en tanto es este el modelo que mayor influencia va a tener —sobre todo luego de la etapa de emancipación— en la configuración de nuestro Estado y —en particular— de nuestro derecho administrativo.

Ya situados entonces en esta pequeña porción del pasado, recordemos que la Revolución francesa emerge en realidad como una emancipación política de la burguesía creciente, que enarbolará las banderas de la división de po-

deres, los derechos subjetivos y el principio de legalidad con un alcance generalizado que, aunque más discursivo que práctico, le garantizará reservarse un lugar privilegiado en el estudio de la historia.

Ahora bien, el Estado de derecho como hoy lo conocemos va a ser producto de una evolución en la que, sin dejar de ser tal —sin correr de eje la idea de sometimiento del Estado y la Administración a la ley en sentido amplio—, va a concebir distintos modos de ejercicio, y se va a atribuir más o menos funciones en relación con la sociedad que agrupa, sus necesidades y contingencias.

La forma de Estado que se adopte va a combinar una serie de elementos que configuren un orden jurídico-político característico y determinado que defina y fije los límites de la acción del Estado con distintos alcances.

De este modo, y ya ubicándonos en el Estado de derecho continental europeo —que tal como dijimos, es el que, en definitiva, tendrá mayor impronta en nuestra configuración estatal y en nuestro derecho administrativo—, podemos decir que las leyes de la Revolución francesa darán lugar a una primera versión: el Estado liberal.

IV. El Estado liberal

IV.1. Origen contextualizado del modelo liberal

Podemos ubicar el surgimiento incipiente del modelo liberal de Estado entre el siglo XVII y el siglo XVIII —de la mano de la concepción del Estado de derecho— producto de la disconformidad social (específicamente de la burguesía) con el régimen de concentración de poder que imperaba en el llamado Antiguo Régimen.

Se trató entonces de la reacción de cierto sector de la sociedad a este régimen absolutista y búsqueda de limitación de la arbitrariedad del poder, de su sumisión al derecho, y de la consagración de derechos de los ciudadanos frente a aquel.

El proceso revolucionario que recibe el nombre de "Revolución francesa", estrechamente vinculado a la Revolución industrial, culmina por un lado en la consagración de la sociedad capitalista y, por otro, en la implementación de un nuevo modelo de Estado: el modelo liberal burgués.

Frente a la noción de la autoridad ilimitada y la consecuente arbitrariedad en el ejercicio del poder —asociados desde la perspectiva doctrinaria del siglo XIX a las monarquías absolutas— las leyes surgidas de la Revolución francesa (1789) son presentadas por los revolucionarios como leyes de libertad, leyes antiprivilegios. Ello en tanto buscan la limitación de ese poder arbitrario para someterlo al derecho, garantizando así los derechos de los ciudadanos frente a los abusos del poder.

Tengamos en cuenta que la Revolución francesa, como dijimos, surge como una emancipación política de la burguesía, con un sentido y sustento eminentemente económico. Por tal motivo, la expresión más alta de la libertad individual será la propiedad, derecho inviolable y sagrado.

Recordemos en este punto que los ejes de la Revolución francesa serán sustancialmente tres: (i) el principio de legalidad, en tanto sometimiento de la administración a la ley en sentido formal, producto del consenso entre los hombres y no de la divinidad; (ii) el reconocimiento de derechos subjetivos a los ciudadanos, derechos de neto corte individual; y (iii) la división de poderes, siguiendo la configuración (reinterpretación) de Montesquieu acerca de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial y sus funciones, como contracara de la concentración de poder de los estados monárquicos.

Como reacción al régimen anterior, se instaura la idea de un Estado liberal de derecho que se abstenga de interferir, garantizando únicamente las condiciones para el goce de esos derechos individuales que la revolución supo conseguir, expresión de la defensa y reivindicación del individuo como ejes de la ideología revolucionaria.

A eso deberá volcarse el Estado, y ese será el rol principalmente de la administración: es un Estado de mínimos, que no interviene y solo

garantiza el ejercicio de la libertad individual. Su prédica es ofrecer al individuo la seguridad jurídica de no estar sometido a la arbitrariedad del poder.

Económicamente nos encontramos ante un Estado no intervencionista, que estimula la libre circulación de bienes y servicios como óptimo del desarrollo. Se trata de un Estado gendarme y abstencionista, acotado al cumplimiento de fines primarios: seguridad interna y externa, administración de justicia y recaudación de tributos.

Esa concepción resulta coincidente con el rol del Estado liberal según uno de sus mayores ideólogos, Adam Smith **(4)**, quien pregonaba que la función estatal se limitaba a proteger a la sociedad contra la violencia y la invasión de otras sociedades, salvaguardar a los miembros de la sociedad de la injusticia y opresión de los restantes, y mantener ciertos trabajos e instituciones públicas.

Los súbditos se transforman, al menos desde la teoría de la revolución, en ciudadanos provistos de derechos individuales cuya máxima preservación se alcanzaba con un ejercicio no coartado por la injerencia estatal.

¿Cuál es entonces el rol de la Administración (Poder Ejecutivo) en el Estado liberal? Se trata de una Administración que vigila y asegura la ejecución de la ley. Sin capacidad creativa, básicamente la función ejecutiva es entendida como el cumplimiento (ejecución) de las normas y el buen gobierno del Estado.

Sin dudas se trata de un estadio de superación, en tanto se dan una serie de conquistas que podemos considerar fundamentales y que si bien —tal como veremos más adelante— no fueron lo suficientemente revolucionarias para toda la sociedad, si lo fueron en términos macro de evolución histórica.

A estos caracteres cabe agregar que, en materia económica, la actividad debía seguir un flujo espontáneo, sin intervenciones: a menor control, mejor funciona el mercado.

Es a partir de esta concepción del rol estatal que se deja en manos del mercado (de los particulares) todo lo referido a la generación y distribución de la riqueza.

Todas estas características tendrán asimismo influencia en las constituciones de la época, centradas en fijar principios de distribución y limitación del poder, con la consecuente organización a efectos de contener un sistema cerrado de competencias cuyo ejercicio controla la justicia, y en establecer una serie de derechos fundamentales que parten de la noción de libertad ilimitada del individuo, y que solo pueden interferirse por ley.

En un mismo sentido, las cuestiones económicas no se encuentran contenidas en estas constituciones por considerarse ello innecesario: el mundo de la economía se regía desde esta perspectiva por leyes naturales del mercado, no por leyes artificiales del gobierno.

IV.2. El Estado liberal en el Virreinato

Ante el vacío de poder generado en España con motivo de las invasiones napoleónicas (1808), en 1810 se activan los movimientos constitucionales en América, y empieza a plantearse la cuestión de la soberanía como algo que les pertenece a los pueblos americanos, y que pasa a depositarse en los cabildos y las elites.

Estos incipientes procesos de emancipación generaron e impulsaron la toma de poder por las Juntas que se fueron constituyendo en el territorio, y abrieron el camino hacia textos constitucionales en los países que iban arribando por terreno desconocido hacia sus procesos independentistas.

Dado el tiempo en que estas constituciones se dieron (1808-1880 aproximadamente) y los sistemas que tuvieron mayor injerencia en ellas, el discurso político que influyó en sus textos fue, lógicamente, el liberal.

Cabe señalar en este punto que la Constitución en nuestro Estado fue retrasada, entre otras

(4) (1723-1790). Su libro "La riqueza de las naciones" (1776) es uno de los principales textos utilizados como fundamento del libremercado.

cuestiones, por los enfrentamientos internos y la falta de un proyecto político y económico que integrase los intereses de Buenos Aires, el Litoral y el interior.

Luego de la declaración de independencia de 1816, la etapa que comienza en 1852 es la de construcción de un nuevo Estado-Nación, que se cierra en 1880 con la culminación del proceso constitucional.

A partir de la segunda mitad del siglo XIX se constituye con fuerza un Estado liberal oligárquico, con un gobierno central que se impuso ganando el control del espacio social y territorial, centralización del poder político que no hubiera sido posible sin el concurso de la fuerza militar.

El gobierno y los asuntos nacionales se estructuraban de tal forma que servían y satisfacían a un círculo restringido de intereses del sector oligárquico, por lo que podríamos concluir que se trata de un modelo liberal de tipo elitista, sin negar por ello que ese rol aportó a su manera un crecimiento económico y permitió a un Estado joven adoptar cierta posición en el contexto global (desde la concepción de lo global como europeo que imperaba entonces).

Se produce el ingreso de capitales extranjeros a través del modelo agroexportador, que se apoyaba en una clara división internacional del trabajo en la que Europa se constituía como proveedora de productos manufacturados, mientras que la Argentina era la proveedora de materias primas.

En este contexto se promovió la plena inserción al mercado mundial (europeo), con la estancia como punto neurálgico de la producción adecuada para el modelo y rol adoptados.

El progreso se identificó desde este punto del globo con el mundo cultural europeo occidental. Fiel reflejo de ello será la obra "Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina" de Juan Bautista Alberdi, y el direccionamiento europeo del tan famoso "gobernar es poblar".

Podemos identificar dentro de este modelo una segunda etapa —quizás podríamos llamarlo un salto del ideal "liberal oligárquico" al "liberal democrático"— ocurrida a principios del siglo XX (1915, aproximadamente) en la que se pasa a una democracia ampliada con algunas libertades políticas, a partir de la aparición del radicalismo irigoyenista y la acotada incorporación de los sectores medios ante la exigencia de participación en el sistema.

No obstante, no hubo ruptura con la clase dominante, en tanto había consenso sobre la forma de entender el progreso económico: el modelo de acumulación agroexportador continuó vigente, atento que se aunaba en este sentido, la postura sobre los beneficios de ese tipo de división internacional del trabajo.

El impacto de la crisis del '30, el golpe militar de ese año, la conflictividad presente en el partido gobernante, la crisis del comercio internacional y la fuerte afectación de la capacidad de compra, contribuirán a la declinación del modelo de Estado liberal y al surgimiento de una mayor intervención del Estado en la economía, cambio que analizaremos en mayor medida en los puntos subsiguientes. Ello, atento que se trata de un proceso que excede el territorio americano.

IV.3. Significado de la concepción liberal del Estado en términos de derecho administrativo

Sin dejar de reiterar lo riesgoso que resulta en ocasiones, pretender generalizar los caracteres y efectos de los fenómenos sociales y culturales que la historia presenta, intentaremos resumir algunas de las consecuencias esenciales que la concepción liberal del Estado tiene —en particular— en el desenvolvimiento de la función administrativa y, consecuentemente, en la configuración del derecho administrativo y de la organización administrativa.

Faltaríamos a la verdad si sostuviéramos que, para el modelo liberal, la administración es irrelevante.

Por el contrario, una Administración que cumpla eficientemente su función de ejecutora de la ley, bajo control del poder judicial, es el

medio idóneo para alcanzar el óptimo de la vida en sociedad.

Es la Administración, desde esta concepción, un poder que protege al ciudadano y se ocupa de él durante toda su vida preservando las condiciones básicas para que pueda ejercer libremente sus derechos, pero lo hace sin ser paternalista.

Entre los grandes rasgos de la dinámica liberal, podemos resaltar entonces que, como principio, el Estado "obra por abstención": no debe hacer.

La implicancia de esto es la obligación de concentrar un poder mínimo para garantizar por un lado ese no hacer, y para cumplir, por otro, las funciones esenciales que tiene encomendadas. Eso conlleva, lógicamente, a una organización "básica", sin grandes desconcentraciones o descentralizaciones que no resultarían necesarias.

A efectos de graficar cómo impacta la concepción del modelo de Estado en el sistema de organización administrativa, basta con analizar la estructura ministerial de nuestro país durante el período liberal, constituida por Ministerios del Interior, de Relaciones Exteriores, de Guerra y Marina, de Justicia e Instrucción Pública y de Hacienda, todos ellos implementados en 1854. Podríamos incorporar, en una instancia algo más avanzada, el Ministerio de Obras Públicas (1898).

A la característica antes desarrollada, agregamos que la Administración obra siempre sometida a la ley, y solo sobre la base de una ley formal puede interferir en la esfera de libertad de los individuos. Sus atribuciones y su actividad quedan subordinadas a la validez de las leyes, y su poder sujeto a normas escritas y ejercido con control judicial.

Finalmente, podemos concluir destacando que la función de la Administración será de garantía a través de la policía: seguridad, moralidad y salubridad.

No fue otra que esta la conclusión a la que la Corte Suprema de Justicia arribó en el fallo "Saladeristas de Barracas" **(5)**, a lo que podremos eventualmente agregar la prestación de ciertos servicios esenciales y fundamentales. Las restantes actividades, deben ser dejadas en manos del sector privado y alejadas del obrar estatal.

IV.4. La crisis del Estado liberal

Para poder hablar de la crisis a la que llegó el Estado liberal, tendremos que volver rápidamente sobre algunos conceptos ya abordados, y recordar que la Revolución francesa —en la que identificamos el origen de las concepciones básicas de este modelo de Estado— fue una revolución impulsada por la burguesía, para la burguesía.

En este sentido, no nos equivocamos si afirmamos que, pese a los grandes avances que significó, no contuvo a todos: sus beneficios no fueron generales.

Ello se debe, fundamentalmente, a que la bandera de los derechos subjetivos no es otra que la de los derechos individuales cuyo ejercicio pleno partió de la ficción de una igualdad meramente formal y no material (o juridicidad formal por sobre justicia).

La implantación del liberalismo económico favoreció el desarrollo del comercio, pero no implicó una mejora en la situación de los más desfavorecidos, sino que, por el contrario, estos se vieron sometidos a inhumanas condiciones de trabajo a comienzos de la Revolución Industrial y durante buena parte de su desarrollo.

Esos sectores, clases trabajadoras que aportaron la mano de obra que motorizó materialmente la Revolución Industrial, y favoreció los procesos de acumulación de capital, serán quienes reclamen en esta instancia una mejora de su situación social, política y económica.

Las diferencias surgidas de la implementación real del modelo comenzarán a percibirse como ilegítimas en tanto son consideradas las causantes del desigual reparto de la riqueza, que termina haciendo ilusorios los planteos de

(5) Sentencia del 14/05/1887; Fallos 51:274.

libertad e igualdad de la ciudadanía que sustentaron el ideal revolucionario.

La industrialización, la urbanización y la creciente especialización de las ocupaciones, conlleva a que los individuos, clases sociales y organizaciones, incrementen la complejidad de la vida estatal, advirtiéndose así las insuficiencias del mercado en lo que respecta prestaciones sociales. La igualdad formal postulada en la expresión clásica liberal, muta y adquiere un sentido social y de masas derivado de los requerimientos del trabajo industrializado.

Sobre finales del siglo XIX y durante buena parte del siglo XX, como resultado de la organización del movimiento obrero y del desenvolvimiento del derecho del trabajo, a lo que se suma el ascenso de gobiernos socialdemócratas en Europa (nacidos sobre todo a finales del siglo XIX) y la institucionalización de los sindicatos, el Estado se va a ir convirtiendo progresivamente al próximo modelo, el Estado social.

Se irá configurando así un modelo que, inicialmente a través de "correcciones" y luego desde su adecuación total, pondrá más énfasis en la igualdad social y no únicamente en la libertad jurídico-política. A tal fin se expandirá, se transformará y diversificará su actividad.

Los primeros acercamientos a un Estado de derecho más social los vamos a ver en Alemania, donde el canciller Otto Von Bismarck dictará una serie de leyes sociales respondiendo a las fuertes demandas de los trabajadores, y a las presiones de la iglesia y de grupos políticos de la época. La aplicación de este modelo rápidamente se extendió a Europa y luego a otras partes del mundo.

V. El Estado social de derecho y el Estado de bienestar

V.1. Un precursor: León Duguit, "Las transformaciones del derecho público" (1915)

León Duguit, decano de la Escuela de Burdeos, va a ser uno de los primeros en plantear la necesidad de adecuación del derecho a la realidad, en tanto herramienta destinada a cumplir una función social que debía realizar la solidaridad, cometido logrado a través de los "servicios públicos" **(6)**.

El académico francés desarrolló sus ideas en un tiempo difícil, en el que el Estado liberal y sus concepciones abstencionistas acerca de la intervención pública en la economía se habían agotado —en términos de los beneficios que su implementación pretendía alcanzar—, sin que los postulados del Estado social hubieran hecho todavía entrada en la dinámica de la vida política y social.

Duguit partió de la idea de la importancia primordial que debía darse a la solidaridad social, plasmada en un Estado que asuma las necesidades colectivas y logre, a través de la prestación de servicios públicos, una igualdad real de los integrantes de ese todo, una mejora en las condiciones de vida de los ciudadanos.

En este punto, no podemos desconocer su acertada lectura de la realidad crítica, más sencilla de ver con los ojos del siglo XXI, pero probablemente menos asequible para quien habitaba ese período de la historia.

El decano de Burdeos buscó para ello construir el derecho administrativo —y en consecuencia sus principios e instituciones— sobre bases distintas a las elaboradas hasta entonces.

Recordemos que los desarrollos doctrinarios de la época —pre y post revolucionarios— tuvieron esencial anclaje en la soberanía, primero del monarca y luego del pueblo.

En este punto, Duguit busca correr la noción de soberanía del lugar de pilar sobre el que se construyó el derecho administrativo.

Para ello, su planteo coloca tanto a la soberanía divina del rey como a la soberanía nacional de la asamblea, en el lugar de conceptos metafí-

(6) Además del texto del autor "Las transformaciones del derecho público", sugerimos la lectura clarificadora del texto RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, "Sobre las transformaciones del derecho Público, de León Duguit", Revista de Administración Pública, ISSN: 0034-7639, nro. 190, Madrid, enero-abril 2013, ps. 61-100.

sicos, míticos, cuasi religiosos, que tienen como cometido sustentar la existencia de un conjunto de poderes y privilegios que beneficiaron primero al rey y luego a la asamblea.

Corrido ya de ese lugar el concepto de soberanía, el autor planteó que el servicio público ocupa el centro de los desarrollos iuspublicistas. Es esta entonces la noción que justifica la existencia y autoridad de la Administración Pública, que no tiene otra razón de ser más que la utilidad que presta a los ciudadanos mediante la prestación de aquel. La Administración Pública es, a criterio del autor, un servidor público.

Sobre esta base, Duguit diseña una concepción administrativista que encuentra su núcleo no ya en la elaboración y construcción de límites al accionar del Estado, si no en la obligación de los gobiernos de obrar, de realizar ciertos actos que exceden los bélicos, de justicia y policía —los que, en definitiva, entiende más como actos de conservación del poder— y trascienden hacia la educación, sanidad e industria.

Estos actos que los gobiernos deben cumplir son los que integran su noción amplia (y hasta relativa) de servicio público. Es servicio público desde esta perspectiva, la obligación del gobernante de asegurar, en forma regular e ininterrumpida, la realización de determinadas actividades relevantes para la sociedad.

Y es la prestación de estos servicios públicos, la que reclama una intervención del Estado que se encuentre sometida y regulada por el sistema de derecho público: un derecho objetivo de los servicios públicos.

El punto quizás más crítico de su desarrollo —y que traerá cierto enfrentamiento académico con su colega Gastón Jèze— gira en torno a la determinación de las actividades que deben integrar el concepto eje de su teoría.

En este aspecto, Duguit entiende que el contenido del servicio público se define conforme el contexto, atento que se trata de una noción dinámica y variable que dependerá de las circunstancias y necesidades de cada tiempo y lugar. De la misma manera, el número de actividades que los gobernantes deberán prestar en tanto servidores públicos será creciente, si consideramos que las necesidades de la civilización son cada vez mayores.

El contrapunto en el tema —según dijimos— lo traerá Jèze, quien advierte quizás cierta "ingenuidad" o falta de realismo en esta parte de la teoría de Duguit, en tanto pretende que la determinación del carácter de servicio público de una actividad quede librada exclusivamente a la voluntad de los gobernantes. De este modo, según la crítica de aquel, dejaría de ser una cuestión jurídica y pasaría a ser política o sociológica.

V.2. Características del modelo social y su profundización en el Estado de bienestar

Como punto de partida debemos resaltar que la transición del modelo liberal a un modelo más social de Estado fue progresiva.

Hasta antes de los años '30 (más precisamente, previo a la gran depresión de 1929) las características esenciales del Estado liberal dentro del sistema capitalista no sufrieron grandes modificaciones.

La crisis y las demandas sociales se abordaban como pequeños focos de incendio que podían sofocarse a través de "medidas correctivas", las cuales no alteraban la esencia de la estructura económica ni el equilibrio de fuerzas imperante en el sistema.

Sin embargo, la gran depresión del '29, los desarrollos doctrinarios de Keynes y los cuestionamientos que provocó un modelo de Estado en crisis creciente dieron lugar a distintas concepciones que vieron con buenos ojos la posibilidad de que las crisis económicas puedan controlarse, en alguna manera, mediante la intervención del Estado.

Esas nociones —entre las cuales, como destacáramos en el punto precedente, tuvo fuerte acogida entre otras la teoría de los servicios públicos de Duguit—, concebidas como aptas para dar solución a las necesidades de la (no tan) nueva realidad social, fueron provocando un

cambio fundamental en las funciones del aparato estatal, un salto de modelo.

Podemos hablar entonces inicialmente del "Estado social" que se corresponde a las primeras experiencias de protección social iniciadas a fines del siglo XIX, y su orientación básica hacia una integración social como compensación a la falta de libertades ciudadanas, y a la exclusión de que era objeto en ese entonces el movimiento obrero organizado.

Luego, tendrá una evolución hacia el Estado de bienestar como profundización de ese modelo, en el que Estado toma a su cargo y se hace responsable progresivamente de una serie de servicios como educación, vivienda, servicios sociales y seguridad social —entre otros— y, por otra parte, se compromete a mantener la estabilidad económica, tratando de controlar los ciclos económicos mediante su intervención directa.

Bajo esta forma de Estado, además de mantenerse —por supuesto— la idea del sometimiento de la autoridad a la ley y la proscripción de la arbitrariedad, se buscó generar para los ciudadanos un mínimo de bienestar, favoreciendo un nivel de igualdad más material que formal, que limite las diferencias que la libertad —concebida con criterio individualista y de igualdad formal— podía generar.

Sin embargo, pecaríamos de ingenuos y faltos de realidad si concluyéramos que el cambio de modelo fue motorizado por un imperativo moral que caló en las clases gobernantes, producto de la concientización sobre la realidad desigual que caracterizaba la dinámica de la época.

Lo cierto es que, entre los factores desencadenantes de la crisis económica mundial imperante, nos encontramos con un crecimiento estrangulado cuyos horizontes podían ampliarse sobre la base de la redistribución.

El empleo, las mejoras salariales, y más tarde la actividad prestacional del Estado, fueron concebidos por los propietarios del capital como herramientas que podían favorecer y estimular la economía. La redistribución se visualizaba así como una inversión productiva y, en consecuencia, como una solución a la crisis.

El triunfo del modelo social de Estado de derecho —que, no olvidemos, se mantiene dentro de la lógica capitalista— tiene entonces su apoyo en un encuentro casual entre las necesidades del desarrollo económico y los reclamos de igualdad social.

La configuración de este nuevo modelo, parte esencialmente de la idea de que el ejercicio efectivo y materialmente igualitario de los derechos de los ciudadanos, solo podrá conseguirse mediante la generación por parte del Estado, de ciertas condiciones sustentadas en la solidaridad social y la justicia.

Tengamos presente en este punto, que cuando inició el siglo XX dominaba el constitucionalismo liberal consagratorio de los derechos de libertad, propiedad, seguridad jurídica e igualdad (derechos, tal como dijimos, de neto corte individual).

Por su parte, en el Estado social de derecho —institucionalizado luego a mediados del siglo XX bajo la forma de Estado benefactor—, sin abandonar los progresos experimentados en el modelo anterior, se incluyen nuevos derechos y se implementan mecanismos de redistribución de riqueza a través del salario de los trabajadores, del ejercicio de los derechos colectivos y —tras su profundización— de la consagración de una serie de prestaciones cuya meta es el bienestar social real.

A tal fin, asistimos a un replanteo social de valores, los cuales se transportan de aquellos de corte individual con remarcada separación Estado-sociedad, a valores de tinte social con intervención del Estado en la sociedad como técnica de corrección de desigualdades. De un Estado mínimo y abstencionista, se tiende a estados grandes y más intervencionistas.

Desde esta concepción, el Estado interviene a través de medidas positivas que buscan asegurar condiciones mínimas de vida, que aseguren la igualdad material, dando paso a derechos sociales. Eso, además de integrar a las masas

trabajadores en el orden político, reclamo largamente sostenido por la clase obrera.

Especialmente, se concibe como positiva la intervención en un ámbito que en el modelo anterior le estaba absolutamente vedado: la economía de mercado.

Desde esta perspectiva, el Estado ya no pregona el "dejar hacer, dejar pasar" de los franceses liberales como el contexto ideal para un desarrollo sano. Aquel va incrementando sus potestades para controlar el proceso económico, y detraer de él recursos para financiar la acción social cada vez más amplia.

Incluso la división de poderes concebida por los liberales sufre variaciones, en tanto el Poder Ejecutivo asume múltiples funciones —entre otras en la dirección de la economía— hasta entonces impensadas, mutando progresivamente a un predominio del Ejecutivo por sobre el Parlamento.

El Estado interviene progresivamente en forma más intensa, realizando varias funciones: (i) reguladora, fijando las condiciones sociales y económicas a través de las normas; (ii) benefactora, financiando prestaciones concebidas como la herramienta apta para garantizar un nivel mínimo de vida o subsistencia de todos los ciudadanos; (iii) empresarial, interviniendo activamente como sujeto de la economía —empresario o patrón—, lo que generó una expansión del sector público.

La profundización del modelo alcanzó su máxima expresión a mediados del siglo XX y durante los años siguientes a la Segunda Guerra Mundial, bajo una propuesta política en la que el Estado provee de servicios o garantías sociales a la totalidad de la población.

En este sentido, el modelo será posible a la luz del crecimiento económico de las naciones industrializadas y los beneficios del nuevo modelo productivo (producción en masa), que permitió una creciente ejecución de servicios públicos, prestaciones sociales y redistribución de la riqueza con pleno empleo.

A esto podemos sumar la implementación del Plan Marshall, principal programa de los Estados Unidos para propiciar "la reconstrucción de Europa" —al menos era su finalidad en términos discursivos— después de las gravosas consecuencias de la Segunda Guerra Mundial, que consistió en inyectar recursos económicos en Europa, a efectos de estimular las áreas de producción y la economía de los estados beneficiados.

La institucionalización del Estado benefactor va a encontrar incluso reflejo en el llamado constitucionalismo social, con la sanción de constituciones que contrastan con las constituciones liberales y que, además de incorporar los derechos sociales en su regulación, se centraron en organizar minuciosamente el aparato estatal apto para su prestación.

Nace en este sentido un constitucionalismo social representado, en un primer momento, por las constituciones mexicana (1917), soviética (1918) y alemana (1919) **(7)**.

El Estado pasa a desempeñar un papel básico en la economía como coordinador del desarrollo económico, manteniendo el equilibrio económico y persiguiendo fines de justicia social. Es decir que asume la responsabilidad del bienestar de los ciudadanos, asegurando la protección social.

En este punto, la realidad nos obliga nuevamente a relativizar los conceptos y los procesos, resaltando que no hubo en términos comparativos un único modelo de Estado de Bienestar. El modelo se consolidó en distintos países con sus particularidades.

Al ser una construcción social e histórica, sería dificultoso y hasta injusto con los sucesos del pasado intentar establecer clasificaciones

(7) "Tales constituciones constituyeron no solo determinadas cláusulas de protección a la persona humana en sus dimensiones social y económica, sino pautas de conducta del Estado para con los agentes económicos"; GARCÍA BELAUNDE, Domingo, "La Constitución Económica Peruana", citado por ACOSTA IPARRAGUIRRE, Vicente, "La constitución económica en el Perú y en el derecho comparado", Cap. II de su tesis publicada en Tesis Digitales UNMSM.

muy rígidas, dado que la concreción de las ideas siempre tiene sus condicionantes.

Existieron y existen en este sentido modelos sociales con tintes más liberales (como el implementado en los Estados Unidos, Canadá, o Australia) en los que el Estado juega un papel más subsidiario e interviene cuando los mecanismos tradicionales fallan o son insuficientes, y modelos más sociales, que profundizan todos los rasgos que describimos en puntos precedentes y aplican políticas activas de promoción de la solidaridad e igualdad, con altas tasas de sindicalización e incremento del gasto público. Podríamos definirlos como "intervencionistas fuertes" (tal es el caso de Suecia, Noruega o Finlandia).

Sin embargo, volviendo a un resumen de sus características centrales, podemos decir que en los modelos de Estado benefactor hay intervención del Estado en la economía como medio para enfrentar la crisis del liberalismo, aceptándose en este punto que el juego de libre mercado por sí solo puede conducir a graves perjuicios en los sectores más vulnerables. Se abre vía a una concepción del Estado como planificador y promotor del desarrollo.

En esta concepción, la implementación de medidas y programas sociales encaminados a paliar los grandes problemas económicos y sociales sufridos por la población trabajadora pasa a integrar el centro de la agenda gubernamental, persiguiendo a su vez fortalecer al sector que aporta la mano de obra que mueve la producción, y que es al mismo tiempo consumidor de productos del sistema capitalista.

V.3. El Estado benefactor en la Argentina

Al igual que sucedió en otros Estados, se dio en esta etapa en nuestro país el fortalecimiento de nuevos actores —fundamentalmente el empresariado industrial y el proletariado urbano— que transformaron la sociedad civil.

Asistimos a la implementación de líneas político-económicas nacional populares que se asientan sobre la incorporación de las masas de trabajadores y la desarticulación de relaciones provenientes de un modelo de dominación oligárquica.

El modelo en la Argentina se basó en un modelo de industrialización que buscó sustituir al modelo agroexportador hasta entonces imperante, lo que provocó además grandes internas de zonas del interior hacia regiones industrializadas, las ciudades.

Este modelo basa su legitimación en la respuesta del Estado a las demandas populares mediante medidas redistributivas, consagración de derechos sociales y rol protagónico del Estado en la promoción del crecimiento económico y el desarrollo social.

Analizando la estructura organizativa estatal en esta etapa, asistimos a la incorporación de los Ministerios de Industria y Comercio, de Transporte, de Salud Pública, de Educación, de Trabajo y Previsión —todos ellos en 1949—, y un poco más tarde (en 1955) de Desarrollo Social.

Fiel reflejo de la implementación del Estado de Bienestar lo encontramos en la sanción de la Constitución de 1949, receptora fundamental de los principios del modelo.

V.4. Significado de la concepción social del Estado en términos de derecho administrativo

Como consecuencia lógica del modelo cuyas características hemos analizado, el Estado, y en particular la Administración, asiste a un fuerte incremento de las funciones que tienen encomendadas, las que dejan de ser únicamente de garantía (el tan estudiado concepto restrictivo de policía), y pasan a ser también de provisión (por caso, prestación de servicios, creación de empresas públicas) y de fomento (es decir, ayuda y asistencia).

En tal sentido, las funciones de la administración pública serán de un contenido más complejo y extenso, contracara de una ciudadanía-beneficiaria que exige el cumplimiento de tareas específicas.

La finalidad de la Administración y —consecuentemente— la función administrativa pasa a tener un fuerte tinte prestacional, con interven-

ción directa en la economía e incluso sustitución de la actividad privada.

La Administración asume tareas relacionadas con el bienestar social, prestaciones en materia de salud, alimentación, educación y vivienda, además de proporcionar servicios públicos (en sentido estricto, como agua, luz, pavimentación, comunicaciones).

Eso se refleja en una ampliación de sus funciones y en una mayor burocratización y expansión de su estructura organizativa, demanda proveniente de esas mayores actividades encomendadas, tendientes en parte a paliar los déficits en materia de seguridad y de prestaciones sociales para sectores antes no contemplados.

Debemos tener en cuenta que la función de intervención en la regulación y dinámica de la economía y la de prestación de beneficios a la ciudadanía son correlativas: la administración pública interfiere en el proceso económico con la finalidad de obtener excedentes que puedan ser redistribuidos. Es decir, orienta los beneficios del sistema y busca responder así a las necesidades de las masas.

V.5. Crisis del Estado de bienestar

Así como el Estado de bienestar llega a su máxima expresión cerca de 1950, arribará luego a un agotamiento progresivo que se hará evidente en la década del '70.

A partir de la crisis del petróleo de 1974, se produce a nivel mundial un estancamiento económico que, sumado a la irrefrenable inflación, colocará a las economías nacionales en jaque.

La delicada situación se lee como un fracaso de las ideas del Estado de bienestar que, catapultado también por la merma de recursos disponibles para inyectar en un Estado que se percibe como costoso, derivó en el progresivo resurgimiento de ideas neoliberales.

Estas ideas, destacan al modelo hasta entonces vigente por su elevado gasto público, sus excesivas regulaciones e interferencias en el libre mercado, su proteccionismo desmesurado, y las dificultades provocadas por la necesidad de su financiación.

Sobre esa base, se plantea la insostenibilidad del modelo benefactor, que en las décadas del '80 y '90 es sometido también a "correcciones". Los gobiernos intentan reorientar su papel hacia un Estado menos intervencionista, reservando la actuación estatal social para situaciones excepcionales, de extrema necesidad.

Se da una crisis de lo público: se propicia que los servicios que antes eran ofrecidos obligatoriamente por el Estado empiecen a regirse por leyes de mercado, encargando su gestión a la iniciativa privada.

Es, nuevamente, la idea de la abstención estatal la que se concibe como modo de contrarrestar la "administrativización de la vida" ocurrida con la implementación del modelo social de Estado. Asistimos así al surgimiento de las corrientes neoliberales.

VI. El Estado neoliberal

A partir de 1970 aproximadamente, nos encontramos frente a una ofensiva contra el Estado benefactor, enarbolándose la bandera del libre mercado, contraria a la propiedad estatal de los medios de producción y de las regulaciones sobre la economía, así como a los programas sociales, a los que se concibe como causantes del déficit fiscal.

Se renueva entonces el ideal de achicamiento del Estado y disminución progresiva de su intervención en la economía, propiciado por pensadores como Hayek y Friedman.

Obviamente —volviendo en este punto a un análisis desprovisto de ingenuidades— el cambio de modelo se asienta en un elemento económico central: la situación generalizada de recesión e inflación del capitalismo industrial.

Durante la segunda mitad del siglo XX concurrimos a otra gran crisis del capitalismo asociada a problemas de inflación, bajo crecimiento económico, desequilibrios financieros, desempleo, caída y estancamiento de la productividad.

Es así como resurge la idea inversa a la que inspiró el modelo de Estado benefactor: enriquecer/acumular, luego redistribuir.

A ello cabe agregar el fenómeno de la globalización como otro punto desencadenante: la progresiva tendencia fue afectando cada vez en mayor medida la capacidad de los estados para controlar la economía, en tanto se encontraban también frente a la necesidad de competir en un mercado que pasó a ser internacional e interdependiente.

Como forma de incorporarse al capitalismo mundial se da una reestructuración total que, lógicamente, afectó al funcionamiento del Estado —y a las concepciones sobre su rol en la organización del poder— en tanto el aparato estatal tuvo que lidiar con la escasa disponibilidad de recursos para seguir cumpliendo con todos los programas sociales asumidos, y en muchos casos, con su propia burocracia.

Es así como a partir de la década de los '80 volvemos a encontrar un planteo fuerte de teorías que se centran en el libre mercado, la flexibilidad laboral, la desregulación y privatización de la economía, la reducción progresiva del Estado. La gestión pública —y el rol distorsionador de la economía que se le asocia— se considera ineficaz frente a los beneficios de la gestión privada.

Como indicáramos, se trata de un regreso al ideal que sostiene que primero se debe crecer para luego poder distribuir, asociándose además en forma directa la noción de crecimiento con la de libertad de mercado, el abandono de políticas estatales activas en la expansión del empleo y de redistribución, y planteándose como prioridad la reducción de la inflación y del déficit mediante políticas de ajuste.

Desde los años '90 del siglo pasado, la ideología liberalizadora y privatizadora se extendió por todos los continentes.

Este modelo conjuga distintos elementos, entre los que podemos mencionar innovación e incorporación de tecnologías en los procesos productivos, inversión privada (nacional y extranjera), dando lugar a un Estado coordinador y facilitador entre los agentes económicos y la sociedad —de carácter privado—, que posiciona al mercado en el rol de principal agente de producción y distribución de la riqueza, y asigna a los actores privados el papel de proveedores de bienes y servicios, y motor del mercado laboral.

"Entre una y otra lógica hay un giro radical en el que no existen mediaciones (...). El significado de la posición del individuo en un orden desigual se modifica en una u otra perspectiva. En la primera (refiriendo al Estado benefactor) son las condiciones exteriores, el libre mercado, lo que determina la desigualdad. Hay un origen objetivo en la posición de los individuos en la estructura social. En la segunda (neoliberalismo) la desigualdad es producto del distinto grado de aprovechamiento de las condiciones del mercado por los distintos individuos. Aquí son determinantes de carácter subjetivo. La voluntad, la capacidad y, en general, las cualidades personales de los individuos se reflejan en su posición social. El origen de las desigualdades sociales se transfiere desde la estructura objetiva hacia la responsabilidad del individuo" **(8)**.

El neoliberalismo que tuvo como puntal teórico al monetarista Friedman, obtiene su recepción expresa, por ejemplo, en Inglaterra con Thatcher, y en Estados Unidos con Reagan. Ambos, en la búsqueda de combatir al Estado intervencionista y restablecer un modelo de Estado que deje al mercado y los individuos actuar libremente para llegar al equilibrio.

Es decir que mediante un proceso de desregulación de puntos económicos estratégicos —junto a otras medidas como la flexibilización laboral— se buscaba reducir los costos y gastos del proceso productivo privado para estimular la competitividad internacional mediante una baja en los precios y abrir así las economías nacionales a los mercados mundiales.

Ello, asociado a otra forma clásica liberal: la privatización de empresas que en el modelo

(8) BILBAO, Andrés, "La lógica del Estado del bienestar y la lógica de su crítica: Keynes y Misses", Papers: Revista de Sociología, nro. 34, 1990, ps. 13-29, https://www.raco.cat/index.php/Papers/article/view/25070.

benefactor eran de gestión pública, desvinculando al Estado. Esta medida fue a su vez una de las implementadas para achicar el gasto público.

VI.1. La implementación del modelo neoliberal en la Argentina. La "reforma del Estado"

Después de un período de dictaduras que —lógicamente— no pueden caracterizarse como un modelo de Estado de derecho, y de la transición que significó la vuelta a la democracia de la mano del gobierno radical, ocurrió también en nuestro país el regreso a las ideas neoliberales.

Un claro abordaje de las ideas neoliberales de fines de los '80 y principios de los '90 lo encontramos en el texto de uno de los principales autores en abordar el tema, que será también en cierta forma uno de los contribuyentes a lo que se denominó la "reforma del Estado" en la Argentina de los años '90. Nos referimos a Rodolfo Barra.

En su artículo "Estado y bien común", el autor realiza un desarrollo teórico en torno al rol del Estado en esta reforma integral.

Su punto de partida son las ideas de Santo Tomás de Aquino, en tanto afirmaba que el hombre es por naturaleza un ser social y sociable, expresión de un orden social de perfecciones relativas e insuficientes, que se complementan mediante su asociación con otros individuos.

Es así como el hombre se une a sus semejantes para lograr, mediante el concurso de sus mutuos esfuerzos, cubrir sus impotencias.

Esta unión se logra a través de múltiples formas asociativas que la inteligencia humana creó a lo largo de la historia, entre las que se encuentra el Estado en tanto unidad perfecta, que representa la máxima organización, capaz de suplir todas aquellas imperfecciones que las comunidades menores —imperfectas a su vez— no logran solucionar.

En este punto, indica que las relaciones de los hombres entre sí y con el Estado se estructuran piramidalmente, que cada segmento de la pirámide significa un orden de necesidades, y que en cada escalón se ubican agrupaciones sociales intermedias que las satisfacen.

Las distintas asociaciones constituyen el cuerpo de la pirámide, son agrupaciones menores en jerarquía, e intermedias entre el hombre (en cuanto individuo) y el Estado.

El hombre irá transitando a lo largo y a lo ancho de esta pirámide de agrupaciones sociales durante toda su vida, colmando sus exigencias, cada vez en mayor medida conforme se aproxima a su vértice.

En el vértice de la pirámide se encuentra el Estado, la agrupación social perfecta en el orden temporal —en el orden espiritual sería, desde esta postura, la iglesia católica— que va a satisfacer todas aquellas necesidades que no fueron colmadas por las agrupaciones anteriores.

Esta distribución de competencias lo lleva a formular el principio de subsidiariedad —contemplado también en la encíclica papal Quadragésimo Anno— por el cual la competencia del Estado alcanza solo aquellos ámbitos de la vida social en los que la actividad de los particulares (individualmente o a través de asociaciones intermedias) no pueda o no deba desarrollarse.

El hombre satisface sus fines a través de estas organizaciones intermedias que tienen fines específicos. Por el contrario, el fin del Estado es único e indeterminado, beneficia a todos los que integran la pirámide. Su finalidad es el bien común (nuevamente cita la filosofía tomista).

Finalmente, realiza una crítica al Estado Benefactor indicando que la crisis del liberalismo derivó en la sustitución del Estado de la legalidad por el Estado de la administración, lo que puede dar lugar al nacimiento del "hombre administrado", aquel que se acostumbra a que todo se le dé hecho y resuelto, por un sistema fundado en la ideología administrativa.

Desde esta perspectiva, la extensión de las competencias estatales puede significar la

tumba del bien común, por lo cual es importante tener presente la tradicional doctrina del bien común como meta de realización subsidiaria.

Esta teoría es interpretada y receptada en nuestro país sobre finales de los ''80, frente al impacto del endeudamiento, en tanto se diagnosticó la crisis del Estado de Bienestar señalando el excesivo tamaño adquirido por el sector público, la necesidad de reducir los costos del Estado y de fomentar el desarrollo de un amplio sector privado de servicios.

En los '80, con la democracia, explota la crisis de la deuda y al final de la década se produce la profundización de la crisis del Estado, que hace eclosión con la hiperinflación.

Este modelo se inserta en un contexto internacional fuertemente impactado por la globalización de la economía y por la difusión a nivel mundial de las pautas de la economía de libre mercado.

Desde fines de los '80 predomina, entonces, un enfoque neoliberal del Estado que se expresa en términos económicos como lucha contra la inflación y a favor de una separación de Estado-sociedad civil para alcanzar la estabilidad económica.

Se destaca el excesivo tamaño adquirido por el sector público, se critica el exceso de burocracia y la descontrolada expansión del gasto fiscal, se promueve mayor libertad para el mercado.

Se encara un proceso de redimensionamiento del Estado que se llamó "reforma del Estado", fundamentalmente en los '90, en el cual el eje del proceso económico deja de ser el trabajador y pasa a ser el mercado, el consumidor y el *management*.

El neoliberalismo de los '90 recepta entonces el principio de subsidiariedad, buscando de este modo que el Estado no realice todo aquello que pueden hacer los particulares. La crítica al "estatismo" en la sobredimensión de las estructuras administrativas y la burocracia y el exceso de reglamentaciones que limitan las libertades.

Como forma de contrarrestar los efectos nocivos de tales ideas, se aplican las que Cassagne llamó "técnicas de reversión del estatismo" **(9)**, instrumentadas en las leyes 23.696 y 23.697.

Se trata de técnicas de intervención que buscan, justamente, revertir esto. Aspiran a funcionar en forma opuesta a las técnicas de intervención que implementó el estatismo.

Son, fundamentalmente: (i) reestructuración y racionalización: reducción de estructuras orgánicas y congelamiento del ingreso de personal, reducción del gasto público y estructuración de una administración más reducida pero más eficiente y eficaz; (ii) desregulación y monopolización: consagración de la autorresponsabilidad y la libre actividad de los individuos, llevando a la iniciativa privada y la libre concurrencia al mercado, desde la idea de que la regulación de materias que corresponden a los particulares y al mercado, y la monopolización de determinadas actividades por el Estado, funcionan como barreras para el crecimiento; (iii) privatización: es la contracara de la empresa pública —vista como contraria a la eficiencia y productividad—, las actividades públicas o privadas hasta entonces prestadas por el Estado debían ser desempeñadas por empresas a cargo de particulares; (iv) descentralización y provincialización mediante una reasignación de funciones entre el Estado nacional y las jurisdicciones locales (por ejemplo salud, educación y seguridad), con el consecuente traspaso de gastos.

VII. Perspectivas sobre un modelo de Estado futuro y aún incierto

Las experiencias vividas nos demuestran que el retorno a modelos perimidos no es ni ha sido una solución a las crisis que, por otra parte, presentan matices nuevos e imposibles de abordar con los ideales surgidos en contextos que hoy ya nos son ajenos.

(9) CASSAGNE, Juan Carlos, "Las técnicas de reversión del estatismo en el proceso de reforma del Estado", en Reforma del Estado y privatizaciones, Introducción, notas y texto ordenado por Dromi, José Roberto, t. I, ps. 213 y ss.

Sin ir más lejos y a modo de ejemplo, la fuerte crisis ocurrida en la semana negra de octubre de 2008 (se extendió aproximadamente de 2008 a 2010), nos obliga a replantear cuáles son las medidas correctas y como reconfigurar el rol del Estado en un contexto en el cual, volviendo al ejemplo y con un sentido anecdótico, el Estado liberal por antonomasia, Estados Unidos, debió inyectar en el mercado una altísima suma de dinero, cerca de 700 mil millones de dólares.

Algo similar ocurre hoy con las consecuencias (que aún no terminamos siquiera de comprender) que puede acarrear en términos sociales, económicos, políticos, jurídicos y culturales, la crisis derivada de la pandemia por el virus COVID-19.

El esfuerzo intelectual que nos requiere la mayor complejidad de la vida en sociedad, que implica a su vez problemas educativos, migraciones, crisis energética, cuestión ambiental, multiculturalismo, cuestiones de género, acceso a la vivienda, pobreza, vulnerabilidad, se complejiza aún más por las consecuencias de la vida globalizada y las limitaciones presupuestarias.

En cada período histórico, el papel asignado al Estado ha guardado relación con el entorno económico, social y político existente. Actualmente, sin dudas necesitamos encontrar un modelo de Estado que nos permita afrontar los complejos problemas con los que conviviremos durante el siglo XXI.

El modelo indefinido que mundialmente atravesamos desde hace unos años se encuentra en un proceso de cambio y podemos afirmar —pues así lo demuestra la experiencia reciente— que surgirán nuevas concepciones con planteos que serán —o pretenderán ser— superadores de los errores cometidos por los ejecutores de los modelos implementados hasta hoy.

Ningún retorno a modelos ya fracasados funciona como salida, sino como un mero reproductor de conceptos que, amén de las diferencias que el contexto histórico pueda aportar, probablemente culmine con problemáticas similares, agravadas por las nuevas complejidades de las que antes hablábamos.

El derecho administrativo (y nuestro derecho administrativo en particular, joven y en formación) está sin dudas atado a este proceso de formación, de transición. Su fuerte contenido político impide que lo disociemos de esta realidad histórica y contemporánea que intentamos atravesar en estas líneas.

Creemos que conocer, al menos a grandes rasgos, todos estos procesos históricos en que el derecho administrativo se ha ido formando, nos permitirá trabajar aportando elementos que permitan configurar un nuevo modelo que, en definitiva, sea un modelo inclusivo, que garantice igualdad material y que conserve esa idea de Administración: la de la administración inmediata, que está exactamente ahí donde se necesita, en el momento en que se necesita.

En este sentido, no podemos obviar que la Administración Pública debe adecuarse —tanto en lo que hace a su estructura como en la delimitación de sus funciones— a una realidad que es cada vez más compleja y plural, que le exige innovación, modernización y reforma, y que la coloca frente a una ciudadanía más organizada y activa, informada, comunicada y consciente de sus necesidades individuales y grupales, que canalizan a su vez mediante distintas formas asociativas.

Es este, entonces, el requerimiento que se debe atender: crear una estructura dotada de funciones lo suficientemente aptas para receptar y procesar las demandas sociales de manera adecuada, y responder a ellas con criterios de eficiencia y eficacia.

A su vez, tales estructuras y delimitaciones deberán también ser acordes a la mutabilidad constante que aportan los tiempos que corren, por lo que deberán ser flexibles pero sólidas en sus bases. Se tratará de desandar un camino que nos devuelva a una noción desprejuiciada y neutra de la burocracia administrativa.

Ni paternalista proveedor del todo, ni observador de luchas desiguales: el Estado, institución joven en el largo recorrido de la historia de la humanidad, sigue avanzando en la búsqueda de una configuración que se requiere sea inclusiva, remediadora de las condiciones de vulnerabilidad, inmediata frente al ciudadano, considerada con el contexto global, presente pero no paternalista, garantista con derechos de todos sin modificar realidades, satisfactoria con nuestras expectativas sin invadir.

Difícil será ante tantos requerimientos —recurrentemente enfrentados— encontrar un modelo que dé respuesta a todos. Sin dudas deberá ser un modelo que se edifique sobre consensos que acompañen los cambios y representen los distintos intereses comprometidos, desde un enfoque multidisciplinario.

En lo que incumbe específicamente a la Administración Pública, deberá más que nunca procurar fortalecer uno de sus principales caracteres: su inmediatez con la sociedad mediante la generación de consensos que aporten una legitimación estable, sobre bases igualitarias, beneficiando de este modo el buen funcionamiento del Estado todo.

Fomentar la participación ciudadana en las decisiones de la Administración será de este modo una técnica sana y favorable a los intereses comunitarios, complementada con herramientas aptas para receptar los aportes de distintos sectores y responder así, de forma directa en algunos casos e indirecta en otros, a las necesidades de diversos actores.

Será ese el desafío: que Administración y ciudadanía funcionen desde la concertación e inclusión, para la obtención de un bienestar compartido y logrado con criterios de eficiencia y eficacia.

Alcances del principio de legalidad en el régimen de policía de la Unidad de Información Financiera (*)

Perspectiva actual y desafíos pendientes

Tomás Mendy

Sumario: I. Introducción.— II. El principio de legalidad.— III. Sistema de Prevención de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo.— IV. El principio de legalidad administrativa y penal en el régimen de policía de la Unidad de Información Financiera.— V. Principio de legalidad en el nuevo marco normativo en materia de PLA/FT.— VI. A modo de cierre.— VII. Conclusión.

I. Introducción

El fenómeno internacional del lavado de activos y la financiación del terrorismo (LA/FT) ha ido perfeccionándose a lo largo del s. XX, llegando a constituir en la actualidad uno de los mayores flagelos para la economía de los países. Con esta preocupación, los principales países del mundo han tomado la decisión de combatirlo mediante la creación de Organismos internacionales, y la conformación de sistemas de prevención de lavado de activos y financiación del terrorismo (PLA/FT) que apuntan a ser cada vez más eficientes.

En ese contexto, por exigencia internacional, la República Argentina, al igual que la mayoría de los países occidentales, ha creado en el ámbito local un organismo llamado Unidad de Información Financiera (UIF), al que se le han asignado por ley amplias facultades reglamentarias, de supervisión y sancionatorias, a los efectos de impedir y prevenir la comisión de los delitos mencionados en el párrafo anterior.

El reconocimiento y la concentración de semejantes facultades en un mismo organismo, que en el caso se justifica teniendo en cuenta la propia finalidad por la cual ha sido creado, exige al mismo tiempo la necesidad de garantizar ciertos límites constitucionales, uno de los cuales es impuesto por el principio de legalidad. Ello, a fin de lograr un adecuado equilibro entre el interés público perseguido y las garantías individuales que deben imperar en un Estado de derecho.

En ese marco, el presente trabajo tiene por fin analizar, como el título mismo lo indica, con qué

(*) El presente trabajo fue presentado en el marco de la especialización en Derecho Administrativo Económico (Pontificia Universidad Católica Argentina), para obtener el título de especialista en esa rama del derecho, habiendo obtenido la máxima calificación prevista, esto es, diez [10] puntos. Quiero agradecerle especialmente a quien fue mi tutor de tesina, Dr. Ignacio M. de la Riva, por sus valiosos y fundamentales aportes y sugerencias, y sobre todo, por su enorme nivel de respeto y humildad a lo largo de todo el proceso que implicó el trabajo. Un agradecimiento especial también para quien ha sido designado evaluador de la tesina, Dr. Pablo D. Sanabria, por sus valiosas críticas y, fundamentalmente, por haberme motivado a publicar el trabajo y a continuar profundizando la presente línea de investigación.

alcances se aplica el principio de legalidad en el régimen de policía de la UIF, puntualmente en lo que respecta a su potestad reglamentaria y sancionatoria. O, dicho de otro modo, hasta qué punto la UIF puede ejercer sus potestades sin alterar o violar el principio en cuestión.

Asumimos que el estudio de esta materia conlleva una dificultad, vinculada a la noción misma del principio de legalidad, que no ha sido fácil de delimitar por parte de la doctrina. Más aún, teniendo en cuenta que el principio se adapta a las distintas ramas del derecho con alcances diferentes, lo que dificulta aún más su estudio.

Entendemos también, que el tema presenta un gran desafío, porque si bien ya existen diversos estudios vinculados al sistema de PLA/FT, ninguno de ellos se ocupa de analizar en concreto y con profundidad cuáles han sido los principales cuestionamientos que ha recibido la UIF en lo que respecta al principio mencionado, y cuál ha sido el criterio de la jurisprudencia al momento de resolver.

Por cuestiones de orden metodológico, el trabajo se estructurará de la siguiente manera:

i) en primer lugar, desarrollaremos brevemente algunas nociones generales acerca del principio de legalidad, para intentar delimitarlo, comprender sus fundamentos y las funciones que la doctrina en general le ha asignado. Lo mismo haremos en forma más específica con el principio de legalidad administrativa y penal (cap. II *infra*);

ii) luego señalaremos las particularidades propias que presenta el sistema de PLA/FT en Argentina. Nos detendremos primero en su contexto internacional, para después adentrarnos en los aspectos generales de la ley 25.246. Fundamentalmente, haremos foco en la finalidad y las competencias que han sido asignadas a la UIF, su relación con los Sujetos Obligados (SO), las características que presentan estos últimos, el contenido y el alcance de las obligaciones contempladas en la ley y, finalmente, el régimen administrativo sancionador contemplado en la norma (cap. III *infra*);

iii) posteriormente, desarrollaremos uno de los aspectos más importantes del trabajo, vinculado al régimen de policía de la UIF. Analizaremos aquí, los alcances con los que han sido asignadas las potestades reglamentarias y sancionatorias al Organismo antilavado, cómo ha ido este ejerciendo esas potestades en la práctica, cuáles han sido los principales cuestionamientos que ha tenido, en lo que respecta al objeto del presente trabajo, y de qué manera han sido estos resueltos por la jurisprudencia, tanto de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (CNFed. Cont. Adm.), como de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) (cap. IV *infra*);

iv) seguidamente, nos abocaremos a analizar el nuevo marco normativo de la UIF dictado con base en los últimos lineamientos internacionales en materia de PLA/FT, e intentaremos explicar por qué, a nuestro juicio, ciertas normas pueden entrar en tensión con el principio de legalidad, si se las pondera a la luz del estándar fijado por la CS en el famoso precedente "Colegio de Escribanos de la PBA c. UIF", que veremos en detalle durante el trabajo (cap. v *infra*);

v) finalmente, sintetizaremos los aspectos principales del presente trabajo (cap. VI *infra*), intentando concluir a partir de allí, cuál es el nivel de flexibilidad que tolera, en términos prácticos y concretos, el principio de legalidad en su función primordial de imponer límites al ejercicio de policía de la UIF (cap. VII *infra*).

II. El principio de legalidad

II.1. Nociones generales

Existe cierto consenso general respecto a la importancia que revisten los principios generales en un Estado de derecho **(1)**, a tal punto que,

(1) CASSAGNE, Juan Carlos, "Los principios generales en el Derecho Administrativo", ED, 230-963. Sostiene Cassagne que"(...) los principios constituyen el fundamento de los derechos o garantías que facultan al Estado y a los particulares a invocarlos en los procesos judiciales y obtener así la tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas subjetivas" y seguidamente destaca, "(...) de ahí la trascendencia que revisten los principios generales en cuanto ellos reafirman sus funciones aplicativas e integrativas para hallar la solución justa en un caso determinado...". Véase también COVIELLO, Pedro J.

actualmente, la determinación de sus alcances resulta muchas veces imprescindible para comprender la estructura y funcionamiento de ciertos sistemas jurídicos **(2)**.

Podríamos preguntarnos —de todos modos— cuáles son estos principios generales a los que nos referimos. Si tomamos una de las clasificaciones efectuada por Cassagne, los principios generales pueden dividirse en torno a su jerarquía y relaciones de interferencia, en dos clases: los principios fundamentales y los principios institucionales o sectoriales **(3)**.

Dentro de los primeros, el autor incluye a los que se vinculan o derivan del Estado de derecho, entre los cuales se encuentran, entre otros, el principio de separación de poderes, el de legalidad, el de razonabilidad, y los que se derivan del principio de justicia como el de protección de la vida, la dignidad personal, entre otros.

Los segundos, en cambio, constituyen para el autor citado la clave de alguna institución o sector del derecho administrativo, como son, por ejemplo, el de autotutela de los bienes del dominio público, la presunción de legitimidad del acto administrativo, etc.

Decimos entonces, que —de acuerdo con esa clasificación— el principio de legalidad forma parte de los principios fundamentales del derecho, pero inmediatamente nos surge otro interrogante: ¿cuál es su fundamento? La respuesta no es sencilla si partimos de la base de que a este principio se le han asignado distinto tipo de funciones **(4)**, y la propia doctrina ha reconocido su carácter difuso **(5)**.

Algunos autores lo han vinculado al principio constitucional de división de poderes **(6)**, entendiéndolo, en tal sentido, como un principio instrumental que nos dice que: a) por un lado, determinadas cuestiones, las más relevantes en el orden institucional, solo pueden ser reguladas por ley del Congreso y, b) por el otro, que el poder ejecutivo está sometido a la ley.

Es decir, que la ley debe necesariamente regular ciertas materias y, a su vez, todos deben someterse a las leyes, en particular, el poder ejecutivo. Estos principios, entonces, nos ayudan a

---

J., "Los principios generales del derecho frente a la ley y el reglamento en el derecho administrativo argentino", Revista de Derecho Administrativo, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007. El autor sostiene que los principios generales del derecho han sido el instrumento idóneo que permitió la realización del Derecho, atemperando la rigidez del positivismo jurídico y colmando al mismo tiempo sus lagunas normativas.

(2) CASSAGNE, Juan Carlos, "El derecho administrativo sancionador en la actividad financiera", Estudios de Derecho Administrativo, 16, 2017. Señala el autor que luego del abandono del positivismo jurídico que había justificado las violentas atrocidades de los regímenes nazi y fascistas, la estructura del Derecho Administrativo Sancionador se articuló sobre una nueva concepción del derecho que distingue entre normas y principios generales. De esta forma, los principios generales constituyen algo así como la base de todo el sistema administrativo sancionador.

(3) CASSAGNE, Juan Carlos, "Los principios generales en el Derecho Administrativo", ED, 230-963.

(4) BACIGALUPO, Enrique, "La problemática constitucional de las leyes penales en blanco y su repercusión en el Derecho penal económico", en Curso Derecho penal económico, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1998. El autor afirma que la reducción del principio de legalidad a un único fundamento es prácticamente imposible, sobre todo porque este principio tiene funciones de diverso orden. Así, en el ámbito del derecho penal, se lo ha vinculado al principio democrático y a la división de poderes, a la protección de la confianza, es decir, a la garantía de la calculabilidad de las consecuencias jurídicas de sus acciones por el ciudadano fiel al orden jurídico, a garantizar la objetividad, etc.

(5) DE LA RIVA, Ignacio M., "La frontera de la policía administrativa", en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), Estudios de derecho administrativo en homenaje al profesor Julio Rodolfo Comadira, Ed. La Ley, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 2009, ps. 375-397. De la Riva considera que se trata de un principio de contornos sumamente debatidos y confusos, y citando a Santamaría Pastor, sostiene: "en el principio de legalidad se hace patente esa extraña maldición que parece pesar sobre todos los conceptos fundamentales del Derecho Público, cuyo grado de confusión corre paralelo a su grado de importancia" (SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso, "Fundamentos de Derecho Administrativo I", Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, p. 196).

(6) BALBÍN, Carlos F., "Curso de Derecho Administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, 1ª ed., 1ª reimp., ps. 52-53. Aquí el autor manifiesta que el contorno del principio clásico de división de poderes es sumamente difuso y que la Constitución, quizás por esa razón, introduce otros principios complementarios (entre otros, el principio de legalidad) que permiten delinear el contorno dándole mayores certezas y luces.

comprender cómo dividir el poder entre el legislativo, por un lado, y el ejecutivo, por el otro, y además, cómo relacionar ambos poderes constitucionales **(7)**.

Desde otra perspectiva, se ha señalado que el principio de legalidad constituye uno de los axiomas centrales de los sistemas asentados bajo la noción de Estado de derecho, y que este actúa como un límite formal al ejercicio del poder de policía **(8)**.

Otro sector de la doctrina ha señalado que junto al mismo propósito de seguridad que persigue el constitucionalismo moderno, se halla el principio de legalidad, cuya finalidad concreta es afianzar la seguridad individual de los gobernados **(9)**.

En tal sentido, la ley predetermina las conductas debidas o prohibidas, de forma que los hombres puedan conocer de antemano lo que tienen que hacer u omitir, y quedar exentos de decisiones sorpresivas que dependan solamente de la voluntad de quien manda. Este aspecto toma en cuenta el valor previsibilidad.

Podríamos señalar, entonces, que la trascendencia del principio de legalidad se ve reflejada en su doble función de restringir, por un lado, el poder del Estado, y garantizar por el otro, las libertades individuales de las personas **(10)**, lo cual resulta coherente con las razones que fundaron su propio origen **(11)**.

La importancia del principio es evidente. Sin embargo, sus alcances y límites muchas veces difusos hacen que su vigencia práctica sea a veces difícil de alcanzar. En efecto, ¿cuál es el grado de precisión que debe tener una norma para garantizar cierto nivel de seguridad jurídica en pos de cumplir con el principio de legalidad? ¿Hasta qué punto el legislador puede regular ciertos aspectos de la actividad económica y hasta donde debe hacerlo la Administración? ¿Pueden determinarse esos límites en la práctica?

La existencia de ciertos organismos como la Unidad de Información Financiera (UIF), que tienen la tarea de regular sectores cuya dinámica, complejidad y heterogeneidad exige en ocasiones la redacción de normas con cierto margen de apreciación (por ej., mediante

(7) BALBÍN, Carlos F., "Curso de Derecho Administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, 1ª ed., 1ª reimp., p. 53.

(8) DE LA RIVA, Ignacio M., "La frontera de la policía administrativa", en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), Estudios de derecho administrativo en homenaje al profesor Julio Rodolfo Comadira, Ed. La Ley, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 2009, ps. 375-397, esp. p. 381. Véase también CASSAGNE, Juan Carlos, "Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988, ps. 47 y ss. Aquí Cassagne sostiene que "Ciertos principios... implican medios de protección tendientes a impedir arbitrariedades de los poderes públicos que suelen lamentablemente matizar y caracterizar el obrar estatal" y continúa diciendo que "operan también como límites al poder reglamentario por parte de la administración cuyo ejercicio debe ajustarse a ellos".

(9) BIDART CAMPOS, Germán J., "Manual de la Constitución Reformada", Ed. Rústica, Buenos Aires, Argentina, 1998, ptos. 68-69.

(10) CASSAGNE, Juan Carlos, "Los grandes principios del Derecho Público Constitucional y Administrativo", Ed. Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 159. En el sentido expuesto, señala el autor que "en el campo de la Administración Pública, el principio de legalidad puede concebirse en varias acepciones. Por de pronto, toda actuación administrativa debe fundarse en ley material (ley formal, reglamento administrativo, ordenanzas, etc.) y este es el sentido que cabe atribuir al art. 19 de la CN, que juega como una garantía a favor de las personas afianzando la separación de poderes (...) Al propio tiempo, el principio de legalidad opera como una restricción al ejercicio del poder público y exige ley formal o ley-material para aquellas actuaciones que interfieran en la libertad jurídica de los particulares (v.gr. arts. 16, 17, 18, 19 y 28 de la CN)".

(11) DE LA RIVA, Ignacio M., ob. cit. El autor recuerda que: "Según Santamaría Pastor el origen del principio de legalidad está ligado a la confluencia de dos postulados del pensamiento liberal, a saber: (i) el rechazo de un sistema de gobierno basado en decisiones subjetivas del Príncipe, y su reemplazo por uno de carácter objetivo e igualitario, basado en normas generales (según la conocida frase de los constitucionalistas norteamericanos, dejar a un lado el gobierno de los hombres para dar paso al gobierno de las leyes); y (ii) el dogma democrático que atribuye al pueblo el poder soberano y, por carácter transitivo, hace residir esa misma soberanía en sus representantes, reunidos en el órgano legislativo, de manera tal que todos los ciudadanos y la propia Administración quedan sometidos a la ley como única expresión de dicho poder supremo".

la adopción de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados), dificulta aún más la respuesta, que de todos modos intentaremos abordar a lo largo del presente trabajo.

Pero continuando con el desarrollo de ciertas nociones generales vinculadas al principio de legalidad, por lo pronto diremos que tiene distintas vertientes, cada una de las cuales presenta sus propias particularidades. En ese sentido, no es lo mismo hablar del principio de legalidad administrativa, tributario **(12)**, penal **(13)**, etc.

A continuación, desarrollaremos algunas nociones vinculadas específicamente al principio de legalidad administrativa y al principio de legalidad penal, por tratarse de las dos dimensiones que interesan en función del objeto de este trabajo, e intentaremos aclarar ciertos conceptos que muchas veces han sido objeto de cierta confusión.

II.2. El principio de legalidad administrativa

II.2.a. El principio de legalidad, el Estado de derecho y la división de poderes. Sujeción de la Administración a la ley: tesis amplia y restringida. El principio de juridicidad

El principio de legalidad administrativa constituye una noción prácticamente inescindible del *Estado de derecho* y del principio de división de poderes. En efecto, la noción *Estado de derecho* **(14)**, desarrollada inicialmente en Alemania y Francia **(15)**, tiene como parte de sus elementos característicos, los siguientes: la primacía de la ley —uno de cuyos derivados es el principio de legalidad administrativa—, la división de poderes, la afirmación y defensa de los derechos humanos, y la incorporación de un sistema de responsabilidad del Estado **(16)**.

(12) BIDART CAMPOS, Germán J., "Manual de la Constitución Reformada", Ed. Rústica, Buenos Aires, Argentina, 1998, pto. 7. Con relación a los principios que rigen la tributación, el autor menciona en primer término al principio de legalidad, el cual "traslada a la materia tributaria la pauta del art. 19: nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda. Todo tributo debe ser creado por ley —del congreso, si el establecimiento del tributo es competencia del estado federal; de las legislaturas provinciales, si lo es de las provincias—. Nullum tributum sine lege".

(13) Aquí Bidart Campos refiere al art. 18, CN, en cuanto establece que "Ningún habitante de la nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso". Se trata, según el autor, de una "garantía reservada al proceso penal exclusivamente. Configura también una prohibición acerca de la retroactividad de la ley penal, a tono con el adagio liberal de nullum crimen, nulla poena sine lege: no hay delito ni pena sin ley penal anterior" (BIDART CAMPOS, Germán J., "Manual de la Constitución Reformada", Ed. Rústica, Buenos Aires, Argentina, 1998, pto. 16).

(14) COVIELLO, Pedro J. J., "La denominada 'Zona de reserva de la administración y el principio de legalidad administrativa', en AA.VV. — CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), Derecho Administrativo: obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998. Destaca Coviello que, si bien la teoría de la división de poderes y el principio de legalidad son anteriores a la aparición de la doctrina del Estado de Derecho, el genio expansivo de este no solo determinó la incorporación de aquellos a su naturaleza, sino también que tal incorporación les confirió una nueva virtualidad. Véase también CASSAGNE, Juan Carlos, "La configuración de la potestad reglamentaria", pub. en LA LEY, 2004-A-1144, p. 2. En el mismo sentido que Coviello, Cassagne sostiene que "las corrientes en que se ha articulado el principio de legalidad —que adquiere su plenitud con la configuración del Estado de Derecho— pueden reducirse a tres grandes sistemas (...)".

(15) COVIELLO, Pedro J. J., "La denominada 'Zona de reserva de la administración y el principio de legalidad administrativa', en AA.VV. — CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), Derecho Administrativo: obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998. Coviello destaca que la concepción del Estado de Derecho nace "de la obra de los juristas germanos como una manera de superar la ausencia de una supremacía constitucional, de forma de sujetar la Administración a la legalidad y a someter a un juez independiente —como consecuencia de la división de poderes— la solución de los conflictos en los que estuvieran involucrados los derechos subjetivos de los particulares". La concepción francesa del Estado de Derecho —señala Coviello— sería distinta: "(...) Así, el Derecho —expresado a través de la forma de "ley", que era, a su vez, la expresión de la voluntad general— constituía la condición previa a toda actuación estatal, y de allí que crearan un Derecho Administrativo garantizador; mientras que los alemanes, por su lado, partieron de la idea de potestad para estatuir un Derecho Administrativo diferenciado del derecho privado como modo de permitir su ejercicio".

(16) Ídem para Coviello, "el Estado de Derecho busca un orden dentro del cual los poderes públicos deberán actuar conforme al marco de competencia fijado por la norma jurídica en punto a garantizar la vigencia de los derechos humanos. A través de este marco se distribuye el ejercicio de la potestad estatal

La teoría de la división de poderes, por su parte, alcanzó un gran desarrollo con la Revolución francesa **(17)**, a partir del aporte de los principales pensadores del Iluminismo **(18)**.

Si bien la clásica doctrina pretendía la existencia de un equilibrio, lo cierto es que el legislador, en cuyas manos residía la soberanía popular, tenía una destacada preeminencia respecto de los otros dos poderes **(19)**. Ello por cuanto constituía la garantía de ciertos valores fundamentales de la época: la libertad, la propiedad y la igualdad.

El principio de legalidad administrativa significaba —en ese esquema de división de poderes— que la Administración solo podría actuar si lo hacía conforme a la ley **(20)**, encontrándo-

entre los máximos órganos —legislativo, ejecutivo y judicial, según la clásica división—, sin que ninguno de ellos pueda exceder su esfera de actuación, pero sin que, tampoco, puedan abstenerse de cumplir las funciones y cometidos que el ordenamiento les impone". La CS ha hecho lo propio, al darle contenido al concepto en distintos precedentes, entre los que cabe citar el famoso caso "Sesto de Leiva", en el cual, el juez Augusto César Belluscio, en su voto en disidencia sostuvo que: "El estado de derecho se caracteriza no solo por su elemento sustantivo, es decir, el reconocimiento y la tutela de los derechos públicos subjetivos, sino también en la forma como este objetivo intenta alcanzarse", afirmando más adelante que "la existencia de un estado de derecho implica aceptar un condicionamiento legal para los órganos estatales —producto de un régimen donde el derecho preexiste a la actuación del Estado y la actividad de este se subordina al ordenamiento jurídico—" (Fallos 312:1686. Sentencia del 19/09/1989, CS).

(17) Véase COVIELLO, Pedro J., ob. cit. Con cita a GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: "La lucha contra las inmunidades del poder", Ed. Civitas, Madrid, 1979, 2ª ed. Pese a atribuirse la paternidad de la teoría de la división de poderes a Montesquieu, a partir de su obra "El espíritu de las leyes", Aristóteles siglos antes había sostenido dicha división en la Política. A su vez, Montesquieu tomó la teoría de Loche, quien la expuso en su "Segundo tratado sobre gobierno civil".

(18) Véase BALBÍN, Carlos F., "Curso de Derecho Administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, 1ª ed., 1ª reimp., ps. 20-22. Entre los pensadores más influyentes que Balbín cita, nos parece importante destacar a J. Locke que —como señala el autor—: "en su Tratado sobre el gobierno civil expresó por primera vez la teoría de la división de poderes como forma de limitar el poder del Estado. Así, en el cap. XII de su obra 'De los poderes legislativo, ejecutivo y federativo del Estado' desarrolló las competencias, funciones y límites de cada uno de los poderes. El más importante es el poder legislativo porque es quien debe proteger la propiedad privada mediante el dictado de las normas. Este poder está integrado por varias personas reunidas en asamblea y su función es el dictado de las leyes". Este gran aporte de Locke sería uno de los antecedentes tomado por Montesquieu para recrear la teoría de la división de poderes. En tal sentido, Balbín expresa que "En El espíritu de las leyes, escrito en el año 1748 Montesquieu recreó el sistema político inglés de monarquía constitucional y separación de poderes", destacando el postulado de la división entre los poderes del siguiente modo: "Cuando el poder legislativo está unido al poder ejecutivo en la misma persona o en el mismo cuerpo, no hay libertad porque se puede temer que el monarca o el Senado promulguen leyes tiránicas para hacerlas cumplir tiránicamente. Tampoco hay libertad si el poder judicial no está separado del legislativo, ni del ejecutivo. Si va unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el juez sería al mismo tiempo legislador. Si va unido al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor, Todo estaría perdido si el mismo hombre, el mismo cuerpo de personas principales, de los nobles o del pueblo, ejerciera los tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias entre particulares", agregando luego que "es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder siente inclinación de abusar de él, yendo hasta donde encuentre límites... para que no se pueda abusar del poder, es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder frene al poder" (cap. IV, Libro XI MONTESQUIEU, "El espíritu de las Leyes", Ed. Heliasta, 2005, 7ª ed.).

(19) CASSAGNE, Juan Carlos, "Los grandes principios del Derecho Público Constitucional y Administrativo", Ed. Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2015. Cassagne recuerda que en el modelo de Estado surgido de la Revolución francesa el principio de legalidad significaba, fundamentalmente, el monopolio atribuido al parlamento para el dictado de normas generales y obligatorias (legicentrismo) que implicaba, además, el sometimiento del Ejecutivo a la ley.

(20) COVIELLO, Pedro J., ob. cit. "Traité de Droit Constitutionnel", Ed. Fontemoing & Cie., París, 1930, 3ª ed., t. III, ps. 732-733. WALINE, "Traité Élémentaire de Droit Administratif", Ed. Sirey, París, 1950, 5ª ed., p. 95. La formulación del principio de legalidad administrativa se le atribuye a León Duguit, quien sostuvo que "(...) no hay un órgano del Estado que pueda adoptar una decisión individual que no sea conforme a una disposición general dictada con anterioridad. O de otra forma, una decisión individual no puede jamás ser tomada (VER) que dentro de los límites determinados por la ley material anterior. Este es el principio esencialmente protector del individuo, y se puede decir que no hay, que no podría, que no debería recibir excepción alguna. Una sociedad que no lo reconozca, o

se estrictamente sometida a lo que dispusiera el Congreso. Esta idea de un Poder Legislativo omnipotente, que en un principio parecería ser ideal para resguardar las garantías de los individuos, demostraría que en la práctica podía tornarse peligrosa **(21)**.

Con el correr del tiempo, como afirma De la Riva, esta idea tradicional del principio de legalidad, que como decíamos implicaba el sometimiento estricto de la Administración a la ley formal, "empieza a tornarse más compleja en su instrumentación en la medida en que emerge y se acrecienta el poder reglamentario de la propia Administración, pues a partir de entonces, esta deja de ser una mera ejecutora de normas legislativas" **(22)**.

Surge entonces el interrogante respecto a si la norma habilitante de la Administración debía tener necesariamente rango de ley formal, o si bastaría con una norma de naturaleza reglamentaria.

En este contexto se desarrolla la noción "reserva de ley" **(23)**, atribuida al reconocido jurista Otto Mayer **(24)**, para circunscribir a la esfera de la ley un ámbito propio para aquellos supuestos en los que se pretendiera restringir la libertad y la propiedad de las personas **(25)**. De esta manera, comienza a distinguirse qué materias debían ser necesariamente reguladas mediante ley formal, y quedaban, en consecuencia, excluidas de los poderes reglamentarios de la Administración **(26)**.

Sostiene Cassagne que la reserva de ley constituiría así la máxima expresión del principio de legalidad en sentido estricto, en cuanto prescribe una regla superior en el plano constitucional, que consiste en que determinadas materias solo pueden ser reguladas por leyes del Congreso **(27)**. Posteriormente, otros autores co-

---

que, reconociéndolo, le agregue reserva o excepciones, no vive verdaderamente bajo un régimen de Estado de Derecho".

(21) COVIELLO, Pedro J., ob. cit. El autor recuerda que la concepción roussoniana y revolucionaria en ese entonces, vigente, para la cual la ley encarnaba la verdad, la razón y la justicia, podía tornarse peligrosa contra las propias libertades individuales, en un sistema que, como el de Francia de aquella época, carecía de un control de constitucionalidad de las leyes.

(22) DE LA RIVA, Ignacio M., ob. cit., p. 384. Véase también CASSAGNE, Juan Carlos, "Los grandes principios del Derecho Público Constitucional y Administrativo", Ed. Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2015. Cassagne destaca que "un problema no menor quedó planteado al constatarse la insuficiencia de la ley para regular todos los supuestos posibles originados en los cambios económicos, sociales y tecnológicos. De la mera función aplicativa de las normas que cumplía el Ejecutivo a través del ejercicio del poder reglamentario se pasó, inicialmente, al reconocimiento de atribuciones delegadas, luego a la admisión de potestades excepcionales de urgencia para regir supuestos que anteriormente eran solo patrimonio de las leyes, hasta, finalmente, desembocar en el reconocimiento, en algunos ordenamientos constitucionales, de una zona reglamentaria independiente a favor del Ejecutivo o de una función reglamentaria residual, cuando el Parlamento no legisla sobre determinada institución o situación general (por ejemplo, el caso de Francia, a partir del a Constitución de 1958)".

(23) Íd.

(24) COVIELLO, Pedro J., ob. cit. MAYER, Otto, "Derecho Administrativo alemán", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982, 2ª ed., t. I, trad. esp., ps. 95-96 y 99-100.

(25) BALBÍN, Carlos F., "Curso de Derecho Administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, 1ª ed., 1ª reimp., p. 56. En tal sentido, el autor sostiene que "las Constituciones prevén preceptos expresos sobre competencias exclusivas del poder legislativo, por caso y entre otras, materia tributaria, penal y presupuestaria. El alcance de la reserva legal fue extendiéndose, en particular a fines del siglo XIX, hasta comprender claramente el concepto de libertad propiedad que solo puede entonces, limitarse con carácter excepcional, y por ley del Congreso toda vez que configuran las bases del Estado moderno. De manera tal que, cualquier restricción impuesta a los particulares con relación a su libertad o propiedad debe ser objeto de una ley".

(26) DE LA RIVA, Ignacio M., ob. cit., ps. 384-385.

(27) CASSAGNE, Juan Carlos, "Los grandes principios del Derecho Público Constitucional y Administrativo", Ed. Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 159. El autor sostiene que la estrictez de la regla se hace más fuerte y absoluta en materia penal en virtud del principio nullum crimen sine lege que consagra el art. 18 de la CN. En otros ámbitos del ordenamiento, como en el Derecho tributario y el Derecho aduanero, la interpretación más flexible del principio no implica conculcar la regla general de la legalidad formal, tal como sucede en los supuestos en los que la ley muchas veces delega en el ejecutivo, sobre la base de pautas predeterminadas, la determinación de ciertos elementos de la relación jurídica tributaria que no sean estructurales (v.gr., la determinación de las alícuotas del impuesto dentro de límites máximos y mínimos).

menzaron a hablar del concepto "reserva de la Administración" **(28)**, cuestión que, de todos modos, daría lugar a cierta controversia **(29)**.

En el contexto antes apuntado, donde se admite la coexistencia de normas de distinta naturaleza, Hauriou desarrollaría el concepto de "bloque legal" para describir el marco jurídico al que se halla ligada la Administración **(30)**, bloque compuesto, según el autor, por dos fuentes de derecho diferentes, la ley, por un lado, y el reglamento por el otro, pero coordinadas entre sí, y en el que "domina indudablemente la ley" **(31)**.

A partir de esta concepción, el principio de legalidad administrativa adquiere mayor amplitud y comienza a referirse a la sujeción de la Administración a la ley en sentido formal, y al resto de las fuentes del derecho **(32)**. Comienza luego a hablarse del *principio de juridicidad* **(33)**.

(28) COVIELLO, Pedro J., ob. cit. Afirma el autor que, en las últimas décadas en Alemania, comenzó a hablarse de la reserva de la Administración, a raíz del rol activo que en la segunda mitad de este siglo tuvo que asumir la Administración para el cumplimiento de sus cometidos de fomento y prestacional, como así también, para todas aquellas otras actividades serviciales para la satisfacción del interés general. En el ámbito nacional, la doctrina de la "zona de reserva de la Administración" la expuso Marienhoff al tratar los reglamentos autónomos y su fundamento constitucional, sosteniendo que "el Poder Ejecutivo tiene competencia exclusiva en las materias que integran la 'reserva de la Administración', por oposición a la 'reserva de la ley', que contempla un ámbito reservado al legislador", y que "cada Poder solo puede actuar válidamente en la esfera de su respectiva competencia establecida por la Constitución". De allí que sostuviera que la "reserva de la Administración" es un obvio corolario del principio de separación de los poderes, que "aparejan la adjudicación de competencias propias y exclusivas a cada uno de los tres órganos esenciales integrantes del gobierno" ("Tratado de Derecho Administrativo", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, 1ª ed., 3ª reimp., t. I, § 68, ps. 241 y ss.).

(29) Un sector de la doctrina, entre los que se encuentra Balbín, si bien reconoce que existen facultades propias y exclusivas reconocidas por la propia CN al Ejecutivo (nombramiento de magistrados con acuerdo del Senado, indulto, conmutación de penas, etc.), sostiene que el Poder Ejecutivo no tiene una zona de reserva propia en el ámbito de la regulación, toda vez que —según el autor— el texto constitucional no reconoce esas facultades a su favor (Véase BALBÍN, Carlos F., "Curso de Derecho Administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, 1ª ed., 1ª reimp., ps. 61-62). Cassagne sostiene, en cambio, que la Administración sí tiene asignado un propio ámbito de actuación, y que la disposición del art. 75, inc. 32, CN, que le otorga amplias facultades al Congreso para reglar las instituciones, no puede invocarse para facultar al Congreso a dictar normas sobre materias que pertenecen a la competencia atribuida por la Constitución al propio Poder Ejecutivo. Véase CASSAGNE, Juan Carlos, "La configuración de la potestad reglamentaria", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 5.

(30) HAURIOU, Maurice, "Précis de Droit Administratif et de Droit Public", Sirey, París, 1921, 10ª ed., ps. 53, nota 1, y 67. En el caso "Sesto de Leiva", expuesto más arriba, el juez Belluscio sostuvo: "(...) un segundo elemento, de índole formal, el denominado principio de legalidad —integrado en forma indivisible con el de razonabilidad o justicia— resulta esencial, y postula como tal el sometimiento del Estado moderno no solo a la norma jurídica en sentido formal, sino a todo el ordenamiento jurídico —entendido esto como una realidad dinámica— o, como lo denominó un recordado publicista francés—. Tal concepción emana en forma indiscutida de nuestra normativa constitucional (arts. 19, 16, 17, 18 y 28). Como consecuencia de él, los mandatos y órdenes en el Estado moderno no responden ya más a la voluntad omnímoda del gobernante, sino a la normatividad previamente formulada, producto de la existencia de una autolimitación del poder de quien resulta a su vez creador de las normas de conducta".

(31) Ídem, ps. 52 y 67.

(32) DE LA RIVA, Ignacio M., ob. cit., p. 385. Afirma el autor que: "Como resultado de este proceso, el principio de legalidad (o, si se prefiere, la legalidad de la actuación administrativa) pasa a configurar un principio más flexible, que hace referencia a la sujeción de la Administración al llamado bloque de legalidad, el cual abarca no solo la ley formal, sino también las normas reglamentarias emanadas de la Administración, así como las restantes fuentes del derecho (principios generales del derecho, costumbre con fuerza de ley, etcétera" (Cita la obra de GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, Tomás R., "Curso de Derecho Administrativo", Ed. Civitas, Madrid, 1991, 5ª ed., t. I, p. 435).

(33) BALBÍN, Carlos F., "Curso de Derecho Administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, 1ª ed., 1ª reimp., ps. 53-54. En ese sentido, Balbín destaca que el principio de legalidad fue reemplazado por el de juridicidad, es decir, el poder ejecutivo debe sujetarse a la ley en sentido amplio, es decir, a los principios y ordenamiento jurídico en general, las leyes específicas, e inclusive respecto de sus propias normas reglamentarias en tanto estas no pueden ser dejadas sin efecto por él en casos particulares o singulares. De ahí el que el concepto de legalidad, es decir, la ley en sentido estricto es reemplazado como ya dijimos por el de juridicidad entendido como el bloque o conjunto de normas que integran el orden jurídico, pero

En el ámbito nacional, Comadira —siguiendo las huellas de otros autores **(34)**— sostuvo que uno de los principios generales del procedimiento administrativo es el de juridicidad, cuyo contenido coincide con el criterio amplio expuesto, y agrega, además, los precedentes administrativos en cuyo seguimiento esté comprometida la garantía de igualdad **(35)**. Otros autores, como Cassagne, prefieren hablar de principio de legitimidad, el cual comprendería, tanto la legalidad en sentido estricto, como la razonabilidad o justicia **(36)**.

II.2.b. Hacia una concepción más flexible del esquema de división de poderes. Confluencia actual de distintos organismos administrativos con amplias facultades reglamentarias y sancionatorias

Como señalábamos, la concepción que se tenía inicialmente sobre el esquema de división de poderes, en un sentido de distribución tajante de competencias, con una notable preponderancia del legislativo sobre el resto de los poderes, fue evolucionando hacia un sistema actual más flexible, en el que cada órgano ejerce en mayor o menor medida las tres funciones materiales (legislativa, ejecutiva y judicial) **(37)**.

Esta nueva concepción, debida —en parte— a la imposibilidad del legislativo de regular todos los aspectos sobre materias que en la práctica se mostraban sumamente cambiantes **(38)** y de un rigor técnico complejo **(39)** (como las económicas, financieras, tecnológicas, sociales, etc.), permitió justificar de alguna manera el expo-

no en el sentido de desdibujar el mandato del legislador, sino de reforzarlo.

(34) Véase FIORINI, Bartolomé A., "Derecho Administrativo", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, 2ª ed. actual, ps. 42 y 227.

(35) COMADIRA, Julio R., "Función administrativa y principios generales del procedimiento administrativo", publicado en 130 años de la Procuración del Tesoro de la Nación, Buenos Aires, 1994, ps. 74-97, esp. p. 85.

(36) CASSAGNE, Juan Carlos, "Los grandes principios del Derecho Público Constitucional y Administrativo", Ed. Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 158. Cassagne prefiere utilizar el término principio de legitimidad, y no así juridicidad, por considerar que este último, de raíz positivista (Kelsen), no expresa la idea del contenido de justicia, ni de los principios generales del derecho sino más bien la de un principio que basa la validez de un acto administrativo en la circunstancia que tenga fundamento en la norma superior, lo que resulta coherente en autores enrolados en esa tendencia (como, por ejemplo, Fiorini).

(37) COVIELLO, Pedro J. J., "La denominada 'Zona de reserva de la administración y el principio de legalidad administrativa', en AA.VV. — CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), Derecho Administrativo: obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998. En ese sentido, Coviello sostiene que: "La doctrina nacional y comparada reconocieron que la división de poderes no es absoluta y más que de 'poder', de lo que corresponde hablar es de separación o distribución de funciones, puesto que el poder es uno distribuido entre los máximos órganos estatales. Al mismo tiempo, la división no puede entenderse en sentido tajante, sino que, precisamente, es admisible una coordinación entre ellos, de modo que, ejerciendo cada poder una función preponderante, ejerce al mismo tiempo actividades propias de los otros". Con este criterio, la CS ha reconocido que las necesidades y complejidades del Estado moderno y su armonización con el texto constitucional otorgaban, por ejemplo, validez a la existencia de una jurisdicción administrativa (CS, Fallos: 247:646 "Fernández Arias"; 193:408; 240:235; 244:548.) o al dictado de los decretos de necesidad y urgencia, que constituyen el ejercicio de una función orgánicamente legislativa (CS, Fallos. 312:1513 "Peralta"), o al ejercicio de actividades materialmente administrativas en el seno de la función judicial (Causa R.12.XXIV "Rodríguez Varela, Florencio c. Corte Suprema de Justicia de la Nación s/ ordinario", del 23/12/1992).

(38) Fallos 199:483; 246:345; 300:392; 304:1898 y 315:942. La CS ha reconocido que frente a materias que "presentan contornos o aspectos peculiares, distintos y variables que impiden al legislador prever anticipadamente la concreta manifestación que tendrán los hechos (...) una vez establecida la política legislativa, no resulta irrazonable el reconocimiento de amplias facultades reglamentarias al órgano ejecutivo". Ver también Fallos 300:392. Tal sería el caso de aquellas cuestiones como las cambiarias, económicas, financieras, etc., que resultan "por esencia movedizas y proteicas", frente a las cuales "resulta indispensable disponer de un instrumento ágil que pueda describir con rapidez conductas públicamente dañosas y, a la vez, desincriminar otras que han dejado de serlo".

(39) CS, Fallos: 330:1855 "Comisión Nacional de Valores c. Establecimiento Modelo Terrabusi SA". En este caso, la Corte Suprema —al analizar el régimen de policía de la CNV— consideró que "se trata de normas complejas y específicas referidas al mercado de capitales [...] es razonable que sean dictadas por el organismo especializado —CNV—, cuya competencia atribuida por ley, se extiende a todos los intervinientes o participantes en la oferta y negociación de valores negociables, que, a su vez son los sujetos pasivos de la reglamentación".

nencial crecimiento que ha tenido la potestad reglamentaria de la Administración **(40)**.

La realidad actual se encuentra entonces, caracterizada por la existencia de una cantidad importante de organismos administrativos sumamente especializados, que cuentan con amplias facultades reglamentarias, sancionatorias y de supervisión, como es el caso del Banco Central de la República Argentina (BCRA), la Comisión Nacional de Valores (CNV), la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), la Unidad de Información Financiera (UIF), entre muchos otros, cuya incidencia en los distintos sectores de la economía es realmente significativa.

En el contexto descripto, entendemos que resulta fundamental poder determinar los alcances del principio de legalidad y los límites que este le impone al régimen de policía de la administración (y, en particular, a la UIF), como forma de garantizar los derechos individuales de las personas.

Hemos creído necesario, previamente, repasar ciertos conceptos esenciales vinculados al principio de legalidad administrativa, a su origen, fundamento, y a las distintas controversias que se han ido suscitando junto a la misma evolución del derecho administrativo.

Lo mismo haremos a continuación, con ciertos conceptos vinculados al principio de legalidad penal, que resulta de indudable aplicación —con las salvedades que veremos— al régimen sancionatorio de la UIF.

II.3. El principio de legalidad penal

II.3.a. Origen y fundamento

Se ha dicho que "los contornos más claros del principio penal de legalidad comienzan a gestarse a partir de las teorías iluministas, en las que confluyen aspectos y circunstancias diversas, con pretensiones diferentes y objetivos políticos diversos complejos", y que "si bien se constituye dentro del marco general de ideas vinculadas con el conceptos general de legalidad ya visto, resulta influido por perspectivas filosóficas, antropológicas, políticas y jurídicas que le brindan su peculiaridad y le otorgan cierta fuerza formal legitimante" **(41)**.

Recordemos que la formulación del principio de legalidad penal, bajo la expresión *nullum crimen, nulla poena sine lege,* se le atribuyó a Anselm Von Feuerbach **(42)**, quien pretendía con esta exigencia obtener una verdadera coacción psicológica sobre el ciudadano a través de la amenaza de la pena enunciada **(43)**. Desde esta perspectiva, la legalidad era funcional a los criterios preventivos y coactivos de política criminal y no solo un freno a la actividad legisladora del poder.

El desarrollo posterior del principio fue dejando a un lado aquella orientación político-crimi-

(40) CASSAGNE, Juan Carlos, "La configuración de la potestad reglamentaria", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 2. Cassagne destaca que "La interpretación dinámica de la Constitución fue admitiendo, en forma sucesiva, la potestad reglamentaria autónoma o independiente del Poder Ejecutivo sobre materias pertenecientes a la organización administrativa, con fundamento en el ex art. 86, inc. 1º de la CN, también posibilitó la constitucionalidad de los reglamentos delegados y los de necesidad y urgencia —dentro de determinadas pautas y límites— después de una compleja evolución doctrinaria y jurisprudencial que culminó con su reconocimiento en la reforma constitucional de 1994".

(41) YACOBUCCI, Guillermo J., "El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal", Ed. Ábaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 2002, p. 253.

(42) YACOBUCCI, Guillermo J., "El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal", Ed. Ábaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 2002, p. 253. El autor sostiene que: "Feuerbach discierne los siguientes principios derivados de ese cometido: 1) toda imposición de pena presupone una ley penal (nulla poena sine lege); 2) la imposición de una pena está condicionada a la existencia de la acción conminada (nulla poena sine crimine), y 3) el hecho legalmente conminado está condicionado por la pena legal (nullun crimen sine poena legal), en virtud de lo cual el mal, como consecuencia jurídica necesaria, se vinculará mediante la ley a una lesión jurídica determinada".

(43) YACOBUCCI, Guillermo J., "El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal", Ed. Ábaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 2002, p. 255. La teoría psicológica de la coacción se basa en la seguridad para el sujeto de que su inconducta —prevista como delito y sancionada— será castigada en los términos discernidos por la ley. Este principio se vincularía luego, con la finalidad preventiva del derecho penal que requiere el conocimiento de la amenaza de pena como elemento intimidatorio frente a la posible comisión del delito (Véase STRATENWERTH, Günther, "Tratado de derecho penal", Ed. Edersa, p. 29).

nal que le había dado sus contornos de origen, y comenzó a hacer hincapié en los aspectos limitadores, tanto materiales, como garantísticos, con el objeto de superar la arbitrariedad de la autoridad pública **(44)**.

En este sentido, Roxin entiende actualmente al principio de legalidad como un instrumento tendiente a proteger a los ciudadanos del propio derecho penal a fin de evitar una punición arbitraria y no calculable, sin ley o con una ley imprecisa y retroactiva. De allí que aparezca como un postulado del Estado de derecho y garantía respecto del poder sancionador que este detenta, al exigir que este solo se ejercite cuando haya una ley previa al hecho, y que esa ley exprese claramente la conducta punible y sus consecuencias penales **(45)**.

Con un criterio similar, Bacigalupo sostiene que el principio en cuestión funciona como un límite a la coacción del Estado impuesto en aras a la protección de la libertad **(46)**, y recuerda el fundamento dado por el Tribunal Constitucional español, en la STC 133/87, al sostener que "el principio de legalidad es esencialmente una concreción de diversos aspectos del Estado de derecho en el ámbito del derecho estatal sancionador. En este sentido —agrega la sentencia— se vincula, ante todo, con el imperio de la ley como presupuesto de la intervención del Estado sobre bienes jurídicos de los ciudadanos, pero también con el derecho de los ciudadanos a la seguridad así como con la prohibición de la arbitrariedad y el derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los tribunales (...)". En suma, "el principio de legalidad importaba condicionar la legitimidad del derecho penal a la existencia de una *lex scripta, praevia* y *certa*" **(47)**.

Veamos, a continuación, algunas manifestaciones que se derivan del contenido actual del principio en cuestión.

II.3.b. Contenido del principio (ley previa, cierta, escrita, estricta). El principio de tipicidad

Existe un gran consenso en la doctrina y jurisprudencia en admitir que el principio de legalidad penal tiene cuatro formas de manifestación, traducidas en:

1) La exigencia de una *ley previa*, que establezca los tipos penales y las penas, garantizando la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal. En ese sentido, la ley penal creadora de delitos solo tiene efectos *ex nunc* (desde el momento en que se crea hacia el futuro), pero no *ex tunc* (retrotrayendo sus efectos a acciones anteriores), lo cual garantiza al ciudadano que una acción no contemplada, como delito al momento de su comisión no podrá ser sancionada como delictiva **(48)**.

En el ámbito del derecho administrativo sancionador, la exigencia de la ley previa cobra también especial relevancia. En efecto, la norma en que se funda el ejercicio de la potestad sancionadora debe contar con el debido susten-

(44) YACOBUCCI, Guillermo J., "El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal", Ed. Ábaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 2002, p. 255. Yacobucci sostiene en ese sentido que "los principales aspectos limitadores, materiales y garantísticos se enriquecerán con la autonomía del principio de legalidad penal respecto de ese contexto histórico concreto. No se trata, en consecuencia, de una elaboración o desarrollo posterior conscientemente orientado a una nueva formulación, sino de la operatividad 'natural' que adquiere el mismo principio y exactamente la misma fórmula una vez que se ha distanciado de aquella orientación político-criminal que le había dado su contorno primigenio y se ha concentrado en la finalidad de superar la arbitrariedad penal".

(45) CLAUS, Roxin, "Tratado de Derecho Penal. Parte General", Ed. Civitas, 1997, traducción de la 2ª ed. alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña y otros, p. 138.

(46) BACIGALUPO, Enrique, "La problemática constitucional de las leyes penales en blanco y su repercusión en el Derecho penal económico", en Curso Derecho penal económico, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 75.

(47) BACIGALUPO, Enrique, "La problemática constitucional de las leyes penales en blanco y su repercusión en el Derecho penal económico", en Curso Derecho penal económico, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 56.

(48) En ese sentido, señala Bidart Campos que la norma del art. 18 de la CN, en cuanto establece que "Ningún habitante de la nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso", constituye "una garantía reservada al proceso penal, y configura una prohibición acerca de la retroactividad de la ley penal, a tono con el adagio nullum crimen, nulla poena sine lege" (BIDART CAMPOS, Germán J., "Manual de la Constitución Reformada", Ed. Rústica, Buenos Aires, Argentina, 1998).

to legal **(49)**, no siendo admisible la creación *ex novo* de un régimen sancionatorio por parte de la autoridad administrativa **(50)**. Sí se permite, en cambio, que una vez precisados por ley los hechos punibles y las penas a aplicar, se delegue a ciertos órganos administrativos la reglamentación de las circunstancias o condiciones concretas de las acciones reprimidas y la determinación de los montos a aplicar, dentro de un máximo y un mínimo **(51)**.

2) La exigencia de una *ley cierta*, lo cual requiere que la ley penal se formule en términos claros, impidiendo que existan leyes difusas o indeterminadas, y requiriendo en tal sentido, que se ponga de manifiesto qué es lo efectivamente prohibido y cuál es la consecuencia penal imputada **(52)**. En tal sentido, el legislador debe usar formas inequívocas, y no vagas **(53)**.

3) La necesidad de que exista una *ley escrita,* como única fuente de creación de delitos y penas, excluyendo a la costumbre, como fuente para calificar una conducta, como delito.

4) Finalmente, la garantía de la *ley estricta*, que impone como exigencia un alto grado de precisión en la formulación de la ley penal y excluye la analogía en cuanto perjudique al reo; y exige que la ley determine de forma suficientemente diferenciada las distintas conductas punibles y las penas que pueden acarrear.

Puntualmente, el principio de tipicidad, que se deriva del principio de legalidad penal **(54)**, coincide con la necesidad de que exista una ley cierta y estricta, exigiéndole al legislador y a la Administración que sus imperativos se exterioricen en "normas concretas, precisas, claras e inteligibles" **(55)**. Esta exigencia admite, de todos modos, en ciertos supuestos específicos, que la definición del tipo incorpore conceptos cuya delimitación permita un margen de apreciación **(56)**, lo cual lleva a que, concretamente en el campo del derecho administrativo sancionador, la intensidad de este principio tienda a flexibilizarse **(57)**, admitiéndose, por ejemplo,

(49) DE LA RIVA, Ignacio M., "La frontera de la policía administrativa", en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), Estudios de derecho administrativo en homenaje al profesor Julio Rodolfo Comadira, Ed. La Ley, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 2009, ps. 375-397, esp. p. 393 (El autor cita aquí a MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de derecho administrativo", t. IV, ps. 606 y ss.).

(50) Fallos 328:940.

(51) Fallos 328:940.

(52) YACOBUCCI, Guillermo J., "El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal", Ed. Ábaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 2002, p. 257.

(53) Fallos 316:1190; 316:1239 y 319:1524.

(54) Como señala Bidart Campos, al desglosar el sentido de la norma del art. 18, CN: "Ha de existir una ley dictada por el congreso federal... Esta ley debe: a') hacer descripción del tipo delictivo; el tipo legal concreta el ilícito penal; a'') contener la pena o sanción retributiva". Con relación a ello, el autor cita el caso "Cotonbel SA". del 17 de septiembre de 1992, en el cual la Corte dio un parámetro de la legalidad penal sosteniendo que "para que una norma armonice con el principio de legalidad es necesario que, además, de describir la conducta reprochable, establezca la naturaleza y límites de la pena, de modo tal que al momento de cometer la infracción su eventual autor esté en condiciones de representarse en términos concretos la sanción con la que se lo amenaza" (BIDART CAMPOS, Germán J., "Manual de la Constitución Reformada", Ed. Rústica, Buenos Aires, Argentina, 1998, pto. 16).

(55) Así lo ha resuelto por ejemplo el Tribunal Constitucional español (STC, 34/1996). Véase BACIGALUPO, Enrique, "La problemática constitucional de las leyes penales en blanco y su repercusión en el Derecho penal económico", en Curso Derecho penal económico, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 39.

(56) Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español, en la STC 62/82, sostuvo que "el legislador debe hacer el máximo esfuerzo posible para que la seguridad jurídica quede salvaguardada en la definición de los tipos. Pero, dicho lo anterior, ello no supone que el principio de legalidad quede infringido en los supuestos en los que la definición del tipo incorpore conceptos cuya delimitación permita un margen de apreciación, máxime en aquellos supuestos en que los mismos responden a la protección de bienes jurídicos reconocidos en el contexto internacional (...) y en supuestos en que la concreción de tales bienes es dinámica y evolutiva, y puede ser distinta según el tiempo y el país de que se trate (...)" (Véase BACIGALUPO, Enrique, "La problemática constitucional de las leyes penales en blanco y su repercusión en el Derecho penal económico", en Curso Derecho penal económico, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1998).

(57) CNFed. Cont. Adm., Sala II, "Banco de la Provincia de Buenos Aires c. UIF s/ Código Penal - ley 25.246 - dec. 290/2007 - art. 25" (Causa 6.094/2019). La cámara sostuvo en este caso "que en los regímenes de policía administrativa, la punición por la autoridad encargada de su cumplimiento, suele contar con un ordenamiento

el empleo de conceptos jurídicos indeterminados **(58)** y un marco de cierta discrecionalidad **(59)**, siempre que se respete la garantía constitucional de la ley previa **(60)**, como veremos con mayor énfasis cuando abordemos lo referido a la actividad de policía de la UIF.

Todos estos recaudos, derivados del principio de legalidad penal, son de vital importancia, ya que, constituyen una garantía esencial en favor de la libertad de las personas, en cuanto limitan el *ius puniendi* del Estado.

II.3.c. Las leyes penales en blanco

Las llamadas leyes penales en blanco han sido definidas como aquellas "cuyo precepto es incompleto y variable en cuanto a su contenido mientras queda fijada con exactitud invariable la sanción" **(61)**, a diferencia de las normas penales tradicionales que —como sostiene D'Albora (h.)— "reconocen dos elementos bien definidos: el precepto y la sanción. El precepto no es otra cosa que la descripción sintética de un modo de conducta, en tanto que la sanción es la consecuencia jurídica asociada al precepto" **(62)**.

La propia CS ha reconocido su validez frente a aquellas materias que "presentan contornos o aspectos peculiares, distintos y variables que impiden al legislador prever anticipadamente la concreta manifestación que tendrán los hechos (...) una vez establecida la política legislativa, no resulta irrazonable el reconocimiento de amplias facultades reglamentarias al órgano ejecutivo" **(63)**. Tal sería el caso de cuestiones tales como las cambiarias, económicas, financieras, etc., que resultan "por esencia movedizas y proteicas", frente a las cuales "resulta indispensable disponer de un instrumento ágil que pueda describir con rapidez conductas públicamente dañosas y, a la vez, desincriminar otras que han dejado de serlo" **(64)**.

Esta circunstancia puede verse reflejada en un sistema como el de PLA/FT, cuya dinámica, complejidad y heterogeneidad sobrepasa en muchas ocasiones las capacidades propias del legislador **(65)**. Por este motivo, como vere-

---

que no exige la determinación de todas las conductas reprochables, pues no puede pretenderse la existencia de un tipo penal concreto en esta materia, en los términos exigidos por el derecho penal". "En efecto, si bien en el campo contravencional —cabe reiterar—, los principios conformadores y garantísticos del derecho penal están presentes, la tipicidad juega en forma menos estricta, dados los distintos valores involucrados y la imposibilidad práctica de una individualización llevada con la extremada —y justificada— puntillosidad atribuible al ilícito penal sustantivo".

(58) DE LA RIVA, Ignacio M., "La frontera de la policía administrativa", en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), Estudios de derecho administrativo en homenaje al profesor Julio Rodolfo Comadira, Ed. La Ley, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 2009, ps. 375-397, esp. p. 394. Cita en este ejemplo a CASSAGNE, Juan Carlos, "Derecho administrativo", t. II, p. 448.

(59) REBOLLO PUIG, M. — IZQUIERDO CARRASCO, M. — ALARCÓN SOTOMAYOR, L. — BUENO ARMIJO, A., "Panorama del Derecho Administrativo Sancionador en España. Los derechos y garantías de los ciudadanos", Estudios Socio-Jurídicos 7/2005, Bogotá-Colombia, ps. 23-74, esp. ps. 35-36.

(60) Fallos 334:1241 "Volcoff". La CS ha sostenido aquí —con relación a las facultades sancionatorias del BCRA—, que: "Sin perjuicio "de los amplios y discrecionales poderes de la autoridad monetaria en orden a sus facultades sancionatorias, es claro que, a la luz de la Constitución Nacional y los tratados internacionales incorporados a ella, aquellos siempre están condicionados al respeto del principio de legalidad. Por tal razón, si bien el 'derecho administrativo penal' puede manejarse por sus características definitorias con cierta ´ relatividad con relación a determinados aspectos como por ejemplo, en lo que hace a la estructura misma de los tipos de infracción —que admite la remisión a normas de menor jerarquía—, así como un modo distinto de graduar las sanciones y ciertas particularidades procesales que serían´ inadmisibles en un enjuiciamiento penal, jamás puede apartarse del respeto a la garantía constitucional de la ley previa (...)". En el mismo sentido, ver la causa citada "Banco de la Provincia de Buenos Aires c. UIF s/ Código Penal - ley 25.246 - dec. 290/2007 - art. 25" (Causa 6.094/2019).

(61) D'ALBORA (H.), Francisco J., "Lavado de dinero y régimen penal administrativo", pub. en LA LEY 2003-C, 1272-LLP 2003, 673. El autor cita a SOLER, Sebastián, "Derecho Penal Argentino", Buenos Aires, 1976, t. I, p. 121.

(62) D'ALBORA (H.), Francisco J., "Introducción al Derecho Penal Económico", LA LEY, 1996-D, 1192.

(63) Fallos 199:483; 246:345; 300:392; 304:1898 y 315:942.

(64) Fallos 300:392.

(65) Esto fue reconocido por la CNFed. Cont. Adm., en la citada causa "Banco de Galicia y Buenos Aires SA

mos luego con mayor grado de detalle, la propia CNFed. Cont. Adm. ha convalidado su constitucionalidad **(66)**.

En el mismo sentido, la CS se ha pronunciado a favor de la delegación de facultades a la Administración para establecer los hechos y aplicar sanciones, siempre que se preserve la tutela judicial efectiva **(67)**, y se respeten las bases de la delegación y la política legislativa que tuvo en miras el Congreso al aprobar la cláusula delegatoria de que se trate **(68)**.

La delegación, entones, se encuentra sujeta a ciertos límites que constituyen aspectos esenciales del principio de legalidad. Estos son: a) la ley ha de definir el núcleo básico como ilícito y los límites impuestos a la actividad sancionadora; b) el reglamento no puede ir más allá de un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de la finalidad propuesta por la Constitución o por la propia ley; c) si la función del reglamento es complementar, el problema esencial es determinar hasta qué punto puede llegar la sumariedad de la ley para que el reglamento no se convierta en algo independiente de ella **(69)**.

y otros c. UIF - resol. 36/10 (expte. 68/10)" en la cual sostuvo: "Si bien es cierto que el incumplimiento de la obligación de informar remite a un supuesto de tipo infraccional en blanco, no es menos cierto —como ha dicho la doctrina— que esa circunstancia obedece a la heterogeneidad de los sujetos obligados por el art. 20 de la ley, la que conspira contra la posibilidad de establecer un denominador común al momento de regular el cumplimiento de las obligaciones de informar operaciones sospechosas, ni es menos cierto, tampoco, que acordar un texto legal que comprendiese las "particularidades específicas de un conjunto de actividades tan disímiles sobrepasa largamente las reales posibilidades legisferantes" (D'ALBORA, ob. cit.)".

(66) CNFed. Cont. Adm., Sala II, "Banco de la Provincia de Buenos Aires c. UIF s/ Código Penal - ley 25.246 - dec. 290/2007 - art. 25" (Causa 6.094/2019), sent. de fecha 11/02/2020. La CNFed. Cont. Adm. resolvió allí a favor de la validez de la norma cuestionada, al sostener, entre otras razones, que: "en virtud de las características propias del denominado derecho sancionador (...) se admite que esa descripción pueda ser complementada por medio de disposiciones reglamentarias, así como un cierto margen de indeterminación e, inclusive, la utilización de cláusulas generales o fórmulas residuales que cubran de manera completa el ámbito de la prohibición legal, o la remisión casi absoluta al reglamento y, además, la posibilidad de elección dentro de un repertorio o clase más o menos amplia de sanciones"; "La mera indeterminación en el tipo sancionatorio administrativo no implica violación del principio de legalidad ya que, no comporta, en sí misma, la habilitación implícita al órgano sancionador para llenarlo con el contenido que le dicte su libre y cambiante arbitrio (CS, Fallos: 329: 3617) (...) En definitiva, la exigencia de descripción previa de la conducta prohibida, no es aplicable en el ámbito sancionador con el rigor que es menester en el ámbito penal (doc. CS, Fallos: 321:2086)"; "Las atribuciones conferidas a dicha autoridad administrativa, no son indelegables en razón de su naturaleza (arts. 99, inc. 3º, y 76, CN; CS, Fallos: 300:392; 300:443; 304:1898), si no involucran materia penal, tributaria o electoral, ni atañen al régimen de partidos políticos (doc. CS, Fallos: 330:1855)"; "(...) no resulta reprochable que el legislador habilite a un organismo altamente especializado, como la UIF, a dictar la reglamentación complementaria, concretamente para determinar las pautas objetivas, modalidades, oportunidades y límites de la obligación de informar las operaciones sospechosas para cada categoría de los sujetos obligados y tipo de actividad (doc. Sala I, 'Banco de Galicia y Buenos Aires SA y otros c. UIF - res. 36/2010 - expte. 68/10', causa 10.763/10, del 24/05/2016, y sus citas)".

(67) Fallos 315:909. La Corte ha dicho que "son válidas las normas legales que, al regular materias específicas de su incumbencia, han instituido procedimientos administrativos, atribuyendo competencia a ciertos órganos —centralizados o no— para establecer hechos y aplicar sanciones con la condición de que se preserve una revisión judicial suficiente de las decisiones adoptadas". El mismo criterio ha tenido la CS en la causa "Comisión Nacional de Valores c. Establecimiento Modelo Terrabusi SA" (CS, Fallos: 330:1855), en la cual, al analizar las facultades sancionatorias de la CNV dispuestas en la ley 17.811, estableció que el Congreso "puede atribuir competencia a ciertos órganos —centralizados o no— para establecer hechos y aplicar sanciones atendiendo a su función de policía social (art. 67, inc. 28, actual art. 75, inc. 32, CN), con la condición de que se preserve la revisión judicial de las decisiones adoptadas en el ámbito administrativo, como ha ocurrido en el caso bajo examen".

(68) Fallos 331:2406, "Colegio Público de Abogados de la Capital Federal", 2008. Resulta aplicable a estos supuestos la doctrina sentada por la CS, en cuanto establece que: a) la delegación sin bases está prohibida y b) cuando las bases estén formuladas en un lenguaje demasiado genérico e indeterminado, la actividad delegada será convalidad por los tribunales si el interesado supera la carga de demostrar que la disposición dictada por el Ejecutivo es una concreción de la específica política legislativa que tuvo en miras el Congreso al aprobar la cláusula delegatoria de que se trate.

(69) GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "Garantías frente a la potestad sancionadora de la Administración", en Temas de Derecho Procesal (Memoria del XIV Congreso Mexicano de Derecho Procesal), pub. de la UNAM, México,

III. Sistema de Prevención de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo

III.1. Contexto internacional

El primer intento por detectar y sancionar el lavado de activos se llevó a cabo con el dictado de la *Ley de Control de Divisas y Transacciones Extranjeras*, del año 1970 **(70)**, y posteriormente, con la sanción de la *Ley de Control de Blanqueo de Capitales* de 1986 **(71)**, ambas de los Estados Unidos.

Sin embargo, distintas razones hicieron que la lucha contra este flagelo se amplíe, y pase de ser eminentemente local a adquirir escala internacional.

Por un lado, las organizaciones criminales que en sus orígenes desarrollaban sus actividades ilícitas dentro de las fronteras de los Estados, comenzaron por distintos factores —entre los cuales se destaca el fenómeno de la globalización de los mercados, de la demanda de productos ilegales y del sistema financiero— a superar las esferas locales y realizar sus actividades en el plano internacional o transnacional **(72)**.

Por otro lado, existía una fuerte presión de los bancos estadounidenses, que —en un país que ya había comenzado a combatir este tipo de organizaciones mediante el dictado de leyes contra el blanqueo de capitales— consideraban estar en desventaja con relación a otras jurisdicciones que tenían una legislación más laxa, lo que podía generar una pérdida de oportunidades financieras de aquellos respecto al resto de las entidades bancarias **(73)**.

Esta situación brevemente descripta explica de algún modo cómo la lucha contra cierto tipo de organizaciones delictivas orientadas a la comisión de delitos complejos trasnacionales (lavado de activos, financiación del terrorismo, narcotráfico, trata de personas, tráfico de armas, entre otros), tarde o temprano, necesariamente comenzaría a combatirse de manera global.

1996, p. 750. Véase también el leading case "Mouviel", en el cual la CS declaró la inconstitucionalidad de una ley que otorgaba al órgano ejecutivo un poder que va iba mucho más allá de su potestad reglamentaria e importaba una verdadera facultad de legislar en una materia propiamente reservada al Congreso, en el caso, la facultad para crear tipos infraccionales (Fallos 237:636).

(70) La citada Ley, más conocida como Ley de Secreto Bancario, fue dictada en 1970, en sintonía con el mensaje de 'mano dura con la delincuencia' de la campaña presidencial de Nixon. La Ley exigía que las instituciones financieras mantuvieran determinados registros y notificaran ciertas transacciones de divisas, con la idea de impedir que los bancos se utilizaran para ocultar los fondos procedentes de actividades delictivas y la evasión de impuestos. El objetivo no era prohibir directamente el blanqueo de capitales, sino crear una estructura reguladora que ofreciera una pista de auditoría que permitiera a las autoridades realizar un seguimiento de las grandes operaciones en divisas (Véase BLICKMAN, Tom, "Lucha contra los flujos de capitales no regulador e ilícitos (Blanqueo de capitales, evasión fiscal y regulación financiera", Crimen y Globalización, Transnational Institute, TNI Briefing Series, Documento de debate, Ámsterdam, 2007).

(71) Esta Ley fue dictada durante el gobierno de Reagan, quien tuvo como una de sus políticas reimpulsar la lucha contra el blanqueo de capitales. A partir esta ley, el blanqueo quedó definitivamente penalizado.

(72) BLANCO CORDERO, Isidoro — SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, "Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio", Revista Penal, 6, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, ps. 3-5. Según estos autores, la globalización de la economía ofrece una serie de ventajas para los grupos criminales: a) La actuación a nivel internacional posibilita el acceso a mercados de bienes ilícitos muy lucrativos (la calificación del producto o servicio como ilegal multiplica enormemente su valor añadido en comparación con su valor real). b) La posibilidad de explotar puntos vulnerables en diferentes sociedades y en las democracias emergentes. Estas sociedades constituyen objetivo prioritario de las organizaciones criminales internacionales por la debilidad de sus instituciones. c) La capacidad de operar desde lugares en los que la organización se encuentra relativamente segura frente a la persecución penal, bien porque carecen de legislación en materia de crimen organizado, bien porque suelen poner trabas a la cooperación judicial internacional. d) La posibilidad de canalizar los beneficios de origen delictivo mediante un sistema financiero global que, con la eliminación de controles, hace cada vez más difícil seguir el rastro de los mismos. e) El acceso a países denominados paraísos fiscales en los que es posible ocultar e invertir los fondos de origen delictivo.

(73) BLICKMAN, Tom, "Lucha contra los flujos de capitales no regulador e ilícitos (Blanqueo de capitales, evasión fiscal y regulación financiera", Crimen y Globalización, Transnational Institute, TNI Briefing Series, Documento de debate, Ámsterdam, 2007, p. 5.

III.1.a. Convención de Viena

La necesidad de lograr un régimen global para afrontar este tipo de crímenes transnacionales finalmente daría lugar a la *Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988* (Convención de Viena), cuya trascendencia radicaría en exigir, con carácter obligatorio para cada Estado parte, la adopción de las medidas necesarias para tipificar al blanqueo de capitales como un delito penal **(74)**.

Ese mismo año, el *Comité de Basilea de Supervisión Bancaria* elaboró una declaración sobre la "Prevención de la utilización del sistema bancario para el blanqueo de fondos de origen delictivo", a partir de la cual se establecieron las reglas que debían seguir las entidades bancarias **(75)**.

III.1.b. Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)

La creciente preocupación que despertaba la amenaza del lavado de activos hizo que los líderes del G7 **(76)** —reunidos en la cumbre de París de 1989— ratificaran fuertemente la necesidad de continuar el rumbo de la Convención de Viena de 1988, pero esta vez a través de la creación de un organismo intergubernamental al que denominaron Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) **(77)**, con sede en la OCDE **(78)**, cuya finalidad consistiría en establecer los estándares y políticas tendientes a combatir el lavado de activos en el plano internacional.

Con esa finalidad, en el año 1990 el GAFI elaboró un informe con cuarenta Recomendaciones tendientes a articular un sistema mundial de lucha contra el lavado de activos. En octubre de 2001 se añadieron otras ocho Recomendaciones especiales para luchar contra la financiación del terrorismo **(79)**. Las cuarenta Recomendaciones, junto a las ocho Recomendaciones especiales, se volvieron a actualizar en 2003 y en 2012. En el ínterin (2004) se sumó una Novena recomendación especial, por lo que actualmente el conjunto de Recomendaciones está compuesto por cuarenta más nueve especiales.

Las Recomendaciones están concebidas como *principios de acción* en materia de lavado (derecho blando o *soft law*) **(80)**, por lo que se permite que los países las apliquen de acuerdo con sus circunstancias particulares, su derecho interno y su marco constitucional. No tienen fuerza jurídica vinculante y su inobservancia no deriva directamente en una sanción directa o enjuiciamiento ante tribunales internacionales.

Sin embargo, el apoyo político e institucional que han tenido estas Recomendaciones las convierte en normas de enorme trascendencia

(74) Tal es así que, posteriormente, el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) incorporó esta exigencia en su Recomendación N.º 3, al establecer que los países deben tipificar el lavado de activos con base en la Convención de Viena.

(75) Dentro de las normas sobre debida diligencia, la Declaración de Basilea estableció por ejemplo la regla de "Conozca a su cliente" (luego incorporada también por el GAFI), que insta a los Bancos a determinar la verdadera identidad de sus clientes.

(76) Conforman el Grupo de los Siete (G7) parte de los principales poderes económicos a nivel global: Alemania, Canadá, Estados Unidos, Francia, Italia, Japón y Reino Unido.

(77) El GAFI cuenta actualmente con 39 miembros (37 jurisdicciones y 2 organizaciones regionales —la Comisión Europea y el Consejo de Cooperación para los Estados Árabes del Golfo—) 9 miembros asociados —grupos regionales estilo GAFI-y 23 organizaciones observadoras. Argentina es miembro pleno del GAFI desde el año 2000.

(78) Como el G7 carecía de secretaría y de estatutos, la oficina del GAFI se creó inicialmente en el seno de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), donde actualmente tiene su sede principal.

(79) Estas nuevas recomendaciones especiales fueron consecuencia del atentado terrorista del 11 de septiembre de 2001 en los Estados Unidos, que generó un punto de inflexión en la lucha contra el terrorismo mundial.

(80) CANDA, Fabián, "El régimen penal administrativo de la ley 25.246 de encubrimiento y lavado de activos de origen delictivo", en BERTAZZA, Humberto J. — D'ALBORA, Francisco J. (h) (dirs.), Tratado de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo: prevención, investigación y represión, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, 1ª ed., p. 254. El autor destaca como manifestaciones del derecho blando o soft law a las recomendaciones, decisiones, informes, comunicaciones y otros instrumentos de carácter no vinculante que se utilizan a escala regional, comunitaria o global, con gran fuerza para orientar a los sujetos a quienes van dirigidos hacia objetivos políticos más difíciles de lograr con los tradicionales instrumentos normativos vinculantes.

internacional **(81)**, a punto tal que un sector de la doctrina las ha incluido dentro de lo que se ha dado a llamar "derecho administrativo global" **(82)**, pudiendo su incumplimiento generar ciertas consecuencias perjudiciales para los países, que pueden ir desde meras advertencias, hasta condicionamientos, restricciones y/o prohibiciones para realizar operaciones financieras con otras jurisdicciones **(83)**.

Las recomendaciones del GAFI conforman el núcleo central del sistema de PLA/FT a nivel internacional, y establecen las medidas jurídicas, institucionales y políticas a implementar por parte de cada Estado, una de las cuales consiste en la creación de una UIF, que como veremos más adelante, tiene un rol fundamental dentro del esquema de lucha contra este tipo de delitos trasnacionales.

El sistema estructurado por el GAFI para combatir el lavado de activos y la financiación del terrorismo (en adelante, LA/FT) se sustenta en dos frentes claves: la prevención y la aplicación (represión) **(84)**.

La prevención tiene como objetivo disuadir a los delincuentes de utilizar ciertas instituciones (ej. entidades financieras, casinos, etc.) para lavar sus activos, y asimismo, crear el marco de transparencia necesario para evitar que dichas instituciones colaboren con el lavado y lo amparen. En esta instancia tienen un rol central los organismos reguladores, que trabajan sobre ciertos elementos claves: la regulación, la supervisión y las sanciones administrativas **(85)**, la debida diligencia que las entidades y profesiones deben tener frente a sus clientes **(86)** y su obligación de comunicar ciertos datos a la autoridad competente **(87)**.

(81) Véase BLICKMAN, Tom, "Lucha contra los flujos de capitales no regulador e ilícitos (Blanqueo de capitales, evasión fiscal y regulación financiera", Crimen y Globalización, Transnational Institute, TNI Briefing Series, Documento de debate, Ámsterdam, 2007, p. 7.

(82) Véase CANDA, Fabián O., "El régimen penal administrativo de la ley 25.246 de encubrimiento y lavado de activos de origen delictivo", p. 253. En ese sentido, Canda sostiene que: "el GAFI y sus Recomendaciones pueden inscribirse en lo que la moderna doctrina administrativa comparada denomina el 'Derecho Administrativo Global' cuyo nacimiento se explica por la necesidad de enfrentar las consecuencias de la interdependencia globalizada en áreas sensibles tales como la seguridad, la protección ambiental, la regulación bancaria y financiera, las telecomunicaciones, la propiedad intelectual, los estándares laborales, los movimientos transfronterizos de población, entre otros temas cuyo afrontamiento de modo individual por los países se revela insuficiente y que dan lugar entonces, a relaciones de cooperación regulatoria a través de tratados internacionales y de redes intergubernamentales de ayuda más informales, desplazando muchas decisiones regulatorias del nivel nacional al nivel global".

(83) En tal sentido, cabe destacar que a instancias de los Estados Unidos —con el apoyo del G7— el GAFI comenzó a identificar a los países culpables de no cooperar mediante lo que se dio a conocer como países y territorios que no cooperan (PTNC), incluyendo la posibilidad de adoptar ciertas contramedidas, que podían ir desde emitir notas de advertencia a instituciones financieras nacionales, hasta otras más serias, como posibles sanciones. Tanto los países miembros del GAFI como los no miembros que no cumplieran suficientemente los criterios del sistema de PLA/FT se añadirían a la lista y serían castigados o condicionados para realizar operaciones financieras en el plano internacional. La iniciativa PTNC sirvió como una potente herramienta de coacción que encaminó a muchas de las jurisdicciones más reacias a cumplir (ej., Islas Caimán, Bahamas, Liechtenstein, Panamá, etc.) hacia reformas legislativas e institucionales en materia de PLA/FT. Sin embargo, se ha criticado a esta herramienta por arbitraria y por carecer de una metodología coherente. Se ha dicho, por ejemplo, que los Estados Unidos y Canadá, han incumplido en forma recurrente algunas de las Cuarenta recomendaciones más básicas del GAFI y, sin embargo, nunca se vislumbró que aparezcan en la lista de PTNC (Véase BLICKMAN, Tom, "Lucha contra los flujos de capitales no regulador e ilícitos. Blanqueo de capitales, evasión fiscal y regulación financiera", Crimen y Globalización, Transnational Institute, TNI Briefing Series, Documento de debate, Ámsterdam, 2007, ps. 21-22).

(84) BLICKMAN, Tom, "Lucha contra los flujos de capitales no regulador e ilícitos (Blanqueo de capitales, evasión fiscal y regulación financiera", Crimen y Globalización, Transnational Institute, TNI Briefing Series, Documento de debate, Ámsterdam, 2007, p. 8.

(85) A estas tres potestades nos referiremos puntualmente cuando desarrollemos el régimen de policía de la Unidad de Información Financiera.

(86) La debida diligencia exige a las instituciones o profesionales la identificación no solo del titular nominal de la cuenta, sino también de su titular o propietario real, proporcionar pruebas sobre su identidad y domicilio, etc.

(87) Los llamados Sujetos Obligados (tema que desarrollaremos en el presente capítulo) deben proporcionar al registrarse ante los organismos reguladores, ciertos datos, entre los cuales se destacar su nombre o razón social, número de CUIT, domicilio, actividad que desarrolla, etc.

La aplicación (represión), en cambio, está diseñada para castigar a los delincuentes (y a sus socios en el blanqueo de capitales) cuando, a pesar de los esfuerzos de prevención, consiguen blanquear los rendimientos de su actividad delictiva. Los elementos claves de esta faz represiva son: la confiscación/embargo civil y/o penal, la tipificación del delito de LA/FT, la acción penal, la investigación y la condena penal.

III.1.c. El Grupo Egmont

En el plano internacional, no podemos dejar de mencionar al Grupo Egmont **(88)**, entidad trasnacional que nuclea las UIF de todo el mundo, cuyos principales objetivos consisten en: expandir y sistematizar la cooperación internacional en el intercambio reciproco de información financiera; fomentar el mejoramiento y la seguridad de las comunicaciones entre las distintas UIF a través de la utilización de cierta tecnología; ofrecer capacitaciones a los efectos de mejorar la eficiencia; entre otros.

Su marco de actuación está basado en una declaración de principios redactada en Madrid en 1997 y revisada en La Haya en el año 2001. Este documento establece como uno de los pilares fundamentales el principio de intercambio de información, a condición de reciprocidad, confidencialidad, celeridad, seguridad e informalidad. Prohíbe, en tal sentido, que la información intercambiada sea transmitida a terceras partes sin el previo consentimiento de la UIF comunicante y que sea utilizada para fines no previstos.

Según la propia definición del Grupo Egmont **(89)**, una UIF es una agencia central encargada de recibir (y en su caso requerir), analizar y diseminar información financiera referida a bienes o dinero sospechosos de provenir de un delito, requerida por la legislación o regulaciones nacionales, a fin de combatir el lavado de activos y la financiación del terrorismo.

El Grupo Egmont establece también distintos tipos de UIF **(90)**, dependiendo del modelo que adopten: judicial (en el cual la UIF está ubicada en la órbita del poder judicial, por lo general bajo la jurisdicción de una fiscalía), policial (cuando la UIF forma parte de un organismo de seguridad), administrativo (bajo supervisión de un organismo distinto de las fuerzas de seguridad o autoridades juridiciales, o directamente como un organismo diferenciado) e híbrido (que combina elementos del sistema judicial y policial).

Veremos a continuación, cómo se ha creado la UIF en el caso de la República Argentina, qué modelo se adoptó, cuáles son sus competencias, entre otras cuestiones.

III.2. La ley 25.246

III.2.a. Aspectos generales. Creación de la Unidad de Información Financiera (UIF). Finalidad y competencias

Mediante la sanción de la ley 25.246 **(91)** y sus modificatorias **(92)**, se tipificó como delito autónomo el lavado de activos de origen ilícito **(93)** y se creó la UIF Argentina, optándose

(88) El Grupo Egmont nació como un foro reunido en 1995, en el Palacio Egmont-Arenberg, en Bruselas, con la finalidad de mejorar la cooperación entre las distintas UIF a nivel internacional, principalmente en materia de intercambio reciproco de información financiera. De allí, el nombre que se le dio.

(89) Puede consultarse en: https://egmontgroup.org/en/content/financial-intelligence-units-fius.

(90) Íd.

(91) BO 10/05/2000.

(92) Leyes 26.087 (BO 24/04/2006), 26.119 (BO 27/07/2006), 26.268 (BO 05/07/2007) 26.683 (BO 21/06/2011) y 27.260 (BO 22/07/2016).

(93) El Código Penal regula el delito de lavado de activos en el título XIII (delitos contra el orden económico y financiero), estableciendo en su art. 303, que: "Será reprimido con prisión de tres [3] a diez [10] años y multa de dos [2] a diez [10] veces del monto de la operación, el que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare, disimulare o de cualquier otro modo pusiere en circulación en el mercado, bienes provenientes de un ilícito penal, con la consecuencia posible de que el origen de los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito, y siempre que su valor supere la suma de pesos trescientos mil ($300.000), sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí". Dentro de la doctrina nacional, el lavado de dinero ha sido definido como "el proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos en forma lícita" (Véase D'ALBORA, Francisco J. [h.], "Lavado de dinero. El delito de legitimación de activos provenientes de ilícitos", ED 180-1084). Existe cierto consenso general respecto a que este delito se lleva a cabo en tres etapas: 1. Colocación: Es la disposición física del dinero en efectivo que proviene

por el modelo de organismo administrativo descentralizado **(94)**, con autonomía y autarquía financiera en jurisdicción del Ministerio de Finanzas **(95)** [actual Ministerio de Hacienda de la Nación **(96)**].

La función principal de la UIF consiste en el análisis, el tratamiento y la transmisión de información, a los efectos de *prevenir* e *impedir*:

1. El delito de lavado de activos (art. 303 del Cód. Penal), preferentemente proveniente de la comisión de ciertos delitos federales complejos (tráfico de estupefacientes, contrabando de armas, delitos cometidos por asociaciones ilícitas, delitos de fraude contra la Administración pública, trata de personas, etc.).

2. El delito de financiación del terrorismo (art. 213 quáter del Cód. Penal) **(97)**.

La finalidad de la UIF es, entonces, eminentemente preventiva (los verbos *prevenir* e *impedir* denotan esa idea), no obstante lo cual, el organismo tiene también un rol esencial como colaborador de la justicia en lo que respecta a la represión de los delitos antes mencionados.

Las competencias asignadas por el legislador a la UIF para cumplir sus cometidos pueden dividirse, de acuerdo con la clasificación efectuada por Sanabria **(98)**, en tres grandes campos:

"(i) *El análisis de la información financiera*: Disponer y dirigir el análisis de los actos, actividades y operaciones que según lo dispuesto en esta ley puedan configurar actividades de lavado de activos o de financiación del terrorismo según lo previsto en el art. 6º de la presente ley y, en su caso, poner los elementos de convicción obtenidos a disposición del Ministerio Público, para el ejercicio de las acciones pertinentes (Cfr. art. 13, inc. 2º);

"(ii) *La colaboración judicial:* Colaborar con los órganos judiciales y del Ministerio Público Fiscal en la persecución penal de los delitos reprimidos por esta ley, de acuerdo con las pau-

de las actividades delictivas, en esta fase inicial, los delincuentes introducen sus fondos ilegalmente en el sistema financiero y otros negocios, a nivel nacional como internacional. 2. Estratificación: En esta etapa se da la separación de los fondos ilícitos, mediante una serie de transacciones financieras, el fin de esta es ocultar la transacción original, supone la conversión de los fondos procedentes de las actividades ilícitas para crear esquemas complejos de transacciones y disimular el rastro de la documentación. 3. Integración: Es la apariencia legítima que toma la riqueza ilícita mediante el reingreso en la economía con transacciones comerciales o personales. Acá se colocan los fondos lavados de vuelta en la economía para crear una percepción como si fuera legítima. El delincuente opta por invertir los fondos en bienes raíces, artículos de lujo o proyectos. En esta fase de integración es extremadamente difícil distinguir la riqueza, precisamente esta es una oportunidad para el delincuente de incrementar la riqueza con los productos del delito, es sumamente difícil de detectar, a menos de que exista una diferencia entre el empleo, los negocios o las inversiones legítimas (Puede consultarse las etapas del lavado de activos en el siguiente sitio web: http://predisoft.com/conozca-las-etapas-del-lavado-de-dinero-y-como-identificarlas/).

(94) La Argentina adoptó el modelo de UIF administrativo y diferenciado, es decir, no dependiente de otro organismo administrativo (ej., El Banco Central, AFIP, etc.). Este modelo, concibe a la UIF como un ente administrativo que hace las veces de amortiguador entre los Sujetos Obligados a informar y los organismos estatales encargados de efectuar las investigaciones y procesamientos por delitos financieros (fiscalías, juzgados). Una de las funciones más importantes de la UIF, en ese sentido, consiste en analizar la información recibida y enviar el producto final (informe de inteligencia) a las autoridades competentes en los casos en que la sospecha sobre lavado se corrobore.

(95) Ver art. 5º, Ley 25.246.

(96) Si bien el organismo fue creado originariamente en la órbita del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, luego, mediante Ley 27.260 (BO 22/07/2016), fue transferido a la jurisdicción del Ministerio de Hacienda y Finanzas Públicas de la Nación. Posteriormente, mediante dec. 2/2017, quedó ubicada dentro del ámbito del Ministerio de Finanzas y, actualmente, con la absorción del Ministerio de Finanzas por el de Hacienda (instrumentada a través del dec. 575/2018), quedó en la órbita de este último.

(97) Ver art. 6º, ley 25.246.

(98) SANABRIA, Pablo D., "Bases constitucionales del Sistema Preventivo de la Unidad de Información Financiera (Un enfoque constitucional del Compliance en materia de PLA/FT)", comunicación del Dr. Pablo Sanabria en la sesión privada del Instituto de Política Constitucional, el 03/10/2018, p. 383. El artículo es de recomendable lectura para todo aquel que quiera conocer cómo funciona el sistema de PLA/FT argentino, cuáles son sus bases constitucionales, qué intereses públicos y privados hay en juego en este complejo sistema, cuáles fueron los avances que se han logrado hasta el momento y los desafíos que aún restan por concretarse, entre otros aspectos que el autor plantea.

tas que se establezcan reglamentariamente (Cfr. art. 13, inc. 3º);

"(iii) *El sistema preventivo:* Disponer la implementación de sistemas de contralor interno para las personas a que se refiere el art. 20. A efectos de implementar el sistema de contralor interno la Unidad de Información Financiera (UIF) establecerá los procedimientos de supervisión, fiscalización e inspección in situ para el control del cumplimiento de las obligaciones establecidas en el art. 21 de la ley y de las directivas e instrucciones dictadas conforme las facultades del art. 14, inc. 10 (Cfr. art. 14, inc. 7º) (...) Emitir directivas e instrucciones que deberán cumplir e implementar los sujetos obligados por esta ley, previa consulta con los organismos específicos de control... (Cfr. art. 14, inc. 10) (...) Aplicar las sanciones previstas en el cap. IV de la presente ley, debiendo garantizarse el debido proceso (Cfr. art. 14, inc. 8º)".

En efecto, los puntos (i) y (ii) facultan a la UIF para colaborar con la justicia en la represión de los delitos de lavado de activos y financiación del terrorismo. Cabe destacar que la UIF tiene, además, legitimación para presentarse como querellante en causas penales en las que se investiguen los delitos tipificados en la ley 25.246 **(99)**.

El punto (iii), en cambio, hace referencia a las potestades que tiene la UIF para cumplir su cometido esencial en la prevención del LA/FT **(100)**. Su objetivo apunta aquí a evitar que los delincuentes utilicen a ciertas instituciones y/o profesionales (denominados por la ley 25.246 "Sujetos Obligados", —en adelante SO—) como intermediarios para lavar sus activos.

Es en esta instancia donde la UIF ejerce fuertemente su poder de policía, regulando, supervisando y sancionando a aquellos SO que incumplan con las normas antilavado.

A continuación, desarrollaremos cuál es el rol que tienen los SO en el esquema de PLA/FT, cómo están enumerados, y fundamentalmente, qué obligaciones tienen ante la UIF.

III.2.b. Los sujetos obligados a informar ante la UIF. Enumeración

Hemos señalado hasta aquí que la función principal de la UIF consiste en el *análisis, tratamiento y transmisión de información* a efectos de evitar e impedir la comisión de ciertos delitos. Mencionamos también las facultades que tiene el organismo para cumplir con su cometido.

Sin embargo, nada dijimos respecto a cómo hace la UIF para obtener la mentada información, la cual resulta esencial para el organismo a los efectos de detectar posibles operaciones de LA/FT.

Una de las vías que tiene el organismo antilavado para obtener la información **(101)** se concreta a través del aporte efectuado por los SO

(99) Cabe recordar que por dec. 825/2011 (17/06/2011) se observó en su momento, el art. 25 del Proyecto de Ley registrado bajo el nro. 26.683 que negaba a la UIF la facultad para presentarse como querellante. Por resolución 18 de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación se declaró válida la referida observación (BO 08/11/2012, p. 10) y, en consecuencia, se reconoció esa potestad al organismo antilavado.

(100) SANABRIA, Pablo D., "Bases constitucionales del Sistema Preventivo de la Unidad de Información Financiera (Un enfoque constitucional del Compliance en materia de PLA/FT)", comunicación del Dr. Pablo Sanabria en la sesión privada del Instituto de Política Constitucional, el 03/10/2018. Publicado en el Diario La Ley del jueves 21/03/2019 - LA LEY 2019-B, ps. 383-384. El autor destaca que el sistema preventivo de LA/FT tiene "un alto impacto en la política pública de combate contra el LA/FT y es el complemento imprescindible del sistema represivo ya que, tiende a detectar y dificultar preventivamente cualquier operación con tales fines delictivos".

(101) Decimos "una de las vías" porque no es la única. En efecto, la UIF también se nutre de información aportada por otras UIF del mundo; de denuncias efectuadas en forma espontánea; de la colaboración de otros organismos públicos; etc. Así, por ej., el art. 14 de la ley 25.246 faculta al organismo a: "1. Solicitar informes, documentos, antecedentes y todo otro elemento que estime útil para el cumplimiento de sus funciones, a cualquier organismo público, nacional, provincial o municipal, y a personas humanas o jurídicas, públicas o privadas, todos los cuales estarán obligados a proporcionarlos dentro del término que se les fije, bajo apercibimiento de ley; 2. Recibir declaraciones voluntarias, que en ningún caso podrán ser anónimas; 3. Requerir la colaboración de todos los servicios de información del Estado, los que están obligados a prestarla en los términos de la normativa procesal vigente (...)".

enumerados en la ley 25.246 **(102)**, a los que por sus funciones específicas y por la ubicación que tienen dentro de la actividad económica **(103)**, se les exige un particular *deber de colaboración* **(104)**, teniendo que informar al organismo cuando adviertan cierto tipo de operaciones descriptas en la propia ley y en las normas reglamentarias.

Los SO tienen un rol estratégico en el sistema preventivo en estudio, son los primeros destinatarios de la normativa que emite la UIF y sobre ellos recaen las sanciones a que se refiere el presente trabajo, cuando incumplen alguna de sus obligaciones.

La enumeración de los SO estuvo a cargo del propio legislador, de manera taxativa, en una lista de 23 incisos que incluyen tanto a personas del sector público (el BCRA, la AFIP, la SSN, la CNV, la IGJ, el INAES, registros públicos, entre otros) como del sector privado (entidades financieras, agencias de cambio, empresas aseguradoras, personas que organicen deportes profesionales, entre otros). En ambos casos, se

(102) Ver art. 20, ley 25.246.

(103) Cabe recordar que las Sesiones Ordinarias de la Cámara de Diputados de la Nación del mes de mayo de 1999, en las cuales se trató el "Régimen de reforma del delito de encubrimiento y creación de un sistema para la prevención y represión del lavado de activos provenientes de delitos de especial gravedad", fueron el puntapié inicial para incorporar al país una nueva tendencia internacional, que consideraba esencial la circunstancia de otorgarle una intervención sumamente activa a determinados sujetos privados, en las tareas de prevención y control de conductas sospechadas de maniobras de lavado de activos. Internacionalmente se había aceptado la idea que no puede atribuirse solo a los órganos del Estado el control de las operaciones de lavado de dinero y que sería imprescindible exigirles a ciertos intermediarios determinadas obligaciones de captación de información, reservándose a las UIF la función de receptar y analizar los datos proporcionados por estos sujetos. En ese sentido, se ha dicho que "no es posible realizar ningún tipo de análisis si se pierde la oportunidad de detectar las operaciones sospechosas o inusuales durante las primeras etapas de las maniobras de lavado. No se trata de una delegación estatal respecto de funciones que le son propias, sino de la única alternativa viable: quienes toman contacto con determinadas operaciones caracterizadas objetivamente como aptas para desencadenar las alertas previstas por el legislador constituyen la única posibilidad cierta de un minucioso análisis técnico por parte de la UIF como autoridad de contralor" (Véase BIAGOSH, Zenón A. — D'ALBORA, Francisco J. [h.], "Lavado de dinero y Unidad de Información Financiera", LA LEY, 2001-D, 946, p. 2).

(104) El término deber de colaboración suele utilizarse en materia de PLA/FT para caracterizar la relación que los SO deben tener ante la UIF. Así, se ha precisado que en la prevención de las conductas constitutivas de Lavado de Activos resulta de singular relevancia la actividad de los actores institucionales a los que la ley les establece un específico deber de colaboración, el deber de informar agrupa a varias decenas de actividades muy dispares entre sí, resulta evidente que sin la efectiva colaboración de esos terceros —poseedores de información privilegiada— a las autoridades de prevención no les resultaría factible luchar de manera eficiente contra el lavado de activos (CFed., Comodoro Rivadavia en "Colegio de Escribanos de Tierra del Fuego c. PEN [Unidad de Información Financiera] s/ acción declarativa y medida cautelar [sumarísimo] s/ incidente de apelación" sent. de fecha 28/02/2006). Asimismo, la CNFed. Cont. Adm., Sala II, en autos "Banco Macro SA y otros c. UIF s/ Código Penal - ley 25.246 - dec. 290/2007 - art. 25" (34745/2015) de fecha 07/04/2016, ha sostenido: "(...) Aserción esta que en modo alguno importa desconocer la relevancia que tiene el 'deber de colaboración' que pesa sobre todo involucrado". En el mismo sentido la CNFed. Cont. Adm., Sala V, en autos "SMG Life Seguros de Vida SA y otros c. UIF-res. 220/2013" (35980/2013) de fecha 16/07/2015, sostuvo que "(...) Dicho deber de colaboración con la UIF no solo surge de normas legales, sino de normas reglamentarias en vigor al tiempo de comisión de los hechos". Véase también BARRAL, Jorge E., "Legitimación de bienes provenientes de la comisión de delitos: análisis de la ley 25.246 de Encubrimiento y Lavado de Activos de Origen Delictivo", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003. El autor sostiene que los Sujetos Obligados "adquieren el carácter de colaboradores esenciales en el sistema toda vez que son los que proveen las informaciones primarias que serán luego objeto de análisis por los expertos de la UIF". Por nuestra parte, partiendo de la base de que el término colaboración implica una acción espontánea y voluntaria para con el otro, lo que no ocurre a nuestro entender en esta relación de especial sujeción en la que se encuentran los SO ante la UIF, creemos importante destacar que más allá del término utilizado, no puede perderse de vista la verdadera entidad que posee la obligación puesta por ley en cabeza de los Sujetos Obligados, cuyo incumplimiento puede ser pasible de severas sanciones (puede verse a modo de ej., la resolución UIF 136/2019, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de más de $400 millones a un SO, y el mismo monto a su Directorio, pub. en https://back.argentina.gob.ar/sites/default/files/acto_sancionatorio_exp_352-16_financial_net.pdf). No puede perderse de vista entonces, que más allá de la terminología corrientemente utilizada, los SO son compelidos a actuar en una dirección determinada y cumplen, justamente, porque conocen las consecuencias de su eventual incumplimiento.

incluyen sujetos que pertenecen tanto al sector financiero, como no financiero **(105)**.

La ley 25.246 no habilita al Ejecutivo (como tampoco a la UIF) para modificar o ampliar el listado de SO, con lo cual, para avanzar en ese sentido, debe necesariamente intervenir el Congreso **(106)**. Coincidimos con la postura que celebra esta solución como una buena técnica de limitación del poder en resguardo de las libertades individuales, sobre todo teniendo en cuenta el intensivo ejercicio de policía administrativa que la UIF ejerce sobre cada sector regulado, tanto en su faz regulatoria, como sancionatoria, una vez definidos por ley los destinatarios de esa regulación **(107)**.

III.2.c. Contenido y alcances del deber de informar ante la UIF. Otras obligaciones impuestas a los sujetos obligados

El *deber de informar* puesto en cabeza de los SO constituye un aspecto neurálgico del sistema de PLA/FT y se explica, en palabras de Canda, como "una faceta del ejercicio del poder de policía y de la policía estatal" **(108)**.

El art. 20 bis de la ley 25.246, incorporado con la reforma de la ley 26.683 (2011), lo define como "la obligación legal que tienen los sujetos enumerados en el art. 20, en su ámbito de actuación, de poner a disposición de la Unidad de Información Financiera (UIF) la documentación recabada de sus clientes en cumplimiento de lo establecido en el art. 21, inc. a) y de llevar a conocimiento de la Unidad de Información Financiera (UIF), las conductas o actividades de las personas humanas o jurídicas, a través de las cuales pudiere inferirse la existencia de una situación atípica que fuera susceptible de configurar un hecho u operación sospechosa, de lavado de activos o financiación de terrorismo. El conocimiento de cualquier hecho u operación sospechosa impondrá a tales sujetos la obligatoriedad del ejercicio de la actividad descripta precedentemente".

Antes de la reforma mencionada en el párrafo precedente, el *deber de informar* se limitaba solo al *reporte de operaciones sospechosas* previsto en el art. 21, inc. b) de la ley 25.246, según el cual los Sujetos Obligados debían: "Informar cualquier hecho u operación sospechosa independientemente del monto de la misma. A los efectos de la presente ley se consideran operaciones sospechosas aquellas transacciones que de acuerdo con los usos y costumbres de la actividad que se trate, como así también de la experiencia e idoneidad de las personas obligadas a informar, resulten inusuales, sin justificación económica o jurídica o de complejidad inusitada o injustificada, sean realizadas en forma aislada o reiterada..." **(109)**.

(105) El GAFI utiliza el término Actividades y Profesiones no Financieras Designadas (APNFD) para referirse a los SO no financieros (clubes de fútbol, casinos, agentes inmobiliarios, escribanos, entre otros) y distinguirlos de esa manera de los SO financieros (como las entidades financieras, casas de cambio, sociedades de bolsa, entre otros).

(106) Recordemos que —como hemos señalado anteriormente— una de las derivaciones del principio de legalidad consiste en que la Administración (en este caso la UIF) se halla vinculada a la ley en forma positiva, razón por la cual, para actuar necesita previamente de una norma legal que la habilite al efecto.

(107) SANABRIA, Pablo D., "Bases constitucionales del Sistema Preventivo de la Unidad de Información Financiera (Un enfoque constitucional del Compliance en materia de PLA/FT)", p. 389. El autor señala en ese sentido, que: "Sin desconocer la falibilidad del legislador ni la astucia de las organizaciones criminales para sortear la ley, entendemos que en tanto la regulación que recae sobre los SO en materia de PLA/FT es suficientemente intensa y gravitante en el ejercicio de sus respectivas actividades, la decisión sobre cuáles son los sectores y profesiones alcanzadas tiene que recaer, necesariamente, en el órgano dotado de mayor legitimidad democrática dentro del esquema constitucional, funcionando tal resguardo como una técnica de limitación del poder en protección de las libertades individuales".

(108) CANDA, Fabián, "El régimen penal administrativo de la ley 25.246 de Encubrimiento y Lavado de Activos de Origen Delictivo", en BERTAZZA, Humberto J. — D'ALBORA, Francisco J. (h) (dirs.), Tratado de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo: prevención, investigación y represión, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, 1ª ed., p. 253.

(109) Este artículo, debe ser complementado con el art. 21 bis (modificado por la Ley 27.446, BO 18/06/2018), que establece con mayor precisión la obligación de los SO de "(d) Reportar 'hechos' u 'operaciones sospechosas' de lavado de activos, ante la Unidad de Información Financiera, en un plazo máximo de quince [15] días corridos, contados a partir de la fecha en que el sujeto obli-

Actualmente, tal como puede apreciarse de la redacción del art. 20 bis antes transcripto, el *deber de informar* contempla también la obligación por parte de los SO de poner a disposición de la UIF la documentación recabada de sus clientes, en cumplimiento de la llamada Debida Diligencia del Cliente (en adelante, DDC) **(110)** prevista en el art. 21 inc. a) **(111)**, que es complementado a su vez con lo dispuesto en el art. 21 bis **(112)**.

El criterio amplio expuesto en el párrafo anterior fue confirmado además, en varias ocasiones por la propia jurisprudencia, en cuanto sostuvo que "(...) la conducta reprochada a los recurrentes ha sido correctamente subsumida en el inc. a) del art. 21 de la ley 25.246, por cuanto el deber de informar, no solo corresponde a lo dispuesto en el inc. b) de dicha norma —como surgiría de la exégesis intentada en el memorial—, sino que, como ya ha quedado dilucidado, engloba

gado concluya que la operación reviste tal carácter. La fecha de reporte no podrá superar los ciento cincuenta [150] días corridos contados desde la fecha de la operación sospechosa realizada o tentada; e) Reportar 'hechos' u 'operaciones sospechosas' de financiación de terrorismo, ante la Unidad de Información Financiera, en un plazo máximo de cuarenta y ocho [48] horas, a partir de la operación realizada o tentada, habilitándose días y horas inhábiles al efecto".

(110) La Debida Diligencia del Cliente y los deberes de identificación que esta conlleva, se corresponde con el principio internacional que gobierna la materia conocido como la política de "conozca a su cliente" o "Know your customer" (o por sus siglas en inglés, KYC). El deber de conocimiento del cliente significa para el SO la obligación de determinar un perfil del mismo con base en la información económica, patrimonial, financiera y/o tributaria, para con ello conocer el origen de sus fondos, su operatoria, etc. Este es un aspecto central del conocimiento dado que es uno de los elementos más importante a partir del cual se pueden realizar los controles.

(111) El art. 21, inc. a), Ley 25.246 establece que los Sujetos Obligados deberán: "Recabar de sus clientes, requirentes o aportantes, documentos que prueben fehacientemente su identidad, personería jurídica, domicilio y demás datos que en cada caso se estipule, para realizar cualquier tipo de actividad de las que tienen por objeto. Sin embargo, podrá obviarse esta obligación cuando los importes sean inferiores al mínimo que establezca la circular respectiva. Cuando los clientes, requirentes o aportantes actúen en representación de terceros, se deberán tomar los recaudos necesarios a efectos de que se identifique la identidad de la persona por quienes actúe (...)".

(112) Este artículo, agregado por la Ley 27.446 (BO 18/06/2018), dispone que: "1. Respecto de sus clientes, los sujetos obligados deberán cumplimentar las siguientes obligaciones: a) Identificarlos mediante la información, y en su caso la documentación, que se requiera conforme las normas que dicte la Unidad de Información Financiera y que se pueda obtener de ellos o de fuentes confiables e independientes, que permitan con razonable certeza acreditar la veracidad de su contenido. La tarea comprende la individualización del cliente, el propósito, carácter o naturaleza del vínculo establecido con el sujeto obligado, el riesgo de lavado de activos y/o financiación del terrorismo asociado a estos y su operatoria. En todos los casos, deberán adoptar medidas razonables desde un enfoque basado en riesgo para identificar a los propietarios, beneficiarios finales y aquellos que ejercen el control real de la persona jurídica, patrimonio de afectación o estructura jurídica, junto con su estructura de titularidad y control. Cuando existan dudas sobre si los clientes actúan por cuenta propia, o exista la certeza de que no actúan por cuenta propia, deberán adoptar medidas adicionales razonables y proporcionadas, mediante un enfoque basado en riesgo, a fin de obtener información sobre la verdadera identidad de la persona por cuenta de la cual actúan los clientes. A tales fines, deberán prestar especial atención, a efectos de evitar que las personas humanas utilicen estructuras jurídicas, como empresas pantalla o patrimonios de afectación, para realizar sus operaciones. En razón de ello, deberán realizar esfuerzos razonables para identificar al beneficiario final. Cuando ello no resulte posible, deberán identificar a quienes integran los órganos de administración y control de la persona jurídica; o en su defecto a aquellas personas humanas que posean facultades de administración y/o disposición, o que ejerzan el control de la persona, estructura jurídica o patrimonio de afectación, aun cuando este fuera indirecto. Asimismo, deberán adoptar medidas específicas a efectos de disminuir el riesgo del lavado de activos y la financiación del terrorismo, cuando se contrate un servicio y/o producto con clientes que no han estado físicamente presentes para su identificación; debiendo completar las medidas de verificación en tiempo razonablemente práctico, siempre que los riesgos de lavado de activos y/o financiación del terrorismo se administren con eficacia y resulten esenciales a efectos de no interrumpir el curso normal de la actividad. En todos los casos, deberá determinarse el riesgo del cliente y de la operatoria, implementar medidas idóneas para su mitigación, y establecer reglas de monitoreo y control continuo que resulten proporcionales a estos; teniendo en consideración un enfoque basado en riesgo. Cuando se tratare de personas expuestas políticamente, deberán adoptarse medidas de debida diligencia intensificadas tendientes a establecer alertas, que permitan tomar medidas oportunas a efectos de detectar posibles desvíos en el perfil del cliente, a fin de mitigar el riesgo de lavado de activos y/o financiación del terrorismo vinculado al riesgo inherente a este y/o a su operatoria".

expresamente al inc. a) referido, sin efectuarse la distinción alegada por los recurrentes" **(113)**.

En resumen, el *deber de informar* que pesa sobre los SO comprende, en un sentido amplio, las siguientes obligaciones:

- el deber de poner a disposición de la UIF la documentación recabada de sus clientes cuando así se les requiera. Para ello, los SO previamente deben haber realizado la DDC, conforme lo dispuesto en los arts. 21 inc. a) de la ley 25.246 y 21 bis; y

- el deber de *reportar operaciones sospechosas*, conforme lo prevé el art. 21, inc. b) de la citada ley. Este deber configura la piedra angular del sistema de PLA/FT **(114)**, ya que, permite a la UIF nutrirse de información valiosa para la investigación, detección y combate del LA/FT. Asimismo, se ha destacado la importancia que tiene para los propios SO **(115)**.

Nótese la estrecha relación que existe entre ambas obligaciones. Los SO no podrían cumplir con la obligación de reportar una operación sospechosa si antes no identificaron correctamente a sus clientes mediante el armado de su perfil económico, financiero y patrimonial.

Por ello, la ley les exige el deber de realizar la DDC, lo que implica la necesidad por parte de los SO de tomar diversas medidas respecto a sus clientes, que son aquellas personas humanas, jurídicas, patrimonios de afectación, u otras estructuras jurídicas, y quienes actúen por cuenta y orden de estas, con los cuales los SO establezcan, de manera ocasional o permanente, una relación contractual de carácter financiero, económico o comercial **(116)**.

Estas medidas comprenden: a) identificar al cliente y verificar su identidad recurriendo a fuentes seguras **(117)**; b) identificar al beneficiario final, de modo de conocer quién es la persona física que se encuentra detrás de la estructura ideal o de la verdadera identidad de la persona por cuenta de la cual actúan los clientes **(118)**; c) obtener información sobre el propósito y naturaleza de la relación comercial **(119)**; d) exigir declaración jurada sobre origen y licitud de los fondos o la documentación respaldatoria correspondiente **(120)**.

---

(113) CNFed. Cont. Adm., Sala II, "Banco Patagonia SA c. UIF s/ Código Penal - ley 25.246 - dec. 290/2007 - art. 25" (055017/2018) y "Andreo Alledo, Claudemir y otros c. UIF s/ Código Penal - ley 25.246 - dec. 290/2007 - art. 25" (55011/2018), sentencias de fecha 29/10/2019. Véase también "Casino Buenos Aires SA - Compañía de Inversiones en Entretenimiento SA y otros c. UIF s/ Código Penal - ley 25.246 - dec. 290/2007 — art. 25" (48022/2014), sentencia de fecha 10/11/2015, en la cual, la CNFed. Cont. Adm., Sala IV sostuvo: "En otras palabras, la norma presupone que existen distintas obligaciones de información, las cuales no se limitan a la emisión de los Reportes de Operaciones Sospechosas". En este último sentido puede verse también, entre otras causas: "Ace Seguros SA y otros c. UIF s/ Código Penal - ley 25.246 - dec. 290/2007 — art. 25", CNFed. Cont. Adm., sentencia del 27/06/2019.

(114) D'ALBORA (H.), Francisco J., "Lavado de dinero y régimen penal administrativo", pub. en LA LEY 2003-C, 1272-LLP 2003, 673.

(115) CNFed. Cont. Adm., Sala I, "Banco de Galicia y Buenos Aires SA y otros c. UIF - res. 36/2010 (expte. 68/10)" (10.763/2010), sentencia de fecha 24/05/2016. Aquí la Cámara destacó la importancia del ROS para los SO, al recordar que "(...) es una herramienta fundamental en el proceso de prevención, ya que, constituye el elemento documental definitivo que permitirá al sujeto obligado demostrar que ha cumplido su deber (Pérez Lamela, ob. cit.) (...)".

(116) De esa manera son definidos los "clientes" por el art. 21 bis, Ley 25.246.

(117) Tanto el art. 21 bis de la ley 25.246 como las diversas resoluciones dictadas por la UIF —de acuerdo con lo dispuesto por los arts. 14, inc. 1º, 20 bis y 21 a) de la citada ley— fijan la "Política de Identificación y Conocimiento del Cliente", la cual incluye la obligación de llevar un legajo, los datos a requerirle y la documentación que debe ser tenida a la vista a tales efectos. Dentro de este punto, debe incluirse la necesidad de identificar a aquellos clientes que sean Personas Expuestas Políticamente (PEP).

(118) A fin de dar cumplimiento a este punto los SO podrán por ej., analizar si la actividad de los entes de condice con las operaciones realizadas; indagar respecto de los beneficiarios o propietarios; revisar las últimas transferencias de acciones; solicitar la documentación relacionada con la constitución del ente y los aportes de capital efectuados; entre otras medidas.

(119) Esta exigencia tiene por finalidad que el SO evite ser utilizado para una posible maniobra de lavado de activos y financiación del terrorismo.

(120) Este punto resulta fundamental a efectos de constatar si la operación que se realiza posee el debido respaldo y se encuentra justificada económicamente.

Recién a partir de haber tomado todos estos recaudos, los SO estarían en condiciones de detectar posibles operaciones de lavado **(121)**, y en su caso reportarlas de acuerdo con lo contemplado en la ley y en las normas dictadas al efecto por la UIF.

Sumado a lo anterior, y vinculado también con el *deber de informar*, los SO tienen que cumplir con:

- el *deber de guardar la documentación* de sus clientes por el plazo y en la forma estipulada por la normativa antilavado **(122)**; y

- el *deber de confidencialidad* **(123)** previsto por la ley para resguardar la información. Este deber involucra también a los propios agentes de la UIF **(124)** y resulta esencial a los efectos de generar un ambiente seguro, predecible y de confianza, imprescindible para el éxito y la eficacia del sistema de PLA/FT **(125)**.

El contenido de todas de estas exigencias, y las consecuencias de su incumplimiento, hacen que se trate —como ha señalado Canda— de un deber de información potenciado **(126)**, cuyo impacto en la estructura económica y organizacional de los SO es realmente significativo, lo que evidencia, a su vez, la particular y enorme importancia de delimitar con precisión los límites que el principio de legalidad le impone a la UIF cuando ejerce sus potestades en materia de PLA/FT.

Ahora bien, además de las obligaciones anteriormente expuestas, los SO deberán imple-

(121) Así, por ej., podrían verificar la existencia de una operación injustificada desde el punto de vista económico y financiero del cliente, si antes lo identificaron y armaron su perfil transaccional, comercial y económico financiero correctamente.

(122) El art. 21, inc. a) in fine establece que: "Toda información deberá archivarse por el término y según las formas que la Unidad de Información Financiera establezca". El art. 21 bis (modificado por la Ley 27.446) por su parte, establece que, con relación a sus clientes, los Sujetos Obligados deberán "I. c) Conservar la información recabada respecto de sus clientes, en forma física o digital, por un plazo mínimo de cinco [5] años; debiendo permitir esta reconstruir las transacciones realizadas, nacionales o internacionales; y encontrarse a disposición de la Unidad de Información Financiera y/o de las autoridades competentes cuando estas lo requieran. De esta manera, la información recabada de los clientes deberá permanecer el poder de los Sujetos Obligados y a disposición de la UIF".

(123) El art. 21, inc. c) de la Ley 25.246 les exige a los SO: "Abstenerse de revelar al cliente o a terceros las actuaciones que se estén realizando en cumplimiento de la presente ley (...)".

(124) El deber de confidencialidad se les exige a todos aquellos que participen del sistema PLA/FT (incluyendo a los agentes de la UIF) como una forma de amparar las tareas de información e investigación que se desprenden de la normativa antilavado. En ese sentido, conforme lo prevé el art. 22, Ley 25.246, "Los funcionarios y empleados de la Unidad de Información Financiera están obligados a guardar secreto de las informaciones recibidas en razón de su cargo, al igual que de las tareas de inteligencia desarrolladas en su consecuencia. El mismo deber de guardar secreto rige para las personas y entidades obligadas por esta ley a suministrar datos a la Unidad de Información Financiera. El funcionario o empleado de la Unidad de Información Financiera, así como también las personas que por sí o por otro revelen las informaciones secretas fuera del ámbito de la Unidad de Información Financiera, serán reprimidos con prisión de seis meses a tres años".

(125) SANABRIA, Pablo D., "Bases constitucionales del Sistema Preventivo de la Unidad de Información Financiera (Un enfoque constitucional del Compliance en materia de PLA/FT)", comunicación del Dr. Pablo Sanabria en la sesión privada del Instituto de Política Constitucional, el 03/10/2018. Publicado en el Diario La Ley del jueves 21/03/2019 - LA LEY 2019-B, p. 396.

(126) CANDA, Fabián, "El régimen penal administrativo de la ley 25.246 de encubrimiento y lavado de activos de origen delictivo", en BERTAZZA, Humberto J. — D'ALBORA, Francisco J. (h) (dirs.), Tratado de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo: prevención, investigación y represión, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, 1ª ed., p. 269. El autor sostiene que, en la dogmática de la actividad de policía, los deberes de información implicaron históricamente una inmisión de grado menor por parte de la Administración, pues el deber de informar no condiciona el ejercicio de la actividad que se presta, ni tampoco significa una compresión sustancia del derecho en juego y mucho menos la ablación del derecho como sucede por ej. en las técnicas expropiatorias. Sin embargo, en el caso de la ley antilavado, considera Canda que estos deberes trasuntan una exigencia notable para el sujeto obligado tanto por el universo de información que se le requiere solicite y conserve de sus clientes, requirentes o aportantes como por la evaluación que se le exige haga en punto a la calidad de "sospecha" de las operaciones de las que toma conocimiento para comunicarlas a la UIF. A todo ello, continúa sosteniendo el autor, debe sumársele que el incumplimiento de los aludidos deberes acarrea consecuencias gravosas desde el punto de vista patrimonial, dada la entidad de las multas previstas.

mentar la llamada "Política de Prevención", que resulta fundamental, ya que, constituye el medio idóneo para dar cumplimiento a la DDC antes mencionada.

En términos generales, esta política comprende la necesidad de:

- designar un oficial de cumplimiento, que será responsable ante la Unidad de Información Financiera del cumplimiento de las obligaciones establecidas por la normativa que se dicte al efecto **(127)**;

- documentar los procedimientos de prevención de lavado de activos y financiación del terrorismo, estableciendo manuales internos que reflejen las tareas a desarrollar, asignando las responsabilidades funcionales que correspondan, en atención a la estructura del SO **(128)**; y

- determinar el riesgo del cliente y de la operatoria, implementar medidas idóneas para su mitigación, y establecer reglas de monitoreo y control continuo que resulten proporcionales a tales riesgos **(129)**.

Finalmente, cabe destacar que para facilitar a la UIF el control de todas estas medidas, los SO deben registrarse ante el citado organismo **(130)**, con ajuste a los recaudos establecidos por la normativa.

Todas estas obligaciones impuestas por ley son complementadas con las resoluciones dictadas por la UIF, que —como veremos en el capítulo siguiente— establecen con mayor grado de precisión el alcance, pautas y modalidades que deberá cumplir cada categoría de SO, y contemplan, en ciertos casos, con fundamento en la ley, nuevos deberes **(131)**.

III.2.d. El régimen administrativo sancionador de la UIF

El sistema de PLA/FT se completa con lo dispuesto en el art. 24 de la ley 25.246, en cuanto dispone: "1. La persona que actuando como órgano o ejecutor de una persona jurídica o la persona de existencia visible que incumpla alguna de las obligaciones ante la Unidad de Información Financiera (UIF) creada por esta ley, será sancionada con pena de multa de una [1] a diez [10] veces del valor total de los bienes u operación a los que se refiera la infracción, siempre y cuando el hecho no constituya un delito más grave. 2. La misma sanción será aplicable a la persona jurídica en cuyo organismo se desempeñare el sujeto infractor. 3. Cuando no se pueda establecer el valor real de los bienes, la multa será de diez mil pesos ($10.000) a cien mil pesos ($100.000) (...)".

(127) Conforme lo establece el punto 2, inc. c) del art. 21 bis, Ley 25.246, los SO deberán "Designar oficiales de cumplimiento, que serán responsables ante la Unidad de Información Financiera del cumplimiento de las obligaciones establecidas por la presente norma y por las reglamentaciones que dicte esa unidad. Las personas designadas deberán integrar el órgano de administración de la entidad. En el caso que el sujeto obligado fuere una persona humana, será considerado este con tal carácter". A su vez, el art. 20 bis, ley 25.246 dispone que "En el supuesto de que el sujeto obligado se trate de una persona jurídica regularmente constituida, deberá designarse un oficial de cumplimiento por el órgano de administración, en los supuestos que lo establezca la reglamentación. Su función será formalizar las presentaciones que deban efectuarse en el marco de las obligaciones establecidas por la ley y las directivas e instrucciones emitidas en consecuencia. No obstante ello, la responsabilidad del deber de informar conforme el art. 21 es solidaria e ilimitada para la totalidad de los integrantes del órgano de administración. En el supuesto de que el sujeto obligado se trate de una sociedad irregular, la obligación de informar recaerá en cualquiera de los socios de la misma", y seguidamente contempla que para el caso que el SO se trate de un organismo público de los enumerados en los incs. 6º y 15 del art. 20, deberá "designarse un oficial de cumplimiento a los efectos de formalizar las presentaciones que deban efectuarse en el marco de las obligaciones establecidas por la ley y las directivas e instrucciones emitidas en consecuencia. No obstante ello, la responsabilidad del deber de informar conforme el art. 21 corresponde exclusivamente al titular del organismo".

(128) Ver punto II b) del art. 21 bis de la ley 25.246.

(129) Ver punto I a) del art. 21 bis de la ley 25.246.

(130) Ver punto 2 a) del art. 21 bis de la ley 25.246.

(131) Como se verá en el Cap. IV del presente trabajo, las Resoluciones del organismo antilavado imponen, entre otras, las siguientes obligaciones: implementar auditorías periódicas realizadas por el propio SO con el fin de constatar si la política de prevención que lleva adelante efectivamente funciona; capacitar al personal que forma parte de la estructura del SO, para posibilitar que todos conozcan el sistema de PLA/FT y las obligaciones y responsabilidades que surgen del mismo; elaborar un registro escrito de análisis y gestión de riesgo de las operaciones sospechosas reportadas.

Esta norma recepta el estándar internacional del GAFI, que exige a los Estados establecer una gama de sanciones aplicables a los SO y a sus directorios ante el incumplimiento de las normas antilavado **(132)**.

Como puede apreciarse de la disposición más arriba transcripta, la modalidad de sanción prevista en la ley es la de multa, que en este caso no tiende a retribuir el daño causado sino a prevenir o sancionar la violación de las obligaciones establecidas por ley.

Estas sanciones son de naturaleza administrativa **(133)** y se enmarcan en el derecho administrativo sancionador, en el cual no se exige la concreción del daño **(134)**, mientras que la ausencia de intencionalidad en la conducta del infractor no lo dispensa de responsabilidad **(135)**.

En el sentido expuesto, la procedencia de la sanción administrativa prevista no depende de la existencia de una probada conducta de lavado, cuestión de naturaleza penal reservada al Poder Judicial. Basta con que se configure el incumplimiento de alguna de las obligaciones normativamente previstas.

En ese contexto, cabe preguntarnos ¿cuál es la conducta sancionada en el art. 24? Esta norma, en su primer punto, tipifica la infracción como el "incumplimiento de algunas de las obligaciones ante la UIF", con lo cual, todas las obligaciones antes expuestas son pasibles de sanción, pero se incluyen, además, todas las obligaciones que el organismo antilavado establezca con mayor grado de precisión para cada sector regulado.

Un aspecto central del principio de legalidad reside en determinar hasta qué punto la UIF

(132) La Recomendación 35 del GAFI establece que "Los países deben asegurar que exista una gama de sanciones eficaces, proporcionales y disuasivas, sean penales, civiles o administrativas, que estén disponibles para tratar a las personas naturales o jurídicas cubiertas en las Recomendaciones 6 y 8 a la 23, que incumplan con los requisitos ALA/CFT. Las sanciones deben ser aplicables no solo a las instituciones financieras y a las APNFD, sino también a sus directores y la alta gerencia".

(133) Entre otros fallos, pueden citarse: "Emebur Sociedad de Bolsa SA y otros c. UIF. s/ Código Penal - ley 25.246 - dec. 290/2007 - art. 25" (causa 42840/2013), sent. de fecha 14/08/2014, en la cual la CNFed. Cont. Adm. sostuvo que "las sanciones aplicadas en autos por la Unidad de Información Financiera tienen naturaleza administrativa y no son otra cosa que la consecuencia del ejercicio del poder de policía por parte de quien fue oportunamente designado por el Congreso de la Nación al efecto (conf. arts. 5º y 6º de la ley 25.246)"; "Banco de Galicia y Buenos Aires SA y otros c. UIF - res. 36/2010 (expte. 68/10)" (causa 10.763/2010), en el que la Sala I de la CNFed. Cont. Adm., mediante sent. de fecha 24/05/2016, estableció que "(...) la violación al deber de reportar las operaciones sospechosas, impuesto a los sujetos obligados por la ley, constituye, por decisión Congreso Nacional, una infracción de naturaleza administrativa"; "INTL CIBSA Sociedad de Bolsa SA y otros c. UIF s/ Código Penal - ley 25.246 - dec. 290/2007 - art. 25" (causa 57204/2015), sent. de fecha 11/08/2016, mediante la cual la CNFed. Cont. Adm. (Sala II) dispuso que "las infracciones y consecuentes sanciones que se imponen por la inobservancia de las previsiones contenidas en las normas que conforman el plexo normativo bajo examen (ley 25.246 y normas complementarias y reglamentarias, entre ellas, las Resoluciones UIF 3/2002 y 152/2008), tienen naturaleza administrativa".

(134) CNFed. Cont. Adm., Sala III, "Banco Macro SA y otros c. UIF s/ Código Penal - ley 25.246 — dec. 290/2007 — art. 25" (causa 13500/2017), sent. de fecha 18/07/2019. Aquí la Cámara resolvió que: "(...) no se requiere un daño concreto sino la posibilidad de la existencia de tal daño y las normas legales imponen pautas y conductas objetivas, que deben ser respetadas, bajo apercibimiento de las sanciones previstas en las respectivas normas (...) en la especie, se trata de infracciones formales donde la constatación de los hechos hace nacer por sí la responsabilidad del infractor, de tal manera que no se requiere daño concreto sino simplemente el incumplimiento de lo prescripto por la ley y, por ello, su apreciación es objetiva y se configura por la simple omisión que basta por sí misma para tener por verificada la violación de las respectivas normas (...) basta con la falta de observancia de los recaudos analizados —verificándose consecuentemente las conductas tipificadas en los preceptos reseñados—, para hacer nacer la responsabilidad de los sujetos involucrados, requiriéndose —para su configuración— simplemente el incumplimiento de lo prescripto por la norma".

(135) CNFed. Cont. Adm., Sala III, "Banco Comafi SA y otros c. UIF s/ Código Penal - ley 25.246 — dec. 290/2007 — art. 25" causa 475/2019), sent. de fecha 05/11/2019. La Cámara sostuvo en esta causa que, "tanto la existencia de dolo o culpa son indiferentes en casos como el analizado. Es que, en el régimen de policía administrativa, la constatación de la infracción genera la consiguiente responsabilidad y sanción del infractor, salvo que este invoque y demuestre la existencia de alguna circunstancia exculpatoria válida". En el mismo sentido, puede verse, entre otras, la causa antes citada "Banco de Galicia y Buenos Aires SA y otros c. UIF - res. 36/2010 (expte. 68/10)" (causa 10.763/2010), sent. de fecha 24/05/2016 de la Sala I de la CNFed. Cont. Adm.

puede crear nuevas obligaciones, qué estándar debe tener en cuenta para ello y con qué grado de precisión debe hacerlo. Intentaremos dar respuesta a estos interrogantes en el capítulo siguiente, dedicado al régimen de policía de la UIF **(136)**.

Con relación al *quantum* de la sanción, si bien va a depender del caso concreto, puede sostenerse *a priori* que si el SO no cumple con las normas sobre DDC (art. 21, inc. a), se aplicará la solución establecida en el inc. 3º del art. 24 antes transcripto, conforme al cual, cuando no se pueda establecer el valor real de los bienes, la multa será de diez mil pesos ($10.000) a cien mil pesos ($100.000). Si, en cambio, el SO no cumple con la obligación de reportar una operación sospechosa (art. 21, inc. b), se le aplicará en principio la sanción prevista en el art. 24, inc. 1º, que prevé una multa de una [1] a diez [10] veces el valor total de los bienes u operación a los que se refiera la infracción, siempre y cuando el hecho no constituya un delito más grave **(137)**.

Dentro de los parámetros establecidos por ley, que como se advierte fijan un máximo y un mínimo, la UIF tiene cierta discrecionalidad para decidir fundadamente —con base en los antecedentes del caso— el monto preciso de la sanción **(138)**.

Conforme lo expuesto hasta aquí, hemos considerado pertinente concluir el presente capítulo destacando como aspectos salientes del sistema de PLA/FT, los siguientes:

- la existencia de un organismo internacional (el GAFI), que con sus Recomendaciones influye y condiciona fuertemente la política legislativa y reglamentaria local de cada Estado;

- la creación por ley de un organismo administrativo técnico (UIF), cuyo objetivo apunta a impedir y prevenir un delito que involucra conductas de suma complejidad y que presenta una dinámica de mutación permanente **(139) (140)**;

(136) Por ahora recordemos lo que ya hemos adelantado en el cap. II, respecto a que frente a contornos o aspectos peculiares, distintos y variables que impiden al legislador prever anticipadamente la concreta manifestación que tendrán los hechos, una vez establecida la política legislativa, no resulta irrazonable el reconocimiento de amplias facultades reglamentarias al órgano ejecutivo. No obstante lo cual, es fundamental no traspasar ciertos límites que constituyen aspectos esenciales del principio de legalidad. Estos son: a) la ley ha de definir el núcleo básico como ilícito y los límites impuestos a la actividad sancionadora; b) el reglamento no puede ir más allá de un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de la finalidad propuesta por la Constitución o por la propia ley; c) si la función del reglamento es complementar, el problema esencial es determinar hasta qué punto puede llegar la sumariedad de la ley para que el reglamento no se convierta en algo independiente de ella. Este último punto es quizá el que en la práctica mayores dificultades presenta al momento de verificar su vulneración.

(137) Cuando la última parte hace referencia a que la sanción procederá "siempre y cuando el hecho no constituya un delito más grave" se está refiriendo a que el incumplimiento del SO no quede incurso en la figura de los arts. 303 o 304 del Cód. Penal, toda vez que estos prevén un delito más grave. En este sentido, si por ej., un SO no reporta una operación sospechosa porque forma parte de la maniobra de lavado de activos, su conducta podrá ser sancionada con la pena de los artículos citados.

(138) Véase entre otras causas: "Orbis Compañía Argentina de Seguros SA c. UIF s/ Código Penal - ley 25.246 — dec. 290/2007 — art. 25" (causa 53805/2015), sent. de fecha 19/09/2017 de la CNFed. Cont. Adm. (Sala V), mediante la cual se sostuvo que "(...) la graduación de las mismas, pertenece, en principio, al ámbito de las facultades discrecionales del ente correspondiente, y solo son revisables por la justicia en los supuestos de ilegitimidad o arbitrariedad manifiesta (...) debiéndose calificar a la discrecionalidad del mismo como una discrecionalidad técnica en la medida en que su tarea es específica. Es por ello, que se ha reconocido que es como principio, resorte de la autoridad administrativa graduar la sanción y que solo en el caso de advertirse un uso arbitrario o ilegal de tal facultad, puede el juzgador apartarse de lo decidido por la autoridad administrativa".

(139) En esos términos fue descripto el delito de lavado de activos en la causa citada con anterioridad: "Banco de la Provincia de Buenos Aires c. UIF s/ Código Penal - ley 25.246 - dec. 290/2007 - art. 25" (Causa 6.094/2019), sent. de fecha 11/02/2020, de la CNFed. Cont. Adm. (Sala II).

(140) La complejidad y dinámica que involucran las operaciones de lavado fue puesto de manifiesto por el GAFI, en su último informe, a partir del cual plantea, entre otras cuestiones, cómo los riesgos de lavado de dinero y financiamiento del terrorismo y el mercado de activos virtuales han cambiado desde junio de 2019 (Véase pub. en http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/12-Month-Review-Revised-FATF-Standards-virtual-Assets-VASPS.pdf, p. 6, donde se señala: "This section sets out how the ML/TF risks and the virtual asset market has changed since June 2019.

- la asignación a la UIF de amplias facultades reglamentarias, sancionatorias y de supervisión e inspección, que le permitan avanzar en el dictado de medidas que acompañen el dinamismo mencionado en el párrafo anterior, teniendo en cuenta, además, la heterogeneidad del conjunto de sujetos obligados que pertenecen a un mundo de actividades tan disímiles entre sí que sobrepasa las reales posibilidades del legislador;

- la existencia de un amplio universo de SO que deben cumplir con las distintas obligaciones creadas por ley, y reglamentadas por la UIF, que, por su intensidad, inciden fuertemente en su estructura económica y organizacional;

- el reconocimiento y la concentración de semejantes facultades en un mismo organismo administrativo **(141)**, que si bien se justifica por las razones que hemos apuntado anteriormente **(142)**, impone al mismo tiempo la necesidad de garantizar ciertos límites constitucionales, uno de los cuales es impuesto por el principio de legalidad. Ello, como anticipábamos en la introducción del trabajo, a fin de lograr un adecuado equilibro entre el interés público perseguido por la ley 25.246 y las garantías individuales que deben imperar en un Estado de derecho.

Teniendo en cuenta el panorama hasta aquí descripto, continuaremos el trabajo desarrollando cómo está estructurado el régimen de policía de la UIF, cuál es su fundamento constitucional, cuáles han sido los planteos que hasta el momento se efectuaron para cuestionar el ejercicio de ciertas potestades del organismo por considerar vulnerado el principio de legalidad, y cómo tales planteos han sido estos resueltos por la jurisprudencia, entre otros aspectos que iremos analizando.

IV. El principio de legalidad administrativa y penal en el régimen de policía de la Unidad de Información Financiera

IV.1. Potestades asignadas legislativamente a la UIF

IV.1.a. Distinción entre el poder de policía y policía administrativa: nociones generales

Previo a introducirnos estrictamente en lo que refiere a las potestades que el legislador asignó a la UIF, consideramos importante distinguir los conceptos de poder de policía y policía administrativa, que se encuentran íntimamente vinculados a los principios de división de poderes, legalidad y reserva de ley a los que nos referimos detalladamente con anterioridad.

Al respecto, señala Balbín que "el poder de policía es entendido como la potestad estatal de limitar o restringir derechos", que solo puede ser ejercido "cuando persigue un interés público o colectivo" **(143)**. Destaca el autor que "ese poder debe estar previsto en el marco constitucional o legal de modo claro, expreso o implícito, y específico. De manera que en un Estado de derecho no existen títulos de habilitación, sin más. El poder de regulación debe nacer del propio texto constitucional o legal y precisar cuál es el ámbito material y cuál es el alcance de esos poderes" **(144)**.

En un Estado de derecho el ejercicio del poder de policía corresponde esencialmente al Poder Legislativo (arts. 14, 19 y 28, CN), no obstante lo cual, en casos sumamente excepcionales y bajo el estricto cumplimiento de ciertos recaudos, la CN autoriza también al Poder Ejecutivo a emi-

---

This section is based on information collected by FATF through its regular collection of virtual asset case studies, information collected through the questionnaire and desk-based research by the Secretariat").

(141) Tal como lo hemos señalado anteriormente (Cap. II), en la concepción que se tenía inicialmente del esquema de división de poderes, en un sentido de distribución tajante de competencias entre los tres órganos del Estado, no hubiera sido posible pensar en la existencia de un organismo como la UIF, investido de facultades como las mencionadas a lo largo del presente acápite. Sin embargo, la evolución de esta concepción hacia un sistema actual más flexible, en el que cada órgano ejerce en mayor o menor medida las tres funciones materiales (legislativa, ejecutiva y judicial) permite considerar esa alternativa.

(142) Entre otras, por ej., la imposibilidad del legislativo de regular todos los aspectos sobre materias que en la práctica se muestran sumamente cambiantes y de un rigor técnico complejo (como lo son aquellas vinculadas a la prevención del LA/FT).

(143) BALBÍN, Carlos F., "Curso de Derecho Administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, 1ª ed., 1ª reimp., p. 755.

(144) BALBÍN, Carlos F., "Curso de Derecho Administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, 1ª ed., 1ª reimp., p. 763.

tir normas de rango legal [arts. 99, inc. 3º y 76, CN **(145)**].

Por su parte, la llamada policía estatal o administrativa es definida como aquella parte de la función administrativa que reglamenta y ejecuta las leyes a la luz de determinados principios generales, utilizando ciertos medios o técnicas que constituyen su régimen jurídico **(146)**. Su ejercicio corresponde a la Administración y su ejecución se efectúa mediante dos mecanismos: 1. la actividad reglamentaria ejecutiva, por la cual la Administración regula con alcance general los pormenores y detalles de la ley, con sustento en el art. 99, inc. 2º de la CN **(147)**; y 2. la actividad de aplicación de las normas al caso concreto, mediante la emisión de actos administrativos de alcance individual **(148)**.

Ahora bien, independientemente de que ambos poderes (PL y PE) pueden dictar normas de alcance general, con distintos alcances por supuesto, lo cierto es que hay límites que no se pueden sobrepasar. En tal sentido, Balbín sostiene: "En primer lugar, ciertas materias por mandato constitucional están reservadas de modo exclusivo en el ámbito del legislador; y, en segundo lugar, rige el principio de jerarquía entre normas. Si bien es cierto que todos regulan, no todos pueden hacerlo con igual densidad. Este poder es, entonces, exclusivo, o compartido, pero con distinto alcance y nivel" **(149)**.

En materia específica de PLA/FT, fue el propio legislador quien reglamentó a través de la ley 25.246, todos los aspectos vinculados al sistema de prevención señalado (v. cap. III), con un objetivo puntual que fue el de tutelar el orden económico financiero **(150)**. A esos fines, creó la UIF y le asignó, como veremos a continuación, una amplia serie de facultades reglamentarias, de supervisión y sancionatorias.

IV.1.b. Fundamento constitucional de las distintas potestades asignadas por el legislador. Posiciones doctrinarias y jurisprudencia

Las previsiones de la ley que autorizan al Organismo antilavado a ejercer sus facultades para cumplir con las finalidades para las cuales ha sido creado, esto es, la prevención de los delitos de LA/FT, son las siguientes:

a) La UIF dispondrá "la implementación de sistemas de contralor interno para las personas a que se refiere el art. 20. A efectos de im-

(145) El art. 76, CN establece que: "Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca (...)". Este tipo de delegación se vincula con funciones y atribuciones propias del Poder Legislativo, cuyo ejercicio (y no la titularidad de la competencia legislativa misma, que es de suyo indelegable) es transferido al Poder Ejecutivo (PIAGGIO, Lucas A., "La potestad reglamentaria de la Administración en un reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", Revista Derecho del Trabajo, 4, 2019. Disponible en: https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/9423). A su vez, la delegación debe cumplir con dos recaudos elementales previstos en la citada cláusula constitucional: fijación de las bases de la delegación y del plazo para su ejercicio, que debe ser preciso, expreso, limitado y razonable (BADENI, Gregorio, "Tratado de Derecho Administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, t. II, p. 1089).

(146) CANDA, Fabián, "El régimen penal administrativo de la ley 25.246 de Encubrimiento y Lavado de Activos de Origen Delictivo", en BERTAZZA, Humberto J. — D'ALBORA, Francisco J. (h) (dirs.), Tratado de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo: prevención, investigación y represión, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, 1ª ed., p. 137.

(147) El art. 99, inc. 2º, CN dispone que: "El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones (...) 2. Expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias". Tradicionalmente, los reglamentos de ejecución han sido definidos como "aquellos que dicta el Poder Ejecutivo, en ejercicio de sus facultades propias, para asegurar o facilitar la aplicación o ejecución de las leyes, llenando o regulando detalles necesarios para un mejor cumplimiento de estas y de las finalidades que se propuso el legislador" (MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de derecho administrativo", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1965, t. I, p. 240, con cita de Fallos 241:396).

(148) CANDA, Fabián, "El régimen penal administrativo de la ley 25.246 de Encubrimiento y Lavado de Activos de Origen Delictivo", en BERTAZZA, Humberto J. — D'ALBORA, Francisco J. (h) (dirs.), Tratado de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo: prevención, investigación y represión, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, 1ª ed., p. 138.

(149) BALBÍN, Carlos F., "Curso de Derecho Administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, 1ª ed., 1ª reimp., p. 767.

(150) Se ha sostenido que el bien jurídico tutelado por la Ley 25.246 es el orden económico financiero. En ese sentido, es importante tener en cuenta que los delitos de LA/FT están regulados en el Código Penal en el tít. XIII del Libro II, relativo a los delitos contra el orden económico financiero.

plementar el sistema de contralor interno la Unidad de Información Financiera (UIF) establecerá los procedimientos de supervisión, fiscalización e inspección in situ para el control del cumplimiento de las obligaciones establecidas en el art. 21 de la ley (...)" (art. 14, inc. 7º).

b) "La UIF estará facultada para emitir directivas e instrucciones que deberán cumplir e implementar los sujetos obligados por esta ley, previa consulta con los organismos específicos de control (...)" (art. 14, inc. 10).

En virtud de estas dos facultades, la UIF dictó la resolución 154/2018 **(151)** [que derogó gran parte de la normativa anterior **(152)**], estableciendo cómo deben realizarse los procedimientos de supervisión iniciados por el organismo a fin de controlar el cumplimiento de las obligaciones en materia de PLA/FT por parte de los SO.

c) "Aplicar las sanciones previstas en el cap. IV de la presente ley, debiendo garantizarse el debido proceso" (art. 14, inc. 8º).

En función de esta facultad **(153)**, la UIF dictó la resolución 111/2012, mediante la cual reglamentó el procedimiento sumarial que se debe llevar a cabo para la aplicación de las sanciones previstas en el cap. IV de la ley 25.246, con la finalidad esencial de garantizar el debido proceso **(154)** y la tutela efectiva de los derechos de los SO **(155)**.

d) "La UIF determinará el procedimiento y la oportunidad a partir de la cual los obligados cumplirán ante ella el deber de informar que establece el art. 20" (art. 20 bis).

e) "La UIF establecerá, a través de pautas objetivas, las modalidades, oportunidades y límites del cumplimiento de esta obligación [reportar una operación sospechosa] para cada categoría de obligado y tipo de actividad" (el agregado nos pertenece) (art. 21, inc. b, *in fine*).

f) "Las obligaciones establecidas en el presente artículo [medidas de DDC y Políticas de Prevención] serán objeto de reglamentación" (el agregado nos pertenece) (art. 21 bis *in fine*).

En ejercicio de todas estas facultades **(156)**, la UIF dictó entre los años 2011 y 2013 una gran cantidad de resoluciones destinadas a regular cada categoría de SO, todas estructuradas del mismo modo **(157)**, definiendo allí los alcances

(151) BO 26/12/2018.

(152) La resolución UIF 154/2018 derogó un contenido muy importante de las resoluciones UIF 104/2010, 165/2011 y 229/2014, que regulaban anteriormente los distintos aspectos vinculados a los procedimientos de supervisión llevados a cabo por la UIF.

(153) Y la de los arts. 23 y 24 de la Ley 25.246.

(154) De conformidad con lo dispuesto en el art. 14, inc. 8º de la Ley 25.246, que establece que las actuaciones sumariales que se sustancian ante la UIF deben cumplir con el debido proceso adjetivo y, con lo establecido en el art. 1º, inc. f) del dec.-ley 19.549/1972 que garantiza ese principio esencial para los procedimientos administrativos y fundamentalmente los procedimientos sancionadores (al respecto, véase Dictamen PTN 223:128; cfr. CS, Fallos 186:297 y 207:293).

(155) La garantía de la tutela efectiva, contemplada en los arts. 18 y 75, inc. 22 de la CN (y en el art. 8º de la CADH "Pacto de San José de Costa Rica"), debe ser debidamente resguardada durante toda la sustanciación del procedimiento administrativo, conforme lo resuelto por la CS (Fallos 325:1649, 327:1249), y por la propia CIDH en los casos "Tribunal Constitucional vs. Perú" (sentencia del 31/01/2001) y "Baena Ricardo y otros vs. Panamá" (sentencia del 02/02/2001), entre otros.

(156) Así, por ejemplo, la resolución UIF 32/2012 (destinada al sector del fútbol), expresamente dispuso en sus considerandos "Que la presente se dicta en ejercicio de las facultades conferidas por los arts. 14, incs. 7º y 10, 20 bis, 21 y 21 bis de la Ley 25.246".

(157) Todas estas resoluciones fueron estructuradas de la siguiente manera: un primer capítulo en el cual la UIF determinó el alcance subjetivo de cada resolución, definiendo, a esos efectos, qué se entenderá por SO y por cliente en cada caso particular; un segundo y tercer capítulo en los cuales se establecieron la política de prevención y la política de identificación y conocimiento del cliente, respectivamente, que cada SO debe implementar para dar cumplimiento a lo dispuesto en los arts. 20 bis, 21, inc. a) y 21 bis de la ley 25.246; un cuarto capítulo en el que se establece cómo deberán los SO conservar la documentación obtenida de sus clientes y en ciertos casos que contenido deberán tener los legajos de los mismos; un quinto capítulo que regula lo atinente a los Reportes Sistemáticos de Operaciones; un sexto capítulo que establece los parámetros que cada SO en particular debe tener en cuenta para informar los ROS de conformidad a lo establecido en los arts. 20 bis, 21 inc. a) y 21 bis de la ley 25.246 y; finalmente, un séptimo capítulo que remite directamente al régimen administrativo sancionador del Cap. IV de la Ley 25.246, para aquellos casos en los cuales los SO incumplan alguna de las obligaciones y deberes establecidos en la normativa UIF.

de ciertos conceptos claves (como por ejemplo qué se entenderá por SO y Cliente en cada caso particular), estableciendo a su vez los pormenores de las obligaciones dispuestas por ley y bajo qué condiciones los SO deberían dar cumplimiento a estas.

En el marco normativo descripto, y retomando lo desarrollado en el punto anterior —respecto de los alcances y límites con los que deben ejercerse el poder de policía (PL) y la policía administrativa (PE)—, cabría preguntarse en qué normas de la CN se sustenta la asignación de facultades dispuestas por ley, a las que hacíamos referencia al comienzo de este punto, para luego —más adelante— analizar concretamente si la UIF ha respetado en su ejercicio los distintos límites que impone el principio de legalidad.

Un sector de la doctrina, entre los que se encuentra Canda, considera que cuando la UIF regula los distintos sectores lo hace en ejercicio de sus potestades reglamentarias (art. 99, inc. 2º, CN), descartando en principio la posibilidad de que la asignación de facultades de la ley 25.246 en favor del Organismo sea consecuencia de un supuesto de delegación legislativa en los términos del art. 76, CN. En tal sentido, el autor sostiene que "la ley 25.246 establece un deber de informar que surge de la propia norma y trasunta el ejercicio del poder de policía estatal, mientras que el dec. 290/2007 y las resoluciones de la UIF que complementan el régimen legal constituyen expresiones de la actividad de policía reglamentaria propia de la Administración. Las competencias desplegadas por la UIF al reunir la información, y en su caso, ejercer sus facultades sancionatorias constituyen, también, ejercicio de la actividad de policía", agregando a continuación que "en la medida en que, como ya vimos, la ley determina la documentación que deben recabar los sujetos obligados y define a la 'operación sospechosa' que genera el deber de informar es posible sostener que lo que se deriva a la UIF es el ejercicio de la facultad reglamentaria ejecutiva. No impresiona la disposición del párrafo final del art. 21, en consecuencia, como una delegación legislativa (en cuyo caso debería ajustarse a los cánones del art. 76, CN)" **(158)**.

Otro sector de la doctrina, como de la Riva y Orselli, han sostenido que "el régimen legal atribuye a la UIF facultades para requerir información en poder de los sujetos obligados a proporcionarla dentro de los límites ya indicados: básicamente, debe tratarse de operaciones o hechos sospechosos. El propio legislador sienta ciertas pautas básicas tendientes a precisar qué ha de entenderse por hechos u operaciones sospechosas. De esa forma establece, puede decirse, la política legislativa en la materia, es decir, el marco al cual deberá luego ajustarse la normativa emanada de los poderes reglamentarios (...). La propia UIF, por último, en ejercicio de facultades delegadas en su ley de creación, dictó un pormenorizado régimen reglamentario con el cual se completa el cuadro que procura objetivar la noción de hecho u operación sospechosa" **(159)**. Cuando los autores sostienen que la UIF actúa en ejercicio de facultades delegadas, hacen referencia a la cláusula del art. 76, CN **(160)**.

Por su parte, D'Albora (h.) y Casanovas, sin hacer mención expresa a ninguna cláusula de la CN, sostienen que hay "resoluciones de la UIF que hicieron tabla rasa con el tope infranqueable de la delegación expresa efectuada en el segundo párrafo del inc. b del art. 21 de la

(158) CANDA, Fabián, "El régimen penal administrativo de la ley 25.246 de Encubrimiento y Lavado de Activos de Origen Delictivo", en BERTAZZA, Humberto J. — D'ALBORA, Francisco J. (h) (dirs.), Tratado de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo: prevención, investigación y represión, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, 1ª ed., ps. 264-265.

(159) ORSELLI, Claudia — DE LA RIVA, Ignacio M., "El lavado de dinero: límite a las atribuciones de la Unidad de Información Financiera", Revista Derecho Administrativo, 46, Ed. Lexis-Nexis, 2003, ps. 954-963.

(160) En la propia cita 23 del trabajo en cuestión, De la Riva y Orselli destacan que: "Como se sabe, la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de delegación legislativa ha introducido, como recaudo de validez de la delegación, la exigencia de que el Poder Legislativo establezca las bases de la política en el ámbito regulado (...). Tras la reforma de 1994, la Constitución Nacional recoge expresamente dicho requisito al disponer que la delegación legislativa solo será válida cuando, entre otras cosas, el ejercicio de los poderes delegados se inscriba "dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca' (art. 76, CN)" (ORSELLI, Claudia — DE LA RIVA, Ignacio M., "El lavado de dinero: límite a las atribuciones de la Unidad de Información Financiera", Revista Derecho Administrativo, 46, Ed. Lexis-Nexis, 2003, ps. 954-963).

ley 25.246" **(161)**. El término "delegación expresa" que utilizan parece indicar que hacen referencia al tipo de delegación referido en el párrafo anterior.

A diferencia de las posturas anteriores, otros autores como Santiago y Thury Cornejo, si bien refiriéndose a distintos organismos de similares características a la UIF (como el BCRA, AFIP, ANSeS, SSN, entre otros), han sostenido que un juego armónico de los incs. 20 **(162)** y 32 **(163)** del art. 75 de la CN permitiría justificar la existencia de entes descentralizados a los que se les encomiende con carácter permanente la regulación y control de un determinado ámbito de la actividad social **(164)**.

Se ha sostenido que dichas normas configuran un régimen de descentralización normativa distinto y complementario al de la delegación legislativa ordinaria del art. 76 de la CN, al establecer una delegación de facultades legislativas más genérica **(165)** que permite, en palabras de Pablo Sanabria, regular ciertas actividades cuya dinámica y complejidad técnica exigen un tratamiento distinto **(166)**. Este último autor agrega, además, que "si bien en un primer momento pudo razonablemente encuadrarse la actividad reglamentaria de la UIF en el ejercicio del art. 99, inc. 2º, CN, lo cierto es que la actividad reglamentaria de la UIF ha sido intensa y expansiva desde el año 2011, excediendo el cauce del referido precepto constitucional" **(167)**.

La jurisprudencia del fuero Contencioso Administrativo Federal parece haber seguido el criterio de que la delegación efectuada por la ley 25.246 encuentra sustento en la cláusula del art. 75, inc. 32, CN y no en el art. 76, CN. En ese sentido, en los autos "Banco de Galicia y Buenos Aires SA y otros c. UIF", frente a un planteo de la parte actora en el que cuestionaba, entre otras cosas, que "la delegación de competencias regulatorias en la UIF establecida en esa ley contradice las prescripciones del art. 76 de la CN", en tanto no da adecuado cumplimiento a los estrictos recaudos contemplados en di-

(161) D'ALBORA (H.), Francisco J. — CASANOVAS, Marcelo A., "Facultades de supervisión de la unidad de información financiera", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, ps. 1-2.

(162) El art. 75, inc. 20 de la CN establece que corresponde al Congreso "Establecer tribunales inferiores a la Corte Suprema de Justicia; crear y suprimir empleos, fijar sus atribuciones, dar pensiones, decretar honores, y conceder amnistías generales".

(163) El art. 75, inc. 32 de la CN dispone que corresponde al Congreso "Hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina".

(164) Véase SANTIAGO, Alfonso (h) — THURY CORNEJO, Valentín, "Tratado sobre la delegación legislativa. Régimen constitucional antes, durante y después de la reforma constitucional", Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2003, ps. 474-482.

(165) Así lo sostienen los autores Castro Videla y Maqueda Fourcade, para quienes existen dos grandes planos de la delegación de facultades legislativas: uno genérico, razonablemente implícito en lo expreso, bajo el art. 75, inc. 32, CN, y otro específico, excepcional y explicito bajo el art. 76, CN (Véase CASTRO VIDELA, Santiago M. — MAQUEDA FOURCADE, Santiago, "La delegación legislativa y el Estado regulatorio. Una mirada crítica al agujero negro de la regulación", Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2017, ps. 176-177, con cita de SPOTA, Alberto, "Límites y alcances del ejercicio de los poderes implícitos del Congreso de la Nación con relación a la forma republicana de gobierno", en Lecciones y Ensayos, 76, enero/diciembre, Buenos Aires, 2001, p. 136).

(166) En ese sentido, Pablo Sanabria —citando a Santiago, Alfonso (h) y Thury Cornejo, Valentín— considera que el Congreso solo podría acudir a esa solución cuando un motivo razonable de funcionalidad aconseje este mecanismo de creación normativa, debido a la cantidad y especialización técnica que demande la regulación de determinado ámbito de la actividad social, y dejando a salvo que el órgano legislativo continúa siendo el titular de las facultades que otorga al ente y conserva siempre la capacidad legislativa plena para modificar su organización y atribuciones, ordenar las políticas que debe seguir e instrumentar todos los mecanismos de control que considere pertinente (SANABRIA, Pablo D., "Bases constitucionales del Sistema Preventivo de la Unidad de Información Financiera [Un enfoque constitucional del Compliance en materia de PLA/FT]", comunicación del Dr. Pablo Sanabria en la sesión privada del Instituto de Política Constitucional, el 03/10/2018, ps. 383/384, con cita a SANTIAGO, Alfonso [h] — THURY CORNEJO, Valentín, "Tratado sobre la delegación legislativa. Régimen constitucional antes, durante y después de la reforma constitucional", Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2003, p. 482).

(167) SANABRIA, Pablo D., "Bases constitucionales del Sistema Preventivo de la Unidad de Información Financiera (Un enfoque constitucional del Compliance en materia de PLA/FT)", comunicación del Dr. Pablo Sanabria en la sesión privada del Instituto de Política Constitucional, el 03/10/2018. Publicado en el Diario La Ley del jueves 21/03/2019 - LA LEY 2019-B, p. 403.

cha norma: estos son, la fijación de las bases de la delegación y del plazo para su ejercicio. La CNFed. Cont. Adm. desestimó el planteo, pronunciándose en favor de la constitucionalidad de la ley 25.246, por considerar —con sustento en un fallo de la CS— que "el Congreso Nacional puede atribuir competencia a ciertos órganos para establecer hechos y aplicar sanciones atendiendo a su función de policía social (art. 75, inc. 32, CN), siempre que se preserve la revisión judicial de los actos dictados en instancia administrativa y se trate de materias que no sean indelegables en razón de la materia" **(168)**. Es decir, la Cámara fundó su validez en la cláusula del art. 75, inc. 32, CN, y no en el art. 76, CN, como pretendía hacerlo la actora. Este criterio fue posteriormente ratificado por la Cámara en la causa "Banco de la Provincia de Buenos Aires c. UIF" **(169)**. Cabe agregar, además, que en otros supuestos que involucraban a organismos ajenos a la UIF, la propia CS admitió esta especie de delegación más genérica que venimos comentando **(170)**.

Se advierte, de todos modos, que en términos generales la doctrina y la jurisprudencia citada se han referido puntualmente a la asignación de facultades dispuesta por ley específicamente en la cláusula del art. 21, inc. b), que se refiere concretamente a la obligación por parte de los SO de Reportar Operaciones Sospechosas teniendo en cuenta las pautas establecidas por la UIF para cada sector regulado.

Sin embargo, como antes hemos visto, la ley 25.246 le asigna a la UIF otras facultades que no están contenidas en la norma del art. 21, inc. b), y que por su forma de redacción no parecen hacer referencia a una especie de delegación propiamente dicha. Así, por ejemplo, el art. 21 bis *in fine* establece que "las obligaciones establecidas en el presente artículo [medidas de DDC y Políticas de Prevención] serán objeto de reglamentación" (el agregado nos pertenece). Esta norma no hace referencia a la obligación de emitir los ROS, sino al deber que tienen los SO de cumplir con las medidas de Debida Diligencia de sus Clientes y a las Políticas de Prevención (v. cap. III). La propia ley refiere allí a las distintas obligaciones que están contenidas dentro de esas dos políticas (por ej., dentro de la Política de Prevención los SO deberán confeccionar un manual de procedimientos, designar un Oficial de cumplimiento, entre otras), no obstante lo cual, el legislador le asigna a la UIF la potestad de reglamentar los pormenores, teniendo en cuenta qué tipo de documentación deberán requerir, a partir de cuándo, qué deberán tener en cuenta para el armado de un manual de procedimientos, entre varias otras cuestiones.

Tal como veremos en el punto siguiente, al momento en que la UIF ha reglamentado estas últimas obligaciones, parece haberlo hecho en ejercicio de su potestad reglamentaria, en los términos del art. 99, inc. 2º, CN.

---

(168) CNFed. Cont. Adm., sala I, "Banco de Galicia y Buenos Aires SA y otros c. UIF - resol. 36/2010 (expte. 68/10)", causa 10.763/2010, sent. de fecha 24/05/2016.

(169) Allí, sostuvo que "el Congreso Nacional puede válidamente atribuir competencia a ciertos órganos para establecer hechos y aplicar sanciones —como se verifica en la especie (conf. art. 20, ley 25.246)—, atendiendo a su función de policía social (art. 75, inc. 32, CN), con la condición de que se preserve la revisión judicial de las decisiones adoptadas en el ámbito administrativo, pues tratándose de normas complejas y específicas (referidas, en el caso, al lavado de activos), es razonable que sean dictadas por un organismo especializado. Las atribuciones conferidas a dicha autoridad administrativa no son indelegables en razón de su naturaleza (arts. 99, inc. 3º, y 76, CN; CS, Fallos: 300:392; 300:443; 304:1898), si no involucran materia penal, tributaria o electoral, ni atañen al régimen de partidos políticos (doc. CS, Fallos: 330:1855)" (CNFed. Cont. Adm., "Banco de la Provincia de Buenos Aires c. UIF s/ Código Penal - ley 25.246 - dec. 290/2007 - art. 25", causa 6.094/2019), sent. de fecha 11/02/2020, sala II).

(170) Así, frente a un planteo efectuado para que se declare la inconstitucionalidad de la ley 21.256, en razón de las facultades que esta otorgaba al BCRA para instruir sumarios y aplicar sanciones, la CS sostuvo que "corresponde admitir la delegación en el Banco Central de la República Argentina del llamado 'poder de policía bancario', que le fue deferido sobre todo en las últimas décadas, con las consiguientes atribuciones para aplicar ese régimen legal específico (...) dictar normas reglamentarias que lo complementen, ejercer funciones de fiscalización de las entidades bancarias y aplicar sanciones por transgresiones a dicho régimen. Las razones de bien público y de necesario gobierno a que responde la legislación regulatoria y ordenadora de la actividad bancaria, encuentran base normativa en las cláusulas del art. 67, incs. 5º, 16 y 28 de la CN" (Fallos 303:1776 "Banco de Río Negro y Neuquén SA c. Resolución 432 del BCRA s/ apelación", sent. de fecha 19/11/1981. En el mismo sentido véase entre otros, Fallos 310:418; 313:1513).

Podemos ver, entonces, que el encuadre constitucional de las normas contenidas en la ley 25.246, que justamente habilitan a la UIF a ejercer sus potestades, pueden dar lugar a más de una interpretación y, en ese sentido, resulta primordial, como primera medida y en cada caso particular, enmarcarlas adecuadamente dentro de la Constitución, porque recién a partir de allí, podremos determinar si el Organismo antilavado ha actuado conforme a los límites impuestos por la norma fundamental.

En ese sentido, no es lo mismo sostener que la UIF deba limitarse a ejecutar la ley, regulando solo los pormenores necesarios para su mejor cumplimiento **(171)**, que permitirle, en ejercicio de facultades delegadas por el art. 76, CN, la creación de normativa originaria, definiendo contenidos que no han sido completados por ley **(172)**. No es lo mismo tampoco, que la UIF actúe en ejercicio de las facultades delegadas en virtud de la cláusula del art. 75, inc. 32 de la CN, que admite una mayor amplitud que la potestad reglamentaria propiamente dicha y que incluso la delegación del art. 76, lo que no implica que no esté sujeta a estrictos límites constitucionales **(173)**.

Dicho ello, en los puntos siguientes pasaremos a desarrollar cómo la UIF ha ido ejerciendo en casos concretos las distintas potestades conferidas por el legislador, haciendo especial hincapié en los principales cuestionamientos que han sido efectuados contra el Organismo, intentando, a partir de allí, sistematizar los lineamientos que se desprenden de la jurisprudencia de la CNFed. Cont. Adm. y la CS, cuya profunda lectura permite delinear con mayor precisión, los contornos y límites propios a los que se encuentra expuesta la actividad de policía de la UIF.

IV.2. Potestad reglamentaria de la UIF. Principales cuestionamientos al Organismo

Sin ahondar nuevamente en los conceptos reseñados *supra* (v. cap. II), es importante recordar aquí que cuando un órgano de la Administración, como es el caso de la UIF, ejerce sus potestades reglamentarias y sancionatorias, debe hacerlo necesariamente dentro de los límites establecidos por el principio de legalidad. De allí radica su importancia, en tanto garantiza, por un lado, restringir el poder del Estado y, por el otro, las libertades individuales de las personas.

En este marco de análisis, a continuación, veremos algunos cuestionamientos efectuados por distintos SO contra el Organismo antilavado, por entender que este había violado el prin-

(171) Cabe recordar que los reglamentos de ejecución tienen como finalidad asegurar o facilitar la aplicación o ejecución de las leyes, llenando o regulando detalles necesarios para un mejor cumplimiento de estas y de las finalidades que se propuso el legislador (MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de derecho administrativo", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1965, t. I, p. 240, con cita de Fallos 241:396). Al respecto, se ha señalado que "el sentido constitucional de esta norma es prohibitivo y no supone otorgarle al Poder Ejecutivo la facultad de definir los términos legales (un vicio bastante frecuente), llenar supuestos vacíos o lagunas, corregir errores ni interpretar con acciones positivas el supuesto espíritu de la ley. Debe tan solo abstenerse de violarlas con aquellas excusas, y cumplir fielmente sus disposiciones, de acuerdo con la finalidad y el texto parlamentario" (GORDILLO, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo. Parte general", Ed. FDA, Buenos Aires, 2009, t. 1, p. 41).

(172) La delegación legislativa del art. 76, CN es más amplia que la potestad reglamentaria, ya que, permite que exista creación normativa originaria, definición de contenidos que no han sido completados por la ley, siempre y cuando se cumplan los estrictos recaudos establecidos por la norma: que se trate de materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca.

(173) En este último sentido, se ha señalado que la delegación no puede efectuarse en términos abiertos e indeterminados. Así, en la causa ya citada "Banco de la Provincia de Buenos Aires c. UIF", la CNFed. Cont. Adm. señaló que resulta fundamental que la política legislativa sea establecida en términos claros para que la delegación pueda reputarse constitucionalmente válida. Sostuvo allí que "no puede perderse de vista que la habilitación legislativa no fue formulada en términos completamente abiertos e indeterminados, pues el propio legislador estableció ciertas pautas generales en orden a la consideración de una operación como sospechosa, es decir, la política legislativa, a la cual debía ajustarse la normativa dictada por el Poder Ejecutivo en ejercicio de la potestad reglamentaria, fue claramente establecida" (Banco de la Provincia de Buenos Aires c. UIF s/ Código Penal - ley 25.246 - dec. 290/2007 - art. 25" [Causa 6.094/2019], sent. de fecha 11/02/2020, CNFed. Cont. Adm., Sala II).

cipio de legalidad, conforme los términos antes descriptos.

IV.2.a. Creación de obligaciones no contempladas por la ley 25.246

Existe un gran consenso en la doctrina y la jurisprudencia de que el único órgano facultado constitucionalmente para crear infracciones y sanciones administrativas es el Poder Legislativo **(174)**. La Administración solo puede, cuando actúa en ejercicio de facultades reglamentarias, limitarse a completar los detalles y pormenores de la ley. Del mismo modo, cuando actúa en ejercicio de facultades delegadas, debe hacerlo dentro de las bases de la delegación, respetando estrictos límites constitucionales **(175)**.

En palabras de Balbín, "el postulado de legalidad consiste en residenciar en el Congreso el poder y el deber de regular el régimen sancionador del Estado. Por su parte, el elemento típico —tipicidad— es el poder y el deber del Congreso de crear, en el marco de ese poder de regulación, las infracciones y las sanciones con densidad, de modo de cumplir con el mandato constitucional. Es decir, que el legislador debe decir cuáles son las conductas prohibidas —infracciones—, y cuál es el castigo —sanciones—" **(176)**. El autor establece como regla la necesidad de que la ley contenga: "a) los elementos esenciales de las conductas antijurídicas, es decir, la ley debe decir cuál es el núcleo esencial sobre las obligaciones de hacer, no hacer, o dejar hacer; b) las clases y límites de las sanciones; y c) el reconocimiento del poder sancionador en el ejecutivo (...)", aclarando, de todos modos que "el alcance de ese núcleo depende de cada caso y de sus circunstancias, sin perjuicio de que el test deba ser siempre el carácter cierto y previsible de las conductas en el propio marco legal, más allá de los detalles del ejecutivo" **(177)**.

En cumplimiento de estos recaudos, la ley 25.246 contempla expresamente todas las obligaciones que deben cumplir los SO **(178)**, asignándole a la UIF facultades bastantes amplias para su reglamentación.

Sin embargo, en su redacción originaria, la citada ley no establecía puntualmente la obligación por parte de los SO de tener que registrarse ante el Organismo. Ante ese vacío legislativo, la UIF dictó, de todos modos, la resolución UIF 50/2011, a partir de la cual estableció expresamente la obligación de los SO de inscribirse ante la UIF, dentro de un plazo determinado y cumpliendo todos los requisitos allí expuestos.

(174) Como se ha afirmado, "el poder de tipificar las conductas humanas como reprochables y, consecuentemente, sujetas a castigo, es potestad del órgano representativo del pueblo, porque garantiza el debate público, la participación de todos, y cumple con el mandato constitucional específico" (BALBÍN, Carlos F., "Curso de Derecho Administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, 1ª ed., 1ª reimp., p. 810).

(175) En ese sentido, se ha sostenido que "en virtud de las características propias del denominado derecho sancionador (...) esa descripción pueda ser complementada por medio de disposiciones reglamentarias, así como un cierto margen de indeterminación e, inclusive, la utilización de cláusulas generales o fórmulas residuales que cubran de manera completa el ámbito de la prohibición legal", permitiéndose "que el legislador deje a los órganos ejecutivos la reglamentación de las circunstancias o condiciones concretas de las acciones reprimidas (CS, Fallos: 237:636; 248:61; 263:267; 275:89...) (Véase la ya citada causa "Banco de la Provincia de Buenos Aires c. UIF s/ Código Penal - ley 25.246 - dec. 290/2007 - art. 25", causa 6.094/2019, CNFed. Cont. Adm., Sala II).

(176) BALBÍN, Carlos F., "Curso de Derecho Administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, 1ª ed., 1ª reimp., p. 814.

(177) BALBÍN, Carlos F., "Curso de Derecho...", ob. cit., p. 815. En un sentido similar, adelantábamos en el cap. II del presente trabajo que, como regla: a) la ley ha de definir el núcleo básico como ilícito y los límites impuestos a la actividad sancionadora; b) el reglamento no puede ir más allá de un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidad propuestas por la Constitución o por la propia ley; c) si la función del reglamento es complementar, el problema esencial es determinar hasta qué punto puede llegar la sumariedad de la ley para que el reglamento no se convierta en algo independiente de ella.

(178) Esas obligaciones pueden ser agrupadas en tres grandes grupos: política de reporte (que incluye esencialmente la obligación de emitir los ROS, y todos los reportes sistémicos); política de DDC (que incluye la obligación de identificar a sus clientes, beneficiarios finales, exigir DD.JJ., documentación respaldatoria, entre otras); y política de prevención (que incluye la obligación de designar un Oficial de Cumplimiento; establecer los manuales de procedimientos, implementar reglas de monitoreo de los riesgos, entre otras). La Ley incluye, además, otro tipo de obligaciones, tales como el deber de guardar la documentación de sus clientes por un plazo, de confidencialidad, entre otras (para mayor detalle v. cap. III).

Luego del dictado de esa resolución, la UIF inició en su oportunidad una campaña tendiente a verificar el cumplimiento de la mentada obligación por parte de los SO, sancionando a quienes habían omitido hacerlo. Algunas de las Resoluciones sancionatorias fueron impugnadas ante la justicia, una de ellas dando lugar a la causa "Cardozo c. UIF" **(179)**, en la cual la parte actora cuestionaba la inconstitucionalidad de la citada norma, al sostener que la UIF se había excedido en sus facultades reglamentarias, por cuanto la conducta tipificada como infracción no había sido contemplada por el legislador y, en su caso, las sanciones previstas en el cap. IV de la ley solo podían ser aplicadas respecto a las obligaciones allí contempladas.

La Cámara rechazó el planteo, en el entendimiento de que la UIF había creado la obligación de registración en virtud de expresas facultades asignadas por ley **(180)**. En ese sentido, el Tribunal sostuvo que la UIF "dictó la resolución 50/2011 por la cual aprobó el `Sistema de Reporte de Operaciones —Manual del Usuario— I. Registración' y estableció que 'los sujetos obligados enumerados en el art. 20 de la ley 25.246 (...) deberán registrarse en la página www.uif.gov.ar/sro entre el 1º y el 30 de abril de 2011'". A continuación, la CNFed. Cont. Adm. señaló que "de los considerandos de esa norma se extrae que la finalidad de la registración es la identificación de los sujetos obligados, facilitando a la UIF un contacto permanente y fluido con ellos. Asimismo, constituye `un paso previo para la remisión de los reportes de operaciones sospechosas a través de Internet' (décimo párrafo)" **(181)**.

Con base en lo expuesto consideró que la resolución 50/2011 "fue dictada por la UIF en cumplimiento de sus facultades legales expresas y en el ejercicio de competencias de naturaleza técnica específicas que el legislador le asignó con miras al cumplimiento de un fin público específico: la prevención y el impedimento de los delitos de lavado de activos y financiación del terrorismo" **(182)**.

Habiendo reflejado parte del cuestionamiento de la parte actora y lo resuelto por la Cámara, consideramos que el problema aquí se traduce en los siguientes términos: es cierto que la ley 25.246 no definía a la falta de registración como una infracción, es decir, no establecía el núcleo esencial de la obligación, en los términos utilizados por Balbín. Ante ello, de la mera lectura de la ley no podía determinarse la conducta antijurídica cuyo incumplimiento daría lugar a una sanción. Sin embargo, también sucedía, en el caso concreto, que la UIF no podría cumplir adecuadamente la finalidad para la cual fue creada si no se exigía a los SO el cumplimiento específico de esa obligación. Este último aspecto parece haber sido tenido en cuenta por la Cámara al destacar puntualmente que "la finalidad de la registración es la identificación de los sujetos obligados, facilitando a la UIF un contacto permanente y fluido con ellos. Asimismo, constituye 'un paso previo para la remisión de los reportes de operaciones sospechosas a través de Internet'".

El precedente citado anteriormente refleja uno de los tantos supuestos en los que resulta realmente difícil determinar con adecuada precisión el límite que debe haber entre las compe-

(179) CNFed. Cont. Adm., sala I, "Cardozo, Andrés c. UIF s/ Código Penal - ley 25.246 — dec. 290/2007 — art. 25", causa 10884/2018, sent. de fecha 17/09/2019.

(180) En tal sentido, la Cámara sostuvo "Que la ley 25.246 constituyó a la UIF como la autoridad competente encargada del análisis, el tratamiento y la transmisión de información a los efectos de prevenir e impedir los delitos de lavados de activos y financiación del terrorismo (art. 6º). A tales fines, el art. 14 de la referida ley faculta a la UIF a: i) 'solicitar informes, documentos, antecedentes y todo otro elemento que estime útil para el cumplimiento de sus funciones (...) a personas humanas o jurídicas, públicas o privadas, todos los cuales estarán obligados a proporcionarlos dentro del término que se les fije, bajo apercibimiento de ley' (inc. 1º); ii) "disponer la implementación de sistemas de contralor interno para las personas a que se refiere el art. 20 [y establecer] los procedimientos de supervisión, fiscalización e inspección in situ para el control del cumplimiento de las obligaciones establecidas en el art. 21 de la ley y de las directivas e instrucciones dictadas conforme las facultades del art. 14, inc. 10" (inc. 7º); y iii) "emitir directivas e instrucciones que deberán cumplir e implementar los sujetos obligados por esta ley" (inc. 10). Seguidamente, la Cámara destaco la facultad de la UIF de "determinar el procedimiento y la oportunidad a partir de la cual los obligados cumplirán ante ella el deber de informar que establece el art. 20" (consid. 8º).

(181) Ver consid. 8º.

(182) Ver consid. 9º.

tencias del Legislativo y el Ejecutivo. En efecto, el propio Balbín sostiene que "el ámbito sancionador es quizás uno de los terrenos más sinuosos y resbaladizos en el marco del deslinde de competencias de regulación entre el legislativo y el ejecutivo. Preguntemos, ¿cuál es el límite, en este campo, entre el poder de legislar y el de ejecutar? ¿Cuál es el paso fronterizo entre el núcleo propio del legislador, y los detalles propios del ejecutivo? Este es empíricamente uno de los terrenos donde más crujió el principio de división de poderes entre el Congreso y el presidente; y así quedó demostrado en los múltiples antecedentes en los que la Corte debió pronunciarse al respecto" **(183)**.

Frente a lo expuesto, podrían sostenerse en principio dos interpretaciones: 1. una que considere que la resolución UIF 50/2011 debía ser tachada de inconstitucionalidad, en tanto vulneraba el postulado del principio de legalidad, ya que, el único órgano que tiene potestad para crear infracciones es el Congreso, y que una asignación de competencias a esos efectos a favor de la Administración no sería válida **(184)**; y 2. otra que permita pensar en la constitucionalidad de la resolución, teniendo en cuenta que esta resulta en un todo coherente con la finalidad que el legislador tuvo en cuenta al crear la UIF, y que su dictado resultaba imprescindible para la aplicación correcta de la ley **(185)**.

Sin perjuicio de que ambas alternativas son defendibles, cabe aclarar que con la reforma de la ley 27.446 (2018) la cuestión fue resuelta, ya que, se incorporó expresamente a la ley 25.246 la obligación por parte de los SO de tener que registrarse ante la UIF **(186)**, saldando de esa forma un aspecto ciertamente controvertido y evitando al respecto futuros posibles cuestionamientos en contra del Organismo **(187)**.

IV.2.b. Creación de categorías de sujetos obligados no contemplados expresamente por la ley 25.246

Cabe recordar que la ley 25.246 enumeró taxativamente en 23 incisos el conjunto de SO que deben cumplir las obligaciones en materia de PLA/FT ante la UIF, sin asignarle facultades al Poder Ejecutivo (ni a la UIF) para modificar o ampliar ese listado, con lo cual, para avanzar en ese sentido, debe necesariamente intervenir el Congreso.

Sin perjuicio de ello, al momento de dictar las resoluciones destinadas a cada sector en particular, la UIF ha ido determinando el alcance subjetivo que correspondía dar a cada categoría de SO en particular. Así, por ejemplo, "las personas humanas o jurídicas que como actividad habitual exploten juegos de azar" (inc. 3º, art. 20, ley 25.236) pueden involucrar para la UIF tanto casinos nacionales, provinciales, municipales, como bingos y loterías, hasta hipódromos, personas que exploten juegos de azar vía internet, concesionarios de juegos de azar, entre otros (art. 2º, resolución UIF 199/2011).

En el caso de las "personas jurídicas que cumplen funciones de organización y regulación de

(183) BALBÍN, Carlos F., "Curso de Derecho Administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, 1ª ed., 1ª reimp., p. 810.

(184) Recordemos al respecto el famoso leading case "Mouviel", en el cual la CS declaró la inconstitucionalidad de una ley que otorgaba al órgano ejecutivo un poder que va iba mucho más allá de su potestad reglamentaria e importaba una verdadera facultad de legislar en una materia propiamente reservada al Congreso, en el caso, la facultad para crear tipos infraccionales (Fallos 237:636).

(185) Al analizar cuando un órgano administrativo incurre en exceso reglamentario, Balbín sostiene y se pregunta lo siguiente: "¿cuál es el contenido y alcance del concepto 'espíritu de la ley' que utilizó el convencional? ¿Cómo debe interpretarse el espíritu de la ley? Por un lado, entendemos que obviamente el reglamento no puede contradecir la ley, más aún la ley y el reglamento deben constituir un cuerpo normativo dotado de unidad, y que resulte coherente. Por el otro, (...) el reglamento solo debe incluir aquello que fuere imprescindible para la aplicación, ejecución, desarrollo o interpretación de la ley, según el contenido y grado de detalle de esta última" (BALBÍN, Carlos F., "Curso de Derecho Administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, 1ª ed., 1ª reimp., p. 318).

(186) Así, el actual art. 21 bis, punto 2 a) establece que los SO deberán "Registrarse ante la Unidad de Información Financiera".

(187) Sobre todo, teniendo en cuenta que hubo otros planteos similares a los expuestos en la causa "Cardozo c. UIF", que están aún pendientes de resolución ante la CNFed. Cont. Adm. Véase, por ejemplo, la causa "Yocca, Gustavo E. c. UIF s/ Código Penal - ley 25.246 — dec. 290/2007 — art. 25", expte. 12450/2020, en la cual la actora plantea, con argumentos similares a los antes expuestos, la inconstitucionalidad de la resolución UIF 50/2011.

los deportes profesionales" (inc. 23, art. 20, ley 25.246), la UIF incluyó como SO a los clubes de fútbol. Esta circunstancia terminó dando lugar —en el marco de una sanción impuesta por el Organismo— a la causa "Club Atlético San Lorenzo c. UIF" **(188)**, resuelta recientemente por la sala II de la CNFed. Cont. Adm.

En el citado precedente, la accionante planteó la inconstitucionalidad de la resolución UIF 32/2012, por considerar que el Organismo "creó unilateralmente un 'sujeto obligado' y, como consecuencia, se atribuyó atribuciones sancionatorias respecto de dicho universo de sujetos, al incluir en la mentada norma a los clubes de fútbol de 'Primera División' y 'Nacional B'", teniendo en cuenta "que el art. 20 de la ley 25.246, no los contemplaba como sujetos obligados del régimen". La accionante sostuvo, además, que "incluir en dicha resolución a los clubes de fútbol (...) cuando el legislador no lo hizo, importaría atribuir a la Administración funciones claramente legislativas que, según se interpreta, le son ajenas; de allí que postule que ello torna en manifiestamente inconstitucional a la mentada resolución".

Al momento de pronunciarse en sentido favorable a la constitucionalidad de la resolución cuestionada, la CNFed. Cont. Adm. señaló que "debe tenerse en vista que la CS ha señalado que la conformidad que debe guardar una norma reglamentaria con la ley no consiste en una coincidencia textual sino de espíritu y, en general, no se vulnera el principio establecido en el art. 99, inc. 2º, de la CN, cuando la norma de grado inferior se expide para la mejor ejecución de la ley y mantiene inalterables los fines y el sentido con que ha sido sancionada (CS, Fallos: 151:5; 178:224; 318:1707)", agregando además que, "como puntualizó el Máximo Tribunal, recordando nuestra tradición constitucional, la potestad reglamentaria de la Administración la habilita a establecer condiciones, requisitos, limitaciones o distinciones y, en un modo genérico, a expedir todas las instrucciones y reglamentos que sean 'necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación', bajo la única limitación constitucional existente, que es la brindada en el art. 99, inc. 2º de la Ley Fundamental (Fallos 341:1924)".

En consecuencia, la Cámara sostuvo que "la potestad reglamentaria habilita para fijar condiciones o requisitos, limitaciones o distinciones que, aun cuando no hayan sido contemplados por el legislador de una manera expresa, cuando se ajustan al espíritu y fundamentos de la ley reglamentada o sirven, razonablemente, a la finalidad esencial que persigue, son parte integrante de ella y tienen la misma validez y eficacia (CS, Fallos: 249:189; 292:162 (...), siendo 'misión del intérprete indagar el verdadero sentido y alcance de la ley, mediante un examen atento y profundo de sus términos que consulte la realidad del precepto y la voluntad del legislador, pues sea cual fuere la naturaleza de la norma, no hay método de interpretación mejor que el que tiene primordialmente en cuenta la finalidad de aquella (CS, Fallos: 308:1861)'".

En esa inteligencia, el tribunal destacó que "el Poder Ejecutivo puede entonces, apartarse de los términos literales de la ley siempre que las disposiciones que adopte no sean incompatibles con las de aquella, propendan al mejor cumplimiento de sus fines o constituyan medios razonables para evitar su violación y sean ajustadas a su espíritu (CS, Fallos: 151:33; 200:194; 246:221; 326:3521)", a lo que agregó que, en la cuestión sometida a debate, "ha primado la concepción de que solo en el supuesto de que una norma reglamentaria desconozca o restrinja de manera irrazonable los derechos que la ley reconoce, o de cualquier modo subvierta su espíritu o finalidad, se contraría la jerarquía normativa establecida en el art. 31 de la CN, configurándose un exceso del Poder Ejecutivo en el ejercicio de las funciones que le son encomendadas por la propia Carta Magna (CS, Fallos: 317:779; 318:1707...)".

Finalmente, la Cámara expresó que "aun cuando es cierto que, como sostienen los recurrentes, si el legislador hubiese querido incluir a los clubes de fútbol de primera división entre los sujetos obligados, podría haberlo hecho expresamente, no lo es menos que eligió instituir —como se dijo— una fórmula amplia, optando por diferir al Poder Administrador —por conducto de un organismo eminentemente técnico,

(188) CNFed. Cont. Adm., sala II, "Club Atlético San Lorenzo de Almagro c. UIF s/ Código Penal - ley 25.246 - dec. 290/2007 - art. 25", causa 61792/2018, sent. de fecha 30/10/2020.

especializado en la materia, como es la UIF—, la nómina precisa de los sujetos obligados dentro de esta categoría".

Este tipo de cuestionamientos han sido efectuados, con argumentos similares, por otros clubes de futbol, que no han obtenido respuesta favorable por parte de la CNFed. Cont. Adm. **(189)**.

Por nuestra parte, creemos que la solución adoptada por el Tribunal ha sido razonable y plenamente conforme con el espíritu que tuvo en miras el legislador al crear la UIF.

IV.2.c. Alcances del principio de legalidad: el fallo de la CS "Colegio de Escribanos PBA c. UIF" (2018)

En el año 2004 la UIF dictó la resolución 10 (dirigida puntualmente a los escribanos), posteriormente derogada mediante la resolución UIF 21/2011. A través de esta última norma, el Organismo definió qué debe entenderse por operaciones inusuales **(190)** y por operaciones sospechosas **(191)**, estableciendo, a su vez, que los escribanos deberán reportar este tipo de operaciones cuando de acuerdo con la propia idoneidad que su actividad les exige consideren que existe sospecha de LA/FT **(192)**, debiendo valorar especialmente las distintas circunstancias contempladas a modo enunciativo en la norma **(193)**.

Frente a este marco normativo, el Colegio de Escribanos de la PBA promovió una acción declarativa de certeza **(194)** contra el Poder Ejecutivo Nacional (UIF) **(195)** a fin de que se declarara la inconstitucionalidad de ciertos artículos de la ley 25.246 y de la normativa de la UIF **(196)**, por considerar que estos afecta-

(189) Entre otras causas, véase "Club Atlético Boca Juniors Asociación Civil y otros c. UIF y otro s/ Código Penal - ley 25.246 — dec. 290/2007 - art. 25", expte. 2631/2019, en el cual la Sala IV de la CNFed. Cont. Adm. desestimó el planteo de la parte actora por considerar que "la resolución UIF 32/2012 (...) se evidencia como una razonable reglamentación de lo dispuesto en el referido art. 20, inc. 23, de la ley 25.246".

(190) El art. 2º, inc. d) de la resolución UIF 21/2011 definió a las operaciones inusuales como aquellas "tentadas o realizadas en forma aislada o reiterada, sin justificación económica y/o jurídica, que no guardan relación con el perfil económico financiero del cliente, desviándose de los usos y costumbres en las prácticas de mercado, ya sea por su frecuencia, habitualidad, monto, complejidad, naturaleza y/o características particulares".

(191) El art. 2º, inc. e) de la resolución UIF 21/2011 las definió como aquellas "tentadas o realizadas, que habiéndose identificado previamente como inusuales, luego del análisis y evaluación realizados por el sujeto obligado, no guardan relación con las actividades lícitas declaradas por el cliente, ocasionando sospecha de Lavado de Activos o, aun tratándose de operaciones relacionadas con actividades lícitas, exista sospecha de que estén vinculadas o que vayan a ser utilizadas para la Financiación del Terrorismo".

(192) En ese sentido, el art. 19 de la resolución UIF 21/2011 establece que: "Los sujetos obligados deberán reportar, conforme lo establecido en el art. 21, inc. b) de la Ley 25.246 y modificatorias, aquellas operaciones inusuales que de acuerdo con la idoneidad exigible en función de la actividad que realiza y el análisis efectuado, consideren sospechosas de Lavado de Activos o Financiación del Terrorismo".

(193) El art. 19 de la resolución UIF 21/2011 dispone que: "Deberán ser especialmente valoradas, las siguientes circunstancias, que se describen a mero título enunciativo: 1) Los montos, tipos, frecuencia y naturaleza de las operaciones que realicen los clientes que no guarden relación con los antecedentes y la actividad económica de ellos; 2) Los montos inusualmente elevados, la complejidad y las modalidades no habituales de las operaciones que realicen los requirentes; 3) Cuando transacciones de similar naturaleza, cuantía, modalidad o simultaneidad, hagan presumir que se trata de una operación fraccionada a los efectos de evitar la aplicación de los procedimientos de detección y/o reporte de las operaciones (...)".

(194) En los términos del art. 322 del Cód. Proc. Civ. y Com., en cuanto expresa: "Podrá deducirse la acción que tienda a obtener una sentencia meramente declarativa, para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor y este no dispusiera de otro medio legal para ponerle término inmediatamente (...)".

(195) Dando lugar a la causa "Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires c. PEN s/ sumarísimo" (FLP 1298/2008/CS1-CA1), que finalmente terminaría con la sentencia de fecha 04/09/2018 (CS).

(196) Concretamente, la accionante cuestionó los arts. 14, inc. 10, 20, 21, incs. b) y c), de la Ley 25.246, y parte de los Anexos II ("Guía de Transacciones Inusuales o Sospechosas") y IV ("Reporte Sistemático de Información para Escribanías Mecanismo de Información Electrónica") de la resolución UIF 10/2004, vigente al momento en que se interpuso la demanda.

ban sus derechos y garantías consagrados en la CN **(197)**, principalmente el principio de legalidad **(198)**.

Luego de un largo proceso judicial, la causa finalmente llegó a la CS, que una vez declarado admisible el recurso extraordinario interpuesto por el Colegio de Escribanos bonaerense, decidió —al tratar la cuestión de fondo— rechazar la demanda **(199)**. Veamos a continuación, cómo se integraron los votos del fallo y cuáles fueron sus principales fundamentos.

La sentencia se compone de la siguiente forma: 1. una mayoría integrada por los votos de los jueces Rosatti y Highton de Nolasco, que decidió que no se había demostrado una violación genérica a los arts. 18 y 19 de la CN; 2. un voto concurrente del ministro Maqueda, con fundamentos parcialmente diferentes a los de la mayoría; 3. una disidencia formulada por el juez Lorenzetti, quien sostuvo que la accionante estaba legitimada para actuar en el marco de esta acción declarativa y entendió que las normas impugnadas eran inconstitucionales; 4. un voto disidente del juez Rosenkrantz que rechazó la demanda por la inexistencia de "caso" en los términos de la jurisprudencia del Alto Tribunal **(200)**.

Fundamentos del voto de la mayoría: el voto de la mayoría destacó en primer término la importancia del art. 19, CN, en cuanto exige contar con un sistema de normas generales que establezcan delimitaciones precisas entre lo que se puede hacer y lo que no se debe hacer para garantizar la convivencia y, consecuentemente, para no sufrir una sanción determinada **(201)**. Esa precisión genera un clima de seguridad en el cual los particulares conocen de antemano a qué reglas se sujetará la actuación de los gobernantes, de manera tal que la conducta de estos sea previsible y, en caso contrario, que haya quien, con potestad suficiente, pueda corregir el error y responsabilizar eficazmente al transgresor **(202)**.

Pero para que los particulares conozcan efectivamente las normas, resaltaron que es fundamental que estas no solo se encuentren debidamente publicadas, sino también que atiendan a las características propias de sus destinatarios **(203)**, debiendo tener que contener el mayor grado de precisión y previsibilidad posible, circunstancia, esta última, que no puede ser analizada en abstracto, sino atendiendo razonablemente al ámbito de aplicación concreto de cada norma en particular **(204)**.

Sentado lo anterior, los autores del voto mayoritario reiteraron lo señalado en varios precedentes de la propia Corte con relación a la mayor flexibilidad que por sus características tiene el derecho administrativo sancionador respecto del derecho penal, en lo que hace a su estructura típica, la graduación de las sanciones y ciertas particularidades procedimentales. Ello no significa, de todos modos, que aquel pueda apartarse de la garantía constitucional de la ley previa del art. 18, CN **(205)**, que exige indisolublemente la doble precisión por ley de los hechos punibles y de las penas a aplicar, sin perjuicio de que el legislador, frente a materias tan peculiares y variables que la ley no puede prever anticipadamente, deje a los órganos ejecutivos la reglamentación de las circunstancias concretas de las acciones reprimidas y de los montos de las penas dentro de un mínimo y un máximo **(206)**.

(197) En particular, los arts. 1º, 14, 16, 18, 19, 28, 31, 33, 76 y 99, inc. 2º, de la CN.

(198) Ello, por cuanto a criterio de la accionante los preceptos contenidos en las normas impugnadas no establecían pautas objetivas para determinar en qué casos una operación podía ser considerada "sospechosa", situación que colocaba a los escribanos ante la posibilidad de ser sancionados para el caso de que la autoridad de aplicación estimara que hubo omisión de reportar.

(199) Confirmando en tal sentido la sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata que —luego de revocar la sentencia de primera instancia que había admitido la pretensión— rechazó la demanda de la accionante.

(200) No haremos referencia a los fundamentos del voto de Rosenkrantz, ya que, su rechazó de la demanda se debió a una cuestión procesal que excede el análisis del presente trabajo.

(201) Ver consids. 6º y 7º.

(202) Ver consid. 7º.

(203) Ver consid. 8º.

(204) Ver consid. 9º.

(205) Ver consid. 10.

(206) Ver consid. 11.

Dicho ámbito discrecional será razonable y compatible con los arts. 18 y 19, CN en la medida en que la norma sancionatoria resulte precisa y previsible, lo cual exige tener en cuenta su ámbito de aplicación concreto y la capacidad de conocimiento de los sujetos a los cuales se dirige. Estos lineamientos fueron tomados por la CS del criterio adoptado por la Corte Interamericana de Derecho Humanos (CIDH), sustentado a su vez en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos **(207)**.

Aclaradas todas estas nociones generales, la mayoría sostuvo que para determinar la precisión y previsibilidad del término "operación sospechosa" contenido en la normativa cuestionada, hay que tener en cuenta que:

- Respecto al ámbito de aplicación de tales disposiciones, estas se encuadran en el marco de un sistema de PLA/FT (que responde a un fenómeno de criminalidad transnacional), donde resulta imposible a la autoridad prever con anticipación todos los supuestos de sospecha vinculados a operatorias naturalmente esquivas a la fiscalización estatal. Por lo cual, es en este contexto que debe leerse la obligación impuesta por la ley 25.246 de informar las operaciones sospechosas allí definidas y precisadas por la resolución UIF 21/2011, cuyo art. 19 enumera una lista de dieciséis hipótesis que sirven para delimitar dicho concepto con la claridad necesaria para que los escribanos actúen en consecuencia **(208)**.

- Con relación a los destinatarios de la reglamentación (los escribanos públicos), señalaron los jueces del más alto tribunal que la actividad del notariado se justifica por su propia naturaleza, pues la facultad que se les atribuye para dar fe de los actos y contratos que celebren constituye una concesión del Estado, que los coloca bajo una relación de sujeción especial, por la cual se les atribuye un rol preponderante dentro del sistema de PLA/FT, a los efectos de poder superar la asimetría informativa entre el Estado y los operadores financieros. Sus conocimientos técnicos y experiencia profesional los ubica en una posición de privilegio frente al resto de la comunidad a la hora de indagar cuándo una transacción tiene indicios de vinculación con el LA/FT **(209)**.

- En función de lo expuesto, y teniendo en cuenta los términos en los que había quedado trabada la litis **(210)**, sostuvieron que no había quedado evidenciada una violación genérica a los arts. 18 y 19, CN por parte de la normativa cuestionada.

El voto concurrente del juez Maqueda: el voto del juez Maqueda, concurrente en lo sustancial

(207) En el consid. 12, los jueces Rosatti y Highton de Nolasco destacan expresamente que sus lineamientos han sido recogidos por la CIDH de la propia jurisprudencia del TEDH (véase CIDH, "López Mendoza vs. Venezuela", sentencia del 1º de septiembre de 2011, en la cual se cita al TEDH, s. W. e. Reino Unido, nro. 20.166192, 36, y C.R. el Reino Unido nro. 20.190/92, ambos del 22 de noviembre de 1995). Allí, la CIDH estableció los alcances del principio de legalidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador, sosteniendo, que las normas, además de ser adecuadamente accesibles y suficientemente precisas, deben ser previsibles. La previsibilidad debe evaluarse teniendo en cuenta las siguientes pautas: 1. El contexto de la norma bajo análisis; 2. El ámbito de aplicación para el que fue creada la norma; y 3. El estatus de las personas a quien está dirigida la norma. En cuanto al grado de precisión que deben contener las normas, cabe remitirse a lo señalado por el TEDH en la causa "Michaud vs. France" (sent. de fecha 06/12/2012), en la cual sostuvo que toda ley para ser considerada como tal, debe ser formulada con la suficiente precisión, que permita al ciudadano —si es necesario, con el asesoramiento adecuado— prever las consecuencias que puede acarrear una acción determinada. No obstante ello, el propio Tribunal Europeo indicó que es imposible alcanzar una certeza absoluta, y que en caso de que se la logre, se correría el riesgo de alcanzar una rigidez excesiva que sea indeseable. Cabe destacar que las circunstancias fácticas de este último caso guardan relación con las del fallo objeto de análisis (Colegio de Escribanos PBA), ya que, en aquel, la accionante cuestionaba un régimen que imponía a los abogados la obligación de notificar la existencia de operaciones "sospechosas" de constituir blanqueo de capitales o de financiar el terrorismo, por considerar que se trataba de un concepto poco claro (en el sentido aquí expuesto, ver el voto concurrente del juez Maqueda, consid. 6º).

(208) Ver consid. 13.

(209) Ver consid. 14.

(210) Recordemos que la causa se había originado por una acción declarativa de certeza interpuesta por el Colegio de Escribanos a los efectos de que se declarara la inconstitucionalidad de ciertas normas, pero no había habido hasta el momento una aplicación concreta de esas normas que permitiera decidir con mayor grado de precisión respecto a la vulneración (o no) de alguna cláusula de la CN.

con el voto de la mayoría, pero con fundamentos parcialmente diferentes, sostuvo lo siguiente:

En primer lugar, recordó que la CIDH, en el caso "López Mendoza vs. Venezuela" (sentencia del 1º de septiembre de 2011), estableció los alcances del principio de legalidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador **(211)**, al sostener que la norma, además, de ser adecuadamente accesible y suficientemente precisa, debe ser previsible.

La previsibilidad debe evaluarse teniendo en cuenta las siguientes pautas: 1. el contexto de la norma bajo análisis; 2. el ámbito de aplicación para el que fue creada la norma; y 3. el estatus de las personas a quien está dirigida la norma **(212)**.

En cuanto al grado de precisión que debe contener la norma, el voto de Maqueda remite a un caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos **(213)**, en el cual se señaló en primer término que toda ley para ser considerada como tal, debe ser formulada con la suficiente precisión, que permita al ciudadano —si es necesario, con el asesoramiento adecuado— prever las consecuencias que puede acarrear una acción determinada. No obstante ello, el Tribunal Europeo indicó que es imposible alcanzar una certeza absoluta, y que en caso de que se la logre, se correría el riesgo de alcanzar una rigidez excesiva que sea indeseable. Consecuentemente, en el caso concreto, consideró que la expresión "sospecha" contenida en la norma cuestionada por la actora, era "una cuestión de sentido común y que un grupo de personas bien informadas, como son los abogados, no se encuentra en posición de alegar útilmente que no lo entiende" **(214)**.

Luego, el ministro Maqueda reiteró varios de los argumentos antes expuestos, a saber: que no parece posible realizar *a priori* una descripción acabada de todas las modalidades de LA/FT que puedan existir **(215)**; que el régimen legal impugnado satisface el requisito de ser previsible y que, por ello, no vulnera el principio de legalidad, teniendo en cuenta además, la condición particular de los escribanos como profesionales universitarios **(216)**; que asimismo, el propio GAFI aconseja exigir a los notarios la obligación de reportar "operaciones sospechosas" **(217)**; y finalmente, sostuvo que dado los términos en que fue formulada la demanda **(218)**, no corresponde que el Tribunal proceda a examinar más que de un modo general la validez constitucional de la ley y su reglamentación específica, sin que ello impida valorar en cada caso concreto el resultado de su aplicación práctica **(219)**.

Fundamentos del voto en disidencia: a diferencia del resto de los ministros, el juez Lorenzetti se pronunció por la inconstitucionalidad de las normas impugnadas.

En primer lugar, sostuvo que la normativa cuestionada exige que se informe una "operación sospechosa", conforme con "los usos y costumbres", lo cual obliga a los escribanos a realizar un juicio que excede su función y ubica, además, a los terceros en una posición dependiente de su discrecionalidad. Para arrojar precisión se dice que es sospechoso lo que presenta una "falta de justificación económica" o una "complejidad jurídica inusitada", definiciones que no presentan una adecuada precisión para los SO. La decisión por parte del escribano o de la UIF para calificar una operación como

(211) Si bien Rosatti y Highton de Nolasco habían citado este precedente, Maqueda no solo lo citó, sino que, además, detalló parte de las conclusiones de la CIDH.

(212) Ver consis. 6º.

(213) TEDH, "Michaud vs. France", sent. de fecha 06/12/2012. Las circunstancias fácticas de este caso guardan relación con las del fallo "Colegio de Escribanos PBA", ya que, en aquel, la accionante cuestionaba un régimen que imponía a los abogados la obligación de notificar la existencia de operaciones "sospechosas" de constituir blanqueo de capitales o de financiar el terrorismo, por considerar que se trataba de un concepto poco claro.

(214) Ver consid. 6º del voto del ministro Maqueda.

(215) Ver consid. 7º.

(216) Ver consid. 8º.

(217) Ver consid. 8º.

(218) Recordemos que se trataba de una acción declarativa de certeza tendiente a declarar la inconstitucionalidad de ciertas normas, que aún no habían tenido aplicación a un caso concreto.

(219) Ver consid. 9º.

sospechosa, queda entonces, sujeta a un criterio muy abierto y opinable **(220)**.

Sumado a ello, Lorenzetti señaló el rol de la Corte en la protección plena del ejercicio de la libertad y destacó a esos efectos la importancia del art. 19, CN en un mundo en el que el avance sobre la esfera privada pone en riesgo la definición de libertad humana, siendo ello aplicable también en el juicio de ponderación que debe hacerse cuando se trata del ejercicio de una profesión que tiene funciones públicas, como es el caso de los escribanos **(221)**.

Diferenciándose del voto de la mayoría, Lorenzetti destaca que para que exista una obligación legal cuyo incumplimiento acarree una sanción, debe existir una descripción precisa de la figura típica, puesto que, de lo contrario, se genera un amplio campo de discrecionalidad para quien aplica la norma, que no es judicial y que puede incurrir en abusos. Por lo tanto, las normas deben determinar con precisión lo que se puede hacer, lo que se está obligado a hacer y lo que no se puede hacer **(222)**. Está en juego también —en propias palabras del citado juez— la seguridad jurídica como fundamento de una regulación de mercado, ya que, la descripción precisa del tipo que acarrea consecuencias sancionatorias permite que, tanto el escribano como los terceros, tengan una regla clara que cumplir. Lo que en definitiva exige el art. 19, CN es que las normas tengan el mayor grado de precisión y previsibilidad posible **(223)**.

En el caso concreto, el citado juez sostiene que la obligación de reportar operaciones inusuales o sospechosas no se basa en pautas plenamente objetivas, sino que depende de la subjetividad de quien esté obligado a informar, lo que genera el riesgo de que existan criterios dispares para considerar cuándo una operación deba ser reportada. En esos términos, no puede hablarse de una reglamentación razonable **(224)**. A mayor abundamiento, agrega que las normas impugnadas remiten a una gran cantidad de conceptos jurídicos indeterminados, tales como "usos y costumbres", "experiencia e idoneidad", "buena fe", los que en principio atentan contra la especificidad y objetividad necesaria en este tipo de disposiciones **(225)**.

Ahora bien, sentado todo lo anterior, podemos advertir un punto de contacto entre el criterio de la mayoría y el de la minoría, ya que, ambos coinciden en la importancia que tiene el art. 19, CN para garantizar un sistema de normas claras y precisas que permita establecer cierto nivel de seguridad jurídica a los particulares, a fin de que estos puedan conocer de antemano qué pueden o no hacer, y en su caso, cuáles son las consecuencias de su incumplimiento.

Sin embargo, pese a esa coincidencia, al momento de determinar el grado de precisión que las normas impugnadas deberían tener, ambos criterios parecen partir de posturas inconciliables entre sí. Para el voto de la mayoría, siempre y cuando se respete la garantía de la ley previa (art. 18, CN), el derecho administrativo sancionador —por sus propias características— admitiría cierta flexibilidad en aspectos tales como la estructura típica que el derecho penal no toleraría, sobre todo en materias que el legislador no puede prever anticipadamente. Contrariamente a ello, el juez Lorenzetti sostiene que "debe existir una descripción precisa de la figura típica" que en el caso no se da por la existencia de una gran cantidad de conceptos jurídicos indeterminados.

Esa diferencia de criterios no hace más que reflejar una antigua discusión que aún sigue vigente en la actualidad, vinculada con los alcances con los que deberían ser aplicados al ámbito del derecho administrativo sancionador ciertos principios propios del derecho penal. Paralelamente, el voto de Lorenzetti nos deja planteado otro interrogante respecto a sí es posible que convivan entre sí el principio de tipicidad penal (derivado del de legalidad) y los conceptos jurídicos indeterminados a los que el derecho administrativo suele recurrir con frecuencia. Por motivos de orden metodológico, estas cuestiones serán analizadas más adelante, cuando

(220) Ver consid. 8º.

(221) Ver consid. 9º.

(222) Ver consid. 9º.

(223) Ver consid. 10.

(224) Ver consid. 12.

(225) Ver consid. 13.

desarrollemos lo atinente a la potestad sancionatoria de la UIF.

IV.2.d. Una breve reflexión sobre la importancia que tiene el fallo "Colegio de Escribanos" para el sistema de PLA/FT de la UIF

En esta instancia, hemos considerado esencial destacar los aspectos más salientes del fallo objeto de análisis, cuya trascendencia para la UIF es evidente, entre otras razones, porque:

- Al declarar la constitucionalidad de las normas cuestionadas, que concretamente referían a la obligación de reportar operaciones sospechosas, la Corte convalidó uno de los ejes centrales sobre los cuales reposa el sistema de PLA/FT **(226)**.

- Teniendo en cuenta, además, que esta obligación en particular es transversal a todos los SO (más allá de las particularidades que corresponda a aplicar a cada caso concreto), una solución contraria por parte de la CS hubiera alentado una serie de planteos similares **(227)**.

- Sin perjuicio de ello, cabe decir también que la decisión de la CS, lejos de constituir un cheque en blanco en favor de la UIF, establece un estándar mínimo que el Organismo deberá respetar al momento de ejercer su potestad reglamentaria, debiendo para ello dictar normas que sean lo suficientemente precisas y previsibles para todo el universo de SO. A los efectos de determinar si las normas que dicta cumplen con estas dos exigencias, resulta de suma importancia tener en cuenta el criterio adoptado por la jurisprudencia de la CIDH y el TEDH al cual el Máximo Tribunal aludió en su sentencia. En esa inteligencia, la previsibilidad deberá evaluarse teniendo en cuenta las siguientes pautas: 1. el contexto de la norma bajo análisis; 2. el ámbito de aplicación para el que fue creada la norma; y 3. el estatus de las personas a las que está dirigida la norma. Con relación al grado de precisión exigido, este deberá permitir al ciudadano —si es necesario, con el asesoramiento adecuado— prever las consecuencias que puedan acarrear sus conductas, no siendo necesario para ello un grado de certeza absoluta.

- Cabe agregar, además, que los lineamientos establecidos por el máximo tribunal constituyen también una importante pauta de interpretación para los propios tribunales inferiores del Poder Judicial, ante el eventual caso que tengan que expedirse sobre un planteo de similares características.

Habiendo destacado los principales cuestionamientos que la UIF ha tenido a la hora de ejercer su potestad reglamentaria, pasaremos a desarrollar a continuación, otro de los aspectos claves de la actividad de policía del Organismo, vinculado esta vez, a su faz sancionatoria.

IV.3. Potestad sancionatoria de la UIF

IV.3.a. Introducción

El momento en el cual la UIF interviene con mayor fuerza en la esfera propia de los SO se produce cuando ejerce su potestad sancionatoria. Su finalidad aquí es prevenir y disuadir las conductas contrarias al ordenamiento jurídico, evitando la reiteración de incumplimientos por parte de los SO e intentando mantener la vigencia y efectividad de las normas de PLA/FT para el resto de los actores del sistema.

Se ha señalado que dicha "potestad de castigar viene a ser la contracara de la potestad de legislar sobre una determinada materia, ya que, es aquel poder el que garantiza (a través de la coac-

(226) Recordemos que el deber de reportar operaciones sospechosas configura la piedra angular del sistema de PLA/FT, ya que, le permite a la UIF nutrirse de información valiosa para la investigación, detección y combate del LA/FT (v. Cap. III).

(227) Justamente sucedió lo contrario, ya que, las causas en las cuales tramitaban cuestionamientos semejantes, muchas de ellas con sentencias de Cámaras Federales del interior del país contrarias a la UIF, fueron recurridas a la instancia extraordinaria de la Corte, que admitió el planteo del Organismo con base en lo expuesto en la causa "Escribanos de la PBA c. UIF" y mandó a los Tribunales Federales a revocar sus resoluciones. Al respecto, pueden verse las siguientes causas: "Recurso de queja N.º 2 - Colegio de Escribanos de la Provincia de San Luis c. Poder Ejecutivo Nacional - Ministerio De Justicia y DD.HH. - Unidad de Información Financiera", causa FMZ 61000378/2011/2; "Colegio de Escribanos del Neuquén c. Estado Nacional (Ministerio de Justicia Derechos Humanos de la Nación) s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad", causa FGR 021000056/2005; entre otras.

ción, en este caso ejercida en sentido represivo) que los criterios impresos en el régimen dictado sean respetados)", advirtiéndose que "la necesidad de una ley previa que habilite a sancionar deviene ineludible" **(228)**. De manera tal que "el poder sancionador que se reconoce a la Administración no es, en modo alguno, originario, sino que solo existe en la medida en que el orden legal se lo haya conferido" **(229)**.

Pero aun en estos casos, en los cuales la Administración respalde su accionar en una ley, existe —como dijimos— cierta controversia respecto a los alcances con los que deberían ser aplicados al ámbito del derecho administrativo sancionador los principios propios del derecho penal. La cuestión no se reduce a una mera discusión teórica, ya que, la postura que se adopte al respecto puede llevar a definiciones y resultados totalmente distintos **(230)**.

En el marco apuntado, desarrollaremos a continuación, dos aspectos claves del trabajo, relacionados con la naturaleza de las sanciones que impone el Organismo y el alcance con el que resulta aplicable el principio de legalidad penal y los subprincipios que derivan de este, al derecho administrativo sancionador en materia de PLA/FT.

IV.3.b. Actividad sancionatoria de la UIF

La doctrina ha definido en términos generales a la sanción administrativa como un "mal infringido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal" **(231)**.

Para autores como Sanguinetti, existen diferentes tipos de sanciones administrativas: "(i) sanciones penales-administrativas: son aquellas que impone la Administración de verificarse una infracción a las normas de policía general o sectorial (...) estas sanciones tienen origen en el ius puniendi único del Estado y no presentan diferencias sustanciales con las penas previstas en el Código Penal y sus normas complementarias; (ii) sanciones disciplinarias: son aquellas que la Administración —de modo similar a un empleador privado— aplica a los integrantes de sus cuadros funcionales, toda vez que se verifique un comportamiento que altere, o sea susceptible de alterar, el buen funcionamientos de sus servicios, y tienen origen en el poder de mando derivado de la existencia de una relación jerárquica; (iii) sanciones contractuales: son aquellas que resultan aplicables en caso de incumplimiento de obligaciones asumidas en el marco de una relación contractual entablada con la Administración (...) estas sanciones tienen origen en el respectivo acuerdo de voluntades" **(232)**.

Las sanciones impuestas por la UIF deben encuadrarse dentro las llamadas "sanciones penales-administrativas", más allá de que en algunos supuestos particulares la jurisprudencia de la CNFed. Cont. Adm. haya utilizado —creemos que erróneamente— el término "disciplinarias" para caracterizarlas **(233)**. Ahora bien,

(228) DE LA RIVA, Ignacio M., "La frontera de la policía administrativa", en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), Estudios de derecho administrativo en homenaje al profesor Julio Rodolfo Comadira, Ed. La Ley, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 2009, ps. 375-397, esp. p. 390.

(229) DE LA RIVA, Ignacio M., "La frontera de la policía administrativa", en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), Estudios de derecho administrativo en homenaje al profesor Julio Rodolfo Comadira, Ed. La Ley, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 2009, ps. 375-397, esp. p. 390 (con cita a CARRETERO PÉREZ, Adolfo — CARRETERO SÁNCHEZ, Adolfo, "Derecho Administrativo sancionador", Revista de Derecho Privado - Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1992, ps. 71-72).

(230) Como hemos visto, en la causa de la CS "Colegio de Escribanos de la PBA", una de las diferencias sustanciales entre el voto de la mayoría y la minoría estuvo vinculado al alcance con el que debía aplicarse en los hechos, el principio de legalidad penal, y uno de sus derivados, el de tipicidad penal. En el primer caso, con una postura más flexible, consideraron que las normas impugnadas no vulneraban el principio de legalidad. El voto minoritario (Lorenzetti), en cambio, con una postura más estricta, consideró que sí se había violado el principio en cuestión.

(231) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo — FERNÁNDEZ, Tomás R., "Curso de Derecho Administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006, t. II, p. 163.

(232) SANGUINETTI, Juan Carlos, "Impugnación y control judicial de las sanciones administrativas. Sus particularidades a la luz de los principios y garantías constitucionales aplicables", Revista de Derecho Administrativo, Ed. El Derecho, Buenos Aires, 2020, ps. 3-4.

(233) Así, el Tribunal Contencioso Administrativo Federal ha sostenido que "los castigos que impone la

independientemente de que se ubiquen dentro de aquel grupo, ello no impide, como veremos a continuación, que posean una naturaleza jurídica propia.

IV.3.b.i. Naturaleza jurídica de las sanciones y las infracciones administrativas en el régimen de PLA/FT. Principios aplicables

Desde antaño la doctrina viene dedicando esfuerzos tendientes a desentrañar la verdadera naturaleza jurídica de las infracciones administrativas —y las respectivas sanciones aplicadas por la Administración— a fin de determinar si existen diferencias entre estas y los delitos y sanciones penales. A esos efectos, se han desarrollado una infinidad de teorías que en términos generales podrían ser divididas en dos grandes grupos:

Un sector que considera que existen diferencias cualitativas entre los delitos y las infracciones **(234)**, pudiendo incluirse aquí —dentro de la doctrina administrativista— a Bielsa, quien postulaba que "la diferencia estriba en que el delito es un ataque al orden jurídico que la ley quiere restablecer, en tanto la contravención supone no cumplir el deber impuesto por la ley a todo administrado o vinculado con la Administración Pública por una obligación de colaborar en el interés colectivo" **(235)**.

Otro sector, en cambio, sostiene que no existen diferencias ontológicas entre los ilícitos penales y administrativos. Se parte de la idea de que tanto las sanciones penales como las administrativas tienen naturaleza represiva y constituyen manifestaciones del *ius puniendi* del Estado, que es uno solo y en determinados casos va a manifestarse vía judicial y en otros vía administrativa **(236)**, existiendo entre ambas solo una diferencia de grado **(237)**. En tal sentido, "si

autoridad de aplicación en cumplimiento de los deberes que le fueron encomendados tienen carácter disciplinario y no participan de la naturaleza de las medidas represivas contempladas en el Código Penal de la Nación" (Ver "Emebur Sociedad de Bolsa SA y otros c. UIF s/ Código Penal - ley 25.246 - dec. 290/2007 - art. 25", causa 42.840/2013, sent. de fecha 14/08/2014; "Sergio Villella SA y otros c. UIF s/ Código Penal - ley 25.246 — dec. 290/2007 — art. 25", Causa 2342/2018, sent. de fecha 28/08/2018, entre otras). Sanguinetti destaca que la propia CS (Fallos 275:265; 281:211; 303:1776) ha calificado en ocasiones como "disciplinarias" no solo a las sanciones impuestas a los agentes públicos, sino también a las previstas en ciertos regímenes sectoriales, como ser el de intermediación financiera, pero que nunca explicitó las razones concretas en virtud de las cuales considera que estas sanciones deben ser calificadas como "disciplinarias". El autor mencionado disiente con este criterio de la Corte, ya que, considera que las sanciones penales-administrativas no tienen fundamento en el poder de mando, propio de la relación jerárquica, sino en el ius puniendi del Estado, al igual que todas aquellas que resultan aplicables como consecuencia del incumplimiento de las normas de policía general o sectorial. Las relaciones disciplinarias requieren ineludiblemente una sujeción jerárquica, que de ninguna manera se verifica en el caso de un particular que no ingresa a la organización administrativa pertinente. (SANGUINETTI, Juan Carlos, "Impugnación y control judicial de las sanciones administrativas. Sus particularidades a la luz de los principios y garantías constitucionales aplicables", Revista de Derecho Administrativo, Ed. El Derecho, Buenos Aires, 2020, p. 5).

(234) Maier considera que pueden incluirse aquí a todos los autores clásicos enrolados dentro del derecho natural. En ese sentido menciona, entre otros, a Feuerbach, para quien "los delitos y crímenes consistían en ataques a derecho naturales, mientras que las contravenciones representaban el alzamiento contra el derecho del Estado en el ámbito de su poder de policía". Asimismo, destaca la postura de James Goldschmidt, quien consideraba que "el delito violaba la seguridad de nuestros derechos; la contravención se refería a la actividad de la Administración para que nosotros pudiéramos ejercer en la práctica esos derechos en un ambiente ordenado y de bienestar común" (MAIER, Julio B. J., "El derecho contravencional como derecho administrativo sancionatorio", disponible en http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/28017-derecho-contravencional-derecho-administrativo-sancionatorio).

(235) GARCÍA PULLÉS, Fernando, "La distinción entre delitos y faltas. El régimen jurídico circundante: una nueva y acertada doctrina de la Corte", en JA suplemento de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2006, con cita a BIELSA, Rafael, "Naturaleza jurídica de la multa administrativa", JA 60-24.

(236) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo — FERNÁNDEZ, Tomás R., "Curso de Derecho Administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006, t. II, p. 167.

(237) Uno de los autores clásicos que defendían esta posición, fue el destacado Soler, quien sostenía que "entre delito y contravención no existe una diferencia cualitativa, sino una meramente cuantitativa (...) todo criterio ontológico de distinción no ata necesariamente al legislador, el cual hace la valoración de la acción al prohibirla, y esa valoración está determinada por condiciones más histórica que teóricas (...) no puede, pues, afirmarse una distinción cualitativa pre jurídica entre delito y contravención" (Véase en GARCÍA PULLÉS, Fernando, "La distinción entre delitos y faltas. El régimen jurídico circundante: una nueva y acertada doctrina de la Corte", en

las sanciones poseen naturaleza represiva, por menos graves que ellas fueran, las contravenciones contienen, en estos casos, idéntica sustancia penal que los delitos, no existiendo un Derecho Penal subjetivo de la Administración sino del Estado" **(238)**.

Ciertos autores consideran incluso que este debate se encuentra en la actualidad superado, en tanto existe un amplio consenso en afirmar que entre los ilícitos penales y administrativos no existen diferencias sustanciales u ontológicas **(239)**. Como consecuencia de ello, entienden que los principios del derecho penal resultan, como regla, aplicables a las sanciones administrativas, sin perjuicio de que se suela señalar la necesidad de reconocer ciertos matices **(240)**.

En el caso puntual de las sanciones aplicadas por la UIF, la jurisprudencia de la CNFed. Cont. Adm. ha sido muy contundente en sostener que estas tienen naturaleza administrativa, son consecuencia de la actividad de policía de la Administración y no participan del carácter represivo de las sanciones penales, con lo cual no es de su esencia que se le apliquen las reglas del derecho penal **(241)**, lo que en nada obsta a que se respeten las garantías propias del procedimiento sumarial, entre ellas, el derecho de defensa de los sumariados **(242)**.

JA suplemento de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2006, con cita a SOLER, Sebastián, "Derecho Penal argentino", Ed. TEA, 1951, t. I, p. 254).

(238) CASSAGNE, Juan Carlos, "Derecho administrativo", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, t. II, p. 580.

(239) SANGUINETTI, Juan Carlos, "Impugnación y control judicial de las sanciones administrativas. Sus particularidades a la luz de los principios y garantías constitucionales aplicables", Revista de Derecho Administrativo, Ed. El Derecho, Buenos Aires, 2020, p. 6. El autor cita, para respaldar su posición, las obras de: GÓMEZ TOMILLO, Manuel — SANZ RUBIALES, Íñigo, "Derecho administrativo sancionador"; CASSAGNE, Juan Carlos, "Curso de derecho administrativo"; AZZARI, Juan Cruz, "Derecho penal administrativo argentino"; BUTELER, Alfonso, "Límites a la potestad sancionatoria de la administración"; entre otras.

(240) SANGUINETTI, Juan Carlos, "Impugnación y control judicial de las sanciones administrativas. Sus particularidades a la luz de los principios y garantías constitucionales aplicables", Revista de Derecho Administrativo, Ed. El Derecho, Buenos Aires, 2020, p. 7.

(241) La CNFed. Cont. Adm. ha sostenido reiteradamente que las sanciones administrativas "tienen naturaleza administrativa y no son otra cosa que la consecuencia del ejercicio del poder de policía por parte de quien fue oportunamente designado por el Congreso de la Nación al efecto (conf. arts. 5º y 6º de la ley 25.246). Es que los castigos que impone la autoridad de aplicación en cumplimiento de los deberes que le fueron encomendados tienen carácter disciplinario y no participan de la naturaleza de las medidas represivas contempladas en el Código Penal de la Nación; por ende, no es de su esencia que se apliquen las reglas del derecho penal" (pueden verse en tal sentido: "Emebur Sociedad de Bolsa SA y otros c. UIF s/ Código Penal - Ley 25.246 - dec. 290/2007 - art. 25", causa 42.840/2013, sent. de fecha 14/08/2014; "Chevrolet SA de Ahorro para Fines Determinados y otros c. UIF s/ Código Penal - ley 25.246 - dec. 290/2007 - art. 25", causa 21.044/2016, sent. de fecha 09/05/2017; "Sergio Villella SA y otros c. UIF s/ Código Penal - ley 25.246 — dec. 290/2007 — art. 25", Causa 2342/2018, sent. de fecha 28/08/2018, sala II; "Andreo Alledo, Claudemir y otros c. UIF s/ Código Penal - ley 25.246 - dec. 290/2007 - art. 25", Causa 55.017/18, sent. de fecha 29/10/2019, sala II; "Banco Patagonia SA c. UIF s/ Código Penal - ley 25.246 - dec. 290/2007 - art. 25", causa 55.011/18, sent. de fecha 29/10/2019, sala II; entre otros). A lo expuesto cabe agregar lo resuelto por la Cámara en la causa "Banco de Galicia y Buenos Aires SA y otros c. UIF", en la cual aclaró que el concepto "pena de multa" utilizado en el art. 24 de la Ley 25.246 debe ser entendido como "sanción de multa". A esos efectos, sostuvo que "Las sanciones aquí aplicadas por la UIF (...) como parte del derecho administrativo sancionador, tienen una naturaleza preventiva y por tanto no participan de la naturaleza de las medidas represivas propias del derecho penal (...) Con esa orientación, en la doctrina se ha dicho, incluso, que la expresión 'pena' contenida en el art. 24, inc. 1º, de la ley debe interpretarse como sinónimo de 'sanción' (D'ALBORA, Francisco J. [h], 'Lavado de dinero y régimen penal administrativo', LA LEY 2003-C-1272)" ("Banco de Galicia y Buenos Aires SA y otros c. UIF - resol. 36/10, expte. 68/10", causa 10.763/2010, sent. de fecha 24/05/2016, sala I).

(242) En ese sentido, la Cámara ha resuelto en varias oportunidades que "(...) deviene improcedente la pretendida asimilación del especial régimen aplicable en la materia de autos con el derecho penal, en cuanto resulta claro que la sanción de multa es de naturaleza administrativa y no penal; lo que en nada obsta al debido resguardo de la defensa en juicio y la plena vigencia de las garantías propias del procedimiento sumarial —que se encuentra previsto en la resolución UIF 111/2012—, pero sí impide una traslación acrítica y en bloque de la normativa propia de la materia criminal" ("Emebur Sociedad de Bolsa SA y otros c. UIF s/ Código Penal - ley 25.246 - dec. 290/2007 - art. 25", causa 42.840/2013, sent. de fecha 14/08/2014; "Chevrolet SA de Ahorro para Fines Determinados y otros c. UIF s/ Código Penal - ley 25.246 - dec. 290/2007 - art. 25", causa 21.044/2016, sent. de fecha 09/05/2017; "Sergio Villella SA y otros c. UIF s/ Código Penal - ley 25.246 —

Con relación a los incumplimientos a la normativa en materia de PLA/FT, la Cámara sostiene que constituyen infracciones administrativas respecto de las cuales no puede convalidarse la aplicación indiscriminada de los principios que rigen el derecho penal **(243)**. Independientemente de la identidad o no entre los delitos y las infracciones administrativas, lo cierto es que se trata de dos figuras normativas distintas **(244)**, cuya configuración, en el caso de las infracciones, no requiere la existencia de un daño concreto **(245)** y tampoco

dec. 290/2007 — art. 25", Causa 2342/2018, sent. de fecha 28/08/2018 (sala II); "Andreo Alledo, Claudemir y otros c. UIF s/ Código Penal - ley 25.246 - dec. 290/2007 - art. 25", Causa 55.017/18, sent. de fecha 29/10/2019 (sala II); entre otros).

(243) En forma reiterada la CNFed. Cont. Adm. sostiene que "la inobservancia de las prescripciones contenidas en las normas que conforman el plexo normativo bajo examen (ley 25.246 y normas complementarias) constituyen infracciones administrativas; respecto de las cuales no puede convalidarse la aplicación indiscriminada de los principios que rigen en materia penal, teniendo en cuenta las particularidades del bien jurídico protegido por la normativa específica, lo que se ve reafirmado por la naturaleza preventiva del derecho administrativo sancionador, por contraposición con la represiva del derecho penal (dictamen de la Procuración General de la Nación, al que remitió la CS al resolver en autos: "Comisión Nacional de Valores c. Establecimiento Modelo Terrabusi SA s/ transferencia paquete accionario a Nabisco", el 24/04/2007, registrado en CS, Fallos: 330:1.855)" ("Emebur Sociedad de Bolsa SA y otros c. UIF s/ Código Penal - ley 25.246 - dec. 290/2007 - art. 25", causa 42.840/2013, sent. de fecha 14/08/2014; "Banco Macro SA y otros c. UIF s/ Código Penal - ley 25.246 - dec. 290/2007 - art. 25", causa 34745/2015, sent. de fecha 07/04/2016 (sala II); "Banco de Galicia y Buenos Aires SA y otros c. UIF - resol. 36/2010, expte. 68/10", causa 10.763/2010, sent. de fecha 24/05/2016, sala I; "Intl Cibsa Sociedad de Bolsa SA y otros c. UIF s/ Código Penal - ley 25.246 - dec. 290/2007 - art. 25", causa 57.204/2015, sent. de fecha 11/08/2016, sala II; "Banco de la Provincia de Buenos Aires c. UIF s/ Código Penal - ley 25.246 - dec. 290/2007 - art. 25", causa 380/2016, sent. de fecha 20/09/2016, sala II; "Magnanini, Rafael y otros c. UIF s/ Código Penal - ley 25.246 - dec. 290/2007 - art. 25", causa 449/2016, sent. de fecha 20/09/2016, sala II; "Chevrolet SA de Ahorro para Fines Determinados y otros c. UIF s/ Código Penal - ley 25.246 - dec. 290/2007 - art. 25", causa 21.044/2016, sent. de fecha 09/05/2017; "Sergio Villella SA y otros c. UIF s/ Código Penal - ley 25.246 — dec. 290/2007 — art. 25", Causa 2342/2018, sent. de fecha 28/08/2018, sala II; entre otros).

(244) En la causa "Banco de Galicia y Buenos Aires SA y otros c. UIF", la Cámara destacó que el delito y la infracción administrativa se diferencian, independientemente de su identidad o no, por tratarse de dos figuras normativas distintas. En ese sentido, sostuvo que: "(...) la violación al deber de reportar las operaciones sospechosas, impuesto a los sujetos obligados por la ley, constituye, por decisión Congreso Nacional, una infracción de naturaleza administrativa. Y como dice la doctrina, independientemente de identidad, proximidad o separación de los conceptos de delito e infracción administrativa, en la medida en que se trata de dos figuras normativas, "están a la libre disposición del legislador, que puede calificar a su arbitrio una acción como delito o como infracción" (NIETO, Alejandro, "Derecho Administrativo Sancionador", Ed. Tecnos, 2012, 5ª ed., p. 128) ("Banco de Galicia y Buenos Aires SA y otros c. UIF - resol. 36/2010, expte. 68/10", causa 10.763/2010, sent. de fecha 24/05/2016, sala I).

(245) Así, se ha sostenido que "(...) no se requiere daño concreto, sino simplemente el incumplimiento de lo prescripto por la ley. Son ilícitos denominados de 'pura acción' u 'omisión', y por tal motivo su apreciación es objetiva. Las normas legales imponen una conducta objetiva que debe ser respetada, bajo apercibimiento de las sanciones allí previstas..." (Véase CNFed. Cont. Adm., "Yecora, Fernando J. y otros c. UIF s/ Código Penal - ley 25.246 - dec. 290/2007 - art. 25", sent. de fecha 23/02/2016, Sala II. En un sentido similar puede verse "Banco Macro SA y otros c. UIF s/ Código Penal - ley 25.246 — dec. 290/2007 — art. 25", causa 13500/2017, sent. de fecha 18/07/2019; entre otros). La circunstancia de que no se requiera una afectación al bien jurídico tutelado tampoco afecta de ningún modo el principio de legalidad. Tal ha sido el criterio de la CNFed. Cont. Adm. al sostener que: "Cabe dejar de lado las afirmaciones relacionadas con la no afectación del bien jurídico, ya que, se trata de la constatación de un ilícito de carácter formal. La autoridad de aplicación considera suficiente riesgo la mera configuración de la conducta infraccional para aplicar una sanción, y ello se ajusta plenamente al principio de legalidad" (CNFed. Cont. Adm., "TARSHOP SA y otros c. UIF s/ Código Penal - ley 25.246 - dec. 290/2007 - art. 25", causa 47717/2018, sent. de fecha 03/07/2020, sala V). En sentido contrario a lo expuesto, el derecho penal sí exige la existencia de un daño concreto para la configuración del tipo penal. En este sentido, destacada doctrina ha expresado lo siguiente "(...) De esto se deriva un principio fundamental del garantismo penal: el principio de la inderogabilidad del hecho, expresando por la máxima nulla poena sine crimine, en virtud de la cual no se puede ser castigado por lo que se es, sino solamente por lo que se hace. La 'libertad', dice el art. 4º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, "consiste en poder hacer todo lo que no daña a los demás". "Por ello, se pueden configurar como delictivas, en garantía al mismo tiempo de las libertades y de la igual dignidad de las personas, solamente las acciones nocivas y no los sujetos nocivos. Y se pueden prohibir y castigar, en virtud de los principios de ofensividad y de estricta legalidad, únicamente los comportamientos lesivos (...) Gracias a esta precisión es posible articular el principio de ofensividad en dos subprincipios: el de

exige que el incumplimiento tenga cierta envergadura **(246)**.

En esa línea de pensamiento, la Cámara sostiene que el derecho administrativo sancionador se rige prioritariamente por sus propias normas, distinguibles del derecho penal, y que como ha señalado la CS, no se trata de la jurisdicción criminal propiamente dicha, ni del poder ordinario de imponer penas **(247)**. En rigor, los SO se encuentran sometidos a la actividad de policía de la UIF **(248)**, que cuenta con facultades asignadas por el Legislativo para reglamentar y sancionar las infracciones al régimen de PLA/FT **(249)**, con la finalidad de prevenir y

ofensividad en abstracto, que podría anclarse a la Constitución mediante una formulación del tipo 'nadie puede ser castigado por un hecho que no ofenda bienes jurídicos de relevancia constitucional'; y el de ofensividad en concreto, con el cual se podría establecer que 'nadie puede ser castigado por un hecho que, aun correspondiendo a un tipo normativo de delito, no produzca en concreto, al bien por este protegido, ningún daño o peligro'" (FERRAJOLI, Luigi, "El principio de lesividad como garantía penal", Nuevo Foro Penal, 79, ISSN 0120-8179, 2012. Puede verse pub. en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4136980.

(246) En materia penal, se ha sostenido que la lesión al bien jurídico tutelado es condición necesaria pero no suficiente para la habilitación de la potestad punitiva del Estado, ya que se requiere, además, que esa lesión tenga cierta envergadura. En ese sentido, la jurisprudencia ha resuelto que "(...) la Constitución Nacional, en cuanto en el art. 19 establece la distinción entre derecho y moral, se desprende el principio de lesividad, conforme al cual no puede haber tipo penal sin afectación a un bien jurídico o, en otros términos, no puede haber delito que no reconozca como soporte fáctico un conflicto que afecte bienes jurídicos ajenos. Empero, la lesión es condición necesaria pero no suficiente, puesto que no cualquier afectación amerita su categorización como delito y el consiguiente ejercicio del poder punitivo, sino que debe tratarse de una lesión significativa —real, ostensible y grave— ", y que "Los principios de insignificancia y de lesividad significativa imponen a los jueces abstraerse de soluciones dogmáticas alejadas de las particulares circunstancias del caso. Por ello, no resulta suficiente que un hecho determinado en una primera aproximación parezca subsumirse en un tipo penal, sino que resulta menester analizarlo a la luz de su lesividad concreta, su significancia social y la razonabilidad y proporcionalidad ínsitas al principio republicano, consideraciones tales que pueden motivar su exclusión del tipo, toda vez que el derecho penal a través de la tipificación de conductas no procura proteger todos los bienes jurídicos, ni aún aquellos que escoge —por su relevancia en determinado momento histórico—, los protege en toda su extensión, de modo tal que existen determinadas afectaciones a esos bienes que no superan el umbral requerido por la norma y por ello, quedan excluidos del tipo" (Ver voto del juez Morin, al que adhirieron los jueces Niño y Sarrabayrouse, en la causa "Cutule, Pablo A. s/ hurto en tentativa", Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, sala 2ª, sent. de fecha 10/07/2017). En el ámbito del derecho administrativo sancionador, en cambio, la teoría de la insignificancia no resulta aplicable (al respecto, puede verse FARRANDO, Ismael [h], "Los principios de legalidad, tipicidad y transparencia en las sanciones administrativas", RAP digital, 09/08/2012, Ed. Esp., cuestiones de intervención estatal, p. 545.) En el sentido expuesto, la CNFed. Cont. Adm. ha sostenido que "no podría afirmarse válidamente que los incumplimientos no llegan a tener una entidad suficiente para lesionar el bien jurídico tutelado, sobre la base de considerar que la conducta detectada habría sido 'insignificante'. En efecto, las normas legales imponen una conducta objetiva que debe ser respetada, bajo apercibimiento de las sanciones allí previstas" ("Daian, Sebastián A. y otro c. UIF s/ Código Penal - ley 25.246 - dec. 290/2007 - art. 25", causa 48.480/2019, sent. de fecha 13/08/2020, sala II; "Andreo Alledo, Claudemir y otros c. UIF s/ Código Penal - ley 25.246 - dec. 290/2007 - art. 25", causa 55.017/18, sent. de fecha 29/10/2019, sala II; "Banco Patagonia SA c. UIF s/ Código Penal - ley 25.246 - dec. 290/2007 - art. 25", causa 55.011/18, sent. de fecha 29/10/2019, sala II; entre otros).

(247) CNFed. Cont. Adm., "Intl Cibsa Sociedad de Bolsa SA y otros c. UIF s/ Código Penal - ley 25.246 - dec. 290/2007 - art. 25", causa 57.204/2015, sent. de fecha 11/08/2016 (sala II); "Banco de la Provincia de Buenos Aires c. UIF s/ Código Penal - ley 25.246 - dec. 290/2007 - art. 25", causa 380/2016, sent. de fecha 20/09/2016 (sala II); "Magnanini Rafael y otros c. UIF s/ Código Penal - ley 25.246 - dec. 290/2007 - art. 25", causa 449/2016, sent. de fecha 20/09/2016 (sala II).

(248) CNFed. Cont. Adm., "Banco de Galicia y Buenos Aires SA y otros c. UIF - resol. 36/2010 (expte. 68/10)", causa 10.763/2010, sent. de fecha 24/05/2016 (sala I). La Cámara sostuvo aquí que "Las sanciones aquí aplicadas por la UIF, a consecuencia de las infracciones, comportan, como ha señalado la Sala II —en un caso que exhibe sustancial analogía con el que aquí se examina—, el resultado del ejercicio del poder de fiscalización por parte del organismo habilitado por el Congreso Nacional (...) Esas sanciones, como parte del derecho administrativo sancionador, tienen una naturaleza preventiva y por tanto no participan de la naturaleza de las medidas represivas propias del derecho penal".

(249) En ese sentido, reiteradamente la CNFed. Cont. Adm. sostiene que "la actividad desplegada por la sancionada se encuentra sometida al poder de policía ejercido por la Unidad de Información Financiera se encuentra facultada para reglamentar y sancionar la inobservancia de las pautas acordadas que hacen, básicamente, al cumplimiento de concretas obligaciones informativas a cargo de los 'Sujetos Obligados' tendientes a —como ya se dijo— impedir la comisión de las trasgresiones señaladas" ("Eme-

disuadir las conductas reprochables, evitando la reiteración de los incumplimientos por parte de los SO **(250)**. Si bien se ha sostenido en algún caso en particular que la faz sancionatoria del derecho administrativo no se encuentra regida por los principios que gobiernan estrictamente el derecho penal **(251)**, ello no impide que estos mantengan su vigencia con ciertos matices, es decir, adaptados al campo que los importa **(252) (253)**, sobre todo en aquellos supuestos en los que el ordenamiento jurídico no brinde una solución específica al caso **(254)**.

---

bur Sociedad de Bolsa SA y otros c. UIF s/ Código Penal - ley 25.246 - dec. 290/2007 - art. 25", causa 42.840/2013, sent. de fecha 14/08/2014; "Sergio Villella SA y otros c. UIF s/ Código Penal - ley 25.246 — dec. 290/2007 — art. 25", Causa 2342/2018, sent. de fecha 28/08/2018, sala II; "Andreo Alledo, Claudemir y otros c. UIF s/ Código Penal - ley 25.246 - dec. 290/2007 - art. 25", Causa 55.017/18, sent. de fecha 29/10/2019, sala II; entre otros).

(250) CNFed. Cont. Adm., "Sergio Villella SA y otros c. UIF s/ Código Penal - ley 25.246 — dec. 290/2007 — art. 25", Causa 2342/2018, sent. de fecha 28/08/2018 (sala II); "Banco Macro SA y otros c. UIF s/ Código Penal - ley 25.246 — dec. 290/2007 — art. 25", causa 13500/2017, sent. de fecha 18/07/2019; "Andreo Alledo, Claudemir y otros c. UIF s/ Código Penal - ley 25.246 - dec. 290/2007 - art. 25", Causa 55.017/18, sent. de fecha 29/10/2019 (sala II); entre otros.

(251) CNFed. Cont. Adm., "Banco Comafi SA y otros c. UIF s/ Código Penal - ley 25.246 — dec. 290/2007 — art. 25", causa 475/2019, sent. de fecha 05/11/2019. Aquí, la Cámara Contencioso Administrativo Federal destacó que "la faz sancionadora del derecho administrativo no se encuentra regida por los principios que informan estrictamente el derecho penal (confr., CS, Fallos: 303:1776; 310:316; (...)", y agregó que incluso "La Corte Suprema de Justicia no ha convalidado la aplicación indiscriminada de los principios que rigen en materia penal, teniendo en cuenta las particularidades del bien jurídico protegido por la ley específica, temperamento reafirmado por la naturaleza preventiva del derecho administrativo sancionador, por contraposición con la represiva del derecho penal (confr., CS, Fallos: 330:1855, consid. VIII). Lo dicho encuentra fundamento en el hecho que el ejercicio de la potestad sancionatoria corresponde a la administración y el de la potestad criminal a la justicia (confr., JIMÉNEZ DE ASÚA, 'Tratado de Derecho Penal', t. I, p. 39, párr. 11), debiendo puntualizarse que aquella no tiene ni el rigor ni la inflexibilidad de las normas del Derecho Penal sustantivo (confr., VILLEGAS BASAVILBASO, 'Derecho Administrativo', t. III, p. 530, nro. 358), y que existen circunstancias irrelevantes en el ámbito penal que pueden no serlo en el administrativo (confr., Fallos 307:1282). De conformidad con lo expuesto, se ha señalado que el Derecho Administrativo tiene principios ignorados por el Derecho Penal, como la preponderancia del elemento objetivo sobre el intencional (confr., esta Cámara, Sala II, in re, 'Jacovella, Patricio', del 24/12/1991), y que la faz sancionatoria del Derecho Administrativo no se encuentra regida por los principios que informan estrictamente al Derecho Penal (confr., esta Sala, in re, 'B. A.', ya cit.; y, esta Cámara, Sala II, in rebus, 'Aceitera Chabas SA', del 23/10/1994, 'Vicentín SAIC c. Instituto Argentino de Sanidad y Calidad Vegetal', del 17/05/1994 y, 'Francisco López SA c. Instituto Nacional de Semillas', del 07/04/1994)".

(252) CNFed. Cont. Adm., Sala V, "Diners Club Argentina SRL Comercial y de Turismo y otros c. UIF s/ Código Penal - ley 25.246 - dec. 290/2007 - art. 25", Causa 2852/2017, sent. de fecha 14/03/2019. En esta causa, la Cámara sostuvo que "aun cuando es aceptable sostener la vigencia de los principios del Derecho Penal en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, se ha observado que ello no se traduce en una aplicación mecánica de los principios del Derecho Penal, sino 'con matices', lo cual significa que los principios penales deben ser debidamente adaptados al campo que los importa (Cita a Nieto 'los principios constitucionales inspiradores de toda actividad represiva del Estado [...] se van bifurcando y concretando en los distintos sectores: el penal, por un lado, y el administrativo, por otro')".

(253) En el mismo sentido que la citada causa "Diners", la CNFed. Cont. Adm. destacó en varias oportunidades que "el 'Régimen Penal Administrativo' de la Ley 25.246 contiene, en rigor, normas propias del Derecho Administrativo Sancionador, en el cual los principios penales son aplicables, aunque con matices; esto es, no resulta factible la transposición automática de los principios y criterios del Derecho Penal (v. en tal sentido, NIETO, Alejandro, 'Derecho Administrativo Sancionador', Ed. Tecnos, Madrid, 2000, ps. 174 y ss.)". (CNFed. Cont. Adm., "Hipódromo Argentino de Palermo SA y otros c. UIF s/ Código Penal - ley 25.246 — dec. 290/2007 — art. 25", causa 6044/2014, sent. de fecha 21/05/2015, sala V; entre otros).

(254) En varias causas en las cuales se discutía si la potestad sancionatoria de la UIF se encontraba prescripta o no, ya que, la Ley 25.246 no preveía un plazo específico para determinarlo (esta circunstancia fue resuelta con la reforma de la ley 26.683, que estableció el plazo de 5 años), las distintas salas de la CNFed. Cont. Adm. resolvieron aplicar el plazo de prescripción de 2 años contemplado en el Código Penal. A esos efectos señalaron, entre otras cuestiones, que "la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que los principios y reglas del derecho penal resultan aplicables en el ámbito de las sanciones administrativas (CS, Fallos: 290:202; 303:1548; 312:447; 327:2258; 329:3666; entre otros), siempre que la solución no esté prevista en el ordenamiento jurídico específico (CS, Fallos: 274:425; 296:531; 323:1620; 325:1702), en tanto aquellos principios y reglas resulten compatibles con el régimen jurídico estructurado por las normas especiales (CS, Fallos: 317:1541; entre otros)" (CNFed. Cont. Adm., "Banco Santander Río SA c. UIF s/ Código Penal - ley 25.246 — dec. 290/2007 — art. 25 - 29462/2015", causa 29460/2015, sent. de fecha

De acuerdo con esos lineamientos, podemos concluir que, independientemente de si existe una distinción ontológica (o no) entre los ilícitos penales y administrativos (y las respectivas penas y sanciones administrativas que se les aplican), para la jurisprudencia de la CNFed. Cont. Adm. las sanciones administrativas que impone la UIF tienen su propia naturaleza distinguible de la penal **(255)** y se caracterizan por tener una finalidad eminentemente preventiva **(256)**. Ello conlleva a que se rijan por sus propias reglas, siempre y cuando se resguarden las garantías del debido proceso, lo cual no impide, de to-

31/10/2016, sala III; "Banco de Galicia y Buenos Aires SA y otros c. UIF - resol. 36/2010, expte. 68/10", causa 10.763/2010, sent. de fecha 24/05/2016, sala I; "Banco Masventas SA c. UIF s/ Código Penal - ley 25.246 - dec. 290/2007 - art. 25", causa 28.562/2014, sent. de fecha 12/07/2016, sala I; "De Singlau, Freddy R. y otros c. UIF s/ Código Penal - ley 25.246 - dec. 290/2007 - art. 25", causa 28.563/2014, sent. de fecha 12/07/2016, sala I; "Intl Cibsa Sociedad de Bolsa SA y otros c. UIF s/ Código Penal - ley 25.246 — dec. 290/2007 - art. 25", causa 57.204/2015, sent. de fecha 11/08/2016, sala II; "Banco de la Provincia de Buenos Aires c. UIF s/ Código Penal - ley 25.246 - dec. 290/2007 - art. 25", causa 380/2016, sent. de fecha 20/09/2016, sala II; "Magnanini, Rafael y otros c. UIF s/ Código Penal - ley 25.246 - dec. 290/2007 - art. 25", causa 449/2016, sent. de fecha 20/09/2016, sala II; entre otros).

(255) Ello se condice además, con la solución adoptada por la propia CNFed. Cont. Adm. en ocasión de expedirse en sentido favorable a la constitucionalidad de la asignación de facultades reglamentarias y sancionatorias efectuada por Ley 25.246 a la UIF, por sostener, entre otras cuestiones, que no se trata de materias indelegables en razón de su naturaleza. En ese sentido —con cita a un precedente de la CS que había resuelto un cuestionamiento similar respecto de las facultades de la CNV— la Cámara sostuvo, en lo que aquí interesa, que: "En 'Comisión Nacional de Valores c. Establecimiento Modelo Terrabusi SA', la Corte Suprema, al tratar las facultades sancionatorias que fueron asignadas a la Comisión Nacional de Valores en la ley 17.811, estableció, también, diversas pautas rectoras: (...) Las atribuciones involucradas no son "indelegables en razón de su naturaleza (v. arts. 99, inc. 3º y 76, CN y Fallos 300:392, 443; 304:1898), desde que la resolución en estudio no regula materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos" (Véase, entre otras causas, "Banco de Galicia y Buenos Aires SA y otros c. UIF - resol. 36/2010, expte. 68/10", causa 10.763/2010, sent. de fecha 24/05/2016).

(256) Existe cierto consenso general en sostener que las sanciones administrativas tienen una función principalmente represiva, que supone un castigo al infractor (y que indirectamente cumple una función preventiva), buscando el cumplimiento voluntario de la normativa a los efectos de evitar sufrir el "mal" impuesto por la Administración en caso de no cumplir. En esos términos se ha sostenido que "la represión lleva implícita siempre una vocación de prevención en cuanto que, lo que se pretende es precisamente, por vía de la amenaza y admonición, evitar que se produzcan los supuestos que dan lugar a la sanción" (MARTÍN MATEO, Ramón, "Derecho ambiental", Madrid, 1977, p. 85, citado en FALBO, Aníbal, "La sanción administrativa ambiental", RDAmb., 2-39, en CAFFERATTA, Néstor A. [dir.], "Summa Ambiental", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, 1ª ed., t. II, p. 903). En el caso de las sanciones impuestas por la UIF, parecería ser que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Cámara, la función preventiva de la sanción ocupa un rol esencial y preponderante. La función represiva también se encuentra presente —por constituir la esencia de las sanciones administrativas en general— pero aparece de manera accesoria y subsidiaria. Ello resulta además acorde al propio sistema estructurado por el GAFI para combatir el LA/FT, el cual (como hemos dicho) se sustenta en dos frentes claves: la prevención y la aplicación (represión). La prevención tiene como objetivo disuadir a los delincuentes a utilizar ciertas instituciones (ej., entidades financieras, casinos, etc.) para lavar sus activos. En esta instancia tienen un rol central los organismos reguladores, que trabajan sobre ciertos elementos claves: la regulación, la supervisión y las sanciones administrativas. La aplicación (represión), en cambio, está diseñada para castigar a los delincuentes (y a sus socios en el blanqueo de capitales) cuando, a pesar de los esfuerzos de prevención, consiguen blanquear los rendimientos de su actividad delictiva. Los elementos claves de esta faz represiva son: la confiscación/embargo civil y/o penal, la tipificación del delito de lavado de activos y la financiación del terrorismo, la acción penal, la investigación y la condena penal. (Ver Cap. III del presente trabajo). Con la aplicación de las sanciones administrativas la UIF busca prevenir e intentar evitar que se cometan los delitos de LA/FT, por ello, es que, como hemos visto, para la configuración de la infracción no interesa la existencia de un daño concreto, y menos aún que se haya vulnerado el bien jurídico tutelado. Algo similar a lo expuesto, ocurre en otras ramas del derecho en las que se le da una particular importancia a la prevención. En el derecho ambiental, por ejemplo, se ha sostenido que "las sanciones administrativas constituyen actualmente uno de los principales instrumentos de que se vale nuestro ordenamiento jurídico para garantizar el cumplimiento de la normativa ambiental" y que "en una política eficaz del medio ambiente deben primar las medidas preventivas (...) dado que las medidas punitivas operan cuando la lesión al medio ambiente ya se ha consumado y su reparación resulta con frecuencia difícil o imposible". En efecto, "esta función de prevención que cumplen las medidas represivas resulta especialmente importante en ámbitos como el de la protección del medio ambiental, donde la aplicación de normas o medidas de interés general encuentra con frecuencia una gran resistencia por parte de particulares —e incluso de los propios órganos administrativos—, llevados por otro tipo de intereses de carácter económico o social (...)" (LOZANO CUTANDA, Blanca, "Derecho ambiental administrativo", Ed. SL Dykinson, España, 2009).

dos modos, que se apliquen con ciertos matices los principios del derecho penal, entre ellos, el principio de legalidad penal y los subprincipios que derivan de él **(257)**.

Ahora bien, más allá de lo dogmático, lo cierto es que existe cierta dificultad práctica en poder determinar con qué alcances se deberían aplicar los principios del derecho penal al derecho administrativo sancionador. La jurisprudencia reiteradamente suele sostener que su aplicación se debe realizar con "ciertos matices" o "adaptados al campo que los importa", pero no ahonda ni profundiza esos conceptos. En los puntos siguientes intentaremos profundizar y darles significado a esas nociones.

IV.3.b.ii. El principio de legalidad penal en la actividad sancionatoria de la UIF: su flexibilización

La esencia propia de la actividad sancionatoria de la UIF permite entender por qué los principios del derecho penal son aplicados con cierta flexibilidad en aquel ámbito. Concretamente, con relación al principio de legalidad penal, ya hemos visto anteriormente cuál es su contenido (v. cap. II) **(258)** y cómo se manifiesta en la órbita del derecho administrativo sancionador (v. cap. II) **(259)**, fundamentalmente en lo que respecta a una de sus principales derivaciones, como lo es el principio de tipicidad **(260)**.

(257) En definitiva, tal como sostiene Balbín, la potestad sancionatoria de la Administración está alcanzada por los principios y las garantías del Derecho Penal, "por un lado, porque constituye una expresión del poder represivo del Estado y, por el otro, porque el desarrollo dogmático del Derecho Penal es mucho mayor que el del Derecho Administrativo sancionador y, en particular, el Derecho Penal creó técnicas y herramientas de garantía de los derechos individuales de mayor entidad", lo que en nada obsta a pensar, según el propio autor, "que el Derecho sancionador debe crear sus propias técnicas y consecuentemente reemplazar los instrumentos prestados por el Derecho Penal porque aun cuando parten de principios comunes, es decir, un tronco común, el desarrollo de este conocimiento jurídico debe ser matizado con los principios, reglas e institutos propios y específicos del Derecho Administrativo" (BALBÍN, Carlos F., "Curso de Derecho Administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, 1ª ed., 1ª reimp., p. 802).

(258) En el cap. II hemos sostenido que el principio de legalidad penal se manifiesta a través de cuatro formas: 1. La exigencia de una ley previa, que establezca los tipos penales y las penas, garantizando la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal; 2. La exigencia de una ley cierta, que requiere que la ley penal se formule en términos claros, impidiendo que existan leyes difusas o indeterminadas, y requiriendo en tal sentido que se ponga de manifiesto qué es lo efectivamente prohibido y cuál es la consecuencia penal imputada. En tal sentido, el legislador debe usar formas inequívocas, y no vagas; 3. La necesidad de que exista una ley escrita, como única fuente de creación de delitos y penas, excluyendo a la costumbre como fuente para calificar una conducta como delito; 4. La exigencia de la ley estricta, que impone como requisito un alto grado de precisión en la formulación de la ley penal y excluye la analogía en cuanto perjudique al reo; exigiéndose que la ley determine de forma suficientemente diferenciada las distintas conductas punibles y las penas que pueden acarrear.

(259) En ese sentido, hemos señalado en el cap. II, que en el ámbito del derecho administrativo sancionador, la exigencia de la ley previa cobra también especial relevancia. En efecto, la norma en que se funda el ejercicio de la potestad sancionadora debe contar con el debido sustento legal, no siendo admisible la creación ex novo de un régimen sancionatorio por parte de la autoridad administrativa. Sin perjuicio de ello, se permite que una vez precisados por ley los hechos punibles y las penas a aplicar, se delegue en ciertos órganos administrativos la reglamentación de las circunstancias o condiciones concretas de las acciones reprimidas y los montos a aplicar dentro de un máximo y un mínimo. Con relación a sus alcances, Balbín considera que el precepto legal debe contener necesariamente el desarrollo del núcleo. Es decir, el Congreso no puede no ningún caso delegar el poder de regular el núcleo sancionatorio. Sin embargo, es claro que el Ejecutivo puede, por mandato constitucional, completar los detalles de la ley. Entonces, el punto central para el autor es la fijación del paso fronterizo entre el núcleo y los detalles. Balbín agrega que el precepto legal sancionador es constitucional cuando puede ser aplicado por sí mismo porque en tal caso cumple con los presupuestos mínimos esenciales. El operador debe inferir desde el propio texto legal —con un grado de certeza suficiente— cuál es la acción y omisión que exige el ordenamiento y cuál es la consecuencia en caso de incumplimiento de ese mandato (BALBÍN, Carlos F., "Tratado de Derecho Administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, ps. 759-60).

(260) Al respecto, hemos destacado que el principio de tipicidad constituye una de las principales derivaciones del principio de legalidad penal y que, en razón del mismo, se impide que el poder judicial sancione hechos o aplique sanciones que estén más allá de los presupuestos normativos, exigiéndosele al legislador y a la Administración que sus imperativos se exterioricen en "normas concretas, precisas, claras e inteligibles". En materia sancionatoria la intensidad de este principio tiende a flexibilizarse, admitiéndose por ejemplo el empleo de conceptos jurídicos indeterminados y un marco de cier-

Ahora bien, como señalábamos, en la práctica son muchos los casos en los que se cuestiona la violación a estos principios, resultando muchas veces difícil poder determinar el grado de flexibilización que estos podrían o deberían admitir. Es lógico que esto suceda, ya que, por ejemplo, es inevitable que exista cierta tensión entre el nivel de precisión y claridad que el principio de tipicidad penal presupone, y la utilización de conceptos jurídicos indeterminados a los cuales la Administración (y, por supuesto, la UIF) suele recurrir como técnica para la regulación de ciertas actividades.

En el marco descripto, y previo a analizar cómo es que el principio de legalidad penal se aplica a la actividad sancionatoria de la UIF con contornos totalmente propios, hemos considerado necesario referirnos primero, en el punto siguiente y muy brevemente, cómo aquel principio incide en la estructura de las normas penales y su contenido.

IV.3.b.ii.1. Estructura y contenido de las normas de naturaleza penal

Sostiene D'Albora (h.) que las normas penales "reconocen dos elementos bien definidos: el precepto y la sanción. El precepto no es otra cosa que la descripción sintética de un modo de conducta, en tanto que la sanción es la consecuencia jurídica asociada al precepto" **(261)**. Todos los delitos tipificados en el Código Penal deben necesariamente contener esta estructura.

De esa forma, vemos por ejemplo en el delito de lavado de activos que "el que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare, disimulare o de cualquier otro modo pusiere en circulación en el mercado, bienes provenientes de un ilícito penal, con la consecuencia posible de que el origen de los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito (...)" será "reprimido con prisión de tres [3] a diez [10] años y multa de dos [2] a diez [10] veces del monto de la operación" (art. 303, Cód. Penal). La primera parte constituye el precepto [tipo penal **(262)**] y la segunda parte contiene la consecuencia (la pena), que debe estar siempre asociada al primero.

Sin embargo, en el derecho penal no alcanza solo con que las normas contengan esa estructura determinada. El principio de tipicidad (derivado directo del de legalidad) exige, además, que, en cuanto a su contenido, esas normas sean "concretas, precisas, claras e inteligibles" **(263)**.

Ambas exigencias (estructura y contenido determinado), que en el derecho penal operan de modo sumamente estricto, son adaptadas al derecho administrativo sancionador con cierto grado de flexibilidad, tal como veremos a continuación.

IV.3.b.ii.2. Estructura de las normas que integran el régimen de PLA/FT: complementación del hecho típico por vía reglamentaria y disociación entre el tipo infraccional y la sanción

En términos generales, la estructura de las normas que regulan el sistema de PLA/FT ha sido cuestionada desde dos enfoques distintos:

a. De un lado, se ha cuestionado que la ley 25.246, si bien dispone la pena a aplicar, necesita, para la determinación del hecho típico de una norma complementaria dictada por la UIF, circunstancia que —para cierto sector— vulneraría el principio de legalidad, por cuanto los tipos penales no podrían ser integrados por disposiciones de jerarquía inferior a la ley. Quienes sostienen esta postura, consideran entonces, que la propia ley debería describir cada uno de los hechos típicos que —una vez incumplidos— constituirían una infracción, y que de ningún modo ello debería ser completado mediante normas de naturaleza administrativa.

No obstante ese cuestionamiento, la jurisprudencia de la CNFed. Cont. Adm. ha sido muy contundente al sostener que en virtud de las características propias del derecho admi-

ta discrecionalidad, siempre que se respete la garantía constitucional de la ley previa.

(261) D'ALBORA (H.), Francisco J., "Introducción al Derecho Penal Económico", LA LEY, 1996-D, 1192.

(262) El tipo penal es la descripción precisa de las acciones u omisiones que son consideradas como delito.

(263) BACIGALUPO, Enrique, "La problemática constitucional de las leyes penales en blanco y su repercusión en el Derecho penal económico", en Curso Derecho penal económico, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 39.

nistrativo sancionador, "se admite que esa descripción pueda ser complementada por medio de disposiciones reglamentarias, así como un cierto margen de indeterminación e, inclusive, la utilización de cláusulas generales o fórmulas residuales que cubran de manera completa el ámbito de la prohibición legal, o la remisión casi absoluta al reglamento y, además, la posibilidad de elección dentro de un repertorio o clase más o menos amplia de sanciones", ya que, "si se reservara al legislador la determinación de los múltiples supuestos de hecho que configuran infracciones administrativas, se frustraría la finalidad de la norma y se tornaría inoperante la potestad sancionatoria, al hacer depender su ejercicio del riguroso requisito de la tipicidad. Así, en tanto las contravenciones de orden administrativo no equivalen a las conductas que merecen reproche criminal, no cabe exigir a su respecto la precisión en la descripción del obrar antijurídico, en tanto no son comparables, en significación y gravedad, las consecuencias previstas en uno y otro régimen".

Por lo demás, "la mera indeterminación en el tipo sancionatorio administrativo no implica violación del principio de legalidad ya que, no comporta, en sí misma, la habilitación implícita al órgano sancionador para llenarlo con el contenido que le dicte su libre y cambiante arbitrio (CS, Fallos: 329:3617) (...) En definitiva, la exigencia de descripción previa de la conducta prohibida, no es aplicable en el ámbito sancionador con el rigor que es menester en el ámbito penal (doc. CS, Fallos: 321:2086)" **(264)**.

Tal como hemos destacado *ut supra* (v. cap. II), la propia CS también ha reconocido que frente a materias que "presentan contornos o aspectos peculiares, distintos y variables que impiden al legislador prever anticipadamente la concreta manifestación que tendrán los hechos (...) una vez establecida la política legislativa, no resulta irrazonable el reconocimiento de amplias facultades reglamentarias al órgano ejecutivo" **(265)**. Tal sería el caso de aquellas cuestiones como las cambiarias, económicas, financieras, etc., que resultan "por esencia movedizas y proteicas", frente a las cuales "resulta indispensable disponer de un instrumento ágil que pueda describir con rapidez conductas públicamente dañosas y, a la vez, desincriminar otras que han dejado de serlo" **(266)**. Esta circunstancia puede verse reflejada en un sistema como el de PLA/FT, cuya dinámica, complejidad y heterogeneidad sobrepasa en muchas ocasiones las capacidades propias del legislador **(267)**.

b. Desde otra perspectiva, lo que se ha cuestionado en varias ocasiones es que la sanción dispuesta en el art. 24 **(268)** de la ley 25.246 no resulta aplicable a las obligaciones contempladas en el art. 21, inc. a) **(269)** de dicha ley. Ese no ha sido, de todos modos, el criterio sostenido por la CNFed. Cont. Adm., en cuanto reiteradamente ha señalado que "la interpretación que intentan los recurrentes sobre la citada norma de modo alguno es plausible. En efecto, cuando el art. 24, inc. 1º, de la ley 25.246 estipula que se sanciona con multa a la persona que actúe como órgano o ejecutor de una persona jurídica o la persona de existencia visible que "incumpla alguna de las obligaciones ante la Unidad

(264) Ver la causa de la CNFed. Cont. Adm., Sala II, "Banco de la Provincia de Buenos Aires c. UIF s/ Código Penal - ley 25.246 - dec. 290/2007 - art. 25", a la cual ya nos hemos referido en distintas ocasiones.

(265) Fallos 199:483; 246:345; 300:392; 304:1898 y 315:942.

(266) Fallos 300:392.

(267) Esto fue reconocido por la CNFed. Cont. Adm., en la citada causa "Banco de Galicia y Buenos Aires SA y otros c. UIF - resol. 36/2010 (expte. 68/10)" en la cual sostuvo: "Si bien es cierto que el incumplimiento de la obligación de informar remite a un supuesto de tipo infraccional en blanco, no es menos cierto —como ha dicho la doctrina— que esa circunstancia obedece a la heterogeneidad de los sujetos obligados por el art. 20 de la ley, la que conspira contra la posibilidad de establecer un denominador común al momento de regular el cumplimiento de las obligaciones de informar operaciones sospechosas, ni es menos cierto, tampoco, que acordar un texto legal que comprendiese las 'particularidades específicas de un conjunto de actividades tan disímiles sobrepasa largamente las reales posibilidades legisferantes' (D'Albora, ob. cit.)".

(268) El art. 24 de la Ley 25.246 establece, en su parte pertinente, que "la persona que actuando como órgano o ejecutor de una persona jurídica o la persona de existencia visible que incumpla alguna de las obligaciones ante la Unidad de Información Financiera (UIF) creada por esta ley, será sancionada con pena de multa de una [1] a diez [10] veces del valor total de los bienes u operación a los que se refiera la infracción (...)".

(269) Estas obligaciones son las que le exigen al SO realizar una debida diligencia sobre sus clientes.

de Información Financiera", no está excluyendo al incumplimiento de la obligación de recabar información previsto en el art. 21, inc. a) de la ley". Se advierte, pues, que "claramente el texto del art. 24, inc. 1º de la ley 25.246 sanciona con multa el incumplimiento de las obligaciones dispuestas en los artículos precedentes, sin efectuar la distinción alegada por los recurrentes. Por lo tanto, la sanción de multa prevista en el artículo mencionado resulta aplicable al incumplimiento por parte de los recurrentes a las obligaciones previstas en la ley 25.246 y la resolución UIF 16/2012" **(270)**.

Es decir que el criterio establecido en el párrafo anterior conduce a la posibilidad de sostener la validez de la estructura de una norma, aun cuando esta no vincule a cada tipo infraccional una sanción concreta determinada. Ello se condice, además, con la interpretación dada por la CS en la causa "Colegio de escribanos de la PBA c. UIF", en cuanto expresamente sostuvo que "el derecho administrativo sancionatorio puede manejarse por sus características definitorias con cierta relatividad en determinados aspectos, como la estructura típica (...)".

Lo anteriormente expuesto permite advertir que la estructura de las normas que componen el sistema de PLA/FT admite cierta flexibilidad que el derecho penal no tolera: por un lado, respecto a la integración de los tipos infraccionales definidos por ley, que pueden ser completados luego mediante el dictado de las normas administrativas correspondientes, y, por el otro, mediante el establecimiento de sanciones que no requieren estar asociadas a cada hecho típico en particular.

Pero la cuestión no termina allí, ya que, en muchas ocasiones, como veremos a continuación, lo que se cuestiona no es la estructura de la norma en sí, sino más bien el grado de precisión con el que se describe la conducta tipificada como infracción.

(270) CNFed. Cont. Adm., sala II, "Sergio Villella SA y otros c. UIF s/ Código Penal - ley 25.246 — dec. 290/2007 — art. 25", Causa 2342/2018, sent. de fecha 28/08/2018. En un sentido similar pueden verse los autos "Banco Macro SA y otros c. UIF s/ Código Penal - ley 25.246 — dec. 290/2007 — art. 25", causa 13500/2017, sent. de fecha 18/07/2019; entre otros.

IV.3.b.ii.3. Contenido de las normas del régimen de PLA/FT: flexibilización del principio de tipicidad. Su compatibilidad con la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados

Tal como hemos adelantado, la certeza y precisión que requiere el principio de tipicidad en la descripción de los hechos infraccionales puede muchas veces entrar en conflicto con la utilización de ciertos conceptos jurídicos indeterminados a los cuales la Administración suele recurrir para regular ciertas actividades. Ciertamente, parece difícil que conceptos tales como "precisión" **(271)** puedan ser compatibles con nociones tales como "indeterminación" **(272)**.

Sin embargo, es necesario comprender cuál es el sentido que en el derecho administrativo se ha dado a la llamada técnica de los conceptos jurídicos indeterminados. En efecto, esta doctrina constituye un importante esfuerzo tendiente a colocar límites a la discrecionalidad administrativa **(273)** y se funda, como sostiene Grecco, en que solo un pequeño número de conceptos hallables en las normas resultan determinados con relativa precisión. Excluyendo a los conceptos numéricos o a aquellos definidos explícitamente, el resto exige una previa determinación **(274)**. Según esta teoría, el concepto jurídico indeterminado solo admite en su concreción una sola solución justa, con lo cual se opone a la llamada discrecionalidad, cuya esen-

(271) La Real Academia española (RAE) define al concepto preciso como algo "perceptible de manera clara y nítida".

(272) La RAE define al concepto indeterminado como algo que "no determinado, o que implica ni denota determinación alguna" o "que no es concreto ni definido".

(273) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo — FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, "Curso de derecho administrativo", t. I, ps. 455 y ss.

(274) Así, "conceptos tales como idoneidad o reconocida aptitud, medidas necesarias, integridad moral (...) no toleran su encuadramiento automático dentro del esquema prevenido por la norma sino que ineludiblemente requieren de un enjuiciamiento previo del operador jurídico para precisar si concretamente concurre el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica, contemplados de manera determinada" (GRECCO, Carlos M., "La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y la fiscalización judicial de la actividad administrativa", LA LEY, 1080-D, 1306).

cia es la libertad de elección entre varias alternativas igualmente válidas **(275)**.

La ley 25.246 y las normas dictadas por la UIF contienen varios conceptos de esa naturaleza. Esta fue de hecho una de las razones que dieron origen a la causa "Colegio de Escribanos PBA c. UIF", en la cual, el juez Lorenzetti, en su voto en disidencia se pronunció por la inconstitucionalidad de las normas cuestionadas **(276)**, por considerar justamente que su utilización atentaba en principio contra la especificidad y objetividad necesaria en este tipo de disposiciones **(277)**. Sin embargo, ese no fue el criterio de la mayoría, que admitió una mayor flexibilidad del derecho administrativo sancionador respecto al derecho penal **(278)**, concluyendo que en el caso puntual las normas cuestionadas no habían vulnerado los arts. 18 y 19, CN.

A su vez, en el precedente de la CIDH **(279)** al que la mayoría siguió en sus lineamientos, expresamente se señaló que "los problemas de indeterminación no generan, *per se*, una violación a la Convención" **(280)**, pauta que resulta de indudable importancia a la hora de interpretar los alcances de la Convención Americana de Derechos Humanos **(281)**.

Ahora bien, en otros supuestos puntuales, lo que se ha cuestionado no ha sido propiamente la utilización de conceptos jurídicos indeterminados, sino más bien la falta de precisión de ciertas normas que por ejemplo no contemplaban con exactitud el plazo dentro del cual debía

(275) SESIN, Domingo, "El contenido de la tutela judicial efectiva con relación a la actividad administrativa discrecional, política y técnica", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, República Argentina, 2011. Disponible en: http://secretarias.unc.edu.ar/acaderc.doctrina/articulos/artcontenidotutelajudicialefectiva.

(276) Como destacamos anteriormente, allí sostuvo que "a los fines expresados en el considerado 6º, resulta importante resaltar que la normativa precedentemente citada exige que se informe una operación sospechosa, conforme con los usos y costumbres, lo cual obliga a los escribanos a realizar un juicio que excede su función y ubica, además, a los terceros en una posición dependiente de su discrecionalidad. Para arrojar precisión se dice que es sospechoso lo que presenta una falta de justificación económica o una complejidad jurídica inusitada, definiciones que no presentan una adecuada precisión para el sujeto obligado. Conceptos de esas características requieren una serie de determinaciones que, en el mejor de los supuestos, puede hacer el intérprete final de la norma; es decir, el juez. Pero en el caso, ese juicio de concretización está a cargo del escribano, o de la Unidad de Información Financiera y, además, sin control alguno de las partes. Es, entonces, un criterio muy abierto y opinable lo que puede calificarse como sospechoso" (consid. 8º).

(277) Expresamente señaló lo siguiente: "a mayor abundamiento, debe señalarse que la técnica utilizada en la redacción de las normas impugnadas acude a una importante cantidad de conceptos jurídicos indeterminados —tales como 'usos y costumbres', 'experiencia e idoneidad', 'buena fe'— los que, en principio, atentan contra la especificidad y objetividad necesaria en este tipo de disposiciones jurídicas" (consid. 13).

(278) En tal sentido, recordaron "que si bien el derecho administrativo sancionatorio puede manejarse por sus características definitorias con cierta relatividad en determinados aspectos, como la estructura típica, la graduación de las sanciones y ciertas particularidades procedimentales que serían inadmisibles en un enjuiciamiento penal jamás puede apartarse del respeto a la garantía constitucional de la ley previa" (consid. 10).

(279) CIDH, "López Mendoza vs. Venezuela" (sentencia del 1º de septiembre de 2011).

(280) En tales términos la CIDH sostuvo que "los problemas de indeterminación no generan, per se, una violación a la Convención, es decir, que el hecho de que una norma conceda algún tipo de discrecionalidad no es incompatible con el grado de previsibilidad que debe ostentar la norma, siempre y cuando el alcance del a discrecionalidad y la manera en que debe se debe ejercer sea indicado con suficiente claridad con el fin de brindar una adecuada protección para que una interferencia arbitraria no se produzca" (v. pto. 202 de la sentencia). Cabe señalar que la opinión de la CIDH encuentra sustento en una causa del TEDH, en la cual se sostuvo, del mismo modo, que: "A law which confers a discretion is not in itself inconsistent with the requirement of foreseeability, provided that the scope of the discretion ante the manner of its exercise are indicated with sufficient clarity, hacing regard to the legitimate aim of the measure in question, to give the individual adequate protection against arbitrary interference" (ECHR, "Case Olsson vs. Sweden", Judgment of 24/03/1988, Serie A no. 130. para 62). Debemos aclarar que este punto en particular no fue transcripto por los jueces de la CS en la causa "Colegio de Escribanos de PBA c. UIF", pero por su importancia hemos decidido agregarlo aquí.

(281) Recordemos que, para la CS, la interpretación que la CIDH realiza sobre los alcances de la Convención Americana de Derechos Humanos constituye una "insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos" (CS, "Mazzeo, Julio y otros", Fallos 330:3248).

cumplirse una obligación. Este tipo de planteos no ha tenido tampoco acogida favorable por parte de la CNFed. Cont. Adm., que en términos generales ha tenido un criterio flexible al momento de controlar la precisión y certeza que deben contener las normas de la UIF **(282)**.

Retomando entonces, el planteo que hacíamos al comienzo de este punto, podríamos decir que la precisión que exige el principio de tipicidad (propio del derecho penal) no resulta *a priori* incompatible con la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados (propia del derecho administrativo), lo que no implica, en esa inteligencia, que la Administración (y en este caso la UIF) pueda valerse, mediante la utilización de esa técnica, de criterios arbitrarios e ilegítimos.

A fin de evitar caer en un uso arbitrario de este tipo de conceptos, la doctrina ha establecido ciertas pautas de interpretación que permiten subsumir los hechos concretos en las normas **(283)**. Así, aplicando la técnica al concepto "operación sospechosa", se advierte una zona de certeza positiva (ciertas operaciones indudablemente inusuales, de complejidad inusitada o injustificables que quedan comprendidas claramente en el concepto); una zona de certeza negativa (operaciones que por su irrelevancia, regularidad, etc., no generan sospecha alguna); y un "halo del concepto" o "zona intermedia" en la cual se inscribirán una serie de conductas que podrían dar lugar a una u otra interpretación **(284)**.

---

(282) En la causa "Banco Piano c. UIF", la sala IV de la CNFed. Cont. Adm. sostuvo que: "la UIF tuvo por probado que, al momento de efectuarse la inspección, el banco no generaba las alertas de las cooperativas que efectuaban descuento de cheques de manera oportuna; y que no se identificaba a los endosantes de los cheques. Si bien reconoció que la norma no establece ni se inmiscuye en la "oportunidad" de realización de las alertas, ámbito en el cual las entidades financieras gozan de cierta discrecionalidad, lo cierto es que tanto su monitoreo como su generación debía efectuarse en el momento más eficiente para mitigar el riesgo de lavado de activos y financiamiento del terrorismo de dicha operatoria (...)". Es decir, que aun cuando la norma no establecía el plazo para generar las alertas y dejaba librado al ámbito discrecional del SO su efectivo cumplimiento, la CNFed. Cont. Adm. convalidó el criterio de la UIF en el sentido de tener por configuraba la infracción. Esta circunstancia demuestra que el criterio de la Cámara a la hora de controlar la certeza y precisión que deberían contener las normas es sumamente flexible, por no decir cuestionable (ver causa "Banco Piano SA y otros c. UIF s/ Código Penal - ley 25.246 — dec. 290/2007 — art. 25", causa 31985/2019, sent. de fecha 15/09/2020, sala IV).

(283) Domingo Sesin cita un ejemplo: la declaración de interés histórico de un inmueble, que autoriza genéricamente el orden normativo, es susceptible de ocasionar tres alternativas distintas: a) una opción positiva al no existir dudas sobre le interés histórico; b) una opción negativa, ante la seguridad de la falta de interés; y c) una zona de penumbra que se ubica entre ambas, en cuanto existen razonables dudas sobre si el edificio reviste o no interés histórico. Las hipótesis a) y b) de denominan respectivamente "zona de certeza positiva y negativa", mientras que la c), "halo del concepto" o "zona de dudas". Esta última es el ámbito de imprecisión o indeterminación que es menester clarificar al momento de su concreción práctica, teniendo presente la distancia al núcleo positivo o negativo del concepto. La pregunta fundamental que cabe formularse —para Sesin— es cómo se integra un concepto jurídico indeterminado, si a través de la hermenéutica interpretativa o del ejercicio de la discrecionalidad. La respuesta es por demás relevante para advertir el alcance del control judicial que corresponde realizar según se utilice uno u otro instrumento integrador del concepto. Sobre este punto en particular, volveremos al momento de desarrollar el cap. VI, relativo a los alcances del control judicial. (SESIN, Domingo, "El contenido de la tutela judicial efectiva con relación a la actividad administrativa discrecional, política y técnica", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina).

(284) CANDA, Fabián, "El régimen penal administrativo de la ley 25.246 de Encubrimiento y Lavado de Activos de Origen Delictivo", en BERTAZZA, Humberto J. — D'ALBORA, Francisco J. (h) (dirs.), Tratado de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo: prevención, investigación y represión, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, 1ª ed., ps. 272-273. Para el autor, el SO será responsable por no informar operaciones indudablemente sospechosas (zona positiva) y carecerá de toda responsabilidad por no informar operaciones indudablemente no sospechosas (zona negativa del concepto). En cuanto a los supuestos que se presentan en la zona de incertidumbre, en la medida que —según Canda— son el producto de una operación volitiva, lo que hace el aplicador en estos casos es llenar el contenido semántico de la zona de vaguedad del concepto; esto es, en definitiva, perfeccionar o —dicho plásticamente— densificar un concepto vago como paso previo indispensable para poder subsumir bajo el mismo el candidato neutral en cuestión. Sostiene que son "candidatos neutrales" todos aquellos fenómenos respecto de los cuales no es posible afirmar sin lugar a dudas si están comprendidos o no dentro del concepto (el autor cita a BACIGALUPO, Mariano, "La discrecionalidad administrativa", Monografías jurídicas, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 200).

Para Canda, es en esta última "zona de incertidumbre" en la cual cobrarán importancia otros conceptos indeterminados también proporcionados por el legislador para valorar las operaciones en cuestión, tales como los *usos y costumbres* de la actividad que se analiza y la *experiencia e idoneidad* de quien valora la operación. Estos elementos complementarios sirven para reducir el halo del concepto, pues la exigencia de detección de la operación sospechosa se acrecentará si aquella excede los usos y costumbres y, también, si quien la valora cuenta con experiencia e idoneidad relevantes **(285)**.

El autor citado en el párrafo anterior considera que el acotamiento de este tipo de conceptos deviene indispensable por medio de la técnica que distingue entre aquellas tres zonas (negativa, positiva e intermedia), y sostiene, además, que si se acepta que cuando la técnica se aplica a las decisiones de la Administración estas deberían gozar de una cierta presunción en favor de su juicio dentro del "halo" del concepto, con mucha más razón habrá de concederse esa misma presunción cuando quien actúa es un particular al que se le requiere colaboración en una actividad de policía que propende a la protección del orden social general **(286)**.

Es importante tener en cuenta también que conforme lo establece la propia ley 25.246 **(287)** el cumplimiento de buena fe del deber de informar por parte de los SO los eximirá de responsabilidad, buena fe que debe presumirse en favor de aquellos y solo en caso de verificarse su ausencia podrá imputarse una falta de colaboración pasible de sanción administrativa **(288)**.

Sentado todo lo anterior, pasaremos en el capítulo siguiente a analizar las particularidades que presentan las Resoluciones que viene dictando la UIF desde el año 2017 con base en los nuevos estándares internacionales fijados por el GAFI, intentando verificar su grado de compatibilidad con el criterio establecido por la CS en "Colegio de Escribanos", y repensando, a partir de allí, cuáles son los desafíos que tiene el Organismo antilavado hacia el futuro.

V. Principio de legalidad en el nuevo marco normativo en materia de PLA/FT

V.1. Las nuevas Recomendaciones del GAFI (2012)

V.1.a. Hacia a un Enfoque Basado en Riesgo (EBR)

Las Recomendaciones del GAFI han ido sufriendo distintas modificaciones desde su creación en el año 2000 a la fecha. Una de las modificaciones más importantes tuvo lugar en febrero de 2012, cuando fueron unificadas en un solo texto las cuarenta [40] Recomendaciones y las nueve [9] Recomendaciones especiales, que abarcaron en su conjunto todas las cuestiones atinentes al lavado de activos, a la financiación del terrorismo y a la financiación de la proliferación de armas de destrucción masiva.

Esa unificación no solo significó un cambio de forma y estructura, sino además, fundamentalmente, un fuerte viraje en cuanto a su contenido, ya que, incorporó como nuevo elemento esencial del sistema de PLA/FT al Enfoque Basado en Riesgo (EBR) **(289)**.

(285) CANDA, Fabián, "El régimen penal administrativo de la ley 25.246 de Encubrimiento y Lavado de Activos de Origen Delictivo", en BERTAZZA, Humberto J. — D'ALBORA, Francisco J. (h) (dirs.), Tratado de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo: prevención, investigación y represión, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, 1ª ed., p. 272.

(286) CANDA, Fabián, "El régimen penal administrativo de la ley 25.246 de Encubrimiento y Lavado de Activos de Origen Delictivo", en BERTAZZA, Humberto J. — D'ALBORA, Francisco J. (h) (dirs.), Tratado de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo: prevención, investigación y represión, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, 1ª ed., p. 276.

(287) En ese sentido, el propio art. 18 de la ley 25.246 expresamente establece que: "El cumplimiento, de buena fe, de la obligación de informar no generará responsabilidad civil, comercial, laboral, penal, administrativa, ni de ninguna otra especie".

(288) CANDA, Fabián, "El régimen penal administrativo de la ley 25.246 de Encubrimiento y Lavado de Activos de Origen Delictivo", en BERTAZZA, Humberto J. — D'ALBORA, Francisco J. (h) (dirs.), Tratado de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo: prevención, investigación y represión, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, 1ª ed., p. 276.

(289) Si bien es cierto que antes de las reformas introducidas en el año 2012 el EBR estaba disperso en varias Recomendaciones del GAFI y que existían guías creadas con la finalidad de generar un entendimiento común so-

En tal sentido, la nueva Recomendación N.º 1 del GAFI **(290)** exige a los países dos obligaciones distintas y complementarias entre sí: por un lado, estos deben realizar su propia Evaluación Nacional de Riesgos en materia de PLA/FT, y por el otro, deben exigir a los propios SO que realicen una autoevaluación de sus riesgos. Como veremos más adelante, ambas obligaciones están íntimamente relacionadas entre sí, de manera tal que cada categoría de SO, al momento de evaluar sus riesgos, deberá antes nutrirse de la información brindada por la Evaluación Nacional de Riesgos y, a partir de allí, construir su matriz de riesgo. Previo a ahondar en la cuestión, repasaremos algunos conceptos esenciales para comprender en qué consiste el EBR.

V.1.b. ¿Qué es el EBR? ¿Cuál es su finalidad?

El EBR en materia de PLA/FT significa establecer como eje del sistema que "los países, las autoridades competentes, y las instituciones financieras identifiquen, evalúen y entiendan los riesgos de LA/FT a los que están expuestos y adopten las medidas de ALA/CFT acordes a esos riesgos con el fin de mitigarlos de manera efectiva" **(291)**.

Es decir que, como primera medida, tanto los países, las autoridades competentes, como las instituciones obligadas a cumplir con la normativa antilavado deben identificar y evaluar los riesgos de LA/FT a los que están expuestos y, a partir de allí, tomar todas las medidas necesarias a efectos de intentar mitigarlos **(292)**.

En esa línea, los países y demás sujetos mencionados en el párrafo anterior deberán procurar que las medidas llevadas a cabo para mitigar los riesgos sean proporcionales a estos últimos **(293)**, a través de un sistema de PLA/FT

---

bre el significado de este nuevo enfoque (v.g. "Guía del Enfoque Basado en Riesgos para combatir el LA/FT" desarrollada por el propio GAFI en el año 2007), la realidad es que recién a partir del 2012 el EBR adquiere formalmente gran trascendencia y comienza a ser exigido a los países mediante su implementación sistemática para cada uno de los sectores regulados. En ese sentido, se ha destacado que, así como "las Recomendaciones de 2003 establecen la aplicación de un EBR en algunas áreas, las Recomendaciones de 2012 consideran que el EBR es una `base fundamental' para el marco de ALA/CFT de un país" (véase "Guía sobre un enfoque basado en el riesgo para el sector bancario", p. 8, pub. en: https://www.cnbv.gob.mx/PrevencionDeLavadoDeDinero/Documents/GAFI_Risk-Based-Approach-Banking-Sector_(2014)%20-ESP%20REV%20mayo8.v.pdf).

(290) Dicha Recomendación establece que: "Los países deben identificar, evaluar y entender sus riesgos de lavado de activos/ financiamiento del terrorismo, y deben tomar acción, incluyendo la designación de una autoridad o mecanismo para coordinar acciones para evaluar los riesgos, y aplicar recursos encaminados a asegurar que se mitiguen eficazmente los riesgos. Con base en esa evaluación, los países deben aplicar un enfoque basado en riesgo (RBA, por sus siglas en inglés) a fin de asegurar que las medidas para prevenir o mitigar el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo sean proporcionales a los riesgos identificados. Este enfoque debe constituir un fundamento esencial para la asignación eficaz de recursos en todo el régimen antilavado de activos y contra el financiamiento del terrorismo (ALA/CFT) y la implementación de medidas basadas en riesgo en todas las Recomendaciones del GAFI. Cuando los países identifiquen riesgos mayores, estos deben asegurar que sus respectivos regímenes ALA/CFT aborden adecuadamente tales riesgos. Cuando los países identifiquen riesgos menores, estos pueden optar por permitir medidas simplificadas para algunas Recomendaciones del GAFI bajo determinadas condiciones". Seguidamente, la Recomendación transcripta señala que "Los países deben exigir a las instituciones financieras y actividades y profesiones no financieras designadas (APNFD) que identifiquen, evalúen y tomen una acción eficaz para mitigar sus riesgos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo". Recordemos que cuando el GAFI se refiere a las instituciones financieras y a las Actividades y Profesiones No Financieras Designadas (APNFD), está aludiendo a todo el universo de SO que, en el caso de la Argentina, se encuentra detallado en el art. 20 de la Ley 25.246.

(291) Véase "Guía sobre un enfoque basado en el riesgo para el sector bancario", p. 8 (puede verse pub. en: https://www.cnbv.gob.mx/PrevencionDeLavadoDeDinero/Documents/GAFI_Risk-Based-Approach-Banking-Sector_(2014)%20-ESP%20REV%20mayo8.v.pdf).

(292) Tal como se ha señalado, considerar la prevención de lavado de activos desde la óptica de la gestión del riesgo implica la adopción de un método lógico y sistemático consistente en identificar, analizar, evaluar, controlar, monitorear y mitigar los riesgos asociados con esa actividad (Ver PERROTA, Daniel G., "Argentina: La Gestión Basada en Riesgos de LA y FT. Análisis del proyecto de norma que reemplazará a la res. 121/2011 de la UIF", pub. en https://www.decisiola.com/wp-content/uploads/2017/05/ebr-argentina-1.pdf, 2017, p. 2).

(293) SANABRIA, Pablo D., "Bases constitucionales del Sistema Preventivo de la Unidad de Información Financiera (Un enfoque constitucional del Compliance en materia de PLA/FT)", comunicación del Dr. Pablo Sanabria en la sesión privada del Instituto de Política Constitucional, el 03/10/2018. Publicado en el Diario La Ley del

flexible y eficiente, que permita asignar mayores recursos allí donde los riesgos sean más elevados y viceversa **(294)**. En este sentido, el propio GAFI ha señalado que el EBR "permite que los países (...) adopten medidas más flexibles para orientar los recursos de manera más efectiva y aplicar medidas preventivas acordes con la naturaleza de los riesgos para focalizar sus esfuerzos de manera más efectiva" **(295)**.

Como bien lo ha destacado la doctrina, la búsqueda de esa eficiencia es un requisito constitucional que se desprende del principio de razonabilidad, y tiene particular importancia en un ámbito donde la carga reglamentaria es intensa y, en algunos casos, conlleva la asunción por parte de los SO de costos económicos muy altos **(296)**.

V.1.c. Importancia de la Evaluación Nacional de Riesgos en materia de PLA/FT. Su impacto e incidencia en las matrices de riesgo de los SO

De acuerdo con la NI **(297)** N.º 3 de la Recomendación N.º 1 del GAFI, los países deben dar los pasos apropiados para identificar y evaluar los riesgos de LA/FT para la propia nación, de manera continua y con la finalidad de: (i) informar posibles cambios al régimen PLA/FT del país, incluyendo cambios a las leyes, regulaciones y otras medidas; (ii) ayudar en la asignación y priorización de recursos PLA/FT por las autoridades competentes; y (iii) ofrecer la información necesaria para realimentar las evaluaciones del riesgo en materia de PLA/FT llevadas a cabo por los propios SO.

El acceso a la información precisa, oportuna y objetiva sobre los riesgos de LA/FT es un requisito previo para un EBR efectivo. Por ello, es que la NI N.º 3 de la Recomendación N.º 1 exige a los países contar con mecanismos para proporcionar información adecuada sobre los resultados de las evaluaciones de riesgos a todas las autoridades competentes, instituciones financieras y otras partes interesadas relevantes **(298)**. Cuando la información no está disponible, sea porque las autoridades competentes no cuenten con datos adecuados para evaluar los riesgos, o no sean capaces de compartir información importante sobre riesgos y amenazas de LA/FT, será difícil para los bancos y para el resto de SO identificar correctamente riesgos de LA/FT y, por lo tanto, evaluarlos y mitigarlos de manera apropiada **(299)**.

Entonces, la identificación y evaluación por parte de los SO de sus propios riesgos de LA/FT debe tener en cuenta las evaluaciones de riesgos nacional, en consonancia con la Recomendación N.º 1, y considerar, además, el marco jurídico y regulatorio del país, incluidas las áreas de riesgo significativo prescriptas y las medidas de

---

jueves 21/03/2019 - LA LEY 2019-B, p. 411. En el sentido apuntado, Sanabria sostiene que "el cambio de enfoque tiene impacto en las bases constitucionales del sistema pues se busca una mayor proporcionalidad entre medios y fines, con una meta clara de efectividad y eficiencia".

(294) En palabras de Zenón Biagosch, "mutamos hacia un enfoque que logre demostrar efectividad. Es decir, identificar, monitorear y aplicar medidas de observancia reforzada a aquellos actores económicos que expongan comportamientos más riesgosos y, en su caso, reportarlos a la UIF" (BIAGOSH, Zenón A, "Resolución UIF 30/2017, un gran desafío para la banca", pub. en http://fidesnet.com.ar/resolucion-uif-302017-un-gran-desafio-para-la-banca/).

(295) Véase "Guía sobre un enfoque basado en el riesgo para el sector bancario", ps. 8 y 20, pub en: https://www.cnbv.gob.mx/PrevencionDeLavadoDeDinero/Documents/GAFI_Risk-Based-Approach-Banking-Sector_(2014)%20-ESP%20REV%20mayo8.v.pdf.

(296) SANABRIA, Pablo D., "Bases constitucionales del Sistema Preventivo de la Unidad de Información Financiera (Un enfoque constitucional del Compliance en materia de PLA/FT)", comunicación del Dr. Pablo Sanabria en la sesión privada del Instituto de Política Constitucional, el 03/10/2018. Publicado en el Diario La Ley del jueves 21/03/2019 - LA LEY 2019-B, p. 414.

(297) Cabe aclarar que cada una de las Recomendaciones del GAFI cuentan además, con una Nota Interpretativa efectuada por el mismo Organismo, a partir de la cual explica y delimita los alcances que le quiere dar a cada Recomendación. En efecto, cuando hacemos referencia a NI estamos aludiendo a Nota Interpretativa.

(298) Véase "Guía sobre un enfoque basado en el riesgo para el sector bancario", ps. 10-11. pub. en: https://www.cnbv.gob.mx/PrevencionDeLavadoDeDinero/Documents/GAFI_Risk-Based-Approach-Banking-Sector_(2014)%20-ESP%20REV%20mayo8.v.pdf.

(299) Véase "Guía sobre un enfoque basado en el riesgo para el sector bancario", p. 11. pub. en: https://www.cnbv.gob.mx/PrevencionDeLavadoDeDinero/Documents/GAFI_Risk-Based-Approach-Banking-Sector_(2014)%20-ESP%20REV%20mayo8.v.pdf.

mitigación definidas a nivel jurídico o regulatorio **(300)**.

El propio GAFI ha destacado que la eficacia de un EBR depende de un entendimiento común entre las autoridades competentes y los SO acerca de lo que aquel significa, la forma en que se debe aplicar y la manera de abordar los riesgos de LA/FT. Es fundamental para ello, según el Organismo Internacional, contar con un marco jurídico y regulatorio que explique en detalle el grado de discrecionalidad que tendrán los SO para hacer frente a los riesgos que identifican **(301)**, y es importante también que las autoridades competentes, y en particular los supervisores, emitan guías a los bancos y al resto de los SO sobre cómo esperan que estos cumplan con sus obligaciones jurídicas y regulatorias en materia de PLA/FT **(302)**.

V.2. El nuevo marco normativo argentino en materia de PLA/FT

V.2.a. Las resoluciones UIF sustentadas en un EBR

Con el dictado de la ley 27.446 (2018), la República Argentina modificó ciertos artículos de la ley 25.246, con vistas a adecuar el régimen a las nuevas Recomendaciones del GAFI aludidas en el apartado anterior **(303)**.

Paralelamente, ya desde el año 2017 la UIF había comenzado un proceso de trasformación tendiente a adaptar su marco regulatorio a las últimas exigencias del GAFI (2012), dictando, a esos efectos, las siguientes reglamentaciones: la resolución UIF 30-E/2017 (destinada a las entidades financieras), la resolución UIF 21/2018 (destinada al mercado de capitales), la resolución UIF 28/2018 (destinada al sector asegurador) y la resolución UIF 76/2019 (destinada al sector de los operadores de tarjetas de crédito y emisores de cheques de viajeros). En ese contexto, la UIF también dictó otras normativas importantes destinadas a todo el universo de SO, entre las cuales se destaca puntualmente la resolución UIF 134/2018, que regula los aspectos relativos a las denominadas "Personas Expuestas Políticamente (PEP)", al análisis de su riesgo y monitoreo.

V.2.b. Estructura de la nueva normativa: convivencia entre el Enfoque de Cumplimiento Formal (ECF) y el EBR

La primera resolución que dictó la UIF con base en los nuevos estándares del GAFI fue la 30-E/2017 (destinada a las entidades financieras). Su estructura y contenido incidió significativamente en las Resoluciones dictadas con posterioridad, con lo cual, si bien haremos referencia en varios pasajes del trabajo a la citada norma, lo expuesto será aplicable también al resto.

(300) Véase "Guía sobre un enfoque basado en el riesgo para el sector bancario", p. 10. pub. en: https://www.cnbv.gob.mx/PrevencionDeLavadoDeDinero/Documents/GAFI_Risk-Based-Approach-Banking-Sector_(2014)%20-ESP%20REV%20mayo8.v.pdf.

(301) Uno de los aspectos que destaca el GAFI en su NI N.º 1 de la Recomendación N.º 1 es que al determinar cómo se debe implementar el EBR en un sector, los países deben considerar la capacidad y la experiencia en materia de PLA/FT del sector dado y entender que la facultad de decidir a criterio o discreción que les concede a los SO el EBR, así como la responsabilidad impuesta a las mismas por dicho enfoque, es más apropiado en sectores con mayor capacidad y experiencia en PLA/FT (Véase pub. en https://www.cfatf-gafic.org/es/documentos/ gafi40-recomendaciones/407-fatf-recomendacion-1-evaluacion-de-riesgos-y-aplicacion-de-un-enfoque-basado-en-riesgo). Es decir, que a mayor experiencia por parte de los SO en materia de PLA/FT, mayor será la discrecionalidad que estos tendrán para actuar e implementar las medidas que estimen necesarias, y viceversa.

(302) Véase "Guía sobre un enfoque basado en el riesgo para el sector bancario", p. 12. pub. en: https://www.cnbv.gob.mx/PrevencionDeLavadoDeDinero/Documents/GAFI_Risk-Based-Approach-Banking-Sector_(2014)%20-ESP%20REV%20mayo8.v.pdf.

(303) A modo de ejemplo, luego de la reforma, el art. 21 bis establece en su parte pertinente, que: "(…) Respecto de sus clientes, los sujetos obligados deberán cumplimentar las siguientes obligaciones: (…) En todos los casos, deberán adoptar medidas razonables desde un enfoque basado en riesgo para identificar a los propietarios, beneficiarios finales y aquellos que ejercen el control real de la persona jurídica, patrimonio de afectación o estructura jurídica, junto con su estructura de titularidad y control. Cuando existan dudas sobre si los clientes actúan por cuenta propia, o exista la certeza de que no actúan por cuenta propia, deberán adoptar medidas adicionales razonables y proporcionadas, mediante un enfoque basado en riesgo, a fin de obtener información sobre la verdadera identidad de la persona por cuenta de la cual actúan los clientes (…)".

No obstante, en los considerandos de la resolución UIF 30-E/2017 se expone la necesidad de actualizar el marco regulatorio en materia de PLA/FT para pasar de un ECF a un EBR, lo cierto es que la nueva reglamentación se estructura sobre ambos pilares: el componente de gestión de riesgos y el componente de cumplimiento formal. Con lo cual, como ha sostenido Sanabria, "el EBR no ha venido a suprimir el enfoque de cumplimiento formal o técnico, sino que su finalidad es otorgarle mayor eficiencia al sistema orientando que dichos requisitos formales se realicen en mayores medidas e intensidad en los casos de mayores riesgos, evitando un despliegue desproporcionado ante situaciones que no lo ameriten" **(304)**.

A lo que apunta el nuevo régimen normativo es a adaptar de manera más eficiente el cumplimiento de las obligaciones de los SO a los riesgos a los que estos están expuestos, que pueden variar ostensiblemente en función de los clientes que cada SO tenga, los canales de distribución del negocio, las zonas geográficas en las que operan, entre otras cuestiones.

En el escenario descripto, las nuevas Resoluciones de la UIF están estructuradas, por una cuestión de orden práctico y metodológico, como decíamos, sobre dos componentes claves:

El componente gestión de riesgo: está conformado por las políticas y procedimientos de identificación, evaluación, mitigación y monitoreo de los riesgos a los que se encuentran expuestos los SO, conforme su propia autoevaluación.

Dentro de las principales obligaciones que deben cumplir los SO se encuentran, entre otras, las siguientes:

- Realizar una autoevaluación de sus propios riesgos: para ello, deberán establecer políticas y procedimientos aprobados por su órgano de administración o máxima autoridad, que les permitan identificar, evaluar, mitigar y monitorear sus riesgos de LA/FT, de acuerdo con la naturaleza y dimensión de su actividad comercial, teniendo en cuenta los distintos factores de riesgo en cada una de sus líneas de negocio **(305)**. A la hora de realizar la autoevaluación, deberán tener en cuenta por lo menos los siguientes factores de riesgo de LA/FT: i. los clientes, sus antecedentes, actividades y sus características más relevantes; ii. los productos y servicios ofrecidos por las entidades; iii. los canales de distribución empleados por las entidades; iv. los riesgos asociados a las zonas geográficas en las que ofrecen sus productos y/o servicios, tanto a nivel nacional como internacional **(306)**.

- Contar con una declaración de tolerancia al riesgo aprobada por el Directorio **(307)**.

- Adoptar políticas de segmentación de clientes con base en sus riesgos: para ello deberán contar con un sistema de calificación de riesgo de LA/FT que les permita dividirlos en clientes de riesgo bajo, medio y alto **(308)**.

El componente gestión del cumplimiento: incluye las políticas y procedimientos que deben adoptar los SO de acuerdo con la normativa aplicable a cada sector. La nueva normativa contiene las principales obligaciones formales que ya contemplaban las Resoluciones UIF anteriores y que ya hemos enunciado en el

(304) SANABRIA, Pablo D., "Bases constitucionales del Sistema Preventivo de la Unidad de Información Financiera (Un enfoque constitucional del Compliance en materia de PLA/FT)", comunicación del Dr. Pablo Sanabria en la sesión privada del Instituto de Política Constitucional, el 03/10/2018. Publicado en el Diario La Ley del jueves 21/03/2019 - LA LEY 2019-B, p. 416.

(305) Ver art. 4º de la resolución UIF 30-E/2017.

(306) Ver art. 5º de la resolución UIF 30-E/2017.

(307) Una vez identificados y evaluados los riesgos, las entidades deberán establecer mecanismos adecuados y eficaces para mitigarlos, preparando para ello, una declaración de tolerancia al riesgos de LA/FT, que refleje el nivel de riesgo aceptado en relación con los clientes, productos y/o servicios, canales de distribución y zonas geográficas, debiendo preparar políticas para la aceptación de clientes que presenten un alto riesgo de LA/FT, donde se establezcan las condiciones generales y particulares que se aplicaran a cada caso (ver art. 6º de la resolución UIF 30-E/2017).

(308) Ver art. 22 de la resolución UIF 30-E/2017.

cap. III **(309)**, pero en ciertos casos con ciertas particularidades añadidas por las Resoluciones más recientes. Por ejemplo, la política de conocimiento e identificación de sus clientes deberá contemplar ahora tres [3] niveles de riesgo: bajo, medio y alto. Además, la determinación de un riesgo alto obligará a los SO a realizar medidas de Debida Diligencia reforzada **(310)**, mientras que el nivel de riesgo medio resultará en la aplicación de una Debida Diligencia estándar **(311)** y un nivel de riesgo bajo habilitará la posibilidad de aplicar una Debida Diligencia simplificada **(312)**.

Se agregan, además, entre otras, las siguientes obligaciones:

- Constituir un comité de PLA/FT, dentro de la estructura del SO **(313)**.

- Emitir nuevos tipos de reportes sistemáticos **(314)**.

- Contar con un código de conducta interno.

- Realizar una revisión a través de un profesional independiente, que evalúe la calidad y efectividad del sistema de PLA/FT del SO **(315)**.

Como se puede apreciar, y tal como lo habíamos adelantado, el EBR no excluye al ECF, sino que lo complementa y lo integra. En consecuencia, por ejemplo, realizar una segmentación de los clientes con base en su riesgo (que forma parte del componente de gestión de riesgo), será determinante para aplicar luego una Debida Diligencia frente a cada Cliente (lo cual forma parte del componente gestión de cumplimiento), diligencia esta última que variará en su intensidad dependiendo del riesgo existente en cada caso.

V.3. Posibles focos de tensión entre el nuevo régimen normativo y el principio de legalidad

Sentado lo anterior, a continuación abordaremos brevemente ciertos aspectos que —a nuestro entendimiento— permiten advertir posibles focos de tensión entre el nuevo marco normativo de PLA/FT y el principio de legalidad, teniendo primordialmente en cuenta, para ello, el estándar fijado por la CS en "Colegio de Escribanos de la PBA c. UIF". Utilizaremos, además, ejemplos concretos para intentar dar mayor claridad y contenido al análisis.

V.3.a. Omisión del Estado argentino frente al deber de realizar la "Evaluación Nacional de Riesgos de LA/FT": sus consecuencias

Destacábamos anteriormente que, de acuerdo con las Recomendaciones del GAFI, son los países (Estados) los primeros que deben identificar y evaluar los riesgos de LA/FT a efectos de utilizar esa información para eventualmente modificar las leyes u otras normas, para definir dónde asignar principalmente los recursos, y fundamentalmente, en lo que aquí más interesa, para ofrecer información clave a los SO que les permita realizar sus propias autoevaluaciones de riesgo y, a partir de allí, decidir dentro de su estructura económica y organizacional dónde concentrar sus mayores recursos.

Aun considerando que los SO son quienes mejor conocen su negocio, los servicios/productos que brindan, y su estructura, entre otras cuestiones, será difícil que ellos puedan identificar sus propios riesgos en materia de PLA/FT sin información adecuada y lineamientos claros por parte del Estado.

Ante ello, prácticamente la totalidad de los países de la región ya ha elaborado sus Evaluaciones de Riesgo con alcance nacional. Por ejemplo, hacia fines del año 2016 Perú presentó, a través de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS), el informe denominado "Eva-

(309) Entre otras, se destacan: contar con un manual de procedimientos para la PLA/FT, designar un oficial de cumplimiento, realizar capacitaciones a los empleados y funcionarios, realizar auditorías internas, reportar operaciones sospechosas.

(310) Ver art. 28 de la resolución UIF 30-E/2017.

(311) Ver art. 27 de la resolución UIF 30-E/2017.

(312) Ver art. 29 de la resolución UIF 30-E/2017.

(313) Ver arts. 10 y 14 de la resolución UIF 30-E/2017.

(314) Ver art. 42 de la resolución UIF 30-E/2017.

(315) Ver art. 19 de la resolución UIF 30-E/2017.

luación Nacional de Riesgos del Perú" (ENR) en materia de PLA/FT **(316)**, a través del cual identificó esencialmente cinco amenazas en la lucha contra el lavado de dinero: 1. la existencia de cultivos de coca como primer eslabón del narcotráfico; 2. remanentes de la organización terrorista Sendero Luminoso; 3. un incremento en los últimos años de las actividades de corrupción pública; 4. una elevada incidencia en el país de determinados tipos delictivos: minería ilegal, tala ilegal, tráfico de personas, contrabando, extorsiones y sicariato; y 5. la existencia en el entorno regional de países con elevado grado de criminalidad. El informe comentado también detalla 43 vulnerabilidades relacionadas a situaciones objetivas y físicas que afectan al Perú como país, derivadas de su realidad institucional, política y socioeconómica. De los 43 los riesgos identificados, existen 10 calificados como de un nivel "muy alto", lo que establece prioridades para la adopción de mitigantes.

Otro ejemplo es el de Chile, que, a través de su Unidad de Análisis Financiero, junto a los Ministerios del Interior y Seguridad Pública y de Hacienda, con el apoyo del Banco Interamericano de Desarrollo y la colaboración del Ministerio Público y la Policía de Investigaciones, dio a conocer en el año 2017 la primera Evaluación Nacional de Riesgos de LA/FT **(317)**, a través de la cual detectó las amenazas, vulnerabilidades y los mitigantes a los que se encuentra expuesto el país y, a partir de allí, se determinaron los riesgos LA/FT y su nivel de impacto en el sistema de prevención chileno.

Un aspecto que destaca la Evaluación Nacional de Riesgo de Chile es que "la interrelación entre amenazas, vulnerabilidades y mitigantes presenta una lógica de análisis que se respalda con conceptos concretos, trazables, objetivables". Toda esta información permite, entre otras cosas, generar lineamientos claros desde el Estado que garanticen a los SO una mejor comprensión de los riesgos en LA/FT a los que están expuestos diariamente, a fin de que puedan decidir, con información concreta, cierta y objetiva, dónde poner su mayor foco e invertir sus recursos.

En el sentido apuntado, señala Daniel G. Perrota que "las vulnerabilidades y las amenazas determinantes de los riesgos de un país, son factores también condicionantes de los riesgos a los que se exponen los sujetos obligados" **(318)**. Respecto al caso puntual del Perú, el citado autor sostiene que, "por ejemplo, un alto grado de corrupción estatal desarrollado en un país, exige una consideración distinta en la Matriz de Riesgos de un Sujeto Obligado para sus clientes y operaciones, en lo que refiere a la evaluación del riesgo de una persona políticamente expuesta, de empresas proveedoras del estado y prestadores de servicios públicos, entre otros. De la misma manera que un sujeto obligado, que cuente entre sus clientes, con personas o empresas que, por ejemplo, comercien con Chile, Bolivia y Ecuador, deben considerar, en sus propias matrices de riesgo, los riesgos detectados por la autoridad. Es decir, que las formas del delito, las actividades económicas y las zonas geográficas detectadas como riesgosas por la autoridad, deben ser tenidas en cuenta en el diseño de las matrices de los sujetos obligados" **(319)**.

No obstante la destacada importancia de la mentada Evaluación Nacional, y a diferencia de la mayor parte de los países de la región que, en cumplimiento de la Recomendación N.º 1 del GAFI, han avanzado en el mismo sentido que

(316) Dicho informe fue elaborado en el marco de la delegación de facultades legislativas aprobada por la ley 30.506, que habilita al Poder Ejecutivo del Perú, a adoptar medidas en el ámbito penal tendientes a fortalecer la lucha contra el crimen organizado, narcotráfico, delincuencia común e inseguridad ciudadana, a reestructurar el Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana para mejorar la coordinación multisectorial e intergubernamental, entre otros importantes aspectos.

(317) https://www.uaf.cl/ArchivoEstatico/Evaluacion_Nacional_de_RiesgosLAFT.pdf.

(318) PERROTA, Daniel G., "La medición del Riesgo País y sus impactos en la Matrices de los Sujetos Obligados. Caso: Evaluación Nacional de Riesgos del Perú", pub. en https://www.decisiola.com/wp-content/uploads/2017/04/EBR-Peru.pdf, p. 5.

(319) PERROTA, Daniel G., "La medición del Riesgo País y sus impactos en la Matrices de los Sujetos Obligados. Caso: Evaluación Nacional de Riesgos del Perú", pub. en https://www.decisiola.com/wp-content/uploads/2017/04/EBR-Peru.pdf, p. 5.

Perú y Chile **(320)**, la República Argentina aún no ha elaborado su propia Evaluación Nacional de Riesgos **(321)**.

Recordemos que la mencionada Recomendación del GAFI exige a los países, por un lado, el deber de realizar su propia Evaluación Nacional de Riesgos en materia de PLA/FT, y por el otro, el deber de exigir a los propios SO que realicen una autoevaluación de sus riesgos.

La República Argentina ha avanzado solo en el segundo de los aspectos mencionados. En ese sentido, como decíamos, la primera norma que dictó la UIF con base en los nuevos estándares internacionales fue la resolución 30-E/2017, que fue acompañada de una Guía para su correcta implementación. Una de las principales obligaciones que contempla ese reglamento es la autoevaluación de riesgos que deberán realizar los propios SO, teniendo en cuenta los distintos factores de riesgo allí descriptos **(322)**, a los que podrían adicionar otros **(323)**.

Uno de los factores de riesgo que deben considerar los SO está asociado al tipo de Cliente con el que entablan una relación comercial, debien-

(320) La República Oriental del Uruguay es otro ejemplo de ello. Así lo destaca el informe final de la Evaluación Mutua llevada a cabo por el GAFILAT en dicho país, en el que se sostuvo: Que "Uruguay aprobó en el 2017 una evaluación nacional de riesgo, en la cual identificó sus principales riesgos de LA/FT, resultando las conclusiones razonables". "La coordinación y cooperación nacional en materia antilavado de activos y contra el financiamiento del terrorismo (ALA/CFT) es sólida. Cabe destacar que la coordinación del sistema es ejercida por la Secretaría Nacional para la Lucha contra el LA/FT, y que el país aprobó una estrategia nacional para el período 2017-2020, cuyos objetivos están alineados con los resultados de la evaluación nacional de riesgo (ENR), y que en su mayoría han sido ejecutados o están en ejecución dentro del plazo previsto" (Véase en https://www.gafilat.org/index.php/es/biblioteca-virtual/miembros/uruguay-1/evaluaciones-mutuas-16/3725-iem-uruguay-es-ene-2020/file).

(321) Si bien es cierto que mediante la resolución 473/2014 la UIF dispuso la realización de una Evaluación Nacional de Riesgo de LA/FT, con el objeto de identificar, analizar y evaluar los riesgos que enfrenta la República Argentina, aún no se ha avanzado en tal sentido. Más recientemente, mediante el dec. 331/2019, de fecha 03/05/2019, se decidió crear el Comité de coordinación para la PLA/FT, que funcionará en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y tendrá, entre otras funciones: conformar un mecanismo de coordinación interinstitucional para la elaboración de las Evaluaciones Nacionales de Riesgos de LA/FT y elaborar un Informe de Evaluación Nacional de Riesgos de LA/FT para la consideración y aprobación del Poder Ejecutivo Nacional y posterior divulgación a los organismos del sector público y del sector privado competentes.

(322) El art. 5º de la resolución UIF 30-E/2017 establece que: "A los fines de confeccionar la autoevaluación de riesgos y gestionar los riesgos identificados, cada Entidad deberá considerar, como mínimo, los factores de Riesgos de LA/FT que a continuación se detallan: a) Clientes: los Riesgos de LA/FT asociados a los Clientes, los cuales se relacionan con sus antecedentes, actividades y comportamiento, al inicio y durante toda la relación comercial. El análisis asociado a este factor deberá incorporar, entre otros, los atributos o características de los Clientes como la residencia y nacionalidad, el nivel de renta o patrimonio y la actividad que realiza, el carácter de persona humana o jurídica, la condición de PEP, el carácter público o privado y su participación en mercados de capitales o asimilables. b) Productos y/o servicios: los Riesgos de LA/FT asociados a los productos y/o servicios que ofrece cada Entidad, durante la etapa de diseño o desarrollo, así como durante toda su vigencia. Esta evaluación también deberá realizarse cuando la Entidad decida usar nuevas tecnologías asociadas a los productos y/o servicios ofrecidos o se realice un cambio en un producto o servicio existente que modifica su perfil de Riesgo de LA/FT. c) Canales de distribución: los Riesgos de LA/FT asociados a los diferentes modelos de distribución (banca personal en oficinas con presencia del Cliente, banca por Internet, banca telefónica, uso de cajeros para ejecución de transacciones, operatividad remota, entre otros). d) Zona geográfica: los Riesgos de LA/FT asociados a las zonas geográficas en las que ofrecen sus productos y/o servicios, tanto a nivel local como internacional, tomando en cuenta sus índices de criminalidad, características económico-financieras y socio-demográficas y las disposiciones y guías que autoridades competentes o el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) emitan con respecto a dichas jurisdicciones. El análisis asociado a este factor de Riesgo de LA/FT comprende las zonas en las que opera cada Entidad, así como aquellas vinculadas al proceso de la operación".

(323) La parte final del art. 5º de la resolución UIF 30-E/2017 aclara que: "Los factores de Riesgo de LA/FT detallados precedentemente constituyen la desagregación mínima de información acerca del nivel de exposición de cada Entidad a los Riesgos de LA/FT en un determinado momento. A dichos fines, cada Entidad, de acuerdo con las características de sus Clientes y a la complejidad de sus operaciones y/o productos y/o servicios, canales de distribución y zonas geográficas, podrá desarrollar internamente indicadores de riesgos adicionales a los requeridos por la presente".

do tener en cuenta para ello su "residencia y nacionalidad" **(324)**.

La pregunta inmediata que surge es ¿a qué tipo de nacionalidad o residencia habría que poner mayor foco al momento identificar un cliente en el marco de una relación comercial determinada? Podríamos considerar que una persona proveniente de la República Libanesa generaría mayores alarmas que un propio argentino (por citar un ejemplo) **(325)**. El tema es que existen infinidad de nacionalidades y no todos los casos son tan extremos como el del ejemplo propuesto. Es allí donde los SO necesitan contar con información concreta y objetiva brindada por el propio Estado a efectos de cumplir efectivamente con la normativa dictada.

Lo mismo podría decirse respecto al factor de riesgo vinculado a la "zona geográfica". La Resolución en comentario establece que, a los fines de confeccionar su matriz de riesgo, cada entidad deberá tener en cuenta los "riesgos de LA/FT asociados a las zonas geográficas en las que ofrecen sus productos y/o servicios, tanto a nivel local como internacional, tomando en cuenta sus índices de criminalidad, características económico-financieras y socio-demográficas y las disposiciones y guías que autoridades competentes o el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) emitan con respecto a dichas jurisdicciones. El análisis asociado a este factor de Riesgo de LA/FT comprende las zonas en las que opera cada Entidad, así como aquellas vinculadas al proceso de la operación" **(326)**.

Se podría considerar, en este sentido, que la triple frontera (que involucra a Argentina, Brasil y Paraguay) es un lugar propicio para que las organizaciones criminales cometan cierto tipo de delitos vinculados al LA/FT, y que, por tal motivo, operar en esa zona geográfica conlleva un riesgo inherente, que otras zonas del país quizás no tengan. Pero, al igual que el ejemplo anterior, es necesario que sea el Estado el que determine estas cuestiones, de manera tal que la información obtenida sea lo más objetiva y certera posible, disminuyendo el amplio nivel de discrecionalidad que podría eventualmente tener cada SO en la conformación de su matriz de riesgo.

La Guía para la implementación de la resolución 30-E/2017 **(327)** es un instrumento importante para aclarar ciertas cuestiones de la norma, pero su contenido no despeja las dudas que planteamos anteriormente. Es decir, la Guía mencionada no sustituye la información que puede brindar una Evaluación Nacional de Riesgos, y tampoco esa es su finalidad **(328)**.

Aclaro lo anterior, una pregunta que nos hacemos es ¿qué ocurre cuando el SO no participa del criterio de la UIF con relación a la calificación del nivel de riesgo de determinadas operaciones, clientes, etc.? Respondámoslo con un ejemplo concreto: De acuerdo con la normativa reseñada *supra*, los SO deben segmentar sus clientes de acuerdo con el nivel de riesgo que estos presentan y, a partir de allí, desplegar una debida diligencia reforzada (para clientes con riesgo alto), una debida diligencia propiamente dicha (para clientes con riesgo medio), o una debida diligencia simplificada (para clientes de riesgo bajo) **(329)**. Cada uno de estos niveles de

(324) Ver inc. a) del art. 5º de la resolución UIF 30-E/2017.

(325) Ponemos ese ejemplo extremo porque es de público conocimiento que al grupo terrorista Hezbolá, que tiene sus orígenes en la República Libanesa, se le han adjudicado diversos crímenes en varios países, entre ellos, la República Argentina.

(326) Ver inc. d del art. 5º de la resolución UIF 30-E/2017.

(327) Puede verse pub. en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/guia_para_la_implementacion_resolucion_uif_n30_4oct2017.pdf.

(328) Cabe destacar además, que las normas dictadas con posterioridad a la resolución 30-E/2017 no fueron acompañas de una Guía para facilitar su correcta implementación.

(329) En tal sentido, el art. 22 de la resolución UIF 30-E/2017 establece que "Los procedimientos de Debida Diligencia del Cliente se aplicarán de acuerdo con las calificaciones de Riesgo de LA/FT, determinadas sobre la base del modelo de riesgo implementado por la Entidad, para lo cual se considerarán los criterios de riesgo relacionados al riesgo del Cliente, tales como, el tipo de Cliente (persona humana o jurídica), actividad económica, origen de fondos, volumen transaccional real y/o estimado de operaciones, nacionalidad y residencia. Dicha calificación deberá realizarse en el momento de la aceptación de nuevos Clientes y mantenerse actualizada durante toda la relación con los mismos. Los mencionados criterios deberán formalizarse a través de políticas y

diligencia a su vez, se traducen en obligaciones concretas con distinto grado de intensidad. Así, la obligación de ejercitar una debida diligencia reforzada exige que los SO requieran de sus clientes una gran cantidad de documentación adicional para poder identificarlos **(330)**, carga que en el caso de la debida diligencia simplificada la norma no contempla **(331)**.

Es decir, una debida segmentación de los clientes con base en sus riesgos resulta trascendental para que luego los SO puedan dar debido cumplimiento a las distintas exigencias establecidas en la norma. El problema, entonces, comienza desde el mismo momento en el que los SO deben realizar su propia autoevaluación de riesgos. Si su matriz es incorrecta o, en su caso, si no corresponde con el criterio esperado por la UIF, es previsible que otras obligaciones exigibles al SO resulten también incumplidas, o eventualmente, cumplidas defectuosamente.

Lo expuesto permite advertir la importancia que tiene la Evaluación Nacional de Riesgos de un país, en tanto permite a los SO acceder a información clave para la elaboración de sus propias matrices de riesgo **(332)** como condición necesaria para el correcto cumplimiento del resto de sus obligaciones en materia de PLA/FT.

En el sentido que venimos comentando, uno de los aspectos del nuevo régimen normativo en materia de PLA/FT que mayores controversias genera es, justamente, el amplio margen de discrecionalidad que asigna a los SO para cumplir con ciertas obligaciones, sin un adecuado marco de reglas que les permita comprender los alcances precisos de aquellas, generando muchas

procedimientos de calificación de Riesgos de LA/FT, a los cuales deberán ser sometidos todos los Clientes y que deberán encontrarse reflejados en el sistema de monitoreo de la Entidad. La aplicación, el alcance y la intensidad de dicha Debida Diligencia se escalonarán, como mínimo, de acuerdo con los niveles de Riesgo Alto, Medio y Bajo. De tal modo, la asignación de un Riesgo Alto obligará a la Entidad a aplicar medidas de Debida Diligencia Reforzada detalladas en el art. 28, mientras que el nivel de Riesgo Medio resultará en la aplicación de las medidas de Debida Diligencia del Cliente detalladas en el art. 27, y la existencia de un Riesgo Bajo habilitará la posibilidad de aplicar las medidas de Debida Diligencia Simplificada detalladas en el art. 29".

(330) El art. 28 de la resolución UIF 30-E/2017 exige que: "En los casos de Riesgo Alto, el Sujeto Obligado deberá obtener, además de la información de identificación detallada en los arts. 23 y 24, la siguiente documentación: a) Copia de facturas, títulos u otras constancias que acrediten fehacientemente el domicilio. b) Copia de los documentos que acrediten el origen de los fondos, el patrimonio u otros documentos que acrediten ingresos o renta percibida (estados contables, contratos de trabajo, recibos de sueldo). c) Copia del acta del órgano decisorio designando autoridades. d) Copias de otros documentos que permitan conocer y gestionar adecuadamente el riesgo de este tipo de Clientes. e) Corroborar posibles antecedentes relacionados a LA/FT y sanciones aplicadas por la UIF, el órgano de control o el Poder Judicial (bases públicas, Internet, y otros medios adecuados a tal fin). f) Todo otro documento que la Entidad entienda corresponder. Asimismo, durante la relación comercial, se analizará y constará en el análisis de aceptación del Cliente, la razonabilidad del propósito de la cuenta en su relación con las características del Cliente, así como también se realizarán acciones de comprobación del mantenimiento de tal objetivo. Otras medidas adicionales de Debida Diligencia Reforzada podrán resultar apropiadas para distintos perfiles de Clientes y operaciones, las cuales deberán constar en el Manual de Prevención de LA/FT de cada Entidad".

(331) Ver art. 29 de la resolución UIF 30-E/2017.

(332) En general se sostiene que los SO son quienes mejor conocen su negocio, y en razón de ello se justifica y se les exige la realización de una autoevaluación de sus propios riesgos. En ese sentido, autores como Pablo Sanabria sostienen que "las nuevas pautas rectoras radican en el entendimiento de que no hay sujeto que se encuentre en mejores condiciones de conocer sus riesgos que el propio sujeto obligado. Ello, toda vez que es la propia entidad quien tiene un conocimiento acabado de su negocio, los productos que ofrece, los clientes con los que opera, las áreas geográficas en las que desarrolla su actividad y los canales de distribución que utiliza, y en ese sentido, permitir que los recursos que deben volcarse en el sistema de PLA/FT estén orientados a las actividades y transacciones realmente riesgosas, limitando gastos ineficientes" (SANABRIA, Pablo D., "Bases constitucionales del Sistema Preventivo de la Unidad de Información Financiera [Un enfoque constitucional del Compliance en materia de PLA/FT]", comunicación del Dr. Pablo Sanabria en la sesión privada del Instituto de Política Constitucional, el 03/10/2018. Publicado en el Diario La Ley del jueves 21/03/2019 - LA LEY 2019-B, p. 412). Coincidimos totalmente en que los SO conocen mejor que nadie su negocio, pero a ello consideramos necesario agregar que para identificar correctamente los riesgos de LA/FT necesitan nutrirse indefectiblemente de cierta información objetiva y concreta que provenga de las autoridades competentes. Por ej., un SO conoce mejor que nadie sus Clientes y la nacionalidad de los mismos, pero necesita que el Estado le indique que tipo de nacionalidades presentan mayores riesgos con base en la identificación de ciertos factores previamente analizados y evaluados.

veces criterios dispares o contradictorios entre la autoridad y los destinatarios de la norma.

Un ejemplo de ello es reflejado en una sentencia reciente de la CNFed. Cont. Adm., en la que se sostuvo que "el cuestionamiento del cargo vinculado con las falencias en la matriz de riesgo no puede prosperar. Los recurrentes plantearon que no existía una normativa que regulase cómo debía valorarse el riesgo, tarea que —según sostuvo— correspondía ajustar a los criterios de cada sujeto obligado a la luz del cumplimiento de su obligación principal, reportar operaciones sospechosas, (...) Ahora bien, la falta de una norma que establezca cómo debe ser construida la matriz de riesgo y la consecuente libertad en cabeza de los obligados no exime a estos últimos de su correcto diseño, ya que, una matriz deficiente acarrea necesariamente un riesgo mayor, en la medida en que la entidad no podrá tener un conocimiento adecuado de sus clientes" **(333)**.

El criterio de la Cámara resulta contradictorio, en cuanto expresamente reconoce la inexistencia de una norma que estableciera cómo debe ser cumplida la obligación involucrada (en el caso la construcción de una matriz de riesgo) y, no obstante ello, considera que la libertad asignada a los SO no los exime de su debido cumplimiento. Pero sin ahondar en la cuestión puntual, lo que refleja el fallo es en definitiva un problema al que muchas veces se encuentran expuestos los SO.

En el marco descripto, ante la amplia discrecionalidad que el nuevo régimen en materia de PLA/FT confiere a los SO al momento de cumplir con algunas obligaciones, sin definir previamente —en ciertos casos como los que hemos visto— pautas claras y objetivas para cumplir con ello, cabe preguntarse hasta qué punto esa normativa es compatible con el estándar fijado por la CS en la causa "Colegio de Escribanos de la PBA c. UIF" (2018), en cuanto exige contar con un sistema de normas claras y previsibles que permitan a los SO conocer de antemano cómo deben actuar para evitar ser sancionados **(334)**, máxime cuando ha sido el propio legislador quien, al momento de determinar las bases de la política legislativa, impuso a la UIF el deber de establecer los alcances de las obligaciones de los SO a través de pautas objetivas **(335)**.

Es cierto que, como ha dicho la Corte, para determinar la compatibilidad o no de las normas con el principio de legalidad hay que tener en cuenta su ámbito de aplicación, que en el caso concreto refiere a cuestiones vinculadas al LA/FT, en las cuales "resulta imposible a la autoridad prever con anticipación todos los supuestos de sospecha vinculados a operatorias naturalmente esquivas a la fiscalización estatal" **(336)**. Sin embargo, en el caso concreto, el Máximo Tribunal se refería a la imposibilidad de contemplar en una norma la totalidad de supuestos que, en el mundo real, pueda llegar a revestir una "operación sospechosa", ya que, hay infinidad de hipótesis que, además, van variando continuamente en el tiempo.

(333) CNFed. Cont. Adm., Sala IV, "Banco Hipotecario SA y otros c. UIF s/ Código Penal - ley 25.246 — dec. 290/2007 — art. 25", causa 19717/2019, sent. de fecha 27/08/2020.

(334) Recordemos que en dicha causa, el voto mayoritario destacó en primer lugar, la importancia del art. 19, CN, en cuanto exige contar con un sistema de normas generales que establezcan delimitaciones precisas entre lo que se puede hacer, lo que se está obligado a hacer y lo que no se debe hacer para garantizar la convivencia y, consecuentemente, para no sufrir una sanción determinada. Y señalaron, además, que frente a materias tan peculiares y variables que el legislador no puede prever anticipadamente, el legislador puede dejar a los órganos ejecutivos la reglamentación de las circunstancias concretas de las acciones reprimidas y de los montos de las penas dentro de un mínimo y un máximo. Dicho ámbito discrecional será razonable y compatible con los arts. 18 y 19, CN en la medida en que la norma sancionatoria resulte precisa y previsible, lo cual exige tener en cuenta su ámbito de aplicación concreto y la capacidad de conocimiento de los sujetos a los cuales se dirige.

(335) El art. 21, inc. b) de la Ley 25.246 establece que "La Unidad de Información Financiera establecerá, a través de pautas objetivas, las modalidades, oportunidades y límites del cumplimiento de esta obligación para cada categoría de obligado y tipo de actividad".

(336) En el caso se refería a que es imposible definir anticipadamente todos los supuestos de operación sospechosa posibles. Es en este contexto donde la CS sostiene "que debe leerse la obligación impuesta por la Ley 25.246 de informar las operaciones sospechosas allí definidas y precisadas por la resolución UIF 21/2011, cuyo art. 19 enumera una lista de dieciséis hipótesis que sirven para delimitar dicho concepto con la claridad necesaria para que los escribanos actúen en consecuencia".

En esa inteligencia, resultaría imposible también para el Estado prever absolutamente todos los riesgos de LA/FT a los que está expuesto el país. Por ello, lo que se exige, más bien, es que se determinen los riesgos frente a los que hay que hace mayor foco, de manera tal que los SO puedan tener la certeza de que han cumplido correctamente con sus obligaciones. Esos riesgos, que pueden ir variando por la dinámica propia del tipo de delito al que nos referimos, deben ser actualizados todos los años **(337)**.

Ahora bien, hemos considerado necesario traer a colación los ejemplos de otros países que cuentan actualmente con Evaluaciones Nacionales de Riesgos, para demostrar que es posible evidenciar con datos objetivos, trazables y certeros los riesgos de LA/FT a los que una nación puede estar expuesta, lo cual se erige en el punto de partida desde el cual sus respectivos gobiernos deben fijar los deberes que imponen a los SO en lo que hace al diseño de sus propias matrices de riesgo, que por supuesto deberán ser elaboradas contando con la discrecionalidad y flexibilidad que requieran la naturaleza y singularidades de cada negocio en particular **(338)**, pero atendiendo y haciendo foco a los riegos previamente identificados por la autoridad competente.

Lo expuesto no implica sostener que en términos generales el sistema de PLA/FT vigente en nuestro país sea incompatible con el principio de legalidad, de ello hemos dado cuenta en el cap. IV al reflejar lo resuelto por la CS y por gran parte de la jurisprudencia del fuero Contencioso Administrativo Federal que ha confirmado reiteradamente la constitucionalidad del régimen regulatorio y sancionatorio de la UIF.

Lo que se intenta señalar, más bien, es que —en ciertos supuestos específicos— podría llegar a generarse un posible foco de tensión entre el nivel de certeza y previsión que exige el principio de legalidad, y el amplio margen de discrecionalidad que contemplan muchas normas que no son adecuadamente respaldadas con pautas concretas y objetivas.

Ello, en el entendimiento de que, como se ha podido advertir, existe una relación directa entre los datos concretos, trazables y objetivables que conforman la mentada Evaluación Nacional de Riesgos y su consecuente y necesaria utilización por parte de los SO para la elaboración de sus propias matrices de riesgo, independientemente de la adaptación que en cada caso haya que hacer, de acuerdo con la estructura económica y organizacional de cada SO en particular.

La ausencia de ese tipo de información concreta y objetiva, que debe ser brindada por la autoridad competente, y que impacta en el nivel de certeza y previsión que deben tener los SO para cumplir adecuadamente con una de sus obligaciones principales, puede poner en riesgo el principio de legalidad, en tanto, este último, exige justamente contar con un sistema jurídico conformado por normas claras y previsibles, y en el caso particular de la UIF, sustentadas en pautas objetivas, que garantice a los destinatarios de las normas (SO) conocer de antemano, con un nivel de certeza adecuado, cómo deben actuar para evitar ser sancionados.

V.3.b. Contenido de las nuevas resoluciones: conceptos “indeterminados” y deficiente técnica normativa

Existen ciertos supuestos, como los que veremos a continuación, en los cuales la tensión con el principio de legalidad podría surgir del contenido mismo del nuevo marco normativo. Es decir, ya no se trata de una omisión del Estado, sino del dictado de ciertas normas cuya falta certeza y claridad puede dar lugar a cuestionamientos.

En ese sentido, Paolantonio ha sostenido que en ciertos casos la nueva normativa presenta

(337) El propio GAFI reconoce que la actividad de LA/FT es naturalmente dinámica y variable en el tiempo, razón por la cual la NI N.º 1 exige que "los países deben mantener actualizadas las evaluaciones y deben contar con mecanismos para suministrar la información apropiada sobre los resultados a todas las autoridades competentes relevantes y organismos autorreguladores (OAR), instituciones financieras y APNFD". De esa manera, asumiéndose que cada año los riesgos identificados pueden ir variando, resulta esencial que los Estados actualicen anualmente sus evaluaciones y mantengan debidamente informados al sector privado.

(338) Como decíamos, cada SO conoce mejor que nadie su estructura, los clientes con los que opera, sus relaciones comerciales, los productos y servicios que ofrece, entre varias cuestiones más.

"redacciones oscuras, que ciertamente alejan la posibilidad de que el administrado pueda determinar lo que se debe hacer" **(339)**.

Concretamente, el autor mencionado se refiere a la resolución UIF 134/2018 **(340)** y cuestiona, puntualmente, ciertas definiciones de la norma cuya "indeterminación" **(341)** y "forma de redacción" (342 pueden generar un "agravio a los principios constitucionales enunciados en "Colegio de Escribanos" **(342)**, fundamentalmente al de legalidad.

Cuando Paolantonio se refiere a la "indeterminación" del contenido de ciertas normas no está cuestionando la utilización de conceptos jurídicos indeterminados, sino más bien la deficiente definición de ciertos conceptos cuya falta de claridad puede dar lugar a confusión por parte de los SO. Uno de los ejemplos que cita el autor está vinculado a la deficiente definición del concepto "PEP por afinidad" que surge del contenido da la resolución UIF 134/2018.

Aclaramos esa distinción porque, tal como sostiene Pablo Sanabria, el nuevo marco normativo de la UIF acude en varias ocasiones a la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados para regular ciertas cuestiones **(343)**, pero su utilización no parecería ser —en principio— incompatible con el principio de legalidad **(344)**, dando prueba de ello el propio fallo

(339) PAOLANTONIO, Martín E., "Prevención del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. Debida diligencia y personas expuestas políticamente", pub. en LA LEY, 28/06/2019, p. 5.

(340) Dicha resolución fue dictada el 21/11/2018, y se encarga de regular —con base en los nuevos estándares del GAFI— todo lo atinente a las Personas Expuestas Políticamente (PEP).

(341) Paolantonio señala la "manifiesta indeterminación que se sigue de la definición —si cabe el término— de las PEP por cercanía o afinidad particularmente de la fórmula de cierre del inc. e)". En la cita a ese punto (ver cita 81 de su trabajo), destaca que la norma "considera como vínculo relevante para definir a una PEP por cercanía o afinidad a 'Toda otra relación o vínculo que por sus características y en función de un análisis basado en riesgo, a criterio del sujeto obligado, pueda resultar relevante'. Tampoco es adecuada la referencia del inciso precedente, que señala como elemento determinante a las 'relaciones jurídicas de negocios del tipo asociativa, aún de carácter informal'". Ambos incisos, según el autor "carecen de la referencia al carácter público de la relación, que sí se incluye, con mejor criterio, en el inc. c) del art. 5º". (PAOLANTONIO, Martín E., "Prevención del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. Debida diligencia y personas expuestas políticamente", pub. en LA LEY, 28/06/2019, p. 5).

(342) PAOLANTONIO, Martín E., "Prevención del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. Debida diligencia y personas expuestas políticamente", pub. en LA LEY, 28/06/2019, p. 5. El autor se refiere a la causa de la CS, "Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires c. UIF", que hemos analizado y mencionado en varias ocasiones.

(343) Destaca Pablo Sanabria que uno "(...) de los aspectos jurídicos trascendentes del nuevo marco reglamentario de la UIF tiene que ver con la incorporación de una serie de conceptos jurídicos indeterminados que son inmanentes a la nueva perspectiva que proporciona el EBR", citando el autor los siguientes ejemplos: "'... procedimientos de conocimiento de Clientes, apropiados para los niveles de Riesgo Alto...'; o que '... deberán desarrollar una metodología de identificación y evaluación de riesgos acorde con la naturaleza y dimensión de su actividad comercial...'; o bien, que '... deberán establecer mecanismos adecuados y eficaces para la mitigación de los mismos...', o '... desplegar políticas y procedimientos de Debida Diligencia razonables con un Enfoque Basado en Riesgos'(...)". Los ejemplos citados por el autor refieren concretamente a los arts. 2º, inc. g), 4º, 6º, 34 y 37 de la resolución UIF 28/2018 (destinada al sector asegurador) (Véase SANABRIA, Pablo D., "Bases constitucionales del Sistema Preventivo de la Unidad de Información Financiera [Un enfoque constitucional del Compliance en materia de PLA/FT]", comunicación del Dr. Pablo Sanabria en la sesión privada del Instituto de Política Constitucional, el 03/10/2018. Publicado en el Diario La Ley del jueves 21/03/2019 - LA LEY 2019-B, p. 417).

(344) Hemos señalado en el Cap. IV que justamente la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados constituye un importante esfuerzo tendiente a colocar límites a la discrecionalidad administrativa y presupone en su concreción una sola solución justa, con lo cual, a decir verdad, se opone a la llamada discrecionalidad, cuya esencia es la libertad de elección entre varias alternativas igualmente válidas. En ese sentido se ha sostenido que "La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados ha sido entendida como una limitación a la doctrina de la discrecionalidad, como ámbito exento del control judicial, al permitir el juzgamiento amplio de decisiones administrativas que consisten en aplicar conceptos definidos genéricamente por el ordenamiento positivo. A diferencia de la discrecionalidad, esta técnica no implica una libre elección entre dos o varias posibilidades, sino un problema de aplicación del derecho que consiste, esencialmente, en reducir el marco de decisión a una única solución justa" (Véase SANABRIA, Pablo D., "Bases constitucionales del Sistema Preventivo de la Unidad de Información Financiera. Un enfoque constitucional del Compliance en materia de PLA/FT', ps. 417-419, con cita

de la Corte "Colegio de Escribanos", que admitió la constitucionalidad de un concepto jurídico indeterminado que es definido, a su vez, mediante la utilización de otros muchos conceptos jurídicos indeterminados **(345)**.

Uno de los ejemplos dados por Sanabria para reflejar la utilización de este tipo de conceptos en el nuevo régimen normativo de la UIF se refiere a cuando la norma exige a los SO "desarrollar una metodología de identificación y evaluación de riesgos acorde con la naturaleza y dimensión de su actividad comercial". A lo que apunta esa norma es a que el universo de destinatarios de ese sector regulado (en el caso el sector asegurador) pueda adaptar el requerimiento a su estructura específica. No es lo mismo una compañía de seguros que opere en varias provincias y/o países, y tenga al mismo tiempo clientes de varias nacionalidades, que una aseguradora cuyos servicios y clientes se limiten a una misma ciudad. La norma se adapta a ambos supuestos, pero admite en cada caso una única solución justa. Por ello, entendemos que la técnica empleada en estos casos es correcta desde el punto de vista jurídico y práctico.

Sostenemos, entonces, que es importante distinguir entre la "indeterminación", oscuridad o imprecisión de ciertos conceptos, situación que, en principio, podría ser cuestionable desde el plano constitucional, ya que, impide a los SO conocer con certeza el alcance de sus obligaciones **(346)**, y la utilización de los "conceptos jurídicos indeterminados", que en principio parecería no merecer idéntico reproche **(347)**.

El otro cuestionamiento que efectúa Paolantonio, vinculado con la "forma de redacción" de ciertas normas del régimen de PLA/FT, se encuentra íntimamente relacionado con el valor de la seguridad jurídica **(348)**, que todo Estado de derecho se debería proponer alcanzar, resultando esencial para ello —siguiendo la línea de la CS en la causa "Colegio de Escribanos de la PBA c. UIF"— dar fiel cumplimiento al principio de legalidad del art. 19, CN **(349)**. La importan-

---

a GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo — FERNÁNDEZ, Tomás R., "Curso de Derecho Administrativo", Ed. Civitas, Madrid, 1999, 9ª ed., t. 1, ps. 451 y ss.; SAINZ MORENO, Fernando, "Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa", Ed. Civitas, Madrid, 1976, 1ª ed., ps. 234 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "La lucha contra las inmunidades del poder en Derecho Administrativo", en RAP, 38, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962; ENTRENA CUESTA, Rafael, "Curso de Derecho Administrativo", Ed. Tecnos, Madrid, 1986, 9ª ed., t. I-1, ps. 176-177).

(345) Recordemos que el término "operaciones sospechosas" cuestionado en dicha causa por la parte actora es definido como aquellas transacciones que de acuerdo con "los usos y costumbres" de la actividad de que se trate, como así también de la "experiencia e idoneidad" de las personas obligadas a informar, resulten "inusuales, sin justificación económica o jurídica o de complejidad inusitada o injustificada", sean realizadas en forma aislada o reiterada.

(346) En el ejemplo citado anteriormente, una incorrecta o deficiente definición de Persona Expuesta Políticamente por afinidad, le impedirá al SO prever con total certeza qué personas quedarán contenidas allí, y a partir de ahí, ante el supuesto de iniciar una relación comercial con una persona que eventualmente tenga esas características, exigirle la documentación y demás obligaciones que la norma contempla para el caso concreto.

(347) Que como hemos visto en el ejemplo anterior, solo admiten una única solución justa posible.

(348) En la sentencia del Tribunal Constitucional Español 150/1990, ha quedado reflejado que existe una relación directa entre una correcta técnica normativa y la seguridad jurídica. Allí el Tribunal resolvió que: "(...) no cabe subestimar la importancia que para la certeza del Derecho y la seguridad jurídica tiene el empleo de una depurada técnica jurídica en el proceso de elaboración de las normas (...) puesto que una legislación confusa, oscura e incompleta, dificulta su aplicación y, además, de socavar la certeza del Derecho y la confianza de los ciudadanos en el mismo, puede terminar por empañar el valor de la justicia"(Véase en SEGOVIA MARCO, Alicia, "La técnica legislativa en la elaboración de anteproyectos de leyes", Revista del Gabinete Jurídico de Castilla 1, La Mancha, Castilla, 2015, p. 14).

(349) En la causa citada, la CS destacó especialmente la importancia del principio de legalidad contemplado en el art. 19 de la CN como instrumento esencial para garantizar la seguridad jurídica del Estado. En tal sentido, el voto de la mayoría sostuvo: "Que en esas condiciones, el art. 19 expresa una decisión de establecer delimitaciones precisas entre lo que se puede hacer, lo que se está obligado a hacer y lo que no se debe hacer para garantizar la convivencia y, consecuentemente, para no sufrir una sanción jurídica. En efecto, la precisión y actuación real de las reglas preestablecidas genera un clima de seguridad en el cual los particulares conocen de antemano a qué reglas se sujetará la actuación de los gobernantes, de manera que la conducta de estos sea previsible y, en caso contrario, que haya quien, con potestad suficiente, pueda corregir el error y responsabilizar eficazmente al transgresor (CS, Fallos: 326:417)" (consid. 7º). Por su par-

cia que tiene la utilización de una correcta técnica para la aplicación del derecho también ha sido destacada por el ex Procurador del Tesoro de la Nación Argentina **(350)**.

Sobre este punto, no se nos escapa lo destacado por el juez Maqueda en su voto concurrente de "Colegio de Escribanos", quien —citando un caso del TEDH— sostuvo: "'la imposibilidad de alcanzar una certeza absoluta en la formulación de las leyes y el riesgo de que la búsqueda de tal certeza traiga como consecuencia indeseada una rigidez excesiva'; y que muchas leyes 'están inevitablemente formuladas en términos que, en mayor o menor medida, son imprecisos y cuya interpretación y aplicación son cuestiones de práctica' (sentencia del asunto 'Michaud vs. France' del 6 de diciembre de 2012, párr. 96)" **(351)**.

Sin embargo, como hemos visto anteriormente (v. Cap. IV), lo que en esa causa puntualmente se analizó es si la definición del término "operación sospechosa" cuestionada por la actora, era compatible o no con el principio de legalidad (arts. 18 y 19, CN), y uno de los aspectos que la CS (incluyendo a Maqueda) tuvo en cuenta para determinar su validez constitucional fue la existencia de una "lista de las dieciséis hipótesis previstas en el art. 19 de la resolución UIF 21/2011, que si bien no agotan todas las posibilidades, delimitan en importante medida la tarea de evaluación a su cargo".

Con lo cual, la expresión utilizada por el juez Maqueda, referida a "la imposibilidad de alcanzar una certeza absoluta en la formulación de las leyes y el riesgo de que la búsqueda de tal certeza como consecuencia indeseada una rigidez excesiva", apuntaba más bien a dejar en claro que hay supuestos —como aquellos que involucran tipologías de LA/FT— que son fácticamente imposibles de incluir en su totalidad en una norma y que, en su caso, si se intentara hacerlo rigurosamente, sería hasta contraproducente porque probablemente dejaría de lado muchas operaciones, en un sentido justamente contrario al buscado por la norma. La certeza absoluta a la que refiere "Colegio de Escribanos" parece seguir el sentido apuntado, por lo cual debe ser diferenciada del grado de certeza que se debe esperar del contenido de una norma, cuya definición y alcances debe ser clara, resultando esencial para ello la utilización de una correcta técnica normativa que garantice la tan ansiada seguridad jurídica.

Para resumir, entonces, podríamos decir que:

a) La utilización de conceptos jurídicos indeterminados a los que recurre el nuevo marco normativo de la UIF como técnica para regular el universo de SO no parecería ser incompatible con el estándar fijado por el voto de la mayoría en "Colegio de Escribanos".

b) Es necesario, por ello, distinguir entre la utilización de ese tipo de conceptos y aquellos cuyo contenido sea poco claro o con una técnica de redacción inadecuada. Estos últimos, creemos, podrían llegar a generar cierta tensión con el nivel de seguridad jurídica al que apunta a garantizar el principio de legalidad, evitando de esa manera que en ciertos casos los SO puedan prever de antemano las consecuen-

---

te, en su voto minoritario, el juez Lorenzetti destacó que "(...) también está en juego la seguridad jurídica como fundamento de una regulación de mercado, porque la descripción precisa del tipo que acarrea consecuencias sancionatorias permite que, tanto el escribano como los terceros, tengan una regla clara que deben. cumplir. La indeterminación causa mayores incertidumbres, incrementa los costos. de transacción, deteriora la confianza que es un lubricante de las relaciones sociales y, en la mayoría de los casos, conduce a una sobreactuación para cubrir responsabilidades eventuales. En efecto, la precisión y actuación real de las reglas preestablecidas genera un clima de seguridad en el cual los particulares conocen de antemano a qué reglas se sujetará la actuación de los gobernantes, de manera que la conducta de estos sea previsible y, en caso contrario, que haya quien, con potestad suficiente, pueda corregir. el error y responsabilizar eficazmente al transgresor (CS, Fallos: 326:417" (consid. 10).

(350) En tal sentido, Bernardo Saravia Frías ha sostenido en su prólogo al "Nuevo Manual de Estilo" de la Procuración del Tesoro de la Nación, que: "Es la técnica, que con elegante precisión recomienda, dejando en claro que el derecho es, a fin de cuentas, una ciencia, que debe ajustarse a un formalismo que lejos de ceñir, potencia. La forma bien aplicada es una herramienta que ayuda a cumplir el propósito último de que se haga justicia, porque acota los equívocos, los malos entendidos y los errores impermisibles desde el punto de vista del rigor de la ley adjetiva" (puede verse publicado en https://www.ptn.gob.ar/images/files/NUEVO%20MANUAL%20ESTILO.pdf, p. 5).

(351) Ver consid. 6º del voto del juez Maqueda.

cias de su accionar. En este sentido, compartimos la idea de Paolantonio, en cuanto a que "la redacción de una norma cuyo cumplimiento obligatorio se pretende y espera debería utilizar lenguajes asertivos, que no planteen dudas manifiestas acerca de su alcance o sometan a los Sujetos Obligados a la discrecionalidad en la interpretación por parte de la autoridad de aplicación" **(352)**.

c) Lo expuesto en el inciso anterior no implica sostener que las normas deban alcanzar un nivel de "certeza absoluta", en el sentido indicado en "Colegio de Escribanos", donde alude a la imposibilidad de utilizar ejemplos y/o hipótesis que abarquen y describan la totalidad de supuestos del mundo real. Se trata, en definitiva, de dos niveles de certeza diferentes. Una regulación que se encuentre por debajo del piso que destacamos en el inc. *b)* (utilización de conceptos que no son claros) es inconstitucional porque no alcanza la certeza esperada e impide conocer a sus destinatarios el alcance de sus obligaciones, y una regulación que procure alcanzar el extremo de "certeza absoluta" de acuerdo con lo indicado en el inc. *c)*, es inviable e incluso inconveniente.

Consideramos que la UIF tiene aún por delante el desafío de dar mayor claridad a aquellos conceptos cuya indeterminación y/o inadecuada redacción puedan llegar a generar un posible conflicto con el grado certeza que exige indefectiblemente el principio de legalidad.

V.3.c. Alcances de la resolución UIF 134/2018: su aplicación indiscriminada a todo el universo de SO sin considerar su diferente grado de conocimiento técnico y experiencia profesional

Una de las mayores dificultades que enfrenta la UIF, a diferencia de otros organismos, es que tiene el deber de regular una gran cantidad de sectores cuyas actividades y realidades varían sustancialmente entre sí.

Actualmente conviven dentro del marco normativo de PLA/FT: *1)* normas destinadas a SO en particular (escribanos, contadores, clubes de fútbol, casinos, cooperativas, entre muchos otros) que están sustentadas en los criterios anteriores a la gran reforma del GAFI del año 2012; *2)* normas destinadas a SO (entidades financieras, compañías de seguro, entre otros) que están sustentadas en el nuevo EBR; y *3)* normas aplicables a todo el universo de SO por igual, como lo son la resolución UIF 134/2018 (que regula las PEP), resolución 155/2018 **(353)**, entre otras.

Es dable destacar y reconocer el enorme esfuerzo que viene haciendo la UIF en este proceso de transformación y readecuación de su normativa a los nuevos estándares internacionales, que plantea desafíos realmente difíciles desde el punto de vista técnico, jurídico y pragmático. Sin embargo, hay ciertos aspectos del nuevo marco normativo que pueden ser cuestionables desde el plano constitucional, tal como hemos visto en los puntos anteriores.

Otro de los aspectos que podrían cuestionarse, está vinculado al dictado de la resolución UIF 134/2018, que se aplica con el mismo alcance a todo el universo de SO por igual sin tener en cuenta las notables diferencias que existen entre ellos y sin reparar, además, que gran parte de los destinatarios de la norma, a los que se les pretende aplicar el nuevo EBR para la identificación de las PEP, se encuentran aún regidos por la normativa anterior sustentada en los criterios anteriores del GAFI.

Vale recordar al respecto, sin ánimo de ser reiterativo, que de acuerdo con el criterio adoptado por la CS en "Colegio de Escribanos", la reglamentación "será razonable y compatible con los arts. 18 y 19, CN en la medida en que la norma sancionatoria resulte precisa y previsible, lo cual exige tener en cuenta (…) la capacidad de conocimiento de los sujetos a los cuales se dirige".

Es decir, que la propia Corte parte de la idea de que no todos los destinatarios de las normas tienen la misma capacidad de conocimiento, y que de esa capacidad dependerá, en cada caso,

(352) PAOLANTONIO, Martín E., "Prevención del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. Debida diligencia y personas expuestas políticamente", pub. en LA LEY, 28/06/2019, p. 5.

(353) Aprueba la "Reglamentación del deber de Colaboración de la Comisión Nacional de Valores, la Superintendencia de Seguros de la Nación y del Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social para los Procedimientos de Supervisión de los Sujetos Obligados bajo su Contralor".

la determinación de si las normas aplicables son lo suficientemente precisas y previsibles como para ser compatibles con el principio de legalidad. En el caso concreto de los escribanos, la CS tuvo en cuenta que "sus conocimientos técnicos y experiencia profesional los ubica en una posición de privilegio frente al resto de la comunidad a la hora de indagar cuando una transacción tiene indicios de vinculación con el lavado de activos y la financiación del terrorismo".

Es difícil pensar que todos los sectores regulados por la UIF tengan el mismo nivel o capacidad de conocimiento. No es lo mismo un despachante de aduana (art. 20, inc. 14, ley 25.246) que una entidad financiera o una compañía aseguradora y, en todo caso, la posibilidad de asesorarse para comprender los alcances de cada obligación en cada caso también varía sustancialmente **(354)**. En esa línea de pensamiento, se ha sostenido que "es sencillamente impensable que todos los sujetos obligados puedan desarrollar los sofisticados esquemas de análisis de riesgo a los que pretende obligar el art. 6º de la res. 134/2018" **(355)**, siendo muy poco probable también que todos tengan la capacidad de entender y desarrollar un EBR para las PEP de la manera y con los alcances contemplados en la norma.

Para reflejar la complejidad de la norma, transcribiremos a continuación uno de los pasajes del art. 6º de la resolución UIF 134/2018 al que hacíamos referencia: "En atención a lo expuesto, las Personas Expuestas Políticamente serán objeto de medidas de debida diligencia, adecuadas y proporcionales al riesgo asociado y la operación u operaciones involucradas. El mismo tratamiento deberá propinarse a las personas consignadas en el art. 5º, teniendo en consideración el grado de cercanía o afinidad con la Persona Expuesta Políticamente vinculada. En todos los casos tendrán que implementarse reglas de control de operaciones y alertas automatizadas, de modo que resulte posible monitorear, en forma intensa y continua, la ejecución de operaciones y su adecuación al Perfil del Cliente, su nivel de riesgo y las posibles desviaciones en este; a fin de tomar medidas oportunas para impedir la comisión de los delitos contemplados en la ley 25.246. Sin perjuicio de ello, los sujetos obligados deberán establecer niveles de aprobación de la relación con esta clase Clientes, en función del riesgo que estos presenten".

Es difícil pensar, como decíamos, que una entidad financiera vaya a receptar la norma transcripta del mismo modo que lo hará un despachante de aduana. Sin embargo, su eventual incumplimiento dará lugar en ambos casos al mismo tipo de sanción.

Cabe aclarar aquí que la "capacidad de conocimiento" no se refiere a una cuestión natural de inteligencia. Lejos de ello, lo que se tiene en cuenta es la idoneidad técnica adquirida muchas veces por la experiencia laboral y profesional. Por eso, insistimos en el ejemplo: una entidad financiera, que trabaja con estructuras de riesgo, con software y sistemas de monitoreo, es muy probable que comprenda el alcance de la norma de un modo distinto a un despachante de aduana, que no está formado en ese tipo de conocimiento.

Es cierto que, en algún punto, bien podría cuestionarse la razonabilidad de la resolución UIF 134/2018, en la medida en que no parece adecuado ni razonable exigir la misma diligencia a todos los SO en lo que hace a la elaboración del esquema de análisis y monitoreo de los riesgos de LA/FT sobre las PEP, teniendo en cuenta que sus estructuras económicas y organizacionales varían notablemente entre sí. Pero entendemos, además, como venimos afirmando, que el criterio sentado por la CS abre la posibilidad de sostener que la norma, al no tener en cuenta los distintos tipos de destinatarios a los que está dirigida, colisiona también con el nivel de previsibilidad que exige el principio de legalidad.

(354) Recordemos que en la causa "Colegio de Escribanos PBA c. UIF", el juez Maqueda destacó que "una norma no puede ser considerada como 'ley' a no ser que esté formulada con la suficiente precisión para permitir al ciudadano que regule su conducta: el ciudadano debe ser capaz —si es necesario, con el asesoramiento apropiado— de prever, hasta donde sea razonable y atendiendo a las circunstancias, las consecuencias que puede acarrear una acción determinada".

(355) Véase PAOLANTONIO, Martín E., "Prevención del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. Debida diligencia y personas expuestas políticamente", pub. en LA LEY, 28/06/2019, p. 6.

No obstante lo expuesto, no desconocemos que la UIF dictó junto a la resolución 134/2018, una Guía para su correcta aplicación, que tiene gran valor porque aclara varios aspectos importantes de la norma, pero aun así, tampoco tiene en cuenta los diferentes sectores a los que está dirigida, y no aclara el alcance de varias de las obligaciones allí establecidas.

Cabe aclarar, previo a concluir, que no se cuestiona que el Organismo dicte Resoluciones aplicables a todos los SO con el mismo alcance. De hecho, es lógico pensar ciertas normas que regulen aspectos tales como el procedimiento sumarial, los procedimientos de supervisión sean dictadas con esos alcances. Es necesario allí unificar criterios y establecer el mismo procedimiento y garantías para todos los SO por igual. Pero aquellas Resoluciones, como la antes mencionada, que reglamenten las obligaciones que deben cumplir los distintos SO, no pueden desconocer sus diferentes particularidades, porque de ser así, según entendemos, podrían ser cuestionadas desde el plano constitucional, cuestión que por supuesto habrá que analizarse en cada caso en concreto.

VI. A modo de cierre

Al comenzar el trabajo destacábamos el carácter difuso que tiene muchas veces el principio de legalidad, debido, en parte, a las distintas funciones que en general se le han asignado. No obstante esa dificultad, existe gran consenso en que se trata de un principio fundamental del derecho, cuya esencia radica en restringir el poder del Estado y garantizar, al mismo tiempo, las libertades individuales de las personas.

Reconociendo que el principio de legalidad se bifurca con distintos matices entre las diferentes ramas del derecho, hemos decidido primero abordar las particularidades propias que presentan tanto el principio de legalidad administrativa como penal, para analizar luego, a partir de allí, cómo estos se aplican, concretamente, con diferentes matices, al régimen de policía de la UIF.

En el marco descripto, ya adentrándonos en el sistema de PLA/FT argentino, destacábamos que la ley 25.246 fue estructurada sobre los siguientes ejes: 1. creó la UIF, asignándole amplias facultades regulatorias y sancionatorias para cumplir con la finalidad de impedir y prevenir la comisión de los delitos de LA/FT; 2. enumeró taxativamente los distintos actores, tanto del sector público como privado, que se encuentran obligados a informar ante el Organismo antilavado cierto tipo de operaciones; 3. creó el núcleo de esas obligaciones, estableciendo el marco al cual deberá ajustarse la normativa emanada de los poderes reglamentarios de la UIF; 4. previó las sanciones a aplicarse en caso de constatarse la comisión de infracciones por parte de los destinatarios de las normas.

Un primer plano de discusión surgiría en torno al encuadre constitucional que corresponde hacer respecto a la asignación de facultades que el legislador confirió a la UIF. Algunos autores consideran que cuando el Organismo regula a los distintos SO lo hace en ejercicio de su potestad reglamentaria (art. 99, inc. 2º), mientras que otros, en cambio, destacan la idea de que actúa en ejercicio de facultades delegadas (art. 76, CN). Una tercera postura sostiene que es posible pensar que un juego armónico de los incs. 20 y 32 del art. 75, CN habilitaría a justificar una especie de delegación de facultades más genérica que la contemplada en el art. 76, CN.

Como hemos visto, en las causas "Banco de Galicia y Buenos Aires SA y otros c. UIF" y "Banco de la Provincia de Buenos Aires c. UIF", la CNFed. Cont. Adm. parece haber seguido esa tercera postura, al encuadrar la delegación efectuada en favor de la UIF en la cláusula del art. 75, inc. 32, CN. Sin embargo, tal como señalábamos, es importante tener en cuenta que tanto la doctrina como la jurisprudencia, en términos generales, se han referido a la asignación de facultades contempladas en el art. 21, inc. b) de la ley 25.246, que habilita expresamente a la UIF a establecer, a través de pautas objetivas, las modalidades, oportunidades y límites del cumplimiento de la obligación de reportar operaciones sospechosas.

Consideramos que existen otras cláusulas de la ley, que habilitan al Organismo antilavado al ejercicio de potestades reglamentarias, con los alcances previstos en el art. 99, inc. 2º, CN. Tal sería el supuesto por ejemplo de las medidas de DDC y políticas de prevención contempladas en el art. 21 bis de la ley 25.246, o de aquellos casos

en los que la UIF reglamenta específicamente qué tipos de personas humanas y/o jurídicas quedarán incluidas dentro de cada categoría de SO.

Es evidente la importancia que tiene, como primera medida, delimitar adecuadamente las potestades que el legislador confirió a la UIF para que lleve a cabo sus complejas funciones, ya que, recién a partir de ahí, podremos comenzar a discutir en cada caso concreto, si el organismo respetó o no, los recaudos y límites constitucionales contemplados para cada caso.

Otro nivel de discusión incluye planteos más específicos contra la UIF, referidos concretamente con el ejercicio práctico de su potestad reglamentaria y sancionatoria. Veamos.

1. En cuanto al ejercicio de su potestad reglamentaria, la UIF ha recibido principalmente dos cuestionamientos, mayormente relacionados con la idea que postula que el principio de legalidad cumple una función estrictamente vinculada con el principio de división de poderes, ya que, en ambos casos lo que se discutía, con alcances distintos, era un posible exceso reglamentario por parte de la UIF:

a. El primero, vinculado a la creación de una obligación que no había sido contemplada expresamente por el legislador.

Con relación a este punto, es importante *a priori* distinguir entre aquellos supuestos en los que la Administración crea un tipo infraccional, de aquellos otros en los que la Administración completa los pormenores vía reglamentaria. Lo primero, como regla, debería ser tachado de inconstitucional, lo segundo en principio no merecería el mismo reproche.

En este último sentido, en las causas "Banco de Galicia c. UIF" (2016) y "Banco de la PBA c. UIF" (2019), vimos que la CNFed. Cont. Adm. confirmó el criterio ya consolidado en la doctrina y jurisprudencia respecto a que, por las características propias del derecho administrativo sancionador, resulta plenamente válido que el legislador deje a los órganos ejecutivos la reglamentación de las circunstancias o condiciones concretas de las acciones reprimidas.

En la causa "Cardozo c. UIF", sin embargo, el Tribunal parece haber dado un paso más, al convalidar en el caso concreto la creación por parte de la UIF de una obligación que en la redacción originaria de la ley 25.246 no había sido contemplada expresamente. Nos referimos a la obligación de registración, cuyo incumplimiento sería pasible de la misma sanción que el resto de las obligaciones. Para fundar su fallo, la CNFed. Cont. Adm. tuvo en cuenta dos aspectos esenciales: que la UIF tenía asignadas por ley facultades para avanzar en ese sentido, y que la finalidad de la registración consistía en identificar a los SO, constituyendo un paso inescindible para la remisión posterior de los correspondientes ROS.

Se advierte que la Cámara tuvo en el caso concreto un criterio flexible, priorizando la idea según la cual el reglamento será válido, en principio, en la medida que no altere el espíritu de la ley, para lo cual es fundamental que no vaya en contra de esta y que resulte imprescindible para su aplicación y posterior ejecución. En lo particular, si la UIF no establecía esa obligación, no podía cumplir prácticamente con la finalidad para la cual había sido creada. De todos modos, como dijimos, el problema quedó saldado con la reforma de la ley 27.446, que incorporó expresamente la obligación en cuestión a la ley 25.246.

b. El segundo cuestionamiento estuvo relacionado a la supuesta creación por parte de la UIF de categorías de SO que no habían sido contempladas expresamente por el legislador. El criterio de la CNFed. Cont. Adm., en la causa "Club Atlético San Lorenzo c. UIF", fue el de convalidar la reglamentación de la UIF, por entender que esta coincidía con el espíritu del legislador y era necesaria para cumplir con la finalidad de la ley. Y aun cuando la Cámara reconoce que el propio legislador podría haber incluido a los clubes de fútbol como SO, es válido que haya optado por diferir a la Administración, por medio de un Organismo eminentemente técnico, especializado en la materia, la nómina precisa de SO dentro de la categoría "organizadores de deportes profesionales".

Frente a ambos planteos judiciales, a los efectos de determinar la constitucionalidad de las reglamentaciones de la UIF, el criterio de la CN-

Fed. Cont. Adm. parece haber priorizado la finalidad que tuvo en miras el legislador al crear el Organismo en cuestión. Es decir, si la reglamentación resulta esencial para la mejor aplicación de la ley, entonces, en principio será válida. No se nos escapa, de todos modos, que el primer supuesto, vinculado a la creación por parte de la UIF de una obligación que no había sido prevista en la ley, resulta cuestionable aun considerando los argumentos del Tribunal.

c. En otros supuestos, el cuestionamiento por parte de los SO fue más allá de apuntar a un posible exceso reglamentario por parte de la UIF, —en donde el problema de fondo estaría mayormente relacionado a un posible conflicto de división de poderes en el que el principio de legalidad tendría una función instrumental—, y avanzó para intentar poner en jaque otro de los resortes en los que se sustenta el principio citado, que exige —en aras a garantizar una mínima previsibilidad— que los destinatarios de las normas puedan conocer los alcances de las obligaciones a las que están sometidos, y las consecuencias de su incumplimiento.

Aquí es donde adquiere relevancia la sentencia dictada por la CS en la causa "Colegio de Escribanos", en la cual, el voto de la mayoría desestimó el planteo de la parte actora, por entender que las normas que habían sido cuestionadas no eran en principio incompatibles con el principio de legalidad. El máximo tribunal destaca allí que las normas deben ser suficientemente precisas y previsibles, y establece ciertas pautas a tener en cuenta para determinar si las normas cumplen o no con esos criterios. En ese sentido, la Corte sostiene que la previsibilidad debe evaluarse teniendo en cuenta: 1. el contexto de la norma bajo análisis; 2. el ámbito de aplicación para el que fue creada la norma; y 3. el estatus de las personas a quienes está dirigida la norma. Y con relación al grado de precisión, el Tribunal sostiene que las normas deben permitir a sus destinatarios prever las consecuencias que puede acarrear su incumplimiento.

Con relación al contexto de las normas y a su ámbito de aplicación, la Corte tiene en cuenta que estas encuadran en el marco de un sistema de PLA/FT, en donde resulta imposible a la autoridad prever con anticipación todos los supuestos de sospecha de LA/FT, razón por la cual, la norma que había enumerado una lista de dieciséis hipótesis de sospecha servía para precisar y delimitar el alcance de la obligación puesta en cabeza de los escribanos (reportar operaciones sospechosas). Con relación al estatus de las personas a las que estaba dirigida la norma, el Tribunal hace hincapié en que los escribanos poseen conocimientos técnicos y profesionales que los ubican en una posición de privilegio frente al resto de la comunidad.

2. Con relación al ejercicio de la potestad sancionatoria, destacamos que las sanciones que aplica la UIF ingresan dentro de las que la doctrina ha llamado "sanciones penales administrativas" y, de acuerdo con la extensa y reiterada jurisprudencia del fuero Contencioso Administrativo Federal, poseen una indiscutible naturaleza administrativa. Respecto a las infracciones a la normativa antilavado, la CNFed. Cont. Adm. ha sido contundente en sostener que no requieren para su configuración la existencia de un daño concreto al bien jurídico tutelado, ni tampoco que ese incumplimiento tenga una envergadura determinada, ya que, su finalidad es eminentemente preventiva y apunta en ese sentido a la disuasión de las conductas reprochables a los efectos de evitar la reiteración de los incumplimientos por parte de los SO, procurando mantener la confirmación de la vigencia y efectividad de las normas de PLA/FT.

En función de la naturaleza y esencia propia de las sanciones e infracciones administrativas, distinguibles de los delitos y las penas, los principios del derecho penal resultan aplicables al derecho administrativo sancionador, pero con ciertos matices.

En este sentido, la jurisprudencia ha admitido que la normativa antilavado tenga un nivel de flexibilidad, tanto en la conformación de su estructura como de su contenido, que el derecho penal en principio no toleraría.

La estructura de las normas que integran el régimen de PLA/FT admite una mayor flexibilidad desde dos planos distintos: por un lado, la determinación del hecho típico puede ser completada por medio de disposiciones reglamentarias de la UIF. Por el otro, se admite también que exista una disociación entre el tipo infraccional y su consecuente sanción, mediante el

establecimiento de sanciones que no requieren necesariamente estar asociadas a cada hecho típico en particular, como resulta ser el caso de la ley 25.246.

Respecto al contenido de las normas, destacamos que el derecho administrativo sancionador, y en particular el régimen de PLA/FT, admiten en su redacción la utilización de conceptos jurídicos indeterminados, los cuales no resultan en principio incompatibles con el nivel de certeza y precisión que exige el principio de tipicidad penal, como derivado directo del de legalidad. Este fue el criterio sentado por el voto mayoritario de la CS en "Colegio de Escribanos, al pronunciarse a favor de la validez de ciertas normas que habían sido cuestionadas por utilizar conceptos de esa naturaleza. En sentido contrario se expidió Lorenzetti, al destacar que las normas impugnadas remiten a una gran cantidad de conceptos jurídicos indeterminados, tales como "usos y costumbres", "experiencia e idoneidad", "buena fe", los que —a criterio del juez— en principio atentarían contra la especificidad y objetividad necesaria en ese tipo de disposiciones. Nótese que la diferencia de criterios en el sentido expuesto tiene efectos prácticos de suma trascendencia, que en el caso se traducen en determinar la compatibilidad o no de ciertas normas con los arts. 18 y 19 de la CN. Cabe aclarar, sobre el punto, que la jurisprudencia de la CNFed. Cont. Adm. se ha pronunciado reiteradamente conforme al criterio adoptado por la mayoría.

3. Como tercer foco de análisis, luego de destacar la importancia que el fallo mencionado ha tenido para la UIF, advertimos que este no puede entenderse como un cheque en blanco a favor del Organismo. En ese contexto, analizamos el nuevo marco normativo en materia de PLA/FT y pudimos ver que en ciertos casos el nivel de previsibilidad esperado en las normas puede verse afectado. Identificamos tres aspectos puntuales que podrían vulnerar el principio de legalidad:

En primer lugar, destacamos que uno de los aspectos del nuevo régimen normativo en materia de PLA/FT que mayores controversias genera es, justamente, el amplio margen de discrecionalidad que asigna a los SO para cumplir con ciertas obligaciones, sin un adecuado marco de reglas que les permita comprender los alcances precisos de aquellas, generando muchas veces criterios dispares o contradictorios entre la autoridad y los destinatarios de la norma. Un ejemplo de ello ha sido reflejado recientemente, como pudimos ver, en la causa "Banco Hipotecario c. UIF".

Puntualmente, nos referimos a la importancia que tiene contar con una Evaluación Nacional de Riesgos (aún pendiente de elaboración por parte del Estado argentino), para una correcta elaboración por parte de los SO de sus propias matrices de riesgo. La información que brinda una evaluación con esos alcances permite, entre otras cosas, generar lineamientos claros desde el Estado que garanticen a los SO una mejor comprensión de los riesgos en LA/FT a los que están expuestos diariamente, a fin de que puedan decidir, con información concreta, cierta y objetiva, dónde poner su mayor foco e invertir sus recursos. Entendemos que la discrecionalidad dada al sector privado se justifica a los efectos de que puedan adaptar la autoevaluación de riesgos a la naturaleza y singularidad de su negocio, de acuerdo con su estructura económica y organizacional, pero esa adaptación deben realizarla haciendo foco en los riesgos previamente identificados por la autoridad competente.

En segundo lugar, identificamos ciertos aspectos específicos de la nueva normativa, en particular la resolución UIF 143/2018, que presenta algunas definiciones cuya indeterminación, oscuridad o imprecisión, y en ciertos casos una técnica de redacción inadecuada, que podrían llegar a generar cierto nivel de tensión con el nivel de seguridad jurídica al que apunta a garantizar el principio de legalidad.

En tercer lugar, advertimos que la resolución citada en el párrafo anterior fue dictada con el mismo alcance para todos los SO, sin considerar sus diferentes estructuras económico-financieras, organizaciones y, sobre todo, sus distintos grados de conocimiento técnico y experiencia profesional. Circunstancia que, en nuestro entendimiento, puede atentar en ciertos casos contra el nivel de previsibilidad esperado, teniendo en cuenta el estándar fijado por la CS, que exige hacer foco en el estatus de los destinatarios de las normas.

VII. Conclusión

Habiendo efectuado un breve recorrido por los aspectos más salientes del trabajo, podemos concluir que:

- las infracciones administrativas pueden ser completadas por vía de reglamento, siempre y cuando su núcleo este previamente definido por ley. En el caso concreto de la UIF, podría discutirse el criterio adoptado por la Cámara en "Cardozo", pero en esta instancia consideramos importante destacar que la ley 25.246 y sus sucesivas reformas han saldado esa cuestión, incorporando la obligación de registración por vía legislativa, en una solución que entendemos que resulta acorde desde el punto de vista constitucional;

- independientemente que la ley 25.246 haya enumerado taxativamente el universo de SO, la UIF puede definir por vía reglamentaria, dentro de cada categoría, qué personas jurídicas o humanas quedarán allí comprendidas, siempre y cuando esa reglamentación sea acorde al espíritu del legislador, lo que implica que no contradiga la ley y sea imprescindible para su mejor cumplimiento;

- el principio de legalidad penal, si bien exige la doble precisión por ley de los hechos punibles a las penas a aplicar, puede ser aplicado al derecho administrativo sancionador de manera mucho más flexible, admitiéndose que las normas administrativas contengan una estructura totalmente distinta a las propias del derecho penal;

- esa mayor flexibilización tolerada por el derecho administrativo sancionador, y no así por el derecho penal, admite también la utilización de conceptos jurídicos indeterminados a los efectos de definir el contenido de ciertas obligaciones;

- se advierte, además, como un aspecto saliente del sistema de PLA/FT, que la política legislativa y reglamentaria local se encuentra fuertemente condicionada por las Recomendaciones del GAFI. En este sentido, la UIF tiene el enorme desafío de tener que adaptar e implementar esas exigencias internacionales al marco normativo argentino, garantizando que exista una adecuada comprensión por parte de sus principales destinatarios (SO);

- para ello, siguiendo los lineamientos del GAFI y respetando al mismo tiempo el estándar fijado por la CS en "Colegio de Escribanos de la PBA", entendemos que la UIF debe inmediatamente avanzar en dos sentidos:

1. por un lado, debe cumplir con la Recomendación N.º 1 del GAFI, realizando y publicando la correspondiente Evaluación Nacional de Riesgos, que le permitirá a los propios SO nutrirse de información más certera, objetiva y concreta a los efectos de efectuar sus propias matrices de riesgo, cumpliendo a partir de allí, adecuadamente con sus obligaciones;

2. paralelamente, la UIF debe continuar adaptando sus regulaciones al nuevo EBR, teniendo fundamentalmente en cuenta la heterogeneidad que presenta el universo de SO y la complejidad técnica que en muchos casos presentan las normas antilavado;

- finalmente, cabe destacar que en términos generales la UIF ha actuado conforme los términos establecidos en la ley 25.246, en pleno resguardo de las garantías de los SO. Y aún en los supuestos en los que ha tenido cuestionamientos, tal como pudimos ver a lo largo de todo el trabajo, tanto la CS como la CNFed. Cont. Adm. han adoptado criterios ciertamente flexibles que permitieron al Organismo cumplir sus cometidos.

El papel de la Administración pública en los siglos XX y XXI

Carlos A. Herrera (*)

Sumario: I. Introducción.— II. El Estado o Administración gendarme.— III. El Estado de bienestar.— IV. Estado de derecho y Estado social de derecho.— V. La crisis del Estado de bienestar. Gobernabilidad y nueva Administración.— VI. Gobernabilidad y gobernanza.— VII. La nueva gestión pública.— VIII. Las políticas públicas.— IX. El Estado regulador.— X. Derecho administrativo y derecho administrativo global.

I. Introducción

Mucho se debate en el marco de la ciencia política sobre el modelo que reemplaza al conocido Estado de bienestar, el cual parece estar gravemente dañado por dos fenómenos íntimamente relacionados, la globalización y las crisis económicas que van soportando los diferentes estados.

Cierto es que en la práctica aquel Estado de principios del siglo XX caracterizados no solo por preservar la libertad sino el de generar igualdad a través de políticas activas concretas y la satisfacción de las necesidades cuyo requerimiento era prevista por el Estado de bienestar llevo a desequilibrios económicos, de algunos estados cuyos efectos llevo el agravamiento de otros, y por lo tanto la necesidad de requerir constantemente auxilios económicos de organismos económicos. Ahora bien, la imposibilidad de generar recursos en primer término debilito la capacidad para brindar esos servicios, ya sea en forma directa o indirecta, trasladando su prestación a manos privadas y reservándose en el mejor de los casos una capacidad regulatoria propia y en otros, trasladando ese control a organizaciones privadas que representen a usuarios o consumidores. Pero a su vez, se ha ido debilitando el poder estatal en la medida que debe convencer al mundo empresario sobre la conveniencia de la prestación de un servicio, imponiendo para ello, ciertas condiciones para materializar sus inversiones y conseguir su recupero con la ganancia prevista. No deja de ser cierto, que aquellos avances institucionalizados respecto a las condiciones de los trabajadores, sobre derecho de huelga, extensión del horario, vacaciones, aguinaldos, negociación colectivas, etc. y que dieron sustancia y contenido al Estado de bienestar, vienen a ser condicionados, pues la crisis lleva a los Estados a la necesidad de disponer medidas tendientes a reducir los costos laborales, como medio para hacer las economías más estables y competitivas, única forma de evitar el famoso déficit fiscal así evitar una profundización de la crisis económico o al menos su agravamiento.

Esta breve descripción de circunstancias comunes a los diferentes estados, desde los más desarrollados de Europa a los más conflictivos de América Latina, se desarrolla inequívocamente dentro de los carriles de un ordenamiento jurídico nacido a la luz de un fenómeno que genéricamente se ha denominado "globalización". Sin lugar a dudas, el papel de las constituciones nacionales junto con su conjunto de instrumentos normativo que la hacen operativa, comienza a perder el papel que otrora se le reconoció, frente a un tejido de convenios y tratados nacionales, de organismos trasnacionales creados por ellos y con organismos propios de aplicación y control, y la constante cesión normativa y de contralor de los 'poderes locales de un Estado frente al de las capitales, constituyen el ámbito propicio para la intromisión de nuevos paradigmas jurídicos, sociales y económicos que muestran los inicios de un modelo de

(*) Profesor adjunto de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, UNMDP.

sociedad diferente a la de hace no más de 30 o 40 años.

Debemos tener en cuenta que entre las tantas diferencias que se puede constatar entre las monarquías reinantes hasta fines del siglo XIX y los Estado modernos posteriores organizados sobre la base de una división de poderes, y cuyo modelo fue denominado Estado de derecho, fue la aparición de una organización civil destinada a cumplir los objetivos establecidos por las leyes, dentro de un pacto o acuerdo social al cual se denominó Constitución, que en algunas oportunidades aparecía como un instrumento formal y en otro no.

La previsibilidad de nuevo orden se daba en la medida que el cambio de reglas requería el cumplimiento de ciertos actos, a los cuales posteriormente denominamos procedimientos, y los cuales permiten la participación de la sociedad en la creación y modificación de normas.

También es imposible negar que, durante las monarquías medievales, existían en forma subordinada al rey o príncipe un grupo de personas que actuaban en su nombre, cumpliendo o haciendo cumplir sus decisiones, bajo pena de las sanciones o consecuencias que aquel establecía. Pero la aparición de los noveles modelos, en primer término, va a estar caracterizado pues la actividad de los empleados estatales, ya no actúan en nombre del monarca sino en aplicación de una ley vigente. Y estos se transforman en un aparato burocrático destinado al cumplimiento de las voluntades popular expresada en los órganos legislativos. Esta organización burocrática, denominada Administración pública, se constituye en adelante en el principal músculo de actuación del Estado en la sociedad y consecuentemente sus movimientos van a definir la caracterización del Estado sometido a su ordenamiento jurídico.

II. El Estado o Administración gendarme

Los fenómenos como la Revolución francesa y la Emancipación Americana, con sus antecedentes en la Carta Magna británica de 1215, delinearon un modelo de organización política sobre la base de una comunidad identificada con un territorio, población y poder común, a la cual generalmente llamamos el "Estado moderno". Pero a diferencia de otras épocas, como una garantía de la libertad de sus integrantes, remiten el poder ejercido hasta el momento por los príncipes, no a la voluntad de ellos, sino al de las leyes dictadas por los integrantes de esa comunidad, adoptando entre sus principios constitutivos la "división de los poderes".

Este período, que va desde fines del siglo XVIII hasta mediados del siglo XX, está caracterizado por organizar una administración pública organizada por jerarquías y especialidades, dependientes de la máxima autoridad del Poder Ejecutivo.

Para esa comunidad que quería preservar el derecho de la "libertad", forma una serie de institutos y organismos jurídicos destinados a garantizar a cada ciudadano su derecho a decidir. En relación directa a ello, la finalidad de la actividad estatal estaba dirigida a evitar que las actividades de los ciudadanos perjudiquen el ejercicio de la libertad de otros. Así el Estado justificaba la limitación de la libertad de un ciudadano cuando ello era estrictamente necesario para preservar la salud, la seguridad y la moralidad.

El poder normativo sobre el cual se constituye el Estado moderno procura la preservación de la libertad, pero en el contexto de las relaciones de los ciudadanos entre sí, de ahí el desarrollo durante esta época del ordenamiento civil y comercial.

Ciertamente y a modo de ejemplo, podemos recordar a Benjamín Constant que en 1819 en un discurso pone al descubierto los distintos sentidos del término libertad cuando contrapone "la libertad positiva de los antiguos" con "la libertad negativa de los modernos", "la libertad del disfrute privado de algunos bienes fundamentales para la seguridad de la vida y para el desarrollo de la personalidad humana, como son las libertades personales, la libertad de opinión, de iniciativa económica, de movimiento, de reunión y otras semejantes, y la libertad de participar en el poder político. De estas dos libertades, la primera corresponde a la definición corriente de libertad negativa, la segunda corresponde a la definición también corriente de libertad positiva; está claro además que mientras la primera es un bien para el indivi-

duo y hunde sus raíces en una concepción individualista de la sociedad, la segunda es un bien para el miembro de una colectividad, desde el momento en que esta colectividad, de cuya totalidad el individuo singular forma parte, ha de tomar decisiones que atañen a la sociedad en su conjunto y en sus partes" **(1)**.

El ejercicio y protagonismo de la libertad política llevo con el tiempo a inspirar también un movimiento a intentar llevar esas ideas al campo de la economía, pregonando también la abstención en la actividad económica de los organismos estatales, salvo en lo estrictamente necesario para preservarla.

Este modelo estatal va a generar una organización burocrática encargada de realizar o llevar a la practicas aquellas decisiones generales y particulares ordenadas por los órganos superiores del Estado, la cual se va a denominar usualmente Administración pública y cuya autoridad máxima es el titular del ejercicio de la función administrativa, generalmente otorgada al Poder Ejecutivo.

Indudablemente va a ser Napoleón quien va a dar los primeros pasos de la creación y organización de una pléyade de funcionarios, que coordinados en forma jerarquizada le permitían ejercer su poder a lo largo y a lo ancho del territorio francés. La creación de la figura del "ministro de gabinete" a nivel nacional y a nivel local del del "prefecto" (tomado del antecedente propio del imperio romano) en los Departamentos, el "subprefecto" en los distritos y del alcalde en los municipios, dotados de una amplio poder, pero a su vez sometidos a la posibilidad constante de ser su designación revocada, para el caso de adoptar decisiones contrarias a la del emperador, mostraban los inicios de un fenómeno que va a ir caracterizando las organización del Estado moderno, la "burocracia". El reemplazo de la organización por medio de asambleas propuesta sistemáticamente por los revolucionarios fue cediendo ante la eficiencia del poder centralizado, lo cual va ser expuesto claramente por Charles Jean Bonnin (1772/1846), en su obra *Principios de Administración Pública* (1808) a quien se le reconoce en la actualidad ser el fundador de la Ciencia de la Administración Pública, y cuya obra estuvo perdida hasta 2004 cuando fue nuevamente publicada, y nos permitió conocer los cambios introducidos por Napoleón, quitándole los laureles a la cameralista alemana que se reconocían como los fundadores.

El mayor aporte al estudio de la organización de la Administración pública del siglo XIX lo va a efectuar Max Weber (filósofo y político liberal de 1864-1920) quien en épocas finales de la monarquía alemana va a desarrollar un modelo de lo que debía ser el sistema de poder de la administración en esa época en su obra *Economía y sociedad* (1922).

En su obra describe con suma perfección modelos de poderes sociales que quizás desde una proyección histórica podían mostrase como alternativas de ejercicios del Estado. Teniendo en cuenta la modalidad de como los titulares del poder podían lograr el obedecimiento de la organización burocrática del Estado, clasifica en 3 formas de dominación: 1) dominación tradicional (rey-sirvientes), 2) dominación racional (obediencia a las normas), y 3) dominación carismática (líder-seguidores). Desde allí entendía que en el Estado moderno para que convivan la democracia y el capitalismo, era necesario estructurar un sistema de dominación racional y para ello tener una organización estatal basada en el cumplimiento de la ley, sin que se generen cambios abruptos y donde la reglas están previstas de antemano.

La obediencia a las normas que deben ser abstractas para garantizar la igualdad, la especialización y jerarquía de los órganos burocráticos, la responsabilidad de los funcionarios y la separación entre la vida privada y la vida profesional del funcionario van a ser algunas de las propuestas de Max Weber, que con el tiempo fueron centrales a la existencia y desempeño de la burocracia estatal moderna.

III. El Estado de bienestar

El denominado Estado de bienestar responde a un segunda fase del capitalismo, iniciado en la segunda mitad del siglo XIX, ya el siglo XX trajo nuevos fenómenos que de a poco fueron cambiando las prácticas y necesidades de las

(1) BOBBIO, Norberto, "Igualdad y libertad", Paidós, p. 114.

comunidades, así la creciente industrialización iniciada a fines del siglo XIX, el traslado de las masas de las pequeñas comunidades agrarias a grandes urbes, las dos guerras mundiales, así como un incipiente crecimiento de las economías en todo el mundo, llevaron a una redefinición de los términos "libertad" e "igualdad", así como su ejercicio.

Este nuevo sistema social requería por parte del Estado abandonar su papel abstencionista en los diferentes ámbitos para comenzar a adoptar un papel activo, tal modelo fue conocido como Estado de bienestar, o *welfare state* y pronto tuvo su correlato en el ámbito de las normas como Estado social de derecho. Los nuevos métodos de trabajo (fordista y taylorista) dieron lugar un incremento de la productividad acompañado con las políticas estatales de aumento de consumo de masas, incrementando el consumo e incorporando a las clases más desfavorecidas al proceso de acumulación capitalista. En consecuencia, se acompaña este proceso económico y social, con una mayor prestación por parte del Estado de servicios como salud, educación, beneficios previsionales, etc.

La administración pública en este período estaba caracterizada por extender su actividad en tres institutos básicos que el derecho le reconocía, a) la policía; b) el servicio público; y c) el fomento (Jordana de Pozas, Parada, Santamarina, Villar Palasí, en España, Marienhoff, Diez, entre otros en Argentina). Aunque desde otra perspectiva también la doctrina europea reducía el papel de aquella a: a) la actividad administrativa de limitación, y b) la actividad administrativa de prestación (S. Romano, M. S. Giannini, García de Enterría, entre otros).

Aunque es muy difícil dar un concepto de Estado de bienestar podemos después de tantos años caracterizarlo con los siguientes puntos: 1) generación de una política destinada al pleno empleo; 2) prestación de servicios esenciales mínimos: salud, previsionales, transporte, agua, etc.; 3) realización de mayores gastos sociales; 4) participación del poder por organizaciones sindicales; 5) planes de acceso a la propiedad; etc. Algunas vertientes utilizaron técnicas basadas en el libre juego de los actores del mercados y otros acentuaron la política en planes de regulación, cada uno con resultados propios, distinguiéndose al menos diferentes modelos: 1) el Estado de bienestar escandinavo, 2) el Estado de bienestar continental (democristiano/socialdemócrata) y 3) el modelo de Estado de bienestar anglosajón (liberal), siguiendo el modelo propuesto por Esping-Andersen (*Los tres mundos del bienestar*, Edicions Alfons El Magnànim, Valencia, 1993) pudiéndose adoptar un modelo netamente diferente para el caso de Latinoamérica, donde no existió un proceso de industrialización como el europeo y donde las diferencias entre los sectores sociales son más profundas que allí, pero que ciertamente las administraciones han buscado en algunos casos adoptar algunos de sus preceptos y fórmulas.

En el periodo de posguerra, a modo de garantizar la vigencia de los derechos de las personas de todas las naciones se dio la Declaración Universal de Derechos Humanos por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, iniciando también la práctica de un tejido de tratados en diferentes materias con la intención de que los diferentes Estados, más allá de los gobiernos de turno, garanticen el cumplimiento y vigencia de derechos básicos como un modo de convivencia en el marco de una comunidad internacional mucho más integrada.

IV. Estado de derecho y Estado social de derecho

Desde la perspectiva de la estructura o sistema normativo del Estado moderno, la doctrina alemana opuso como nuevo modelo el "Estado de derecho" frente al "Estado de policía" propia del siglo XIX.

El "Estado de policía" era considerado aquel modelo de organización donde las autoridades decidían y actuaban en cada caso conforme la interpretación que estas tenían del beneficio de la comunidad, utilizando así para ello los medios que poseían a su cargo en forma discrecional, con la consecuente inseguridad del ciudadano frente a los dueños del poder. En términos generales, se incluyen en este modelo de Estado aquellos ordenamientos previos y concomitantes a la aparición del Estado de derecho, pero la característica común de todos ellos era, así como la de la primera época del Estado de derecho, poseer una administración como la

que fue caracterizada como gendarme o abstencionista.

Frente a aquel modelo, se pregonaba el Estado de derecho, como aquel modelo donde el Estado es creador de un orden normativo que condiciona las relaciones de los ciudadanos entre sí, pero también las relaciones entre las autoridades y los ciudadanos. Así las primeras ideas fueron conjeturadas por Kant (Kant, Immanuel, *Metafísica de las costumbres*) y luego desarrollada por autores como Alfred Von Mohl (1799/1875), Friedrich Julius Stahl (1802-1862), entre otros en Alemania, y por León Duguit (1859-1928) y Carré de Malberg (1861-1935) quienes introducen esas ideas en la realidad francesa extendiéndose luego al resto de Europa y Latinoamérica. Indudablemente no hay un concepto concreto, pero podemos llegar a entender o aceptar que el sistema jurídico de un país se condice como un Estado de derecho, cuando cumple con algunas condiciones mínimas: 1) separación de poderes o funciones; 2) principio de legalidad; 3) independencia del Poder Judicial; y 4) reparación del daño.

Es cierto también, que se intenta diferenciar dentro del modelo Estado de derecho, aquel que se vio reflejado durante el periodo que hemos denominado "Estado gendarme" y que muchos le asignan una práctica abstencionista, frente a un modelo que requiere de las estructuras estatales una actividad constante, destinada a mejorar las condiciones de la ciudadanía, y que responde desde lo material al "Estado de bienestar", y que algunos denominan Estado social de derecho.

El Estado social de derecho (término utilizado originalmente por Herman Heller **(2)** y aplicado en la Ley Fundamental de Bonn **(3)** así como en la Constitución de Colombia **(4)** pretendió o pretende efectuar un sistema de andamiaje normativo donde se pueda cumplir con los requerimientos del Estado de bienestar, sin sacrificar los postulados esenciales del Estado de derecho y cediendo a las Administraciones públicas un papel central en la consecución de más libertad e igualdad, con la utilización de instrumentos normativos que no eran admitidos en tiempos precedentes.

También se ha efectuado esencialmente en el viejo continente la diferenciación dentro del Estado de derecho, de dos de sus modalidades el Estado legal de derecho y Estado constitucional de derecho **(5)** la cual se corresponde con alguna muy similar el Estado legal de derecho social y el Estado constitucional de derecho social. En ambas clasificaciones, se apunta a modalidades normativas dentro de la gestión del Estado de derecho para cumplir con sus objetivos. Aunque no es objeto de este trabajo, brevemente podemos decir que quienes diferencian el Estado legal de derecho/Estado constitucional de derecho, hacen en general una referencia a la pérdida de posicionamiento en la trascendencia normativa, del acto legislativo que usualmente denominamos "ley", en tal sentido se habla de "la crisis de la ley", lugar que parece ser sustituidos por la operatividad de la Constitución y por el tejido de tratado internacionales, que influyen directamente en las vinculaciones intraestatales. Este posicionamiento tiene en nuestra opinión dos consecuencias importantes, que trastocan las bases sobre las cuales se asentó la idea de Estado de derecho. Observemos en primer término, que desplazar del centro de la escena del poder la decisión de los órganos representativos de la comunidad, por actuaciones estatales realizadas por órganos especializados, lleva ínsito la idea de un órgano legislativo como una cumbre de suntuosos debates teóricos ajenos por lo tanto a la operatividad de sus decisiones y con un gravísimo riesgo existencial para las minorías sociales y económicas. En segun-

(2) En "Teoría del Estado" de 1934 y traducido por Fondo de Cultura en 1942.

(3) Constitución de Alemania, art. 20. La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social.

(4) Constitución de Colombia, art. 1º— Colombia es un Estado social de derecho organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

(5) GARCÍA PELAYO, Manuel, "Estado legal y Estado constitucional de derecho", Rev. De la Facultad de Cs. Jurídicas y Políticas, nro. 82, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1991; FERRAJOLI, Luigi, "El derecho como sistema de garantías", Jueces para la democracia, nro. 16-17, 1992.

do término, como consecuencia de ello algunos sectores dentro del denominado Neoconstitucionalismo, pretenden un sistema donde el organismo jurisdiccional en una interpretación propia y exclusiva de la constitución resuelva los conflictos conforme a sus propios criterios, transformándose en un nuevo órgano legislativo, pero sin la representatividad que otorga la elección popular.

Tal diferenciación no parece tener mayor interés en América, donde en sistemas como el estadounidense como el argentino, nunca se dejó de admitir el Principio de Supremacía Constitucional, con reconocimiento expreso en los consagrados casos "Mardbury vs Madison" (1803) y "Municipalidad de la Capital contra Doña I. de Elortondo" (1884) respectivamente. Ahora tampoco se puede dejar de reconocer que en Latinoamérica fenómenos como la pérdida de libertad de los ciudadanos y de poder de los órganos legislativos, se produjo como consecuencia del aumento del poder de los miembros más encumbrados del Poder Ejecutivo, aunque en los últimos años se nota un ascenso de posicionamientos doctrinarios en un sentido similar al Neoconstitucionalismo europeo.

V. La crisis del Estado de bienestar. Gobernabilidad y nueva Administración

En una segunda mitad del siglo XX caracterizada de algún modo por un fenómeno global denominado "globalización", que no es más que el efecto expansivo de las diferentes decisiones o hechos internos de los Estados nacionales, sobre el resto de aquellos con quienes tienen relaciones formales o informales y hasta con quien no se tienen relaciones, comienza a delinear la necesidad de cambios estructurales destinados a preservar el eje central de la supervivencia de los estados. Entre estos hechos, quizás quien inaugura la existencia de un fenómeno no previsto hasta ese momento, fue la gran crisis económica de 1929, sin dejar pasar por alto más tarde la crisis del petróleo de la década del '70.

Sin lugar a duda, la década de los setenta fue una época muy convulsionada en nuestro mundo desde todas las perspectivas posibles. Puntualmente podemos recordar algunos hechos, a) la crisis mundial del precio del petróleo, iniciada en 1973; b) la oposición dentro y fuera del país de la intervención de los Estados Unidos en Vietnam; c) el enjuiciamiento social en EE.UU. por la desprotección de los derechos de los negros; d) los efectos del mayo francés en el resto de Europa; e) la revolución contra la dictadura salazarista en Portugal en 1974, usualmente conocida como "Revolución de los Claveles"; f) conflictos sociales y sindicales en la España de Franco; g) el aplastamiento con invasión con tanques rusos en el intento de cambios del régimen en Checoslovaquia, usualmente denominada Primavera de Praga (1968); h) dictaduras en Latinoamérica como respuesta a movimientos revolucionarios (Bolivia, en 1971; Chile y Uruguay, en 1973; Argentina, en 1966, Brasil en 1969), i) golpe de Estado en Grecia, usualmente conocida como Dictadura de los Coroneles (1967); j) aparición de organizaciones terroristas en España (Eta) e Italia (Brigadas Rojas), k) la inflación y crisis en Reino Unido, entre muchos más ejemplos. Todas estas circunstancias indudablemente se dan dentro del marco del enfrentamiento este/oeste, que no se terminaría hasta fines de la década de los ochenta.

Bajo tales circunstancias el mundo empresario advertía que las ideologías y sus conflictos podían ser un límite a su desarrollo. En 1973 por iniciativa de David Rockefeller (gerente de Chaase Manhattan Bank) se forma una entidad privada internacional denominada Comisión Trilateral, destinada a estudiar la situación y relación del capital con el Estado, en el marco de sociedades industrializadas con regímenes democráticos, en tres ámbitos físicos diferentes EE. UU./Canadá, Europa y Japón.

En 1973 se efectúa el "Informe a la Comisión Trilateral sobre gobernabilidad de las democracias", realizado por Michel Crozier, Samuel Huntington y Joji Watanuki, donde describen que la gobernabilidad se iba a encontrar en crisis ante la imposibilidad de las democracias actuales en satisfacer el volumen de reclamos sociales, lo cual transformaba al informe como la contracara del hasta el momento indiscutible Estado de bienestar. Ahora bien, presuponen que la perdurabilidad del sistema depende de la supe-

ración de grandes problemas de la época, a los que Mou **(6)** resume en tres desafíos:

i) Los desafíos contextuales: surgen de manera autónoma del "ambiente externo en el cual las democracias operan y que no son un producto directo del funcionamiento del gobierno democrático mismo" (p. 4, las cursivas son mías). En tal sentido, "cambios en la distribución internacional del poder militar, político y económico, y en las relaciones entre las sociedades trilaterales y entre ellas con el Segundo y el Tercer Mundo, confrontan a las sociedades democráticas con un conjunto interrelacionado de desafíos contextuales los cuales no existían en la misma manera una década atrás" (p. 5).

ii) Los problemas originados por la evolución social y la dinámica política de las propias sociedades trilaterales, los cuales podrían calificarse desafíos (societales) internos. El surgimiento de nuevos valores, especialmente en las generaciones más jóvenes, vinculados a un excesivo individualismo y a un creciente desencanto por la política y las formas de acción colectiva, como también la emergencia de una cierta "cultura adversaria", puramente contestataria, especialmente entre los intelectuales, los estudiantes y los medios masivos de comunicación, han venido minando los soportes culturales básicos de la legitimidad democrática (p. 5).

iii) Por último, "y quizá más seriamente, hay un conjunto de desafíos intrínsecos a la viabilidad del gobierno democrático los cuales surgen directamente del propio funcionamiento de la democracia" (ps. 7-8, las cursivas son mías). En tal sentido, si bien los desafíos contextuales, e incluso también los societales internos, son, por una parte, distintos en cada sociedad, y además en alguna medida "controlables", los desafíos intrínsecos presentan un problema más inquietante; como dicen los autores, "hay una más profunda razón para el pesimismo si las amenazas a la democracia surgen ineluctablemente del funcionamiento del proceso democrático mismo" (p. 8).

La crónica de las consecuencias propias del Estado de bienestar que describía el informe trilateral, sin lugar a dudas dio una vuelta de tuerca en la mirada que debía asumir el papel estatal y llevo a trabajar en todos los sentidos en pos de seguir la línea del informe o buscar la continuidad del modelo vigente a tal altura de los tiempos.

La línea en la que se sustentaba el Informe era en la imposibilidad de las democracias de los países industrializados en satisfacer los requerimientos de los diferentes grupos sociales, o si se quiere en la actual sobrecarga de los estados para seguir cumpliendo una demanda que se suponía en ascenso. Las tendencias políticas se alinearon en su crítica al sistema capitalista, pero mientras el posicionamiento más liberal (creo que en realidad el pensamiento conservador propio de siglo XIX) entendía que el Estado esta sobrecargado como consecuencia de sus déficits presupuestarios y que en consecuencia la única forma de mantener los gastos sociales era devolver ciertas actividades al mercado y la gestión de los servicios a sus propios interesados. Pero, por otro lado, los sectores más de izquierda pregonaban profundizar la transformación social, sobre las bases de sus dos principales presupuestos, eliminación de la explotación y la organización por medio de la autogestión obrera.

La riqueza del debate posterior ocupo las bibliotecas no solo de la ciencia política, sino la economía y el derecho, y la resultante del intenso debate se centrará en tres ejes de cuyos términos serán trascendentes para entender el futuro: 1) gobernabilidad y gobernanza; 2) Estado regulatorio; 3) derecho administrativo global.

VI. Gobernabilidad y gobernanza

El planteo realizado por la Trilateral abrió un amplio debate dentro de la ciencia política que poco más tarde tuvo su dimensión práctica en los hechos por medio de las ideas que fueron aplicando los líderes de la política.

En este mundo, el Gobierno que conduce a la Administración pública en su condición de jerarca, tiene o asume como deber resolver los problemas que le presenta la sociedad, la

(6) MOU, Antonio, "El discurso sobre la crisis de gobernabilidad de las democracias capitalistas avanzadas: una revisión del informe de la 'comisión trilateral' (1975-2010)", Question, vol. 1, nro. 27, UNLP, 2010.

cual, por su lado, lo ve como el conductor de su futuro.

Aparece entonces como un capítulo de análisis de la ciencia política, el asunto de la "gobernabilidad" al cual, a efectos de la perdurabilidad en el tiempo, debía basarse en dos pilares fundamentales, el equilibrio fiscal y una administración fuerte.

Desde esta perspectiva, las respuestas consistieron en las propuestas de las medidas posibles y necesarias para mantener el régimen democrático en una sociedad industrializada. En ello estaba presupuesto que existían dos actores diferentes de la política, el Estado, que era visualizado por la Administración pública, y la sociedad, pero en tal relación el elemento estatal guarda un papel de dominador del segundo.

Tomando en forma indefectible el panorama que exponía el informe Trilateral, las primeras respuestas se dieron en diferentes sentidos, pero siempre dentro del plano institucional que presuponía el planteo original.

Así como a lo largo del siglo XX hasta los años '70 el denominado Estado de bienestar había triunfado década tras década, pero entraba en una crisis donde los partidos de izquierda se quedaban sin respuestas y el resto intentaban disfrazar sus propuestas sobre la base de las ideas que los principales autores de la ciencia política aseveraban como necesarias para mantener el sistema democrático, así: 1) reserva del ejercicio de poder a grupos entrenados; 2) primacía del interés individual sobre el interés general; 3) sustitución del Estado por el mercado y 4) preponderancia de lo técnico sobre lo político.

En los hechos, la caída del Muro de Berlín en 1989 daría lugar al triunfo del "capitalismo", pero sin estar exento de sus problemas internos, propios de su mantenimiento, respecto de los desequilibrios sociales y económicos de los países no desarrollados. Siendo necesario un nuevo paradigma de modelo económico, toda vez que cada vez era más requerida la ayuda de los países en vías de desarrollo a los países desarrollados. Así en 1989 el economista John Williamson, expreso lo que entendía cuál era el modelo económico que para los países tenían acuerdo de los diferentes integrantes de los directorios de organismos internacionales con sede en Washington (FMI, Banco Mundial, miembros del tesoro de EE. UU., y grupos de expertos), estas ideas que parecían tener en común estos organismos las redujo y las expreso en 10 punto, siendo denominado comúnmente como Consenso de Washington. Brevemente podemos citar que estos puntos serían: 1) disciplina presupuestaria; 2) cambios en las prioridades del gasto público (de áreas menos productivas a sanidad, educación e infraestructuras); 3) reforma fiscal encaminada a buscar bases imponibles amplias y tipos marginales moderados; 4) liberalización financiera, especialmente de los tipos de interés; 5) búsqueda y mantenimiento de tipos de cambio competitivos; 6) liberalización comercial; 7) apertura a la entrada de inversiones extranjeras directas; 8) privatizaciones; 9) desregulaciones; 10) garantía de los derechos de propiedad **(7)**.

Los casos emblemáticos que cumplieron de una manera dogmática los postulados de los principales organismos internacionales fueron los de Carlos Menem (Argentina, 1989-1999), Fernando Collor de Mello (Brasil, 1990-1993), B. Mulroney (Canadá, 1984-1993), Carlos Salinas de Gortari (México), y Alberto Fujimori (Perú, 1990-2001) Carlos Andrés Pérez en Venezuela (1989-1994), entre otros, cuyos resultados desastrosos en sus gestiones llevaron a los organismos multilaterales a rever sus recetas, llevó la necesidad de crear organismos más activos de diseños de políticas globales como el Grupo de los 7 (Alemania, Canadá, Estados Unidos, Francia, Italia, Japón y Reino Unido, siendo Rusia primero incorporado y luego excluido) o el G20 también creado en 1999 (Alemania, Arabia Saudita, Argentina, Australia, Brasil, Canadá, China, Corea del Sur, Estados Unidos, Francia, India, Indonesia, Italia, Japón, México, Reino Unido, Rusia, Sudáfrica, Turquía, Unión Europea, más invitados). Sin profundizar porque no es objeto de nuestro trabajo, no podemos dejar de manifestar, que aquel Consenso de Washington central para el capitalismo de fines del siglo XX, también existe lo que se denomina el denominado Consenso de Beijing, que consistiría en

(7) MARÍA SERRANO, Josep F., "El 'Consenso de Washington' ¿Paradigma Económico del Capitalismo Triunfante?", Revista Fomento Social, vol. 217, Universidad de Loyola Andalucía, 2000, ps. 29-45.

la serie de medidas y políticas adoptadas por China, en sus relaciones primero con los países africanos y ahora con los latinoamericanos **(8)**.

Finalmente, una nueva vuelta de rosca se da en el papel de los gobiernos en los inicios del siglo XXI, "Las tesis del Informe a la Trilateral de 1975 tomarían sus últimas colinas tras el 11 de septiembre de 2001. El terrorismo internacional, equiparado con el terrorismo islámico, despejó el camino para el triunfo de esas tesis, permitiendo, a su vez, retrocesos sustanciales en los derechos civiles en muchos países (pérdida de la inviolabilidad de la correspondencia, del secreto telefónico, del hábeas corpus, de libertad de movimientos y de libre residencia; censura y amenazas en los medios de comunicación; autoritarismo en el comportamiento del poder; control de las comunicaciones; vigilancia constante con circuitos cerrados; torturas, ejecuciones sumarias y vejaciones; eliminación del estatus de preso; etc.), de derechos políticos (crecimiento de los organismos semipúblicos; incremento del secretismo oficial; predominio del Ejecutivo sobre el Legislativo; tecnificación de las decisiones; privatización de determinadas políticas, por ejemplo, la política monetaria, entregada a Bancos Centrales independientes), de derechos sociales (recortes en el Estado social pretextando la competitividad, la eficiencia o el esfuerzo militar, traducidos a su vez en desregulación de la legislación laboral y de las condiciones de trabajo, recortes en la seguridad social, negación de la negociación colectiva, reducción de salarios reales, amenazas o impedimento del derecho a huelga, etc.), y de derechos culturales (la creciente construcción del diferente como sospechoso, especialmente cuando se quieren recuperar identidades diferentes a las occidentales)" **(9)**.

Ahora bien, en esta evolución de las ideas de fines del siglo XX donde se comienza a ver la necesidad de modificar las finalidades y medios destinados a no malograr el ejercicio del sistema democrático por los gobiernos de turno, va a generar también un modelo diferente, alternativo a aquel previsto como preexistente a los paradigmas que se pretende recuperar y mantener.

Frente a la crisis asignada al modelo del Estado de bienestar, se apunta a un sistema donde lo que cambia el papel del Gobierno o como también se ha dicho, la gobernabilidad. En lo que podría decirse un modelo donde se advierte necesario un nuevo papel del Gobierno, pero también una íntima relación de este con la sociedad, a los efectos de dar solución a los problemas de la población, se va a denominar genéricamente "gobernanza".

En realidad, si bien el término "gobernanza" se utilizó desde los años '50 en adelante con diferentes alcances, lo cierto es que se podría decir que su madures conceptual surge de un artículo académico de 1985 denominado "The Governance of the American Economy: The Role of Markets, Clans, Hierarchies, and Asociative Behavior" de J. R. Hollingsworth y L. N. Lindberg, y que luego los mismos autores junto con J. C. L. Campbell, van a publicar *The Governance of the American Economy*, Cambridge University Press, 1991, siendo esta una obra considerada central en el debate conceptual. Allí comienza a internalizarse un nuevo sentido del término "gobernanza", donde empieza a diferenciarse el alcance de "gobierno", como el sujeto titular del poder estatal, del de "gobernanza", como el conjunto de reglas necesarias entre la sociedad, y el gobierno, con la finalidad de generar los cambios necesarios para mantener y mejor a este segundo en su gestión.

El debate en el futuro fue partir de la consideración de la incapacidad de los gobiernos para cumplir con sus políticas, la cuales eran resistidas por quienes finalmente eran los destinatarios. En consideración a ello, la "gobernanza" viene a transitar para algunos en una nueva teoría del poder, donde los cambios surgen de la coordinación de actividades del gobierno con sectores no-gubernamentales. "La gobernanza es un enfoque posgubernamental de gobernar. Los tiempos modernos requieren nuevas formas de ejercer el poder, ya no la clásica forma vertical y discrecional de actuar. Los criterios de preeminencia jerárquica por sí solos no garanti-

(8) CESARIN, Sergio, "China y América Latina: auge y caída del Consenso de Beijing y el Consenso de Washington", CLACSO, Buenos Aires, octubre de 2007.

(9) MONEDERO, Juan C., "El programa de máximos del neoliberalismo: el informe a la Trilateral de 1975", Sociología histórica. Revista histórica acerca de la dimensión histórica de los fenómenos sociales, nro. 1, Universidad de Murcia, 2012.

zan a los gobiernos el logro de una coordinación efectiva que logre resultados incuestionables; por el contrario, se cierran a diversas posibilidades de éxito que obtendrían en conjunto con otros actores. La gobernanza, cuando es bien practicada, dota a la Administración pública de fuerza y vigor, de eficacia y responsabilidad, que también son resultado de correctas prácticas políticas... La definición de las Naciones Unidas, en el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, también es muy completa, precisa y clara. Establece en su cuaderno *Reconceptualising Governance* (1997), que la gobernanza es "el conjunto de mecanismos, procesos, relaciones e instituciones mediante las cuales los ciudadanos y grupos articulan sus intereses, ejercen sus derechos y obligaciones, concilian sus diferencias". Tres son las instancias clave en el proceso: "el Estado (las instituciones políticas y gubernamentales), las organizaciones de la sociedad civil y el sector privado". "El sistema de gobernanza es la estructura institucional formal y organizativa del proceso de decisiones vinculantes del Estado moderno" (*Reconceptualising Governance*, 1997:9) **(10)**.

VII. La nueva gestión pública

En Latinoamérica las medidas recomendadas para la supervivencia de los estados democráticos fueron denominadas genéricamente como "reforma del Estado", con ello significando en sí mismo una serie de medidas, propósitos, resultados y usos discursivos diferentes, pero que todos mantienen una centralidad de la necesidad de cambios en materia económica y de gestión.

En este contexto la Administración pública fue uno de los destinos preferidos para asentar la crítica del sistema vigente, caracterizado un régimen ineficiente cuyas autoridades superiores carecían de la formación suficiente, en el mejor de los casos, y que, conformada en forma burocrática, realizaban diagnósticos erróneos de los problemas y las soluciones necesarias para su solución.

Veamos que esta nueva dimensión de la Administración pública para esta nueva época tiene dos perspectivas, una la relación de esta con la economía y por lo tanto la necesidad de devolver actividades realizadas por el Estado a la actividad privada, así como también el aporte del achique presupuestario para aportar a la reducción del déficit fiscal.

Ahora bien, se puede observar que, en países como el Reino Unido, primero con la conducción de Margaret Thatcher y luego con John Major, los cambios fundamentalmente no pasaron por la participación económica de la Administración pública, ni por los cambios institucionales requeridos posteriormente por los organismos internacionales a las democracias latinoamericanas, sino fundamentalmente por el grado de eficacia y eficiencia de aquella en la concreción del nuevo paradigma establecido. Estos últimos cambios fueron sistematizados por gran parte de los estudiosos del tema, así fueron enunciados por cada uno con nombres diferentes, por ejemplo "paradigma posburocrático" (Barzelay, *Breaking Through Bureaucracy*, 1992), "gobierno empresarial, emprendedor" (Osborne - Gaebler, *La reinvención del gobierno: la influencia del espíritu empresarial en el sector público*, 1992), "gerencialismo" (Pollitt, *Managerialism and the Public Services*, 1993), "gobierno por el mercado" (Self, *Government by the Market?*, 1993), pero fue nueva gestión pública (*New Public Management*), término acuñado por Christopher Hood (*A public managenment for all Seasons?*, 1989). Como fue dicho en muchos hubo algún tono crítico a los cambios propuestos en el marco de la gobernabilidad y gobernanza **(11)**, pero se entiende en el sentido que los trabajos eran propuestos originariamente para países industrializados, especialmente Reino Unido y EE. UU. donde el tema institucional no se lo consideraba en Estado crítico, a diferencia de aquellos países de la Europa Central y especialmente Latinoamérica.

En 14 de octubre de 1998 en Madrid se reúne la CLAD (Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo), organismo creado

(10) GARAY, Raziel H., "Conceptualización del término gobernanza y su vinculación con la Administración Pública", Rev. Electrónica del Centro de Estudios en Administración Pública de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, nro. 18, UNAM, México, 2014).

(11) POLLITT, Ch. - BOUCKAERT, G., "La reforma de la gestión pública consiste en cambios deliberados en las estructuras y los procesos de las organizaciones del sector público con el objetivo de que funcionen mejor".

en 1972, a instancia de los gobiernos de México, Perú y Venezuela, en el documento suscripto "La nueva gestión pública para América Latina", se pretende la generación de un modelo de Estado a modo de "una tercera vía entre el laissez-faire neoliberal y el antiguo modelo social-burocrático de intervención estatal", teniendo en cuenta que la crisis de continente era superior a la Europea, no solo por el agotamiento del modelo de sustitución de importaciones sino también por una serie crisis fiscal. Ahora bien, presuponen que la posibilidad de generar cambios estructurales está íntimamente ligado a tres condicionamientos: la consolidación de la democracia, la necesidad de retomar el crecimiento económico y la reducción de la desigualdad social, y para lograrlos es necesario la reconstrucción de la capacidad estatal. Esa reconstrucción gerencial se realiza conforme a: 1) la profesionalización de la alta burocracia es el punto de partida de la Reforma Gerencial; 2) la Administración pública debe ser transparente y sus administradores deben ser responsabilizados democráticamente ante la sociedad; 3) descentralizar la ejecución de los servicios públicos es una tarea esencial en el camino de la modernización gerencial del Estado latinoamericano; 4) en las actividades exclusivas del Estado que permanezcan a cargo del gobierno central, la administración debe basarse en la desconcentración organizacional; 5) la Administración pública Gerencial se orienta, básicamente, por el control de los resultados; 6) la mayor autonomía gerencial de las agencias y de sus gestores debe ser complementada con nuevas formas de control (control de generación de eficiencia y efectividad de las políticas); 7) el modelo gerencia de administración pública debe distinguir dos formas de unidades administrativas autónomas: agencias q realizan actividades propias del Estado y por lo tanto monopólicas, y la que actúa en servicios sociales y científicos que podrían pasar al sector público no estatal; 8) la orientación del suministro de servicios hacia el ciudadano-usuario.

En definitiva, el CLAD no propone la eliminación de la burocracia sino justamente el cambio de un modelo burocrático por otro.

El documento del CLAD concluye diciendo: "La Reforma Gerencial del Estado tampoco es conservadora, como proclaman algunos grupos, muchos de ellos temerosos de perder su *statu quo.* Por el contrario, se trata de una propuesta esencialmente progresista, pues: —Afirma la responsabilidad del Estado en relación con los derechos sociales y su papel financiador en el área de los servicios sociales de educación, salud y cultura. Presupone que la función del Estado en el plano del empleo no es dar empleo, sino crear las condiciones favorables para el pleno empleo. Para esto, es preciso garantizar la existencia de condiciones macroeconómicas saludables, y, sobre todo, invertir masivamente en educación, la gran puerta para la empleabilidad en el siglo XXI. —Busca ampliar el espacio público, con la creación del concepto de lo público no-estatal, y procura aumentar las formas de participación popular en la evaluación y en el control de los servicios públicos. Supone que, la acción colectiva o la cooperación entre las personas dotadas de espíritu público es posible y efectiva. Obviamente, es preciso que haya siempre algún sistema de controles y equilibrios (*checks and balances*) en el seno de la burocracia y en el sistema político, aunque cabe insistir en que sin un presupuesto de confianza, orientador de la acción humana, no es posible edificar una convivencia social, ni organizaciones eficientes y efectivas... Afirma, finalmente, que la oferta de servicios públicos a través de entidades públicas no-estatales, además de ser más segura, puede ser mucho más eficiente que la oferta privada o inclusive estatal".

En adelante la cuestión fue analizada por todos los organismos multilaterales del continente CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe), CLAD (Centro Latinoamericano de Administración para el desarrollo), también en las diferentes Cumbres Iberoamericanas de Jefes y Jefas de Estado y Gobierno, Foro Económico mundial sobre América latina (quienes lograron en la reunión de Chile de 2007 el conocido Consenso de Santiago), entre muchos otros.

Las reuniones y documentos se siguen dando, y aunque en los diferentes sectores se dan constantes propuestas de cambios alineadas en la necesidad de lograr eficiencia y modernización de la organización administrativa, solo se pueden ver algunas experiencias, pero bajo ningún punto de vista se visualiza cambios de profundos que nos permitan avizorar llegar a tal

destino. En este punto, hay que reconocer concretamente la responsabilidad de los cultores o estudiosos del sistema normativo público que no han hecho del tema una cuestión central. Entre los ámbitos normativos, y de ejecución de políticas públicas, así como los de control judicial de ambos, es necesario profundizar la conciencia y necesidad de los cambios. Obsérvese que, aunque no lo expresamos en este trabajo los casos pilotos de los diferentes países y sectores de la administración no han tenido efecto expansivo sobre el resto, seguramente la normativa de derecho administrativo propia de principios del siglo XX permite anidar sectores contrarios a los cambios necesarios. Dicho esto, también no se puede bajar la guardia y pensar que cualquier propuesta de cambio deba ser aceptada, pues muchas veces en su interior se pueden anidar negociados ajenos a los objetivos buscados, todo lo cual no hace sino imprescindible avanzar despacio pero firme.

VIII. Las políticas públicas

Las exigencias de la gestión estatal para el cumplimiento de sus propósitos llevo a lo largo de su historia diversas técnicas que en los últimos años se transformaron en un capítulo trascendental dentro de la ciencia política.

Como quedo en claro precedentemente, durante los siglos XVIII y XIX la gestión estatal era reducida a garantizar el ejercicio de la actividad en forma libre, admitiéndose restricciones de esta para circunstancias muy especiales. De allí que los organismos estatales se dedicaban a controlar como el ejercicio de la libertad de los ciudadanos no obstaculizaba el ejercicio de la libertad de otro ciudadano.

Una vez adentrado el siglo XX, y con la aparición del denominado Estado de bienestar (*welfare state*), cambio la dinámica de la gestión estatal, pues se abandona una actitud expectante y excepcionalmente activa, para empezar una época donde los poderes estatales se encuentran encaminados a asociar la idea de libertad con la de igualdad, y en consecuencia adoptar medios concretos para lograr su consecución.

En tal contexto se buscaba el reconocimiento de nuevos derechos económicos y sociales de los ciudadanos, por medio de "políticas estatales" instrumentadas en el marco del bloque constitucional y legislativo de cada país, buscando por medio del gasto público efectuar una transferencia de bienes a los sectores más desprotegidos.

Ahora esta modalidad de gestión comienza a transformarse conforme a las nuevas ideas de fines del siglo XX, así se advierte un cambio en dos sentidos, uno que consiste en la adopción de técnicas de *management* en la gestión por parte de las autoridades estatales, y por otro, el reconocimiento de que los cambios que requiere la comunidad también requieren el acompañamiento activo de la sociedad por medio de sus diversos integrantes.

En la década del '70 se comenzó en medios académicos a utilizar el término *public policy* que fue traducido al español como "políticas públicas" y de ahí gano una consideración central en los trabajos posteriores en los trabajos y estudios de ciencia política.

Son innumerables las definiciones que se realizan respecto al término "políticas públicas", en nuestra opinión tienen todas ellas al menos dos elementos en común: los sujetos activos de la acción, que puede incluir diferentes personas públicas estatales o la conjunción de estas y personas del derecho privado. Aclarando que incluso puede darse en el marco de una asociación entre varias personas estatales e incluso órganos de ellas entre sí o con participación de particulares, como podría ser las actividades de un ministerio de la nación, un municipio y las escuelas privadas de ese distrito. El otro elemento que distingue las diferentes definiciones es el "finalista" es decir, aquel hecho que intenta solucionar la acción de los sujetos, aquí algunos diferencian la finalidad sea solucionar problemas propios del Estado con la participación privada, o problemas colectivos, comunes a ambos sectores.

Así se ha dichos que las políticas públicas poseen los siguientes elementos: 1) solución de un problema público; 2) existencia de grupo objetivo que deberían cambiar sus conductas para evitar los problemas públicos; 3) multiplicidad de acciones o medidas a adoptar; 4) coherencia entre las medidas a adoptar; 5) hechos concretos que exponen el avance y consecución de

objetivos; 6) instrumentos formales que contengan el desarrollo de la política pública; 7) participación de diferentes personas jurídicas o humanas que actúen o se comprometan actuar ya sea en forma coercitivo como voluntaria.

La importancia de la gestión estatal a través de políticas públicas se basa en la idea de la participación de quien soporta los problemas y quien están en condiciones de solucionarlos, democratizando e involucrando los diferentes actores sociales en la problemática comunitaria.

Desde un aspecto estrictamente técnico, la eficiencia de las políticas programadas reside a su vez en la existencia de una burocracia capacitada para actuar en tiempo y forma, así como una correcta descripción de la situación de base, y aquellos hechos puntuales que permitan a lo largo del tiempo medir el grado de cumplimiento de resultados, a efectos de poder efectuar cambios necesarios que permitan lograr el objetivo deseado. Este último aspecto entiendo de una importancia trascendental, toda vez que los objetivos y soluciones planeados originalmente seguramente requieren los ajustes propios no solo como consecuencia de los factores propios del plan que permiten analizar los cumplimientos de las diferentes etapas, sino también como consecuencia de hechos ajenos los sujetos participantes, como puede ser cambios tecnológicos, económicos, jurídicos que según el caso incluso pueden devenir de otros países.

IX. El Estado regulador

Tal cual fue expuesto, la crisis económica de fines del siglo XX introdujo la necesidad de realizar urgentes cambios en la gestión estatal, fundamentalmente desde la perspectiva de la organización y extensión de las administraciones públicas. En la década de los ochenta y noventa, primero en Europa y luego en Latinoamérica, la necesidad de adoptar restricciones económicas en forma casi urgente, dirigidas en primer término al desprendimiento del Estado de la propiedad de las empresas prestadoras de servicios como la prestación de servicios como transporte en tren, generación de energía eléctrica, distribución de agua, recolección y tratamiento de residuos, entre otros.

No paso mucho tiempo, para que se interpretara desde los ámbitos académicos, la aparición de un nuevo modelo de Estado alternativo al clásico para esa época, Estado de bienestar, fruto de las necesidades económicas de todos los gobiernos y que poco a poco fue construyendo sobre la base de la denominación, Estado regulador.

El concepto y alcance de término "Estado regulador" es muy impreciso, e incluso en su breve historia tiene perspectivas y alcances propios en diferentes países. Veamos brevemente que se imputa el origen a esta concepción a él o los modelos norteamericanos de la relación entre sociedad y Estado, que sería exportado a todos los puntos cardinales como solución de las crisis económicas de cada país.

Se puede rastrear una de las versiones de Estado regulador, en el régimen jurídico aplicado en el *common law* de origen anglosajón, y particularmente en EE. UU. Allí como se puede recordar entre las diferentes épocas de la gestión de las actividades de interés público, se entendía y aceptaba en algún grado de coincidencia con el derecho administrativo continental europeo, que las actividades que se podían desarrollar en la sociedad y que tenían por su importancia un interés especial, se las consideraba *public utilities* y en virtud de ello, se realizaban en el marco de un monopolio controlado por la Administración pública. La coincidencia se daba en el sentido de que ciertas actividades de interés público detentaban una legislación sustancialmente diferente a las del resto de las actividades, pero no podemos dejar de mencionar que la diferencia entre el contenido del sistema estadounidense con el sistema administrativo europeo, residía que mientras en aquel esos bienes declarados como *public utilities* eran de propiedad privada, mientras que en Europa, esas actividades se las denominaban "servicios públicos" y eran de propiedad del Estado. En este modelo estadounidense, se reconoce que estaba sustentado en tres ideas fuerzas, 1) que el prestador no abusara de su posición monopólica; 2) que el servicio se prestara con ciertas condiciones mínimas de calidad; y 3) que se establezcan tarifas razonables, que permitan recuperar las inversiones y una ganancia razonable.

Ya en los '70 el régimen norteamericano como fruto de sus propias crisis modifica su anterior modelo de monopolios controlados por las famosas *agency*, cuya influencia se vio en los '80 en nuestro país con la creación de los entes reguladores de los servicios públicos privatizados, por un nuevo régimen donde el acento del control de la gestión y de la eficiencia se basaba en la "competencia" de las empresas del capital privado que eran las que debían prestar los servicios públicos en manos del Estado. Es trascendental la influencia del pensamiento de George Stigler, premio Nobel de 1982 y máximo representante de la Escuela de Chicago junto con Milton Friedman, quien va a sostener su Teoría de la Regulación Económica, donde pone en duda que la regulación del mercado, más que proteger al usuario, es un ámbito de poder del prestador, quien de a poco va ir captando el poder de los organismos reguladores en su favor, y que se transformaron en la base ideológica de gobiernos como el de R. Reagan (EE.UU.) y M. Thatcher (RU). Tal posicionamiento político dentro de la economía estadounidense coincidió con la crisis económica europea y latinoamericana, y que desde los '80 va a forzar a los distintos gobiernos, deshacerse de las empresas estatales prestadoras de servicios públicos.

La crisis económica de fines del siglo XX requiere inicialmente en Europa un redimensionamiento del papel social adoptado en el marco de las diferentes tendencias de Estado de bienestar, como precedentemente fue expuesto. Los diferentes modelos europeos habían profundizado la participación de la Administración pública en lo que genéricamente se denomina servicios públicos. En tal dirección adoptaron como prioridad mantener los servicios públicos sociales, como salud y educación, pero abandonaron definitivamente la prestación de servicios no esenciales, transfiriendo o admitiendo la prestación de estos por la actividad privada. El abandono fundamentalmente se realizó bajo el criterio de los costos de su prestación, los cuales al igual que en Latinoamérica, se constituían sobre una serie de privilegios, ineficiencias, y sobredimensionamiento burocrático, cuyo mantenimiento era imposible en el contexto de la crisis.

Es en este contexto donde comienza a desarrollarse un nuevo modelo, cuyo contorno se van a ir delineando con el tiempo, este modelo fue y es conocido como, el "Estado regulador".

Originalmente entre quienes promovieron un nuevo modelo de gestión en el Estado podemos encontrar autores de la talla de Gaspar Ariño Ortiz en España ("La idea liberal y la reforma del Estado", "Economía y Estado. crisis y reforma del sector público", "Principios de derecho público económico", entre otros), y Juan Carlos Cassagne ("La intervención administrativa", "La transformación del Estado", entre otros), Rodolfo Barra ["Ordenamiento jurídico y mercado (Derecho Público y Derecho Privado)", ED 213-871] y Roberto Dromi ("Nuevo Estado. Nuevo derecho"), entre otros en Argentina.

En estos países donde las privatizaciones de los servicios públicos fueron medidas de urgencia, ingreso con un viento arrasador la Teoría del Estado Regulador, que en su versión norteamericana venía a reemplazar un modelo de relación con la sociedad que se había instaurado dentro del Estado de bienestar, para ingresar en un sistema de libre mercado, y que creo de alguna manera peyorativa los actores del mundo de la política denominan "neoliberalismo".

En tal sentido, todo parece indicar que la doctrina europea, encaminó el alcance y sentido del denominado Estado de regulación en un sentido mucho más autóctono a las realidades y practicas jurídicas propias del viejo continente. No puede de dejarse de reconocer el aporte de la obra *Derecho de la regulación de la economía* dirigida por Santiago Muñoz Machado, editado por Iustel en 10 tomos en 2009, donde la mayoría de los estudiosos españoles profundizan sobre cada una de las áreas que el Estado se fue desprendiendo con las privatizaciones. No menos importante, es la tarea de profesores de las más importantes universidades alemanas en la obra colectiva *Derecho de la regulación* (*Regulierungsrecht*), editado su primer tomo por Mohr Siebeck, en 2010 y que en la actualidad lleva más de 13 tomos **(12)**. Es difícil, concluir

(12) ESTEVE PARDO, José, "La recepción en la Europa continental del derecho de la regulación de la economía (Regulierungsrecht. La sistemática de la doctrina alemana y sus sustanciales analogías con la recepción doctrinal en España. Crónica de libros)", Revista de Administración Pública, nro. 183, Madrid, septiembre-diciembre 2010, ps. 295-307.

en un concepto concreto de "Estado de regulación", la cuestión transita en considerar que estamos frente a un nuevo sistema jurídico que incluye un capítulo especial dentro del derecho administrativo (E. Schmidt-Assmann), o si, por el contrario, estamos frente a nuevas técnicas para cumplir las misiones previstas de la Administración. Así esta segunda opción parece ser la que mayores seguidores dentro del derecho administrativo, en el marco de un sistema jurídico donde los "derechos fundamentales" le imponen al Estado y a la Administración pública una misión especial, pero que esta abandona en el mayor de los casos la calidad de titular de la propiedad de la prestación de los servicios que es cedida a los terceros, pero que a su vez, es garante de su prestación conforme los intereses de la comunidad, reservando su poder para establecer las reglas de prestación, cumplimiento y control del servicio. Las ideas en definitiva del modelo de Estado regulador en su versión europea se podrían reducir a: 1) la garantía de la prestación universal, adecuada y suficiente, de los pertinentes servicios, en la medida en que la privatización no libera al Estado de la responsabilidad sobre la procura existencial; 2) la paralela generación y aseguramiento de la competencia en el sector de que se trate, que es una consecuencia lógica e inevitable de la situación preexistente (paradigmáticamente de monopolio u oligopolio) en el sector privatizado; 3) la organización del sector y la garantía de la regularidad del servicio; no perdiendo de vista que algunas de las actividades abandonadas por el Estado conforme a sus características concretas podrán ser derivadas a un régimen de mercado libre, mientras que otro grupo deberán ser controladas y reguladas directamente por la administración estatal **(13)**.

Por lo general, en su versión original, se trató de institucionalizar una ideología dirigida a proponer una reforma de los límites de la actuación administrativa directa, que se conoció genéricamente como "la reforma del Estado". En la década de los '80 y '90, el solo hecho de aseverar como política "la reforma del Estado", conllevaba a aceptar la necesaria retracción de las actividades desempeñadas por la Administración en todo aquello que sirva no solo para reducir los costos operativos, sino también en la generación de un capital privado prestador de servicios públicos. El fenómeno conocido como "reforma del Estado" tenía implícita una actividad denominada "desregulación" entendida en un doble sentido, eliminar, por un lado, los organismos que realizaban una regulación o intervención económica, y por otra, eliminar todas aquellas normas que no estén destinadas exclusivamente a mantener y desarrollar la libertad económica, y por lo tanto mantener y generar aquellas destinadas a la fiscalización, policía de servicios públicos y control del interés público.

El cúmulo de medidas destinadas en primer término a preservar o garantizar en forma extrema el cumplimiento de las reglas económicas del libre mercado, tenían que concluir con un nuevo modelo estatal, alternativo al Estado de bienestar, que algunos denominaron "Estado subsidiario", en donde la regla era que cualquier actividad económica en principio era privada, y en el caso no poder o querer realizar, entonces debía aparecer la actuación estatal. Recordemos que el Modelo de Estado subsidiario, tiene al menos dos perspectivas, una desde la perspectiva de la filosofía de la participación de los actores sociales, y otra, más reciente relacionada a el principio que de alguna manera organiza la distribución de los poderes públicos. Esta última perspectiva es la que surge de las incorporaciones en los textos constitucionales del Principio de Subsidiariedad o Subsidiaridad, como, por ejemplo, Alemania en su art. 23 en el año 1992, de Portugal art. 7º, apart. 6º, entre otras, todas como consecuencia de su incorporación en el art. e) del Tratado de Maastricht, y que tienen que ver con el reconocimiento de un poder a las autoridades locales frente al de las autoridades centrales (Stein, Torsten, "El principio de la subsidiariedad en la en el derecho de la unión europea", *Revista de estudios políticos*, nro. 90, 1995, p. 69).

Por otro lado, como dijimos existe un alcance diferente del carácter subsidiario del poder estatal, enraizado en el pensamiento de Santo Tomás, y que se incorporan a la Doctrina Social de la Iglesia en las Encíclicas *Rerum Novarum* (1891) del Papa León XIII, *Cuadragessimo*

(13) PAREJO ALFONSO, Luciano, "La nueva función pública de regulación", en PAREJO ALFONSO, L. - VIDA FERNÁNDEZ, J. (eds.), Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, t. II, ps. 1493-1560, p. 1382.

Anno (1931) del Papa Pío XI, *Mater et Magistra* (1961) de Juan XXIII, *Caritas in Veritate* (2009) en Benedicto XVI, de donde surge originalmente la necesidad de que las instancias superiores de las jerarquías estatales debían respetar las actividad de los individuos y sociedades familiares y así se entendía que la autoridad suprema del Estado tenía que permitir resolver a las asociaciones inferiores los asuntos de menor importancia de que ellas son capaces y se reserve para sí aquellos que son de su exclusiva competencia y solo él puede llevar a cabo. Tal posicionamiento fue dirigido a resaltar no tanto el aspecto negativo del principio (aquel que prescribe la abstención del Estado) sino, por el contrario, su aspecto positivo, es decir, la promoción de la intervención pública ahí donde exista la necesidad de sostén y estímulo de la actividad e iniciativa de los particulares y de las organizaciones por ellos constituidas, las cuales se encuentran en una posición intermedia entre el Estado y el individuo **(14)**. Es necesario recordar que este posicionamiento fue adoptado en nuestro país, fundamentalmente por el peronismo original, y quien se encarga de sistematizarlo no es otro que el gran jurista católico Arturo Sampay, artífice fundamental de la Constitución de 1949 **(15)**, y que puede leerse su continuidad historia en la tesis de Rafael González Arzac **(16)**. No obstante, con la denominada crisis del Estado de bienestar, se comenzó a utilizar tal criterio, pero en su faz negativa, es decir, afirmándose que el Estado debía abandonar todas aquellas tareas que podían realizar los integrantes de la sociedad civil, confundiéndose en definitiva con las tesis de los estados centrales que requerían un papel social y económico mínimo del Estado, avalando indudablemente las políticas privatizadoras de empresas y servicios públicos brindados por la organización estatal.

Tal direccionamiento, fue sistemáticamente aplicado por diferentes gobiernos latinoamericanos, en parte por voluntad propia y en parte condicionado, por los préstamos necesarios para mantener el nivel de gastos del Estado. La falta de un proceso industrializador, y la dependencia de los estados del dinero ingresado por la exportación de productos agropecuarios, ha llevado a mejorar solo la situación de los sectores económicos beneficiados por los precios internacionales de *commodities* (trigo, soja, petróleo, etc.).

Se advierte en aquellos estados que pudieron sobrellevar la crisis de fines del siglo XX, un cambio de paradigma de poder, así mientras se había consagrado hasta el momento un Estado que se consideraba en una situación de superioridad frente a la sociedad que se encontraba sometida totalmente a los designios del poder de las autoridades de turno. Ahora comienza a aparecer un modelo o perfil estatal, donde este trata de preservar los servicios estatales básicos y permite a la sociedad para que por medio de sus instituciones privadas con fines económicos o no, la misión de proveer bienes y servicios a los ciudadanos, pero ya no en el marco de una extrema libertad, sino en un contexto regulatorio, que garantice el crecimiento y desarrollo de los actores sociales. Más que esclarecedora es la palabra de Muñoz Machado cuando dice: "Al Estado le interesa, en esta situación, asegurar que estas prestaciones en beneficio de los ciudadanos se mantengan. Pero ahora no las ofrece directamente. Las empresas, por su lado, soportan imposiciones que no se limitan, como antes, a la evitación de comportamientos no dañosos para el interés general sino, en positivo, prestaciones que son irrenunciables para la distribución equitativa de los recursos disponibles y el mantenimiento igualitario del nivel de bienestar alcanzado. El Estado cambia de ser prestador y asegurador directo del funcionamiento y la calidad de los servicios a la condición de garante (*Gewahrlistungstaad*), vigilante del comportamiento de los mercados para que los operadores respeten la competencia y las regulaciones públicas establecidas en normas, programas o directivas de actuación formuladas por los poderes públicos competentes para asegurar la salvaguardia de los intereses generales y el cumplimiento,

(14) LOO GUTIÉRREZ, Martin, "La disciplina constitucional del principio de subsiariedad en Italia y Chile", Rev. De Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2do. semestre 2009, ps. 391 y ss.

(15) SEGOVIA, Juan F., "El peronismo y la constitución de 1949 en la crisis de legitimidad argentina", Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, t. XXXII, ps. 1-48.

(16) GONZÁLEZ ARZAC, Rafael M., "Planificación económica imperativa, empresa, principio de subsidiariedad y disagreement on fundamentals", Rev. de Derecho Administrativo, nro. 14, Plus Ultra, 1976, ps. 33 y ss.

en su caso, de las misiones de servicio público que se le confíen" **(17)**.

El Estado se despoja de aquellas actividades realizadas en forma monopólicas (telecomunicaciones, ferrocarriles, transporte, energía, etc.), y estas son realizadas por el capital privado en condiciones de competencia, y precisamente el papel de la Administración se destaca en crear las condiciones para que todos aquellos que pretendan entrar al mercado de prestaciones puedan hacerlo, garantizando la calidad de los servicios y la eficiente prestación, evitando los monopolios que en definitiva tenderán a adueñarse del mercado perjudicando los interés de la comunidad más tarde.

Esta actividad regulatoria se advierte que, si bien responde a las formas jurídicas propias del Estado de derecho, incorpora nuevas formas de toma de decisiones, donde la participación ciudadana condiciona el ejercicio del poder participando de en formas directas o indirectas, dándole también una mayor legitimidad a decisiones críticas. En tal sentido pasa a tener un papel trascendente la información, pues aquellas actividades que eran resueltas en los oscuros despachos de los burócratas de turno, pasan a ser parte de un debate social que permite en definitiva la toma de decisiones de una forma más horizontal, este tipo de casos pueden advertirse en la aprobación y modificación de planes urbanos, donde con un tiempo de anticipación de conocer las zonas que serán beneficiadas con los servicios básicos y por lo tanto, evitan la especulación de la inversión en estructuras habitacionales.

Un fenómeno en parte moderno se está dando en lo que se ha denominado la autorregulación, que consiste en reglamentaciones estatutarias originadas en el sector privado con valor normativo reconocido por las autoridades estatales. Se dan por un lado en aquellas actividades transferidas al sector privado, donde la administración admite la regulación de ciertos aspectos del mercado, mediante el consenso de los operadores o mediante la aplicación de mejores prácticas para el futuro. En este sentido se ha dado el caso de instituciones privadas donde los prestadores del servicio acuerdan reglas con las organizaciones de ciudadanos que representan a los usuarios, o incluso cede a estos últimos la determinación de controles de calidad de la prestación del servicio, conforme a las reglas ya impuestas por la Administración y aceptadas por los prestadores en el marco de su contratación.

Indudablemente estos cambios tienen una mayor eficiencia y operatividad, en aquellas sociedades donde existen organizaciones sociales sin fines de lucro que tienen como objetivo principal el bienestar de los miembros de la comunidad, y poseen métodos de adopción de medidas que son transparentes y objetivos.

Un ejemplo claro de caso donde se dan normas originadas en los sectores no gubernamentales es fácilmente visible en muchos artículos de consumo cotidiano, y responde al cumplimiento de los generadores de bienes y servicios de normas de calidad, conocidas como ISO. Después de la primera guerra mundial en diferentes países se dieron instituciones encargadas de evaluar los procedimientos de calidad en diferentes ámbitos de producción, unificándose las instituciones en 1947 en Londres en una sola, la *International Organization for Standardization* (Organización Internacional de Normalización) comúnmente denominadas ISO, con sede central en Ginebra. Aunque no tienen las consecuencias propias de las normas del sistema jurídico vigente de los estados, todo sabemos que el cumplimiento de las normas ISO son una garantía de calidad, y así es considerado su valor por quienes son los usuarios de los bienes y servicios.

Como se dijo precedentemente, es un grave error de diagnóstico aplicar las mismas prácticas utilizadas en Europa en el marco de la crisis del Estado de bienestar clásico a la crisis en América Latina porque, aunque en ambos esquemas se produce una crisis económica que golpea fuertemente al Estado. En América Latina, no existe un parque industrial que revitalizar o un servicio público que debe hacerse más eficiente, sino por el contrario, existe una burocracia estatal muy permeable a la corrupción, bajos niveles de educación fundamentalmente la téc-

(17) MUÑOZ MACHADO, Antonio, "Tratado de derecho administrativo y derecho público general", Ministerio de la Presidencia de España, 2015, 4ª ed., t. XIV, ps. 25 y ss.

nica, falta o deficiencias en servicios básicos como cloacas o agua potable, rutas deficientes, etc. En este contexto, debe recrearse no solo un Estado que pueda brindar los servicios necesarios dejando de lado sus diferencias ideológicas, sino un aporte del capital privado despejados de excesos en los beneficios, la tarea seguramente parte de las agendas del siglo XXI, si es que al menos la idea es la de seguir participando de una sociedad donde los valores principales son la libertad y la igualdad dentro de los márgenes del Estado de derecho. Desde otra perspectiva, es altamente probable que la crisis de fines del siglo XX golpeara a los Estados en diferentes formas y esto se funda por sus propias estructuras económicos y sociales, y por lo pronto, las respuestas para superar el grave impacto son también particulares para el caso. En razón de ello, es fácilmente observable que la crisis europea no tiene la profundidad con la que se muestra en América Latina, y esta última no tiene la capacidad de reacción que aquella frente a las circunstancias de la época. Con ello queremos decir que el modelo europeo de Estado regulador puede tener cierta vigencia en América Latina, pero seguramente no será suficiente para poder convivir con los problemas de este tiempo.

Finalmente, deberíamos revisar los objetivos previstos por muchas leyes y decisiones judiciales, que fundadas en la perspectivas propias de países fundamentalmente europeos que intentan mantener las condiciones propias de un modelo de Estado de bienestar en crisis, pero que en definitiva se encuentran en instancias superiores de modelos de distribución capitalista, no perciben que nos encontramos en una parte de la tierra latinoamericana que nunca pudo llegar a las condiciones propias de lo que se entendía o se entiende como Estado de bienestar en la Europa de la posguerra. Indudablemente, el acceso al agua como el acceso a la educación superior son derechos que podemos exponer en leyes y constituciones, pero difícilmente sean susceptibles de ser ejercidos por verdaderas comunidades que se asientan en terrenos alejados, donde la infraestructura mínima no tiene previsto el abastecimiento sino es a muy largo plazo. Así es, los modelos de gestión basados en la redistribución de la riqueza generada por los impuestos a la exportación de productos estrictamente agrícolas, no tiene grado de relación con la distribución de las ganancias producidas por una industria que constantemente se va renovando y generando nuevas formas de generación de riquezas. Tal situación en la Argentina es fácilmente observable, pues un año de malas cosechas pone en riesgo una gestión presidencial, y dos cosechas, el sistema institucional. Y para evitar tales situaciones los gobiernos recurren a empréstitos internacionales, que no hacen sino empeorar el punto de partida y alejar soluciones circunstanciales y de fondo. No es menos importante, que el jurista debe proponer nuevos instrumentos o contenidos de ellos, destinados a buscar soluciones a situaciones concretas que nacieron al margen de la ley, pero que con el tiempo se consolidaron como una situación típica, lo cual se puede ver en toda Latinoamérica donde las familias se instalan en tierras fiscales o privadas, realizando viviendas muy precarias y en lugares sin servicios públicos básicos, o lo que algunas veces es peor, se instalan en ámbitos prohibidos para la residencia humana. Y en la misma línea de pensamiento, es necesario elaborar regímenes que le den seguridad y transparencia a aquellos ciudadanos que sobreviven en la crisis dentro de los sectores productivos denominados "economía social", que en términos generales se encuentran dentro de la informalidad del sistema, con los perjuicios no solo personales sino también sociales al ser invisibilizados como miembros de la economía productiva dentro del sistema general.

X. Derecho administrativo y derecho administrativo global

El siglo XXI comienza con fenómenos que poco a poco van cambiando la práctica y ejercicio del poder, tal cual era considerado en el siglo XX. Aquello que originalmente dio lugar a los Estados, y el fenómeno normativo intraestatal, ya había cambiado y aparecían no solo las relaciones entre estados, sino que incluso se dieron lugar a nuevos entes diferentes de sus integrantes tale como ONU o Unión Económica Europea, para luego empresas privadas asentadas en diferentes estados y organismos integrados por asociaciones de estados y empresas, la interacción de los diversos sujetos parece superar la usual dicotomía entre derechos locales y derecho internacional, uno de las respuestas a esta problemática resulta el derecho administrativo global.

El denominado "derecho administrativo global" surge de los ámbitos académicos con sistemas normativos muy diferentes, pero contestes a la problemática de estos nuevos tiempos. Así es, este movimiento científico en desarrollo tiene dos vertientes conocidas, por un lado, los trabajos de investigación de Richard B. Stewart y Benedict Kingsbury, especialistas el primero en derecho administrativo y el segundo en derecho internacional, realizados en la Universidad de Nueva York **(18)** y, por otro lado, los estudios de Sabino Cassese en Italia **(19)**.

El derecho administrativo global aparece como un ámbito jurídico que se desarrolla dentro de las siguientes coordenadas, donde se debate no solo el concepto de derecho, así como las fuentes propias, y son: 1) la idea de una gobernanza global, propia de un nuevo paradigma superador de la noción tradicional de gobierno nacional y del derecho internacional; 2) el espacio no es territorial, sino que por el contrario surge dentro de la interconexión jurídica que se da entre estados y organizaciones que se sitúan en el plano de la gobernanza, donde no confluyen relaciones de jerarquías sino de consensos y de generación de conocimientos técnicos y experto; 3) implantación, ajuste y evolución de toda una serie de mecanismos e instrumentos para asegurar la rendición de cuentas cuando adoptan decisiones, aprueban normas o estándares antes los afectados por aquellas; 4) el contenido del derecho administrativo global se resuelve esencialmente no en el ámbito de las normas sustantivas sino fundamentalmente en los mecanismos procedimentales proyectados sobre procesos decisorios: transparencia, publicación, motivación y control.

Este nuevo ámbito de estudio del derecho administrativo abandona el paradigma original de una vinculación de la actividad de la función administrativo dentro de las fronteras de un Estado nacional y provincial, pues los efectos y consecuencias se producen más allá de lo que fue la intención original. Como fenómeno que se produce dentro de la vinculación de las personas en el contexto de este nuevo mundo intercomunicado, excede las previsiones del derecho internacional, y es un capítulo que tiene seguramente contornos propios y donde se pondrá a prueba, si los actuales institutos del derecho administrativo tienen capacidad para explicarlo y resolverlo.

(18) STEWART, Richard B. - KINGSBURY, Benedict, "Hacia el derecho administrativo. Fundamentación, principios y ámbito de aplicación", Global Law Press, 2016.

(19) CASSESE, Sabino, "La globalización jurídica", Marcial Pons-INAP, 2006.

Contratos administrativos en la provincia de Buenos Aires

El abuso de los regímenes de excepción

Claudia McCormack (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Algunos aspectos de la programación y régimen de selección del contratista en los contratos más representativos de la provincia de Buenos Aires.— III. La emergencia.— IV. El equilibrio entre la celeridad y sencillez en el trámite y la concurrencia y transparencia.— V. Reflexiones finales.

"It's not just enough to change the players. We've gotta change the game".
(Barack OBAMA).

I. Introducción

Las líneas que siguen pretenden ser una invitación a la reflexión acerca de los contratos celebrados por la Administración de la provincia de Buenos Aires según el régimen legal "ordinario" y el "de excepción", el uso de este último y las ventajas y problemas que acarrea.

La Administración pública se encuentra en una constante tensión generada por la necesidad de lograr una gestión rápida, económica y eficiente en la atención de las necesidades comunes y, paralelamente, garantizar que esta sea transparente y eficaz **(1)**, conforme la ciudadanía exige respecto del uso de los recursos públicos, brindando además, sencillez en los trámites, que faciliten, en definitiva, la vida cotidiana.

(*) Abogada (UNLP), especialista en Derecho Administrativo (UNLP), docente en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP) en la Cátedra 1 de "Derecho Público Provincial y Municipal", en la Cátedra 2 de "Derecho Administrativo I" y en distintos cursos del posgrado de Abogados del Estado. Secretaria letrada de la Subsecretaría en lo Administrativo y Contencioso de la Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires.

(1) La ley 14.828 de la Provincia de Buenos Aires (BOP 27.834 del 29/07/2016), reglamentada por dec. 1018/2016 (BOP 27.859 del 05/09/2016) —que creara el Plan Estratégico de Modernización de la Administración Pública de la Provincia de Buenos Aires— define los principios de Economía (la minimización del costo en la obtención de insumos, debiendo ponderar si el costo resultó ser el menor posible del mercado para un determinado volumen y calidad de adquisición); Eficiencia (el acierto en la elección de los recursos utilizados y la optimización de la relación entre los recursos y los resultados obtenidos, debiéndose ponderar si la elección y combinación de factores resultó ser la más apta para alcanzar el máximo resultado posible); y Eficacia (cumplimiento de metas u objetivos, debiéndose ponderar si se obtuvieron los resultados esperados, tanto en cantidad como en calidad). Otras normas bonaerenses también refieren similares principios. Así la ley 13.767 de Administración Financiera (BOP 25.802 del 17/12/2007) alude a los de regularidad financiera, legalidad, economía, eficiencia y eficacia en la obtención y aplicación de los recursos públicos, su dec. regl. 3260/2008 (BOP 26.055 del 23/01/2009) menciona la transparencia y publicidad de los actos y de los resultados de la gestión, economía en el costo de las operaciones dirigidas tanto a la obtención como a la aplicación de los recursos y eficacia en el grado de cumplimiento de los objetivos y eficiencia en la relación costo-beneficio. Por su parte la ley 13.981 de Compras (BOP 26.115 del 26/04/2009) enuncia particularmente los principios aplicables en materia de contrataciones: razonabilidad, publicidad, concurrencia, libre competencia, igualdad, economía y transparencia, definiendo su alcance el dec. regl. 59/2019 (BOP 28.459 del 08/02/2019).

Los contratos que el Estado celebra constituyen una herramienta ineludible para el cumplimiento de sus cometidos, y su gestión comienza con una adecuada programación y, consecuentemente, previsión presupuestaria.

Si bien la realidad de los últimos tiempos nos ha demostrado la fuerza y contundencia que pueden tener algunos acontecimientos que resultaron imprevistos para todas las administraciones del mundo, en líneas generales, toda administración que pretenda ser eficiente prevé periódicamente la mayoría de los contratos que formalizará en el lapso presupuestario considerado (en general anual, aunque en muchos supuestos resulta recomendable considerar estratégicamente plazos mayores) para su normal funcionamiento y la satisfacción del interés público **(2)**.

Ello permitirá, en primer lugar, iniciar tempranamente los procedimientos de selección del contratista, de manera de contar con cobertura contractual adecuada para la provisión de los bienes y/o servicios que habitualmente requiere (v.gr., la compra de alimentos para unidades penitenciarias, medicamentos para hospitales o servicios de limpieza para dependencias públicas).

Ese inicio oportuno del procedimiento evitará además, que se provean bienes y servicios de manera irregular, recurriendo para su pago a la figura del legítimo abono **(3)** y que se utilicen institutos excepcionales de selección del contratista con fundamento en la "urgencia", ocasionada muchas veces por la propia administración al no promover con suficiente antelación la contratación respectiva.

En épocas en que no existían los medios electrónicos para gestionar actuaciones administrativas y notificaciones, podría considerarse que la utilización de un mecanismo abierto de selección del contratista (v.gr., la licitación pública) y uno restringido o cerrado (licitación privada, compulsa de precios), resultaba determinante a la hora de considerar la duración esperada del procedimiento.

Por ejemplo, los plazos de publicidad previstos para la licitación pública en la normativa que rige los diferentes contratos administrativos resultan sustancialmente mayores a los considerados para los mecanismos de selección excepcionales **(4)**.

Sumado a ello, otro factor a considerar sería el tiempo extra que podrían insumir —eventualmente— los posibles pedidos de aclaración y/o impugnaciones de un mayor número de participantes, sus respectivas respuestas o resolución y las notificaciones pertinentes.

En la actualidad, dichas diferencias temporales, se ven morigeradas por los avances tecnológicos que son utilizados cada vez con mayor fluidez por la Administración pública.

El llamado "gobierno digital" se ha puesto en marcha y se encuentra en permanente evolución, no solo como consecuencia del desarrollo de nuevas Tecnologías de Innovación y Comunicación (TIC), sino de la necesaria adaptación de la Administración pública cuyas viejas estructuras en algunos casos han resistido su avance, requiriendo tiempo, capacitación y persuasión para su implementación.

Ejemplos del aludido "gobierno digital" son la utilización de expedientes, documentos, notificaciones, comunicaciones, firma, domicilios constituidos y compras electrónicos **(5)**, trámites simultáneos, entre otros. Queda mucho por

(2) Sobre el alcance de la noción de interés público ver ESCOLA, Héctor J., "El interés público como fundamento del derecho administrativo", Ed. Depalma. Buenos Aires, 1989, p. 245; ESPINOZA MOLLA, Martín, "El concepto del interés público y su contenido actual" en Ética pública y sistemas de responsabilidad del Estado y del agente público, 2016, p. 228 (http://sedici.unlp.edu.ar); entre otros.

(3) El dec. 523/2018 (BOP 28.291 del 08/06/2018) regula en la provincia de Buenos Aires el legítimo abono para reconocimiento de gastos por provisión de insumos o servicios que no cuenten con el correspondiente amparo contractual. Analógicamente suele aplicarse para ejecución de obras que no han sido autorizadas en el marco de un contrato.

(4) V.gr., véase por ejemplo: art. 16 del dec. 59/2019, reglamentario de la ley 13.981 o decs. 496/2007 y 3698/2007, reglamentarios del art. 13 de la ley 6021.

(5) La ley 14.828 antes citada establece que el Gobierno Electrónico se implementa mediante dichos recursos.

hacer aún, fundamentalmente en materia de datos abiertos y "*benchmarking* digital" **(6)**.

II. Algunos aspectos de la programación y régimen de selección del contratista en los contratos más representativos de la provincia de Buenos Aires

En la provincia de Buenos Aires, se encuentran regulados desde antaño los contratos de obra pública [ley 6021 **(7)**], concesión de obra pública [dec.-ley 9254/1979 **(8)**], y más recientemente las contrataciones en general —a excepción de los contratos expresamente excluidos— [ley 13.981 **(9)**, llamada también "Ley de Compras"], régimen este que vino a sustituir el derogado tít. III, del cap. II del dec.-ley 7764/1971 y el Anexo II "Reglamento de las Contrataciones" del dec. 3300/1972 (t.o. 2004) y sus normas modificatorias y complementarias.

Todas las normas vigentes refieren expresa o implícitamente a la necesidad de planificación de las contrataciones.

Así, la Ley de Obra Pública dispone: "Antes de licitar una obra pública o de proceder a su ejecución, deberá estar prevista su financiación, acorde con el plazo de ejecución y realizado su proyecto con conocimiento de todas las condiciones, elementos técnicos y materiales que sean necesarios para su realización" (art. 5º). En materia de obra pública, dado los altos precios de estas, el financiamiento suele representar unos de sus aspectos más relevantes, el que muchas veces resulta fuertemente condicionado por el acceso al crédito internacional no solo de la provincia sino de la Nación **(10)**, debiendo tenerse presente además, los costos adicionales generados en nuestro país por la inflación, que impactará severamente en el valor final del contrato.

Por otra parte, el decreto ley que regula la concesión de obra pública requiere se determine si esta será onerosa, gratuita o subvencionada, previendo en consonancia con ello el plazo del contrato y las bases tarifarias, entre otras cuestiones (arts. 1º y 6º).

Finalmente, la Ley de Compras establece: "Cada jurisdicción o entidad formulará su programa anual de contrataciones ajustado a la naturaleza de sus actividades y a los créditos o recursos disponibles" (art. 5º).

En cuanto a los procedimientos de selección del contratista, la ley 6021 **(11)** fija como principio a la licitación pública (el que resultará aplicable si no se verifican los supuestos de excepción que permitan utilizar otro mecanismo), licitación privada, concurso de precios (art. 9º) y contratación directa (arts. 10 y 11).

Si bien nos abstenemos de describir los supuestos singulares, cabe subrayar que las excepciones (vinculadas al monto de los trabajos **(12)**, el carácter de "artista, técnicos, científicos, empresas u operarios especialmente capacitados" o cuando deban utilizarse patentes o privilegios exclusivos; cuando se exija reserva; urgencia reconocida o circunstancias imprevistas, licitación previa fracasada o desierta; cuando estén comprendidos dentro de la capacidad ordinaria de trabajo de la repartición; o contrataciones interadministrativas) resultan cuantitativamente menores si los comparamos con los aludidos por normativa regulatoria de otros contratos (v.gr., ley 13.981).

(6) Puede ampliarse sobre el tema en "Benchmarking Digital Government Strategies in MENA Countries" publicado en OECD Digital Government Studies (www.oecd.org).

(7) BOP 13.885 del 05/03/1959. 1. Texto Actualizado del Texto Ordenado por dec. 4536/1995 y las modificaciones posteriores de las leyes 12.396, 12.504, 12.538, 12.575, 12.592, 14.052, 14.393, 14.652, 14.989, 15.165 y 15.225. 2 Texto según ley 15.225.

(8) BOP 18.963 del 09/02/1979. Texto actualizado con las modificaciones introducidas por leyes 10.857, 11.184 y 13.810. Párr. 28 incorporado por ley 10.857. Párr. 29 incorporado por ley 10.857.

(9) BOP 26.115 del 27/04/2009, pero que en virtud de su art. 32, entrara en vigencia a los diez días de la publicación de la reglamentación aprobada por el dec. 1300/2016 (BOP 27.895 del 26/10/2016).

(10) En muchas oportunidades el financiamiento externo implica además, el desplazamiento de la normativa local, o eventualmente su aplicación supletoria, cuyas relevantes consecuencias merecen un estudio particularizado que excede estas líneas.

(11) BOP 13.885 del 05/03/1959.

(12) Que se determina en virtud del valor del metro cuadrado de construcción, fijado periódicamente a tal fin por la Administración pública.

Por su parte, el dec.-ley 9254/1979 **(13)** solo contempla la adjudicación de las concesiones de obra pública mediante licitación pública o por contratación directa (en este supuesto cuando se realice con entes públicos o con sociedades con capital estatal).

Por último, la ley 13.981 **(14)** establece como procedimientos ordinarios la licitación o remate públicos, y excepcionalmente la licitación privada o contratación directa.

Entre las excepciones, podemos mencionar el monto. Así la reglamentación de la ley aprobada por dec. 59/2019 establece que las licitaciones privadas no podrán superar las 300.000 unidades de contratación (UC) **(15)**, en tanto que las contrataciones directas no superarán las 100.000 UC.

No obstante, son muchas las dispensas adicionales que brinda la ley que permiten sortear los valores máximos antes referidos. Así, por ejemplo: entre reparticiones oficiales, en caso de procedimientos públicos desiertos o fracasados; por "probadas razones de urgencia"; notoria escasez de los elementos a adquirir; la contratación de artistas, técnicos o sus obras; reparación de motores, aparatos, máquinas y vehículos; cuando las circunstancias exijan que las operaciones del Gobierno se mantengan secretas; publicidad oficial; la compra, locación, arrendamiento y los contratos de locación financiera con opción acordada de compra *(leasing)* de inmuebles; cuando los bienes o servicios sean limitados a experimentación, investigación o simple ensayo; la venta de productos perecederos y los destinados al fomento económico o la satisfacción de necesidades sanitarias, siempre que esta se efectúe directamente a los usuarios; cuando se trate de bienes cuyos precios sean determinados por el Estado nacional o provincial; la compra de bienes o contratación de servicios producidos por Talleres Protegidos y toda otra instancia protegida de producción debidamente habilitada, registrada y supervisada por la Autoridad Administrativa competente; cuando se entreguen bienes muebles o semovientes a cuenta de precio; los servicios básicos de electricidad, telefonía fija o móvil, gas, agua potable, internet, así como cualquier otro servicio de telecomunicaciones de las actuales o futuras tecnologías disponibles, cuya prestación se encuentra a cargo de empresas públicas o privadas **(16)**.

Como podrá advertirse, son tantas las excepciones enunciadas en el texto de la Ley de Compras, que el procedimiento público queda relegado en la práctica solo a un puñado de contrataciones económicamente relevantes que no reúna alguna de las condiciones mencionadas en el párrafo anterior (y fundamentalmente en la medida que la Administración no alegue "urgencia" o "emergencia") **(17)**.

III. La emergencia

III.1. Noción, tipos, jurisprudencia

En el concepto de emergencia subyace la idea de una situación de excepción, fuera de lo corriente, que no ha podido ser prevista y que requiere medidas extraordinarias a tomar de manera pronta.

La emergencia puede ser política (uno de cuyos supuestos más graves habilitan la intervención federal de una provincia o un municipio); administrativa (que en nuestro país originara uno de los procesos privatizadores más importantes de su historia) **(18)**; económica (circunstancias excepcionales que habilitan la intervención del Estado en la economía, restringiendo en muchos casos los derechos y/o regulando su alcance); social (tendiente a morigerar las diversas situaciones de vulnerabilidad y desprotección de las personas afectadas por algún acontecimiento fuera de lo ordinario); sa-

(13) BOP 18.963 del 09/02/1979.

(14) BOP 26.115 del 27/07/2009. Cabe destacar, que la ley, en virtud de lo dispuesto en su art. 32, entró en vigencia con su reglamentación, efectuada recién mediante el dec. 1300/2016 (BOP 27.895 del 26/10/2016), hoy sustituido por el dec. 59/2019 (BOP 28.459 del 08/02/2019).

(15) La Unidad de Contratación, fue incorporada como art. 9º bis de la ley 13.981 por ley 15.078 (BOP 28.418 del 11/12/2018) y a la fecha de esta publicación ha sido fijada en $75 mediante RESO-2021-43-GDEBA-CGP.

(16) Art. 18 de la ley 13.981.

(17) Supuesto consagrado en el inc. 2º, apart. c) del art. 18 de la Ley de Compras.

(18) Ver ley 23.696 BO 26.702 del 23/08/1989.

nitaria (ejemplo de ello son las numerosas normas dictadas en el marco de la actual pandemia generada por el COVID-19); entre otras.

La jurisprudencia se ha expedido en numerosas oportunidades delimitando su alcance, el que por cierto ha variado al compás de los tiempos.

Así por ejemplo, las sentencias recaídas en las causas: "Ercolano c. Lanteri de Renshaw", "Avico" "Pedro Inchauspe c. Junta Nacional de Carnes", "Cine Callao", "Peralta", "Video Club Dreams", "Verrocchi", entre tantos otros **(19)**.

Solo para destacar alguna de las consideraciones efectuadas por el Alto Tribunal de la Nación, cabe subrayar lo señalado por la CS en el aludido fallo "Peralta" **(20)** en sentido que el fundamento de las leyes de emergencia es la necesidad de poner fin o remediar situaciones de gravedad que obligan al Estado a intervenir, enfatizando: "En momentos de perturbación social y económica y en otras situaciones semejantes de emergencia y ante la urgencia en atender a la solución de los problemas que crean, es posible el ejercicio del poder del Estado en forma más enérgica que la admisible en períodos de sosiego y normalidad".

En los últimos tiempos, la Corte también ha dicho que "la existencia de una situación de esa naturaleza habilita la adopción de remedios que en condiciones de normalidad podrían no ser válidos (doctrina de CS, Fallos. 136:170; 200:450; 243:449; 321:1984; 330:2981; entre muchos otros) De todos modos, la emergencia no es una franquicia para ignorar el derecho vigente. La emergencia está sujeta al derecho en este país, en tanto también es una situación jurídicamente regulada y ella no implica en modo alguno que cualquier medida que pudiera representarse como eficaz para atender la situación sea, por esa sola razón, constitucionalmente admisible" **(21)**.

III.2. Normas de emergencia

En la provincia de Buenos Aires se han sancionado en el transcurso de distintas épocas numerosas normas vinculadas al instituto de "emergencia".

Solo a título de ejemplo recordemos que históricamente se han dictado gran cantidad de leyes que aluden, aún de manera diferente, a la emergencia. Así las nros. 5137 (habilitando al Poder Ejecutivo a fijar precios máximos); 7165 (ante la grave la atención de los problemas sociales que genera la existencia de las "villas de emergencia"); 8300 (emergencia sanitaria en varias localidades de Lomas de Zamora y La Matanza); 9528 (que establece un régimen especial destinado a reparar daños producidos por inundaciones); 10.390 (de emergencia agropecuaria); 10.766 y 10.897 (estableciendo impuestos adicionales de emergencia); 11.184 (de reconversión administrativa que convalida y prorroga la emergencia declarada por dec. 369/1991); 11.880 y 13.188 (declarando el estado de emergencia de la policía bonaerense); 11.882 (convalidando un decreto de emergencia por desastre agropecuario); 12.139 (emergencia de la Ruta Provincial 41); 12.434 (ratificando el dec. 1311/2000 de emergencia habitacional, hidráulica y vial); 12.122 y 12.597 (declarando la emergencia del litoral marítimo de Mar Chiquita y Quequén en el partido de Necochea, respectivamente); 12.727 (emergencia administrativa, económica y financiera del Estado provincial); 13.189 y 13.417 (de emergencia del servicio penitenciario bonaerense); 13.190 (de emergencia del patronato de liberados); 13.946 (emergencia de la infraestructura edilicia del Poder Judicial), entre muchas otras de variado alcance.

En la actualidad, las principales normas del tipo aludido que se mantienen vigentes y proyectan sus consecuencias de manera directa en materia contractual son:

- La ley 11.340 **(22)** que autoriza al Poder Ejecutivo provincial para declarar de Emergencia Obras y/o acciones indispensables de ejecu-

(19) CS, Fallos: 136:161; 172:21; 199:843; 247:121; 313:1513; 310:1332; 318:1154.

(20) "Peralta, Luis Arcenio y otro c. Estado Nacional (Ministerio de Economía - BCRA) s/ amparo", Fallos 313:1513.

(21) CS, "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c. Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad". Fallos 344:809, 04/05/2021.

(22) BOP 22.314 del 18/11/1992.

tar en forma inmediata por una reconocida urgencia o debido a imprevistas circunstancias, ante situaciones de desastre que se produzcan en zonas de la provincia, afectadas por casos de fuerza mayor, tales como: incendios, inundaciones, terremotos, epidemias **(23)**. La misma norma establece que en el mismo acto, deberá informar a la Legislatura y a los Organismos de la Constitución que corresponda, respecto a su declaración. Con fundamento en dicha ley se han dictado numerosos decretos declarativos de emergencia **(24)**.

- La ley 14.806 **(25)** por la que se declara la emergencia en seguridad pública, y de política y salud penitenciaria.

- La ley 14.812 **(26)** de emergencia en materia de infraestructura, hábitat, vivienda y servicios públicos.

- La ley 14.815 **(27)** de emergencia administrativa y tecnológica.

- La ley 15.165 **(28)**, que prorroga sus similares 14.806, 14.812 y 14.815 y declara el estado de emergencia social, económica, productiva y energética. Además, por dec. 1176/2020 **(29)**, se ha extendido la vigencia de la ley.

- Asimismo, el dec. 304/2020 **(30)** reglamentó los arts. 3º de la ley 14.806, 2º de la ley 14.812, cap. I del tít. I y tít. III de la ley 14.815 y 2º, 4º y 6º de la ley 15.165 y aprobó el "Procedimiento de Contrataciones de Bienes y Servicios", el "Procedimiento de Renegociación y Rescisión de Contratos de Bienes y Servicios del Sector Público". Mediante dec. 515/2020 **(31)** se incorporó además, el anexo VI al dec. 304/2020 y se aprobó la reglamentación de los arts. 7º y 8º de la ley 14.812 y 4º, 5º y 6º de su similar nro. 15.165.

Los valientes que hasta aquí hayan llegado en su lectura, advertirán la proliferación normativa en la materia.

III.3. El abuso de la emergencia y los problemas que acarrea

Hemos comprobado dolorosamente que toda nueva Administración pública en nuestro país en general y en la provincia de Buenos Aires en particular, al asumir su gestión considera que está en una situación extraordinariamente grave (producto siempre de la Administración precedente), y que necesita prorrogar las normas de emergencia (siempre tenemos alguna en vigor), aumentando las facultades del poder ejecutivo para resolver las graves y acuciantes cuestiones heredadas.

En lo sustancial, las normas de emergencia vigentes, antes referidas, acarrean en materia contractual algunas preocupantes consecuencias.

En tal sentido, todas habilitan la utilización de los mecanismos de excepción para la selección del contratista previstos en la normativa que regula cada contrato y postergan (haciéndolos menos eficaces) los necesarios controles previos. Finalmente, algunas de ellas autorizan la renegociación contractual.

(23) En los fundamentos de la ley se justifica la medida señalando que "Las sucesivas emergencias a que se han visto sometidos distritos de la provincia de Buenos Aires a raíz de desastres tales, como incendios, inundaciones, epidemias, etcétera, todos supuestos de fuerza mayor, han provocado que en ocasiones esta honorable Legislatura se viera precisada a dictar con la premura del caso, la ley respectiva que permitiera encarar la situación acaecida sin contar con toda la información necesaria que puedan brindar los organismos correspondientes del poder Administrador. Es por ello, que se hace necesario promulgar una legislación que faculte al Poder Ejecutivo provincial para declarar ante tal, circunstancias a los distritos afectados como zonas de emergencia... Lo expuesto exterioriza la necesidad de brindar al poder Ejecutivo de una herramienta adecuada que le permita un accionar diligente ante la presencia de fatalidades como la descripta".

(24) V.gr., decs. 121/2017 E (BOP 28.032 del 18/05/2017) y 362/2017 E (BOP 28.080 del 28/07/2017).

(25) BOP 27.709 del 26/01/2016.

(26) BOP 27.766 del 20/04/2016.

(27) BOP 27.791 del 26/05/2016.

(28) BOP 28.672 del 23/12/2019.

(29) BOP 28.917 del 18/12/2020.

(30) BOP 28.762 del 04/05/2020.

(31) BOP 28.799 del 26/06/2020.

Respecto a la primera cuestión, al eludirse los procedimientos abiertos de selección se afecta de manera directa la concurrencia de potenciales interesados, se limitan las chances del Estado de obtener mayor cantidad de propuestas y —eventualmente— ofertas más convenientes.

Paralelamente, la decisión impacta en la transparencia del procedimiento **(32)**, ya que no resulta claro a qué empresas (del total de inscriptas en el registro y rubro respectivo) se cursará el número de invitaciones que prevé cada procedimiento de excepción.

Como antes adelantáramos, dadas las facilidades que en la actualidad representa la existencia de medios electrónicos para gestionar notificaciones y expedientes, y puesta en la balanza la celeridad que implicaría el análisis de unas pocas ofertas y la ventaja que representa para la Administración contar con mayor cantidad de ellas, consideramos que deberían cursarse invitaciones a todas las empresas inscriptas en el rubro respectivo del registro de licitadores/contratistas, automatizándose el envío de invitaciones y el análisis de cuestiones formales en cuanto sea posible. En tal sentido, la inteligencia artificial acude en auxilio de las organizaciones (en este caso administrativas) a fin de lograr mejores resultados **(33)**.

Con relación al segundo punto apuntado, consideramos que posponer los controles que según la legislación ordinaria debería efectuarse de manera previa, suponen un daño grave y en muchas ocasiones irreparable, infringido sobre la validez del procedimiento y la razonabilidad de la gestión.

Así, la ley 11.340 establece que en el marco de la emergencia declarada podrá "eximirse del cumplimiento de las prescripciones de los decs.-leyes 7543/1969, t.o. por dec. 969/1987, Orgánica de Fiscalía de Estado; y 8019/1973, t.o. por dec. 8524/1986, Orgánica de Asesoría General de Gobierno, dec.-ley 9853/1982" **(34)** debiendo luego "dar cuenta de su actuación a los Organismos de la Constitución, conforme a la legislación vigente".

En similar sentido, lo establece la ley 14.806 aclarando que el Ministerio (de Seguridad y Justicia en ese entonces) dará cuenta a los "Organismos de la Constitución, que no hayan intervenido previamente, conforme a la legislación vigente" una vez "ejecutada la obra y/o acción encarada". Ello presupone una postergación mayor aún porque las aludidas intervenciones no se posponen solo hasta la celebración del contrato, sino incluso hasta la finalización de su ejecución (que eventualmente puede durar años).

Por otra parte, las leyes 14.812 y 14.815 prevén algunas limitaciones temporales para que los Organismos de Control se expidan (7 días en el caso de la primera norma, 4 para la Fiscalía de Estado en el caso de la segunda).

En términos generales, consideramos que los controles previos, resultan fundamentales a fin de cumplir su finalidad preventiva y evitar dispendio de actividad administrativa y —eventualmente— perjuicios al erario fiscal.

Así, si un acto administrativo es dictado con un vicio en cualquiera de sus elementos, de gravedad tal que lo torne nulo, el control posterior al dictado del acto solo permitiría su revocación, con el alcance determinado en los arts. 113 y 114 del dec.-ley 7647/1970. De haberse efectuado de manera previa, el contralor por parte de los órganos respectivos probablemente hubiese permitido evitar el vicio en cuestión, alertando sobre la deficiencia del proyecto.

También resulta a todas luces más transparente y eficaz un procedimiento controlado de

(32) El principio de transparencia se encuentra expresamente consagrado en la ley 13.981 (art. 3º), definido luego por el dec. regl. 59/2019; en la Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción, aprobada por ley nacional 26.097 (en materia contractual, ver particularmente su art. 9º), e implícitamente en la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por ley 24.759 (en el art. III, apart. 5º refiere a la necesidad de que los sistemas de contratación aseguren la publicidad).

(33) Sobre inteligencia artificial, puede ampliarse en RAMIO, Carles, "Inteligencia artificial y Administración pública: Robots y humanos compartiendo el servicio público", Catarata, Madrid, 2019.

(34) Ello además, del dictamen que alude el art. 10 de la ley 6021, relacionados con la intervención del Consejo de Obras Públicas.

manera previa que una mera toma de conocimiento posterior.

En último término, sobre la posibilidad de "renegociar" los contratos que habilitan las leyes 14.806, 14.812, 14.815 y 15.165 cabe hacer algunas consideraciones.

Al respecto debemos subrayar las diferencias que en este punto existen entre el derecho privado y el derecho administrativo. Mientras en las situaciones reguladas por aquel, nada impide que el acuerdo de voluntades oportunamente formalizado sea modificado por otro de similar tenor entre las partes **(35)** en virtud de la autonomía de la voluntad [aún con las modificaciones que la doctrina entiende que ha sufrido este principio a la luz de Código Civil y Comercial **(36)**], en derecho administrativo no rige el aludido principio para la Administración pública. Esta encuentra regulado su accionar por la normativa respectiva.

En el caso de los contratos administrativos, el funcionario deberá actuar en el marco de la competencia asignada, dando cumplimiento además, a los principios que rigen el procedimiento de selección respectivo. Así, resultaría reprochable que, una vez formalizado un contrato, la Administración proceda a acordar con la contratista una modificación sustantiva **(37)** de los términos previstos en el llamado original, vulnerando de tal modo el principio de igualdad (que debe tenerse en mira desde la elaboración de la documentación contractual y hasta la etapa de ejecución del contrato).

En virtud de ello, la renegociación autorizada por la normativa de emergencia antes referida debe ser considerada en casos realmente excepcionales, debiendo fundarse de manera acabada y brindándose la misma solución para todos los supuestos que guarden identidad **(38)**.

III.4. Breve referencia a la emergencia generada por el COVID-19

Por otra parte, todo el bloque normativo vinculado a la emergencia sanitaria originada por el COVID-19 (en permanente crecimiento, por lo que al momento de publicación de este trabajo, con toda seguridad este punto estará desactualizado), también tiene fuertes implicancias en materia de contrataciones del Estado.

- Así, solo a título de ejemplo podemos referir: el dec. 132/2020 **(39)** (que declarara por 180 días la emergencia sanitaria en la provincia como consecuencia del virus), la ley 15.174 **(40)** (que ratificara el decreto antes mencionado y delegara en el Poder Ejecutivo la realización de una serie de medidas, entre ellas prorrogar la emergencia, suspender los cortes de servicios públicos esenciales a sectores vulnerables, exceptuar de los plazos previstos en la ley 6021 y concordantes, a la medición, certificación y pago de obras públicas en curso de ejecución, entre otras); la ley 15.284 **(41)** que faculta al Poder Ejecutivo, mientras dure la emergencia a Iniciar negociaciones y celebrar los necesarios "para la adquisición de vacunas destinadas a generar inmunidad adquirida contra la COVID-19, pudiéndose omitir la exigencia de garantías, fianzas y/o cauciones, conforme el procedimiento previsto por la ley 13.981 y su decreto reglamentario, en los términos y condiciones previstos por la ley nacional 27.573" disponiendo además, que a tal fin podrán incluirse en los contratos respectivos "(i) cláusulas o acuerdos de confidencialidad; (ii) prescripciones que establezcan condiciones de indemnidad patri-

(35) Cód. Civ. y Com., art. 957.

(36) Sobre el particular puede ampliarse en RIVERA, Julio César — MEDINA, Graciela, "Derecho Civil y Comercial parte general", Ed. Abeledo Perrot, 2017, p. 15.

(37) Consideramos modificación sustantiva a aquella que efectúe cambios cualitativamente importantes (v.gr., en el objeto del contrato) o cuantitativamente relevantes (con relación a montos o cantidades pactadas).

(38) Conf. aplicación del art. 16 de la CN.

(39) BOP 28.726 del 12/03/2020. El aludido dec. 132/2020 ha sido prorrogado por sus similares 180/2020, 255/2020, 282/2020, 340/2020, 433/2020, 498/2020, 583/2020, 604/2020, 689/2020, 701/2020, 771/2020, 774/2020, 884/2020, 944/2020, 976/2020, 1103/2020, 1231/2020,40/2021, 106/2021, 128/2021, 178/2021,270/2021, 307/2021, 361/2021, 403/2021, y seguramente cuando estas líneas sean publicadas la lista continúe.

(40) BOP 28.779 del 28/05/2020.

(41) BOP 29.018 del 19/05/2021.

monial respecto de indemnizaciones y otras reclamaciones pecuniarias relacionadas con y en favor de quienes participen de la investigación, desarrollo, fabricación, provisión y suministro de las vacunas, con excepción de aquellas originadas en maniobras fraudulentas, conductas maliciosas o negligencia por parte de los sujetos aludidos, (iii) cláusulas que establezcan la prórroga de jurisdicción a favor de los tribunales arbitrales y judiciales con sede en el extranjero y la aceptación de ley extranjera aplicable; (iv) incluir otras cláusulas acordes al mercado internacional de la vacuna para la prevención de la enfermedad COVID-19...".

A los fines de atender las cuestiones derivadas de la pandemia, la Administración provincial, no solo ha multiplicado las prohibiciones y regulaciones en ejercicio de un férreo poder de policía, sino que ha celebrado un importantísimo número de contratos, con variado objeto y encuadre normativo a los fines de proveer de insumos, medicamentos y personal a los hospitales provinciales, centros de alojamiento a personas que necesitaban lugar para aislarse (por ser COVID positivo y no contar con espacio adecuado en sus hogares), y unidades penitenciarias.

También ha suscripto acuerdos de variada índole con la Nación, entre ellas para instalar hospitales móviles en unidades penitenciarias. En estos casos, por ejemplo, la provincia de Buenos Aires se comprometió a construir las plateas sobre las que la Nación luego instalaría los centros de Salud.

En el mismo orden, la Administración provincial transfirió una enorme cantidad de recursos, bajo la modalidad de subsidios a los municipios, para que estos hicieran frente a diversos aspectos generados por la pandemia (entre ellos: provisión de alojamiento a personas contagiadas).

En materia de adquisición de medicamentos, insumos y servicios hospitalarios y para centros de atención por COVID-19, se efectuaron muchísimas contrataciones con encuadre en lo dispuesto en la ley 15.165 y su dec. regl. 304/2020.

No obstante ello, otras tantas se encuadraron en lo normado en la ley 13.981, art. 18, inc. 2º-c (Contratación Directa por urgencia o emergencia) y su dec. regl. 59/2019.

En este punto cabe señalar que todas las normas (las que llamáramos ordinarias) que regulan los distintos contratos de la Administración provincial, prevén el supuesto de contrataciones directas por urgencia, estableciendo a tal fin plazos más breves y los requisitos a cumplir.

En el caso de las contrataciones para atender la emergencia de salud de la provincia, algunas gestiones puntualmente se encuadraron normativamente en lo dispuesto en el art. 18, inc. 2º c) de la referida Ley de Compras y en el 18, inc. 2º c), apart. VIII del dec. 59/2019.

Se advierte al respecto que el apart. c) del inc. 2º del decreto reglamentario, antes referido, en los diversos apartados delimita qué se entiende por urgencia o emergencia, estableciendo luego los distintos requisitos a cumplir por la autoridad contratante **(42)**.

(42) Así, el dec. 59/2019 establece en el art. 18, inc. 2º) c, "I. Se entenderá por razones de urgencia a las necesidades apremiantes y objetivas que impidan el normal y oportuno cumplimiento de las actividades esenciales de la jurisdicción o entidad contratante. II. Se entenderá por casos de emergencia a los accidentes, fenómenos meteorológicos u otros sucesos que creen una situación de peligro o desastre que requiera una acción inmediata y que comprometan la vida, la integridad física, la salud, la seguridad de la población o las funciones esenciales del Estado Provincial. III. En las contrataciones encuadradas en el presente inciso, cuando se invoquen razones de urgencia o emergencia y se tratare de una situación previsible, deberán establecerse, mediante el procedimiento pertinente de acuerdo con el régimen disciplinario que corresponda aplicar, las responsabilidades emergentes de la falta de contratación mediante un procedimiento competitivo en tiempo oportuno. IV. En el acto administrativo de autorización, deberán incluirse todos los fundamentos y argumentos que impiden la realización de otro procedimiento de selección en tiempo oportuno. V. La Autoridad Administrativa de la jurisdicción efectúa las invitaciones a cotizar a por lo menos tres [3] proveedores del rubro objeto de la contratación inscriptos en el Registro de Proveedores y Licitadores. Las invitaciones a cotizar deben ser efectuadas al menos con tres [3] días de antelación a la fecha límite fijada para la recepción de las propuestas. VI. Se difunde la contratación en el sitio de Internet del Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, a partir del día en que se cursen las invitaciones a cotizar y con igual antelación. VII. La adjudicación de la contratación será publicada en cualquier caso en el sitio de Internet de la Provincia de Buenos Aires, conforme lo estipu-

Entendemos que no resulta procedente efectuar el encuadre en un solo apartado del reglamento, en desmedro del cumplimiento de los restantes requisitos del inciso, toda vez que estos no resultan de cumplimiento opcional para la Administración pública.

IV. El equilibrio entre la celeridad y sencillez en el trámite y la concurrencia y transparencia

Como ya hemos esbozado, a la Administración pública le cuesta compatibilizar sencillez y celeridad en el trámite con la concurrencia y transparencia.

Esto no debiera ser así. La Administración pública tiene en sus manos realizar una adecuada planificación que brinde sencillez al procedimiento y elimine trámites innecesarios, ahorrando además, recursos al fisco.

La planificación oportuna y adecuada permitirá llevar adelante procedimientos abiertos de selección del contratista, eliminando o limitando en muchos aspectos la discrecionalidad de los funcionarios y brindando transparencia al sistema, de manera de evitar las llamadas "vulnerabilidades" de este **(43)**.

Ejemplo de ello son las llamadas compras consolidadas o masivas, habilitadas en la provincia de Buenos Aires mediante el mecanismo de "convenio marco" previsto en el dec. 59/2019, reglamentario de la Ley de Compras y su reglamentación (art. 17, inc. 3º, apart. f) **(44)**.

La planificación también evitará, v.gr., que se inicien obras públicas sin haber completado y revisado concienzudamente los proyectos, originando luego adicionales de obra o nuevos contratos para suplir las deficiencias de estos.

Se ha dicho —con relación a un contrato de obra pública— que "la mala elaboración de los proyectos, la deficiente confección de los pliegos o la desactualización de los presupuestos ocasionan diversos daños al proceso de obras públicas. Por ejemplo, generan serias dificultades para elegir los mejores contratistas... y repercuten en el principio de igualdad, por lo que cabe la posibilidad de que, después de la adjudicación, se modifiquen o 'ajusten' las condiciones del contrato. Este hecho o 'ajuste' se encuentra íntimamente ligado con las variables control y discrecionalidad" **(45)**.

Un trámite sencillo además, con lenguaje claro, bien motivado, permitirá que el intérprete (ya sea el funcionario que recibe un expediente a fin de evacuar un informe, quien luego efectúa el contralor de este o hasta la propia ciudadanía en su caso) entienda su causa, objeto y finalidad **(46)**.

---

lado en el art. 15, apart. 2º del presente Reglamento. VIII. Si las razones de urgencia o emergencia impiden efectuar invitaciones, esta circunstancia y los motivos de elección del cocontratante deben ser fundamentadas en forma expresa en el mismo acto administrativo, prescindiéndose consecuentemente del acto de apertura de ofertas y de la intervención de la Comisión de Preadjudicación; en estos casos, puede dictarse un único acto administrativo que autorice el procedimiento, apruebe el Pliego de Bases y Condiciones Particulares y demás documentación si los hubiere y adjudique la contratación".

(43) "Estas vulnerabilidades en la planificación de las compras públicas son causas originarias de procesos ineficientes y, principalmente, de la falta de transparencia, ya que, no es posible conocer pública y anticipadamente hacia dónde se van a dirigir los fondos de la Administración". "Contrataciones Públicas Vulnerables. Estudio de percepción sobre las vulnerabilidades del Sistema Nacional de Contrataciones Públicas", 2006 (www.poderciudadano.org).

(44) El convenio marco es una modalidad de contratación introducida en el ámbito bonaerense por la reglamentación de la ley 13.981 (oportunamente por el dec. 1300/2016, hoy derogado, y previsto en la actualidad en el dec. 59/2019). Este mecanismo permite que la Contaduría General de la Provincia, en su carácter de autoridad de aplicación de la referida Ley de Compras, haga una previsión de las necesidades de todas las jurisdicciones de la Administración provincial respecto de un bien o servicio determinado, y luego seleccione mediante una licitación pública a los contratistas que serán incorporados a un catálogo electrónico garantizando el stock y precio ofrecido (esto último sin perjuicio de la posibilidad de redeterminar precios conforme la normativa vigente). El convenio marco resulta un mecanismo eficiente para compras de grandes volúmenes de bienes usualmente requeridos por la Administración, además, de otorgar previsibilidad, transparencia y celeridad al sistema.

(45) Ver ARCIDIÁCONO, Pilar — ROSENBERG, Gastón — ARENOSO, Federico, "Contrataciones Públicas Vulnerables", p. 50, www.poderciudadano.org.

(46) Mucho se ha avanzado en materia de lenguaje claro y sencillo en materia jurisprudencial (aunque resta mucho hacer aún, también en sede administrativa). En

Esto además, dará celeridad al procedimiento, evitando dispendio de actividad administrativa. Los medios tecnológicos disponibles, coadyuvan además, con ese objetivo, brindando oportunidades de comunicación que, en el último tiempo, se han visto exponencialmente incrementadas.

En virtud de ello, las convocatorias en materia contractual están a un clic de los eventuales interesados. Y si bien a mayor número de participantes/oferentes, mayor será la tarea de los funcionarios a cargo, debe trabajarse en automatizar los procedimientos que así lo permitan a fin de no resentir la celeridad, y limitar la discrecionalidad de los funcionarios **(47)**.

Entendemos, no obstante, que no todos los pasos de un procedimiento de selección del contratista son "automatizables", resultando en determinados casos imprescindible la evaluación humana y concienzuda de algunos aspectos.

En el mismo sentido, Eduardo García de Enterría considera que la Administración pública nunca podrá reducirse a un sistema de respuestas fijas.

Por otra parte, un acercamiento a la noción de transparencia nos permite pensar que estamos en presencia de algo que "permite ver a través de". Así, la cuarta acepción de "transparente" del diccionario de la Real Academia Española lo define como *claro, evidente, que se comprende sin duda ni ambigüedad.*

En materia de procedimientos implica que este permite su conocimiento y comprensión. Resulta fundamental para una sociedad, saber y entender como el Estado administra y gasta sus recursos.

En esa línea, cabe destacar que "...las potestades administrativas se ejercen en beneficio de la comunidad, por ello, tienen carácter fiduciario, y el cargo y la función no constituyen un derecho y menos propiedad del funcionario" **(48)**. En virtud de ello el funcionario debe "transparentar" la gestión de los recursos que son de todos.

El dec. 59/2019 expresa al respecto: "Todas las etapas de la contratación se desarrollarán en un contexto de transparencia, basado en la publicidad y difusión de las actuaciones, en la utilización de tecnologías informáticas que permitan facilitar el acceso de la sociedad a la información relativa a la gestión en materia de contrataciones y en la participación real y efectiva de la comunidad" **(49)**.

No obstante, el mismo reglamento habilita a la Administración pública a establecer en los pliegos de bases y condiciones la obligación de caucionar las impugnaciones que se efectúen a los pliegos de bases y condiciones y/o a la preadjudicación de oferta.

Entendemos que esto atenta —indirectamente— contra la transparencia del procedimiento de selección.

En tal sentido, la Fiscalía de Estado de la provincia de Buenos Aires ha sostenido al momento de tomar intervención en el expediente 2400-934/16 por el que tramitó la reglamentación de ley 13.981 que "...las posibilidades de cuestionar la legitimidad del accionar de la Administración deben ser amplias y solo condicionadas por la legitimación que para hacerlo pueda poseer el impugnante. Por lo tanto, se entiende que, si su situación jurídica frente al procedimiento de selección del contratista se encuentra debidamente calificada, las objeciones que pueda articular coadyuvan a la transparencia de la gestión. No se comparte (como se señalara en la vista emitida con motivo de la reglamentación de Emergencia Administrativa y Tecnológica - ley 14.815), la fijación de garantías o afianzamiento a tales impugnaciones, dado que las limitan...".

---

tal sentido ver fallo "Asociación Azul c. Ioma y otro/a s/ pretensión restablecimiento o reconocimiento de derechos", causa 25934-P CCALP o "L. F. F. c. S. C. O. s/ filiación", expediente 659/17, Juzgado Civil en Familia y Sucesiones de Tucumán.

(47) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "La Administración Pública y la ley", www.dialnet.unirioja.es.

(48) BEZZI, Osvaldo, "Democracia, corrupción y control" en Ética pública y sistemas de responsabilidad del Estado y del agente público, 2016 (http://sedici.unlp.edu.ar), p. 37.

(49) Ver art. 3º del referido reglamento.

Asimismo, al momento de tomar intervención en el expediente citado en el párrafo precedente el referido Órgano de la Constitución expresó que "...en el régimen de garantías se establece la necesidad de afianzar tanto las impugnaciones a los pliegos, como también a la adjudicación. Esta Fiscalía de Estado ha señalado reiteradamente que no comparte tal criterio, toda vez que condicionar la posibilidad de formular cuestionamientos al procedimiento llevado a cabo para seleccionar un contratista al afianzamiento de un porcentaje del contrato, tiende a retraer tales impugnaciones. De ese modo el procedimiento podría incrementar su celeridad, pero limitar su transparencia. No siempre las objeciones que formulan los proponentes poseen objetivos dilatorios, y su análisis no tiene porqué alterar sustancialmente el curso de las actuaciones. Se estima oportuno entonces, admitir sin cortapisas que expongan los motivos por los que se consideran impropiamente desplazados..." **(50)**.

Consideramos en términos generales que el mayor conocimiento de los procesos contractuales del Estado por parte de la sociedad y puntualmente de quienes pudieran tener algún interés en el procedimiento, funciona como un mecanismo informal de control.

Más aún, debe permitirse a los participantes de todo proceso de selección (según la etapa y su consecuente legitimación) conocer el estado del trámite y señalar defectos, errores o vicios, actuando de tal manera no solo en beneficio particular, sino además, coadyuvando con la necesaria rectitud en el accionar de la Administración.

V. Reflexiones finales

Sin perjuicio de no desconocer que en determinadas y puntuales ocasiones la Administración pública debe contar con herramientas que le peritan actuar de manera inmediata ante catástrofes, la carencia de límite temporal o su prórroga sucesiva, ha llevado a que la provincia de Buenos Aires viva en permanente emergencia. De tal modo las situaciones que debieran ser extraordinarias, lo mismo que la normativa aplicable a estas, pasan a ser ordinarias y habituales.

La declaración de emergencia por parte de la Administración activa debe reservarse a situaciones efectivamente excepcionales, por el tiempo que resulte imprescindible para cumplir con su objeto, debiendo ser restrictivamente interpretada.

Cualquier estado que pretenda resultar previsible y confiable, no puede estar atravesado por la emergencia permanente, toda vez que, en tal caso, el instituto perdería su carácter de excepción.

El análisis de la realidad nos lleva a considerar que: o las normas ordinarias que regulan los contratos vigentes son inapropiadas para una eficaz satisfacción del interés público, o la carencia no está en las normas, sino en una inadecuada previsión y abuso de la discrecionalidad.

En el primer caso deberían modificarse las normas que reglamentan los contratos típicos de la Administración provincial.

En el segundo efectuar una programación seria de los contratos requeridos. Para ello deberán conocerse detalladamente las necesidades de las distintas jurisdicciones, priorizarse a los fines de un apropiado uso de los recursos, convocarse a los procedimientos de selección que

(50) La ley 13.981 en su art. 19 establece "Garantías. Para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones, los oferentes y adjudicatarios deberán constituir garantías en las formas y en los montos que establezca la reglamentación o los pliegos, con las excepciones que aquella determine". En tal sentido, la reglamentación aprobada por el dec. 59/2019 prevé las garantías de: "... d. De impugnación al Pliego de Bases y Condiciones Particulares: entre el uno por ciento (1%) y el tres por ciento (3%) del presupuesto oficial o monto estimado de la compra. En el caso de no establecer el Pliego de Bases y Condiciones Particulares el porcentaje de la garantía, el mismo será del dos por ciento (2%) del presupuesto oficial o monto estimado de la contratación. e. De impugnación a la preselección/precalificación para el caso de licitaciones de etapa múltiple: entre el uno por ciento (1%) y el tres por ciento (3%) del presupuesto oficial o monto estimado de la compra. f. De impugnación a la preadjudicación de las ofertas: entre el uno por ciento (1%) y el cinco por ciento (5%) del monto de la oferta del renglón o los renglones impugnados; en el caso de no establecer el Pliego de Bases y Condiciones Particulares el porcentaje de la garantía, el mismo será del tres por ciento (3%). Si el Dictamen de Preadjudicación no aconsejare la aceptación de ninguna oferta, el importe de la garantía de impugnación se calculará sobre la base del monto ofertado por el impugnante por el renglón o renglones cuestionados".

corresponda e iniciarse tempranamente las actividades que conlleva todo el proceso.

Para todo ello, también se requieren funcionarios administrativos debidamente capacitados y con sueldos acordes **(51)**.

Ello sin perjuicio de que alguna de las normas ordinarias, regulatorias de los contratos administrativos típicos merecerían algún ajuste para adaptarlas a los tiempos que corren (en lo sustancial, para incorporar TIC, y agilizar algunos aspectos).

Paralelamente, y como antes refiriéramos, deben lograrse contrataciones que resulten claras, tramiten en plazo razonable, permitan la mayor concurrencia posible a fin de lograr competencia y con ello mejores condiciones contractuales, eviten el dispendio de actividad y recursos públicos y sean transparentes.

Entendemos que el cumplimiento de todo lo anterior no es una tarea sencilla, pero tampoco imposible, aunque requiera para su éxito un trabajo constante y riguroso, de cuyo ejercicio podrá derivarse una buena o mala gestión.

(51) Esto último a fin de evitar que luego que la Administración los capacite, se trasladen al sector privado, muchas veces mejor pago para el caso de recursos humanos altamente cualificados.

La seguridad social en tiempos de pandemia

La Administración pública y los desafíos de la no presencialidad

Jerónimo de la Arena

Ezequiel Boeris

Sumario: I. Introducción.— II. El derecho a la seguridad social.— III. El procedimiento administrativo como garante de derechos.— IV. Cómo hacer efectiva la garantía del derecho a la seguridad social.— V. Hacia un Estado inteligente y empático.— VI. El Ingreso Federal de Emergencia.— VII. Implementación de la atención virtual para trámites de la seguridad social.— VIII. Conclusiones.

I. Introducción

En este trabajo nos hemos propuesto dilucidar el papel que le cabe desempeñar a la Administración pública con relación al derecho a la seguridad social, tomando en consideración las funciones propias e intentando reflexionar sobre su alcance en el marco de la actual pandemia.

Coincidimos con Marienhoff en aseverar que "la existencia del Estado obedece a la necesidad de satisfacer en la mejor forma las necesidades del grupo social (individuos) que lo integra" **(1)** y consideramos al Estado, siguiendo a Bielsa, como el órgano jurídico de la sociedad; o, en otros términos, como la sociedad jurídicamente organizada **(2)**. Es así como, para satisfacer las necesidades del grupo social, se necesita de la actividad estatal.

Es sabido que la actividad estatal se despliega a través de tres funciones: administrativa, legislativa y judicial. Todas ellas con implicancias en el ámbito del derecho a la seguridad social. No obstante ello, aquí nos ceñiremos a la propuesta inicial y nos centraremos específicamente en la función administrativa.

Ahora bien, para poder alcanzar el objetivo que aquí nos proponemos, resulta preciso definir las implicancias del derecho a la seguridad social **(3)**. El Protocolo de San Salvador, adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su art. 9º establece que "toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa".

(1) MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982, 3ª ed., t. I, p. 34.

(2) BIELSA, Rafael A., "Derecho Administrativo", La Ley, CABA, 2017, 7ª ed. actualizada por Roberto Enrique Luqui, t. I, p. 148.

(3) Arts. 14 bis de la CN, 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 9º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 9º Protocolo de San Salvador, adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General 19, lo define por su trascendencia como aquel derecho "(...) de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana cuando hacen frente a circunstancias que les privan de su capacidad para ejercer plenamente los derechos reconocidos en el Pacto (...)" **(4)**. Véase entonces que resulta un derecho con implicancias altamente trascendentales, ya que persigue garantizar a todas las personas una vida digna y decorosa.

La República Argentina se encuentra comprometida a garantizar el derecho a la seguridad social por manda constitucional y convencional (arts. 14 bis y 75 inc. 22 CN —arts. 9º, PIDESC y 22 DUDH—), así como también por obligación supra legal (art. 9º, Protocolo de San Salvador, adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, incorporado a nuestro derecho interno a través de la ley 24.658).

Podemos decir entonces que el Estado nacional (también los provinciales y municipales), en tanto Estado, funda su existencia en la necesidad de satisfacer las necesidades del grupo social que lo integra y que, como órgano jurídico de la sociedad, se encuentra compelido a respetar y garantizar el cumplimiento de las normas que lo rigen. Es así como, como garante de derechos, debe realizar el mayor de los esfuerzos a los efectos de que las normas y principios que emanan del orden jurídico no se conviertan en meras expresiones de buena voluntad estatal, procurando poner en marcha los mecanismos pertinentes para la materialización de los derechos en realidades perceptibles.

La función administrativa estatal resulta, entonces, eslabón primario entre el derecho de la seguridad social y sus destinatarios y destinatarias, encargada de materializar con acciones concretas los beneficios de la seguridad social y, de ese modo, garantizar a todas las personas su *dignidad humana*.

II. El derecho a la seguridad social

El sistema económico global promueve la acumulación de recursos en pocos actores de la economía. La concentración de la riqueza ha llegado a niveles preocupantes. Según un informe publicado por Oxfam International, en 2019, los 2153 milmillonarios que hay en el mundo poseían más riqueza que 4600 millones de personas **(5)**. Ante circunstancias como estas, el estado no puede hacer la vista gorda y dejar librada a la sociedad a los designios del libremercado sin establecer límites a la acumulación. Debe propender a una distribución más equitativa de la riqueza, garantizando el acceso de todos y todas a una vida digna tendiendo a establecer una genuina igualdad de oportunidades.

Con el advenimiento de la pandemia de COVID-19, declarada como mundial por la Organización Mundial de la Salud, las desigualdades descriptas precedentemente se han ensanchado. Según lo describe Manuel Valenti Randi **(6)** en un artículo publicado para CLACSO, la pandemia aceleró las tendencias mundiales que se venían dando desde la crisis del 2008, aumentando la desigualdad, concentración de la riqueza y destrucción de empleos, entre otras. Aseverando que mientras millones de personas corren riesgo de perder su trabajo o caer en la pobreza, o ambas cosas simultáneamente, hay un pequeño grupo de billonarios que se están viendo beneficiados de la pandemia y la crisis. De acuerdo con los datos de Bloomberg los 5 hombres más ricos del mundo han aumentado su patrimonio personal en lo que va del año (a octubre de 2020) en USD 201.000 millones **(7)**.

Por injustas circunstancias, como las que actualmente se evidencian, los Estados se han visto compelidos a adoptar medidas que mitiguen desigualdades imperantes, naciendo entonces lo que se ha denominado el Constitucionalismo Social, incorporando a sus Leyes Fundamentales ciertas prestaciones en favor de la clase trabajadora y estableciendo seguros médicos obligatorios y beneficios previsionales, entre otras. Es así como, en nuestro país, a través de la Constitución de 1949 se reconocieron los dere-

(4) En referencia al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

(5) Ver https://www.oxfam.org/es/informes/tiempo-para-el-cuidado.

(6) El Licenciado en Relaciones Internacionales e investigador de OCIPEx.

(7) Ver https://www.clacso.org/la-pandemia-de-las-desigualdades/#_ftn1.

chos del trabajador, de la familia, de la ancianidad, y de la educación y la cultura **(8)**.

La garantía del derecho a la seguridad social consagrada a lo largo de todo un Capítulo por la Carta Magna derogada, actualmente se halla contemplada, en reducida expresión, en el art. 14 bis de la actual Constitución, "...el Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio (...) jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna". Ello no obstante, y en virtud de la incorporación de tratados de Derechos Humanos con rango constitucional, la garantía se ve reforzada por imperio de los tratados de derecho internacional citados precedentemente.

De esta manera, el Estado se encuentra obligado a otorgar los beneficios de la seguridad social, debiendo entonces garantizar a todos los individuos que lo componen, seguro de desempleo, beneficios previsionales en la pasividad, salarios familiares, defensa del hogar de familia y acceso a una vivienda digna.

"El derecho a la seguridad social incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo" **(9)**.

Uno de los elementos del derecho a la seguridad social es la disponibilidad, según lo manifiesta el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales **(10)**. Pero en el análisis de cada uno de sus elementos, conviene considerar la seguridad social como un bien social y no principalmente como una mercancía o un mero instrumento de política económica o financiera.

"El derecho a la seguridad social requiere, para ser ejercido, que se haya establecido y funcione un sistema, con independencia de que esté compuesto de uno o varios planes, que garantice las prestaciones correspondientes a los riesgos e imprevistos sociales de que se trate. Este sistema debe establecerse en el marco del derecho nacional, y las autoridades públicas deben asumir la responsabilidad de su administración o supervisión eficaz. Los planes también deben ser sostenibles, incluidos los planes de pensiones, a fin de asegurar que las generaciones presentes y futuras puedan ejercer este derecho".

III. El procedimiento administrativo como garante de derechos

El administrado tiende a percibir al procedimiento administrativo como un obstáculo a sortear para el efectivo goce de sus derechos y no como una garantía de que aquellos le serán reconocidos de conformidad con las normas que los consagran. Puede entender, en general, que las normas procedimentales operan como una especie de escudo que utiliza la administración para resguardarse de la mora en que incurre.

Ahora bien, en virtud del principio de legalidad, la Administración pública debe transitar su actuar por caminos previamente delimitados; es decir que, si bien posee un reducto dentro del ámbito de la discrecionalidad, actúa conforme a normas. Sea cual fuera la petición que el administrado formule ante la administración, esta deberá desandar el sendero normativo que corresponda para ensayar una respuesta a la solicitud. En general, estos trazados de ley configuran verdaderas barreras cuya télesis consiste en poner límites a la arbitrariedad y discrecionalidad que pueden viciar las decisiones de la administración.

(8) Constitución Nacional 1949, Capítulo III. dejada sin efecto en 1956, por intermedio de una proclama militar de una dictadura cívico-militar que, en 1955, destituyó al gobierno constitucionalmente elegido para el período 1952-1958.

(9) COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, "Observación General 19", aprobada el 23 de noviembre de 2007, pto. 2.

(10) Ibidem, pto. 11.

El procedimiento administrativo opera entonces como garante de los principios fundamentales del debido proceso adjetivo **(11)**, adicionando otros como el de informalismo a favor del administrado **(12)** y los de celeridad, economía, sencillez y eficacia **(13)**.

Si bien el principio del debido proceso adjetivo contiene postulados que constituyen verdaderos preceptos normativos tales como el derecho a ser oído, a ofrecer y producir pruebas, y a obtener de la administración una decisión fundada; más difícil resulta conceptualizar como jurídicos los principios de celeridad, economía, sencillez y eficacia, los cuales, si bien se hallan incorporados a un cuerpo legal, no configuran verdaderas normas debido a que su inobservancia carece de sanción. Estos últimos deben interpretarse, según afirma Bielsa, como *directrices* **(14)**. Expresa también el citado autor que tales conceptos son "tan obvios como indeterminados, pues lo que expresan es aplicable a cualquier actividad" **(15)**. Tales directrices están destinadas a regir la conducta que debe observar el operador administrativo a efectos de hacer más fluido el tránsito hacia los actos de decisión.

En esta tesitura, en el marco de la pandemia el Estado ha sido abruptamente interpelado a revisar los procedimientos administrativos, en especial aquellos destinados a proveer cobertura a los derechos fundamentales. Es así como, respecto al derecho a la seguridad social, la forma de concretizarlo resulta tan sustancial como la propia materia.

IV. Cómo hacer efectiva la garantía del derecho a la seguridad social

Surge claro que el acceso a las prestaciones que el derecho a la seguridad social reconoce en favor de las personas, deberá tramitarse ante el principal obligado a garantizarlo. El titular del derecho subjetivo acudirá ante el Estado, el cual, a través de su función administrativa, podrá en marcha el procedimiento administrativo correspondiente procurando garantizar al solicitante un adecuado acceso a todos los derechos que le asisten.

En el transitar hacia la decisión que brinde respuesta a la solicitud del administrado, la administración deberá amalgamar su actuar teniendo en vistas no solo la garantía que debe al derecho a la seguridad social resultará trascendental, además, que garantice el debido proceso adjetivo y demás principios formulados al procedimiento administrativo.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales tiene dicho que "las condiciones para acogerse a las prestaciones deben ser razonables, proporcionadas y transparentes (...)" **(16)** y que tales "prestaciones deben concederse oportunamente, y los beneficiarios deben tener acceso físico a los servicios de seguridad social con el fin de obtener las prestaciones y la información (...)" **(17)**.

Teleológicamente el derecho a la seguridad social tiene en miras la justicia social, se impone su función tuitiva en favor de personas con ciertas vulnerabilidades que resulta fundamental atender. Las necesidades que propende a cubrir se presentan urgentes en la generalidad de los casos, son falencias que atentan contra la dignidad de su calidad de vida. En resumidas cuentas, el derecho a la seguridad social no admite demoras en su aplicación material.

Es por ello por lo que debe el operador administrativo poner todas sus energías en agilizar el tránsito hacia el otorgamiento de las prestaciones del derecho a la seguridad social, ciñéndose al procedimiento reglado que ha sido implementado como garantía de derechos y no moviéndose un ápice de este. Siguiendo todas sus normas y principios, asegurándose de no incurrir en arbitrariedades, demoras innecesarias, para que el acceso al derecho sea oportuno e integral.

(11) Art. 1º, inc. f), ley 19.549.

(12) Art. 1º, inc. c), ley 19.549.

(13) Art. 1º, inc. b), ley 19.549 y arts. 4º y 5º dec. 1759/1972 (t.o. 2017).

(14) BIELSA, Rafael A., "Derecho Administrativo", ob. cit., p. 2664.

(15) Idem.

(16) COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, "Observación General 19", ob. cit., pto. 24.

(17) Ibidem, pto. 27.

No debe engañarse el administrado, los procedimientos han sido dispuestos en su favor y no en su perjuicio. Nótese que, en virtud del debido proceso adjetivo, no podrá denegarse ninguna petición sin garantizarse el derecho a ser oído y sin una decisión fundada, la cual deberá haberse dictado luego de haber transitado el procedimiento con celeridad —pero no a las apuradas—, economía —aprovechando cada recurso humano al máximo de su potencial—, sencillez —con máxima precaución, pero sin laberintos—, y eficacia — obteniendo de la mejor manera posible aquello que se gestiona—.

V. Hacia un Estado inteligente y empático

El Estado, entonces, tiene encomendada la garantía de los derechos de la seguridad social. Derechos cuya misión se encuentra dirigida a la elevación y el afianzamiento de la dignidad humana, lo que los constituye, desde nuestro punto de vista, en derechos esenciales.

Resultará trascendental que, para afrontar sus obligaciones, el Estado ausculte de manera consciente a la sociedad en sus colectivos más vulnerables y reconozca las deficiencias que arremeten y corroen la dignidad humana de estos grupos. De este modo logrará obtener una diagnosis que le permita precisar el remedio adecuado, procurando que su acción desate un combate contra la mayor cantidad de deficiencias, de modo que no actúe solo como analgésico, sino que ataque de manera agresiva los déficits. El Estado debe equilibrar con acción tuitiva en favor de los vulnerables y ello no será posible sin empatía, sin comprender sinceramente sus padecimientos.

Las prestaciones de la seguridad social deben entonces ser adecuadas y propender a elevar los estándares de la dignidad humana. No serán adecuadas si no llegan de manera oportuna, porque deben atacarse inmediatamente las deficiencias que tienden a cubrir, ya que una demora podría agravar el daño. Pero, además, la mayor eficiencia posible resultará necesaria, la implementación de las nuevas tecnologías deberá impetrarse para que la población destinataria perciba sus prestaciones de la manera más ágil posible.

En este orden y en el marco de una situación excepcional de pandemia no alcanza solo con un estado empático. Esa empatía tiene que ser canalizada en términos de gestión de una manera inteligente. El año 2020 ha puesto a prueba a todos los actores sociales y el estado, obviamente, no es una excepción.

En ese orden, atendiendo a las necesidades de empatía e inteligencia requeridas por los destinatarios de toda actividad estatal, el Poder Ejecutivo generó las condiciones necesarias para la elaboración de políticas públicas con fuerte contenido social, de llegada rápida y directa a beneficiarios y beneficiarias.

Dentro de la tesitura que venimos analizando surgieron dos políticas paradigmáticas que responden a lo descripto en párrafos anteriores; una de carácter sustantivo, que generó una novedosa y extraordinaria prestación social y otra de naturaleza procedimental. La primera de ellas se materializó a través del Ingreso Familiar de Emergencia y la segunda consistió en la implementación de la Plataforma de Atención Virtual, ambas gestionadas y pensadas por el Poder Ejecutivo a través de la Administración Nacional de la Seguridad Social.

VI. El Ingreso Federal de Emergencia

Apenas decretado el Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio, el Estado nacional, a través del dec. 310/2020, instituyó con carácter excepcional el Ingreso Federal de Emergencia, consistente en el otorgamiento de una prestación dineraria y no contributiva con destino a personas que hubieran visto disminuidos o caídos sus ingresos con motivo de la pandemia mundialmente declarada de COVID-19.

Para la preinscripción, cada potencial beneficiario y beneficiaria debió ingresar su número de Documento Nacional de Identidad (DNI) y completar el formulario de solicitud de la prestación en la página web que ANSeS habilitó a tales efectos. De este modo, unos 14 millones de personas se preinscribieron para el cobro del beneficio. Una vez efectuada la preinscripción e ingresando su número de DNI, cada solicitante pudo seguir el avance de su trámite a través de la misma página web.

Del universo de beneficiarios y beneficiarias, un 50% se hallaba por fuera del sistema bancario y por lo tanto ANSeS debió llevar adelante un verdadero procedimiento de inclusión financiera, que llevó a que 3,5 millones de personas tuvieran acceso real y efectivo por primera vez a una cuenta bancaria.

Esta política pública, instrumentada en circunstancias de pandemia a través de un procedimiento administrativo ágil, empático y, sobre todo, inteligente, logró llegar a unos 8,9 millones de personas **(18)**, las cuales se hicieron acreedoras a una prestación dineraria y, de ese modo, vieron reducido el impacto del COVID-19 en sus mesas.

VII. Implementación de la atención virtual para trámites de la seguridad social

Más allá de la generación de nuevas políticas públicas, el Estado debió adecuar los procedimientos existentes de modo tal que los trámites ante ANSeS continúen procesándose más allá de las restricciones de circulación decretadas. Téngase presente que hasta 2020 su tramitación exigía presencialidad física en la mayoría de los supuestos.

A partir de las circunstancias imperantes, ANSeS implementó un sistema de atención virtual. A través de este, se habilitaron canales para la tramitación remota de las solicitudes de la Asignación por Prenatal, Maternidad, Embarazo, Prestación por Desempleo, modificación de datos personales, inicio de jubilación o pensión, poderes de jubilaciones, pensiones y asignaciones familiares, rehabilitación para el cobro de una jubilación o pensión, solicitud de asesoramiento para el inicio de cualquier trámite y consultas generales sobre prestaciones.

Con la implementación de esta plataforma virtual se lograron encausar los procedimientos administrativos a través de los cuales se materializan las políticas de la seguridad social permitiendo realizar, durante el transcurso del 2020, más de 4 millones de trámites y consultas de forma virtual **(19)**. De tal modo, el Estado nacional ha posibilitado a un importantísimo número de personas el goce de los beneficios de la seguridad social, dando así cumplimiento al mandato constitucional y convencional que emana de los arts. 14 bis y 75, inc. 22, CN —arts. 9º, PIDESC y 22, DUDH—.

Más allá de la coyuntura circundada por la pandemia, esta iniciativa funda las bases y deja instalada una infraestructura y una capacidad operativa importantísima, la cual permitirá, en el futuro, descomprimir la afluencia de trámites presenciales y así mejorar los tiempos globales de atención y resolución de trámites.

VIII. Conclusiones

Efectuada la exposición antecedente, nos encontramos en condiciones de formular las siguientes reflexiones:

- El efectivo ejercicio de los derechos de la seguridad social es condición indispensable para garantizar la dignidad humana.

- El Estado se halla en la obligación Constitucional y Convencional de efectivizar los derechos de la seguridad social, haciéndolos plenamente operativos.

- Los procedimientos a través de los cuales se materializan las políticas públicas relacionadas con la seguridad social, deben establecerse y regularse como garantía para el oportuno ejercicio de los derechos y no para edificar obstáculos que produzcan retrasos.

- Desde la declaración de la pandemia, el Estado ha generado políticas públicas sustantivas, con sus correspondientes herramientas procedimentales, para paliar los efectos de esta y en atención a las vicisitudes generadas por la imposibilidad de realizar gestiones de modo presencial.

- El Estado argentino ha dado muestras concretas de que puede obrar con empatía y actuar con inteligencia en defensa de los derechos que tienden a garantizar la dignidad humana.

- La pandemia constituye un poco de inflexión en innumerables aspectos. No debe desaprovechar el Estado en su conjunto la oportunidad de imprimirle a sus acciones una actitud resiliente y al mismo tiempo vanguardista.

(18) Ver https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/memoria_detallada_del_estado_de_la_nacion_2020_2.pdf, p. 523.

(19) Ibidem, p. 521.

Responsabilidad del Estado por actividad legítima

Los lineamientos de la Corte de Justicia de la provincia de Salta

María Pía Moreno Fleming

Sumario: I. Introducción inicial.— II. Capítulo I: La responsabilidad del Estado. Marco teórico.— III. Capítulo II: La responsabilidad del Estado por actividad legítima.— IV. Conclusión final.

"La protección del Estado va dirigida a la utilidad no de quien la ejerce, sino de los que están sometidos a ella".

(Marco Tulio CICERÓN).

I. Introducción inicial

I.1. Sobre el tema de trabajo final y su metodología

Siguiendo al maestro Gordillo podemos iniciar afirmando que el Estado es una realidad social y política. En el primer sentido, se orienta a favorecer una libre convivencia de sus individuos y en cuanto realidad política, implica un conjunto de hombres que componen un pueblo, toda vez que se cuente con asiento territorial y soberanía o independencia.

Son precisamente esos pueblos, los que mediante el uso de su soberanía establecen un orden jurídico coactivo, por el cual regular sus actividades como individuos aislados o en conjunto.

Surge entonces de este ordenamiento jurídico creado por el estado —con su personalidad política— dos tipos de personas jurídicas:

a. Las personas jurídicas individuales; es decir, cada uno de los seres humanos.

b. La persona jurídica estatal; en cuanto incluye a todos los individuos considerados como totalidad.

A su vez, las personas individuales actúan por medio de sus órganos físicos, los seres humanos; por su parte, la persona jurídica estatal lo hace por medio de una estructura de órganos jurídicos que para tal fin han sido creados. Sin embargo, estos últimos son desempeñados por órganos físicos; es decir, algunos de los seres humanos que componen la colectividad e integran asimismo la comunidad política, que modernamente se denomina Estado.

El vocablo "Estado" es así utilizado para designar:

1) la realidad política de un pueblo entero,

2) la figura jurídica que personifica ese pueblo en el ámbito del derecho,

3) y el conjunto de los órganos jurídicos, a través de los cuales actúa esa figura jurídica **(1)**.

Es innegable, además, de que toda comunidad política deriva de la naturaleza de las personas. Por lo tanto, se trata de una realidad connatural

(1) GORDILLO, A., "Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas", Fundación de Derecho Administrativo, 2017, 1ª ed., Libro II, cap. IV, ps. 577 y ss. En: www.gordillo.com.

a los hombres que existe para obtener un fin que de otra manera sería inalcanzable: el crecimiento más pleno de cada uno de sus miembros, llamados a colaborar establemente para realizar el bien común, bajo el impulso de su natural inclinación hacia la verdad y el bien **(2)**. Es este, su causa final; el bien común, entendido como "el conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible a las asociaciones e individuos el logro más pleno y más fácil de la propia perfección" **(3)**.

De manera que una comunidad política tiende al bien común cuando actúa a favor de la creación de un ambiente humano, que ofrezca a los ciudadanos la posibilidad del ejercicio real de sus derechos y el cumplimiento pleno de sus respectivos deberes.

Una realización efectiva del bien común conlleva al desarrollo de una doble y complementaria acción —de defensa y de promoción— en el seno de toda realidad estatal: se trata de evitar, por un lado, la preferencia dada a los derechos de algunos particulares o determinados grupos que engendre una posición de privilegio en el ámbito de una Nación; y soslayar, por otro, el peligro que por defender los derechos de todos, se incurra en la absurda posición de impedir el pleno desarrollo de los derechos de cada uno **(4)**.

Nadie reniega en sostener que incumbe al campo del derecho el ejercicio de la tutela del interés y el respeto por el otro; así como, el de la protección de los bienes materiales y morales, según reglas previamente establecidas, consensuadas y acordes a una realidad social determinada.

Entonces, en el marco de este orden de ideas, hacemos carne las palabras de Comadira cuando sostiene que la sumisión a la juridicidad para un Estado de derecho que se pretende democrático y republicano asume el rasgo de condición indispensable para la gestión justa de aquel tan ennoblecido bien común. Ese bien, cuya vital importancia resulta de ser indivisible, por pertenecer a todos y cada uno.

Solo desde una perspectiva tan equilibrada, es posible hablar de responsabilidad estatal. En cuanto elemento esencial de un Estado de derecho, que se erija como realidad efectiva, aunque no mera quimera **(5)**. Pues, referirnos al tema de la responsabilidad propia o particular del Estado, implica explayarnos sobre un fenómeno reciente dentro de la evolución de la disciplina jurídica, que aparece hacia finales del siglo XIX.

El propósito de este trabajo final de posgrado es presentar y analizar el instituto de la responsabilidad del Estado, con particular enfoque cuando ella deriva de su actividad legítima. Inicialmente, en cuanto esquema introductorio del tema, se realiza una presentación general desde su marco teórico, con especial referencia a los orígenes y fundamento; para adentrarnos luego, sobre algunas cuestiones que propiciaron cierta discusión doctrinal, las que no es posible hacer un lado silo que se pretende es arribar a una comprensión acabada del tema objeto de estudio.

En una segunda parte, se aborda puntualmente el asunto de la responsabilidad estatal por su actividad legítima, frente a los perjuicios ocasionados a los administrados y la necesidad de su reparación, con particular enfoque en los elementos que la componen.

Ocurre que el actuar lícito del ente estatal no está exento de consecuencias. Para su estudio, se incluyen los lineamientos de la ley federal 26.944, el apoyo jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y las directrices brindadas por la Corte de Justicia de la provincia de Salta para la región.

Como particularmente nuestra provincia carece de una normativa concreta que regule la responsabilidad del Estado, nos sentimos en la obligación de reflexionar acerca de ello y evidenciar los lineamientos y posición adoptada

(2) Concilio Vaticano II, "Constitución Pastoral Gaudium et Spes", 1996, p. 25.

(3) COMADIRA, J., "La responsabilidad del estado por su actividad lícita o legítima", 2012, derecho.um.edu.uy, p. 8.

(4) Pontificio Consejo de "Justicia y Paz", "Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia", Editorial San Pablo, 2004, nro. 389.

(5) COMADIRA, J., "La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima", 2012, derecho.um.edu.uy, p. 11.

por la Corte de Justicia de Salta, en cuanto máximo tribunal provincial garante del valor de la justicia y de la concreción efectiva de los derechos de sus ciudadanos.

Desde ya corresponde indicar que tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional y provincial, son contestes en la procedencia de la responsabilidad extracontractual del Estado, exista o no culpa que le sea imputable; es decir, ya se trate de un comportamiento lícito o ilícito, por parte de este.

Estamos, por lo tanto, ante una investigación socio-jurídica, que, mediante un tipo de estudio explicativo e histórico, hace uso del método dialéctico para observar en profundidad la evolución de la responsabilidad estatal en la historia, explayándose en particular sobre esta por actividad lícita a nivel jurídico provincial.

Es así como en este trabajo se rescata de manera cronológica, desde el año 2001 a la fecha, los distintos fallos de la Corte de Justicia de la provincia de Salta, en cuanto pronunciamientos y decisiones adoptadas ante la carencia de legislación específica, toda vez que la materia sea llevaba a incumbencia.

Además, es investigación jurídico-política pues a nivel nacional, se relaciona la norma jurídica vigente con las condiciones políticas y sociales que indujeron en tal sentido los cambios en el derecho.

Para elaborar el presente y abordar a una conclusión final, se utilizaron también, fuentes primarias y secundarias; a saber, el texto de la ley 26.944; los fallos de relevancia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de la Corte de Justicia salteña; bibliografía de diferentes autores administrativistas, así como, la doctrina jurídica que surge de textos, artículos de revistas y documentos publicados en la web; todo lo cual, se encuentra debidamente citado al pie de cada una de las páginas.

El diseño metodológico emplea un enfoque cualitativo, en el cual la aproximación del estudio privilegia las cualidades y rasgos característicos del objeto de estudio, en su dimensión y alcance nacional y provincial.

Es que plantearnos en profundidad sobre la responsabilidad del Estado y esclarecer inquietudes en cuanto a si su actuación legal es capaz de engendrar daño a los administrados, adquiere importancia por la amplitud de los desafíos, la novedad de los escenarios y las opciones decisivas que de ella resultan.

Precisamente, no parece ser una opción, que, si el Estado argentino aspira alcanzar el bienestar general para todos, este eluda su responsabilidad ante la necesidad de llevar adelante los más elevados cometidos propuestos.

II. Capítulo I: La responsabilidad del Estado. Marco teórico

"A la verdad hay que saberla a toda costa aceptando con humildad, que la verdad conocida es solo una aproximación de la verdad real" (Ramón Carrillo).

II.1. Los orígenes del instituto de la responsabilidad estatal

II.1.a. Breve referencia histórica

Desde tiempos remotos, la responsabilidad del Estado se asimiló a los preceptos del derecho civil y se aplicó de preferencia sobre los funcionarios o agentes estatales, no así al Estado tal cual lo conocemos e identificamos hoy en día.

Hacia finales del siglo XIX aún no se lograba concebir una responsabilidad específica del Estado —o de la Administración— frente a los ciudadanos o súbditos; por considerar el interés del Estado y el gobernante de carácter superior, absoluto e incluso sagrado.

Históricamente pueden diferenciarse distintos momentos o etapas, para comprender mejor la evolución de la doctrina relativa a la responsabilidad estatal **(6)**:

a. Etapa 1º o época primitiva: comprende desde los orígenes de la humanidad hasta Roma. Siendo que el Estado no se concebía como unidad político-jurídica, no existía responsabilidad de este ante el daño generado a los adminis-

(6) CÍCERO, N. K., "Responsabilidad del Estado para el aula de grado y posgrado en derecho", Departamento de Publicaciones, Serie Textos, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2020, p. 47.

trados producto de su actuación. El Estado era irresponsable.

De hecho, en la antigüedad durante el régimen etrusco, el gobierno estaba compuesto de tres órganos esenciales: el rey, la asamblea curial y el senado. Posteriormente, durante la república se manifiesta una ruptura con el pasado —que siguió a la expulsión de los reyes etruscos— aunque la realeza no fue abolida, y continuó presentándose como elemento de unión tradicional e indispensable de los hombres y dioses.

El Estado siguió irresponsable durante el Principado tal cual lo organizó Augusto, y lo continuó siendo durante el Imperio **(7)**.

La teoría de la irresponsabilidad del gobernante se sustenta en la noción de *superanitas* e *imperium*. "Soberanía" y "responsabilidad" representaban dos ideas opuestas. El Estado se presentaba de manera omnipotente, con competencia y poder de imponer sus decisiones sin compensación alguna **(8)**. El César encarnaba en su persona, al mismo tiempo, la majestad divina y la autoridad humana, pues se erigía a la par como sumo sacerdote y emperador. Su persona, era inviolable y sagrada **(9)**.

Sin embargo —tal cual indica Altamira Gigena—, pueden admitirse en ciertos casos la responsabilidad de los funcionarios, reconociendo algunos derechos de los individuos frente al Estado; por ejemplo, la propiedad quiritaria, que no podía ser expropiada sino mediante indemnización.

También es dable recordar durante la época del Imperio, la famosa teoría del Fisco que consideraba al patrimonio público como un sujeto ideal, diferente al príncipe y al Estado. Dicha teoría —cuyo origen remonta al derecho romano— reconocía al Fisco como persona moral, poseedora de bienes destinados a los fines del Estado, con ingresos especiales y ciertos privilegios propios del derecho civil y procesal. Mientras el Fisco era asimilado a una sociedad de intereses pecuniarios o persona moral de derecho privado, el Estado propiamente dicho o la sociedad política, se asemejaba a la persona jurídica de derecho público.

De esta manera, se reconocían dos personas jurídicas distintas: el Fisco y el Estado, cada una con su propia representación y asuntos pertinentes. Si bien este último carecía de bienes, contaba con el poder de imperio; no podía ser sometido a los tribunales y tampoco le eran aplicables las reglas del derecho civil. Se evidencia así que el Estado, además de irresponsable, era omnipotente y omnisciente.

b. Etapa 2º o época teológica: abarca la época de la Edad Media hasta el siglo XVIII. Como signos característicos de esta época, podrían mencionarse la teoría de las dos Espadas y la confusión de lo público con lo privado.

El Estado se organizaba en numerosos feudos, su poder estaba cimentado en el derecho divino y la soberanía estaba incorporada a la posesión del suelo. Se vuelve necesario definir las relaciones entre la Iglesia y el emperador, como consecuencia de la cristianización del Imperio romano.

El papa y la jerarquía eclesiástica cumplían un fin superior en la Tierra, llevando el mensaje de salvación de los hombres. Por su parte, el emperador aseguraba las condiciones materiales para que la Iglesia pudiera cumplir con su misión. El precepto de obediencia al gobernante, como deber de un buen cristiano, reforzaba el poder temporal o secular del emperador **(10)**.

Puede advertirse que la inexistencia de responsabilidad del Estado en este momento no responde a una falta de nociones jurídicas básicas; sino más bien, a la concepción político-religiosa de la soberanía y su origen divino.

Avanzando en la historia y concebido ya el Estado como unidad jurídica, se reconoce la posi-

(7) ALTAMIRA GIGENA, J., "Responsabilidad del Estado", Astrea, 1973, ps. 48-61.

(8) JIMÉNEZ, W., "Origen y evolución de las teorías sobre la responsabilidad estatal", Diálogos de saberes, nro. 38, 2013, Bogotá DC, Colombia, ps. 63-78.

(9) LÓPEZ MORALES, J., "Responsabilidad del Estado por error judicial", Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, 2007, 2ª ed., ps. 43-54.

(10) JIMÉNEZ, W. G., "Origen y evolución de las teorías sobre la responsabilidad estatal", Diálogos de Saberes, nro. 38, Bogotá DC, Colombia, 2013, ps. 63-78

bilidad de que la actividad pública cause daño a los particulares; pero se resuelve la cuestión negando la existencia de la obligación de reparar. Consecuencia de ello son las expresiones "The King can do no wrong" y "L'Etat c'est moi".

Otra vez un aurea de superioridad e infalibilidad del Estado; el que no era capaz de admitir responsabilidad alguna por sus actos.

c. Etapa 3º o época estatista: se extendería desde finales del siglo XVIII y parte del siglo XIX. Ciertamente, la fórmula de una comunidad cristiana universal, gobernada por el papa y el emperador, no podría durar mucho más en el tiempo. La paulatina aparición de reinos particulares o territoriales desafiantes ante el poder del emperador y el papa, e iniciando la formación de los Estados nacionales modernos europeos, dan cuenta de ello. Cobran relevancia principal, los argumentos contractualistas, providencialistas y las tesis de la soberanía encarnadas en las monarquías absolutistas.

Los reyes de Francia, Inglaterra y España se van consolidando poco a poco a lo largo de siglos hasta lograr una centralización y control del poder en el siglo XVI, que brinda paso a las monarquías absolutas e irresponsables por sus actos ante los súbditos.

Las obras de N. Maquiavelo, J. Bodin y T. Hobbes reflejan el nacimiento de esta nueva época. Precisamente, es Maquiavelo en su obra El Príncipe (año 1513) el que introducirá el término "Estado" para referirse a una nueva realidad política que implicaba: a) posesión permanente y exclusiva sobre un territorio, y b) situación de mando sobre sus habitantes. Además, del concepto de "razón de Estado" adquiere centralidad, a los fines de entender la irresponsabilidad del príncipe maquiavélico, siendo esta la razón que justifica la conducta del gobernante según la cual "el fin o el resultado justifica los medios" **(11)**.

Por otra parte, la noción de soberanía como potestad absoluta y perpetua de una república que no reconoce otro poder por encima suyo es introducido por Jean Bodin (1576) en los seis libros de la República, engendrando la irresponsabilidad del soberano por antonomasia.

Otra teoría que apoya al gobernante irresponsable provendría de las tesis contractualistas, en concreto la formulada por Thomas Hobbes en *El Leviatán* (1651). Para dicho autor, el pacto consentido, constituye la voluntad única de un tercero quien sustituirá la voluntad de todos; confiriendo poderes exorbitantes al Estado (Leviatán) para que pueda preservar la seguridad y la protección de los súbditos **(12)**.

Finalmente, la reforma protestante desempeñó un papel determinante al favorecer que el príncipe o rey de cada país, se erigiera en el supremo conductor religioso nacional por oposición al papa. Se concebía a los gobernantes, como ministros directos del poder de Dios, por ende, sus representantes en la tierra.

Nuevamente es evidencia, que bajo tales presupuestos se dificultaba a todas luces, atribuir algún tipo de responsabilidad al Estado y a sus gobernantes.

d. Etapa 4º o época constitucionalista: las revoluciones inglesas (1688) y francesa (1789) así como los movimientos de independencia americano-primeramente, en Estados Unidos (1776) y luego en los países latinoamericanos a partir de 1810 son los fenómenos políticos que se abren paso frente al viejo régimen impuesto.

El final del absolutismo señala el triunfo de la ideología liberal y el comienzo del Estado de derecho, en el cual pueden arraigarse los dos grandes principios formulados posteriormente por Hauriou, a saber:

a) El Estado actúa, pero sujeto a la ley (principio de legalidad).

b) El Estado actúa, y en su caso, debe pagar los perjuicios ocasionados (principio de responsabilidad).

Tal vez, en este tramo del relato, es prudente brindar alguna precisión. No queremos decir que con anterioridad no existiera derecho, o que el gobernante no produjera normas jurídicas. Si no de lo que se trata ahora, implica una

(11) MAQUIAVELO, N., "El Príncipe", Biblioteca Política, Imprenta José Trujillo (H), Madrid, 1854, 7ª reimp., www.books.google.com.ar.

(12) HOBBES, Thomas, "Leviatán", Crus 0.Z.A., México D.F., 1994, www.books.google.com.ar.

nueva concepción sobre la relación entre el derecho y el poder político, en dos puntos centrales: a) El poder tiene su origen en la comunidad o en el pueblo; por consiguiente, el gobernante no lo recibe directamente de Dios. b) El gobernante y sus agentes en el ejercicio del poder político no pueden disponer de manera arbitraria; por tanto, su actuación está sujeta a la ley **(13)**.

La adopción del principio de legalidad traerá como consecuencia el desarrollo paulatino de la responsabilidad estatal, hasta la formulación de una teoría sobre esta cuya raíz podría encontrarse en el fallo "Blanco", del Tribunal de Conflictos en Francia en 1873.

Este consideró que el Estado sí era responsable por sus actos, posición que se basó principalmente en la noción de falla o falta del servicio público, cuando se evidenciaba una ausencia, una deficiente o retardada prestación de las actividades a cargo del Estado, independientemente de que existiera o no norma legal, sin tener en cuenta que se tratara de actos de gestión o de poder. Todo lo cual, favorecía el desarrollo de un derecho administrativo con su respectiva jurisdicción, al sostener que "la responsabilidad que puede incumbir al Estado por los daños causados a los particulares por hechos de las personas que emplea el servicio público, no puede ser regida por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular; esta responsabilidad no es general ni absoluta, tiene reglas especiales que varían según las peculiaridades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los intereses particulares" **(14)**.

Es que tal cual hemos indicado ut supra, en un primer momento se acudió a la aplicación directa de los principios y disposiciones del derecho civil, a falta de un derecho administrativo o político autónomo y eficiente.

El código de fondo ofrecía en cada caso, una normatividad general frente a la responsabilidad del Estado y la Administración, siendo la norma aplicable y jurisdicción ordinaria de resolución de conflictos en la materia **(15)**.

II.2. Fundamento de la responsabilidad del Estado

II.2.a. Su raigambre constitucional en la Nación y en la provincia de Salta

Habiendo desarrollado la evolución de la responsabilidad estatal, resulta visible que esta fue conquista y resultado del Estado de derecho, en la medida en que a lo largo del proceso de maduración histórica se fue reconociendo que todo poder público tiene la obligación de resarcir una lesión sufrida por las personas en sus bienes o derechos, toda vez que ellas no se vieran en la obligación y necesidad de sufrirla. De más está decir, que ello implica la concreción real y efectiva, del principio de sometimiento del Estado a la ley **(16)**.

Inclusive Sanmartino precisando sobre el asunto, entiende que los problemas contemporáneos que acarrea la responsabilidad del Estado nacen de la paulatina decantación del Estado de derecho en "Estado constitucional social de derecho".

Para el citado autor, la responsabilidad patrimonial de este no es sino un principio material ínsito en él que en su función reparadora tiende de manera primordial a restablecer ex post, el equilibrio perdido entre el Estado y el particular a causa de la lesión jurídica inferida por los órganos o entes estatales en ejercicio de sus funciones públicas **(17)**.

(13) GARCÍA DE ENTERRÍA, E. - FERNÁNDEZ, T., "Curso de derecho administrativo II", Civitas, Madrid, 2004, p. 424.

(14) RAMÓN PARADA (2013), citado en PENAGOS, Gustavo, "El daño antijurídico", Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 1997. Texto tomado de JIMÉNEZ, William G., "Origen y evolución de las teorías sobre la responsabilidad estatal", Diálogos de Saberes, nro. 38, Bogotá DC, Colombia, ps. 63-78.

(15) JIMÉNEZ, W. G., "Origen y evolución de las teorías sobre la responsabilidad estatal", Diálogos de Saberes, nro. 38, Bogotá DC, Colombia, 2013, ps. 63-78.

(16) CÍCERO, N. K., "Responsabilidad del Estado para el aula de grado y posgrado en derecho", Departamento de Publicaciones, Serie Textos, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2020, ps. 25-27.

(17) ALONSO REGUEIRA, E., "El control de la actividad estatal II. Texto sobre responsabilidad del estado: características generales del sistema legal vigente", por Sammartino (P) Edición, Asociación de Docentes, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de

La visión de Comadira también es contundente en idéntico sentido, indicando que el sometimiento del Estado al derecho no implica en efecto la sola subordinación a la ley formal; sino más bien, a todo el ordenamiento jurídico, el cual abarca, desde los principios generales del derecho hasta los precedentes en cuyo seguimiento esté comprometida la garantía de igualdad, pasando por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes formales e inclusive, los reglamentos y ciertos contratos administrativos **(18)**.

Es Cassagne quien completa este esquema de pensamiento introduciendo además la idea de justicia y sus principios, en cuanto cimiento que sostiene cualquier planteo sobre el instituto que estamos analizando **(19)**. Pues siguiendo las enseñanzas de Santo Tomás de Aquino, y siendo que ella consiste en una relación de igualdad, su ruptura exige una compensación o reparación pertinente; ya sea se trate de justicia distributiva o conmutativa. Por otra parte, el mismo autor señala que los principios de la justicia no son sino los generales del derecho, pertenecientes al siempre perenne derecho natural, que han tenido recepción en el ordenamiento positivo constitucional.

No queda duda, entonces, que el Estado debe responder por los daños derivados de las actividades —lícitas o ilícitas— de sus tres poderes **(20)**. Y tampoco es de vacilar que el primer fundamento o nivel de interpretación para esta afirmación, encuentra raigambre constitucional.

De hecho, el primer principio que desmiembra el derecho natural y se encarna en nuestra Carta Magna, tanto nacional como provincial, es el de dignidad humana **(21)**. Este se erige como un estándar básico de interpretación de todo el sistema legal y jurisprudencial de la responsabilidad del Estado, pues precisamente, toda la vida social y jurídica es expresión inconfundible de su protagonista: la persona humana.

Así también lo entiende la Corte de Justicia de la provincia de Salta, al expresar que "...ningún deber es más primario y sustancial para el Estado que el de cuidar de la vida y de la seguridad de los gobernados..." **(22)**.

Es que una sociedad que se pretenda justa solo puede ser realizada en el respeto de la dignidad de la persona, por representar el fin último al que ella está ordenada. De allí que el movimiento hacia la identificación y proclamación de los derechos del hombre es uno de los esfuerzos más relevantes para responder eficazmente a las exigencias imprescindibles que implican su reconocimiento **(23)**.

La centralidad que adquiere el hombre mismo en el ordenamiento jurídico nos lleva a considerar que todo daño sobre los derechos fundamentales indisponibles que la persona física no tiene obligación de soportar —sea de fuente legítima o ilegítima— obliga a su íntegro restablecimiento. Esto comprende la restitución plena, en especie y/o en su equivalente de la integridad (física, psíquica y moral) de la persona **(24)**.

Buenos Aires, 2016, ps. 530-532. www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/elcontroldelaactividadestatalii.

(18) COMADIRA, J., "La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima", derecho.um.edu.uy, 2012, p. 12.

(19) CASSAGNE, J., "Nueva Sección del Diario La Ley. Nueva sección Diálogos de Doctrina", www.cassagne.com.ar/publicaciones/responsabilidad del estado/dialogosdedoctrina.pdf.

(20) ALTERINI, J., "La responsabilidad del Estado en Argentina. Un abordaje desde el proyecto del Código Civil y Comercial de 2012", 2017, p 1010.

(21) El art. 75, inc. 22 establece que los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes e incluye entre ellos a la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

(22) Corte de Justicia de la Provincia de Salta, "Maidana, Santos Del Valle c. Provincia de Salta; Fernández, Santos Herminio - Recurso de inconstitucionalidad", expte. nro. CJS 34.230/11. Tomo 183:699/712.

(23) Pontificio Consejo "Justicia y Paz", "Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia", San Pablo, 2004, ps. 132 y 152.

(24) ALONSO REGUEIRA, E., "El control de la actividad estatal II. Texto sobre responsabilidad del estado: características generales del sistema legal vigente", por Sammartino (P), Edición, Asociación de Docentes, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, 2016, ps. 520-522. www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/elcontroldelaactividadestatalii.

Es que debe tenerse en claro que los derechos del hombre exigen ser tutelados no solo singularmente sino en su conjunto. Porque una protección parcial de ellos equivaldría a una especie de falta de reconocimiento, por corresponder estos a las exigencias y satisfacción de las necesidades esenciales —materiales y espirituales— de toda persona **(25)**.

Este planteo lo acoge la misma Convención Americana sobre Derechos Humanos, al expresar dentro del capítulo dedicado a la competencia y funciones del Tribunal Supranacional: "...cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegido en esta Convención, la Corte dispondrá [...] asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada..." **(26)**.

La mención específica a este tratado se debe al hecho de que nuestra Carta Magna otorga jerarquía constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos, conforme redacción del art. 75 inc. 22; situación, que nos reenvía directamente a la palabra de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como parte integrante de nuestro mismo orden jurídico.

Es decir, no existe más una indirecta referencia a la jurisprudencia de esa Corte; sino que debemos tenerla presente, a partir de lo que la corte nacional y provincial imponen y han generado como validez y eficacia del derecho **(27)**. En el fallo por la causa "Madorrán, Marta Cristina c. Administración Nacional de Aduanas", podemos apreciar ello, toda vez que instala el principio mencionado **(28)**.

Ahora bien, la Constitución de nuestra provincia de Salta también incorpora el principio de dignidad humana, como eje central a partir del cual se reconocen los otros derechos naturales que respaldan la necesidad de reparación por parte del Estado, ante los daños ocasionados a los administrados. En tal sentido indica el Preámbulo en su parte inicial:

"Nos, los representantes del pueblo de la provincia de Salta, reunidos en Convención Constituyente, con el fin de exaltar y garantizar la vida, la libertad, la igualdad, la justicia y los demás derechos humanos...".

Además, la letra del art. 10 de la misma Carta Magna provincial refiere de manera expresa y directa, el respeto y protección de la dignidad del hombre y la vida humana: "La vida desde su concepción, la dignidad y la integridad física y moral de la persona son intangibles. Su respeto y protección es deber de todos y en especial de los poderes públicos".

Este gran principio de dignidad también resulta protegido en el elenco de los otros derechos constitucionales —a nivel nacional y provincial— que, por otra parte, también sustentan y fundamentan la necesidad de resarcimiento estatal, toda vez que exista daño a los particulares derivado de su comportamiento generador de responsabilidad. A saber:

a. El principio del alterum non laedere. Es valor universal del derecho que acogen prácticamente todos los ordenamientos jurídicos. En la Constitución Nacional se recepta de manera específica el art. 19. En la Constitución de la provincia de Salta, lo consagra el Preámbulo y concretamente el art. 12:

"Ningún habitante está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe. Las acciones privadas de los hombres, que de ningún modo ofendan a la moral o al orden público ni perjudiquen los derechos de

(25) Pontificio Consejo "Justicia y Paz", "Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia", nro. 154, 2004.

(26) ALTERINI, J., "La responsabilidad del Estado en Argentina. Un abordaje desde el proyecto del Código Civil y Comercial de 2012", 2016, p. 101.

(27) ANDREUCCI, C., 2ª Jornada de "Responsabilidad del Estado y Funcionarios Públicos" del Colegio de Abogados de la Plata, 28 de abril de 2015.

(28) CS, caso "Madorrán Marta Cristina c. Administración Nacional de Aduanas s/reincorporación". Es admisible el recurso extraordinario si se debe establecer si el convenio colectivo que prevé, como consecuencia de la ruptura injustificada del vínculo por la empleadora, el derecho del empleado a una indemnización en los términos de la Ley de Contrato de Trabajo resulta o no compatible con la estabilidad consagrada por el art. 14 bis de la CN en beneficio de los empleados públicos.

terceros, están reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados".

A su vez, este precepto se consolida también mediante la letra del art. 17 en la Constitución local, reconociendo los derechos fundamentales a los habitantes de la provincia de Salta: "Todos los habitantes de la provincia son, por naturaleza, libres y tienen derecho a defenderse y ser protegidos en su vida, libertad, reputación, seguridad, actividad, prosperidad, intimidad personal y familiar, así como en su propia imagen. Ningún servicio personal es exigible sino en virtud de ley o sentencia fundada en ley".

b. La protección de la propiedad privada. Se encuentra prescripta en el art. 17 de la CN, y en el art. 75 de nuestra Carta Magna provincial la que se expide también, respecto a la función social de la propiedad y su inviolabilidad. Reza así:

"La propiedad privada es inviolable y nadie puede ser privado de ella sino en virtud de sentencia fundada en ley. El ejercicio del derecho de propiedad encuentra sus limitaciones en la función social que debe cumplir. La confiscación de bienes está abolida para siempre. La expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada".

c. La igualdad ante las cargas públicas. El art. 16 de la CN soslaya cualquier tipo de trato disímil al respecto; por su parte, en el orden provincial, lo vemos reflejado en el art. 13 de la Constitución local:

"Todas las personas son iguales ante la ley, sin distinción por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. No se admiten fueros personales. Quedan suprimidos todos los títulos y tratamientos honoríficos o de excepción para los cuerpos, magistrados y funcionarios de la provincia, cualquiera sea su investidura. Los poderes públicos aseguran las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas sean reales y efectivas, procurando remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. Garantízase la igualdad del hombre y la mujer y el ejercicio pleno de sus derechos económicos, sociales, culturales y políticos".

No está de más recordar, que el principio de libertad y el valor de la igualdad en la provincia de Salta se manifiestan desde el primer momento, en cuanto ideas rectoras del Preámbulo constitucional, con independencia de su normatividad explícita.

A más de estas normas compartidas con el orden nacional, es conveniente tener presente, que el derecho público provincial amplía la necesidad inequívoca de afirmar que la responsabilidad del Estado encuentra cimientos constitucionales; por ello, consideramos necesario traer a colación otras cláusulas que así lo refuerzan.

d. Cláusula constitucional de responsabilidad del Estado. Nos referimos al art. 5º de la Constitución salteña. De manera taxativa, su letra dispone la obligatoriedad por parte del Estado, de hacerse cargo ante los daños generados en un sentido amplio; inclusive la vuelve extensiva a los errores judiciales: "El Estado y, en su caso, sus funcionarios y empleados son responsables por los daños que ocasionen. Esta responsabilidad se extiende a los errores judiciales. El Estado provincial es plenamente justiciable sin necesidad de autorización previa, en los términos de las leyes pertinentes. Los embargos no pueden recaer sobre los bienes afectados a la función asistencial del Estado ni exceder el veinticinco por ciento de los recursos ordinarios".

e. Los derechos y garantías implícitos. Podría decirse que estamos ante una de las llaves maestras de nuestra Constitución provincial, equivalente al art. 31 de la CN. Se trata de aquellos derechos que nacen del principio de soberanía nacional y le corresponden al hombre en su calidad de tal. Es decir, el derecho natural que otorga la misma condición del ser persona, y que el derecho positivo no puede restringir ni desconocer por causa alguna. Nuestra Constitución provincial, se refiere a ellos en el art. 16, señalando asimismo su plena operatividad:

"Todos los habitantes gozan de los derechos y garantías consagrados por esta Constitución de conformidad con las leyes que reglamenten razonablemente su ejercicio. Los principios, declaraciones, derechos y garantías contenidos en ella no pueden ser alterados por disposición alguna. Tales enunciaciones no son negatorias de

otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen de la libertad, igualdad y dignidad de la persona humana, de los requerimientos de la justicia social, de los principios de la democracia social de derecho, de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno. Tales derechos tienen plena operatividad, sin que su ejercicio pueda ser menoscabado por ausencia o insuficiencia de reglamentación".

f. Competencias municipales. Finalmente, en una interpretación armónica del tema que venimos exponiendo para fundamentar la responsabilidad del Estado con asiento constitucional, concordantemente entre las Cartas Magnas nacional y provincial, es necesario traer a colación el art. 176 de la Constitución de la provincia, que determina las competencias municipales al disponer: "Compete a los Municipios sin perjuicio de las facultades provinciales, con arreglo a las Cartas Orgánicas y Leyes de Municipalidades... inc. 20) La facultad de crear órganos de control y tribunales de faltas de conformidad a sus respectivas Cartas Orgánicas".

Consecuencia de ello, es la figura e investidura del Defensor del Pueblo en el gobierno municipal, y por la que se instalaría también la posibilidad de una legitimación, en la que eventualmente sería posible discutir aspectos que tienen que ver con la responsabilidad del estado.

Lo dicho se desprende de la ordenanza nro. 14.501 del Consejo Deliberante de la Ciudad de Salta, que mediante art. 1º crea la Defensoría del Pueblo para "la protección y defensa de los derechos e intereses legítimos, individuales y colectivos de los habitantes de la ciudad de Salta consagrados en la Constitución Nacional, provincial, la Carta Municipal, las leyes y la ordenanzas dictadas en su consecuencia frente a los hechos, actos u omisiones de la Administración, cuyo titular es un funcionario que tendrá el carácter de alto comisionado del Concejo Deliberante de la Municipalidad de la ciudad de Salta denominado 'Defensor del Pueblo de la Ciudad de Salta', siendo el mismo una institución unipersonal e independiente, con autonomía funcional y administrativa".

Luego de pincelar el marco normativo constitucional, nacional y provincial, que brinda inquebrantable sostén a la obligación de reparar por parte del Estado, podemos concluir con Cassagne sosteniendo que, en las relaciones entre el Estado y los particulares, no se trata ni de pérdidas ni de ganancias; sino más bien, del efecto que surte la actividad de este sobre los individuos o sus administrados **(29)**.

Situación soberana e incólume, que exige ser respetada, para bien de los ciudadanos argentinos y salteños.

II.3. Regulación legal de la responsabilidad estatal

Es conveniente iniciar este apartado, dejando sentado, que el esquema legal que regula la responsabilidad del Estado no es idéntico entre Nación y provincias.

La ley 26.944 de responsabilidad estatal fue sancionada en el mes julio de 2014 y promulgada en agosto del mismo año. Hasta su dictado no existía regulación orgánica que abarcara de manera general este tema, mediando únicamente previsiones normativas en áreas específicas y respecto de cuestiones puntuales. De más está decir, que la inexistencia de un cuerpo legal que la regulara específicamente, no constituyó un valladar para que por vía pretoriana —y con sustento inicialmente en las cláusulas del texto constitucional— se sentaran las bases de una doctrina judicial que reconociera el resarcimiento de los daños causados injustamente por cualquiera de los poderes del Estado **(30)**.

Indica Perrino que la citada ley fue oportunamente dictada por el Congreso en su condición de legislador federal, y no con arreglo a la facultad del art. 75, inc. 12 de la CN. Razón por la cual, ella no integra el denominado derecho

(29) CASSAGNE, J., "Nueva Sección del Diario La Ley. Nueva sección Diálogos de Doctrina", www.cassagne.com.ar/publicaciones/responsabilidad del estado/dialogosdedoctrina.pdf.

(30) PERRINO, P., "La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial Ley 26.944 comentada", Thomson Reuters - La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, 1ª ed., versión e-books: www.bibliotecaencasaucasal.edu.ar.

común nacional que es de aplicación uniforme en todo el país **(31)**.

Si bien podría decirse que la norma marca el tránsito de un régimen de base jurisprudencial a un esquema sistemático de ordenación sustantivo de carácter predominantemente legal **(32)** lo cierto, es que actualmente, no todas las provincias adhirieren a ella o cuentan con legislación propia sobre el asunto.

Es lo que ocurre puntualmente en la provincia de Salta, donde los desarrollos jurisprudenciales van modelando el instituto de acuerdo con las necesidades que en cada caso plantea la efectiva concretización de los valores, los principios del Estado de derecho y la concreción efectiva de la justicia.

Si bien el art. 5º de la Constitución local reconoce de manera explícita y expresa la responsabilidad estatal de sus funcionarios y empleados, actualmente no existe una ley puntual sobre el tema. Toda vez que deba resolverse una cuestión sobre el asunto, la situación será considerada judicialmente.

La Corte de Justicia de Salta indica claramente una reminiscencia hacia los principios establecidos por la Suprema Corte de Justicia Nacional. Ello obedece a la conciencia de que el instituto en cuestión se ha ido desenvolviendo a lo largo del tiempo, con susceptibles cambios de criterios, adoptados en razón de la importancia de la materia y el lógico razonamiento jurisprudencial. En este sentido, indicó textualmente nuestra Corte: "...como primera medida dilucidar sobre el marco normativo que en la actualidad resulta aplicable al instituto de la responsabilidad del Estado, en tanto esta ha experimentado cambios que influyen decididamente sobre la cuestión. En efecto, el art. 5º de la Constitución de la provincia reconoce expresamente la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios y empleados, pero hasta la fecha no se ha dictado una norma reglamentaria local, ni se ha adherido a la Ley Nacional 26944, motivo por el cual los casos que comprometen la responsabilidad estatal por actividad legítima o ilegítima seguirán siendo juzgados con los principios rectores elaborados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación..." **(33)**.

En otros fallos de la misma Corte de Justicia salteña, se indican distintos niveles normativos, los cuales deberán atenderse para resolver cuestiones atinentes de responsabilidad estatal. En tal sentido, se indica en concreto la siguiente escala: a) los principios rectores elaborados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación; b) la aplicación analógica de las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación; c) los principios generales del derecho; d) los preceptos constitucionales fundantes de la responsabilidad del Estado. Textualmente así está establecido: "...atento que en nuestra provincia no existe una norma que regule la responsabilidad del Estado, para la resolución de la causa cabe estar a los principios rectores elaborados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la materia y a la aplicación por vía de analogía de las disposiciones del Código Civil... vigente, con los principios generales del derecho y los preceptos constitucionales fundantes de la responsabilidad... No habiéndose dictado una norma local reglamentaria del art. 5º de la Constitución de la provincia de Salta que reconoce expresamente la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios y empleados, ni adherido a la Ley Nacional Nº 26.944..." **(34)**.

---

(31) PERRINO, P., "La regulación de la responsabilidad por actividad estatal legítima en la ley 26.944", Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, año XVI, nro. 12, Thomson Reuters - La Ley, diciembre de 2014.

(32) ALONSO REGUEIRA, E., "El control de la actividad estatal II. Texto sobre responsabilidad del Estado: características generales del sistema legal vigente", por Sammartino (P), Edición, Asociación de Docentes, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, 2016, p. 520, www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/elcontroldelaactividadestatalii.

(33) Corte de Justicia de la Provincia de Salta, "Rivero, Liliana Lastenia y por sus Hijos Menores Gonza, Marinés; Gonza, Damaris Alejandra c. Provincia de Salta - Recurso de Apelación", expte. nro. CJS 37.877/15, tomo 211:349/376.

(34) Corte de Justicia de la Provincia de Salta, "Bahuer, Jorge Juan; Díaz De Bahuer, Norma c. Machia, Claudio Fernando; Cañada Taborda, Jorge Enrique; Moreno, Magdalena; Instituto Superior Mariano Moreno-Sumario: daños y perjuicios por accidente de tránsito-daño moral-recurso de apelación", expte. nro. CJS 37.882/15, tomo 210:687/700.

Es que la citada Ley Federal de Responsabilidad del Estado 26.944, define claramente su ámbito de aplicación; situación que resulta explicitada en el art. 1º de la norma y de la siguiente forma: "Esta ley rige la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad produzca a los bienes o derechos de las personas".

Es sabido que el ámbito de aplicación de una ley indica cuándo, dónde y sobre quién corresponde su aplicación. Mas no todas las normas son válidas o tienen su alcance respecto a todas las personas. Dependerá de sus características, el que algunas de ellas sean aplicables a un grupo concreto o determinados de individuos.

Puntualmente en el caso que nos ocupa, a nivel Nación, y a través de un cuerpo normativo con rango de ley, se reconoce de manera expresa, general y abstracta el derecho de los particulares a ser indemnizados por los daños que genere el Estado mediante su actuación.

Perrino indica que tal normativa no es sino del reconocimiento legal de una garantía patrimonial ante el comportamiento del ente estatal. Por su parte, para Sanmartino, el núcleo teleológico predominante que inspira el sistema creado por la ley 26.944, reside en asegurar la reparación de una lesión cierta —que la persona no tenga la obligación de soportar—, real, mensurable en dinero y que resulte imputable a la inactividad o a la actuación (activa o pasiva; formal o material) de un órgano estatal, en ejercicio de funciones públicas y encuadrable en alguno de los factores objetivos de atribución previstos legalmente **(35)**.

En Salta, a falta de legislación pertinente, se encuentran vigentes los lineamientos proporcionados por su propio y supremo tribunal de justicia local, los que van marcando la impronta y zanjando el camino por el cual se desprenden los caracteres generales que dan marco general y comprensivo al instituto de la responsabilidad estatal.

II.4. Cuestiones preliminares que plantea el instituto de la responsabilidad del Estado

II.4.a. Análisis desde la doctrina, la ley 26.944 y el criterio adoptado por la Corte de Justicia de la provincia de Salta

El tema de la responsabilidad del Estado ha planteado algunos cuestionamientos y discusiones importantes en la doctrina, que al día de hoy y hasta cierto punto, continúan vigentes. Con el nuevo esquema normativo y el paulatino desenvolvimiento jurisprudencial, se fueron dilucidando soluciones específicas sobre ello, las cuales conviene tener presente. Por tanto, es en este apartado donde nos abocaremos al análisis de tales vicisitudes con referencia puntual a la opinión de la doctrina administrativista, la legislación vigente y las directrices brindadas por el más alto tribunal de justicia en Salta.

II.4.a.i. La responsabilidad del Estado, ¿es de naturaleza pública o privada?

Distintos autores sostienen casi de manera unánime que la responsabilidad del Estado se rige por los principios constitucionales de derecho público, y por principios propios del derecho administrativo.

En este sentido y en referencia a las relaciones entre ambos derechos —derecho civil y derecho administrativo— aclara Gordillo que existen ciertos valores y principios generales de la ciencia del derecho, así como conceptos de lógica jurídica, que es dable encontrar tanto en el derecho privado como también, en el derecho administrativo. No se trata de que el segundo los haya tomado del primero, sino de que este fue uno de los primeros en utilizarlos **(36)**.

Es decir, la responsabilidad opera como un instrumento de garantía cuyo objeto principal es la reparación de los perjuicios sufridos por la víctima, debiendo ocurrir una serie de presupuestos indispensables para el pertinente deber

(35) ALONSO REGUEIRA, E., "El control de la actividad estatal II. Texto sobre responsabilidad del Estado: características generales del sistema legal vigente", por Sammartino (P), Edición, Asociación de Docentes, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, 2016, www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/elcontroldelaactividadestatalii.

(36) GORDILLO, A., "Tratado de derecho administrativo y obras selectas", Fundación de Derecho Administrativo, 2015, t. II, cap. XX, www.gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo20.

de reparar. En consecuencia, no se trata de figuras de regulación monopólica por el derecho privado o por el derecho público, sino que se perfilan como institutos comunes **(37)**.

Expresaba Julio Comadira que el derecho administrativo tiene una elaboración tardía, en relación con el derecho civil. De manera que acudir a sus previsiones para resolver situaciones relativas a la responsabilidad del Estado, se explica históricamente en los tiempos embrionarios de este **(38)**.

Sucede que la responsabilidad estatal presenta particularidades propias que la distinguen de la responsabilidad civil y justifican la afirmación de que aquella constituye e implica un régimen diferente; en ese sentido puede señalarse: a) en el derecho privado, los particulares desenvuelven sus relaciones con autonomía y en un marco de libertad contractual. Persiguen propósitos individuales, que nada tienen que ver con el interés público o el beneficio general **(39)**. Aun cuando el particular cuenta con libertad *a priori,* sin necesitar de una norma habilitante para actuar, este nunca podría normalmente sacrificar derechos patrimoniales ajenos. Esta alternativa es para él excepcional y solo derivable de causales de justificación, que ineludiblemente deben concurrir, aunque sea de modo implícito **(40)**; b) los ámbitos en los que el Estado contemporáneo despliega sus acciones y desarrolla su actividad, son multifacéticos en virtud de su razón de ser, y el fin para el cual ha sido establecido en la sociedad; mientras que las actividades de los particulares suelen ser acotadas, concretas y específicas. De modo que, ante una mayor actuación estatal, producto de su propia naturaleza social intrínseca, es natural que exista una mayor posibilidad de que los órganos del Estado incurran en responsabilidad. Sin olvidar, que tal movimiento, deviene en su mayoría de la propia demanda ciudadana motivada en la satisfacción de necesidades, asistencia y requerimientos concretos, destinados a la mejora del todo social; c) el término "responsabilidad civil" puede entenderse como la obligación de indemnizar el daño material ilegítimamente causado por culpa o negligencia. Ello se basa en la idea de que todo daño que no reconoce por origen una conducta culpable y antijurídica no debiera ser indemnizado porque se trata de un daño fatal e inevitable, o por lo menos asimilable al "caso fortuito" o "fuerza mayor" **(41)**. A diferencia de ello, en el ámbito estatal es posible reconocer la llamada y conocida responsabilidad legítima. Es decir, la posibilidad real de que el Estado deba afrontar los daños causados, aunque, no exista ningún tipo de actividad antijurídica detonante **(42)**. Notamos, entonces, quela antijuridicidad no es presupuesto general de la responsabilidad del Estado, en tanto esta también puede derivar de la competencia general que le asiste a este, para sacrificar derechos patrimoniales por razones de bien común **(43)**.

Esto último ha quedado así dispuesto en la propia ley 26.944 al consagrar dos subsistemas de responsabilidad estatal, conforme su actuación sea legítima o ilegítima. La misma ley prevé, además, los presupuestos esenciales mínimos y necesarios para los fines de su concurrencia, y el factor de atribución que las sustenta **(44)**.

Por su parte, la Corte de Justicia de la provincia de Salta también alude a la responsabilidad extracontractual del Estado según que su actividad sea lícita o ilícita; señalando, asimis-

(37) PERRINO, P., "La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 comentada", Thomson Reuters - La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, 1ª ed. Versión e-books: www.bibliotecaencasaucasal.edu.ar.

(38) COMADIRA, J., "La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima", 2012, derecho.um.edu.uy.

(39) CÍCERO, N. K., "Responsabilidad del Estado para el aula de grado y posgrado en derecho", Departamento de Publicaciones, Serie Textos, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2020.

(40) COMADIRA, J., "La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima. Principio de juridicidad y responsabilidad del Estado", 2012, derecho.um.edu.uy.

(41) GORDILLO, Agustín, "Teoría general del derecho administrativo", t. VIII, cap. XVI, p. 538. www.gordillo.com/pdf.

(42) CÍCERO, N. K., "Responsabilidad del Estado para el aula de grado y posgrado en derecho", Departamento de Publicaciones, Serie Textos, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2020.

(43) COMADIRA, J., "La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima. Principio de juridicidad y responsabilidad del Estado", 2012, derecho.um.edu.uy.

(44) Ley 26.944, arts. 3º y 4º.

mo, el fundamento constitucional que le brinda sustento. Afirma, expresamente, que el instituto implica un límite ante la extralimitación del poder estatal. En ese sentido, tiene dicho lo siguiente: "...la responsabilidad extracontractual del Estado puede surgir tanto de su actividad lícita como ilícita. La Constitución no hace distinción alguna al respecto; al contrario, como lo advirtió la Corte Suprema de Justicia de la Nación, las disposiciones constitucionales establecidas en garantía de la vida, la libertad y la propiedad de los habitantes del país, constituyen restricciones principalmente contra las extralimitaciones de los poderes públicos..." **(45)**.

Ahora bien, el art. 1º de la ley 26.944 de Responsabilidad Estatal prescribe: "la responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del Derecho Administrativo nacional o local, según corresponda".

Ello indica que el nuevo esquema legal sobre responsabilidad del Estado concibe al instituto como materia propia de derecho público; a lo que se suma el particular sustento proporcionado por los arts. 1175 y 1176 del nuevo Cód. Civ. y Com., donde se determina que la responsabilidad del Estado y de los funcionarios se rigen por "las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda".

En palabras de Perrino, podemos afirmar que ello denota el carácter iuspublicístico de la responsabilidad estatal, en sintonía con lo dispuesto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el fallo "Barreto, Alberto Damián y otra c. Provincia de Buenos Aires y otro s/ daños y perjuicios", donde se sostuvo que la materia corresponde específicamente al régimen jurídico del derecho administrativo, "...que frente a asuntos de naturaleza substancialmente análoga al ventilado en el sub lite y, como formulación general, a todos aquellos otros en que también se hubo promovido con apoyo en normas de derecho común pretensiones indemnizatorias de los daños y perjuicios originados por la presunta falta de servicio imputada a cualquiera de los órganos que integran los poderes de gobierno de las provincias, esta Corte... viene sosteniéndola conclusión de que los procesos de la índole mencionada deben ser calificados como causa civil en los términos del art. 24, inc. 1º, del decreto-ley 1285/58... Frente a lo expresado en torno a la impostergable necesidad de preservar y fortalecer el rol institucional correspondiente a esta Corte, se impone un nuevo y prudente examen del ámbito de aplicación de este capítulo temático en especial de su competencia originaria que, con base en una razonable interpretación que arraigue objetivamente en el texto normativo en juego... se incline por la alternativa de mayor rigurosidad.

"...Que lo expuesto conduce necesariamente a fin de resolver el caso al estudio del régimen jurídico administrativo local..." **(46)**.

Por su parte, nuestra Corte provincial también ha sentado un criterio semejante. Toda vez que se trate de responsabilidad del Estado, se ha pronunciado de manera explícita en cuanto a la aplicación de las normas y principios que rigen el derecho administrativo nacional o local, según el caso; deja sentado, además, el carácter autónomo de la responsabilidad estatal, en el marco de una interpretación orgánica con lo indicado en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación **(47)**. A saber: "...que en este caso se encuentra en juego la responsabilidad extracontractual del Estado... Este tipo de responsabilidad tiene caracteres particulares que la tornan autónoma de la que rige el derecho privado; el concepto de falta de servicio es radicalmente extraño al derecho civil, resultando de aplicación normas de derecho público provincial, cuya regulación corresponde al derecho administrativo... En efecto, el art. 1764 del C.C. y C. prescribe que las disposiciones del Capítulo 1 del Título V de ese cuerpo legal no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria. La res-

(45) Corte de Justicia de la Provincia de Salta "Campanella, Juan José y Cubei de Campanella, Ana María c. Instituto Provincial de Desarrollo Urbano y Vivienda-Apelación", expte. nro. 22.184/00.

(46) CS, Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, "Barreto, Alberto Damián y otra c. Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios", 21 de marzo de 2006. Id SAIG FA06000109.

(47) Cód. Civ. y Com. de la Nación Argentina, art. 1764: "Las disposiciones del Capítulo 1 de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria; Artículo 1765: La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda".

ponsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda (art. 1765 del C.C. y C.). Que es importante señalar, además, que la nueva Ley Nacional de Responsabilidad Estatal Nº 26944 que regula la responsabilidad extracontractual del Estado excluye expresamente en su art. 1º la aplicación de las disposiciones del Código Civil y Comercial e invita a las provincias a adherirse para la regulación de la responsabilidad estatal en sus ámbitos respectivos, por tratarse de una cuestión de derecho público local regulada, consecuentemente, por el derecho administrativo..." **(48)**.

II.4.a.ii. La responsabilidad del Estado: ¿analogía o subsidiariedad del derecho común?

En consecuencia, con lo recientemente afirmado en el acápite anterior, sostiene Perrino que lo prescripto en el art. 1º de la citada ley sobre responsabilidad estatal, no podría impedir acudir a la legislación civil para cubrir lagunas existentes en la materia y aplicar principios generales del derecho u otras soluciones allí consagradas. Esta labor la define de manera explícita como "una tarea de adaptación de las soluciones previstas en el Código Civil a los principios y normas del derecho público" **(49)**.

Igualmente, lo comprende Cassagne, expresando que "hay instituciones troncales del sistema jurídico que resulta conveniente y hasta necesario sean reguladas por el Código Civil... por tratarse de materias que plantean la conveniencia de precisar los confines de las instituciones con el objeto de mantener la coherencia y unidad del sistema jurídico" **(50)**.

Ahora bien, conviene en este punto explicar comprensivamente algunos conceptos, ya que no debe entenderse de manera idéntica "supletoriedad" que "analogía".

La primera, se da entre una norma general/supletoria y otra especial/suplible. Por la segunda, se descubre una norma específica en cualquier otra ley general o especial del ordenamiento, respecto de los cuales en principio no existiría conexión alguna de suplencia, aunque por vía interpretativa de razonabilidad, sí sería aplicable al caso no previsto **(51)**.

En definitiva, la invocación de una autonomía e individualidad herramental propia del derecho administrativo, en modo alguno significa que pudiera predicarse una suerte de total independencia de las instituciones generales del derecho común **(52)**.

El ya recordado fallo "Barreto" también habría brindado luz en ese sentido, a saber: "...adquiere un valor decisivo la evidencia empírica que demuestra que el criterio empleado a partir de 1992 para discernir la presencia de una 'causa civil' ha tenido, como consecuencia de su amplia formulación semántica, una significativa expansión en el ámbito de la competencia originaria del Tribunal de procesos de esta naturaleza, caracterizados por una gran diversidad de temas fácticos y jurídicos concernientes a la responsabilidad patrimonial de los estados de provincia por la llamada falta de servicio, o regulados por el derecho común y el derecho público local... Que no obsta a tal conclusión la circunstancia de que para resolver el *sub lite* se invoquen eventualmente disposiciones contenidas en el Código Civil, pues todos los principios jurídicos entre los que se encuentra el de la responsabilidad y el resarcimiento por daños ocasionados, aunque contenidos en aquel cuerpo legal, no son patrimonio exclusivo de ninguna disciplina jurídica..." **(53)**.

(48) Corte de Justicia de la Provincia de Salta, "Cancino, Walter Ricardo c. Provincia de Salta; Fernández, Martín Exequiel-Competencia", expte. nro. CJS 38.297/16, t. 209:43/58.

(49) PERRINO, P., "La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial Ley 26.944 comentada", Thomson Reuters - La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 1ª ed., 2015. Versión e-books: www.bibliotecaencasaucasal.edu.ar.

(50) CASSAGNE, J., "Curso de derecho administrativo", Thomson Reuters - La Ley, 2018, 12ª ed., t. I, Título III, p. 454.

(51) PERRINO, P., "Revista de responsabilidad civil y seguros", año XIV, nro. 12, Thomson Reuters - La Ley, diciembre de 2014, p. 36.

(52) GARCÍA PULLÉS, F., "La responsabilidad del Estado en el contexto del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. El control de la actividad estatal II. Procesos especiales, responsabilidad y otros supuestos", Asociación de Docentes, UBA, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 2016, 1ª ed., p. 470.

(53) CS, Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, "Barreto, Alberto Damián y otra c. Buenos Aires,

El Más Alto Tribunal salteño, siguiendo idéntico pensamiento y citando ese mismo fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha sentado también su postura al respecto; entendiendo, que una recta interpretación y aplicación del derecho implica su mirada como corpus orgánico integrado, en lo que refiere a los grandes principios jurídicos aplicables para resolver un conflicto. En este sentido, tiene dicho: "...como se dijo en la referida causa 'Barreto', todos los principios jurídicos —entre los que se encuentran el de la responsabilidad y el resarcimiento por daños ocasionados— aunque contenidos en el Código Civil no son patrimonio exclusivo de disciplina jurídica alguna y menos aún del derecho privado, pues constituyen principios generales del derecho aplicables a cualquiera de las ramas, aunque interpretándolos teniendo en cuenta el origen y naturaleza de la relación jurídica de que se trate. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que si de los hechos de la causa resulta con meridiana claridad la dilucidación de aspectos propios del derecho público, ello no se desvirtúa frente a la particularidad de que puedan también regir, subsidiariamente, normativas o institutos del derecho común llamados a integrar su regulación específica..." **(54)**.

En otra oportunidad, también señaló la Corte provincial sobre la importancia y necesidad de acudir analógicamente a las normas del derecho privado, en cuanto complemento de los principios rectores brindados por la Suprema Corte de Justicia Nacional y doctrina interpretativa para la solución de los casos sometidos a su competencia: "...cabe estar para la resolución del *sub lite* a los principios rectores elaborados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la materia y a las disposiciones del Código Civil vigente al tiempo del hecho generador de los daños invocados (cfr. art. 7º del nuevo Código Civil y Comercial - sustancialmente análogo al art. 3º de anterior Código de Vélez). Ello, sin perjuicio de que queden alcanzadas por la ley nueva las consecuencias o efectos no concluidos, no operados o no consumidos, aunque se trate de relaciones jurídicas constituidas con anterioridad... Por lo demás, y de cualquier manera, lo más significativo es que la actual regulación de la responsabilidad prevista en el Código Civil y Comercial de la Nación, en todos los casos, tiene marcado vigor como doctrina interpretativa o argumento de autoridad de las disposiciones del Código Civil derogado, dado que se receptaron los argumentos doctrinarios y jurisprudenciales vigentes..." **(55)**.

II.4.a.iii. La responsabilidad del Estado, ¿es de resorte nacional o local?

El enfoque que ubicaba a la responsabilidad estatal como una especie de la responsabilidad civil —es decir, sujeto a las normas del Código de fondo que rige la reparación de los daños ocasionados por las personas jurídicas en general— solía desconocer la competencia de las provincias para legislar respecto a la reparación de los daños causados por el Estado.

Por lo tanto, para resolver este interrogante, es dable recordar que conforme mandato constitucional las provincias conservan el poder no delegado al gobierno federal. Es decir, cuentan con plenitud normativa y atribución de darse sus propias instituciones para regirse por ellas. Se trata del reparto de competencias entre Nación y provincias que les otorga —a estas últimas— su plena autonomía **(56)**.

Entre esos poderes no delegados al Estado Nacional, se encuentra la facultad que tienen las provincias de establecer regulaciones propias a su régimen administrativo local. Y dentro del cúmulo de las materias que ellas están habilitadas a legislar, lógicamente se encuentra la responsabilidad estatal de derecho público **(57)**.

Provincia de y otro s/ daños y perjuicios", 21 de marzo de 2006. Id SAIG FA06000109.

(54) CS, Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, "Barreto, Alberto Damián y otra c. Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios", 21 de marzo de 2006. Id SAIG FA06000109.

(55) Corte de Justicia de la Provincia de Salta, "Bauer, Jorge Juan; Díaz De Bauer, Norma c. Machía, Claudio Fernando; Cañada Taborda, Jorge Enrique; Moreno, Magdalena; Instituto Superior Mariano Moreno - Sumario: daños y perjuicios por accidente de tránsito-daño moral-recurso de apelación", expte. nro. CJS 37.882/15, t. 210:687/700.

(56) CN, art. 121: "Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación".

(57) PERRINO, P., La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial Ley 26.944 comentada", Thomson Reuters - La Ley, Ciudad

Es la solución adoptada por la Corte de Justicia Salteña, en seguimiento de los criterios rectores brindados por la Suprema Corte de Justicia Nacional, tal cual resulta del pronunciamiento que a continuación se transcribe: "...la CSJN ha dicho también, que cuando se trata de un daño que se atribuye a la actuación del Estado provincial, como consecuencia del ejercicio de la función administrativa que le es propia, la regulación de esta materia corresponde al campo del derecho administrativo y es del resorte exclusivo de los gobiernos locales... sin que obste a ello la circunstancia de que se invoquen eventualmente disposiciones contenidas en el Código Civil..." **(58)**.

Finalmente, parece conveniente tener en cuenta que, a nivel nacional, esta cuestión ya se encuentra zanjada por la misma ley 26.944, en su art. 11. En efecto, mediante una invitación especial a las provincias, las habilita a adherir a sus términos para regular la responsabilidad estatal en sus ámbitos respectivos.

Con ello, queda demostrado que el legislador ha optado por una regulación administrativa nacional, aunque sin menoscabo de la local, en respeto y sin contradecir, lo dispuesto en el mandato constitucional.

III. Capítulo II: La responsabilidad del Estado por actividad legítima

"La Justicia da a cada uno lo suyo, no se apropia de lo ajeno, y vuelve a poner en su lugar el propio privilegio cuando hay que salvaguardar el bienestar de todos" (San Ambrosio de Milán).

III.1. Clasificación de la responsabilidad estatal

III.1.a. El factor de atribución

La nueva ley de responsabilidad del Estado consagra los dos subsistemas de responsabilidad, según que la actuación del ente estatal sea legítima o ilegítima. Ello queda así plasmado, en los arts. 3º, 4º y 5º de la norma, donde, a su vez, se prevén los presupuestos esenciales, mínimos y necesarios para los fines de su concurrencia.

Queda así normativizado que la responsabilidad del Estado por su conducta ilegítima encuentra sustento en el factor de atribución *falta de servicio* **(59)**. Cuando de actividad lícita se trata, se pone el acento en el *sacrificio especial* que el afectado no debe ni está obligado a soportar **(60)**.

No obstante, tanto en un caso como en otro, considérese que el derecho a la reparación de los daños jurídicos nace siempre que se alegue y pruebe que el hecho generador subsume en alguno de los factores de atribución previstos. Ello está así reconocido tanto en la ley nacional, como en la misma jurisprudencia provincial.

Por lo tanto, parece necesario detenerse y reflexionar sobre el factor de atribución como componente sine qua non, ante el cual podrá dilucidarse el tipo de responsabilidad estatal que se trate.

III.1.a.i. Factor de atribución. Falta de servicio

Una breve referencia sobre la noción de falta de servicio se vuelve conveniente en esta instancia, siempre que de responsabilidad del estado por actividad ilegítima se trata.

Si bien el análisis de esta clase de responsabilidad no es objeto de estudio del presente trabajo final, en la búsqueda de un orden de exposición completo, merece arrojarse luz al respecto.

Autónoma de Buenos Aires, 2015, 1ª ed. Versión e-books: www.bibliotecaencasaucasal.edu.ar.

(58) Corte de Justicia de la Provincia de Salta, "Belmonte, Avila, Andrea Verónica c. Forgas, Camila; Aguilera Pamela del Valle; Hospital Público Materno Infantil Soc. del Estado; Provincia de Salta-Competencia", expte. nro. CJS 38.290/16, t. 207: 615/628.

(59) Ley 26.944, sancionada, 02/07/2014 y promulgada 07/08/2014, art. 3º, "son requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima: a) daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; b)imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal; c) relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue; d) falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado; la omisión solo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado".

(60) PERRINO, P., "La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial Ley 26.944 comentada", Thomson Reuters - La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, 1ª ed. Versión e-books: www.bibliotecaencasaucasal.edu.ar.

Es que la "falta de servicio" es una construcción propia del derecho público, ajena al derecho privado, que queda conceptualizada en la ley como "una actuación y omisión irregular de parte del Estado" **(61)**.

Perrino nos explica que "la falta de servicio trasunta siempre la idea de una transgresión o incumplimiento de una regla de conducta, que puede producirse tanto por un comportamiento activo de la autoridad administrativa, como por su inacción u omisión. Es que no podría existir falta de servicio, ante la ausencia de una obligación o deber violado o incumplido" **(62)**. De hecho, si recordamos la sentencia de la Suprema Corte de Justicia en el caso Jorge Vadell, tenía dicho por aquel entonces que "...quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o irregular ejecución...".

La Corte de Justicia de la provincia de Salta también ha sido precisa sobre este tema, entendiendo a la falta de servicio como la transgresión o el incumplimiento de una regla de conducta específica, que puede resultar tanto de una actuación en concreto como también de una abstención o inacción estatal.

"La falta de servicio trasunta siempre la idea de una transgresión o incumplimiento de una regla de conducta, que puede producirse tanto por un comportamiento activo de la autoridad como por su inacción u omisión. No podría haber falta de servicio en ausencia de una obligación o deber violado o incumplido... Es que además de la necesidad de que medie un deber específico incumplido, se exige la conexidad causal entre el hecho —en este caso la omisión de la Administración— y el daño sufrido por la persona lesionada que podrá ser un particular u otra persona pública..." **(63)**.

Por otra parte, también ha señalado acabadamente los elementos concurrentes indispensables para que se configure este tipo de responsabilidad, a saber, "...además de la necesidad de que medie un deber específico incumplido, se exige la conexidad causal entre el hecho —en este caso la omisión de la Administración— y el daño sufrido por la persona lesionada que podrá ser un particular u otra persona pública..." **(64)**.

III.1.a.ii. Factor de atribución. El sacrificio especial

Es el factor de atribución propio de la responsabilidad del Estado por actividad legítima. La noción de sacrificio especial ilustra con mucha claridad, la existencia del trato desigualitario que es inherente a la índole de esta responsabilidad.

Se presenta como la herramienta que ayuda a identificarla y pone de manifiesto la lesión al derecho de propiedad que resulta de la conducta estatal lícita.

Sin embargo, la mayoría de la doctrina coincide en señalar que no existe una definición clara del concepto de sacrificio especial y de la ausencia del deber jurídico de soportar el daño. En los fallos de la Corte de Justicia Nacional, en ciertos momentos ha prevalecido un criterio cuantitativo y en otros casos, una concepción de índole cualitativa que toma en cuenta su intensidad o gravedad **(65)**.

Para Sanmartino, la idea de sacrificio especial en aras del interés público, remite a la noción de un perjuicio específico y grave. Es decir, que no cualquier daño es susceptible de reparación por conducto de este instituto. Se requiere de una actividad válida por parte del ente estatal, que haya originado un menoscabo particular desproporcionado alcanzando finalidades de interés general o colectivo.

(61) Ley 26.944, sancionada, 02/07/2014 y promulgada 07/08/2014, art. 3º.

(62) PERRINO, P., "La responsabilidad del Estado por la omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia", LA LEY del 24/08/2011; LA LEY 2011-E-715.

(63) Corte de Justicia de la Provincia de Salta, "Terminal Salta SA c. Municipalidad de la Ciudad de Salta Autoridad Metropolitana de Transporte de la Ciudad de Salta (AMT) Provincia de Salta - Recurso de apelación", expte. CJS nro. 37.694/15, t. 210:611/626.

(64) Bis in idem, nota 63.

(65) CÍCERO, N. K., "Responsabilidad del Estado para el aula de grado y posgrado en derecho", Departamento de Publicaciones, Serie Textos, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2020, ps. 277 y ss.

Se trata de valorar la idoneidad y necesidad del padecimiento singular que sufre el particular, de acuerdo con los fines de interés público perseguidos por el acto estatal que lo produce; esto es, con las necesidades sociales que la ley, el acto o el hecho, están llamada a satisfacer **(66)**.

Por su parte, el texto legal identifica el sacrificio especial con consecuencias anormales, en tanto van más allá de lo que es razonable admitir, en materia de limitaciones al ejercicio de los derechos patrimoniales. Es lo que la Suprema Corte denominó "lesión a una situación jurídicamente protegida" en términos de "carga desproporcionada que excede la cuota normal de sacrificio que impone la vida en comunidad" o, el "padecimiento jurídicamente relevante" que se concretiza en el menoscabo a una "situación legalmente protegida" **(67)**.

En definitiva, sostiene Comadira sobre este tópico, que el daño se deberá indemnizar si por sus características, constituye una afectación irrazonable de la propiedad, por imponer un sacrificio superior al exigible igualitariamente a raíz de la vida en comunidad **(68)**.

La Corte de Justicia de la Nación en el célebre caso "Columbia SA" ha precisado lo que a continuación se indica: "...esta Corte estableció que para que resulte aplicable la doctrina de la responsabilidad del Estado por su actuar legítimo, es menester que este haya producido una lesión a una situación jurídicamente protegida... Que, por otra parte, la lesión de derechos particulares susceptible de indemnización en virtud de la doctrina analizada no comprende a los daños que sean consecuencias normales y necesarias de la actividad lícita desarrollada, puesto que las normas que legitiman la actividad estatal productora de tales daños importan limitaciones de carácter general al ejercicio de todos los derechos individuales singularmente afectados por dicha actividad..." **(69)**.

III.2. Noción y fundamento de la responsabilidad del Estado por actividad legítima

Habiendo dejado en claro los distintos supuestos de responsabilidad estatal y definidos los factores de atribución que le corresponden, en cuanto componentes esenciales para su clasificación, corresponde abordar y explayarnos en concreto sobre su responsabilidad por actividad lícita o legítima.

Como regla general, iniciaremos señalando que ella tiene lugar cuando el Estado mediante comportamientos válidos, perjudica o lesiona los derechos de las personas de una forma especial o anormal, ocasionando daños que superan las cargas o limitaciones generales propias de la convivencia en sociedad **(70)**.

Sucede que, aunque las potestades reconocidas a los órganos estatales se encuentran orientadas a lograr el bienestar de todos, ciertas medidas y decisiones tomadas en post de favorecer a la generalidad, pueden llegar a perjudicar a algunas personas o individuos **(71)**.

Ad initium de este trabajo, hemos explicitado sobre el fundamento constitucional del deber estatal de reparar los perjuicios por él generados. Siendo que en este acápite nos ceñiremos principalmente al desarrollo de la responsabilidad estatal lícita y sus características, quedaría

(66) ALONSO REGUEIRA, E., "El control de la actividad estatal II. Texto sobre responsabilidad del Estado: características generales del sistema legal vigente", por Sammartino (P), Edición, Asociación de Docentes, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, 2016. www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/elcontroldelaactividadestatalii.

(67) Corte de Justicia de la Provincia de Salta, "Terminal Salta SA c. Municipalidad de la Ciudad de Salta Autoridad Metropolitana de Transporte de la Ciudad de Salta (AMT) Provincia de Salta - Recurso de apelación", expte. CJS nro. 37.694/15, t. 210:611/626.

(68) COMADIRA, J., "La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima. Principio de juridicidad y responsabilidad del Estado", 2012, derecho.um.edu.uy.

(69) CS, Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, "Columbia SA de ahorro y préstamo para la vivienda c. Banco Central de la República Argentina s/recurso de hecho", 19/05/1992. Id SAIJ: FA92000225.

(70) PERRINO, P., "La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial Ley 26.944 comentada", Thomson Reuters - La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, 1ª ed. Versión e-books: www.bibliotecaencasaucasal.edu.ar.

(71) CÍCERO, N. K., "Responsabilidad del Estado para el aula de grado y posgrado en derecho", Departamento de Publicaciones, Serie Textos, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2020.

simplemente por reseñar y señalar que a más del sustento del articulado constitucional erigido en protección al derecho de propiedad en la Carta Magna nacional y local, esta índole de responsabilidad tiene su principal asiento en el principio de la igualdad ante las cargas públicas, que impide se imponga a un sujeto un sacrificio especial o anormal en beneficio de la comunidad, que no está obligado a tolerar sin una debida indemnización.

La responsabilidad estatal lícita, también llamada legítima, regular o sin falta, apunta a realizar una distribución igualitaria de las cargas públicas, de modo que el costo de lograr el progreso de todos sea soportado equitativamente, y no solo por quienes resultan perjudicados ante el quehacer del Estado encaminado a lograr el tan anhelado bien común o bienestar general **(72)**.

No podemos pasar desapercibido el pensamiento del gran administrativista Cassagne, cuando expone sobre este asunto. El notable profesor prefiere hablar de responsabilidad por hechos y actos "legítimos", en lugar de utilizar la expresión de "lícitos"; pues entiende, que la legitimidad es un concepto amplio, capaz de incluir toda clase de actos legales o lícitos e intrínsecamente justos.

Precisa, asimismo, que la obligación de reparar daños provocados por esta clase de actos es perspectiva de la justicia legal en su sentido más profundo. No siendo justo, que una persona soporte el sacrificio o la carga en forma desigual al resto de la comunidad; ya que se trata, en definitiva, de un daño injusto que provoca la responsabilidad estatal por afectar el principio de igualdad ante las cargas públicas **(73)**.

Nuestra Corte de Justicia salteña, trae a colación la noción de Estado de derecho, como sostén de esta responsabilidad. Un "Estado de derecho", que en calidad de "poder público", cuenta con capacidad de actuar y pleno poder decisorio en la consecución de su finalidad esencial hacia una convivencia pacífica, destinada a proporcionar seguridad jurídica entre sus administrados.

Es así como tiene dicho que sobre el fundamento de la responsabilidad estatal por actuación lícita que "...no es otro que 'el Estado de derecho' y sus postulados, cuya finalidad es proteger el derecho. Es de esos principios o postulados que forman un complejo, y que tienden todos, a lograr la seguridad jurídica y el respeto del derecho de los administrados, de donde surge el fundamento de la responsabilidad estatal en el campo del derecho público..." **(74)**.

En igual sentido y coherencia, recalcó, en otras causas, que no es posible concebir un Estado irresponsable. En efecto, el instrumento más importante con el que cuentan las instituciones estatales es el derecho mismo; el que sin recortar arbitrariamente o más de lo necesario la libertad humana, crea un ordenamiento marco que se encuentra al servicio del bien común.

Entonces, así se expresa nuestra Corte provincial, "...siendo ello así, resulta claro que se trata de la responsabilidad del Estado, en su carácter de poder público, por sus actos o hechos dañosos... No es concebible un Estado de derecho 'irresponsable', y esto es así porque en cualquier supuesto, siempre se tratará del Estado, actuando a través de uno de sus órganos o departamentos de gobierno..." **(75)**.

Ahora bien, más allá de lo detallado, surge conveniente aclarar juntamente con la opinión mayoritaria de la doctrina que, si cualquier lesión sufrida a resultas del ejercicio legítimo de potestades públicas fuera indemnizable, el costo económico de afrontarlo sería elevadísimo **(76)**.

---

(72) Bis idem nro. 71.

(73) CASSAGNE, J., "Nueva Sección del Diario La Ley. Nueva sección Diálogos de Doctrina". www.cassagne.com.ar/publicaciones/responsabilidad del estado/dialogosdedoctrina.pdf.

(74) Corte de Justicia de la Provincia de Salta "Campanella, Juan José y Cubei De Campanella, Ana María c. Instituto Provincial de Desarrollo Urbano y Vivienda-Apelación", expte. nro. 22.184/00 de Corte.

(75) Corte de Justicia de la Provincia de Salta, "Diaz, Ubdalia Beatriz c. Provincia de Salta (Ministerio de Educación) y/o Lovaglio, Antonio - Recurso de apelación", expte. nro. CJS 23.255/01.

(76) COMADIRA, Julio R., "La Responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima. Principio de juridicidad y responsabilidad del Estado", p. 16.

Razón por la cual, la Corte Suprema de la Nación tiene sentado como principio, que el ejercicio regular por el Estado de sus poderes propios no constituye fuente de indemnización para los particulares. Esta doctrina quedó así establecida en el fallo Corporación Inversora Los Pinos, mediante las siguientes palabras textuales: "... asiste al Estado la facultad de reglamentar y limitar ciertas industrias y actividades con miras a la defensa y afianzamiento de la moral, salud y aún de la conveniencia colectivas. Y cuando la afectada no es profesión honorable, ni reconocidamente útil, ese poder de policía alcanza hasta su supresión, sin que pueda ser objetado de inconstitucional como arbitrario o irrazonable. Porque la garantía del art. 14 de la CN ampara las industrias lícitas... Que siendo la responsabilidad estadual una institución predominantemente de derecho público, es dentro de este campo, que se han de buscar los principios que permitan fundamentar normativamente el derecho a la debida indemnización y el monto de ella... Que no resulta arbitrario, y así lo ha establecido el a quo, que el Poder Administrador mantenga la facultad de dejar sin efecto autorizaciones por motivos de moralidad, como es el caso de autos" **(77)**.

En idéntica sintonía se ha expedido la Corte de Justicia de Salta. Porque reconocer al Estado el carácter de responsable, no debiera implicar el abuso de exponerlo a todo tipo de reparo ante cualquier circunstancia. Tal es el sentido que debe darse a sus decisiones toda vez que señala: "...es menester tomar en cuenta, asimismo, que en tales supuestos solo le puede caber responsabilidad al organismo oficial si incumplió el deber legal que le imponía obstar el evento lesivo, puesto que una conclusión contraria llevaría al extremo de convertir al Estado en un ente asegurador de todo hecho dañoso que se cometiera..." **(78)**.

"...[E]n esta línea el superior Tribunal Federal ha sostenido que la mera existencia de un poder de policía que corresponde al Estado no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un acontecimiento en el que ninguno de sus órganos o dependencias tuvo participación, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención pueda llegar a involucrarlo a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa..." **(79)**.

Ahora bien, se muestra apropiado finalizar este acápite compartiendo la opinión de Comadira, y afirmar que el concepto subyacente en la institución de la expropiación habilita una competencia estatal de ejercicio normal. Por ello, en el derecho administrativo, la responsabilidad sin antijuridicidad no es como se ha dicho de igual fenómeno en el derecho privado; es decir, un apéndice anormal de la responsabilidad.

Ello no importa tampoco desconocer el carácter excepcional de la técnica expropiatoria. Solo sostener que un contenido normal de aquella competencia, en tanto no requiere causal de justificación para ejercerse, es el sacrificio lícito de derechos patrimoniales por razones de bien común **(80)**.

Frente a tal ilación de conceptos, también resulta prudente recordar lo dicho por la Corte de Justicia de la Nación en cuanto a la implicancia de la garantía de propiedad privada, en aquella sentencia de la causa Ferrocarril de Buenos Aires y Puerto de la Ensenada: "...siendo la concesión de que se trata un bien patrimonial o una propiedad según el tecnicismo legal, cuya naturaleza jurídica está protegida por la disposición del art. 17 de la Constitución Nacional, y

(77) CS, Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, "Corporación Inversora Los Pinos c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", 22/12/1975, Fallos 293:617.

(78) Corte de Justicia de la Provincia de Salta, "Bauer, Jorge Juan; Díaz De Bauer, Norma c. Machía, Claudio Fernando; Cañada Taborda, Jorge Enrique; Moreno, Magdalena; Instituto Superior Mariano Moreno - Sumario: daños y perjuicios por accidente de tránsito - Daño moral - Recurso de apelación", expte. nro. CJS 37.882/15, t. 210:687/700.

(79) Corte de Justicia de la Provincia de Salta, "Terminal Salta SA c. Municipalidad de la Ciudad de Salta; Autoridad Metropolitana de Transporte (AMT) Provincia de Salta - Recurso de apelación", expte. CJS nro. 37.694/15, t. 210:611/626.

(80) COMADIRA, J., "La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima", XIII. La competencia para sacrificar derechos patrimoniales en razón de bien común, p. 9.

por consiguiente la empresa no ha podido legalmente ser privada de su ejercicio, sin previo cumplimiento de los requisitos que la misma consagra... nunca pudo el ejecutivo proceder por sí y ante sí decretando el levantamiento de la expresada vía férrea, como lo hizo, por cuanto tal atribución competía únicamente al poder judicial, por ser inviolable la propiedad y porque ningún habitante de la nación puede ser privado de ella sino en virtud de sentencia fundada en ley, y porque las cuestiones relativas a la naturaleza, forma, extensión, interpretación y validez de los contratos se dejan para ser determinados por aquel poder, cuya jurisdicción deriva de la constitución y no puede ser ampliada, disminuida ni alterada por leyes del estado, conclusiones estas que no solo surgen de nuestras leyes y código fundamental, sino también de la constitución y leyes americanas, que han servido de fuente inmediata y *única* de nuestra legislación en lo relativo a la organización del poder judicial de la nación" **(81)**.

III.3. Caracteres de la responsabilidad del Estado por actividad legítima

Hablar de responsabilidad del Estado por actividad lícita conlleva de manera necesaria una referencia sobre los caracteres propios que identifican al instituto, en cuanto comunes, por otra parte, a la responsabilidad estatal por falta de servicio.

Ellos son:

III.3.a. La responsabilidad del Estado es directa. La teoría orgánica

En el orden nacional ello se desprende claramente de los arts. 1º, 3º y 4, donde de manera explícita y concreta se menciona nominalmente al Estado y a los órganos estatales **(82)**.

El hecho de que la responsabilidad del Estado opere de manera "directa", implica negar que ella sea subsidiaria. Significa, que la Administración no responde en subsidio por sus agentes y funcionarios, siendo que ellos son, el Estado mismo **(83)**.

Es que la imputación de las actuaciones de los funcionarios o empleados del Estado se explica a través de la teoría orgánica. Cualquiera sea la posición jerárquica que tenga el agente en la estructura administrativa, se identifica con la propia autoridad estatal por ser parte integrante del aparato administrativo. Por ende, no constituye una persona diferente del Estado; no son sus representantes ni mandatarios, sino que las entidades estatales manifiestan su actividad y su voluntad a través de sus órganos.

Precisamente el concepto de órgano sirve para imputarle el hecho, omisión, o manifestación de voluntad de que se trate. Estamos ante una construcción jurídica, en virtud de la cual se atribuye a la asociación, corporación o entidad estatal, la voluntad de un ser humano manifestada dentro de un marco determinado, propio del ente.

Es lo que claramente expone Gordillo cuando indica que "el órgano precisamente por ser un medio para imputar una actuación o una voluntad al ente del cual forma parte, no constituye una persona diferenciada, no tiene derechos o deberes distintos a los derechos o deberes del ente del cual se desprende; su voluntad no es diferenciable de la voluntad de la organización a la cual pertenece, precisamente porque la voluntad a través de él expresada, es en esa medida, la voluntad de la organización" **(84)**.

La Corte de Justicia de la provincia de Salta, es conteste con igual criterio doctrinario ya adoptado en la ley 26.944, al consagrar el ca-

(81) CS, Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, "Ferrocarril de Buenos Aires y Puerto de la Ensenada c. Gobierno Nacional de Buenos Aires", 22/06/1909. Id SAIJ: FA09997981.

(82) Ley 26.944, art. 3º: "Son requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima... b) Imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal; c) Relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue...". Art. 4º: "Son requisitos de la responsabilidad estatal por actividad legítima... b) Imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal...".

(83) ALONSO REGUEIRA, E., "El control de la actividad estatal II. Texto sobre responsabilidad del Estado: características generales del sistema legal vigente", por Sammartino (P), Edición, Asociación de Docentes, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, 2016, www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/elcontroldelaactividadestatalii, p. 542.

(84) GORDILLO, A., "Teoría general de derecho administrativo", t. I, cap. XII "Los Órganos del Estado", ps. XII-2, www.gordillo.com.

rácter directo de la responsabilidad estatal extensivo a todo comportamiento o conducta de sus funcionarios, "...no obstante que todo comportamiento o conducta estatal es obra de un funcionario o empleado público, el Estado es responsable por las consecuencias dañosas de tal comportamiento o conducta. Esa responsabilidad es directa, a pesar de que el perjuicio se haya producido por la actuación de un agente público, vale decir, presupone un hecho o acto propiamente del Estado. Ello es así, porque los agentes públicos no son mandatarios ni representantes del Estado, sino 'órganos' suyos, integrando, en esta última calidad, la estructura misma del Estado. De ahí que la conducta, actuación o comportamiento valen como si fuesen del Estado mismo... por cuanto la responsabilidad extracontractual es directa y objetiva del Estado, por el daño que cause a terceros el ejercicio irregular de las funciones de sus órganos o agentes..." **(85)**.

En varias oportunidades se ha expedido, asimismo, respecto de la conducta en concreto de funcionarios o agentes del Estado, imputable a este mismo. Encontramos así, la siguiente postura: "...ello sin embargo, no implica desconocer los efectos que el accionar estatal produce sobre un patrimonio, prescindiendo del análisis de la conducta del responsable, es decir, si este actuó o no con culpa. Como lo expresara la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el paradigmático caso 'Cantón', 'la facultad del Estado de imponer límites al nacimiento o extinción de los derechos, no lo autoriza a prescindir por completo de las relaciones jurídicas concertadas bajo el amparo de la legislación anterior, especialmente cuando las nuevas normas causan perjuicios patrimoniales que no encuentran la condigna reparación en el sistema establecido, pues en tales supuestos el menoscabo económico causado origina el derecho consiguiente para obtener una indemnización como medio de restaurar la garantía constitucional vulnerada..." **(86)**.

III.3.b. La responsabilidad del Estado es objetiva. La culpa o dolo del empleado o funcionario estatal

En el orden nacional, esta característica se prescribe también, en los arts. 1º, 3º inc. b) y 4º inc. b), de la ley 26.944 **(87)**. No es necesario indagar en la subjetividad del empleado o funcionario estatal, para que se configure su responsabilidad. Ello no es, sino la imputabilidad jurídica material del daño al Estado mismo. Es decir que la culpa o dolo del empleado o funcionario, no constituyen elementos determinantes para su operatividad. No obstante, siempre será una carga procesal de quien postula la pretensión indemnizatoria, acreditar que la actividad o abstención es imputable al órgano o ente estatal **(88)**.

Así lo ha dicho la Suprema Corte de la Justicia de la Nación, en el emblemático caso "Ferrocarril Oeste c. provincia de Buenos Aires": "...que, en principio quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución... Que, haciendo abstracción del dolo con que el falso certificado pudo haberse expedido, habría por lo menos una conducta culpable en el personal que, en desempeño de sus funciones y obrando bajo la dependencia del Estado, ha causado el daño de que se trata... corolario lógico del principio general según el cual todos los que emplean a otras personas para el manejo de un negocio

(85) Corte de Justicia de la Provincia de Salta, "Campanella, Juan José y Cubei Dei Campanella, Ana María c. Instituto Provincial de Desarrollo Urbano y Vivienda - Apelación", expte. nro. 22.184/00 de Corte; ídem, "Diaz, Ubdalia Beatriz c. Provincia de Salta (Ministerio de Educación); y/o Lovaglio, Antonio - Recurso de Apelación", expte. nro. CJS 23.255/01.

(86) Corte de Justicia de la Provincia de Salta, "De Athay de Moncorvo, Eduardo c. Provincia de Salta - Apelación", expte. CJS nro. 21.721/00 de Corte.

(87) Ley 26.944, sancionada, 02/07/2014 y promulgada 07/08/2014, art. 3º, inc. b): "Son requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima... b) Imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal...". Art. 4º: "Son requisitos de la responsabilidad estatal por actividad legítima, inc. b) Imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal".

(88) PERRINO, P., Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, año XVI, nro. 12, Thomas Reuters - La Ley, diciembre de 2014, p. 36.

o para determinada función, llevan la responsabilidad de su elección y son pasibles de los perjuicios que estas ocasionaren a terceros en el desempeño de su función, dado que nadie puede por sí o por intermedio de otro ejercer sus derechos en forma tal que lesione el derecho de un tercero" **(89)**.

Por su parte, la Corte de Justicia Salteña también acogió el mismo principio cuando nos habla de la siguiente forma: "...que al estar determinada la responsabilidad del Estado por la materialización del hecho, resta decidir sobre el agravio referente a la culpa de la víctima —hoy hecho del damnificado— en la producción del daño, en tanto el recurrente manifiesta que al someterse voluntariamente a la pelea, los internos asumieron el riesgo de convertirse en víctima o victimario según el resultado de los acontecimientos..." **(90)**.

III.4. Presupuestos para la procedencia de la responsabilidad del Estado por actividad lícita

El tema de la responsabilidad del Estado por su actividad lícita se encuentra prescripto, a nivel nacional, en el art. 4º de la ley 26.944. Comienza rezando que "son requisitos de la responsabilidad estatal por actividad legítima: a) Daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; b) Imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal; c) Relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño ; d) Ausencia de deber jurídico de soportar el daño; e) sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido".

Como se evidencia, la normativa citada prescribe los requisitos indispensables para la procedencia esta clase de responsabilidad. Se vuelve razonable indicar, que la ley acoge la doctrina de la Corte, si recordamos que en el célebre fallo "Tejeduría Magallanes SA" habían sido detallados con inspiración directa en los propósitos de interés colectivo que persigue todo ente estatal, "...para que proceda la indemnización por la actividad lícita del Estado, son requisitos ineludibles la existencia de un daño actual y cierto, la relación de causalidad directa e inmediata entre el accionar del Estado y el perjuicio..." **(91)**.

Ahora bien, habiéndonos referido previamente al sacrificio especial como factor de atribución para la concurrencia de responsabilidad estatal lícita, corresponde puntualizar en concreto respecto a cada uno de los elementos restantes que la componen e integran, a saber:

III.4.a. Existencia del daño. La necesidad de su acreditación

Siguiendo a Sanmartino, el vocablo "daño" debe entenderse como un menoscabo o lesión a las relaciones de utilidad o disponibilidad que tutela un derecho o interés **(92)**. Su determinación solo es posible efectuarla judicialmente en cada situación, y con arreglo a las particularidades que ella presente puntualmente **(93)**.

Como regla general las lesiones surgidas del ejercicio regular de las potestades públicas solo son indemnizables, cuando el daño adquiere ciertos ribetes peculiares que lo concreten y singularicen en el damnificado que no está obligado a soportarlo. Es decir, que la lesión debe ser específica y distintiva en un afectado particular, que no tiene el deber de tolerarlo. De lo contrario, si se tratara de daños generalizados, molestias o inconvenientes normales producto de la

(89) CS, Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, "Ferrocarril Oeste de Buenos Aires c. Provincia de Buenos Aires s/ indemnización de daños y perjuicios", 08/04/1938. Id SAIJ: FA38000000.

(90) Corte de Justicia de la Provincia de Salta, "Rivero, Liliana Lastenia y por sus Hijos Menores Gonza, Marinés; Gonza, Damaris Alejandra c. Provincia de Salta - Recurso de apelación", expte. nro. CJS 37.877/15, t. 211:349/376.

(91) CS, Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, "Tejeduría Magallanes SA c. Administración General de Aduanas s/ recurso de hecho", 19/09/1989. Id SAIJ: FA89000417.

(92) ALONSO REGUEIRA, E., "El control de la actividad estatal II. Texto sobre responsabilidad del Estado: características generales del sistema legal vigente", por Sammartino (P), Edición, Asociación de Docentes, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, 2016. www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/elcontroldelaactividadestatalii, p. 552.

(93) COMADIRA, J., "La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima. Principio de juridicidad y responsabilidad del Estado", p. 16.

actividad estatal, no habría lugar a indemnización alguna **(94)**.

La ley 26.944 refiere concretamente a la producción de un perjuicio patrimonial cierto y actual en contraposición a lo meramente hipotético o conjetural. Ello significa que las meras expectativas son descartables y se encuentran fuera de la órbita de la responsabilidad del Estado.

En fallos de la Corte de Justicia Salteña encontramos sentado idéntico criterio, toda vez que esta se expide de la siguiente forma: "...la exigibilidad de la indemnización a cargo del Estado se condiciona a que se trate del sacrificio o pérdida de derechos e intereses incorporados al patrimonio. Y, para tener derecho de propiedad a un determinado beneficio, quien alega poseerlo claramente debe tener más que una necesidad abstracta, un mero deseo o una expectativa unilateral..." **(95)**.

Resulta evidente entonces, que las características inherentes de lo "cierto" y "actual" que debe configurar al daño, también quedan subsumidas en el pensamiento de la Corte provincial.

III.4.b. La existencia del daño genera el deber de indemnizar por parte del Estado

La Corte de Justicia de la provincia de Salta reconoce expresamente un principio de reparación justa del daño causado por el Estado, ante el ejercicio de su actividad legítima. Deja establecido así un principio general, señalando los elementos que componen esta responsabilidad; su siempre carácter de objetividad, y el esquema normativo al que deberá atenderse para valorar y valuar la existencia del daño causado.

Todo ello se desprende de los diferentes pronunciamientos del más alto tribunal salteño, y que a continuación se transcriben: "...[P]ara que la responsabilidad se haga efectiva, es menester la existencia de un daño o perjuicio que deba ser reparado. Señalan García de Enterría y Fernández que, a efectos, de la responsabilidad, el concepto técnico de lesión resarcible requiere, pues, un perjuicio patrimonialmente evaluable, ausencia de causas de justificación, no en su comisión sino en su producción respecto al titular del patrimonio contemplado y, finalmente, la posibilidad de su imputación a una tercera persona; en este caso, la Administración..." **(96)**.

"...[L]a doctrina y jurisprudencia están de acuerdo en la procedencia de la responsabilidad extracontractual del Estado y en la respectiva obligación de indemnizar a cargo de este, exista o no culpa que le sea imputable..." **(97)**.

"...[E]n la medida que un particular ha sufrido un daño por la acción u omisión del Estado debe acudirse, para su justa reparación, a las normas de derecho administrativo y, ante la ausencia de estas, a los parámetros establecidos por la jurisprudencia con la aplicación analógica, en su caso, de las disposiciones del Código Civil y Comercial..." **(98)**.

"...[E]l Código Civil y Comercial establece que la responsabilidad del Estado se rige por normas de derecho público nacional o local según corresponda (art. 1765), resultando inaplicable en forma directa o subsidiaria la normativa de responsabilidad civil regulada por ese cuerpo legal (art. 1764), lo que se extiende a los hechos u omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por el cumplimiento irregular de las obligaciones que les están impuestas (art. 1766)... Cabe tener presente que el art. 2º del C.C. y C.N. determina que 'la Ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras sus finalidades, las leyes análogas, las

(94) CÍCERO, N. K., "Responsabilidad del Estado para el aula de grado y posgrado en derecho", Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Departamento de Publicaciones, Serie Textos, Eudeba, p. 273.

(95) Corte de Justicia de la Provincia de Salta, "De Athay de Moncorvo, Eduardo c. Provincia de Salta - Apelación", expte. nro. CJS 21.721/00.

(96) Corte de Justicia de la Provincia de Salta, "Campanella, Juan José y Cubei de Campanella, Ana María c. Instituto Provincial de Desarrollo Urbano y Vivienda - Apelación", expte. nro. CJS 22.184/00.

(97) Corte de Justicia de la Provincia de Salta, "Campanella, Juan José y Cubei de Campanella, Ana María c. Instituto Provincial de Desarrollo Urbano y Vivienda - Apelación", expte. nro. CJS 22.184/00.

(98) Corte de Justicia de la Provincia de Salta, "Velásquez, Hernán Ceferino; Zambrano, María de las Mercedes c. Municipalidad de la Caldera - Recurso de apelación", expte. nro. CJS 37.986/15, t. 209:529/544.

disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento...'. Asimismo, el art. 5º de la Constitución de la provincia de Salta reconoce la responsabilidad del Estado; de tal suerte y con arreglo al art. 31 de la Constitución Nacional el legislador nacional carece de atribuciones para derogar una cláusula constitucional provincial preexistente (arts. 121, 123 y 126 del texto fundamental nacional)... Bajo dichos presupuestos, en la medida que un particular ha sufrido un daño por parte del Estado cabe su justa reparación (arts. 21 y 63 de la Convención Americana de Derechos Humanos y arts. 31, 43 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, en armonía con el estándar de interpretación que surge del citado art. 2º del C.C. y C.N.)... En definitiva, en los casos en los cuales se atribuye responsabilidad al Estado por su actuación en el ámbito del derecho público, su regulación corresponde al campo del derecho administrativo y tal conclusión no debe variar por el hecho de que, ante la falta de regulación provincial, se apliquen eventualmente y por vía analógica disposiciones contenidas en el Código Civil, toda vez que ellas pasan a integrarse al plexo del principios de derecho administrativo, como lo ha señalado la Corte Federal..." **(99)**.

Por otra parte, no debemos dejar pasar en este punto que, a partir de 2006, en concordancia con la Suprema Corte de Justicia de la Nación, nuestro Máximo Tribunal provincial modificó su criterio o doctrina respecto del concepto de causa civil. Es así como, encontramos sucesivamente en sus fallos, lo siguiente: "...que la Corte Suprema de Justicia de la Nación modificó en el año 2006 su doctrina sobre el concepto de 'causa civil'... cuando se trata de un daño que se atribuye a la actuación del Estado provincial como consecuencia del ejercicio de la función administrativa que le es propia, la regulación de esta materia corresponde al campo del derecho administrativo y es del resorte exclusivo de los gobiernos locales... Es importante destacar además que la nueva Ley de Responsabilidad Estatal Nº 26944 regula específicamente la responsabilidad extracontractual del Estado y excluye expresamente en su art. 1º la aplicación directa o subsidiaria de las disposiciones del Código Civil y Comercial e invita a las provincias a adherirse para la regulación de la responsabilidad estatal en sus ámbitos respectivos, por tratarse de una cuestión de derecho público local normada, consecuentemente, por el derecho administrativo" **(100)**.

III.4.c. El alcance de la indemnización ante la responsabilidad del Estado por su actuación legítima. La situación especial del daño moral

Siempre que hacemos referencia al daño, parece ineludible una referencia sobre el llamado y conocido "daño moral" y su reparación. Es que la presencia del daño moral implica también una consideración económica, aunque dadas sus características, suele representar a intereses más profundamente humanos pues, lo moral, se erige como aquello que es intangible, pero no menos cierto y real.

En reiteradas ocasiones a lo largo de este trabajo, se ha dejado plasmada la necesidad probatoria del resarcimiento que se pretende ante el Estado; correspondiendo en cada caso, un criterio de justicia, ejercido con base en un coherente análisis de la causa concreta.

Sobre el asunto, en la provincia de Salta queda dispuesta la siguiente premisa de parte de su Corte local, en referencia a los permanentes lineamientos otorgados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "...que en cuanto al agravio sobre el monto del daño moral, la Corte Suprema Federal ha señalado que debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad y la entidad del sufrimiento causado, y que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a este..." **(101)**.

(99) Corte de Justicia de la Provincia de Salta, "Velásquez, Hernán Ceferino; Zambrano, María de las Mercedes c. Municipalidad de la Caldera - Competencia", expte. nro. CJS 37.986/15, t. 203:263/274.

(100) Corte de Justicia de la Provincia de Salta, "Álvarez, Cristian Emanuel; Siares, Mónica Patricia c. Colegio de Bioquímicos de Salta; Bengolea, Olga E.; Castillo, Sergio G.; Jefe de Policía De Salta; Gobierno de la Provincia de Salta - Sumario: daños y perjuicios por delito y/o cuasidelito - competencia", expte. nro. CJS 38.278/16, t. 207:587/598.

(101) Corte de Justicia de la Provincia de Salta, "Sosa de García, Marisa Evelina c. Provincia de Salta, Provincia

Pero en todos los casos, quedará sujeto a la decisión prudencial de nuestra Corte, el determinar su correspondencia, siempre que el Estado obre y actúe conforme a derecho.

Si se tiene en cuenta el alcance de la reparación y lo que taxativamente establece la nueva ley de responsabilidad, en el art. 5º, es posible advertir que, a nivel legislativo nacional, el criterio adoptado ante el otorgamiento de la responsabilidad del Estado por su actuación legítima es restrictivo.

Dicho carácter, es también extensible respecto a los rubros indemnizables. De hecho, el citado artículo, prescribe con todas sus letras que "la responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional... comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas".

Conviene aclarar con Perrino, que el empleo del adjetivo "excepcional" implica que en este supuesto no es exigible la antijuridicidad de la conducta dañosa para que sea procedente la indemnización, como resultado de la actuación estatal perjudicante **(102)**.

Por su parte, Sanmartino explica que la calificación que brinda el art. 5º a la responsabilidad estatal lícita, se identifica con la idea de apartamiento de lo que es general o de lo que se podría llegar a entender como común. Pues, de ordinario, la actividad lícita —que es la actividad jurídicamente justificada— no es indemnizable. De manera tal, lo que es extraordinario o resulta excepcional, significa la dispensa a este principio; cuando se comprueba que una actuación estatal lícita, origina en una persona concreta un padecimiento o afectación de un derecho adquirido, que resulta desproporcionado con respecto al resto de los miembros de la comunidad **(103)**.

Aclarada estas cuestiones, no obstante, en lo que hace a la existencia del daño moral coincidimos con la doctrina de Perrino, para quien, si bien las condiciones de procedencia de este tipo de responsabilidad son exigentes, una vez satisfechas, la indemnización devendría en insoslayable. En tal sentido, trae a colación lo dicho por el más alto tribunal de la República, en el caso Jacarandá, el que textualmente refiere a la prudencia que debe asistir a los jueces en estos casos. La Suprema Corte de Justicia Nacional así lo señalaba: "...cabe recordar que cuando la actividad lícita de la autoridad administrativa, aunque inspirada en propósitos de interés colectivo, se constituye en causa eficiente de un perjuicio para los particulares cuyo derecho se sacrifica por aquel interés general, esos daños deben ser atendidos en el campo de la responsabilidad del Estado por su obrar lícito... También ha dicho esta Corte que los jueces deben actuar con suma prudencia cuando se trata de resarcir daños causados por actos administrativos dispuestos por razones de interés general, verificando si tales daños efectivamente se han producido y son una consecuencia directa e inmediata del obrar del Estado..." **(104)**.

En Salta, como no contamos aún con una ley que limite la expresión judicial en tal sentido, puede concluirse que la cuestión terminará por dilucidarse siempre en la justicia; con asiento en el mismo criterio prudencial indicado por la Corte Suprema de Justicia, respetuoso de los más altos valores que preservan la vida humana y el patrimonio de la persona; sin que ello implique, desde luego, generalizar situaciones que son contrarias a la naturaleza particular de este instituto, cuya razón indemnizatoria afinca en razones de solidaridad, justicia y equidad.

ART - Recurso de Inconstitucionalidad", expte. nro. CJS 37.426/14, t. 207:369/384.

(102) PERRINO, P., "La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial Ley 26.944 Comentada", Thomson Reuters - La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 1ª ed. Versión e-books: www.bibliotecaencasaucasal.edu.ar.

(103) ALONSO REGUEIRA, E., "El control de la actividad estatal II. Texto sobre responsabilidad del Estado: características generales del sistema legal vigente", por Sammartino (P), Edición, Asociación de Docentes, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, 2016. www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/elcontroldelaactividadestatalii.

(104) CS, Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 28/07/2005, "El Jacarandá SA c. Estado Nacional s/juicios de conocimiento". Id SAIJ: FA05000336.

Es la manera como nos habilita concluir la voz de nuestro Tribunal, en concordancia con su par nacional, "...en tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas de manera permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación, al margen de que desempeñe o no una actividad productiva, pues la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable y su lesión afecta diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico y social, con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida..." **(105)**.

III.4.d. El nexo causal. Relación directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño

Define Sanmartino al nexo de causalidad como el requisito indispensable y autónomo, del supuesto de hecho que hace nacer la responsabilidad patrimonial del Estado. En el marco de su pensamiento, lo visualiza como un vínculo externo y objetivo entre el daño y el hecho generador, que se presenta como enlace material y encadenamiento fáctico particular entre un hecho antecedente y un suceso consecuente. Es decir, ese vínculo genético de conectividad que liga un cambio jurídicamente relevante del mundo externo —denominado "daño"— con un suceso antecedente denominado "hecho generador", y subsumible en algún "factor de atribución" habilitado por la ley aplicable.

En el caso que nos ocupa y siendo que nos encontramos estudiando la procedencia de la responsabilidad del Estado por su actividad legitima, el factor de atribución será siempre el llamado, "sacrificio especial".

De manera que la relación de causalidad física reviste importancia radical, pues extiende, pero a la vez limita, las consecuencias dañosas que corresponde imputar al *factum lesivo* a los fines de su necesaria reparación.

Porque va de suyo que el menoscabo patrimonial, es decir, el daño, será reparable siempre y cuando se vea comprendido dentro del círculo de consecuencias jurídicamente atribuidas para ese supuesto al autor de la actuación u omisión imputada, que será siempre el Estado **(106)**.

La Ley de Responsabilidad del Estado recepta el estándar que surge de un sector de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en el que efectivamente se califica el nexo de causalidad como exclusivo e inmediato. Es que se ha indicado, que, tratándose de responsabilidad por actividad lícita del Estado, el requisito en análisis debe ponderarse con suma prudencia, propiciándose incluso un criterio restrictivo **(107)**.

Por su parte, Comadira sostiene que no existiría razón alguna para extremar en el caso la valoración de la causalidad; pues, en el derecho administrativo a diferencia de lo que sucede en el derecho privado, la admisión de la responsabilidad sin antijuridicidad no es excepcional, sino simplemente una alternativa normal en el contenido de las competencias del Estado.

La Corte de Justicia de la Nación, se ha expedido en el caso Ledesma sobre la cuestión de la siguiente manera: "La obligación de seguridad en este caso es... objetiva, de modo que las eximentes solo pueden referirse a la ruptura del nexo causal... No hay una imputación clara a la conducta de la propia víctima... no hay gravedad alguna que permita darle entidad causal interruptiva. Pero además, la sentencia omite examinar que la falta que se imputa a la víctima es una consecuencia de una omisión previa del prestador... Los prestadores de servicios públicos deben cumplir sus obligaciones de buena fe que, en el caso, exige un comportamiento que proteja las expectativas razonables que se crean en la otra parte... significa que se deben adoptar

(105) Corte de Justicia de la Provincia de Salta, "Sosa de García, Marisa Evelina c. Provincia de Salta; Provincia ART. Recurso de Inconstitucionalidad", expte. nro. CJS 37.426/14, t. 207:369/384.

(106) ALONSO REGUEIRA, E., "El control de la actividad estatal II. Texto sobre responsabilidad del Estado: características generales del sistema legal vigente", por Sammartino (P), Edición, Asociación de Docentes, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, 2016. www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/elcontroldelaactividadestatalii.

(107) CÍCERO, N. K., "Responsabilidad del Estado para el aula de grado y posgrado en derecho", Departamento de Publicaciones, Serie Textos, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2020, p. 279.

medidas para que sea atendido como una persona humana con dignidad" **(108)**.

En la provincia de Salta, la Corte de Justicia también fijó un criterio inequívoco sobre el asunto, plasmando la necesidad del nexo causal en cuanto presupuesto ineludible de imputación de responsabilidad al Estado por su actividad legítima y daños acaecidos. A saber, "...como premisa básica cabe señalar que la existencia de una relación de causa o efecto entre el hecho que se imputa a la administración y el daño producido es condición indispensable para que pueda atribuirse a aquella el deber de resarcir un daño..." **(109)**.

"...A mayor abundamiento, se ha dicho que es necesario tener en cuenta que, como regla, para atribuir responsabilidad al Estado o a sus organismos no basta con hacer referencia a una secuencia genérica de hechos y actos sin calificarlos singularmente tanto desde la perspectiva de su idoneidad como factor causal en la producción de los perjuicios, como en punto a su falta de legitimidad... Que a la luz de tales principios aplicados a las circunstancias del caso, se advierte la ausencia de los elementos que fueran señalados como indispensables para atribuir responsabilidad a la accionada..." **(110)**.

Por lo tanto, la existencia del nexo causal reviste vital importancia cuando de ponderar consecuencias generadas por el Estado se trata; sobre todo si estas, son el resultado de una actuación cuyo propósito final es la atención de sus administrados.

La comprobación de este conlleva necesariamente a determinar su responsabilidad; más aún, si cuando ante la prosecución de un noble propósito, ocurrieron situaciones de sacrifico para los individuos.

Por lo tanto, debe presentarse evidente y constatable, en el sentido de determinar que corresponde al Estado en cuanto actor y protagonista de determinada conducta.

Para mayor apoyatura de ello, se cita en su parte pertinente, lo establecido por la Corte provincial: "...que resulta oportuno tener presente la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto, en supuestos análogos al presente ha dicho: 'cabe condenar al Estado provincial al pago de daños y perjuicios sufridos por el propietario de un predio rural inundado en virtud de la realización de obras hidráulicas, al existir relación de causalidad entre el actuar legítimo de la provincia y el hecho generador de los daños, pues en atención a los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional, y siendo que la existencia de actividad lícita no impide la responsabilidad del Estado en la medida en que con sus obras se prive a un tercero de su propiedad o se la lesione en sus atributos esenciales..." **(111)**.

IV. Conclusión final

"La verdad significa transparencia, tanto de las decisiones cuanto de las acciones" (papa Francisco, 2020).

Habiendo arribado a esta instancia del trabajo final de posgrado y a lo largo del recorrido de las distintas páginas, hemos evidenciado la manera como la imputación de responsabilidad al Estado por el daño producido en el ejercicio de su actividad se ha ido modificando y madurando con el paso de los años.

Si bien en los inicios de la República se desconocía cualquier tipo de responsabilidad, esta concepción fue cambiando y determinando que el Estado sí es responsable, objetivamente, por los daños causados en ejercicio de sus funciones.

(108) CS, Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, "Ledesma, María Leonor c. Metrovías SA s/ recurso de hecho deducida por la actora", 22/04/2008. Id SAIJ: FA08000032.

(109) Corte de Justicia de la Provincia de Salta, "C/C Cruz, Osvaldo Domingo. Recurso de Casación", expte. nro. CJS 29.383/06.

(110) Corte de Justicia de la Provincia de Salta, "Terminal Salta SA c. Municipalidad de la Ciudad de Salta; Autoridad Metropolitana de Transporte (AMT) Provincia de Salta - Recurso de Apelación", expte. CJS nro. 37.694/15, t. 210:611/626.

(111) Corte de Justicia de la Provincia de Salta, "López Martín, Angela c. Provincia de Salta (Ministerio de la Producción y el Empleo Agencia de Recursos Hídricos y Empresa Constructora MEI Obras y Servicios SRL Recurso de Apelación", expte. nro. CJS 29.599/06, t. 119:181/190.

Es que no se entiende que ello sea de otra manera. Porque el Estado es parte nuestra, y nosotros somos parte suya. En definitiva, este, no es sino producto de la naturaleza política del hombre; tal como lo decía Aristóteles y Santo Tomás, pues el vivir "en comunidad" es algo auténticamente humano, que en definitiva persigue la noble aspiración de que toda convivencia lo sea en verdadera paz.

También hemos advertido que hasta la sanción de la ley 26.944, fue la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien tuvo a su cargo una construcción dogmática sobre la responsabilidad estatal.

Posteriormente, y en concordancia con los arts. 1764 y 1765 del Cód. Civ. y Com., es que dicha normativa invitó a las provincias a adherirse a ella, conforme letra de su art. 11 y el único propósito, de que la responsabilidad estatal también encuentre regulación en los ámbitos locales, respetando las atribuciones de cada una de las provincias dentro de nuestro esquema federal de gobierno.

Ahora bien, un punto de gran relevancia es considerar que luego de más de cuatro años de su sanción, la provincia de Salta aún no dictó ni adhirió al régimen de la ley 26.944.

Frente a esa orfandad normativa, es la Corte de Justicia local, quien viene teniendo un rol preponderante mediante su doctrina jurisprudencial.

Es decir, que en ausencia de un régimen legislativo específico, el máximo tribunal de justicia de Salta viene cumpliendo una doble y delicada tarea: el dirimir con fuerza de verdad legal los casos concretos de responsabilidad patrimonial del Estado sometidos a su conocimiento y decisión; y, simultáneamente, tallar de manera general, con vocación de perdurabilidad, los requisitos y estándares que le atañen, según los principios consagrados por la Suprema Corte de Justicia, por la Constitución Nacional, Constitución provincial, y los tratados internacionales sobre derechos humanos, los que conforman parte integrante de nuestro más alto régimen normativo.

Entiendo que el Estado debe ser preservado para garantías de todos. Pero los administrados también necesitan sentirse protegidos ante su poder de *imperium* que muchas veces lo lleva a equivocarse, aunque también, a obrar correctamente; sin que ello impida que a lo largo del camino ciertos ciudadanos puedan sentirse especialmente sacrificados.

"En el cumplimiento de sus funciones y en el ejercicio de sus actividades, es comprensible que el Estado llegue a lesionar a los administrados o particulares, sea en sus derechos patrimoniales o no patrimoniales. La actuación de cualquiera de estos órganos —comúnmente llamados poderes— debe siempre imputársele al Estado, pues en cada caso concreto debe verse a este, actuando específicamente a través de uno de sus órganos o departamentos de gobierno" **(112)**.

Es allí entonces, donde hace su entrada en escena la actuación de la justicia.

Una justicia conformada por seres humanos, destinada atender cada causa —por no decir, problema, cuestión o situación— que llega a su entendimiento y competencia. Estudiando, razonando, y comprendiendo, el porqué de cada una de ellas; siendo que en sus manos se encuentra, la realización de todos los valores supremos que describimos en la fundamentación de la responsabilidad estatal en general, y por actividad legítima en particular.

Y una Corte de Justicia, es cualitativamente especial; pues, a más de su independencia, ella es, ante todo, orgánica. O sea, un verdadero cuerpo de magistrados que se nutre de los aportes de todos y cada uno.

De allí que sus sentencias "no puedan concebirse como una colección o sumatoria de opiniones individuales o aisladas de sus integrantes, sino como el producto de un intercambio racional de ideas que constituye una unidad lógico-jurídica" **(113)**.

La Corte de Justicia de la provincia de Salta ha venido recorriendo un sólido camino en materia de responsabilidad del Estado.

---

(112) "Constitución de la Provincia de Salta. Comentada, anotada y concordada", t. I.

(113) "Constitución de la Provincia de Salta. Comentada, anotada y concordada", t. II.

No por decisión. Solo por cumplimiento de su principal deber, el hacer justicia.

En este sentido, ha dejado en claro los lineamientos que deben considerarse para que efectivamente exista una responsabilidad estatal madura y congruente con su actuación; los que deberían ser atendidos por el Poder Legislativo en el marco de sus funciones, toda vez que eventualmente se llegue a la conclusión de que una ley en tal sentido es necesaria.

Fruto de su pensamiento y coherencia, son las decisiones que la Corte de Justicia Salteña ha ido adoptando, en razón de consagrar una responsabilidad estatal que ante todo es objetiva y directa, pudiendo asentarse en distintos factores de atribución como pueden serlo la falta de servicio, o el sacrificio especial al administrado.

Es que, en el derecho administrativo, la visión encuentra siempre asiento en la noción de comunidad; en consecuencia, el origen y la aplicación de la teoría del sacrificio especial, se basa en constatar que el afectado ha sido objeto de un agravio desigual y excepcional, en comparación con la de otros individuos, sobrepasando el límite de lo que el poder público puede "normalmente" imponer al particular.

Por ello, la ausencia de la necesidad de soportar ese perjuicio, reclamando siempre la existencia del daño, ante el nexo causal evidente de que este fue obra del Estado y generando así, la necesidad de pertinente indemnización.

De manera que, y hasta tanto tengamos ley, nuestra Corte de Justicia continuará cumpliendo su rol. No me cabe duda alguna.

Lo hará mediante el equilibrio que solo ella conoce, bregando por lo que corresponde y sentenciando por lo que DEBE SER; pues, en definitiva, siempre SERÁ JUSTICIA.