

RDA

DERECHO ADMINISTRATIVO

REVISTA DE DOCTRINA,
JURISPRUDENCIA,
LEGISLACIÓN Y PRÁCTICA

DIRECTOR:

JUAN CARLOS CASSAGNE

SUBDIRECTORES:

Pablo Esteban Perrino
David Andrés Halperin
Estela B. Sacristán

Mayo - Junio 2022 | 141

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.: 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 mayo de 2022, 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

Mayo - Junio 2022 | 141

 **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 Covi
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

ESTUDIOS

El silencio administrativo en México <i>Carla Huerta - Rogelio Robles</i>	3
La participación ciudadana como derecho humano <i>Gabriela Stortoni</i>	16
Los decretos de necesidad y urgencia en el marco presupuestario. Aspectos constitucionales y controversias con relación a la casuística <i>Víctor Hugo Chávez Moya</i>	43
La playa marítima como bien de dominio público. Aspectos disruptivos y continuidades en el art. 235, inc. b) del Cód. Civ. y Com. <i>Facundo Jaime</i>	50
Contratación pública y políticas de género: el caso de la ley 27.636 <i>Álvaro Bautista Flores</i>	87
La figura del daño directo (art. 40 bis de la ley 24.240) como actividad jurisdiccional de la Administración <i>Luis E. Ponsati</i>	96
Regímenes de iniciativa privada a nivel nacional <i>Osvaldo R. Saldarini</i>	127
La ampliación de la competencia revisora del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y su posible impacto en el derecho administrativo federal <i>Tomás Villafior</i>	167
Acuerdo 4013 (t.o. ac. 4039) de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires. Reglamento para las presentaciones y las notificaciones por medios electrónicos. Su impacto en la ley 12.008 <i>Emanuel Matías Triolo</i>	172

El sostenido sendero hacia la desfederalización fiscal: entre la coerción, la inobservancia constitucional y la inestabilidad pactista. El caso de los Consensos Fiscales suscriptos entre 2017 y 2021 <i>Leonardo A. Behm</i>	183
---	-----

El derecho a la salud y el rol del Estado como garante de su cumplimiento <i>Santiago Duizeide</i>	192
---	-----

JURISPRUDENCIA ANOTADA

TÍTULO UNIVERSITARIO Demora en la expedición por parte de la Universidad. Procedencia del amparo por mora	207
Amparo por mora en pos de la educación pública: el caso de la emisión de los títulos universitarios <i>Orlando D. Pulvirenti</i>	210

PLAN DE VACUNACIÓN CONTRA EL COVID-19 Inclusión de la población carcelaria en el plan de vacunación de la provincia de Buenos Aires. Medida cautelar procedente en el amparo colectivo. Disidencia	215
Vacunas para todos <i>Nicolás M. de los Santos Siatecki</i>	220

COMENTARIO BIBLIOGRÁFICO

La dogmática del derecho administrativo <i>Juan Carlos Cassagne</i>	229
--	-----

ESTUDIOS

El silencio administrativo en México

Carla Huerta^(*)

Rogelio Robles^(**)

Sumario: I. Introducción.— II. Contexto de la regulación del silencio administrativo.— III. Sentido y alcance del silencio administrativo en el derecho mexicano.— IV. Regulación del silencio administrativo.— V. El silencio administrativo en la Administración pública federal.— VI. Los medios de defensa frente al silencio administrativo.— VII. Casos particulares en la Administración pública federal.— VIII. Organismos constitucionales autónomos.— IX. Responsabilidad administrativa.— X. Conclusiones.

I. Introducción

El objetivo del presente estudio es explicar la situación actual de la regulación del silencio administrativo del derecho mexicano a efectos de hacer una evaluación sobre el estado de la cuestión.

Para ello se hace una breve exposición del contexto y significado de esta figura jurídica, para determinar su sentido, naturaleza y función en términos de la doctrina, la legislación y la jurisprudencia mexicanas tomando en cuenta las particularidades del Estado mexicano.

Cabe señalar que solamente se aborda la regulación por el derecho mexicano del silencio de la administración pública, aunque también se encuentren en el derecho previsiones relativas al silencio del administrado, el cual en general se entiende más bien como inactividad o demora. Como se verá más adelante, la regulación en México no es homogénea pues se atribuye

en consecuencias jurídicas distintas al silencio en función del órgano obligado, así como de la obligación que puede incumplirse.

II. Contexto de la regulación del silencio administrativo

En la Constitución mexicana se encuentran pocas disposiciones relativas al funcionamiento de la Administración pública o sobre la jurisdicción contencioso-administrativa, no obstante, las reformas que se han hecho en los últimos decenios muestran una evolución hacia una administración más eficiente y responsable, así como una jurisdicción contencioso-administrativa autónoma.

México se constituye como una república representativa, democrática, laica y federal “compuesta de estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior”, de conformidad con el art. 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1). La forma de Estado federal en México implica una distribución de competencias entre la federación, las entidades federativas y los municipios hecha a partir de lo previsto en la propia Constitución y las leyes que con fundamento en di-

(*) Doctora en derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Investigadora titular del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Profesora por asignatura del posgrado de la facultad de derecho de la UNAM.

(**) Licenciado, maestro y doctor en Derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM, donde actualmente es profesor titular de tiempo completo.

(1) Publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 5 de febrero de 1917, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_280521.pdf.

versos mandatos al legislador han establecido diversas formas de concurrencia entre los diversos órdenes de gobierno. El federalismo en México se caracteriza por una regla de clausura que hace la distribución de competencias conforme a su art. 124 que prevé que las competencias no atribuidas expresamente a la federación corresponden a las entidades federativas. En consecuencia, hay materias que son competencia de la federación y otras de las entidades federativas y los municipios las cuales se complementan.

La materia administrativa no está reservada a ningún ámbito de gobierno, por lo que tanto el Congreso de la Unión como los órganos legislativos de las entidades federativas cuentan con facultades para regular la materia. Por lo que, a pesar de existir leyes federales sobre el procedimiento administrativo y de lo contencioso— administrativo, esto no implica una subordinación jerárquica de las disposiciones administrativas de los gobiernos locales o municipales a las disposiciones federales.

En un Estado de derecho los principios que regulan la actividad administrativa, así como el proceso administrativo, son en primer lugar los de legalidad, competencia y seguridad jurídica, los cuales se configuran como los principios rectores y límites de la acción administrativa, así como en garantía de la esfera de los derechos de los particulares. En el derecho mexicano encontramos varios principios que rigen la organización y función administrativa que forman parte del estatuto constitucional y legislativo de la administración pública.

La justicia administrativa tiene por objeto la defensa de los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados frente a la actividad administrativa, y se conforma tanto por los procedimientos que se interponen ante la administración pública como los que resuelve el poder judicial, por lo que comprende los recursos administrativos y de control de la actividad de la autoridad administrativa que las leyes regulan.

En México la justicia contencioso-administrativa es la vía jurisdiccional especial diseñada para que los particulares puedan inconformarse y recurrir actos de autoridad. El modelo actual es mixto como señala la jurisprudencia: obje-

tivo (de mera anulación) y subjetivo (de plena jurisdicción) (2). El objeto del primero es tanto tutelar el derecho objetivo y restablecer el orden jurídico vulnerado, como evaluar la legalidad del acto administrativo y de algunos tipos de normas para resolver sobre su validez o nulidad (3). En el segundo modelo, el tribunal al decidir sobre la reparación del derecho subjetivo, además de anular el acto en la sentencia, puede determinar los derechos del inconforme y condenar a la autoridad a hacerlos efectivos. El proceso contencioso-administrativo es una primera instancia jurisdiccional, y aunque los particulares ya no cuentan con recursos en contra de las sentencias que emita el Tribunal Federal de Justicia Administrativa (TFJA), procede el juicio de amparo directo ante los Tribunales Colegiados de Circuito del Poder Judicial de la Federación contra sus sentencias.

Es un derecho del administrado impugnar los actos administrativos que le producen una lesión o daño, y tiene la opción de recurrirlos en la vía administrativa, la contencioso-administrativa, así como en la judicial. En general se hace en ese orden, aunque no tiene que ser así, la jurisdicción constitucional es, sin embargo, la última instancia a la que se puede acudir cuando el acto administrativo vulnera un derecho fundamental.

III. Sentido y alcance del silencio administrativo en el derecho mexicano

El concepto de “silencio administrativo” hace referencia a una ficción jurídica que tiene por objeto subsanar la inactividad de la autoridad administrativa a efectos de proteger los derechos de los administrados y preservar el Estado de derecho. El silencio administrativo se funda en la idea de que la autoridad está obligada a

(2) Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. Modelo de jurisdicción contencioso administrativo mixto. Tesis: I.4o.A. J/45, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXIV, Novena Época, septiembre de 2006, p. 1394.

(3) De conformidad con el segundo párrafo del art. 2º de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo (LFPCA) las únicas normas contra las que procede son los decretos y acuerdos de carácter general. Publicada en el DOF el 1º de diciembre de 2005. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPCA_270117.pdf.

resolver las peticiones que se elevan a su conocimiento.

El silencio administrativo como ficción supone, en el supuesto del silencio negativo, la existencia de un acto a efectos de que el particular pueda interponer el recurso correspondiente, mientras que en caso del silencio positivo consiste en la presunción de que el acto se ha producido a todos los efectos confiriendo así seguridad jurídica a los interesados (4).

El silencio administrativo es, por lo tanto, una ficción basada en la posibilidad de obtener consecuencias jurídicas en función del simple transcurso del tiempo, como es el caso de otras ficciones similares, como la prescripción en derecho civil, que puede ser positiva y tener por efecto la adquisición de derechos reales (prescripción adquisitiva), o negativa y tener por objeto la extinción de obligaciones (prescripción extintiva) (5), así como la caducidad que implica la pérdida de un derecho o facultad no ejercido dentro de un plazo específico, por ejemplo.

Conviene, por lo tanto, hacer algunas precisiones, pues la inactividad administrativa puede dar lugar tanto al silencio administrativo como a la caducidad. La caducidad es una forma anormal de terminación del acto o procedimiento y tiene por efecto la extinción del derecho y la acción por el transcurso del tiempo debido a la inactividad del titular durante el plazo fijado por la ley. De modo que mientras el silencio administrativo da lugar a una respuesta tácita a la que van aparejados derechos en el caso de un sentido positivo, o un derecho de acción en el caso del sentido negativo del silencio, la caducidad extingue derechos.

(4) GONZÁLEZ PÉREZ, J., "El silencio administrativo y los interesados que no incoaron el procedimiento administrativo", *Revista de Administración Pública*, nro. 68, 1972, p. 235. [Dialnet-ElSilencioAdministrativoYLosInteresadosQueNoIncoaron-2111668.pdf](http://dialnet-el-silencio-administrativo-y-los-interesados-que-no-incoaron-2111668.pdf).

(5) Encontramos un ejemplo de prescripción extintiva en el ámbito administrativo en el art. 79 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (LFPA) que prevé que la facultad de la autoridad para imponer sanciones administrativas prescribe en 5 años. Ley publicada en el DOF el 4 de agosto de 1994. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/112_180518.pdf.

Por otra parte, la ambigüedad en la respuesta, como su nombre lo indica, refiere a una situación completamente distinta a las anteriores, en virtud de que existe una resolución, es decir, no hubo omisión por parte de la autoridad, aun cuando esta no sea clara para el particular.

Como señala Garrido Falla, el silencio administrativo es una presunción legal por medio de la cual se atribuyen consecuencias jurídicas a un hecho jurídico (6), aunque no siempre de la misma manera pues esto depende de cada sistema jurídico, así como de la materia como se verá más adelante.

En México esta ficción se sustenta en el derecho de petición previsto en el art. 8° de la Constitución que establece que:

"Los funcionarios y empleados públicos respetarán el ejercicio del derecho de petición, siempre que esta se formule por escrito, de manera pacífica y respetuosa; pero en materia política solo podrán hacer uso de ese derecho los ciudadanos de la República.

"A toda petición deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido, la cual tiene obligación de hacerlo conocer en breve término al peticionario"

Esta disposición, que tiene su origen en el art. 8° de la Constitución mexicana de 1857 no ha sido reformada desde 1917, y garantiza un derecho fundamental que es garantizado jurisdiccionalmente por medio del juicio de amparo regulado en los arts. 103 y 107 constitucionales. En virtud de este precepto, la autoridad administrativa tiene la obligación de responder toda petición escrita que se haga en esos términos, no obstante, la respuesta no tiene que ser en un sentido específico, la autoridad puede decidir libremente, a menos que el plazo para responder venza y en las leyes se prevea un sentido específico a la ausencia de respuesta a la petición. La falta de respuesta, en general, da lugar a la posibilidad de ejercer un derecho de acción a efectos de que se obligue a la autoridad a emitir una respuesta.

(6) GARRIDO FALLA, F., "La Llamada Doctrina del Silencio Administrativo", *Revista de Administración Pública*, nro. 16, España, 1955, p. 92.

Uno de los problemas derivados de este precepto es la referencia a un “breve término”, noción que ha sido interpretada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Procede comenzar por señalar que en México con frecuencia los vocablos “término” y “plazo” son utilizados como sinónimos (7), aunque la doctrina los distingue. Así, como señala Fernández Ruiz, en el contexto del procedimiento administrativo, por plazo se puede entender un lapso, continuo o discontinuo, durante el cual puede efectuarse una actividad específica válidamente, mientras que por término se entiende el momento o fecha específicos en que se debe cumplir una obligación o se puede ejercer un derecho (8).

La doctrina, la ley y la jurisprudencia indican que lo que se entiende como “breve plazo” para dar respuesta depende del caso concreto, pues debe ser el suficiente como para que la autoridad lo estudie y decida. Sin embargo, en general se considera que no debe exceder de 3 meses, en virtud de lo previsto en el art. 17 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (LFPA). La jurisprudencia entiende por breve término “el que racionalmente se requiera para estudiar la petición y acordarla, que tendrá que ser congruente con la petición y la autoridad debe notificar el acuerdo recaído a la petición en forma personal al gobernado en el domicilio que señaló para tales efectos, sin que exista obligación de resolver en determinado sentido” (9). Prever un plazo en las leyes tiene por objeto proteger y garantizar el derecho de petición en el ámbito de competencia de la autoridad que las emite.

El silencio administrativo resulta, por lo tanto, de la petición del particular presentada a un funcionario u órgano de la Administración pública en la que hay falta de respuesta oportuna

(7) En el diccionario vemos que plazo es el término o tiempo señalado para una cosa, y término un tiempo determinado, "Diccionario de la Lengua Española", RAE, 21ª ed., Espasa Calpe, Madrid, 1992, pp. 1623 y 1966.

(8) FERNÁNDEZ RUIZ, J., "El derecho de petición y el silencio administrativo", *Derecho & Sociedad*, 1, 2020, pp. 81, 82. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/22407>.

(9) Derecho de petición. Sus elementos. Tesis: XXI.Io.P.A. J/27, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, marzo de 2011, t. XXXIII, p. 2167.

de la respectiva administración pública (10). En México, el silencio administrativo, sin embargo, tiene que estar previsto en una ley y procede solamente si se presentó una solicitud por escrito de manera “pacífica y respetuosa”, los escritos deben estar firmados (art. 15 LFPA) (11). Se entiende que debe ser dirigida a la autoridad, y es importante que se recabe “la constancia de que fue entregada” (12), para efectos de comprobar el vencimiento del plazo en su momento.

El silencio administrativo es la forma en que el derecho proporciona una solución ante la abstención de la autoridad administrativa para emitir una respuesta o realizar un acto previsto en la ley. El sentido del silencio es atribuido por el legislador y puede ser positivo o negativo, lo que se conoce en la doctrina en México como afirmativa o negativa ficta respectivamente. En el primer caso las peticiones se entienden estimadas, mientras que en el segundo como desestimadas. En la medida en que está regulado en una ley, equivale a un acto administrativo y es por lo mismo, recurrible.

La doctrina señala que la respuesta ficta, negativa o positiva, es una medida destinada a mitigar el perjuicio que ocasiona el silencio administrativo (13). La afirmativa ficta, o en sentido positivo, tiene por consecuencia que “la instancia o petición presentada por el particular al órgano administrativo sea resuelta por este en sentido afirmativo, por interpretarse que la autoridad accedió a lo solicitado por el administrado” (14). De modo que de la inactividad del órgano administrativo surge una presunción legal que hace posible considerar que la petición se resolvió en sentido favorable. En consecuencia, la afirmativa ficta produce por virtud de ley un acto administrativo eficaz, aunque no definitivo, pues la Administración pública puede solicitar la revisión conforme a los procedimientos previstos en la legislación.

(10) FERNÁNDEZ RUIZ, ob. cit., nota 8, p. 85.

(11) Aunque la persona que no sepa o no pueda escribir puede poner su huella digital.

(12) Derecho de petición. Sus elementos, cit. supra, nota 9.

(13) FERNÁNDEZ RUIZ, ob. cit. nota 8, p. 91.

(14) *Ibidem*, p. 86.

En el caso de la negativa ficta en cambio, como señala Fernández Ruíz ante la omisión de la autoridad de emitir una resolución de manera expresa, dentro de los plazos previstos por los ordenamientos jurídicos aplicables al caso concreto, se entiende que se resuelve lo solicitado por el particular, en sentido negativo (15). La finalidad de esta ficción jurídica es como menciona Cienfuegos que el particular pueda combatir por los medios legales esa falta de respuesta como si fuese una resolución negativa que se considera un acto definitivo de la autoridad (16). Por lo que se puede decir que la negativa ficta opera como un requisito de procedibilidad de los medios de impugnación que el sistema jurídico prevea y puede resultar en nulidad de la presunta negativa del órgano administrativo. En el caso de que el recurso se resuelva a favor del interesado, la autoridad debe emitir una respuesta expresa fundada y motivada.

Al generar una presunción de la existencia de una resolución administrativa, ya sea en sentido negativo o en sentido afirmativo según se prevea en la legislación aplicable, se puede decir que como ficción regulada en el derecho positivo tiene un doble carácter: de garantía respecto del particular para proteger sus derechos, y darle acceso a la vía de los recursos, y de punición respecto de la administración pública al imponerle una consecuencia jurídica a su inactividad, lo que da lugar a formas de control entre los órganos administrativos y de estos por el poder judicial.

La función del silencio administrativo es, por lo tanto, múltiple. Por una parte, es procesal y de protección de los derechos del administrado, ya que en el caso de la negativa ficta confiere al particular la posibilidad de acudir a una instancia revisora, pues no entraña una resolución del asunto (17). Se puede decir que la función de la afirmativa ficta es además de índole administrativa, pues hace más eficiente la actuación de la administración pública al generar respuestas positivas por virtud de ley a las solicitudes presentadas por los interesados.

(15) *Ibidem*, pp. 85, 86.

(16) CIENFUEGOS SALGADO, D., "El derecho de petición", UNAM-III, México, 2004, p. 248.

(17) FERNÁNDEZ RUIZ, ob. cit. nota 8, p. 108.

De esta manera se simplifica la labor de la autoridad administrativa responsable de dar respuesta, y por el simple transcurso del tiempo se evita una afectación al particular al asumir que la respuesta es afirmativa.

IV. Regulación del silencio administrativo

Como ya se mencionó, México se constituye como una república representativa, democrática, laica y federal, la cual se conforma por estados libres y soberanos en lo que respecta a su régimen interior, así como por la Ciudad de México, por lo que además de la legislación a nivel federal han de considerarse una pluralidad de leyes de las entidades federativas en las que se establecen los controles de la acción administrativa.

En relación con la determinación de un plazo para dar respuesta a una solicitud, las entidades federativas gozan de un margen decisorio y libertad de configuración de su normatividad, siempre y cuando se constriñan a lo previsto en la Constitución federal, esto es, a que el término que se prevea sea breve como lo indica el art. 8° constitucional, para evitar un perjuicio a los administrados. Es más, la jurisprudencia señala que al prever un plazo máximo para dar una respuesta escrita, fundada y motivada a las peticiones presentadas se genera un beneficio a las personas, al acotar el margen temporal de la actuación de la autoridad (18).

Del análisis a la normatividad que rige el procedimiento administrativo federal y local, se advierte que en ambos ámbitos se regula el "silencio administrativo", aunque de manera distinta y en ocasiones las consecuencias son diferentes. En algunas entidades federativas no se contempla, mientras que otras incluyen incluso una definición de la negativa ficta, por lo que no hay homogeneidad en la regulación. No

(18) Petición. La emisión del art. 7 de la Constitución política del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, que fija el plazo máximo de 45 días hábiles para que las autoridades de ese estado, sus municipios y organismos autónomos den respuesta escrita, fundada y motivada a las instancias que les sean elevadas en ejercicio de aquel derecho humano, se sustenta en facultades de naturaleza coincidente. Tesis: P./J. 5/2019 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 63, febrero de 2019, t. I, p. 9.

obstante, se pueden agrupar de acuerdo con las consecuencias jurídicas que cada una de las legislaciones le atribuyen.

Así, a nivel federal y en las entidades federativas de Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Campeche, Chiapas, Morelos, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí y Tamaulipas, ante la falta de respuesta o resolución que corresponda en el plazo establecido por la ley, se actualiza la negativa ficta, es decir, se entiende resuelto en sentido negativo a los intereses del particular.

A nivel federal la LFPA prevé en su art. 17 que la regla general, salvo que en otra disposición legal o administrativa de carácter general se establezca otro plazo, es que el plazo para dar respuesta no puede exceder de tres meses para que la dependencia u organismo descentralizado resuelva lo que corresponda. La negativa ficta implica, por lo tanto, que transcurrido el plazo previsto la resolución se entiende en sentido negativo al promovente. En los mismos términos Aguascalientes, Campeche, Chiapas, Quintana Roo, San Luis Potosí y Tamaulipas prevén el mismo plazo como regla general **(19)**. Mientras

(19) Art. 14 de la Ley del Procedimiento Administrativo del Estado de Aguascalientes (publicada en el Periódico Oficial del Estado de Aguascalientes el 14 de febrero de 1999, <https://eservicios2.aguascalientes.gob.mx/NormatecaAdministrador/archivos/EDO-18-75.pdf>), art. 18 de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Estado y los Municipios de Campeche (publicada en el Periódico Oficial del Estado de Campeche el 5 de marzo de 2008, <https://legislacion.congresocam.gob.mx/index.php/etiquetas-x-materia/67-ley-de-procedimiento-administrativo-para-el-estado-y-los-municipios-de-campeche/file>), art. 18 de la Ley de Procedimientos Administrativos para el Estado de Chiapas (publicada en el Periódico Oficial del Estado de Chiapas el 28 de diciembre de 2007, https://www.congreso-chiapas.gob.mx/new/Info-Parlamentaria/LEY_0048.pdf?v=NA==), art. 18 del Código de Justicia Administrativa del Estado de Quintana Roo (publicado en el Periódico Oficial del Estado de Quintana Roo el 27 de diciembre de 2017, <http://documentos.congresoprooo.gob.mx/codigos/C10-XV-20171227-141.pdf>), art. 20 de la Ley de Procedimientos Administrativos del Estado y Municipios de San Luis Potosí (publicada en el Periódico Oficial del Estado de San Luis Potosí el 27 de marzo de 2001, https://slp.gob.mx/segam/Documentos%20compartidos/LEGISLACION%20C3%93N/LEY_DE_PROCE-DIMIENTOS%20ADMV_DEL_ESTADYOIMPIOS_%20SLP.pdf), y art. 24 de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Estado de Tamaulipas (publicada en el

que Baja California prevé 60 días hábiles, Baja California Sur 30 días hábiles, el estado de Morelos 4 meses y Querétaro un mes **(20)**.

En los casos de Coahuila e Hidalgo se puede observar que la falta de respuesta o resolución por parte de las autoridades administrativas en el plazo establecido actualiza la positiva o afirmativa ficta, por lo que le produce un beneficio al gobernado. En el caso de Coahuila el plazo es de tres meses, mientras que en el de Hidalgo es de 30 días **(21)**.

Otras entidades federativas no establecen esta fórmula general, sino que la consecuencia jurídica de la omisión de las autoridades depende del tipo de acto y los plazos varían, por lo que las leyes que regulan el procedimiento administrativo prevén las dos posibilidades, tanto la afirmativa como la negativa ficta, tal es el caso de

Periódico Oficial del Estado de Tamaulipas el 6 de junio de 2017, http://po.tamaulipas.gob.mx/wp-content/uploads/2017/06/Ley_Procedimiento-Administrativo.pdf).

(20) Art. 23 de la Ley del Procedimiento para los Actos de la Administración Pública del Estado de Baja California (publicada en el Periódico Oficial del Estado de Baja California el 2 de enero de 2004, <https://www.seseabc.gob.mx/Leyes/LeyDelProcedimientoActosAPBC.pdf>), art. 23 de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Estado y los Municipios de Baja California Sur (publicada en el Boletín Oficial del Gobierno del Estado de Baja California Sur el 14 de mayo de 2018, <https://www.cbcs.gob.mx/LEYES-BCS/LProcedimientoAdmin.doc>), art. 17 de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Estado de Morelos (publicada en el Periódico Oficial del Estado de Morelos el 6 de septiembre de 2000, <http://marcojuridico.morelos.gob.mx/archivos/leyes/pdf/LPADMVOEM.pdf>), y art. 16 de la Ley de Procedimientos Administrativos del estado de Querétaro (publicada en el Periódico Oficial del Estado de Querétaro el 27 de febrero de 2009, <http://legislaturaqueretaro.gob.mx/app/uploads/2016/01/LEY068.pdf>).

(21) Art. 23 de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Estado de Coahuila de Zaragoza (publicada en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Coahuila de Zaragoza el 17 de agosto de 2007, http://www.coahuilatransparente.gob.mx/leyes/documentos_leyes/IEV-Pleydeprocedimientoadmon11.pdf). Art. 15 de la Ley Estatal del Procedimiento Administrativo para el Estado de Hidalgo (publicada en el Periódico Oficial del Estado de Hidalgo el 30 de diciembre de 2002, http://www.congreso-hidalgo.gob.mx/biblioteca_legislativa/leyes_cintillo/Ley%20Estatal%20del%20Procedimiento%20Administrativo.pdf).

Colima, Durango, Jalisco, Estado de México, Michoacán de Ocampo, Nayarit, Sonora, Veracruz de Ignacio de la Llave y Zacatecas (22).

Entidades federativas como la Ciudad de México, Guanajuato, Yucatán y Oaxaca prevén también ambas consecuencias, tanto positivas como negativas, sin embargo, la regla general que predomina es la de carácter negativo, es decir, la negativa ficta. Cada una de las leyes de la

(22) Arts. 23 al 36 de la Ley de Procedimiento Administrativo del Estado de Colima y sus Municipios (publicada en el Periódico Oficial del Estado de Colima el 9 de febrero de 2008, https://congresocol.gob.mx/web/Sistema/uploads/LegislacionEstatal/LeyesEstatales/procedimiento_administrativo24mar2018.pdf), art. 6, fracciones VII y VIII y 18 de la Ley de Justicia Administrativa del Estado de Durango (publicada en el Periódico Oficial del Estado de Durango el 6 de agosto de 2017, <http://congresodurango.gob.mx/Archivos/legislacion/LEY%20DE%20JUSTICIA%20ADMINISTRATIVA.pdf>), arts. 21 al 34 de la Ley del Procedimiento Administrativo del Estado de Jalisco (publicada en el Periódico Oficial del Estado de Jalisco el 15 de julio de 2000, <https://congresoweb.congresoal.gob.mx/oic/sites/default/files/Normatividad/Ley%20del%20Procedimiento%20Administrativo%20del%20Estado%20de%20Jalisco-130821.pdf>), art. 135 del Código de Procedimientos Administrativos del Estado de México (publicado en el Periódico Oficial Gaceta del Gobierno el 7 de febrero de 1997, <http://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/cod/vig/codvig002.pdf>), arts. 27 al 38 del Código de Justicia Administrativa del Estado de Michoacán de Ocampo (publicado en el Periódico Oficial del Estado de Michoacán el 23 de agosto de 2007, <http://congresomich.gob.mx/file/C%3C%93DIGO-DE-JUSTICIA-ADMINISTRATIVA-REF-17-DE-OCTUBRE-DE-2018.pdf>), arts. 60 al 63 de la Ley de Justicia y Procedimientos Administrativos del Estado de Nayarit (publicada en el Periódico Oficial del Estado de Nayarit el 21 de diciembre de 2016, <https://www.congresonayarit.mx/media/3257/justiciaprocedimientosadministrativosadonayarit-ley-de.pdf>), arts. 18 y 83 de la Ley de Procedimiento Administrativo del Estado de Sonora (publicada en el Boletín Oficial del Gobierno del Estado de Sonora el 18 de febrero de 2008, http://www.congresoson.gob.mx:81/Content/Doc_leyes/Doc_202.pdf), arts. 157 al 161 del Código de Procedimientos Administrativos para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave (publicado en la Gaceta Oficial del Estado de Veracruz el 29 de enero de 2001, <https://www.legisver.gob.mx/leyes/LeyesPDF/CPADTIVOS120219.pdf>) y arts. 25 al 37 de la Ley de Procedimiento Administrativo del Estado y Municipios de Zacatecas (publicada en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Zacatecas el 23 de septiembre de 2009, <https://www.congresozac.gob.mx/f/elemento&cual=148>).

materia en estas entidades federativas prevén plazos distintos (23).

Finalmente, en los estados de Guerrero, Nuevo León, Puebla, Sinaloa y Tabasco no se cuenta con legislación especial que rijan el procedimiento administrativo y en el caso de Chihuahua que sí tiene, no contempla el silencio administrativo ni sus consecuencias. En Tlaxcala, aunque la ley sí lo prevé, esta no le atribuye un sentido positivo o negativo a la petición del particular, sino que únicamente reconoce la responsabilidad administrativa para el servidor público omiso (24).

Si bien, en estos casos, el silencio administrativo no permite suponer una respuesta en sentido alguno, evidencia el incumplimiento de la obligación del órgano administrativo de contestar la instancia o petición del particular, por lo que la autoridad que no respete el derecho constitucional de petición puede hacerse acreedor a una sanción en términos de lo previsto en el título cuarto de la Ley General de Responsabilidades Administrativas (LGRA) (25).

(23) Art. 39, fracción X y 89 de la Ley de Procedimiento Administrativo de la Ciudad de México (publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 21 de diciembre de 1995, <https://www.congresocdmx.gob.mx/media/documentos/f660a390b789043f9bb09bdd9d963fc600343b0e.pdf>), arts. 153 al 157 del Código de Procedimiento y Justicia Administrativa para el Estado y los Municipios de Guanajuato (publicado en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Guanajuato el 17 de agosto de 2007, <https://www.tjagto.gob.mx/download/22/compilacion/7210/codigo-de-procedimiento-y-justicia-administrativa-para-el-estado-y-los-municipios-de-guanajuato.doc>), arts. 18 al 25 de la Ley de Actos y Procedimientos Administrativos del Estado de Yucatán (publicada en el Diario Oficial del Gobierno del Estado de Yucatán el 7 de diciembre de 2009, <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Estatal/Yucatan/wo98454.pdf>) y arts. 23 y 26 de la Ley de Procedimiento y Justicia Administrativa para el Estado de Oaxaca (publicada en el Periódico Oficial del Estado de Oaxaca el 20 de octubre de 2017, https://www.congresooaxaca.gob.mx/docs64.congresooaxaca.gob.mx/documents/legislacion_estatals/244.pdf).

(24) Arts. 21 y 22 de la Ley del Procedimiento Administrativo del Estado de Tlaxcala y sus Municipios (publicada en el Periódico Oficial del Estado de Tlaxcala el 30 de noviembre de 2001, https://congresodetlaxcala.gob.mx/archivo/leyes2020/58_Ley_del_procedi.pdf).

(25) Ley publicada en el DOF el 18 de julio de 2016, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGRA_200521.pdf.

Como se advierte, no existe uniformidad en materia de silencio administrativo ni en relación con las consecuencias que cada legislación le asignan. A pesar de la agrupación que se ha realizado, se debe tomar en consideración que cada una de estas leyes establece requisitos, plazos, consecuencias y recursos diferentes.

Incluso, algunas entidades federativas definen el silencio administrativo en sus legislaciones, por ejemplo, el Código de Justicia Administrativa del Estado de Michoacán de Ocampo, señala que consiste en “la omisión o la falta absoluta de resolución de procedimientos administrativos solicitados por el particular, dentro del plazo previsto por este Código o las normas aplicables al caso concreto, que la autoridad debiera emitir en sentido positivo o negativo” (art. 27).

Respecto del sentido positivo, o afirmativa ficta, señala el referido Código que es una “figura jurídica por virtud de la cual, ante la omisión de la autoridad de emitir una resolución de manera expresa, dentro de los plazos previstos [...] se entiende que se resuelve lo solicitado en sentido positivo...” (art. 30). La negativa ficta en cambio se configura “ante la omisión de la autoridad de emitir una resolución de manera expresa, dentro de los plazos previstos [...]”, por lo que “se entiende que se resuelve lo solicitado por el particular, en sentido negativo...” (art. 35).

Ante esta gama de posibilidades, se aborda a continuación únicamente la regulación federal, a fin de hacer un estudio pormenorizado del tema y advertir su complejidad.

V. El silencio administrativo en la Administración pública federal

En materia de silencio administrativo la ley en México no distingue entre facultades regladas y discrecionales, pues la LFPA solamente dispone que se deben atender los casos en que la ley lo prevé y que todo procedimiento debe resolverse en un plazo máximo de tres meses, de no ser así se entenderá resuelto en sentido negativo, salvo que otra disposición prevea lo contrario.

Para tratar el tema del silencio administrativo a nivel federal, es necesario partir de que, conforme a la Constitución federal el Poder Ejecutivo se encuentra depositado en una sola persona

que es el presidente de los Estados Unidos Mexicanos, el cual se auxilia de la Administración pública federal, centralizada y paraestatal (26).

La Administración pública federal centralizada se conforma por las siguientes dependencias: Oficina de la Presidencia de la República, las Secretarías de Estado, la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal y los Órganos Reguladores Coordinados. La paraestatal a su vez por las entidades denominadas: organismos descentralizados, empresas de participación estatal, instituciones nacionales de crédito, organizaciones auxiliares nacionales de crédito, instituciones nacionales de seguros y de fianzas y los fideicomisos (27).

La legislación que rige los actos, procedimientos y resoluciones de la Administración pública federal centralizada es la LFPA, la cual también es aplicable en el sector paraestatal, aunque únicamente a los organismos descentralizados respecto de sus actos de autoridad, los servicios que el Estado presta de manera exclusiva, y a los contratos que los particulares solo puedan celebrar con estos (28).

Así, el art. 17 de la LFPA establece un plazo máximo de tres meses para que las dependencias u organismos descentralizados resuelvan, de no hacerlo, se entenderá resuelto en sentido negativo al promovente.

Dado el caso, y a petición del particular, se debe expedir una constancia que acredite la negativa ficta, lo cual debe ocurrir dentro de los dos días hábiles siguientes a su solicitud. No obstante, esto no se considera un requisito de procedencia para poder impugnar la respuesta negativa, pues la negativa ficta se produce por virtud de ley (29).

(26) Arts. 80 y 90 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_280521.pdf.

(27) Art. 1° de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, publicada en el DOF el 29 de diciembre de 1976, disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/153_110121.pdf.

(28) Art. 1° de la LFPA.

(29) Así se expresa en el criterio del TFJA: Sobreseimiento. El art. 17 de la Ley Federal de Procedimiento Ad-

En consecuencia, la regla general en materia de silencio administrativo en los procedimientos federales es que transcurridos tres meses sin que se emita resolución, por ese simple paso del tiempo resultará en una consecuencia negativa a la pretensión del particular.

Cabe mencionar que la LFPA prevé una figura similar al silencio administrativo, la caducidad, la cual opera tanto en los procedimientos iniciados de oficio como en los iniciados a petición del particular, pero en momentos distintos. Iniciado de oficio por la autoridad cuando no emite resolución en el plazo establecido, mientras que cuando es iniciado a petición del particular opera cuando este no da el impulso procesal durante la tramitación.

Así, en su art. 60, párrafo tercero, se prevé que la caducidad opera en los procedimientos iniciados de oficio en el plazo de 30 días contados a partir de la expiración del plazo para dictar resolución, y puede solicitarse por el particular o ser declarada de oficio por la autoridad. Cuando el procedimiento administrativo es iniciado por el interesado en cambio, aunque continua de oficio, si le corresponde darle impulso y no lo hiciera, así como cuando no cumpla el requerimiento de la autoridad relativo a los requisitos del acto también opera la caducidad (arts. 18, 43 y 60 primer párrafo LFPA).

El supuesto y consecuencia del silencio administrativo y la caducidad son diferentes, mientras que el silencio administrativo opera respecto de un procedimiento que se inicia a petición del particular, la negativa ficta no puede producirse cuando han sido iniciados de oficio por la autoridad **(30)**. Por otra parte, en el

administrativo, no prevé requisitos de procedencia para la configuración de la negativa ficta, cuyo incumplimiento genere que, en juicio contencioso, se decrete. R.T.F.J.A. Séptima Época. Año III. No. 20, marzo 2013. p. 223. Tesis VII-TASA-III-7, disponible en: <http://scj.tfjfa.gob.mx/SCJI/assembly/detalleTesis?idTesis=39451>.

(30) Véase el criterio del TFJA: Negativa ficta. No se configura cuando la autoridad no emite resolución respecto a una promoción presentada en cumplimiento a un requerimiento dentro de un procedimiento administrativo iniciado de oficio, R.T.F.J.A. Octava Época. Año V. No. 47, octubre 2020, p. 870. Tesis VIII-CASR-14ME-1, disponible en: <http://scj.tfjfa.gob.mx/SCJI/assembly/detalleTesis?idTesis=45393>.

silencio administrativo, la omisión de la autoridad de resolver en el plazo que le confiere la ley tiene la consecuencia de que fictamente se entiende como resuelto en sentido negativo a las pretensiones del particular, mientras que la caducidad concluye el procedimiento sin una determinación en cuanto al fondo, por lo que lleva a que se archiven sus actuaciones (art. 57, fracción IV LFPA).

En síntesis, se destacan los siguientes elementos que configuran al silencio administrativo a nivel federal:

- Un procedimiento iniciado a petición del particular.
- Que se desarrolle ante la Administración pública centralizada u organismo descentralizado.
- La omisión de resolver y notificar lo que corresponda en el plazo establecido por la ley.
- La resolución en sentido negativo.

VI. Los medios de defensa frente al silencio administrativo

Los medios de defensa que se contemplan ante el silencio administrativo federal son el recurso de revisión y el juicio contencioso administrativo, uno en instancia administrativa y el otro ante un órgano jurisdiccional con autonomía para emitir sus Fallos independiente del Poder Judicial, esto es, el TFJA.

El recurso de revisión es un mecanismo optativo, puesto que se puede acudir directamente a la vía jurisdiccional si se considera pertinente. Su tramitación se realiza ante la misma autoridad omisa, y su resolución le corresponde al superior jerárquico de esta, salvo cuando se trate del titular de alguna dependencia, ya que en ese supuesto este lo resolverá.

La finalidad del recurso, como su nombre lo indica, es la revisión de la negativa ficta por parte del superior jerárquico, el cual puede resolver:

- Desechar el recurso por improcedente o sobreseerlo.

- Confirmar la negativa, fundando y motivando las razones de esta.

- Cuando el recurso sea total o parcialmente resuelto a favor del particular recurrente se puede modificar u ordenar la modificación de la negativa impugnada o dictar u ordenar expedir un acto nuevo que la sustituya.

Sin embargo, es importante destacar que, a pesar de contemplarse este mecanismo de defensa para el particular, la ley prevé que, si transcurrido el plazo para resolver lo que corresponda no hay pronunciamiento alguno, el particular puede esperar la resolución expresa o, en su caso, impugnar en cualquier tiempo la presunta confirmación del acto impugnado (31). Esto quiere decir que este recurso puede resultar ineficaz para el particular, pues queda la posibilidad de que la autoridad continúe omisa con el efecto de confirmar la negativa ficta inicial.

Una vez agotado este recurso o, en caso de no interponerlo, el particular puede demandar a la autoridad administrativa por medio del juicio contencioso-administrativo ante el TFJA, el cual se rige conforme a la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo (LFPCA).

Como requisito adicional a los que se prevén para este juicio, en el supuesto de una resolución de negativa ficta, se debe acompañar al escrito inicial una copia en la que obre el sello de recepción de la instancia no resuelta expresamente. Asimismo, en su contestación la autoridad debe expresar los hechos y el derecho en que se apoya su negativa por lo que, al introducir hechos novedosos o no conocidos por el particular, este podrá ampliar su demanda (32).

De conformidad con el art. 52 de la LFPCA la sentencia puede reconocer la validez o declarar la nulidad de la resolución impugnada. Al declarar la nulidad de la resolución puede además reconocer al actor la existencia de un derecho subjetivo y condenar al cumplimiento de la obligación correlativa, otorgar o restituir al actor en el goce de los derechos afectados. Al declarar la nulidad del acto o resolución administrativa

(31) Art. 94 de la LFPA.

(32) Arts. 15, fracción IV, 17, fracción I y 22 de la LFPCA.

de carácter general, cesarán los efectos de los actos de ejecución que afectan al demandante, inclusive el primer acto de aplicación que se hubiese impugnado. La declaración de nulidad no tendrá otros efectos para el demandante, salvo lo previsto por las leyes de la materia de que se trate. La sentencia puede también reconocer la existencia de un derecho subjetivo y condenar al ente público federal al pago de una indemnización por los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos.

Cabe destacar que, en los casos en que se declara la nulidad de la negativa ficta, en cumplimiento a esa sentencia la autoridad administrativa no puede volver a emitir una resolución negando lo solicitado, puesto que eso ya ha sido juzgado (33).

De modo que acudir al juicio de nulidad de forma directa es el mecanismo más eficaz que tiene el gobernado ante el silencio administrativo, a fin de que un órgano jurisdiccional realice un análisis objetivo de la omisión de la autoridad y su respuesta negativa, a través de una sentencia que ponga fin al conflicto.

VII. Casos particulares en la Administración pública federal

Como ya se indicó el art. 17 de la LFPA establece la regla general sobre la operación del silencio administrativo y sus consecuencias, sin embargo, las leyes especiales pueden prever otras condiciones para los procedimientos que regulan.

Por tal motivo, es necesario acudir a las leyes específicas que rijan los actos y procedimientos de que se trate para poder conocer las reglas, consecuencias e, incluso, medios específicos de defensa procedentes. Así, por ejemplo, la Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente prevé la negativa ficta cuando la autoridad ambiental no responde por escrito a los solicitantes de información ambiental en un

(33) Véase la tesis: Negativa ficta. Cuando se declara su nulidad y la de la negativa expresa, el cumplimiento de la sentencia, no se traduce en que la autoridad pueda emitir una nueva respuesta en sentido negativo. R.T.F.J.F.A. Séptima Época. Año V. No. 49, agosto 2015. p. 470. Tesis VII-CASA-III-70, disponible en <http://scj.tjfa.gob.mx/SCJ/assembly/detalleTesis?idTesis=41949>.

plazo no mayor a 20 días (art. 159 bis 5), y se prevé que *“la resolución del procedimiento administrativo y la que recaiga al recurso administrativo de revisión, podrán controvertirse en vía de juicio ante los juzgados de distrito en materia administrativa”* (art. 176) **(34)**.

Como se advierte, el plazo de respuesta ante un procedimiento de acceso a la información ambiental difiere de la regla de los tres meses, además, en contra del recurso que se prevé se debe acudir ante un Juzgado de Distrito en materia administrativa que pertenece al Poder Judicial de la Federación y no al TFJA.

Otro ejemplo es lo previsto en el art. 80 de la Ley Federal de Protección al Consumidor **(35)** que prevé una afirmativa ficta a la petición de registro de modelos del proveedor una vez transcurrido un plazo de 30 días hábiles.

Existen muchos otros ejemplos, y las reglas varían dependiendo del acto o procedimiento que se trate, entre ellos, en la Ley Aduanera **(36)**, la Ley de Aeropuertos **(37)**, la Ley de Aguas Nacionales **(38)**, entre otras.

Por tanto, se reitera que no existe homogeneidad en el tema, incluso a nivel federal, puesto que determinar la regla aplicable depende del caso en concreto.

Asimismo, existen otros supuestos de autoridades administrativas que no dependen del Poder Ejecutivo federal, sino que se han separa-

(34) Ley publicada en el DOF el 28 de enero de 1988, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGEE-PA.pdf>.

(35) Por lo que se entenderán aprobados los modelos presentados por los proveedores. Ley Federal de Protección al Consumidor, publicada en el DOF el 24 de diciembre de 1992, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/113_241220.pdf.

(36) Art. 48 párrafo tercero de la Ley Aduanera publicada en el DOF el 15 de diciembre de 1995, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/12_241220.pdf.

(37) Art. 10 bis Ley de Aeropuertos publicada en el DOF el 22 de diciembre de 1995, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/15_200521.pdf.

(38) Art. 24 Ley de Aguas Nacionales publicada en el DOF el 1° de diciembre de 1992, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/16_060120.pdf.

do de él y, por tanto, no les es aplicable la LFPA como se verá en el siguiente apartado.

VIII. Organismos constitucionales autónomos

Si bien ya se ha indicado la complejidad del silencio administrativo en la administración pública federal, hay que hacer otras precisiones, pues en México a partir de 1993 surge la tendencia de separar ciertas funciones para crear organismos constitucionales autónomos, esto es, órganos que no se forman parte de ninguno de los tres poderes tradicionales, Ejecutivo, Legislativo ni Judicial, situación que se replica a nivel local.

Estos organismos autónomos son considerados autoridades administrativas, las cuales, sin embargo, no se encuentran sujetas a la LFPA por no formar parte de la Administración pública Federal, salvo en los casos en que las leyes que regulan su actuar habilitan dicho cuerpo normativo.

Actualmente se configuran así: el Banco de México, el Instituto Nacional Electoral, la Comisión Nacional de Derechos Humanos, el Instituto Nacional de Estadística y Geografía, la Comisión Federal de Competencia Económica, el Instituto Nacional de Telecomunicaciones, el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI), el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social y la Fiscalía General de la República.

En relación con el silencio administrativo, por ejemplo, la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados **(39)** prevé que el INAI y los organismos garantes locales deben resolver el recurso de revisión en un plazo máximo de 40 días, el cual, sin embargo, puede ampliarse hasta por 20 días por una sola vez (art. 108). Las resoluciones del Instituto o, en su caso, de esos organismos garantes pueden sobreseer o desechar el recurso de revisión por improcedente; confirmar la respuesta del responsable; revocar o modificar

(39) Publicada en el DOF el 26 de enero de 2017, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGPDPPSO.pdf>.

la respuesta del responsable, o bien, ordenar la entrega de los datos personales, en caso de omisión del responsable. Ante la falta de resolución por parte del Instituto, o en su caso, de los organismos garantes, se entiende confirmada la respuesta del responsable (art. 111). En otras palabras, a falta de resolución del recurso de revisión en los plazos señalados, se entenderá como negada su petición de que se resuelva a su favor dicho recurso.

Como se ha visto, es complicado determinar la regla aplicable al silencio administrativo en la legislación mexicana, pues es necesario identificar primero el ámbito de gobierno (federal o local), la autoridad de que se trate (administración pública u organismo constitucional autónomo), la materia (LFPA o ley especial) y, finalmente, el mecanismo de defensa procedente (recurso de revisión, juicio contencioso u otro).

IX. Responsabilidad administrativa

A pesar de lo señalado, sí existe un consenso en cuanto a las consecuencias del silencio administrativo, no en cuanto al acto o procedimiento solicitado por el particular, sino en relación con la responsabilidad del servidor público omiso.

La LGRA distribuye competencias entre los órdenes de gobierno y establece las obligaciones y las sanciones aplicables por los actos u omisiones en que incurran los servidores públicos.

Así, en su art. 49, fracción I establece que los servidores públicos pueden incurrir en una falta administrativa cuando no cumplan con las funciones, atribuciones y comisiones encomendadas, lo cual puede ameritar una o más de las siguientes sanciones, siempre y cuando sean compatibles entre ellas (40):

- Amonestación pública o privada.
- Suspensión del empleo, cargo o comisión, por un período de uno a treinta días naturales.
- Destitución de su empleo, cargo o comisión.

(40) De conformidad con el art. 75 de la LGRA son sanciones que corresponden a faltas administrativas no graves, y la sanción de estas faltas compete a las Secretarías y a los órganos internos de control.

- Inhabilitación temporal para desempeñar empleos, cargos o comisiones en el servicio público, no menor a tres meses ni mayor a un año.

En esta materia, sí se puede hablar de una homogeneidad en los tres niveles de gobierno y en los organismos constitucionales autónomos respecto de las consecuencias para los servidores públicos ante la falta de respuesta en los plazos establecidos en las leyes respectivas, esto es, una responsabilidad administrativa, la cual puede alcanzar sanciones como la inhabilitación para desempeñarse en el servicio público hasta por un año.

Por tanto, pese a que se regule el silencio administrativo y sus consecuencias en la legislación mexicana, eso no es una excluyente de responsabilidad para los servidores públicos que no cumplen con su deber, esto es, resolver lo que corresponda en los plazos que señalen las leyes (41).

X. Conclusiones

A pesar de la gran variedad de disposiciones analizadas, y de que ni la legislación ni la jurisprudencia proveen definiciones, se puede decir que en México el silencio administrativo se entiende de la misma forma.

Como ejemplo excepcional de una definición legislativa, la legislación en Michoacán define el silencio administrativo como la omisión o la falta absoluta de resolución de procedimientos administrativos solicitados por el particular dentro del plazo previsto en las normas aplicables. Señala además que la afirmativa ficta es una “figura jurídica” —esto es, una institución jurídica— por virtud de la cual, ante dicha omisión se resuelve lo solicitado en sentido positivo.

La negativa ficta a su vez se entiende como una resolución en sentido negativo que deriva de la omisión de la autoridad de emitir una resolución de manera expresa, dentro de los plazos previstos por las leyes. En Durango la legislación también dispone que la negativa ficta

(41) En opinión de Fernández Ruíz, dado que el silencio administrativo resulta de la omisión de cumplir con el deber dar respuesta a una petición como se prevé en el art. 8 constitucional debería considerarse como una falta administrativa no grave. Op. cit, nota 8, p. 84.

se entiende como una resolución en sentido negativo que se actualiza por el silencio de la autoridad cuando no hubiera atendido o resuelto las instancias, peticiones o recursos promovidos por el particular en un plazo de 90 días (art. 6, fracción VII) (42).

De modo que, tomando en consideración lo previsto en las leyes analizadas, se puede decir que en general el legislador entiende el silencio administrativo como la resolución de peticiones, instancias o recursos promovidos por el particular a la que, por virtud de ley, se le atribuyen consecuencias jurídicas en sentido positivo o negativo una vez transcurrido un plazo previs-

to en la regulación sin que la autoridad hubiese respondido.

En términos generales se puede decir que, en México, la previsión tanto de la negativa como de la afirmativa ficta es efectiva, pues se actualiza de manera automática ante el incumplimiento de los plazos previstos para resolver algún asunto. No obstante, desde el punto de vista de los particulares no lo es tanto, en virtud de que en la mayoría de los casos en los que se prevé esta ficción jurídica, se le atribuye la consecuencia negativa, lo que puede dar lugar a abusos por parte de la autoridad administrativa en el sentido de no analizar y resolver lo que corresponda en los plazos que marca la ley, o simplemente de generar dilaciones.

(42) Ley de Justicia Administrativa del Estado de Durango, *supra cit.*, nota 22.

La participación ciudadana como derecho humano

Gabriela Stortoni (*)

Sumario: I. Introducción.— II. La participación ciudadana prevista en la reforma de la Constitución de la República Argentina.— III. La participación ciudadana en el régimen jurídico argentino.— IV. Acceso a la información como herramienta esencial de participación ciudadana.— V. La participación ciudadana en los contratos de la Administración.— VI. La participación ciudadana en el urbanismo.— VII. Otros modelos de participación.— VIII. Conclusiones.

“Participar para transformar. En el campo de la toma de decisiones también se expresa una desigualdad que hay que superar...”

Michelle BACHELET, 2014.

I. Introducción

Desde hace ya unos años se ha puesto en valor la obtención del consenso social, previo a la toma de decisiones de los poderes públicos, como legitimación que fortalece el sistema de democracia clásica, fundado en ejercicio del derecho al voto.

(*) Abogada, egresada de la Universidad Nacional de La Plata. Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Austral. Máster en Administración, Derecho y Economía de los Servicios Públicos de las Universidades Carlos III, Madrid (España), Paris X, Nanterre (Francia) y El Salvador, Buenos Aires (Argentina) organizado por EPOCA. Especialista en Derecho de la Integración, Universidad Austral. Becaria en Transporte Urbano y Planificación por JICA (Japan International Cooperation Agency), Reino de Japón. Ha sido profesora de grado y de posgrado en distintas universidades nacionales públicas y privadas; y actualmente es profesora de posgrado en su especialidad. Desde el año 2020 dirige —junto con el profesor Patricio M. E. Sammartino— la Maestría en Abogacía del Estado de la Escuela de Abogados del Estado/Procuración del Tesoro de la Nación Argentina y la Universidad Nacional de Tres de Febrero (UNTref), República Argentina. Forma parte de diversas asociaciones del conocimiento, tanto argentinas, regionales como en el exterior. En su desarrollo profesional se ha desempeñado en cargos públicos de jerarquía, así como también en el sector privado en empresas multinacionales; y actualmente ejerce la profesión en forma independiente en su propia firma.

La necesidad del ciudadano de ser escuchado; de que sus demandas sean atendidas; sus intereses protegidos y finalmente volcados en un programa de gobierno y reflejados en la acción gubernamental de todos los poderes constituidos, configura un reclamo que ordena a repensar el mismo sistema democrático, resignificándolo en nuevas formas de participación ciudadana.

Antes de la pandemia que nos azotó estos últimos dos años como sociedad mundial, ya era un reclamo a todas voces (1). Hoy se han agudizado los conflictos de legitimidad en la toma de las decisiones públicas. Las protestas sociales, que muchas veces terminan en hechos de violencia, con heridos y muertes, ponen su énfasis en la convicción que las decisiones gubernamentales no atienden sus intereses, o lo que es peor, que son diseñadas solo para algunos pocos y en contra del interés general.

Se nos interpela entonces sobre si la decisión es oportuna, necesaria, conveniente y si es con-

(1) Sobre la pandemia y las oportunidades que esa crisis nos deja, para ampliar ver mi artículo "Estado y sociedad ante la pandemia. Apuntes para la regulación de un contrato social humanista", Revista de la ECAE/PTN, nro. 5, año 2020, p. 726 y ss.

teste con la necesidad a cubrir. Preguntas tales como ¿esa obra es/era necesaria? ¿El gasto público para llevarla a cabo esta/estaba justificado? ¿El endeudamiento está justificado? ¿Qué fines de interés público atiende? ¿Se alcanzan? ¿Se rindió cuenta de la gestión? Y estas preguntas requieren de una respuesta ágil, que incluso nutrirán a los representantes del pueblo en el Congreso, en sus votaciones.

Así nace entonces la necesidad de informar primero a la ciudadanía, para que esta pueda participar en las decisiones, en ejercicio de lo que se denomina “gobernanza” (2), esto es, la “participación ciudadana” como derecho fundamental, principio a tutelar y base de la legitimación del sistema democrático actual.

Lo contrario, esto es la falta de mecanismos de participación por canales institucionales no solo no disminuye la ocurrencia del conflicto, sino que, por el contrario, lo agrava y en peor grado irrumpe, cuando la acción estatal alcanzó en un importante avance o ejecución, en desmedro de los derechos o la protección de los bienes fundamentales.

La conclusión podrá llevarnos a decir que, en la desidia, la impericia, la ignorancia, o cuando no, la corruptela amparada por la opacidad del accionar de los poderes públicos, están las razones de la vulneración de los derechos y la adopción autoritaria e inconsultas de medidas contra la ciudadanía. Ahora bien, el punto es claro: existe un derecho a informar a la ciudadanía y en base a ello la obligación estatal de recabar su consenso para poder tomar una decisión. Tan simple de entender y, a su vez, tan complejo de que se cumpla.

En efecto, vamos a advertir como el descontento popular surge ante la falta de percepción de los derechos de las personas en su total extensión. El derecho nos interpela, entonces, a mirar a las personas humanas y sus problemáticas; la inclusión de sectores desplazados, ignorados o

(2) La gobernanza, en teoría, pone el acento en la necesidad de adoptar formas renovadas de expresión democrática. Ampliar Valdovinos Perdices, N. Gobernanza, política urbana y comunidad local: Reflexiones en torno a un modelo de excelencia en la gestión de la ciudad global. XVIII Congreso de la Asociación de Geógrafos Españoles, 2003:909.

postergados y que los poderes den cuenta de su accionar y justifique el cumplimiento legal, ético y humano de su proceder.

Decía García de Enterría que la falta de confianza en la clase política constituye “la expresión más nítida de que un pueblo se siente, literalmente, alienado por un poder extraño, que no es capaz de interiorizar o sentir como suyo, y cuya actuación no considera que se realiza en su propio beneficio, sino en el de los propios titulares de la gestión, que han pasado a apropiarse de esta y de sus fines. Supone, así, la ruptura de la legitimidad del sistema mismo, la más grave, pues, de las deficiencias imaginables de una democracia” (3).

Por ello, en este breve e introductorio estudio a una problemática medular de nuestro sistema de derecho y de gobierno, pretendo describir la situación de la participación ciudadana en la República Argentina, sus alcances en general, y en particular en algunos institutos basilares del derecho administrativo —aunque no abarcare todos—; avanzaremos sobre su alcance en el nuevo catálogo de derechos incluidos en la CN y las modalidades que proviene del derecho convencional. Ello nos llevara a entender que la participación ciudadana debe ser anticipada, útil, bien informada, efectuada en bases respetuosa de sus coyunturas sociales y culturales, es un derecho inalienable que se convierte en obligación a tutelar por el Estado actual, en sus tres poderes. Y trata, esencialmente, de lograr el consenso. Sin consenso, no puede haber decisión válida. Solo con consenso se logra una decisión justa y legítima. Ya no hay mejores pensadores que aquellos a los cuales se les dirige una decisión.

II. La participación ciudadana prevista en la reforma de la Constitución de la República Argentina

Con la Reforma de la Constitución Nacional de la República Argentina, del año 1994 se incorporan diversos instrumentos orientados a la participación del ciudadano, algunos venían ya de larga data, como el plebiscito, por ejemplo,

(3) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "Democracia, Jueces y Control de la Administración", Civitas, Madrid, 2000, 5ª ed., p. 105.

pero a su vez, aparecen nuevas modalidades de manifestación de la opinión pública, previa a la toma de decisiones o en el curso de estas. Veamos entonces, a 28 años de su reforma, los avances, concreciones y deudas pendientes de implementación, que en materia de participación ciudadana advertimos.

Debemos partir de la idea de que la Constitución Argentina —siguiendo el esquema de los pensadores Locke, Rousseau y Montesquieu incorporó el principio de representación como base de las democracias modernas— en el art. 22, el cual prescribe: “El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución”.

Esto ha tribulado a los pensadores acerca de qué significa, entonces, establecer otro tipo de participación de la ciudadanía en el gobierno y la toma de decisiones, cuando el sistema democrático ha optado por un sistema de representación tan claro, que se define a través del voto.

Será entendida entonces la participación como:

a) Una fase en el procedimiento administrativo para ejercer el derecho de defensa o debido proceso adjetivo, inserto en el elemento forma (4).

b) Se trata de una participación orgánica, incorporando a los ciudadanos en los entes de control u organismos de la actividad administrativa.

c) O se trata de nuevas formas de ser oídos, y si aquí las Audiencias Públicas que son las más utilizadas, garantizan la eficaz participación de los ciudadanos y las ciudadanas, o son otros los canales a implementar.

En estas alternativas, se deberá analizar si se trata de actuaciones que cumplen, como visos formales, con la requerida legalidad; son meros escenarios montados para la catarsis de la ciu-

dadanía, pero sin efecto real en la decisión que se adopte; o, por el contrario, moldean y conforman la decisión, o en su caso desisten por oposición de la ciudadanía.

En este segundo caso, es donde entendemos existe la tutela del principio de la participación ciudadana como condición de legitimidad y vigencia efectiva del sistema democrático. Ese sistema democrático que ha quedado descolocado con las dimensiones que ha adoptado el Estado; la aparición de nuevos y más derechos orientados a sostener la dignidad humana y sus derechos fundamentales —que recorren el velo de nuevas situaciones y nuevos derechos que es necesario proteger— la globalización que acerca la información, pero no la fuente ni el conocimiento pleno del por qué y el para qué de una decisión estatal; etc., pone en jaque al sistema: (i) por un lado, sobre la necesidad de reforzar la participación en una fluctuante y líquida sociedad; (ii) por el otro, en cómo hacer para que la opinión de la ciudadanía sea emitida con conocimiento de causa, racionalidad y libertad. Esto es informar con la verdad, escuchar la opinión fundada, libre y responsable y entonces decidir con cobertura de legitimidad.

Por ello, entendemos existe el derecho humano de participación pública, el cual será obligatoriamente de ejercicio previo a la toma de una decisión gubernamental, de alcance conminante para verificar el cumplimiento de aquella y ex post, en la rendición del ejercicio de la potestad encomendada.

Ahora bien, para corroborarlo, veamos a continuación las nuevas modalidades de participación incorporadas en la última reforma de la Constitución nacional argentina.

II.1. Derecho de iniciativa popular

Prevista en el art. 39 de la CN, establece: “Los ciudadanos tienen el derecho de iniciativa para presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados. El Congreso deberá darles expreso tratamiento dentro del término de doce meses. El Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, sancionará una ley reglamentaria que no podrá exigir más del tres por ciento del padrón electoral nacional, dentro del cual deberá contemplar

(4) Ampliar en CASSAGNE, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, 6ª ed., actualizada, t. II, p. 305. SACRISTÁN, Estela, "Audiencia pública y otros procedimientos consultivos en el dictado de actos administrativos de alcance general (nulidades por su omisión)", LA LEY, 1999-B, 480: entre otros.

una adecuada distribución territorial para suscribir la iniciativa.

“No serán objeto de iniciativa popular los proyectos referidos a reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal”. Se trata de un derecho popular a presentar iniciativas de leyes que fue reglamentado por la ley 24.747 (5).

Esta ley ha recibido varias críticas por las condiciones que establece para residenciar un proyecto, tales como una participación mínima del 1,5% del electorado y que represente a su vez a más de 6 distritos electorales y la limitación en la financiación de estos proyectos. No obstante, por iniciativa popular se presentó el proyecto denominado “El hambre más urgente” donde varios de sus prescripciones formaron parte de la ley 25.724, que aprobó por iniciativa del Poder Ejecutivo nacional el “Programa de Nutrición y Alimentación Nacional”.

II.2. Derecho a consulta popular

Introducido en el art. 40 de la CN, establece que el Congreso, a iniciativa de la Cámara de Diputados, podrá someter a consulta popular un proyecto de ley. La ley de convocatoria no podrá ser vetada. El voto afirmativo del proyecto por el pueblo de la Nación lo convertirá en ley y su promulgación será automática. El Congreso o el presidente de la Nación, dentro de sus respectivas competencias, podrán convocar a consulta popular no vinculante. En este caso el voto no será obligatorio. El Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, reglamentará las materias, procedimientos y oportunidad de la consulta popular.

El artículo no define con claridad que se entiende por “consulta popular” por lo cual se puede decir que al menos hay dos casos previstos en la norma; la consulta vinculante y no vinculante, como potestad que —en el segundo caso— también puede ser ejercida por el Poder Ejecutivo nacional. En la Argentina el caso registrado de consulta popular fue anterior a la reforma, en el año 1984, en ocasión del conflicto de

límites con la República de Chile. No es una figura de aplicación actual.

II.3. Derecho a la información y educación medioambiental

Previsto en el art. 41 de la CN, establece que todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarla, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

Este artículo ha generado una buena producción normativa y jurisprudencial. En efecto, como un antes y después en el impacto de contenidos mínimos a tutelar en materia urbano ambiental, se erigirá la ley 25.675 (6) deno-

(6) A modo de reseña, se recuerda que allí se establecen los principios para interpretar la ley y toda política ambiental en todo el ámbito nacional, siendo los siguientes a saber: (i) Principio de congruencia: La legislación provincial y municipal referida a lo ambiental deberá ser adecuada a los principios y normas fijadas en la presente ley; en caso de que así no fuere, éste prevalecerá sobre toda otra norma que se le oponga. (ii) Principio de prevención: Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir. (iii) Principio precautorio: Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente. (iv) Principio de equidad intergeneracional: Los responsables de la protección ambiental deberán velar por el uso y goce apropiado del ambiente por parte de las generaciones presentes y futuras. (v) Principio de progresividad: Los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de

(5) Ver ley en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/41025/norma.htm>.

minada Ley General del Ambiente. La necesaria cooperación, interrelación y el principio del federalismo de concertación obliga a que los distintos niveles de gobierno deban integrar, en todas sus decisiones y actividades, previsiones de carácter ambiental, tendientes a asegurar el cumplimiento de los principios enunciados en la ley. El presupuesto mínimo que deberá cubrirse conforme el art. 6° —conteste con el art. 41 de la CN ya enunciado— implica que debe preverse las condiciones necesarias para garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos, mantener su capacidad de carga y, en general, asegurar la preservación ambiental y el desarrollo sustentable (7).

En materia de competencia judicial y atribuciones, la norma establece que la jurisdicción a entender es aquella que corresponda, por el territorio, la materia, o las personas, local o federal

metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos. (vi) Principio de responsabilidad: El generador de efectos degradantes del ambiente, actuales o futuros, es responsable de los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposición, sin perjuicio de la vigencia de los sistemas de responsabilidad ambiental que correspondan. (vii) Principio de subsidiariedad: El Estado nacional, a través de las distintas instancias de la administración pública, tiene la obligación de colaborar y, de ser necesario, participar en forma complementaria en el accionar de los particulares en la preservación y protección ambientales. (viii) Principio de sustentabilidad: El desarrollo económico y social y el aprovechamiento de los recursos naturales deberán realizarse a través de una gestión apropiada del ambiente, de manera tal, que no comprometa las posibilidades de las generaciones presentes y futuras. (ix) Principio de solidaridad: La Nación y los Estados provinciales serán responsables de la prevención y mitigación de los efectos ambientales transfronterizos adversos de su propio accionar, así como de la minimización de los riesgos ambientales sobre los sistemas ecológicos compartidos. (x) Principio de cooperación: Los recursos naturales y los sistemas ecológicos compartidos serán utilizados en forma equitativa y racional, el tratamiento y mitigación de las emergencias ambientales de efectos transfronterizos serán desarrollados en forma conjunta.

(7) En dicho marco se establecen las herramientas de la política y gestión ambiental a saber: a) El ordenamiento ambiental del territorio, b) La evaluación de impacto ambiental, c) El sistema de control sobre el desarrollo de las actividades antrópicas, d) La educación ambiental, e) El sistema de diagnóstico e información ambiental y f) El régimen económico de promoción del desarrollo sustentable.

según el alcance interjurisdiccional. Ahora bien, el daño real o potencial del bien jurídico tutelado, ya sea al ambiente, el hábitat, en definitiva, la vida y la salud del hombre y el sostenimiento del ecosistema, no puede admitir dilaciones y es por ello que, mediante los arts. 30 a 32 de la ley, se establecen criterios de avanzada a saber: (i) acceso rápido y expedito a la justicia, sin admitir dilaciones; (ii) amplias facultades de ordenamiento, conducción, producción de pruebas, e incluso pudiendo incorporar cuestiones no sometidas a la consideración judicial, si se trata de proteger efectivamente el interés general, apelando a las reglas de la sana crítica; (iii) dictado de medidas urgentes en cualquier estado del proceso, aun sin audiencia de la parte contraria (caución mediante) y hasta sin petición de parte, si el interés tutelado lo demanda y (iv) efecto *erga omnes* de la sentencia que se dicte.

La norma ha tenido una amplia implicancia en cuestiones o controversias en materia ambiental, fundando sentencias ejemplares, ya en el ámbito local como en el federal como se verán más abajo.

Complementariamente a esta ley, se dicta la ley 25.831 que regula el Libre Acceso a la Información Pública Ambiental, vigente desde el 6 de enero de 2004. La ley tiene como objeto garantizar, en el marco reseñado, el derecho de acceso a la información ambiental que se encontrare en poder del Estado, tanto en el ámbito nacional como provincial, municipal y de la Ciudad de Buenos Aires, como así también de entes autárquicos y empresas prestadoras de servicios públicos, sean públicas, privadas o mixtas. Se entiende por información ambiental toda aquella información en cualquier forma de expresión o soporte relacionada con el ambiente, los recursos naturales o culturales y el desarrollo sustentable (8). Establece un amplio, libre y gratuito acceso a la información ambiental, para toda persona física o jurídica, a excepción de aquellos gastos vinculados con los recursos utilizados para la entrega de la información solici-

(8) En particular (a) El estado del ambiente o alguno de sus componentes naturales o culturales, incluidas sus interacciones recíprocas, así como las actividades y obras que los afecten o puedan afectarlos significativamente; y (b) Las políticas, planes, programas y acciones referidas a la gestión del ambiente.

tada. No se requiere acreditar una legitimación determinada, ni razones o interés para su acceso. Solo presentar la solicitud formal. A diferencia de la Ley de Iniciativa Popular, en el caso, las restricciones del acceso a la información ambiental son determinadas y deben estar debidamente fundadas. Por ejemplo, en la protección de la confidencialidad de datos personales, falta de claridad en el pedido, secreto por razones de seguridad nacional, etc. El pedido deberá ser resuelto en un plazo de 30 días. Es importante tener en cuenta que se ha regulado una vía judicial sumarisima para el caso de obstrucción, falsedad, ocultamiento, falta de respuesta en plazo o la denegatoria injustificada a brindar la información solicitada, y contra todo acto u omisión que, sin causa justificada, afecte el regular ejercicio del derecho que la ley establece. La ley prevé sanciones ya para los funcionarios y empleados públicos que encuadren sus conductas en los supuestos anteriores, además de las responsabilidades civiles y penales que pudieren corresponderles; así como también para las empresas de servicios públicos.

II.4. Participación de las asociaciones de consumidores y usuarios en los organismos de control del servicio

Conforme el mandato que surge del art. 42 de la Carta Magna, 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.

El acceso a la información será la base entonces para la participación, y claramente lo expresa la Constitución en el citado art. 42. Una participación útil, no será sin previo acceso a la información, y allí se abre un abanico de posibilidad de comunicar correctamente, teniendo en cuenta la persona humana a la cual se le da el acceso y la participación correspondiente. En esto debo decir que las nuevas técnicas telemáticas no están aún a la altura de garantizar el acceso y conocimiento cabal para decir en forma libre. No es una cuestión de generaciones, sino de adecuación del modo al pleno disfrute del derecho: en este caso de conocer, participar y decidir sobre las decisiones que impactan en nuestra vida (9).

En este sentido, es interesante reparar en el fallo de la CSJN en autos "CEPIS c. Ministerio de Energía y Minería de la Nación" del 18 de agosto de 2016 (10), donde por conducto de una acción colectiva de amparo se reclama al poder judicial se garantice el derecho constitucional a la participación de usuarios, previsto en el art. 42 de la CN y se suspendan —en forma cautelar— la aplicación de un nuevo cuadro tarifario hasta tanto se diera efectiva participación ciudadana. El caso que llegó hasta la CSJN tiene importantes aportes doctrinarios a resaltar.

En primer lugar, el Dictamen de la Procuración General, donde se desarrolla (apart. VI) el marco normativo convencional, constitucional, legal y reglamentario que determina la obligatoriedad de la audiencia pública como requisito de validez de actos administrativos en el contexto tarifario y resalta la relevancia de la audiencia pública por configurar una instancia de participación ciudadana que favorece la demo-

(9) Ampliar de mi autoría "Compliance e integridad o el valor de lo público como herramientas para la lucha contra la corrupción - reflexiones desde la perspectiva argentina", Estudios contemporáneos de Ciencia Jurídica, t. I, "Derechos Humanos, Gobierno y Políticas Públicas", pp. 98 a 110, Ed. Universidad de Xapalas, a través de su Instituto Interdisciplinario de Investigaciones Jurídicas en coedición con el Instituto de Investigaciones de la Universidad Veracruzana. Xalapa, Veracruz, México. Enero 2022. Ver en www.ux.edu.mx.

(10) FLP 8399/2016/CS1 - "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo" - CSJN - 18/08/2016 - elDial.com - AA98D9.

cratización de las decisiones, la formación de consensos, la transparencia y la publicidad de los actos y los procedimientos, lo que, en definitiva, fomenta el “control social”.

En segundo lugar, ya en la sentencia, la CSJN en el voto mayoritario hace lugar (parcialmente) al pedimento (en efecto, no alcanzara a los usuarios no residenciales, aspectos que procesalmente no resulta congruente con la nulidad por inconstitucionalidad e inconvencionalidad, por no haber dado cumplimiento al derecho a la participación ciudadana de los usuarios) y expresa en su Considerando 15°) que del mandato constitucional del art. 42 se extraen dos conclusiones, a saber:

a) la primera sobre el alcance amplio del derecho en cuestión, ya que se trata de “la participación ciudadana en la toma de decisiones públicas con un contenido amplio, traduciendo una faceta de control social que puede manifestarse de maneras distintas y cuya ponderación ha sido dejada en manos del legislador, al que corresponde prever el mecanismo que mejor asegure aquella participación en cada caso”; y

b) que ese derecho consagrado en la Constitución es “operativo” y, si bien podrán reglamentarse algunos procedimientos para su ejercicio, no puede sujetarse su vigencia solamente a aquellos desde que “estos son efectivos y no ilusorios, sobre todo cuando, como en el caso, se encuentra en debate un derecho humano”, “ya que, al reglamentar un derecho constitucional, el llamado a hacerlo no puede obrar con otra finalidad que no sea la de dar a aquel toda su plenitud que le reconozca la Constitución Nacional”. Y expresa, en el caso de discusión de tarifas, que el derecho no se satisface con su notificación, sino que debe garantizarse un espacio de participación y efectivo debate sobre sus alcances. Y algo muy importante, que las audiencias públicas serán una herramienta de participación, pero no la única variante, por lo cual será condición que cumplir que el procedimiento garantice la extensión plena del derecho. Y si no lo cumple la audiencia, serán otras las variables a aplicar.

En conclusión: el fallo establece las siguientes condiciones para considerar cumplido el deber

de tutela del derecho a la participación ciudadana y son:

a) acceso a la información que sea adecuada, veraz e imparcial;

b) de carácter previa a la decisión;

c) el ejercicio del derecho implica que la persona humana delibere y forme su opinión;

d) el método de participación que se implemente debe permitir un intercambio responsable;

e) y, finalmente, las opiniones deben ser consideradas en la decisión a adoptar (caso contrario será un mero y engañoso ritual).

Se trata —como dice la CSJN en su voto mayoritario con cita a Rawls (consid. 18°)— de un debate público que mejorara la legitimidad de las decisiones para arribar a un consenso entrecruzado, en base a un criterio realista de justicia.

Por otra parte, el artículo comentado promueve la participación de los usuarios, a través de sus asociaciones según la materia tutelada, en los órganos de control. Este mandato se ha concretado en algunos consejos consultivos, por ejemplo, en el caso del ENARGAS (Entre Nacional Regulador del Gas) y en el ETOSS (Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios). En el último caso se introdujo por res. del ETOSS 38/1999 y establece una “...Comisión de Usuarios, compuesta por un representante con voz y voto designado por cada una de las Asociaciones de Defensa del Consumidor debidamente inscriptas en el Registro previsto en el inc. b) del art. 43° de la ley 24.240, que representen a Usuarios de los servicios de provisión de agua potable y recolección de efluentes cloacales por red, con ámbito de actuación dentro del perímetro del Área Regulada por el ETOSS. Las intervenciones no son vinculantes, ni forman parte de la decisión del organismo, por lo cual es dable entender que es una asignatura aún pendiente de perfeccionamiento”.

II.5. Derecho a la participación de los pueblos indígenas argentinos

Por el inc. 17 del art. 75 de la CN se establece que corresponde al Congreso nacional

“...reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos, garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería Jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos; asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”.

El reclamo de la participación en los intereses que atañen a los pueblos indígenas argentinos es de larga data, pero se concreta en la reforma constitucional del año 1994. No obstante, este derecho aún no se visibiliza y requiere de la concientización de todos los poderes del Estado para su vigencia efectiva.

En efecto, desde el derecho convencional y global rige el Convenio N° 169 (11) de la Organización Internacional del Trabajo, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes que establece el deber estatal de consultar y el derecho de los pueblos originarios a ser consultados, en la etapa anterior a la adopción y aplicación de medidas de carácter legislativa o administrativa que pueda afectarlos, así como también la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, ratificada por ley 25.081 que en su art. 19 establece: “Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado”. Estas junto con las normas derivadas del régimen in-

ternacional de los derechos humanos, que comentaremos más abajo conforman reglas que ordenan a la obligada participación ciudadana de los pueblos originarios.

Ahora bien, en términos de precedentes judiciales, en nuestro país, encontramos la recepción del derecho a la participación de los pueblos indígenas en autos “Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c. Provincia del Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad” del año 2021 (12), donde la CSJN indico que debe la Provincia del Neuquén, en un plazo razonable y en forma conjunta con las comunidades indígenas, establecer una mesa de diálogo con la Comunidad Mapuche Catalán y la Confederación Indígena Neuquina, implementando la consulta que fuera omitida; y le ordeno diseñar los mecanismos permanentes de comunicación y consulta para que los pueblos originarios puedan participar en la determinación de las políticas y decisiones municipales que los involucren, adecuando de este modo, la legislación en la materia a la Constitución nacional y los tratados internacionales aplicables.

Más recientemente, en diciembre del año 2021, la CSJN dejó sentado en “Comunidad Qom Potae Napocna Navogoh c. Formosa, Provincia de y otros s/ amparo ley 16.986” (13) que “...tanto la Nación como las provincias tienen la competencia suficiente de reglamentación en materia de derechos de los pueblos originarios en sus respectivas jurisdicciones, siempre que ello no implique por parte de los estados provinciales una contradicción o disminución de los estándares establecidos en el orden normativo federal. Ello es así, ya que el adecuado respeto al régimen federal de gobierno impone a los estados locales a la hora de ejercer su potestad legisferante y reglamentaria reconocer y aceptar los respectivos estándares de referencia fijados a nivel normativa federal cuyas disposiciones constituyen una guía de contenidos mínimos a tener en cuenta por todas las provincias que integran el Estado argentino (...)”. Siendo en este caso resorte del gobierno provincial ya

(11) Convenio N° 169 de Organización Internacional del Trabajo, sobre Pueblos Indígenas y Tribales del 07/06/1989 aprobado por ley 24071 del 7 de abril 1992, que establece en su art. 6.1. que “Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente...”.

(12) Fallos 344:441.

(13) Fallo citado puede ser consultado en elDial.com - AAC9D3.

que "...la implementación del procedimiento de consulta y participación pretendido se vincula a actividades desarrolladas en territorio comunitario por autoridades provinciales, cuales son, la construcción de un centro de salud, los trabajos realizados por la Dirección Provincial de Vialidad en los caminos internos y la construcción y adjudicación de viviendas en territorio comunitario por parte del Instituto Provincial de la Vivienda" (14).

Desde la CIDH se ha formado una doctrina judicial con base en la interpretación del derecho convencional que se ha receptado en nuestro país con rango constitucional (15). En el "Caso del Pueblo Saramaka c. Surinam" (16) la Corte Interamericana expreso que, al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en "...los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tie-

(14) Un caso interesante de recepción de la participación de los pueblos indígenas, a nivel provincial dando cumplimiento a la manda de la CN comentada, es la Ley de Promoción Minera de la Provincia de Salta, ley 8164, que establece que las obras que obtengan los beneficios promocionales deberán ser declaradas de Beneficio Público, siendo esa declaración producto de una Comisión con participación de diversos representantes del poder público; y, en particular, en lo que nos interesa de un representante de las comunidades originarias legalmente constituidas" conforme reza el art. 9.

(15) Ampliar de mi autoría "La dimensión trasnacional del Derecho Administrativo" publicado en el Libro "Nuevo Estado Nuevo Derecho, Aportes para repensar el derecho público argentino, 1ª ed., octubre 2015. ISBN: 978-987-3720-41-3. Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329, CP 1041AFF, CABA; "Avances y retrocesos en materia de Derechos Humanos en los Fallos de la CSJN (A propósito de los fallos Fontevecchia y Villamil) en Fuentes y procedimiento administrativo. Cuestiones actuales y perspectivas. Jornadas de la Austral Edición: 2019 Páginas: 638 Ediciones RAP - ISBN: 978-987-694-021-4, y la investigación de base, presentada como Tesina para obtener el título de Magister Profesional en Derecho Administrativo por la Universidad Austral, en el año 1992 titulado "Sobre la existencia del Derecho Administrativo de la integración a la Luz del Tratado de Asunción, calificada con la máxima puntuación y publicada por la casa de Estudios en "Anuario N° 2 de Derecho" de la Universidad Austral. Año 1996.

(16) Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172. 133. Ver este y los demás fallos citados en Cuadernillos de jurisprudencia de la CIDH, https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo11_2021.pdf, páginas 110 a 122.

ne el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones [...]. Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si este fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones".

Otro precedente de interés es el "Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku c. Ecuador. Fondo y reparaciones". Sentencia de 27 de junio de 2012 (17), donde se destaca el derecho a la participación de las comunidades y pueblos indígenas y siguiendo la jurisprudencia reiterada del Tribunal, "...la Corte considera oportuno recordar que, de conformidad con los arts. 24 (Igualdad ante la Ley) y 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención Americana, los Estados deben garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de estas personas que están sujetas a su jurisdicción..." y que "...para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural".

La CIDH va a distinguir en el caso entre "consulta" y "consentimiento" siguiendo en este sentido lo expresado por el Relator Especial de

(17) Consultar fallo en https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf.

la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas que “[e]s esencial el consentimiento libre, previo e informado para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo” por lo cual no solo se trata de dar información o someter un tema a consulta de los pueblos originarios, sino que en el caso de tratarse del desarrollo de un plan u obra de envergadura que pueda afectar la forma de vida de esa comunidad “...la salvaguarda de participación efectiva que se requiere 3 puntos, no 4 debe entenderse como requiriendo adicionalmente la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo Saramaka, según sus costumbres y tradiciones”. También se establece que debe haber una participación en los beneficios que la política a implementar genere, ya que en “los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo, [los Estados deben garantizar] una participación mutuamente aceptable en los beneficios [...]. En este contexto, de conformidad con el art. 21.2 de la Convención, se puede entender la participación en los beneficios como una forma de indemnización razonable y en equidad que deriva de la explotación de las tierras y recursos naturales necesarios para la supervivencia del pueblo Saramaka”.

En consecuencia, ha establecido: “El reconocimiento del derecho a la consulta de las comunidades y pueblos indígenas y tribales está cimentado, entre otros, en el respeto a sus derechos a la cultura propia o identidad cultural [...], los cuales deben ser garantizados, particularmente, en una sociedad pluralista, multicultural y democrática”.

Estas reflexiones de la CIDH nos llevan a entender que las consultas que se realicen deben ser diferenciadas en razón del colectivo al cual se dirigen, ya que es el modo de garantizar la participación libre, consciente y efectiva de las personas humanas y que “...tales procesos deben respetar el sistema particular de consulta de cada pueblo o comunidad, para que pueda entenderse como un relacionamiento adecuado y efectivo con otras autoridades estatales, actores sociales o políticos y terceros interesados... La obligación de consultar a las Comunidades y Pueblos Indígenas y Tribales sobre toda medi-

da administrativa o legislativa que afecte sus derechos reconocidos en la normatividad interna e internacional, así como la obligación de asegurar los derechos de los pueblos indígenas a la participación en las decisiones de los asuntos que conciernen a sus intereses, está en relación directa con la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención (art. 1.1)” (18).

Y su falta o cumplimiento indebido, resalta la CIDH, genera responsabilidad internacional del Estado. No es un trámite una formalidad a cumplir, sino “un verdadero instrumento de participación”, “que debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas”.

En el caso “Sarayaku vs. Ecuador” la Corte determinó al Estado responsable por haber permitido que una empresa petrolera privada realizara actividades de exploración petrolera en su territorio, sin haberle consultado previamente (19). En este caso, resulta interesante resaltar que la Corte establece que el derecho a la consulta de los pueblos indígenas y tribales, además de constituir una norma convencional, es un principio general del Derecho Internacional que está cimentado, entre otros, en la estrecha relación de dichas comunidades con su territorio y en el respeto de sus derechos a la propiedad colectiva y a la identidad cultural.

En “Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros c. Honduras” (20) se vuelve a reiterar la doctrina establecida en “Saramaka”

(18) Destaca la CIDH que en al proyectar la consulta deberá tenerse en cuenta que la misma sea temprana, su carácter previo, la buena fe y la finalidad de llegar a un acuerdo, que la consulta sea adecuada y accesible, que estén realizados los estudios de impacto ambiental, y finalmente que la consulta cuente con toda la información para poder comprender la temática en forma sencilla y accesible.

(19) En similar sentido, ver “Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros c. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 08 de octubre de 2015, párr. 160.

(20) Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 304. 215.

y “Sarayaku”, por lo cual, para implementar cualquier plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción en territorios tradicionales de comunidades indígenas o tribales, el Estado debe cumplir con las siguientes salvaguardias:

i) efectuar un proceso adecuado y participativo que garantice su derecho a la consulta;

ii) realizar un estudio previo de impacto ambiental y social; y

iii) en su caso, compartir razonablemente los beneficios que se produzcan de la explotación de los recursos naturales, encontrando responsabilidad internacional del Honduras al no haber implementado debidamente la consulta previa al desarrollo.

En relación con la República Argentina, luce señera la sentencia recaída en el “Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina” (21). En este caso se trataba de si se habían realizado las consultas previas a la construcción de un puente internacional, considerado de interés público y donde se había reconocido que su construcción impactaba en la vida de las comunidades preexistentes, no obstante, el beneficio que este podría aportar como vía de comunicación. Al respecto, la Corte expreso que, debido a los “derechos políticos” de participación receptados en el art. 23 de la Convención, en cuestiones atinentes a sus tierras, los pueblos indígenas deben ser consultados de forma adecuada a través de sus instituciones representativas. Y que “si bien la Convención no puede interpretarse de modo que impida al Estado realizar, por sí o a través de terceros, proyectos y obras sobre el territorio, el impacto de los mismos no puede en ningún caso negar la capacidad de los miembros de los pueblos indígenas y tribales a su propia supervivencia”. Finalmente, la Corte concluye que el Estado incumplió su obligación de procurar mecanismos adecuados de consulta libre, previa e informada a las comunidades indígenas afectadas. Por ende, vulneró en su perjuicio el derecho de propiedad y a la participación, en relación con las obligaciones estatales de respetar y garanti-

zar los derechos. Por ese motivo, incumplió los arts. 21 y 23.1 de la Convención, en relación con el art. 1.1 del tratado.

Como vemos en este punto, el avance de la protección del derecho de acceso a la información y participación que le es debido a los pueblos aborígenes argentinos, implica que esa consulta sea formulada por el Estado de buena fe, que se tenga en cuenta en el procedimiento de acceso a la información y posterior participación atender las tradiciones culturales de los pueblos indígenas, que la información sea remitida en forma temprana —de modo que la persona humana pueda conocer los eventuales riesgos y también los beneficios que la decisión estatal podrá generar— y finalmente que pueda llegarse a un acuerdo o consentimiento expreso para poder avanzar, siendo este consentimiento libre, previo e informado.

II.6. Participación ciudadana en los Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos

La regulación del derecho a la participación de las personas humanas en los Tratados y Convenciones de Derechos Humanos va a llevarnos a otro punto de inflexión que surge desde la reforma constitucional de 1994, y es la incorporación de tales instrumentos con jerarquía “constitucional” mediante su recepción en el inc. 22 del art. 75 de la Carta Magna y el mecanismo para nuevas inclusiones de convenciones de derechos humanos, previsto en aquel.

El reconocimiento constitucional de la jerarquía máxima que se le da a los instrumentos convencionales nos lleva a pensar en el tipo de Estado que pergeña la Constitución reformada, y será cuestión de otro debate, pero no por ello menos urgente (22). Para nosotros, la constitu-

(22) Para ampliar este punto recomiendo indagar en el pensamiento agudo del Prof. Patricio Sammartino quien ya en “La causa y el objeto del acto administrativo en el Estado constitucional”, publicado en “Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras Fuentes del Derecho Administrativo”, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Ed. Rap, Buenos Aires, 2009, p. 59, su obra “Amparo y Administración en el Estado Constitucional Social de Derecho”, Abeledo Perrot, 2012, t. I y II; “Precisiones introductorias en torno a las bases del proceso administrativo en el Estado constitucional social de derecho” (ED, 30-10-15), entre otros más recientes discierne con claridad como la idea de Estado impacta

(21) Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400. 173.

cionalización de los Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos por nuestra Carta Magna nos lleva indefectiblemente a la concepción de un Estado constitucional y social de derecho, con perspectiva humanitaria y prevalencia de los derechos humanos fundamentales sobre los demás derechos (23).

En el concierto de garantías y prerrogativas —que hacen al clásico sistema de tensión que fuera manifestado por nuestros autores clásicos— aparece hoy la vigencia efectiva de los derechos humanos como fuente no solo de los derechos de los particulares y de las garantías, sino como justificación del obrar estatal, como contenido del interés público que aquel debe perseguir. Esto implica, claro está, un Estado que deberá repensar las exorbitancias del derecho, no como vestigios del poder feudal heredado por la revolución francesa, sino como

en la legitimidad del derecho administrativo y la validez de la actuación de los poderes públicos.

(23) En línea con Sammartino, se recomienda la lectura de la obra del Prof. Luigi Ferrajoli quien, se acerca a la problemática de nuestra disciplina desde el prisma penal, y ante el gran protagonismo que el Derecho Penal ha tomado en Italia desde los últimos 30 años y la aun existente falta de legalidad y descreimiento en las instituciones de gobierno, la que encuentra su causa en, al menos, dos razones: (i) la expansión de la ilegalidad en la vida pública (estado y sociedad, como cómplices o resignados) y (ii) en la demanda social de legalidad, con la pérdida de toda legitimación política. Dice al respecto que "solo un derecho penal reconducido únicamente a las funciones de tutela de bienes y derechos fundamentales puede, en efecto, conjugar garantismo, eficiencia y certeza jurídica. Y solo un derecho procesal que, en garantía de los derechos del imputado minimice los espacios impropios de la discrecionalidad judicial, puede ofrecer a su vez un sólido fundamento a la independencia de la magistratura y a su papel de control de las ilegalidades del poder. En fin, solo un efectivo pluralismo institucional y una rígida separación de poderes puede garantizar la rehabilitación de la legalidad en la esfera pública según el paradigma del estado democrático del derecho." Luego aborda la discordancia entre el sistema democrático y las mayorías. Las mismas no se identifican y en un estado constitucional de derecho, las mayorías deben estar sujetas al cumplimiento de la legalidad y por ello de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados. No es menor la tesis propuesta. Y sobre todo si la misma se extiende a nuestro sistema de derecho administrativo." FERRAJOLI, Luigi, "Derecho y razón", Ed. Trotta / 978-84-9879-046-7 y "Constitucionalismo más allá del Estado", Ed. Trotta / 978-84-9879-763-3 entre varios.

herramientas para asegurar la vida digna. Bajo este prisma, deberán pensarse entonces las acciones del Estado, ya en actos administrativos, reglamentos o contratos, responsabilidades y servicios públicos, fomento y poder de policía.

Las nuevas reglas nos ponen frente a un Nuevo Estado, preocupado por la vigencia efectiva de los Derechos Humanos, ya por la impronta de la legislación nacional y local, como por su responsabilidad internacional en virtud del catálogo de derechos que resultan desde los tratados sobre derechos humanos. Este nuevo bloque de legalidad se conforma con un ida y vuelta de lo local a lo nacional y de este a lo regional y al bloque integrado, y viceversa, sin solución de continuidad, ya que su carácter contingente y de *ius in fieri* asegurará los derechos en tanto así lo dispuso primero la CSJN y luego lo reconoció la CN.

En este nuevo orden, a medida que crece el reconocimiento de los derechos humanos aparece una nueva fuente del derecho, para tener en cuenta, ya en el ejercicio de la función pública, como en la función legislativa, y finalmente a la hora de interpretar la justicia para el caso concreto; y que es la conformada por las convenciones sobre derechos humanos y la interpretación que hace de su contenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, bajo lo que se denominado "derecho de la convencionalidad" (24). Así resultan a saber alguno de ellos:

- Ley 24759 - Convención Interamericana contra la Corrupción. Conforme inc. II, art. III se establece que a los fines expuestos en el art. II (esto es erradicar la corrupción) los Estados parte convienen en la aplicación de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales,

(24) Así lo recepto nuestra CSJN en primer lugar en el caso Giroldi (1995) para luego referirse a la doctrina en forma expresa en el año 2007, en el caso "Mazzeo" que consagró la doctrina de la CIDH que emana del caso Almonacid Arellano, al establecer que el Poder Judicial debe realizar un "control de convencionalidad" que implica tener en cuenta no solamente la letra del Tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. La Doctrina no ha sido conteste en la jurisprudencia del superior tribunal argentino, quien ha retrocedido, recientemente, en el Caso "Fontevicchia II" donde se invocó la doctrina del Margen de Apreciación Nacional. Veremos si será la doctrina definitiva o, responde a un mero caso aislado.

destinadas a crear, mantener y fortalecer mecanismos para estimular la participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción.

- Pacto de San José de Costa Rica, art. 23: Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

- Declaración Universal de los Derechos Humanos, conforme su art. 21 se establece: "Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos".

- Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos: Conforme su art. 25 se establece: "Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el art. 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades ... Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos".

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. En su art. XX establece: "Toda persona, legalmente capacitada, tiene el derecho de tomar parte en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes, y de participar en las elecciones populares, que serán de voto secreto, genuinas, periódicas y libre".

Estos derechos han generado más derechos, como los indicados en los puntos anteriores, y se han fortalecido con la doctrina de la Corte IDH, fundando el reconocimiento de la participación ciudadana como derecho humano fundamental y principio democrático a dar cumplimiento para la legitimidad de la acción de Gobierno.

III. La participación ciudadana en el régimen jurídico argentino

Dice García de Enterría —una de las fuentes más importantes del pensamiento administrativo no solo europeo, sino de gran impronta en Argentina— en su obra *Curso de derecho administrativo* que existe toda una verdadera

"ideología de la participación", al referirse a ella como una "entelequia social y política de nuestro tiempo". El autor pone el límite al concepto de participación ciudadana cuando este actúa como miembro de la comunidad, en carácter *uti socius, uti cives* y no como parte en un procedimiento como titular de intereses o derechos propios (*uti singulus*) (25).

El autor va a decir que se relaciona a lo que planteáramos al inicio de este trabajo, que "la idea de una participación de los administrados en los procesos de decisión parece capaz no solo de disminuir las disfunciones organizativas y burocráticas, sino también de obtener un nuevo *consensus*, una legitimidad nueva que permita superar la crisis actual del mando autoritario, generalizada a todas las esferas; constituye, así, la ideología participativa un verdadero contrapunto al desarrollo de los sistemas burocráticos" (26).

Si tenemos en cuenta que la primera edición del trabajo citado es del año 1977, podemos advertir cuán vigente resulta hoy, cuarenta y cinco años más tarde, esta premisa.

Otros autores (27) entienden que el derecho a la participación ciudadana no constituye un fin en sí mismo, sino que "es un medio para lograr la efectividad de otros derechos que tampoco son fines en sí mismos, (por ejemplo, el derecho a la prestación eficiente de los servicios), que constituyen los eslabones adicionales necesarios para lograr la finalidad social del Estado, la cual es atender al bienestar de los ciudadanos". Vamos a ver que no ha sido esta la interpretación que le ha dado la CSJN y que postula Damsky (28).

(25) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, "Curso de Derecho Administrativo", La Ley, Buenos Aires, 2006, 1ª ed.

(26) *Ibidem*, pp. 84-85.

(27) LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo Alberto, "De la necesidad de audiencias públicas con participación de los consumidores y usuarios en la cuestión tarifaria de los servicios público", *elDial.com* - DC21E.

(28) DAMSKY, Isaac Augusto II, "La participación ciudadana como un derecho. Sus interrogantes en la contratación administrativa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" publicado en la Obra conjunta "La contratación pública y el sistema nacional anticorrupción" ISBN: 968-

Ahora bien, siguiendo a Ivanega, con cita de González Marregot (29), si de principio se trata, este se concreta en seis sectores: el social, que implica la cogestión en asuntos tales como la educación, la cultura y la vivienda; el económico, en referencia a la incorporación de los particulares a incentivos a cooperativas, pymes o asociaciones de bien público; la defensa de derechos humanos frente al Estado y a empresas privadas, ámbito donde se destaca la labor de organizaciones no gubernamentales y asociaciones civiles; la planificación local, que comprende el planeamiento urbano, el presupuesto participativo, etc.; la elección de representantes comunitarios, como es en el caso de la Ciudad de Buenos Aires con la elección de las Juntas Comunales; y la posibilidad de elegir a los integrantes de los poderes del Estado, del Ejecutivo y Legislativo, incluyendo aquí la posibilidad incluso de presentar proyectos de ley, conocido como iniciativa popular.

La crisis de representación de los partidos políticos y de los poderes mismos del Estado ha hecho crecer la actividad de los ciudadanos en organizaciones no gubernamentales y organizaciones sociales de defensa de derechos humanos o de carácter colectivo, como el derecho al ambiente o el derecho de los consumidores. La Administración debe entonces ser capaz de canalizar sus reclamos, propendiendo a su vez a su actuación responsable en un marco de solidaridad y tolerancia.

La clasificación que hace Enterría (30), y que es seguida por Reiriz (31), habla de tres tipos de participación: una actuación orgánica,

cuya principal característica es la incorporación de los ciudadanos, en su calidad de tales, a los órganos o entes estatales; una actuación funcional, en la que el ciudadano ejerce funciones administrativas desde su posición privada; y por último una actuación cooperativa, en la que el particular, sin dejar de actuar como tal y sin cumplir funciones materialmente públicas, secunda con su actuación privada el interés general en un sentido específico que la Administración propugna. Abordaremos ahora cada actuación en particular.

La participación orgánica abarca, como hemos dicho, aquellas situaciones en que los ciudadanos se insertan en cuanto a su calidad de ciudadano mismo en órganos formalizados de entidades administrativas. Debemos en esta categoría diferenciar la participación en corporaciones públicas no estatales, es decir, la que constituye la actuación de los Colegios Profesionales, Cámaras comerciales e industriales, sindicatos y cooperativas. Estas entidades, si bien no forman parte de los cuadros de la Administración, realizan funciones administrativas en a base a prerrogativas públicas encomendadas por el Estado, debido al interés público que presenta su actividad, esto es, la regulación, control, disciplina y fomento de las actividades de sus asociados. Esta forma de participación de carácter corporativa implica que los mismos miembros que lo forman son, a su vez, su sostén económico; quienes designan sus autoridades y; los destinatarios de su acción colectiva, en una suerte de "autoadministración". De esta manera, bajo la figura de la voluntad del ente, el sistema tiene como fin expresar el interés de todos los representados.

Estamos ante otro supuesto, cuando el ciudadano participa, como tal, en un órgano de la Administración, centralizada o descentralizada. Este tipo de participación se da en general en órganos especializados de control, asistencia, propuesta y consejo, es decir, excluyendo los órganos decisorios. Así lo prevé el art. 42 de la Constitución Argentina, al cual ya hemos hecho referencia. Así, por ejemplo, el Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios (ETOSS) cuenta con la participación de organizaciones de consumidores y usuarios que defienden sus derechos frente al concesionario y es consultada por el directorio.

607-30-3013-7. Ver en <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/59236>.

(29) GONZÁLEZ MARREGOT, Miguel, "La participación ciudadana como paradigma de gobierno", Opinión y Análisis, Venezuela, agosto de 2005, citado en IVANEGA, Miriam Mabel, "Instrumentos de participación ciudadana en la formación de los contratos administrativos", Revista de Derecho Público 2007-2 Contratos Administrativos II, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2007, p. 82.

(30) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, ob. cit., p. 85.

(31) REIRIZ, María Graciela, "La participación ciudadana en la gestión administrativa y el control", Revista Jurídica de Buenos Aires 2004, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005, p. 407 y ss.

En cuanto a la participación en los órganos de decisión, García de Enterría encuentra que ello se da por ejemplo en el ejercicio de las obligaciones como autoridades de mesa en los procesos electorarios, donde presidente y suplente son elegidos al azar o entre cierta categoría de ciudadanos y tienen la facultad de elaborar la planilla oficial de la mesa. Este es un caso muy particular, y en realidad la decisión del voto la tiene cada ciudadano que lo expresa en la urna, y no las autoridades que verifican ese proceso.

La participación por gestión de intereses es otra alternativa. Es el caso de la designación por ejemplo del titular del órgano de control externo por excelencia en nuestro país, que es la Auditoría General de la Nación, el cual es designado a propuesta del partido político de oposición con mayor representación. Otros ejemplos pueden ser en organismos que representan sectores de la producción, los servicios, usuarios y consumidores, colegios profesionales, etc.

Finalmente, otro caso característico de participación ciudadana en órganos públicos es a través de la colaboración de expertos profesionales, no identificados con los sectores políticos. García de Enterría advierte en esta categoría la labor de las Royal Commissions inglesas, que son designadas por el Parlamento para proponer reformas legislativas o para la investigación de un tema específico.

En Argentina, se aplica este proceso de validación previa con diferentes actores de incidencia en la cuestión, como fue por ejemplo el procedimiento aplicado para la sanción de la Ley de Medios Audiovisuales o recientemente el proyecto de Ley Hugo Cormick sobre la formación de cuadros de la administración pública, actualmente en trámite parlamentario.

La característica fundamental de esta participación es la calidad técnica expresada de manera libre y crítica, sin agenciar sectores sociales o políticos, sino culturales, sociales, intelectuales, deportivos, técnicos, etc. En nuestro país un ejemplo es el INTA —Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria— que se encuentra conformado por representantes de la Secretaría de Agricultura y Ganadería de la Nación, productores agropecuarios y a las Facultades de Agronomía y de Veterinaria.

Analicemos ahora la participación funcional.

Esta supone una actuación ciudadana por fuera del aparato administrativo, aunque ejercitando funciones materialmente públicas, en colaboración con la Administración. Siguiendo el criterio de García de Enterría (32) distinguiremos tres supuestos:

a) Participación en sistemas de información pública: En este caso, en palabras de Enterría, se trata de “tantear de manera previa los posibles intereses que puedan resultar afectados, la previsión de aceptaciones o de repulsas que puedan resultar afectados” (33). Reiriz (34) enmarca en este ámbito al acceso a la información pública, derecho de raigambre constitucional.

En nuestro país, el derecho de acceso a la información pública tuvo una importante regulación en el Reglamento General del Acceso a la Información Pública, contenido como Anexo VII del dec. del Poder Ejecutivo nacional 1172/2003, aplicable a toda la Administración centralizada y descentralizada del Poder Ejecutivo nacional, dejando afuera los restantes poderes estatales, a diferencia de la ley 104 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sobre el mismo tema que sí abarca al Poder Legislativo y Judicial. Actualmente está regulado en la Ley de Acceso a la Información Pública que se analizará más abajo.

En este apartado también incluiremos el procedimiento de audiencia pública, el cual constituye un derecho de carácter constitucional destinado a permitir exponer argumentos y sugerencias y evacuar consultas del público en general en carácter previo a la toma de decisiones de carácter general, que implican una gran trascendencia social o generan un impacto ambiental, urbano (35) o socioeconómico sobre la población toda.

(32) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, ob. cit., ps. 91 y ss.

(33) Ibidem.

(34) REIRIZ, María Graciela, ob. cit., p. 414 y ss.

(35) En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por conducto de la ley 6 y modificatorias, la realización de audiencias públicas es obligatoria “...antes del tratamiento legislativo de proyectos de normas de

b) Denuncias de diversos tipos. Se hace referencia a la facultad que tienen las personas para denunciar hechos de gravedad o impacto al interés general, ante la Administración o en los estrados judiciales que corresponda. Es claro que según sea la afectación del derecho, esta puede constituir una obligación positiva de denunciar.

c) Ejercicio de acciones populares.

d) Peticiones o propuestas que no suponen reclamos o ejercicio de otros derechos, como puede tratarse de iniciativas o sugerencias.

Finalmente, se encuentra una tercera forma de participación ciudadana caracterizada como colaborativa o cooperativa.

Aquí, se trata de un supuesto de cooperación prestada desde fuera de la Administración, tanto porque no se integra en los cuadros de la Administración ni se ejercen funciones públicas, es decir se trata de una actividad desarrollado por sujetos privados, en su esfera, pero que por los intereses generales tutelados se alinean con los que debe proteger la Administración.

Implica entonces una colaboración en los programas o actividades que la Administración patrocina y promueve. Un ejemplo claro serían las campañas orientadas a los usuarios del servicio de gas y luz para su uso responsable, los encuentros para atender problemáticas como la denominada Mesa Argentina contra el hambre (36), los observatorios de procesos de gestión, tales como el de la Obra Pública (37), entre otros, donde participan diferentes referentes de la sociedad civil, empresarial, sindical, así como intelectuales, académicos y científicos.

Ivanega (38) distingue también otro tipo de clasificación teniendo en cuenta la protección

edificación, planeamiento urbano, emplazamientos industriales o comerciales, o ante modificaciones de uso o dominio de bienes públicos."

(36) Ver en <https://www.argentina.gob.ar/noticias/ mesa-argentina-contra-el-hambre>.

(37) Ver en <https://www.argentina.gob.ar/obras-pu- blicas/Observatorio>.

(38) IVANEGA, Miriam Mabel, "Instrumentos de participación ciudadana en la formación de los contratos administrativos", Revista de Derecho Público 2007-2

concedida por el ordenamiento jurídico: la participación será tutelada cuando el ordenamiento otorgue al administrado el derecho exigible en sede administrativa y judicial de tomar parte como colaborador en el ejercicio de la función administrativa; mientras que esta será de carácter discrecional cuando la colaboración del particular se presente como una posibilidad, una alternativa sujeta a la decisión del funcionario que ostente el cargo con la competencia que se trate.

En la jurisprudencia encontramos algunos antecedentes que refuerzan la importancia y características del derecho a la participación. Una de las más conocidas e importantes es la que ventiló la problemática del saneamiento ambiental de la Cuenca Matanza Riachuelo "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios" fallada por la CSJN en el año 2008 (39) la cual trato uno de los conflictos ambientales más grave y de más vieja data de la región denominada AMBA (Área Metropolitana de Buenos Aires), afectada por una contaminación de Riachuelo. En este caso la CSJN en primer término convoca a una Audiencia Pública para mejor decidir. En el caso, como dice Verbic, "es posible advertir que la estructura y el objeto de la decisión comulgan en gran medida con los contornos que adquieren las *structural injunctions* en el sistema estadounidense" (40). En el proceso, por ende, se admiten todos los sujetos involucrados en la problemática, ya desde el ámbito público como por ejemplo las autoridades nacionales, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 14 municipios alcanzados por la ría y su contaminación y la Provincia de Buenos Aires, por un lado, y por el otro la parte actora, empresas afectadas, ONG, el Defensor del Pueblo, entre otros. Ordena de un modo proactivo, como nunca antes había ocurrido, crear una Autoridad tripartita que nucleee Nación, Pro-

Contratos Administrativos II, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2007, p. 82.

(39) CSJN, causa M.1569.XL.

(40) Ampliar en VERBIC, Francisco, "El remedio estructural de la causa 'Mendoza'. Antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación", Anales nro. 43 - Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales, U.N.L.P. 2013, La Plata, Provincia de Buenos Aires, Argentina, pp. 267 a 286.

vincia y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires denominada ACUMAR (Autoridad de la Cuenca Matanza Riachuelo) hacer responsable a esa autoridad de la contaminación y establecer un plan de saneamiento con un plazo máximo de cumplimiento. Pone a cargo del control judicial a un juzgado federal con asiento en la zona de influencia (Quilmes) y con el declarado objetivo de fortalecer la participación ciudadana en la causa, designa al Defensor del Pueblo de la Nación como coordinador de un cuerpo colegiado a conformarse con las distintas organizaciones no gubernamentales presentadas en la causa con el objeto de (i) recoger sugerencias de la ciudadanía y darles el trámite adecuado; (ii) recibir información; y (iii) formular planteos concretos ante la ACUMAR para el mejor logro de los objetivos establecidos en el programa.

IV. Acceso a la información como herramienta esencial de participación ciudadana

La denominada "vista" de las actuaciones era hasta hace unos años atrás la única manera de poder saber de cuestiones públicas que alcanzara nuestros derechos. Ahora bien, para proceder a su acceso, el reglamento de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos establecía en su art. 38 una restrictiva aplicación, donde se debía acreditar las famosas categorías de legitimación de derechos subjetivos o interés legítimo en el trámite sobre el cual se pedía información. Si tenemos en cuenta que incluso en nuestro país, hasta bien entrada la democracia aun existía leyes y actuaciones secretas, no era curioso que la vista fuera restringida y el acceso a la información vedado al interés jurídico protegido. O mediante orden judicial.

En su actual redacción, el art. 38 (41) si bien introduce el pedido de la Vista por medios elec-

(41) Art. 38.- Vista. La parte interesada, su apoderado o letrado patrocinante, podrán tomar vista del expediente durante todo su trámite, con excepción de actuaciones, diligencias, informes o dictámenes que a pedido del órgano competente y previo asesoramiento del servicio jurídico correspondiente, fueren declarados reservados o secretos mediante decisión fundada del respectivo Subsecretario del Ministerio o del titular del ente descentralizado de que se trate: a. Vista de Expedientes en soporte papel. En aquellos casos excepcionales de expedientes que tramiten en soporte papel el pedido de vista podrá hacerse verbalmente y se dará, sin necesidad de resolu-

trónicos, nada innovo con relación a las categorías de legitimados para acceso al expediente. Por ende, en este caso, vamos a advertir que los sistemas electrónicos no van a facilitar su concesión, sino que por el contrario la han burocratizado.

Vayamos entonces a las normas que introdujeron los regímenes de Acceso a la Información. En primer lugar, estuvo reglamentado por el dec. 1172/2003. Este régimen establecía:

(i) El acceso a la información como derecho esencial, que no puede ser cercenado por la situación jurídica subjetiva que ostenta el requirente. En sentido se adelanta a la jurisprudencia del caso "Halabi" (42) y elimina las categorías

ción expresa al efecto, en la oficina en que se encuentre el expediente, aunque no sea la Mesa de Entradas o Receptoría. Si el peticionante solicitare la fijación de un plazo para la vista, aquél se dispondrá por escrito rigiendo a su respecto lo establecido por el art. 1º, inc. e), aparts. 4) y 5), de la ley 19.549 de Procedimientos Administrativos. El día de vista se considera que abarca, sin límites, el horario de funcionamiento de la oficina en la que se encuentre el expediente. A pedido del interesado, y a su cargo, se facilitarán fotocopias de las piezas que solicitare. b. Vista de expediente electrónico. La solicitud y otorgamiento de vista de los expedientes electrónicos se hace de acuerdo con los siguientes procedimientos: 1. La consulta sin suspensión de plazo de las actuaciones por medios electrónicos en la plataforma TAD es automático y no requerirá de solicitud expresa del interesado. El usuario o el apoderado podrán acceder al contenido de los expedientes que haya iniciado a través de dicha plataforma TAD. El usuario podrá consultar la última fecha de modificación, el estado del expediente y su ubicación actual; también tendrá acceso a los documentos que se hayan vinculado. Si el trámite está en curso, mediante el documento Constancia de Toma de Vista, queda registro de la consulta dentro del expediente electrónico, sin suspensión de plazo. 2. El otorgamiento de vista con suspensión de plazo de las actuaciones por medios electrónicos requerirá petición expresa del interesado o apoderado por escrito. 3. La vista se podrá otorgar mediante copia del expediente electrónico en un soporte informático que aporte el interesado o el organismo. 4. A pedido del interesado y a su cargo, se facilitarán copias en soporte papel de los documentos electrónicos que solicitare

(42) "Halabi, Ernesto c. PEN - ley 25.873, dec. 1563 s/ amparo". CSJN, H.270, XLII del 24 de febrero de 2009 (Fallos 332:111), donde el Tribunal Máximo del país amplió las categorías de legitimación, residenciando derechos de incidencia colectiva que protegen "intereses individuales homogéneos" casos en los cuales existe un hecho único o continuado que provoca la lesión de un grupo de personas que tienen intereses individuales divisibles

de legitimación, cuando de acceso a la información se trata.

(ii) Las Audiencias Públicas: el régimen establece en lo que interesa un reglamento para realización de audiencias públicas muy amplio, que incluso puede ser requerido por un particular. En todos los casos la legitimación es amplia, para reclamar la audiencia pública o ser parte. No obstante, la decisión de su convocatoria es de resorte del organismo a cargo del trámite de que se trate.

El procedimiento de Audiencias Públicas tiene sus “pros y contras,” a saber: (i) por un lado permite llevar en forma organizada el acto; se lleva un Registro de oradores que hacen visibles y por ende responsables a los interesados y la facultades de ordenamiento del procedimiento a cargo del Presidente de la Audiencia convocada, que incluso puede aunar presentaciones con intereses comunes, u ordenar el retiro de los oradores que afecten el normal desarrollo de la audiencia, así como la publicidad que se da a todo el trámite y sus constancias taquigráficas permitan además preservar las constancias del proceso, son aspectos positivos. También que se debe elaborar un informe final ponderado por la autoridad convocante de modo de refutar o tomar los dichos de los participantes en la audiencia, como ejercicio del derecho a ser oído; (ii) por otra parte resultan aspectos cuestionables que la Audiencia no es vinculante, por lo cual terminada esta como proceso, el convocante puede apartarse de lo allí ocurrido y continuar con el procedimiento de contratación, por ejemplo, aun cuando se hayan receptado muchas críticas a objeto puesto en discusión; tampoco es alentador que no exista una ponderación de intereses en juego y finalmente, el Informe Final que es elaborado por la misma autoridad de implementación de la audiencia,

pero homogéneos en el hecho generados de la lesión. Y es por esa homogeneidad fáctica o normativa que corresponde - para la Corte - que se tramite en un solo juicio, con efectos expansivos de cosa juzgada a todos los que estén la misma situación. Este fallo es además interesante porque también pone en mora al Congreso en el dictado de una norma que regule la denominada Acción de Clase, dictado que nunca sucedió y que fue finalmente cubierto por la Corte mediante Acordadas 32/2014 y 12/2016 que crearon el Registro y el Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos.

lo que le quita independencia de criterio. Dice Damsky: “...Este desaliento, no se nos escapa, se afianza en la difusa ‘vinculatoriedad’ de los mecanismos participativos. Problema que mereció tratamiento por nuestro Máximo Tribunal en el Caso ‘Cepis’ (43) ... al reafirmar la amplitud y operatividad del derecho a la participación en el marco de audiencias públicas unido al deber de la autoridad de tomar en consideración las posiciones allí ventiladas” (44).

(iii) Elaboración participativa de las normas: este procedimiento se aplicaba a toda la administración pública sea centralizada o descentralizada, incluyendo a las sociedades de propiedad o régimen estatal, y abre un espacio institucional para la expresión de opiniones y propuestas respecto a proyectos de normas administrativas y proyectos de ley. Al igual que la audiencia pública no tiene carácter vinculante, puede ser abierto a pedido de cualquier interesado, y es decisión de la autoridad responsable acceder fundadamente o no a el pedido y notificarlo. El procedimiento es escrito, se inicia con la convocatoria a expresar opiniones, se abre un registro de interesados, y la autoridad responsable, luego de analizar las presentaciones, las evalúa y las que considere incorpora al expediente y fundadamente a la norma que se propone dictar. Vemos en este procedimiento los mismos pros y contras que presenta la audiencia pública, con la diferencia del sistema escrito, que es el punto más ponderable como registro de las opiniones.

La norma comentada fue sustituida por la ley 27.275, que consagra como ley formal y material el Derecho al Acceso a la Información Pública, cuyo objeto es garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información pública, promover la participación ciudadana y la transparencia de la gestión pública, introduciendo los principios de (a) presunción de publicidad; (b) transparencia y máxima divulgación; (c) informalismo; (d) máximo acceso; (e) apertura; (f) disociación; (g) no discriminación; (h) máxima premura; (i) gratuidad; (j) control; (k) responsabilidad; (l) alcance limitado de las excepciones;

(43) Citado más arriba nota 11, consultar también en CSJN Fallos 339: 1077.

(44) DAMSKY, Isaac Augusto II, op. cit., nota 22.

(m) *in dubio pro petitor*; (n) facilitación; y (o) buena fe.

Establece sin cortapisas el “derecho de acceso a la información pública” que comprende la posibilidad de buscar, acceder, solicitar, recibir, copiar, analizar, reprocesar, reutilizar y redistribuir libremente la información bajo custodia de los sujetos obligados cuya enumeración se encuentra en el art. 7° de la ley y que incluye a todos los poderes públicos, aquellos que ejerzan función pública, ya sean de naturaleza pública o privada o de capital estatal o privados, así como también quienes tengan asignación de recursos estatales o privilegios de explotación de permisos, concesiones o autorizaciones, tales como por ejemplo las empresas privadas dedicadas al juego de azar o los servicios públicos.

La ley establece además un procedimiento para ejercer el derecho, que implica efectuar el requerimiento a la autoridad o persona responsable, quien deberá informar en el plazo de 15 días hábiles administrativos, prorrogables por otros 15 días hábiles administrativos más. En caso de no haber respuesta, ser insuficiente o denegatoria expresa, se abre la posibilidad de interponer una acción judicial rápida y expedita, que no requiere el agotamiento de la vía administrativa y que deberá plantearse dentro del plazo de 40 días hábiles judiciales, desde que la fecha del rechazo, incumplimiento o silencio.

Cabe destacar que el rechazo al acceso a la información para que sea válido debe ser fundado, por ejemplo, en la protección de datos personales o la transmisión de datos sensibles y así lo ha sentado la CSJN en CIPPEC (45), como *ultima ratio* y debiendo tener en cuenta el carácter amplio del derecho de acceso a la información y los principios que la informan. Por ello, si

(45) La CSJN tuvo la oportunidad de establecer esta protección en autos "CIPPEC c. EN - M° Desarrollo Social - dec. 1172/03 s/ amparo ley 16.986" del 26 de marzo del 2014, donde estableció que se entiende por datos sensibles aquellos datos contenidos en los sistemas de información de los sujetos obligados que deben resguardarse de ser proactivamente difundidos porque puedan revelar origen racial o étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas o morales, afiliación sindical, información referente a la salud o a la vida sexual o cualquier otro dato que pueda producir, por su naturaleza o su contexto, algún trato discriminatorio a su titular.

la denegatoria o el incumplimiento es infundado, los funcionarios actuantes serán pasibles de responsabilidades civiles, administrativas e incluso penales, que correspondan.

La ley también crea dos organismos: (a) la Agencia de Acceso a la Información Pública, que es un ente autárquico, con autonomía funcional en el ámbito del Poder Ejecutivo nacional y tiene como objeto velar por el cumplimiento de los principios y procedimientos establecidos en la ley, garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información pública y promover medidas de transparencia activa; y (b) el Consejo Federal para la Transparencia, que es un organismo interjurisdiccional de carácter permanente, que tendrá por objeto la cooperación técnica y la concertación de políticas en materia de transparencia y acceso a la información pública. Cabe destacar que en ninguno de ellos se ha dado cumplimiento cabal a la manda constitucional de participación activa de los usuarios, a través de sus entidades representativas en el gobierno de las entidades reguladoras, como pueden asimilarse, en particular la Agencia.

El régimen, debemos destacar, pone el acento en lo que introduce como Transparencia Activa (46), que configura la obligación de los

(46) Regulado en el art. 32, que establece que "Los sujetos obligados enumerados en el art. 7° de la presente ley, con excepción de los indicados en sus incs. i) y q), deberán facilitar la búsqueda y el acceso a la información pública a través de su página oficial de la red informática, de una manera clara, estructurada y entendible para los interesados y procurando remover toda barrera que obstaculice o dificulte su reutilización por parte de terceros. Asimismo, los sujetos obligados deberán publicar en forma completa, actualizada, por medios digitales y en formatos abiertos: a) Un índice de la información pública que estuviere en su poder con el objeto de orientar a las personas en el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, indicando, además, dónde y cómo deberá realizarse la solicitud; b) Su estructura orgánica y funciones; c) La nómina de autoridades y personal de la planta permanente y transitoria u otra modalidad de contratación, incluyendo consultores, pasantes y personal contratado en el marco de proyectos financiados por organismos multilaterales, detallando sus respectivas funciones y posición en el escalafón; d) Las escalas salariales, incluyendo todos los componentes y subcomponentes del salario total, correspondientes a todas las categorías de empleados, funcionarios, consultores, pasantes y contratados; e) El presupuesto asignado a cada área, programa o función, las modificaciones durante cada

sujetos alcanzados, de brindar información en forma casi simultánea a su producción, mediante el uso de plataformas virtuales.

ejercicio anual y el estado de ejecución actualizado en forma trimestral hasta el último nivel de desagregación en que se procese; f) Las transferencias de fondos provenientes o dirigidos a personas humanas o jurídicas, públicas o privadas y sus beneficiarios; g) El listado de las contrataciones públicas, licitaciones, concursos, obras públicas y adquisiciones de bienes y servicios, especificando objetivos, características, montos y proveedores, así como los socios y accionistas principales, de las sociedades o empresas proveedoras; h) Todo acto o resolución, de carácter general o particular, especialmente las normas que establecieran beneficios para el público en general o para un sector, las actas en las que constara la deliberación de un cuerpo colegiado, la versión taquigráfica y los dictámenes jurídicos y técnicos producidos antes de la decisión y que hubiesen servido de sustento o antecedente; i) Los informes de auditorías o evaluaciones, internas o externas, realizadas previamente, durante o posteriormente, referidas al propio organismo, sus programas, proyectos y actividades; j) Los permisos, concesiones y autorizaciones otorgados y sus titulares; k) Los servicios que brinda el organismo directamente al público, incluyendo normas, cartas y protocolos de atención al cliente; l) Todo mecanismo o procedimiento por medio del cual el público pueda presentar peticiones, acceder a la información o de alguna manera participar o incidir en la formulación de la política o el ejercicio de las facultades del sujeto obligado; m) Información sobre la autoridad competente para recibir las solicitudes de información pública y los procedimientos dispuestos por esta ley para interponer los reclamos ante la denegatoria; n) Un índice de trámites y procedimientos que se realicen ante el organismo, así como los requisitos y criterios de asignación para acceder a las prestaciones; o) Mecanismos de presentación directa de solicitudes o denuncias a disposición del público en relación a acciones u omisiones del sujeto obligado; p) Una guía que contenga información sobre sus sistemas de mantenimiento de documentos, los tipos y formas de información que obran en su poder y las categorías de información que publica; q) Las acordadas, resoluciones y sentencias que estén obligados a publicar de acuerdo con lo establecido en la ley 26.856; r) La información que responda a los requerimientos de información pública realizados con mayor frecuencia; s) Las declaraciones juradas de aquellos sujetos obligados a presentarlas en sus ámbitos de acción; t) Cualquier otra información que sea de utilidad o se considere relevante para el ejercicio del derecho de acceso a la información pública. El acceso a todas las secciones del Boletín Oficial será libre y gratuito a través de Internet". A su vez el art. 33 establece que "Las obligaciones de transparencia activa contenidas en el art. 32 de la presente ley, se entienden sin perjuicio de la aplicación de otras disposiciones específicas que prevean un régimen más amplio en materia de publicidad".

Ahora bien, la información publicada en los sitios web debe estar incorporada de manera sencilla, accesible y oportuna, de modo de evitar el síndrome del laberinto, cubriendo los siguientes ejes temáticos: (i) institucional: características y funcionamiento de las áreas de gobierno; (ii) control e integridad: medidas de control sobre el accionar de funcionarios y áreas de gobierno; (iii) presupuesto: asignación y ejecución; (iv) compras públicas: compras, contrataciones y adquisiciones de bienes, servicios y obras públicas en sus distintas modalidades; (v) recursos humanos: composición y gestión de los recursos humanos que prestan servicios en el gobierno; (vi) gestión: programas, actividades y proyectos; (vii) trámites y servicios: descripción, instructivos y contactos; (viii) participación ciudadana: mecanismos de consulta, participación y colaboración; (ix) permisos: habilitaciones y permisos de uso, explotación o construcción en la Ciudad; (x) bienes: inmuebles o muebles que el gobierno administra, concesiona, alquila, compra o vende; (xi) normativa: leyes, decretos, resoluciones y convenios aprobados o presentados; (xii) estadísticas: indicadores e información censal relevante.

Ahora bien, la norma no regula el sistema de Audiencia Pública quedando para los casos regulados por los institutos particulares o su inclusión discrecional por la Autoridad de que se trate, ni tampoco el régimen de elaboración participativa de normas que si regulaba el régimen anterior del dec. 1172/2003. Es esta una regulación que debería revisarse para su inclusión en futuros regímenes.

V. La participación ciudadana en los contratos de la Administración

Podemos situar uno de los primeros ensayos del régimen de audiencias público en el año 1958, a través del dec. 6864 (47) que estableció

(47) BO, 09/06/1958. El art. 7 de dicho decreto establece: "Los estudios para el establecimiento de nuevos servicios o modificación de los existentes, serán realizados por la Dirección General del Transporte, formulando todas las consultas que estime necesarias para determinar la necesidad de los mismos. Podrá considerar a tales efectos cualquier sugerencia privada al respecto, sin que ello importe derecho alguno para quien la formule y si lo estimare conveniente promoverá una audiencia pública para la solución y discusión de los puntos cuestionados.

el procedimiento previo de audiencias públicas para consultar a la ciudadanía acerca de su parecer respecto del establecimiento de servicios de líneas de transporte intercomunal de pasajeros en la provincia de Buenos Aires.

Otra de las leyes más antiguas que recepta el sistema de participación ciudadana es la ley 17.285, del año 1967, la que en su art. 102 establece que “los servicios de transporte aéreo serán realizados mediante concesión otorgada por el Poder Ejecutivo si se trata de servicios regulares, o mediante autorización otorgada por el Poder Ejecutivo o la autoridad aeronáutica, según corresponda, en el caso de transporte aéreo no regular”. El procedimiento para la tramitación de las concesiones o autorizaciones será fijado por el Poder Ejecutivo quien establecerá un régimen de audiencia pública para analizar la conveniencia, necesidad y utilidad general de los servicios, pudiéndose exceptuar de dicho régimen los servicios a realizar con aeronaves de reducido porte. Y podemos mencionar otros supuestos de participación de la ciudadanía en el régimen de comunicaciones (el dec. 1883/1991 introduce la audiencia pública obligatoria antes de las modificaciones tarifarias) y en materia de planeamiento y desarrollo urbano es una herramienta esencial de tutela de los derechos de los ciudadanos.

El régimen de participación ciudadana, en materia de contratos, debe partir de la base del dec. legislativo 1023/2001 que establece la participación ciudadana en la formación de los pliegos y bases licitatorias, así como en las demás etapas del proceso, de modo de garantizar la transparencia de la gestión. En efecto, dicen los arts. 8° y 9° del decreto citado: “Art. 8° - Observaciones al proyecto de pliego. Cuando la complejidad o el monto de la contratación lo justifique, a juicio de la autoridad competente, el llamado deberá prever un plazo previo a la publicación de la convocatoria, para que los interesados formulen observaciones al proyecto de pliego de bases y condiciones particulares, conforme lo determine la reglamentación. Art. 9° - Transparencia. La contratación pública se desarrollará en todas sus etapas en un contexto de transpa-

Los informes deberán considerar fundadamente la conveniencia del nuevo servicio, modificación o extensión, en relación a cada inc. del art. 9 de la ley”.

rencia que se basará en la publicidad y difusión de las actuaciones emergentes de la aplicación de este régimen, la utilización de las tecnologías informáticas que permitan aumentar la eficiencia de los procesos y facilitar el acceso de la sociedad a la información relativa a la gestión del Estado en materia de contrataciones y en la participación real y efectiva de la comunidad, lo cual posibilitará el control social sobre las contrataciones públicas”.

Por su parte, el régimen del dec. 1030/2016, reglamentario del dec. legislativo 1023/2001, el cual establece en su art. 26 una suerte de participación ciudadana a través de la figura de las “Observaciones” al Proyecto de Pliego de Condiciones Particulares y cuando se justifique en la complejidad del asunto, por el monto involucrado, o cuando se trate de procedimientos en que no fuere conveniente preparar por anticipado las especificaciones técnicas o las cláusulas particulares completas, corresponderá que el titular de la unidad operativa de contrataciones autorice la apertura de una etapa previa a la convocatoria, para recibir observaciones al proyecto de pliego de bases y condiciones particulares.

La redacción es bastante confusa y se aparta de los prescripto por el régimen que pretende reglamentar, aumentado la discrecionalidad y no luce como herramienta idónea para acceso a la información previa y de consulta a la ciudadanía.

El reglamento si, debemos decirlo, tiene una fuerte impronta en garantizar la transparencia a través de la publicidad o comunicación a los diferentes actores del sector que se trate, en los arts. 40 a 47 destacándose:

a) Plazo para formular observaciones y publicación en el sitio de la OMC.

b) Posibilidad de reuniones para recibir las observaciones al proyecto de pliego de bases y condiciones particulares o promover el debate entre los interesados acerca del contenido de este. De los temas tratados en esas reuniones y con las propuestas recibidas, se labrará acta que firmarán los asistentes que quisieren hacerlo.

c) Todo trámite debe ser de acceso libre a todos los interesados.

d) Una vez terminada la etapa las respectivas unidades operativas de contrataciones de las jurisdicciones o entidades contratantes, elaborarán el pliego de bases y condiciones particulares definitivo conforme con los criterios técnicos, económicos y jurídicos que, a juicio de las autoridades competentes, correspondan teniendo en cuenta las opiniones vertidas por los interesados en la medida en que se consideren pertinentes, preservando los principios establecidos en el dec. delegado 1023/2001 y sus modificaciones.

e) Finalmente, en el acto administrativo que apruebe el pliego definitivo se deberá efectuar una evaluación concreta y razonada de cada una de las observaciones formuladas (48).

Ahora bien, destacamos que en materia de información contractual es destacable los modelos denominados “contratos abiertos” donde todos y cada uno de los actos que se van perfeccionando se ponen a disposición de la ciudadanía. Este supuesto no cubre por cierto la necesidad de acceder a la información o la consulta previa, siendo la herramienta esencial el régimen de acceso a la información.

Entonces ¿cómo se supera la falta de consulta pública? O el débil modelo de acceso a la información, previa a la toma de la decisión. En la práctica vamos a ver que los casos se plantean en la justicia, ya a través del derecho al acceso a la información o la acción de amparo. En este sentido la CSJN ha fallado a favor del acceso a la información en el célebre caso “Giustiniani c. YPF” (49) el cual trataba sobre el acceso al acuerdo de explotación de hidrocarburos no convencionales suscripto entre Chevron e YPF y denegada *prima facie* por la compañía petrole-

(48) Previo al dictado del dec. 1030/2016, regía como reglamentario del dec. delegado 1023/2001 el decreto 436/2000. En dicho régimen, ya estaba previsto una etapa previa a la convocatoria de oferentes para recibir observaciones al pliego, “cuando la complejidad o el monto lo justifiquen”.

(49) “Giustiniani, Rubén Héctor c. YPF SA s/ amparo por mora” fallo de la CSJN del 10 de noviembre de 2015. Id SAJ: FA15000237 y “Gioja, José Luis c. EN - DNV s/ amparo ley 16.986” CNCAF, Sala I, Causa N° 5171/2019.

ra estatal. Por su parte la Cámara Nacional Contencioso Administrativo Sala I, siguió el mismo criterio en autos “Gioja, José Luis c. EN - DNV s/ amparo ley 16.986”, del año 2019, donde se trataba del pedido de información a la DNV sobre el monto en dólares y/o pesos de cada uno de los ítems, renglones y/o rubros de cada uno de los contratos adjudicados bajo el programa denominado “Rutas y Autopistas Seguras” y que había sido denegado por la DNV. Como corresponde, la Sala I de la CNCAF ordena abrir la información del proceso licitatorio.

VI. La participación ciudadana en el urbanismo

En las comunas ciudades, villas, la participación de las personas humanas, vuelve a ser una de las herramientas esenciales de buena gestión pública, ya que no hay ámbito más amigable para el encuentro del estado y la sociedad que el núcleo básico de la vida en sociedad: esto es la Ciudad.

Por ende, cuando estamos hablando de la ciudad que vivimos y donde se nos hace más o menos feliz el transcurrir, luce emblemática la consulta a la ciudadanía.

Como es local, coyuntural, doméstica y en constante evolución, como la vida de las personas, el derecho a la participación de los ciudadanos en el ámbito urbano va a seguir las directrices del derecho a la ciudad, a vivir en un entorno digno para el desarrollo de la vida humana.

Y por esta razón, vamos a tomar como caso de análisis el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que nació dándole la espalda a las personas que en ella vivían, y a uno de sus bienes patrimoniales más caro, como es el río. Sera cuestión de otros estudios, es claro que exceden estas líneas, pero desde en esa base nació Buenos Aires. Comercial, religiosa y caótica, aristocrática e inmigrante, intersección de nacionalidades, lenguas y credos, multicultural y desafiante. Y su diseño urbano fue siguiendo esa impronta, sumada al creciente intereses del desarrollo inmobiliario.

Hasta los años 40 del siglo pasado no se había pensado la Ciudad Autónoma de Buenos

Aires. Fue creciendo: primero colonia, luego capital política y puerta de entrada de la inmigración mundial, pero sin un plan y, por ende, varias fueron las Buenos Aires que se gestaron y prueba de ello es su variopinta arquitectura. Recién partir de los años 40 empezó a pergeñarse su diseño. En los años 70 el Código de Planeamiento Urbano, pensado sin intervención del ciudadano, fue la regla básica del urbanismo local. En 1998, ya en democracia y con la Ciudad con carta de autonomía, fue ratificado como normativa aplicable en el ámbito porteño, por la ley 449. Paradójicamente, el CPU expresa en la sección 1.1.1 que el Plan Urbano Ambiental es la ley marco a la cual se ajusta el Código de Planeamiento Urbano y el resto de la normativa Urbanística. Hasta la sanción del PUA, permitía sortear el vacío legal, la ley 71 (50) (y el

(50) La ley citada establece como objetivos y criterios orientadores (art. 11 y ss.) a saber: 1. El concepto de desarrollo sostenible, entendido como un proceso participativo, que integra la transformación urbanística, el crecimiento económico, la equidad social, la preservación de la diversidad cultural y el uso racional de los recursos ambientales, con el objetivo de mejorar las condiciones de vida de la población y minimizar la degradación o destrucción de su propia base ecológica de producción y habitabilidad, sin poner en riesgo la satisfacción de las necesidades de las futuras generaciones; 2. Estrategias de ordenamiento y mejoramiento territorial y ambiental de Buenos Aires en diferentes horizontes temporales y en orden a: Mejorar la calidad de vida de la población; promover un desarrollo más equilibrado y equitativo de la ciudad; generar oportunidades de consenso y compromiso institucionalizando mecanismos de concertación de políticas urbanas con los distintos sectores de la sociedad; promover y hacer más eficientes, en términos sociales, ambientales, urbanísticos y económicos, las inversiones tanto del estado como del sector privado; instrumentar una eficiente coordinación entre las áreas gubernamentales de la ciudad y el resto de las jurisdicciones de la región metropolitana, tendiente a una gestión de carácter integral; tender a que todos los habitantes de la ciudad tengan acceso a disponer de aire, agua y alimentos, química y bacteriológicamente seguros, a circular y habitar en áreas libres de residuos, de contaminación visual y sonora y ambientalmente sanas, al uso y goce de espacios verdes y abiertos; preservar el patrimonio cultural, arquitectónico y ambiental. 3. Criterios orientadores: A. Transformación de la estructura urbana centralizada hacia una policéntrica que, en concordancia con el proceso de descentralización en comunas, atienda tanto a la consolidación del centro actual como a la promoción de nuevas centralidades y al simultáneo; refuerzo de identidades barriales. B. Reconversión de la relación entre la ciudad y la franja costera, reafirmando la vinculación de la ciudad con el río, preservando los recursos hídricos

art. 29 CCABA) como legislación de aplicación supletoria. En forma enunciativa, el CPU ordenaba sus alcances sobre todos aquellos aspectos que tenían relación con el ordenamiento urbanístico, tales como usos del suelo, edificio, estructura, apertura y ensanche de la vía pública, subdivisión y englobamiento de parcelas, volúmenes edificables, tejido urbano, preservación de ámbitos históricos, arquitectónicos, ambientales y paisajísticos, etc. Era considerada la norma de las normas, declarada de orden público y a la cual se subordinaban los demás códigos de la Ciudad (Habilitaciones, Edificación, por ejemplo) y normas urbanísticas aplicables, a excepción del PUA. El Poder Judicial de la CABA ha expresado: “El Código de Planeamiento Urbano importa, junto al Plan Urbano Ambiental, una herramienta fundamental que el constituyente ha previsto en lo que a planificación urbana respecta. Comprende la asignación del destino de cada metro cuadrado de la Ciudad, teniendo en cuenta sus características y previendo su desarrollo futuro, debiendo mantener siempre un delicado equilibrio entre la tensión generada por intereses diversos, en aras del bienestar ge-

potenciando su accesibilidad y privilegiando su uso público recreativo y gratuito. C. Reestructuración, densificación y renovación urbana del Área Sur, para equilibrar la sobre ocupación del Área Norte. D. Promoción de una estrategia de Espacios Públicos con la recuperación, ampliación y mejoramiento de los espacios verdes y las vías públicas y de las áreas de calidad ambiental patrimonial. E. Establecimiento de un sistema intermodal con mejoras de la eficiencia y seguridad del transporte de cargas y del transporte público de pasajeros tendiente a disminuir la participación del automóvil particular en el tránsito urbano. F. Generación de condiciones urbano-ambientales para la modernización y diversificación del tejido económico local, a través del mejoramiento de las actividades existentes y la atracción de nuevas actividades. G. Mejora de las condiciones del hábitat de los sectores de menores ingresos y/o con desventajas ambientales mediante una diversidad de políticas que respondan a las distintas situaciones existentes. H. Mejora de la calidad ambiental mediante la preservación de las situaciones apropiadas, paulatina corrección de las actividades contaminantes y concientización pública basada en el concepto de la sostenibilidad global. I. Creación de nuevos instrumentos de gestión urbano-ambiental, tanto de índole ínter jurisdiccional como de nivel local. J. Desarrollo de una infraestructura de servicios acorde con el desarrollo propuesto para la ciudad. K. Eliminar las fracturas de la ciudad, facilitando su accesibilidad a todas las personas, suprimiendo las barreras físicas y culturales.

neral y de crear las condiciones para un hábitat adecuado” (51).

Ahora bien, no fue hasta fines del año 2006 cuando se remite para su aprobación el Nuevo Plan Urbano Ambiental (en adelante PUA), convertido en ley 2930, el año siguiente, que se recoge la idea de la participación ciudadana. En efecto, va a decir que “el propósito es constituir un soporte del proceso de planeamiento y gestión de la ciudad, a partir de la materialización de consensos sociales sobre los rasgos más significativos de la ciudad deseada”.

En el marco de la nueva ley —por ley 6099— se aprueba el nuevo Código Urbanístico (52). El objeto declamado por el Código es “[o]rdenar el tejido, los usos del suelo y las cargas públicas, incluyendo los espacios públicos y privados y las edificaciones que en ellas se desarrollen, considerando las condiciones ambientales, morfológicas y funcionales de la Ciudad en su totalidad”. Para su aprobación y posterior modificación, se somete al procedimiento de doble lectura establecido por la Constitución local (53), el cual implica que entre ambas lecturas deberán celebrarse las correspondientes audiencias, con la debida participación y monitoreo ciudadano.

Entre los principios receptados surge claro el que garantiza el acceso a la información. En particular se regulan los instrumentos de participación ciudadana, como modos de legitimar el consenso, regulando diferentes programas tales como Evaluación Ambiental Estratégica, Ciudad Resiliente, Proyectos de Integración Socio-Urbana, Equidad de Género e Inclusión de la Diversidad Sexual, entre otros.

Ahora bien, dice Montoro Chiner que “en la función pública urbanística, la Administración ejerce uno de los mayores grados de inmisión en

(51) CCont. Adm. y Trib. CABA, Sala II, Expte. N° EXP 17852/1 - Autos: “Consortio de Propietarios Av. Rivadavia 1236/40 c. GCBA s/ medida cautelar”. Del voto de los Dres. Nélica M. Daniele y Eduardo A. Russo (Dr. Esteban Centanaro, en disidencia parcial de fundamentos), abril 21 de 2006. Sentencia N° 365.

(52) <http://www.buenosaires.gov.ar/desarrollourbano/nuevo-codigo-urbanistico>.

(53) Conforme arts. 89 y 90 de la Constitución de la CABA.

los derechos de los particulares: por ello el desarrollo del servicio público urbanístico está compuesto, quizá como ningún otro desde actos que gozan el carácter de norma —la formación de un Plan— hasta actos que revocan derechos en aras de un interés colectivo; desde meros actos de la Administración a actos administrativos —como la información urbanística— sin excluir los actos materiales como el señalamiento de unas alineaciones. En cualquiera de ellos, la imputabilidad de responsabilidad a la Administración que los realiza puede originarse por el simple ejercicio de esa potestad, sí es causante de lesión” (54).

Del análisis de la jurisprudencia local llamada a intervenir en controversias urbanísticas, vamos a advertir que la mayoría de ellas surgen por desconocer, no aplicar o ignorar los procedimientos de participación ciudadana; ya en las decisiones que les atañen y que no se suplen con las deliberaciones partidarias en el recinto de la Legislatura (55).

Y entonces, por ejemplo, hoy, vemos reeditada una vieja discusión sobre la necesidad de implementar un procedimiento de participación ciudadana y verificación ambiental en aquellos casos que *prima facie* son considerados beneficiosos —en tanto fundan su discurso en la promoción de áreas verdes— como resulta el caso “Parque Lineal Honorio Pueyrredón” (56). En

(54) MONTORO CHINER, María Jesús, ob. cit., p. 34.

(55) Ver de mi autoría “Responsabilidad del Estado por limitación a la Actividad Edilicia en grandes urbes”. Publicado en “Revista de Derecho Urbanístico nro. 12, Ed. Lexis-Nexis” p. 172 y ss., y también en otra versión en “Cuestiones de Responsabilidad del Estado”, Universidad Austral 2017 obra colectiva, pp. 459-484. Más recientemente se puede ver el tema en “Acerca del necesario equilibrio entre el desarrollo urbano en grandes urbes y el Derecho al Hábitat (a propósito del proyecto de Código Urbanístico de la CABA)” Publicado en la obra “Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo de la Universidad Austral” del año 2017, Ed. RAP, 2018.

(56) Se trata del caso “Enríquez Ángel Luis contra GCBA sobre Amparo” del año 2005, donde Enríquez inicia acción de amparo contra el GCBA para que se ordene suspender la ejecución de la obra denominada “Parque Lineal Bullrich” hasta tanto no se proceda a realizar la evaluación de impacto ambiental pertinente, y toda vez que no se da cumplimiento con lo dispuesto en los arts. 30 y 27 acápite 6 de la Constitución de la Ciudad, ni con lo estipulado en la

efecto, el 9 de febrero de 2022, el juez Víctor Trionfetti, titular del Juzgado CAyT de la CABA N° 15, hizo lugar al recurso de amparo presentado por la Asociación Civil y Vecinal SOS Caballito y ordenó al GCBA suspender las obras por que el proyecto oficial no cumplió con los necesarios mecanismos participativos previos. Así, Trionfetti ordenó que “tanto el Poder Ejecutivo como la Junta Comunal de la Comuna N° 6 de CABA convoquen a Audiencia Pública Temática respecto del cambio de uso en dominio público y la cuestión ambiental...” y que “...[d]ebe garantizarse cautelarmente el derecho de acceso a la información y de participación pública” (57).

Es por ello que la participación ciudadana en los procesos de urbanización no debe ser meros trámites donde se realizan audiencias públicas y luego, aun en contrario a la decisión de la ciudadanía, se continua con la urbanización no deseada.

VII. Otros modelos de participación

a) Los presupuestos participativos: con origen en Porto Alegre, la experiencia se aplicó en los

ley 123. El señor juez de grado hizo lugar a la medida cautelar solicitada y dispuso la suspensión de la res. 1438 de la Secretaría de Infraestructura y Planeamiento dictada el 27 de diciembre de 2004 y ordenó al Gobierno local se abstenga de iniciar o llevar adelante, por sí o por terceros, la ejecución de las obras "Parque Lineal Bullrich" (Licitación Pública N° 11/04), hasta que se dicte sentencia de fondo en el amparo, atento que no surgiría de las constancias de la causa, prima facie, que se hubiese cumplido con el procedimiento para la categorización que debe realizarse aún en los casos en que no exista impacto ambiental. El caso es importante para recordar, aun cuando al llegar a resolver la Cámara la controversia había devenido abstracta, ya que se trata de un emprendimiento de bajo impacto, pero aun así debería ser validado mediante la opinión de los vecinos para determinar que así fuera. Es claro que un pulmón verde como puede resultar un parque lineal es una medida ambiental prima facie conveniente, pero debe verificarse que no se genere una afectación de los servicios de circulación por la zona o congestión que resulte negativo en la forma que se proyecte. Y para eso está la consulta pública y lo más importante, obtener el "consenso" de los vecinos alcanzados. Para más información, consultar en www.jusbaires.gov.ar. Exp. 15428/1.

(57) "Asociación Civil y Vecinal S.O.S. Caballito por una mejor calidad de vida c. GCBA s/ amparo - ambiental" - Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires N° 15 - 09/02/2022 - Expte. N° 253284/2021-0 - elDial.com - AAC6B.

años 2003 y 2004, en la Ciudad de Buenos Aires y en la ciudad de Rosario, se trata de sistema que involucran al ciudadano, al conocer, ponderar, proponer cambios o aprobar el presupuesto de la comuna. Se trata de sistemas de participación ciudadana de gran efecto práctico y que pueden ser aplicados en ámbitos de cercanía del vecino con el funcionario público. La medida le da legitimidad y luego el seguimiento permite el control por parte del ciudadano. Se organizan en: (a) asambleas barriales; (b) concejos participativos; (c) elección de proyectos; (d) ronda de cierre; y (e) presupuesto participativo joven.

Estas modalidades de participación resultan un nuevo pacto político no escrito entre la sociedad civil y el gobernante y que, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, tuvieron su aplicación antes de la implementación de las comunas, a partir del año 2015.

b) Las veedurías vecinales: aplicadas en Colombia, se trata de organizaciones de vecinos para el control de la actividad gubernamental.

c) La participación ciudadana del modelo chileno: diseñado originariamente por el Ministerio de Obras Públicas de Chile, establece las reglas para la realización de obras de infraestructura y redacción de pliegos. Esta experiencia, por demás interesante, fue implementada en el primer gobierno de Michelle Bachelet. En dicho manual se destacan las siguientes líneas: l) determinar el tipo de participación según el proyecto, distinguiendo entre las siguientes modalidades: (a) Informativa. Para acciones ya elaboradas y acordadas en sus aspectos esenciales, las cuales informarlas o transmitir las a sus actores. (b) Consultiva. Para acciones elaboradas en sus aspectos esenciales sobre las cuales se pide el parecer, opinión y contribución de los actores. Eventualmente, se concilia y se llega a acuerdos o incluso se deciden alternativas de elementos no vitales. (c) Gestionaria. Para conseguir que los actores se involucren en la aplicación de acciones ya elaboradas en sus líneas esenciales. Pueden hacerse variaciones de acuerdo con las condiciones y particularidades del escenario de ejecución, siempre que no se alteren sus principios fundamentales. (d) De empoderamiento, que supone la apropiación de la acción por parte de los actores y el ejercicio del control social, por lo que se relaciona con

el desarrollo de destrezas y capacidades en los actores, fortaleciendo sus espacios de participación y sus organizaciones, actuando con un característico sentido de identidad y comunidad propio, e incrementando sus capacidades de negociación e interlocución con el sector público; y, II) establecer un mapa social de actores a los fines de determinar: a) intereses; b) grupos de poder; c) urgencias de participación; d) legitimidad en los reclamos.

Se plantea que el óptimo a lograr es la asistencia preferente de grupos que puedan ostentar legitimidad en sus planteos y urgencias en sus reclamos para ser contemplados. De este modo se reduce la posición del grupo de poder que estigmatiza en su sola posición la participación ciudadana. Se sugiere que el involucramiento sea temprano, a los fines de poder analizar del mejor modo la participación ciudadana y aprovecharla. El objetivo es hacer al ciudadano se sienta parte del proyecto, para su defensa generando convicción sobre su necesidad, como un mecanismo de identificación y por ende acompañamiento de la decisión. Finalmente se plantea el seguimiento, mediante programas de mejoramiento de la participación a través de la experiencia recogida.

VIII. Conclusiones

Finalizando este recorrido, que no agota las cuestiones de participación ciudadana que se multiplican —como las necesidades a satisfacer de las personas humanas— podemos decir que hemos hecho una referencia a los procesos más importantes de la participación ciudadana en la Argentina, con especial referencia a las contrataciones y el urbanismo.

Vimos como en todos los casos se incorporan nuevas formas de participación que entendemos complementarias al sistema democrático de elección de los representantes del pueblo; incluidos por la tecnicidad de su problemática, por la importancia que tales procedimientos garantizan —para el caso concreto— la vigencia de los derechos fundamentales; o para sostener la dignidad de la persona humana, con el definitivo desembarco del principio *pro persona* como norte de implementación de la actividad estatal legítima.

En este punto, con la posición jurisprudencial local como así también la interamericana en materia de derechos humanos, vimos como el ejercicio del derecho a la participación no es un mero ritualismo, con una parodia de convocatoria para calmar a las gentes. No por el contrario implica como base que se acceda a la información, siendo este un derecho de ejercicio previo y presupuesto que garantizar la debida participación ciudadana. Que esa información además sea útil, entregada en tiempo efectivo y con anticipación, que sea verdadera y adecuada a la coyuntura social, económica y cultural de la persona a la cual está dirigida es la segunda premisa por alcanzar. Que esa participación además sea dada en un marco eficiente, donde se puedan escuchar todas las voces y las posturas y sea un debate e intercambio fértil para la mejor decisión, es la tercera cuestión para tener en cuenta (y ello nos lleva a entender que quizás —ni única ni siempre— sea la audiencia pública la forma más adecuada de preservar el derecho a la participación).

Finalmente, luego de la deliberación y formación de una opinión libre de la ciudadanía convocada, se llegue mediante entrecruzamiento de consensos, como dice la CSJN —o en su caso, siguiendo la decisión del consenso o disenso, siguiendo a la CIDH— emitir la decisión estatal legítima.

Un punto aparte merece la incorporación del usuario o consumidor, a través de sus organizaciones representativas en los organismos de control de los servicios, adoptando una participación orgánica en la cual el sujeto se incorpora a la decisión administrativa. Y la experiencia no ha sido satisfactoria, quizás como dice Gordillo (58) porque no cuenta aún con consenso en América latina, donde no hay experiencias generalizadas.

Ahora bien, a casi 30 años de la reforma constitucional, podemos decir que se ha avanzado en transparencia y participación, en la tutela de información vinculada a bienes fundamentales como resultan el ambiente, la vida y la salud de las personas, incluso en aquellos casos donde la opacidad es la guarida de la corruptela.

(58) GORDILLO, Agustín, "La administración paralela", FDA, Buenos Aires, 2012, cap. IV, 2ª ed., p. 4.

Pero el problema de empoderar al ciudadano de a pie para la toma de decisiones, dándole conocimiento, libertad de decisión y formando su convicción, aún persiste.

Algo similar ocurre en España, donde se ha dicho que se han utilizado como alternativa hipertrofiada a los déficits de la democracia real y con manipulación en función de los movimientos pendulares de la ideología antes y después de la conquista del poder. Eclipsados por la filosofía participativa, diría Alfonso Pérez Moreno (59). No lo compartimos, ello no debe ser si es que la buena fe y el derecho de todos a exigir la buena administración pública (60) se imponen.

En conclusión, entonces consideramos que, para garantizar el ejercicio del derecho a participación ciudadana como derecho humano fundamental, quienes tiene a su cargo el ejercicio de una función pública deben tener en cuenta:

1. Garantizar el derecho de acceso a la información, temprana, adecuada, verás e imparcial.

2. Determinar el procedimiento de participación a aplicar que sea adecuado para satisfacer las necesidades de los colectivos o personas humanas alcanzadas y los fines pretendidos por la decisión que se promueve; y que contribuya con la construcción de una voluntad colectiva, por lo cual podrá tratarse en algunos casos de participación informativa, gestionadora o de empoderamiento.

3. Proteger los intereses relevantes de los sujetos alcanzados; promover una interdicción a la insensibilidad, en tanto deberá distinguir-

(59) PEREZ MORENO, Alfonso, "Crisis de la participación administrativa", Revista de Administración Pública, nro. 119, mayo-agosto 1989, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España.

(60) Ampliar el concepto en RODRÍGUEZ ARANAMUÑOZ, Jaime, "La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa", Revista Misión Jurídica nro. 6, Bogotá, 2013, ps. 23 y ss.) entre otras obras del autor que giran en torno a la existencia del derecho fundamental a la buena administración.

se la afectación de intereses que hacen a derechos o bienes fundamentales, de aquellos que son meramente patrimoniales y no esenciales. Quid esencial del "entrecruzamiento" de los consensos que nos habla la CSJN en el caso CEPIS. El concepto para discutir será si la alquimia del consenso se logra en la suma de la mayor cantidad de intereses individuales protegidos, sin distinguir entre ellos; el denominado bien común (y si es en la visión de Santo Tomás de Aquino o de Adam Smith al cual apuntaremos) o bien está en la protección de la dignidad humana como valladar infranqueable y donde no habrá solución de consenso si una sola persona queda afectada en sus derechos fundamentales o en los bienes fundamentales de la sociedad y nuestro mundo (61).

Es menester seguir trabajando optimizar las alternativas de participación, que se enfoquen en lograr los consensos para que la norma, la decisión administrativa —e incluso el régimen jurídico a aplicar para la adopción de una solución judicial— sea justa, necesaria, apropiada y, por ello, legítima.

Se trata de buscar, en todos los casos, un nuevo pacto entre el Estado y la Sociedad, donde a través de la participación ciudadana la persona humana sea escuchada y también escuche las demás problemáticas. Será un efecto benéfico de este dialogo la posibilidad de reconstruir un tejido social fragmentado y dividido, como herramienta que optimice la democracia actual.

(61) Volviendo sobre la cuestión de la situación de los tiempos complejos que atraviesa nuestro derecho administrativo y que extendiendo a la concepción y vigencia efectiva de los Estado se me representa como una variable necesaria a analizar la concepción del Estado Constitucional Social del Derecho que enarbola —ya desde hace muchos años— el Prof. Sammartino en las obras citadas más arriba, en la triada basal constitucional de los derechos fundamentales, la dignidad de la persona humana y el principio pro persona —englobamiento de derechos humanos mediante— frente a la concepción del Estado Mínimo o las individualidades aisladas. Entiendo que allí está la fórmula (compleja pero no por ello imposible) del consenso.

Los decretos de necesidad y urgencia en el marco presupuestario

Aspectos constitucionales y controversias con relación a la casuística

Víctor Hugo Chávez Moya

Sumario: I. Introducción.— II. Antecedentes y regulación de los decretos de necesidad y urgencia en la Constitución Nacional Argentina.— III. Naturaleza jurídica y presupuestos para la emisión de los decretos de necesidad y urgencia.— IV. Decretos de necesidad y urgencia en el marco presupuestario: aspectos constitucionales y controversias.— V. Conclusiones.

I. Introducción

El presente trabajo es una reflexión sobre la facultad legislativa otorgada al Poder Ejecutivo para emitir decretos de necesidad y urgencia, y en especial cuales son los límites constitucionales que dichos decretos deben respetar para que sean válidos.

Para el desarrollo del presente trabajo he considerado importante identificar, en principio, los antecedentes y regulación de los decretos de necesidad y urgencia en la Constitución Nacional Argentina; así como, su naturaleza jurídica y los presupuestos para su emisión. Igualmente, cabe analizarlos bajo el ámbito constitucional relacionado con el marco presupuestario. Asimismo, poder determinar que estos han sido reconocidos no solo en la Constitución Nacional Argentina, sino en otros países de Europa y Latinoamérica, en los que se consideran que su emisión es una atribución excepcional otorgada al Poder Ejecutivo para afrontar situaciones graves y extraordinarias que afectan el interés general de la población.

Finalmente, establecer que, si bien la emisión de los decretos de necesidad y urgencia constituye una facultad atribuible al Poder Ejecutivo, para su validez deben cumplir los presupuestos formales (procedimiento para su aprobación) y materiales (evidencie la circunstancia fáctica y las materias que debe regular). Asimismo, en el presente trabajo se evidenciará que el Poder Ejecutivo ha efectuado un uso abusivo e indiscriminado de los decretos de necesidad y urgencia al regular aspectos presupuestarios, tal y conforme, se advierte en el caso “Verruchi”, en el cual los decretos emitidos, en su contenido, afectaron derechos constitucionales, habiendo incluso interferido en las atribuciones que le son propias del Poder Legislativo, como es el de legislar aspectos en materia presupuestaria.

II. Antecedentes y regulación de los decretos de necesidad y urgencia en la Constitución Nacional Argentina

Los dos primeros textos constitucionales modernos que reconocieron la figura de los decretos de necesidad y urgencia, según el profesor Pedro Planas, fueron la Constitución de Austria (1920) y la Segunda República Española (1931).

A partir de estos textos constitucionales podemos revisar la naturaleza de este tipo de instrumentos normativos y su evolución dentro del derecho constitucional, distinguiendo la circunstancia extraordinaria que la motiva, el procedimiento establecido para su expedición y el sistema de convalidación parlamentaria que le es inherente (1).

La Constitución de Austria (1920) (aún vigente), según lo señalado por el precitado autor, reconoce en su extenso art. 18° la figura de los “decretos transitorios de modificación de leyes”, como una potestad legislativa del Poder Ejecutivo. Su regulación es tan explícita como la propia naturaleza “transitoria” del decreto, estableciéndose determinados presupuestos para su emisión, como serían la reunión de varias circunstancias en las que resulten necesarias la adopción inmediata de la medida con la finalidad de evitar un daño público e irreparable para la colectividad, y además que al momento de expedirse no esté reunido el Consejo Federal (Senado) o no se pueda reunir o se encuentre impedido por fuerza mayor en su funcionamiento. Asimismo, se dispuso un procedimiento específico para su expedición y los límites de su ejercicio, disponiéndose que no podrán alterar disposiciones constitucionales ni crear un gravamen permanente para la Federación ni obligaciones financieras para los ciudadanos, entre otras (2).

Por otra parte, la Constitución de España (1931) reconoció en su art. 80° la posibilidad de que el Poder Ejecutivo pueda dictar decretos de urgencia y necesidad, sobre materias reservadas a la competencia de las Cortes, y en el art. 62°, referidos a las atribuciones de la Diputación Permanente, le otorga a estos decretos la denominación oficial de “decreto ley”, cuyas características son similares al régimen austriaco, tales como: 1) su utilización es solo para casos excepcionales que requieren una urgente decisión o cuando lo demande la defensa de la República, y debe expedirse cuando no se halle reunido el Congreso; 2) para la expedición del decreto ley requiere conformidad entre el Presidente de la República, el Gobierno y la Diputación Perma-

nente, que actúa en época de receso de la legislatura; y, 3) los decretos así dictados tendrán solo carácter provisional. En consecuencia, según el art. 80°, su vigencia estará limitada al tiempo que tarde el Congreso en resolver o legislar sobre la materia (3).

Dentro del contexto latinoamericano, tenemos a la Constitución Peruana de 1993, que en su inc. 19 del art. 118° ha reconocido a la figura de los decretos de urgencia, estableciendo que son atribuciones del Poder Ejecutivo, entre otros, dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso; precisándose que el Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia. En ese sentido, el texto constitucional del Perú reconoce que el Poder Ejecutivo de manera excepcional podrá emitir estos instrumentos normativos, delimitando la materia o competencia (económica y financiera), y estableciendo que para su emisión deberán presentarse situaciones extraordinarias e imprevisibles, que sean de interés nacional, y con cargo de dar cuenta al Congreso, quien finalmente ejercerá el control respecto a su emisión.

Finalmente, la Constitución Nacional Argentina reconoce la figura de los decretos de necesidad y urgencia, disponiendo en su art. 99° inc. 3) que son atribuciones del Poder Ejecutivo, entre otros, participar de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar, y no podrá en ningún caso, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Sin embargo, también dispone como excepción, que solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes y no se trate de materias excluidas (normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos), podrá dictar *decretos por razones de necesidad y urgencia*, debiéndose cumplir con determinados presupuestos y controles.

(1) PLANAS, Pedro, "Decreto de Urgencia y medidas extraordinarias. Notas para una tipificación". Revista *Ius Et Veritas*, nro. 7, 1993, p. 133.

(2) *Ibidem*, p. 134.

(3) *Ibidem*, p. 134.

III. Naturaleza jurídica y presupuestos para la emisión de los decretos de necesidad y urgencia

III.1. Naturaleza jurídica de los decretos de necesidad y urgencia

Los diversos textos constitucionales tanto de los países de Europa como de Latinoamérica, según lo hemos señalado en los párrafos precedentes, reconocen la figura de los “decretos de urgencia y necesidad”, aunque adoptan diferentes denominaciones, tales como: “decretos”, “medidas extraordinarias”, “medidas provisionales”, “decretos ley”, etc. Sin embargo, tienen un común denominador que es su carácter *excepcional*, puesto que no es atribución propia del Poder Ejecutivo dictar disposiciones legales, y además todas estas Constituciones han afirmado que se deberán de cumplir con determinados presupuestos formales o materiales para que la emisión de estos decretos goce de legitimidad y validez.

Ahora bien, respecto a la naturaleza jurídica de los decretos, podemos señalar, en principio, que se trata de un instrumento normativo con reconocimiento constitucional y que tienen un carácter “excepcional”, en la medida que se habilita o legitima al Poder Ejecutivo a dictar disposiciones legislativas, de manera excepcional, a fin de afrontar una situación extraordinaria que afecte el interés general o el bienestar de la población. Aunque es necesario aclarar que no se trata una potestad discrecional del Poder Ejecutivo, que pueda ser utilizada a su libre consideración y criterio, sino que para que este decreto sea legítimamente emitido y goce de validez, será necesario cumplir con determinados presupuestos y controles previstos en el propio texto constitucional, y así evitar caer en el uso abusivo de este instrumento. En esa misma línea, el profesor Pedro Planas afirma respecto a la naturaleza de los decretos, que estos no se emiten por “(...) un acto unilateral ni es potestad discrecional del Gobierno, pues se encuentra sometido a la decisión del Parlamento. Casi tanto como un proyecto de ley enviado al Congreso para debatirse, solo que aquí en virtud de la gravedad de la circunstancia, entra en vigor en forma transitoria, relegando a un segundo momento la deliberación parlamentaria” (4).

(4) *Ibidem*, p. 137.

Asimismo, en los textos constitucionales se ha reconocido el carácter transitorio y la validez provisional de los decretos con la finalidad de garantizar el equilibrio entre los poderes del Estado y resguardar la atribución de legislar propia del Parlamento. Al respecto, Pedro Planas señala que “el decreto de urgencia tiene fuerza de ley pero carece de jerarquía legal. Ahí radica su carácter transitorio. Su impacto en la legislación es temporal (...). Este plazo caduca, precisamente, con el pronunciamiento del Congreso, quien resuelve en torno a la validez de la medida y la convierte en ley (Italia) o le reconoce fuerza legal permanente (España). Por esta razón la validez normativa de este decreto de urgencia es provisional” (5).

De otro lado, en las propias Constituciones Políticas también se ha establecido el procedimiento específico para su emisión y control. En el inc. 3 del art. 99° de la CN se ha dispuesto que el Poder Ejecutivo dictará este tipo de medidas, ante circunstancias excepcionales, estableciendo el procedimiento específico para su emisión.

Es así que se ha dispuesto, en principio, que estos decretos de necesidad y urgencia deben ser decididos en acuerdo general de ministros, quienes deberán referendarlos, conjuntamente con el jefe del gabinete de ministros. Posteriormente, el jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días de su dictado, someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente. Seguidamente, esta Comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Y finalmente, se establece que una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso.

En ese sentido, según la naturaleza jurídica y características de los decretos de necesidad y urgencia, afirmo que estos no deberían implicar una intromisión arbitraria a las potestades y atribuciones del Poder Legislativo, sino más bien dichos instrumentos normativos son necesarios y están diseñados para enfrentar situaciones extraordinarias que requieran una in-

(5) *Ibidem*.

mediata intervención del Gobierno para evitar daños al interés general o el bienestar de la población. En ello radica su importancia, claro está que se deberán cumplir con los presupuestos y controles previstos en la propia Norma Fundamental a fin de evitar el uso abusivo de estos por parte del Poder Ejecutivo, y que terminen siendo lesivos a los derechos y principios constitucionales. En esta misma línea el profesor Pedro Planas ha afirmado lo siguiente:

“(…) [L]a figura del decreto de necesidad y urgencia, no rompe el equilibrio de poderes ni transgrede la titularidad legislativa del Parlamento. No es posible concebir un decreto de urgencia, y denominarlo así, cuando carece de aquellas cualidades y limitaciones que le son inherentes. Interpretaciones literales, ajenas a la doctrina constitucional, ocasionan no solo una grave confusión en torno a la finalidad del decreto de urgencia, sino que deterioran el equilibrio de poderes, justificando la usurpación paulatina de la función legislativa a manos del gobierno y por la vía del simple decreto” (6).

III.2. Presupuestos para la emisión de los decretos de necesidad y urgencia y controles

De la lectura del inc. 3 art. 99° inc. 3) de CN, se infiere que el Poder Ejecutivo no podrá ejercer facultades legislativas o emitir disposiciones de carácter legislativo, salvo se presenten situaciones excepcionales que legitimen al Ejecutivo hacer uso de facultades legislativas (por razones de necesidad y urgencia), siempre y cuando se cumplan determinados presupuestos formales y materiales.

Ahora bien, comenzaremos señalando los presupuestos formales, los cuales pueden ser previos como posteriores a la promulgación del decreto de necesidad y urgencia. El presupuesto o requisito previo a la emisión del decreto, lo advertimos de la lectura del inc. 3 del art. 99° de la CN, que establece que estos deberán ser decididos en acuerdo general de ministros, quienes deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros. En cuanto al requisito o presupuesto posterior, está constituido por la obligación de que el jefe del gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días de su dictado, someta la medida a consideración

de la Comisión Bicameral Permanente (cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara).

Como parte de este procedimiento, esta Comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Y finalmente, una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso (inc. 3 del art. 99° de la CN), en concordancia con el procedimiento de control que tenga el Congreso previsto para la revisión de estos instrumentos normativos.

En este punto, cabe mencionar que mediante ley 26.122 - “Régimen Legal de los Decretos de Necesidad y Urgencia, de Delegación Legislativa y de Promulgación Parcial de Leyes”, se estableció el trámite parlamentario de los decretos de necesidad y urgencia, entre otros, precisándose que la Comisión Bicameral Permanente está compuesta por ocho diputados y ocho senadores respetando la proporción de la representación política. Asimismo, se estableció en diez días el plazo para expedirse acerca de la validez o invalidez del decreto y elevar el dictamen al plenario de cada cámara sobre la adecuación del decreto a los requisitos formales y sustanciales establecidos en la Constitución Nacional.

Concerniente a ello, Eduardo Avalos afirma que “con o sin dictamen de la Comisión, las cámaras se abocarán al expreso e inmediato tratamiento del decreto de necesidad y urgencia. Cada una se pronunciará mediante su respectiva resolución. El rechazo o aprobación debe ser expreso, sin enmiendas, agregados o supresiones. El rechazo por ambas cámaras implica la derogación del decreto de necesidad y urgencia, quedando a salvo derechos adquiridos, a no ser que se haya incurrido en materia prohibida. En este último caso, la nulidad tiene eficacia retroactiva” (7).

Por otra parte, con relación a los presupuestos materiales para la expedición de los decretos, se

(7) AVALOS, Eduardo, "Los decretos de necesidad y urgencia en Argentina: desde 1853 hasta nuestros días". Revista de la Facultad de Derecho, vol. 3, nro. 1, Serie II, 2012, p. 151.

(6) *Ibidem*, p. 138.

deberán tener en cuenta tanto los aspectos externos como internos al decreto de necesidad y urgencia a fin de determinar su legitimidad y validez. Comenzaremos señalando los aspectos externos, los cuales están referidos a las “circunstancias fácticas” que justifican su emisión.

Sobre el particular, es necesario precisar que estas circunstancias fácticas, deben ser actuales y graves, que requieran la intervención inminente e inmediata por parte del Gobierno. En esa misma línea, Ricardo Herrera, citando a Marienhoff, señaló que “estas medidas debían dictarse cuando exista una urgente necesidad nacional, que no es de carácter genérico sino específico, agudo, de súbita aparición y de impostergable atención dada su anormalidad y la eventual gravedad de sus consecuencias” (8).

En esa misma línea, el profesor García Belaúnde ha señalado que estas medidas extraordinarias son solo para casos “extremos e imprevisibles, que no pueden ser afrontados de otra manera, tales como terremotos, invasiones, huracanes, desastres naturales, emergencias económicas, etcétera. En consecuencia, no podemos con ellas hacer frente a situaciones normales porque para eso están las medidas ordinarias que las puede adoptar normalmente el Poder Ejecutivo (...)” (9).

Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció respecto a los presupuestos materiales (circunstancias fácticas) que justifican la emisión de los decretos de necesidad y urgencia, en el caso de la “Cooperativa del Trabajo Fast Limitada” (Fallos 326:3180). En este caso el actor interpuso una acción de amparo contra el Estado Nacional a fin que se declare la nulidad, invalidez, inaplicabilidad e inconstitucionalidad del Título III, art. 7°, punto 2 a) del decreto de necesidad y urgencia 1002/99 “servicios privados de seguridad y custodia”, al establecer que las personas jurídicas cuya actividad sea la de prestar, entre otros, los servicios de seguridad y vigilancia como los que la cooperativa brinda, deben estar constituidas de acuerdo

y dentro de algunas de las categorías societarias previstas en la ley 19.550; lo cual según el actor sería lesivo a los derechos y garantías que la Constitución Nacional consagra (10).

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó la excepcionalidad de la medida y los presupuestos de su expedición, precisando que esta facultad legislativa otorgada al Poder Ejecutivo no es una atribución discrecional:

“(...) [L]a admisión del ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo se hace bajo condiciones de *rigurosa excepcionalidad* y para que el Poder Ejecutivo pueda ejercer legítimamente facultades legislativas que, en principio, le son ajenas, es necesaria la concurrencia de alguna de estas *dos circunstancias*: 1) Que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir, que las cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan (...) o 2) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes...y, (...), la Constitución no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto (Fallos 322:1726)” (11).

De otro lado, continuando con los presupuestos materiales con relación los aspectos internos para dictar los decretos de urgencia y necesidad, podemos señalar que estos están referidos a las materias que se podrán regular a través de este tipo de disposiciones. En ese sentido, el art. 99° inc. 3 de la CN, establece que los decretos de necesidad y urgencia no podrán regular materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos.

Al respecto, Eduardo Avalos afirma que “la primera prohibición [materia penal], además de estar contenida en el inc. 3 del art. 99° de la CN, surge del art. 18° en tanto ningún habitante

(8) HERRERA, Ricardo, “Las medidas extraordinarias y los decretos de urgencia en el modelo constitucional peruano”. Revista de Derecho PUCP, nro. 50, 1996, p. 246.

(9) GARCÍA-BELAUNDE, Domingo, “Funciones Legislativas del Ejecutivo Moderno: El caso peruano”, Ed. UNSA, La Constitución en el Péndulo, 1996, p. 99.

(10) Fallos 326:3180, Sentencia de 1 de setiembre de 2003, “Cooperativa de Trabajo Fast Limitada c. Estado Nacional Poder Ejecutivo de la Nación”.

(11) Ibidem, pp. 11 y 12.

puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso” (12).

Asimismo, según este autor, el principio de legalidad en materia tributaria está también contenido en los arts. 4, 17 y 52 de la CN. La materia electoral y la regulación de los partidos políticos como temas excluidos del ámbito material de los reglamentos de necesidad y urgencia se justifica en la necesidad de dotar de la máxima transparencia a la libertad de expresión de la voluntad del cuerpo electoral, como, además, en relación con los partidos políticos, asegurar su pluralismo, evitando de este modo cualquier interferencia del Poder Ejecutivo (13).

Por último, respecto al control que se ejerce sobre los decretos de necesidad y urgencia, es de indicar que se trata de un procedimiento destinado a verificar el cumplimiento de los presupuestos formales y materiales previstos en la Norma Constitucional para la emisión de estos instrumentos normativos e incluso se deberá velar que estos se encuentren conformes a los derechos y principios constitucionales a fin de que tengan validez y produzcan efectos. Al respecto, Ricardo Herrera, citando a Francisco Eguiguren, establece que el control se trata de un “procedimiento de fiscalización (...) imprescindible, pues el Gobierno ejerce una potestad normativa desequilibrante de la división de poderes estatales con tales medidas, que se plasma en normas jurídicas con fuerza de ley capaces, por ende, de suspender o modificar transitoriamente normas de nivel primario. De lo que se trata es de revisar el cumplimiento de los requisitos exigidos a las medidas extraordinarias para su validez, convalidándolos o anulándolos” (14). Ahora bien, continuando con este punto, considero que también como parte del control parlamentario se deberá verificar el tiempo de aplicación de estos decretos de urgencia, con la finalidad de verificar que dichos decretos solo duren mientras la circunstancia habilitante se encuentre vigente.

Cabe mencionar que, si bien existe un control parlamentario, conforme a lo hemos desarrollado en el párrafo precedente, son finalmente los jue-

ces los que se encontrarán facultados para controlar o valorar, en el caso concreto, el cumplimiento no solo de los presupuestos materiales o fácticos para la expedición de los decretos de necesidad y urgencia, es decir, verificar la existencia de las circunstancias excepcionales que motivaron y justificaron la emisión de los decretos por parte del Poder Ejecutivo, sino que también se encargarán de garantizar que dichas disposiciones contenidas en estos decretos no terminen siendo lesivas a los derechos fundamentales y principios consagrados en la Constitución Nacional.

IV. Decretos de necesidad y urgencia en el marco presupuestario: aspectos constitucionales y controversias

En este capítulo brindaré una reflexión en torno al caso “Ezio Daniel Verrochi”, quien al encontrarse afectado con la promulgación de los decretos de necesidad y urgencia 770/1996 y 771/96, emitidos por el Poder Ejecutivo, mediante los cuales se suprimió las asignaciones familiares a los trabajadores cuyas remuneraciones superaran los \$1.000; interpuso una acción de amparo contra estos, argumentando que dichos decretos eran inconstitucionales por resultar violatorios a la garantía de protección integral de la familia, reconocido en el art. 14° de la Norma Suprema Nacional, y no encontrarse fundados en una situación de necesidad y urgencia (15).

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación determinó los presupuestos materiales para la emisión de los decretos de necesidad y urgencia, estableciendo que “el Poder Ejecutivo no se encontraba facultado para dictar medidas de carácter legislativo, salvo se presenten circunstancias excepcionales que justifiquen la excepción a la regla. Ese estado de necesidad se presenta únicamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes” (inc. 3 art. 99° de la CN), causales que no se encontraban en el presente caso materia de análisis (16). Asimismo, estableció que para calificar una circunstancia como excepcional y, por ende, que legitimen al

(12) AVALOS, Eduardo, op. cit., p. 150.

(13) AVALOS, Eduardo, op. cit., pp. 150-151.

(14) HERRERA, Ricardo, op. cit., p. 247.

(15) Fallo 322:1726, Sentencia de 19 de agosto de 1999, “Verrochi, Ezio Daniel c. Poder Ejecutivo Nacional - Administración Nacional de Aduanas s/ acción de amparo”.

(16) Ibidem, p. 2.

Poder Ejecutivo para ejercer facultades legislativas, deberá concurrir alguna de estas dos circunstancias:

“1) Que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir, que las cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal; o

“2) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes” (17).

En el presente caso, si bien los decretos de necesidad y urgencia 770/1996 y 771/1996 emitidos por el Poder Ejecutivo, de manera excepcional, se encontraban dentro de las materias habilitadas (materia presupuestaria) conforme a lo previsto en el art. 99, inc. 3 de la CN, estos en su contenido terminaron vulnerando derechos constitucionales, y de manera implícita interfiriendo en las atribuciones propias del Poder Legislativo, como es el de legislar aspectos de carácter presupuestario.

En ese sentido, considero que, si bien los decretos de necesidad y urgencia se encuentran consagrados en la Norma Constitucional, con lo que se habilita al Poder Ejecutivo de emitir disposiciones legales, estos instrumentos normativos, para ser válidos, deberán cumplir con determinados presupuestos formales y materiales. No obstante ello, en el tiempo los Gobiernos de turno han efectuado un uso abusivo e indiscriminado de estos preceptos legales, para regular aspectos presupuestarios; lo cual, según la propia Constitución, es una materia cuya competencia recae en estricto en el Poder Legislativo. Con ello, se debe resguardar el principio de separación de poderes, a fin de evitar cualquier injerencia abusiva en las competencias de otros poderes del Estado y salvaguardar los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional. En esa línea de ideas, autores como Oscar Dante García y Ricardo G. Lorenzo han afirmado lo siguiente:

(17) Ibidem, p. 4.

“(…) [C]on la reforma constitucional se pretendió atenuar los efectos de un presidencialismo exagerado, pero los efectos fueron inversos, se avanzó hacia un mayor presidencialismo autoritario con el uso abusivo de los DNU y con atribuciones extraordinarias en materia presupuestaria. Esa tendencia se convirtió en una constante más allá de las características y matices políticos de los gobiernos que sucedieron. Resulta entonces imperioso, por el bien de la República, generar normativas que obliguen a cesar estas prácticas y conduzcan al cumplimiento pleno de las pautas constitucionales. Viene a cuento para concluir (aunque seamos reiterativos atento a otros trabajos) una frase del mentor del Orden Republicano llamado Montesquieu: ‘no existe tiranía más cruel que aquella que se ejerce a la sombra de las leyes y bajo el aspecto de justicia’” (18).

V. Conclusiones

V.1. Los decretos de necesidad y urgencia han sido reconocidos en la Constitución Nacional, tanto de Argentina como de otros países de Europa y Latinoamérica, estableciéndose que su emisión es una atribución excepcional otorgada al Poder Ejecutivo para afrontar situaciones graves y extraordinarias que afecten el interés general de la población.

V.2. Si bien la emisión de los decretos de necesidad y urgencia constituyen una facultad atribuible al Poder Ejecutivo; sin embargo, para que estos sean válidos se deberá cumplir con los presupuestos formales (procedimiento para su aprobación) y presupuestos materiales (evidencie la circunstancia fáctica y las materias que debe regular).

V.3. Los Gobiernos de turno han efectuado un uso abusivo e indiscriminado de los decretos de necesidad y urgencia al regular aspectos presupuestarios, como lo advertimos en el caso “Verrocchi”, en el cual los decretos emitidos, en su contenido, vulneraron los derechos constitucionales e implícitamente interfirieron en las atribuciones propias del Poder Legislativo, como es el de legislar aspectos de carácter presupuestario.

(18) GARCÍA, Oscar y LORENZO, Ricardo, "Presupuesto de la Administración Pública Nacional: Atribuciones del Poder Administrador. Modificaciones producidas en los últimos años". XXXIV Simposio Nacional de Profesores Universitarios de Contabilidad Pública, setiembre 2017.

La playa marítima como bien de dominio público

Aspectos disruptivos y continuidades en el art. 235, inc. b) del Cód. Civ. y Com.

Facundo Jaime

Sumario: I. Introducción.— II. Nociones preliminares.— III. La consagración de la playa marítima como bien de dominio público en el derecho nacional.— IV. Reparos constitucionales.— V. Propósito de la reforma legislativa y confronte con normativas vinculadas.— VI. Posibles alternativas más ajustadas al sistema constitucional argentino.— VII. Reflexiones finales.

I. Introducción

La todavía reciente sanción del Cód. Civ. y Com. (ley 26.994) ha producido un sustancial impacto en el ordenamiento jurídico argentino cuyo alcance se propaga respecto de variados institutos del derecho público nacional y local, demandando —por tal motivo— un replanteo de las tradicionales construcciones doctrinarias y jurisprudenciales que se han apuntalado en el ya derogado Cód. Civil (ley 340). Contemplando el descrito menester, habremos de abocarnos —en la presente oportunidad— al análisis del inc. b) del art. 235 de la novel codificación, pues observamos que en la parcela que consagra las playas marítimas bajo el régimen de la dominialidad pública, aun cuando mantiene una línea de continuidad con el aludido cuerpo normativo que la precedió, presenta ciertas particularidades que resultan merecedoras de una detenida consideración.

En ese orden advertimos que el citado precepto, al establecer que “se entiende por playas marítimas la porción de tierra que las mareas bañan y desocupan durante las más altas y más bajas mareas normales, y su continuación hasta la distancia que corresponda de conformidad con la legislación especial de orden nacional o local aplicable en cada caso”, pone en crisis la asignación de competencias constitucionales que —en la materia—

ha sido esbozada por la más destacada doctrina iuspublicista vernácula y asumida —implícitamente y en el mismo texto legal— por el codificador nacional en las restantes previsiones relativas a los bienes integrantes del dominio público; a saber: que resulta competencia del Congreso nacional la determinación de la condición jurídica de las cosas (conf. art. 75, inc. 12, CN).

No se soslaya aquí el afable propósito que pueda perseguirse con la transcrita definición, la que —suponemos— procura reconocer la preeminencia que las playas, como elemento integrante del litoral marítimo, han adquirido para un importante número de núcleos urbanos de nuestro país a partir del inicio del siglo pasado (más precisamente, aquellos cuya economía se nutre preponderantemente de la explotación turística de dicho recurso natural), alcanzando así un elevado grado de relevancia social y económica altamente imponderable al tiempo de la sanción de la codificación civil materializada mediante la ley 340; empero, estimamos que la asistemática previsión de referencia debe ser confrontada con los límites institucionales establecidos en la Constitución nacional y, luego, armonizada con la extensa gama de instrumentos normativos que el ordenamiento jurídico argentino provee para asegurar una eficiente, integra-

da y sustentable planificación y administración de los espacios costeros del litoral marítimo.

Desde tal perspectiva, deviene oportuno —también— efectuar ciertas reservas en torno a la sugerida expansión de la figura del dominio público como la herramienta adecuada para alcanzar el cometido propuesto toda vez que, ante la existencia de alternativas legislativas más eficientes para la consecución de los objetivos declamados (legislación nacional y local en materia ambiental, reglamentación urbanística, restricciones a la propiedad privada, constitución de servidumbres administrativas —entre otras—), la genérica y abstracta ampliación que —tácita e incondicionadamente— se posibilita al legislador local en detrimento de un conjunto de porciones de tierra que —hasta el presente y en una vasta extensión— bien pueden hallarse bajo la titularidad dominial de los particulares, no se vislumbra —*prima facie*— como una opción razonable.

Claro está que el despliegue del escrutinio propuesto impone, a tenor de la distribución de competencias constitucionales que se ha materializado en el devenir histórico de nuestro país, tanto la compulsión de la legislación concerniente emanada del Congreso nacional, como así también el cotejo de ciertas previsiones normativas emitidas a nivel local. En lo atinente a esta última esfera de gobierno, habremos de limitarnos —por lógicas razones de oportunidad— al conjunto de normas existentes en la provincia de Buenos Aires, puesto que en su borde costero se hallan situadas las localidades en cuyo ámbito luce de capital importancia la correcta elucidación de los avatares jurídicos que motivan el presente trabajo. Complementariamente, a los fines de contar con una perspectiva más amplia de la problemática abordada, se contemplarán ciertas alternativas legislativas verificadas en el derecho comparado que, partiendo de un esquema normativo similar al que antecedió al precepto aquí escrutado, bien pueden contribuir a proyectar o esbozar determinadas pautas direccionadas a superar aquellas dificultades mencionadas en los párrafos precedentes.

II. Nociones preliminares

II.1. Litoral marítimo: costas y playas

Previo a ingresar en el análisis de los tópicos propuestos, deviene provechoso esbozar cier-

tas referencias introductorias vinculadas al espacio físico que concita nuestra atención y a su aproximación semántica. En el demarcado andar, cabe precisar que el litoral marítimo argentino ha sido latitudinalmente calculado —conforme datos proporcionados por el Instituto Geográfico Militar— en una extensión de 4.725 kilómetros, entre la desembocadura del río de la Plata y el límite con Chile en el canal de Beagle (comprendiendo dicho trazado a las provincias de Buenos Aires, Río Negro, Chubut, Santa Cruz y Ushuaia), involucrando esa extensión del territorio nacional un conjunto amplio de paisajes tales como acantilados, estuarios, deltas, rías, caletas, islotes, islas, tómbolos, costas arenosas, costas rocosas, costas de canto rodado y marismas, entre otros (1).

Es en esta área geográfica, caracterizada por la interacción del continente con el mar, en el que se sitúa la playa marítima. Y si bien suelen proponerse diversos criterios para la delimitación de la zona costera, desde los que incluyen toda el área de influencia recíproca entre el ámbito acuático y el terrestre, hasta aquellos que la delimitan utilizando límites de competencia y jurisdicción político-administrativa (2), a tenor de la materia de análisis que aquí nos convoca (esto es, en el marco de su faz jurídica, la condición de dominio público de la “playa marítima”), habremos de ceñir los conceptos que han de guiar la interpretación normativa que —en definitiva— corresponda asumir, en razón del ordenamiento jurídico bajo escrutinio, conforme las definiciones contenidas en la legislación nacional y provincial.

Circunscripto de tal modo el objetivo del examen a desplegar, se observa que el legislador nacional ha decidido consagrar una parte de la franja costera marítima —en la oportunidad de identificar las denominadas “playas maríti-

(1) BOSCAROL, Nadia - FULQUET, Gastón - PRELIASCO, Sebastián, "Aportes para una estrategia federal en manejo costero integrado. Estado de la gestión costera en el Litoral Atlántico Argentino", Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016, 1ª ed., p. 143.

(2) DADON, José R. y MATTEUCCI, Silvia D., "Caracterización de las grandes regiones Costeras de la Argentina", Manual de Manejo Costero para la Provincia de Buenos Aires, Ed. Eudem, Bs. As., 2006, p. 12.

mas”— al régimen jurídico especial del dominio público. Es esta última solución de política legislativa la que, en su más reciente formulación (en concreto: la materializada en el art. 235, inc. b) del Cód. Civ. y Com.), nos motiva a desarrollar las reflexiones que a continuación se vierten.

II.2. Bienes de dominio público

II.2.a. Conceptualización

Sin pretender ahondar en los bemoles conceptuales de la categoría jurídica enunciada, ni tampoco en sus remotos antecedentes históricos, deviene imprescindible delinear aquellos postulados básicos sobre los cuales conformamos nuestro entendimiento en relación con el objeto de estudio.

El cometido propuesto, aun abordado —en atención a las limitaciones propias del presente trabajo— desde una perspectiva superficial, dista de resultar una sencilla tarea. Es que como coincidentemente tiene señalado destacada doctrina nacional, el concepto de “dominio público” no ha alcanzado un relativo grado de coincidencia tal como el que puede predicarse respecto de otros institutos jurídicos, verificándose así la más absoluta disparidad de criterios y suscitándose intensos cruces de opiniones (3).

En el descrito contexto, Diez ilustra que la teoría jurídica de los bienes del Estado reconoce una división fundamental conformada por dos grandes grupos: el dominio público y el dominio privado; caracterizándose al segundo como aquel que se encuentra subordinado —en mayor medida— a las normas del derecho privado (4),

(3) CASSAGNE, Juan Carlos, "Curso de Derecho Administrativo", La Ley, Buenos Aires, 2011, t. II, 10ª ed., p. 313; MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, 4ª ed., 1ª reimp., t. V, p. 40; DE LA RIVA, Ignacio M., "La naturaleza jurídica del dominio público", en REINA TARTIÈRE, Gabriel de (coord.), *Domínio Público*, Heliasta, Buenos Aires, 2009, p. 181.

(4) Déjase aclarado que si bien esta idea estriba en la ausencia de los caracteres propios del dominio público (inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad), como así también de las potestades públicas que ostenta la Administración a su respecto (poderes de regulación y de autotutela), debe contemplarse que ciertas cuestiones relativas a los bienes privados del Estado se encuentran regidas por el derecho público (v. gr.: sus

en tanto que el primero se halla sometido a un régimen jurídico de derecho administrativo, dominado por el principio de la inalienabilidad e imprescriptibilidad y soportando reglas desconocidas en el derecho privado (5). Dicha clasificación de los bienes estatales, la que —vale destacar— no se ha hallado exenta de cuestionamientos (6), surge del propio ordenamiento jurídico nacional y se ha mantenido vigente desde la sanción del Cód. Civil derogado (v. arts. 2339 a 2342) hasta la actualidad (v. arts. 235 y 236 del Cód. Civ. y Com.).

Prosiguiendo su tesis, el nombrado tratadista ha definido la categoría jurídica aquí referida como el “conjunto de bienes de propiedad del Estado (lato sensu), afectados por ley al uso directo o indirecto de los habitantes” (7), concepción que —si bien compartimos— estimamos provechoso complementarla con aquella otra vertida por Balbín al delinear la categoría en análisis como “el marco jurídico que comprende el conjunto de bienes, trátese de cosas muebles o inmuebles, de propiedad del Estado destinados a la utilidad común” (8).

Sin desconocer la valía de otras definiciones pronunciadas en el orden local por prestigiosos juristas, juzgamos pertinentes las citas efectuadas precedentemente puesto que no solo dan cuenta de los dos componentes definitorios (en concreto, la titularidad estatal y la afectación formal a la utilidad pública o común) y los elementos constitutivos de la dominialidad pública esbozados tradicionalmente por la doctrina nacional (subjeto, objetivo, normativo y

modos de adquisición o enajenación). En esa línea, se ha dicho que “los bienes del dominio privado del Estado no son iguales a los bienes del dominio privado de los particulares ya que el sujeto estatal impone una regulación legal de derecho público que modifica el régimen jurídico de derecho privado”, v. UGOLINI, Daniela, "Bienes privados del Estado", Astrea, Buenos Aires, 2017, 1ª reimp., p. 39.

(5) DIEZ, Manuel M., "Derecho Administrativo", Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1969, t. IV, p. 348.

(6) BOTASSI, Carlos A., "El Derecho Administrativo y el Código Civil y Comercial", Editora Platense, La Plata, 2018, p. 75.

(7) DIEZ, Manuel M., ob. cit., p. 358.

(8) BALBÍN, Carlos F., "Tratado de Derecho Administrativo", La Ley, Buenos Aires, 2011, 1ª ed., t. II, p. 874.

teleológico), sino que también lucen ajustadas a aquellas previsiones normativas sobre cuya base se ha cimentado el desarrollo teórico del dominio público en nuestro país. Es esta última circunstancia las que nos convence de su elección, en tanto discernimos que la adecuada dilucidación de la materia en tratamiento debe ser abordada con estricto apego al derecho positivo que concita nuestra atención.

Conforme tal pauta rectora observamos —en primer término— que el ordenamiento jurídico nacional, desde los albores de la codificación iniciada en el año 1869, ha reglado ciertas notas elementales del régimen de la dominialidad que —en lo sustancial— se han mantenido constantes. Liminarmente, el Cód. Civil (ley 340), al establecer el marco normativo “de las cosas consideradas en relación a las personas” (Libro Tercero, Título I, Capítulo Único), prescribió —de un lado— que “las cosas son bienes públicos del Estado general que forma la Nación o de los estados particulares de que ella se compone...” (art. 2339) y —de otro— que las personas “tienen el uso y goce de los bienes públicos del Estado o de los estados, pero estarán sujetas a las disposiciones de este código y a las ordenanzas generales o locales” (art. 2341); previsiones estas que se mantuvieron inalteradas hasta la derogación del citado dígito.

Actualmente, el Cód. Civ. y Com. que lo reemplazó (ley 26.994), al disponer el régimen de los “bienes con relación a las personas” (Libro Primero - Parte General, Título III, Capítulo Primero, Sección Segunda), formula una enumeración de “...bienes pertenecientes al dominio público...” (art. 235) (9), los que si bien allí no se califican como de propiedad del Estado (a diferencia de lo normado respecto de los bienes del dominio privado —art. 236—), tal atribución de titularidad dominial brota en el posterior precepto que reza que “[l]os bienes públicos del Estado son inenajenables, inembargables e imprescriptibles. Las personas tienen su uso y goce, sujeto a las disposiciones generales y loca-

(9) El catálogo de bienes de dominio público contenido en el Código Civil y Comercial no constituye óbice para que otras normas —también emanadas del Congreso de la Nación— contemplen diversas categorías de bienes que han de revestir calidad dominial (v. gr. ley 22.351 —Parques Nacionales— art. 2).

les. La Constitución nacional, la legislación federal y el derecho público local determinan el carácter nacional, provincial o municipal de los bienes enumerados en los dos arts. 235 y 236” (art. 237).

No obstante, debe aquí prevenirse la caracterización antes propuesta ha merecido temprana objeción en nuestro ámbito en cuanto admite en favor del Estado un título de propiedad sobre los bienes que integran el dominio público. Más precisamente, Bielsa ha sostenido una tesis contraria al expresar que “sobre los bienes del dominio público no hay un derecho de propiedad”, luego que “aun cuando el Estado los adquiera por los medios jurídicos de la adquisición de la propiedad, con solo destinarlos al uso público ya dejan de ser considerados como propiedad” y concluir —finalmente— que sobre esta clase de bienes “el Estado ejerce una función de reglamentación del uso” (10). Análogo disenso ha manifestado Salomoni al apuntar que, en nuestro país, el dominio público “constituye, desde siempre y fundamentalmente a partir del texto constitucional vigente desde 1853, un título de intervención del Estado, que debió y debe ser regulado únicamente por el derecho administrativo” (11).

Empero coincidimos con aquellos autores que ante tales reparos, lejos de identificar la contraposición de dos visiones antitéticas, discernen la conveniencia de plantear una mirada yuxtapuesta de tales posicionamientos, los que contemplan —desde dos ópticas diferenciadas— una misma realidad, reconociéndose al Estado como el titular de los bienes que componen el dominio público y atribuyéndole las pertinentes potestades pública sobre dichos bienes (12) enderezada a asegurar la finalidad de utilidad común que justifica su régimen normativo.

(10) BIELSA, Rafael, “Derecho Administrativo”, El Ateneo, Buenos Aires, 1947, 4ª ed., t. II, pp. 421/423.

(11) SALOMONI, Jorge L., “El régimen del dominio público en la República Argentina: un intento de reconstrucción dogmática”, AEDP nro. 14, 2000, p. 82.

(12) CASSAGNE, Juan Carlos - DE LA RIVA, Ignacio M., “Formación, trayectoria y significado actual del dominio público en la Argentina”, RDA 93, mayo-junio 2014, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 807.

En efecto, tal como lo ilustrara De La Riva, la consagración de un bien al uso público constituye una auténtica técnica de intervención administrativa, mas dicha modificación sustancial del objeto no suprime ni desplaza su titularidad pública, pues el dominio público "solo se verifica ante la presencia de bienes de propiedad estatal que se encuentran consagrados al uso público" (13). En esa sintonía y en atención a la finalidad que tiende a satisfacer todo bien integrante de la dominialidad pública, signada por su generalidad y plenitud de su consumo, se ha dicho que vendría ilógico postular que tales bienes no pertenezcan a nadie (*res nullius*) o resulten de titularidad de un particular pues, o bien podrían ser adquiridos por cualquier individuo a través de la técnica de la apropiación, o bien importaría vaciar de todo contenido útil el derecho que otro individuo tiene sobre aquel (14).

II.2.b. Elementos constitutivos

Las definiciones teóricas antes referidas, bien pueden ser profundizadas mediante una breve consideración de aquellos cuatro elementos estructurales sobre los que la doctrina nacional supo ahondar en el estudio del dominio público, los que —como ya se anticipara— han sido tipificados como: subjetivo, objetivo, normativo y teleológico (15).

En esa labor, la ponderación del elemento subjetivo se vincula con uno de los ya referenciados componentes definitorios de la dominialidad pública, en particular, el sujeto titular de los bienes en cuestión. Tal condición, conforme la visión compartida en párrafos anteriores, solo puede ser revestida por las personas públicas

estatales (16) y descarta de plano todo posible título de dominio en favor de sujetos de derecho privado y de personas públicas no estatales o, en su caso, que carezcan de pertenencia alguna. Tampoco pasamos por alto las autorizadas opiniones que postulan que la titularidad de los bienes públicos radica en cabeza de la comunidad política "pueblo" (17), que solo ejercería las prerrogativas en cuestión mediante la autoridad estatal correspondiente, la que actuaría —a tenor del principio representativo previsto en el art. 22 de la CN— como gerente de sus intereses, empero apreciamos que esta última circunstancia nos releva —en la presente oportunidad y por razones de orden práctico— de adentrarnos en el debate que tales posiciones plantean.

En segundo lugar, el denominado elemento objetivo alude al componente material que resulta susceptible de revestir la calidad de bien de dominio público. En este punto, no existen mayores controversias en admitir que dicho objeto puede consistir tanto un bien material o inmaterial (conforme la terminología empleada por el art. 16, Cód. Civ. y Com.), sin distinción —respecto de la primera clase— de bienes muebles (siempre que no sean fungibles o consumibles) e inmuebles; vislumbrándose así un criterio laxo, siempre que el respectivo bien ostente la aptitud necesaria para cumplir las finalidades que motivan la institución dominial (18).

Desde otro andarivel, el elemento teleológico comprende aquella finalidad que los bienes dominiales se encuentra enderezados a satisfacer y que no es otra que la utilidad general o común. Sobre tal provecho colectivo, ha sobrevenido la discusión entre los autores acerca de si la utilización en cuestión debe ser directa e inmediata (v. gr. los caminos públicos liberados al tránsito) o, si —asimismo— puede serlo de

(13) DE LA RIVA, Ignacio M., "La naturaleza jurídica del dominio público", *ob. cit.*, p. 197.

(14) GUIRIDLIAN LAROSA, Javier D., "Dominio Público y Fiducia", en REINA TARTIÈRE, Gabriel de (coord.), *Dominio Público*, Heliasta, Buenos Aires, 2009, p. 312.

(15) Reconociéndose —de manera generalizada— su formulación al jurista español Manuel Ballbé, v. MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", *ob. cit.*, t. V, p. 48; DIEZ, Manuel M., *ob. cit.*, t. IV, p. 358; CASSAGNE, Juan Carlos, "Curso de Derecho Administrativo", *ob. cit.*, t. II, p. 318.

(16) De tal modo, coincidimos con quienes indican que, además del Estado Federal, las provincias y los municipios, también otros sujetos estatales de derecho público (v. gr. entes descentralizados y Universidades públicas), v. DIEZ, Manuel M., *ob. cit.*, t. IV, p. 359; BALBÍN, Carlos F., "Tratado de Derecho Administrativo", *ob. cit.*, t. II, p. 877.

(17) BIELSA, Rafael, "Derecho Administrativo", *ob. cit.*, t. II, p. 421; MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. V, p. 55 y ss.; CASSAGNE, Juan Carlos, *ob. cit.*, t. II, pp. 319/320.

(18) MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. V, p. 82.

forma indirecta o mediata (v. gr. los inmuebles militares afectados a la seguridad nacional). En esa disyuntiva, nos inclinamos por acompañar la tesis de Marienhoff en cuanto sostiene que —en nuestro ordenamiento jurídico— también el uso indirecto responde a la finalidad que justifica la inclusión de un bien en el régimen dominial, ello con basamento en la previsión normativa que establece que la consagración de “cualesquiera otras obras públicas, construidas para utilidad o comunidad común” (art. 2340, inc. 7, Cód. Civ. en su redacción original, la que con meras variaciones terminológicas —v. modif. por ley 17.711— se mantiene aún vigente —art. 235, inc. f], Cód. Civ. y Com.—), la que revela que la genérica expresión empleada abarca no solo el uso directo, sino también el uso indirecto referido a los bienes afectados a la función administrativa **(19)**. Por su lado, Balbín complementa la exégesis expuesta con cita de aquella otra formulación normativa que prescribe la afectación dominial de toda agua “que tenga o adquiriera la aptitud de satisfacer usos de interés general” (arts. 2340, inc. 3, Cód. Civ. —modif. según ley 17.711— y 235 inc. c], Cód. Civ. y Com.), denotando así una serie de conceptos indeterminados (interés general, utilidad y comodidad común) que constituyen el pilar de distinción respecto de aquellos bienes del dominio privado del Estado **(20)**.

Por último, el elemento normativo evidencia la necesidad que la consagración de determinado bien al régimen de la dominialidad pública sea dispuesta mediante ley en sentido formal. La indicada exigencia se debe a que no cabe colegir la existencia de bienes del dominio público por naturaleza, sino que tal condición jurídica —con la consecuente especificidad de su régimen de derecho público— se encuentra supeeditada a la voluntad del legislador, quién ha de establecer el carácter público o privado de los bienes de titularidad estatal. Y esta última contingencia, en tanto conlleva una actividad legislativa sobre la condición jurídicas de los bienes, trasunta una cuestión de derecho sustancial que

—por tal motivo, a tenor de lo establecido en el art. 75, inc. 12 de la CN— debe ser determinada por el Congreso nacional (tópico sobre el que —con mayor detenimiento— volveremos a pronunciarnos más adelante).

II.2.c. Régimen jurídico especial de derecho público

En consonancia con la trascendental finalidad que se atribuye a los bienes dominiales, el ordenamiento jurídico los dota de un particular régimen de derecho público, de carácter excepcional y de interpretación restrictiva, encaminado a salvaguardar su consecución y preservarla tanto del obrar de los particulares, como así también de los funcionarios públicos con competencia decisoria sobre ellos. Dicho régimen normativo, erigido sobre la base de normas y principios de derecho público, ha sido tradicionalmente descrito a través de sus notas características (inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad) y de las potestades públicas —poder de policía— que ostenta la autoridad estatal, sea para regular sus usos, sea para propender a su tutela.

Las mencionadas notas que la doctrina nacional supo postular como inherentes a la dominialidad pública carecieron —en un principio— de un anclaje normativo expreso, pero su existencia fue sustentada a partir de diversos preceptos del Cód. Civil relativos a aquellas cosas que se hallan “fuera del comercio” **(21)**. En concreto, a tenor de las previsiones de los arts. 953, 2336 y 2604 del nombrado digesto, supo identificarse el fundamento legal de la inalienabilidad de los bienes en cuestión, condición que garantiza su indisponibilidad e inseparabilidad de la función pública, implicando ello —a su vez y como necesaria consecuencia— su posterior inembargabilidad ante la futura inviabilidad de toda pretensión ejecutiva sobre el bien inenajenable;

(21) La mentada exclusión —es menester aclarar— alcanza sólo al denominado comercio de derecho privado y no así a las operaciones jurídicas propias del derecho público, las que —en atención a su naturaleza y objeto— pueden resultar plenamente compatibles con la finalidad pública del régimen dominial; v. DIEZ, Manuel M., ob. cit., pp. 399/409.; MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., t. V, pp. 217/225; CASSAGNE, Juan Carlos, ob. cit., t. II, pp. 343/344; BALBÍN, Carlos F., en Tratado..., ob. cit., t. II, pp. 882/884.

(19) MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., t. V, pp. 107-112.

(20) BALBÍN, Carlos F., "Tratado de Derecho Administrativo", ob. cit., t. II, p. 875 y en "Impacto del Código Civil y Comercial en el Derecho Administrativo", Astrea, Buenos Aires, 2016, 1ª ed., pp. 182/183.

y al mismo tiempo, en virtud de las fórmulas contenidas en los arts. 2400, 3951, 3952 y 4019, inc. 1 del mismo código, su imprescriptibilidad frente a la imposibilidad jurídica de detentarse posesión útil alguna sobre tales cosas (22).

Por el contrario, el Cód. Civ. y Com. hoy vigente recepta explícitamente los susodichos caracteres de la dominialidad al prescribir —en su art. 237— que “los bienes públicos del Estado son inenajenables, inembargables e imprescriptibles”, por lo que tal innovación legislativa —allende las críticas que, por cierta incompletitud, se le hubo efectuado (23)— traducen un avance de técnica legislativa que simplifica la tarea hermenéutica del operador jurídico.

Siguiendo la línea trazada, corresponde señalar que la efectiva satisfacción de la finalidad pública de la dominialidad requiere —en atención a su generalidad— una adecuada regulación de la utilización de los bienes que la integran, condicionando así las relaciones que puedan presentarse entre la Administración y los usuarios para su aprovechamiento. Desde tal perspectiva, es preciso prevenir que tal competencia reglamentaria de sus modos de utilización —en tanto manifestación del poder de policía— corresponderá al Estado nacional o a las provincias, según se trate de bienes del dominio público nacional o del dominio público provincial respectivamente, conforme cabe desprender de lo estipulado en el art. 121 de la CN (24).

(22) GUIRIDLIAN LAROSA, Javier D., "De la desafectación y usucapión del dominio público. Apuntes en ocasión del caso 'Vila' de la Corte Suprema", ED, Suplemento Administrativo, nro. 13.148, 26/12/2012, pp. 1-4.

(23) COVIELLO, Pedro J. J. - DE LA RIVA, Ignacio M. - GUIRIDLIAN LAROSA, Javier D., "Régimen del Dominio Público", AA.VV., Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012, Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho, ED, Buenos Aires, 2012, p. 188.

(24) Bajo la premisa blandida, se han vertido fuertes críticas al art. 2341 del Cód. Civil derogado en cuanto disponía que "Las personas particulares tienen el uso y goce de los bienes públicos del Estado o de los Estados, pero estarán sujetas a las disposiciones de este código y a las ordenanzas generales o locales" (sin que mayor precisión terminológica pueda predicarse respecto del art. 237 del actual Cód. Civ. y Com., que ha procurado contemplar la cuestión), toda vez que tal materia concierne —exclusivamente— al derecho público, debiendo tenérsela por

Hecha tal salvedad, y por fuera de las ya referidas formas de utilización directa o indirecta de la dominialidad, su aprovechamiento bien puede ser canalizado mediante los denominados “usos comunes” o “usos especiales” (sin que quepa aquí efectuar una correlación con su gratuidad u onerosidad, pues dichas contingencias responden a razones de oportunidad sujetas a la discrecionalidad estatal), caracterizados los primeros por aquellos que pueden realizar todos los integrantes de la comunidad sin más requisitos que la observancia de las disposiciones reglamentarias de carácter general emitidas por la autoridad competente, en tanto que los segundos refieren al empleo que únicamente pueden disponer las personas que hayan adquirido tal facultad —exclusiva y privativa— de acuerdo al ordenamiento jurídico aplicable y en virtud de un acto estatal expreso (25).

En último lugar, el mencionado régimen dominial se complementa con las prerrogativas que ostenta la Administración para la tutela de los bienes públicos, sea para su debida conservación, sea para asegurar su uso afectado a la utilidad general. Dichas atribuciones le permiten, de un lado, acudir por ante el Poder Judicial con el objeto de instar las acciones petitorias y posesorias que correspondan según el caso y, de otro, ejercer la potestad de proceder directamente por sí misma —sin el auxilio jurisdiccional— mediante la vía directa de la autotutela (inherente al poder de policía sobre el dominio público), adoptando sus propias decisiones ejecutorias y haciéndolas cumplir aún mediante el uso de la fuerza pública (26). Y si bien la elección de valerse de una alternativa u otra para el resguardo de los bienes públicos, frente a toda turbación que pueda menoscabar su integridad o destino de utilidad general, no depende más que de un razonable ejercicio de la discrecionalidad administrativa en relación al caso con-

ineficaz respecto de los bienes públicos provinciales; v. DIEZ, Manuel M., ob. cit., pp. 457/458; MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., t. V, p. 280; CASSAGNE, Juan Carlos, ob. cit., t. II, p. 346.

(25) MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., t. V, pp. 283 y 305/308.

(26) CASSAGNE, Juan Carlos - DE LA RIVA, Ignacio M., "Formación, trayectoria y significado actual del dominio público en la Argentina", ob. cit., p. 812.

creto; tal principio reconoce su límite cuando la condición dominial del bien no surge indubitada, o en los supuestos en que se persigue la represión de un delito, la exigencia coactiva de un pago en concepto de multas o el resarcimiento de daños y perjuicios (27).

III. La consagración de la playa marítima como bien de dominio público en el derecho nacional

III.1. Código Civil

III.1.a. Fuentes normativas precedentes

Habiéndose ya reconocido que la condición dominial de un bien no surge sino de la expresa voluntad del legislador, como así también las significativas consecuencias jurídicas de esa categorización, observamos que el sometimiento de la playa marítima a dicho régimen especial —en nuestro ordenamiento jurídico— fue dispuesto inicialmente en el Cód. Civil, y que tal determinación normativa devino concordante con el clásico derecho romano y el —hasta ese entonces vigente— antiguo derecho español.

Ya la Corte Suprema de Justicia Nacional tuvo la oportunidad de mencionar aquellas normas que, aun luego de emitida la declaración de independencia de 1816, rigieron en el territorio nacional hasta la sanción del Cód. Civil (ley 340), como así también sus antecedentes remotos. En ese sentido, al emitir su sentencia respecto de una pretensión reivindicatoria blandida en relación con una porción de tierra lindera con el océano atlántico, el Alto Tribunal Federal expuso que “la playa de la mar era considerada por casi todos los jurisprudentes romanos cosa de uso común ('De Istitutionum', D. Justiniano, II, I parág. 1; Dig. 1-VIII-2, 1), y aun cuando en las Instituciones de Justiniano se estableció que la playa se extendía hasta donde llegaban las mayores olas en invierno —'est autem litus maris quatenus hibernus fluctus maximus excurit'— (Inst., II-I, 83) en el Digesto, Libro L., título XVI) ('De la significación de las palabras') se definió el litoral marítimo simplemente como el espacio a donde llegan las mayores olas (libro y título citados 96 y 112); y el Libro de las Leyes de Alfonso X de Castilla, tomando esta úl-

tima regla, prescribió que 'comunalmente pertenece a todas las criaturas'... 'el mar, a su ribera' entendiéndose por 'ribera de la mar cuando se cubre del agua della quando más crece en todo el año que en tiempo del invierno, o del verano' (leyes III y IV, tít. XXVIII, Partida 3°) (28).

En similar sintonía, Marienhoff ilustra —en primer término— que el derecho romano da cuenta de diversas disposiciones relacionadas con la ribera o costa del mar, las que se hallan definidas —en lo sustancial— como el espacio hasta donde llegaban las mayores olas (Institutas. lib. 2, tít. 1, parág. 3; Digesto, lib. 50, tít. 16, fragto. 96), aunque tales textos exhiben contradicciones en cuanto se les asigna carácter “común” en las “Institutas” y en el “Digesto” (Institutas lib. 2, tít. 1, parág. 1 y Digesto, lib. 1, tít. 8, ley 2), pero posteriormente en otras parcelas del “Digesto” se proclama su calidad “pública” (Digesto, lib. 41, tít. 1, leyes 14, 50 y 65; lib. 43, tít. 8, ley 3; lib. 50, tít. 16, fragto. 112); y —luego— que, a tenor del antiguo derecho español, tanto el mar como sus riberas revestían la condición de cosas “comunes”, cuyo uso correspondía a todos los hombres, y que por “ribera del mar” se entendía la parte de tierra que cubrían las aguas en sus mayores crecidas (Partida 3, tít. 28, leyes 3 y 4) (29).

Considerados tales cotejos, en lo que aquí reviste particular interés, luce provechoso destacar las aludidas formulaciones contenidas en el Libro L, título XVI “De verborum significatione” —“De la significación de las palabras”—, Fragmentos 96 y 112 del “Digesto” en tanto dichos pasajes [que establecen que “es litoral el espacio hasta donde llegan las mayores olas del mar” y que “el litoral es público hasta donde llegan las olas máximas” respectivamente (30)] han me-

(28) CSJN in re "Alió, Enrique por la Provincia de Buenos Aires c. Riglos de Alzaga, Josefina s/ reivindicación", 15/09/1926, (Fallos 147:178).

(29) MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., t. VI, pp. 140/141.

(30) Conforme las traducciones del latín "Litus est, quousque maximus fluctus a mari pervenit" y "Litus publicum est eatenus, qua maxime fluctus exaestuat" contenidas en García del Corral, Ildefonso L., Cuerpo del derecho civil romano a doble texto, traducido al castellano del latino publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, Barcelona, 1897, t. III, pp. 923 y 925.

(27) MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., t. V, pp. 264/265.

recido explícita cita por parte del codificador Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield en la nota que acompaña al art. 2340, inc. 4° del Cód. Civil (31), precepto sobre el cual posamos nuestra atención en lo que sigue.

III.1.b. La previsión del art. 2340, inc. 4 del Cód. Civil

En su versión original, el art. 2340 preveía que “[s]on bienes públicos del Estado General o de los Estados particulares:... 4° Las playas del mar y las playas de los ríos navegables en cuanto su uso sea necesario para la navegación, entendiéndose por playas del mar la extensión de tierra que las olas bañan y desocupan en las más altas mareas, y no en ocasiones extraordinarias de tempestades.” La aludida expresión de “playa marítima” constituye —en el derecho argentino— una porción del denominado “dominio público marítimo” (32), el que se integraba —a tenor del texto original del Cód. Civil— con los “los mares adyacentes al territorio de la República, hasta la distancia de una legua marina...” y los enunciados “mares interiores, bahías, ensenadas, puertos y ancladeros” (v. art. 2340, incs. 1 y 2).

La solución legislativa así formulada —es pertinente destacar— resultó materia de objeción por parte de Marienhoff, quien la estimó sobrepasada. Es que al concebir que el mar comprende en su configuración tanto al agua y como al lecho (conformado por el “piso” o “fondo” —sobre el que descansan las aguas— y por la “ribera” —que contiene las aguas e impide su desbordamiento—), juzgó de toda evidencia que este último elemento constitutivo también revestirá carácter público, puesto que no es sino una porción del mar colindante con el continente (33).

(31) La apuntada cita se completa con las referencias bibliográficas allí contenidas —Demolombe y Merlin— y la remisión al art. 540 del Cód. Civ. Francés.

(32) Siguiendo aquí la tipificación propuesta por Diez en su clasificación de los distintos bienes que integran el dominio público, v. Derecho Administrativo, ob. cit., t. IV, p. 545. En sentido concordante, v. BIELSA, Rafael, “Derecho Administrativo”, ob. cit., t. II, pp. 479/480; FIORINI, Bartolomé, “Derecho Administrativo”, t. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, pp. 323/324.

(33) Describe, antes de expresarse en el sentido señalado, que el lecho del mar “es la superficie terrestre

Por fuera de tal aguda crítica, no se constataron mayores disensos para determinar la conformación material del bien dominial aquí en estudio. En efecto, continuando la tradición normativa del derecho romano y del antiguo derecho español que rigiera en esta región hasta su sanción, el texto original del Cód. Civil circunscribió la playa marítima a aquella porción de tierra que las olas bañan y desocupan en las más altas mareas en sus crecidas ordinarias o, según la expresión vertida por Bielsa, como “la parte del litoral cubierta y descubierta por la acción ordinaria de las aguas” (34). En términos concordantes se pronunció Fiorini al explicar —primeramente— que las playas marítimas “alcanzan desde la parte más elevada que ocupan las aguas hasta la marea más baja, desde donde parte la línea demarcatoria del mar adyacente” y —seguidamente— que la definición normativa escrutada se ajusta a “los límites que marca el movimiento de las mareas en las playas, correspondientes a los movimientos naturales, ordinarios, comunes, periódicos y permanentes, excluyendo los extraordinarios provenientes de un fenómeno marino o de una tempestad” (35).

En paralelo, dispar panorama se presentó en rededor a la interpretación del pasaje de la norma en que, tras asignarse la calidad de bienes públicos a las playas del mar y de los ríos navegables, se añade “en cuanto su uso sea necesario para la navegación”. Por un lado, Bielsa postuló que la afectación dominial de las playas marítimas lo era cuando se verificaba dicho condicionamiento (36); en tanto que Marienhoff, con un criterio opuesto y esgrimiendo una mirada crítica sobre el precepto en cuestión, expresó que

permanentemente ocupada por sus aguas”, aclarando que este recaudo de la “ocupación ‘permanente’ no debe entenderse en el sentido de ocupación ‘constante’ y ‘continua’, pues basta que lo sea durante la mayor parte del año”, MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., t. VI, pp. 144/145.

(34) BIELSA, Rafael, ob. cit., t. II, p. 481.

(35) FIORINI, Bartolomé, ob. cit., t. II, p. 324.

(36) BIELSA, Rafael, ob. cit., t. II, p. 480; en términos semejantes se hubo predicado —respecto del citado precepto— que “en cuanto dice que son públicos estos bienes cuando su uso sea necesario para la navegación, lo que permitiría inferir que, si no fueran necesarios, tales playas no revisten la condición jurídica de públicas”, v. DIEZ, Manuel M., Derecho Administrativo, ob. cit., t. IV, p. 571.

la invocada menesterosidad para la navegación refería exclusivamente a las playas de los ríos navegables, y no así a la ribera marítima, sustentando su parecer con la valoración de aquel texto que identifica como la fuente de la apuntada exigencia normativa, a saber: el art. 328 —inc. 4— del Esboço de Freitas, el que contemplaba dicha contingencia respecto de los márgenes de los ríos navegables (37).

Acompañamos esta última lectura, no solo por la exactitud de la referencia efectuada, sino también por la considerable similitud que el Cód. Civil presentaba en la definición de la playa marítima con aquella delineada en el art. 329 del Esboço, previo calificar este último cuerpo —en su art. 328, inc. 3— tales riberas como públicas (38).

III.1.c. Su modificación mediante ley 17.711

El precepto reproducido en los párrafos anteriores fue alterado con la trascendental reforma operada en el año 1968 mediante la sanción de la ley 17.711, la que —independientemente de su sustancial relevancia— alcanzó la modificación, sustitución, derogación o inclusión de un número aproximado de doscientos artículos, cifra cercana al cinco por ciento del articulado total del Cód. Civil (39).

En la parcela que aquí concierne, la reforma legislativa indicada reconfiguró la letra del art. 2340 del Cód. Civil en los siguientes términos: “Quedan comprendidos entre los bienes públicos: (...) 4° Las playas del mar y las riberas internas de los ríos, entendiéndose por tales la extensión de tierra que las aguas bañan o desocupan durante las altas mareas normales

(37) MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., t. VI, pp. 146/148;

(38) Art. 328 "Pertencem á classe das cousas publicas tão sómente susceptíveis de uso gratuito:... 3. As praias do mar, salvos os direitos de propriedade particular já adquiridos" y Art. 329 "Entender-se-ha por praias do mar toda a extensão da costa, que as ondas ordinariamente cobrem e descobrem nas maiores marés; e não em ocasiões extraordinarias de tempestades ou furacões", v. FREITAS, Augusto Teixeira de, "Código Civil: Esboço", Tipographia Universal de Laemmert, Rio de Janeiro, 1860, p. 226 y 229.

(39) LLAMBÍAS, Jorge J., "Tratado de Derecho Civil Parte General", Ed. Perrot, Buenos Aires, 1995, 16ª ed., t. I, pp. 208/209.

o las crecidas medias ordinarias". Esa nueva redacción del texto legal, que se mantuvo vigente hasta la sanción del Cód. Civ. y Com. que rige en la actualidad, fue valorada positivamente por la doctrina. Además de la eliminación del objetado condicionamiento de la necesidad de las playas para la navegación (que suscitó las disputas interpretativas antes señaladas), supo elogiarse el reemplazo del término "olas" por el de "aguas" empleado para determinarse la extensión de tierra que se bañan o desocupan, al juzgarse que la primigenia formulación normativa llevaría a extender la playa marítima más allá de la línea de pleamar máxima, desde que su delimitación ya no estaría dada por la afluencia de la marea sino por el mayor alcance de las olas (40).

Es factible percibir, también, que la fórmula incorporada —en relación a la innovación indicada en segundo término— deviene compatible con aquella previsión concerniente al aluvión como modo de adquirir el dominio —contenida en el Libro Tercero, Título V, Capítulo III— del art. 2577 del Cód. Civil (el que prescribía que "[t]ampoco constituyen aluvión, las arenas o fango, que se encuentren comprendidas en los límites del lecho del río, determinado por la línea a que llegan las más altas aguas en su estado normal"), unificando así la terminología de la que se valía el cuerpo codificado para la determinación material de las playas marítimas y fluviales (41).

III.2. Código Civil y Comercial

III.2.a. Continuidad sustancial de la previsión del Código Civil derogado

El Cód. Civ. y Com. actualmente vigente, en la materia que aquí tratamos, evidencia una notoria continuidad en los lineamientos elementales de la dominialidad, toda vez que reproduce la clásica distinción entre los bienes públicos y privados del Estado, y enumera aquellos que han revestir una calidad u otra (arts. 235 y 236),

(40) DIEZ, Manuel M., "Derecho Administrativo", ob. cit., t. IV, p. 571.

(41) La asimilación materializada con la reforma en comentario ya había sido bosqueja por MARIENHOFF aun con el texto original del Cód. Civil, pese a la diversa terminología allí utilizada, v. Tratado de Derecho Administrativo, ob. cit., t. VI, pp. 144 y 249/252.

aunque —por otro lado— innova en la técnica legislativa desplegada respecto de sus caracteres, en tanto enuncia expresamente que dichos bienes son inenajenables, inembargables e imprescriptibles (art. 237).

Análoga observancia de la tradición normativa, doctrinaria y jurisprudencial exhibe la definición básica —destáquese el epíteto empleado, en atención a las consideraciones que se efectuarán en lo que sigue— de la playa marítima que se encuentra explicitada en el art. 235, cuyo texto dispone: “Son bienes pertenecientes al dominio público, excepto lo dispuesto por leyes especiales:... b) las aguas interiores, bahías, golfos, ensenadas, puertos, ancladeros y las playas marítimas; se entiende por playas marítimas la porción de tierra que las mareas bañan y desocupan durante las más altas y más bajas mareas normales, y su continuación hasta la distancia que corresponda de conformidad con la legislación especial de orden nacional o local aplicable en cada caso”.

Más precisamente advertimos que la definición contenida en el precepto transcrito, en la parcela que configura la playa marítima como “la porción de tierra que las mareas bañan y desocupan durante las más altas y más bajas mareas normales...”, conserva con similar alcance material al que preveía el derogado Cód. Civil —allende cierta variación en su literalidad— la configuración sustancial del bien delimitado; esto es, demarca su extensión según la superficie que resulta bañada y desocupada respectivamente por las aguas conforme el flujo y reflujo de las más altas y bajas mareas normales.

Desde tal perspectiva, entonces, el precepto escrutado no suscita mayores comentarios en la presente oportunidad.

III.2.b. Aspectos disruptivos de la nueva legislación

Empero, la novedad que concita nuestra atención no es sino el agregado final de la fórmula normativa de referencia, en cuanto adiciona al definido alcance de la porción de tierra que ha de entenderse como playa marítima “...su continuación hasta la distancia que corresponda de conformidad con la legislación especial de orden nacional o local aplicable en cada caso”. La

apuntada anexión encierra dos aspectos que, si bien con disímil grado de relevancia, se abordan en los siguientes apartados.

III.2.b.i. Asistematicidad de la técnica delegativa

En una primera lectura, percibimos que el indicado segmento del precepto examinado propicia o —cuanto menos— admite que las fracciones de tierras que califican como playas marítimas puedan alcanzar una extensión mayor a la que resulte bañada u ocupada por las más altas y bajas mareas normales, según se disponga en una eventual “legislación especial de orden nacional o local aplicable en cada caso”. Y tal alteración no solo resulta disruptiva en relación con el texto del Cód. Civil derogado, sino también se muestra disonante con la modalidad en que han sido enunciados los restantes bienes integrantes del dominio público en el nuevo código unificado.

A fin de esclarecer dicha aseveración podemos distinguir que, al enumerar el conjunto de bienes a los que se les concede la condición jurídica de dominiales, el Cód. Civ. y Com. se vale de variantes tales como: i) su mera enunciación (42); ii) su enunciación bajo una expresión genérica de vasta amplitud (43); iii) su enunciación y definición conceptual (44); iv) su enunciación y diferimiento de su definición conceptual a otro texto legal (45); y v) su enunciación, definición

(42) Aguas interiores, bahías, golfos, ensenadas, puertos y ancladeros (inc. "b"); estuarios, arroyos, demás aguas que corren por cauces naturales, los glaciares y el ambiente periglacial (inc. "c"); las islas formadas o que se formen en el mar territorial, la zona económica exclusiva, la plataforma continental o en toda clase de ríos, estuarios, arroyos, o en los lagos o lagunas navegables, excepto las que pertenecen a particulares (inc. "d"); las calles, plazas, caminos, canales, puentes (inc. "f"); los documentos oficiales del Estado (inc. "g"); y las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos (inc. "h").

(43) Toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general (inc. "b"); y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común (inc. "f").

(44) Los ríos, lagos y lagunas navegables (inc. "c").

(45) El espacio aéreo (inc. "e").

conceptual básica y diferimiento de su mayor extensión a otro texto legal (46).

Las tres primeras modalidades identificadas reflejan una línea de continuidad con el texto original del Cód. Civil derogado, por lo que para su consideración cabe remitirse a los diversos estudios que ha desarrollado la doctrina nacional. El modo caracterizado en cuarto lugar ya hubo de ser aplicado mediante la modificación efectuada con la ley 17.711, al disponerse que quedarían comprendidos entre los bienes públicos los mares territoriales “hasta la distancia que determine la legislación especial” (47), y en el novel código unificado se lo emplea en el fragmento que refiere al espacio aéreo “de conformidad con los tratados internacionales y la legislación especial” (48).

Finalmente, el método indicado en quinto término —original de la nueva codificación— ha sido aplicado respecto del mar territorial y las playas marítimas, aunque bien observamos algunas diferencias entre ambos supuestos. Tal como fue esquematizado precedentemente, la técnica empleada consagra dominialmente al mar territorial “hasta la distancia que determinen los tratados internacionales y la legislación especial”, para luego especificar que “[s]e entiende por mar territorial el agua, el lecho y el subsuelo”; pese a que es menester denotar que el antedicho reenvío normativo ostenta un curso concreto, puesto que la extensión en cuestión se halla precisamente determinada en una distancia de doce millas marinas medidas a partir de las líneas de base correspondientes, conforme surge del texto de la ley 23.968 (titulada “De espacios marítimos”), en clara adecuación a las directivas de la Convención de las Naciones

(46) El mar territorial (inc. "a") y la playa marítima (inc. "b").

(47) Se interpretó que la mentada legislación especial refería a la ley 17.094, la que estableció que la soberanía nacional se extendía al mar adyacente al territorio hasta una distancia de 200 millas marinas medidas —como principio general— desde la línea de las más bajas mareas, v. DIEZ, Manuel M., ob. cit., t. IV, p. 566.

(48) Normativa constituida, esencialmente, por los Convenio de Aviación Civil Internacional (Convenio de Chicago), ratificados por ley 15.110.

Unidas sobre el Derecho del Mar ratificada mediante ley 24.543 (49).

Análogo formato exhibe la previsión concerniente a las playas marítimas, toda vez que —de un lado— propone una definición conceptual básica o inicial, demarcando su extensión en “la porción de tierra que las mareas bañan y desocupan durante las más altas y más bajas mareas normales” y —de otro— establece, eventualmente, “su continuación hasta la distancia que corresponda de conformidad con la legislación especial de orden nacional o local aplicable en cada caso”. No obstante, a poco que se avance en su análisis, el parangón intentado encuentra ciertos valladares.

Nótese que, a la ya consabida práctica de reservarse la reconfiguración conceptual del bien en cuestión a una contingente “legislación especial” (50), se adiciona que dicha normativa puede ser de “orden nacional o local aplicable según en cada caso”. Esta última posibilidad, en puridad la ampliación conceptual del bien dominial por parte del legislador local, despunta discordante con las restantes disposiciones que contemplan su potencial regulación por una normativa especial, sobre todo cuando la sugerida habilitación se proyecta sobre aquellos que integran la nómina de los denominados bienes públicos naturales (51), toda vez que la moda-

(49) v. art. 3 de la ley 23.968 y arts. 3 y ss. de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

(50) Técnica legisferante que nos merece ciertos reparos cuando el ordenamiento jurídico no cuenta con la invocada “legislación especial”, tal como sucede con relación a las playas marítimas, pues mal podríamos identificar así las normas citadas en la nota precedente, las que regulan los espacios marítimos existentes desde la línea de base y hacia mar adentro (esto es, en dirección opuesta a las playas). Vislumbramos también que, en sentido contrario, el código contempla ciertos bienes que han sido expresamente definidos en determinada “legislación especial”, no obstante, omite referir dicha circunstancia (v. gr. glaciares y ambiente periglacial —ley 26.639, arts. 1 y 2—; puertos —ley 24.093, arts. 1 y 2—).

(51) Seguimos aquí la clasificación que, en razón del origen o formación del objeto, califica el dominio público en “natural” y “artificial”, según se trate de los bienes considerados en el estado en el que la naturaleza los presenta, o de aquellos cuya creación o existencia depende de un hecho humano, v. MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., t. V, p. 140.

lidad de afectación para dicha clase de bienes se produce de manera general a partir del momento en que adquiere vigencia la norma legal que establece su pertenencia al dominio público (la que debe emanar del Congreso nacional), a diferencia de lo que ocurre con el dominio público artificial cuya afectación se disocia de la norma legal que lo califica de tal modo y se concreta recién con el dictado de la norma o acto administrativo —y, en ocasiones, con un simple hecho— por parte de la autoridad competente que lo destina al uso público efectivo (52).

En los términos expuestos, la delegación efectuada en favor del legislador local no trasunta ya la posibilidad de disponer la afectación de un bien determinado conforme la calificación dominial consagrada por la legislación común (supuesto que se verifica respecto de los bienes del dominio público artificial), sino ya la atribución de la potestad para modificar —aunque bien, en mayor medida— la propia configuración conceptual de lo que ha de entenderse como playa marítima. De modo que dicha técnica legisferante trasciende notablemente aquellas previsiones que contemplan la hipotética existencia de un cuerpo normativo específico y especial para determinadas materias (siempre vinculadas a tópicos cuya regulación compete al Congreso nacional), y convoca a las legislaturas locales, únicamente en el particular caso de las playas marítimas, a la tarea de definir la calificación jurídica de un bien dominial.

Al indagar acerca del origen de esta peculiar previsión normativa, el cotejo del trámite legislativo que culminó con el texto sancionado mediante la ley 26.994 permite conocer que el agregado final aquí escrutado no formaba parte del anteproyecto de Cód. Civ. y Com. elaborado por la comisión redactora creada a tal fin (53), ni tampoco del proyecto elevado al Congre-

(52) CASSAGNE, Juan Carlos - DE LA RIVA, Ignacio M., "Formación, trayectoria y significado actual del dominio público en la Argentina", *ob. cit.*, p. 812.

(53) v. dec. 191/2011 del Poder Ejecutivo nacional, rubricado el 23 de febrero de dicho año, mediante el cual se crea la "Comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación", integrada por Ricardo L. Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci (arts. 1 y 3).

so nacional por parte del Poder Ejecutivo nacional (54), sino que resultó incorporado en el seno de la denominada Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación creada —en el ámbito del Congreso nacional— con la declarada finalidad de preservar la unidad, integridad y coherencia del nuevo cuerpo codificado (55). Dicho propósito, en la reducida temática que abordamos, lejos estuvo de alcanzarse si se divisa que la originaria intención de los codificadores de preservar los postulados elementales del régimen del dominio público trazados tradicionalmente por la doctrina y legislación nacional encuentra un quiebre lógico —según juzgamos— en la premisa anexada en la parte final del inc. b) del art. 235 (56).

III.2.b.ii. Delegación sustantiva al legislador local

Reflejado el contraste sistémico del precepto citado, es momento de acometer el análisis de su connotación sustancial. En esa faena, percibimos que el codificador nacional plasmó una definición general, o —más precisamente— de mínima, del concepto de playa marítima, para luego contemplar la eventual existencia de una legislación especial de orden nacional o local que pudiera redefinir —en una mayor medida o extensión— dicho bien dominial.

Como ya hemos visto, la alternativa concierne a la potencial coexistencia con una nor-

(54) v. Mensaje 884/12, ingresado por el Honorable Senado de la Nación bajo expediente 57-P.E.-2012.

(55) v. resolución conjunta de ambas Cámaras de fecha 04/07/2012 (OD 636/12 y 531/12).

(56) Recordamos aquí aquella reflexión practicada respecto de la sanción "a libro cerrado" que mereció el derogado Cód. Civil, expresándose que "Los cuerpos parlamentarios, por su composición y funcionamiento, carecen de idoneidad para emprender el estudio y debate analítico de una obra científica de tan delicado carácter sistemático como es un código. Lo verosímil es esperar que semejante debate resulte inorgánico e interminable y que en caso de prosperar las enmiendas que se auspicien quede arruinada la coherencia del sistema general, por no haberse comprendido que la principal de las ventajas de las codificaciones reside en esa metodización de la ley, que permite luego obtener de ella el máximo rendimiento", v. LLAMBÍAS, Jorge J., "Tratado de Derecho Civil Parte General", *ob. cit.*, t. I, p. 195.

ma especial de carácter nacional no resultaría un escenario novedoso en la materia (como se ha señalado en el apartado anterior), ni presentaría mayores dificultades (57), ya que dicha contingencia no reviste sino una cuestión de orden metodológico del Congreso nacional —circunscripta, por supuesto, en el marco de sus competencias constitucionales— en la materialización de su actividad legislativa.

Dispar reflexión nos motiva la posibilidad que la redefinición conceptual de la playa marítima como bien dominial pueda ser ejecutada por las legislaturas locales. La originalidad del nuevo texto legal conlleva —en nuestra visión— una novedosa delegación de potestades legisferantes, de parte del legislador nacional a su par local, para transformar la sustancia de un bien del dominio público natural.

Para así aseverarlo, juzgamos que la facultad prevista de disponerse la “continuación” de la porción de tierra calificada como playa marítima “hasta la distancia” que en definitiva pudiera establecerse en la mentada “legislación especial de orden local” conlleva una labor esencialmente diversa a la que —tradicionalmente y en clave mayoritaria— la doctrina supo definir como la delimitación física o práctica del bien en cuestión para la determinación de sus lindes materiales (58), que —previamente— se hallaba normada en el art. 2750 del Cód. Civil derogado y —actualmente— se encuentra reglada en el art. 2267 del código unificado. En otras

(57) Es de toda lógica que entre los bienes integrantes del dominio público se cataloguen algunos que, en atención a su relevancia, requieran de un desarrollo normativo que claramente excede el marco de tratamiento propio de la legislación común. Así se ha dicho que “se consideran ‘leyes especiales’ aquellas que determinan un régimen particular para un caso determinado o para una serie de casos determinados, mientras que son ‘leyes generales’ aquellas que prescriben el régimen aplicable a todos los supuestos que componen un determinado género de relaciones jurídicas”, v. CASSAGNE, Juan Carlos, “Derecho Administrativo”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, 9ª ed., t. I, p. 164.

(58) Se suele utilizar el término “delimitación” o “alienación”, respectivamente, según se trate de bienes del dominio público natural o artificial, a los fines de establecer los límites del bien dominial respecto de los bienes privados colindantes. DIEZ, Manuel M., ob. cit., t. IV, pp. 537/543; MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., t. V, pp. 480/481 y t. VI, p. 277.

palabras, la fórmula normativa que cierra el inc. b) del art. 235 del Cód. Civ. y Com. proyecta la posibilidad que el legislador local modifique sustancialmente el elemento objetivo del bien dominial, fijando así la configuración conceptual a la que luego deberá ajustarse aquel posterior quehacer técnico orientado a deslindar fácticamente los confines materiales de la playa marítima.

Ya no se trata de la mera operación técnica que la autoridad administrativa local despliega a fin de establecer en el territorio la separación física entre el bien de dominio público que titulariza respecto de aquel otro bien del dominio privado colindante, cometido que no constituye sino la dilucidación fáctica de los límites que —en el caso de la playas marítimas— se presentan naturalmente con el flujo y reflujo respectivamente de las más altas y más bajas mareas, y que conlleva —al no representar más que la constatación de un hecho— un efecto meramente declarativo y no constitutivo del dominio público, cuyos definidos contornos no solo han sido pacíficamente compartidos por la doctrina nacional (59), sino también formulados en las legislaciones provinciales (60).

A diferencia de ello, la novel prescripción normativa admite que el legislador local defina —en mayor extensión— el propio contorno conceptual del bien dominial, facultad legislativa cuya eventual materialización no se encontraría —a nuestro juicio— exenta de ciertos reparos constitucionales —principalmente— desde la pers-

(59) MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., t. VI, p. 285; DIEZ, Manuel M., ob. cit., t. IV, p. 538; FIORINI, Bartolomé, “Derecho Administrativo”, t. II, ob. cit., p. 325.

(60) V. gr.: ley 2952 (“Código de Aguas”) de Río Negro, en su art. 16 inc. “g”, prevé como función y deber del Departamento Provincial de Aguas “Intervenir y propiciar el deslinde entre el dominio público hídrico y el dominio privado, mediante la determinación de la línea de ribera, según lo dispuesto por el Cód. Civil, siguiendo los procedimientos y pautas técnicas que fije la reglamentación”; ley 1126 (“Ley Marco de Gestión Integral de los Recursos Hídricos”) de Tierra del Fuego, en su art. 25 dispone que “La autoridad de aplicación fija y demarca la línea de ribera de los cursos, cuerpos de agua y costas del dominio público sobre el terreno... de conformidad con lo que prevé el Código Civil y Comercial”. Respecto de la provincia de Buenos Aires nos referimos luego con mayor detalle.

pectiva competencial y, según el modo en que pudiera concretizarse, frente a la situación jurídica de los propietarios ribereños.

IV. Reparos constitucionales

IV.1. Competencia para la consagración del dominio público

Existe un generalizado consenso en la doctrina nacional en relación con que la determinación de qué bienes revisten carácter de “públicos” y cuáles de “privados”, en tanto implica establecer la condición jurídica de las cosas, constituye una materia propia del derecho sustantivo y, por ello, de regulación exclusiva por parte del Congreso nacional, careciendo el legislador local de la competencia constitucional para modificar las categorías de bienes integrantes del dominio público (61). Tal proposición ha sido inveteradamente derivada de aquel conjunto de poderes delegados por las provincias a la Nación para el dictado de los códigos de fondo (art. 75, inc. 12, CN) (62); principio de unidad legislativa que, en el marco de la organización federal de nuestro sistema constitucional, torna imperioso que el deslinde sea practicado mediante ley sustantiva, ello a fin de evitar colisiones con el derecho local o provincial.

A su vez, el propio texto constitucional veda toda posibilidad que el Congreso nacional delegue en las autoridades locales aquellos poderes que le han sido conferidos en la Constitución nacional, refiriendo explícitamente a la legislación sustantiva que le corresponde emitir con

(61) MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., t. V, pp. 115/117; DIEZ, Manuel M., ob. cit., t. IV, pp. 375/376; CASSAGNE, Juan Carlos, "Curso de Derecho Administrativo", ob. cit., t. II, p. 332; CANOSA, Armando "El dominio Público", A.A.VV., Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2005, p. 555; CUADROS, Oscar A., "Administración y mercado", Astrea, Buenos Aires, 2018, 1ª ed., pp. 12/13.

(62) Desde la doctrina constitucional se expresa que "la atribución de dictar los códigos sustantivos constituye una competencia delegada en el Poder Legislativo federal y exclusiva de éste", GELLI, María A., "Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada", La Ley, Buenos Aires, 2011, 4ª ed. ampliada y actualizada, 3ª reimp., t. II, p. 176.

arreglo al dictado de los códigos de fondo (art. 126, CN). En consonancia, La Corte Suprema de Justicia ha expresado que "la facultad de dictar los códigos de fondo conferida al Congreso de la Nación por el art. 67, inc. 11 de la Constitución [hoy art. 75, inc. 12] reviste los caracteres de un poder exclusivo 'y no puede ser compartido en su ejercicio por las autonomías provinciales correspondiendo solamente a aquel apreciar las ventajas o inconvenientes de las instituciones que hayan sancionado, dejándoles subsistentes o promoviendo su reforma'" (63).

Adhiriendo a tales premisas, brota evidente nuestro disenso con los posicionamientos que, tras rechazar toda propiedad estatal sobre los bienes dominiales y postular que el dominio público no es sino un título de intervención del Estado sujeto a regulación únicamente por el derecho administrativo, auspician que la determinación de los bienes que lo integran —junto con sus fines y usos— constituye una materia exclusivamente local, no delegada en el Congreso de la Nación (64).

Discrepamos aquí también con aquellas otras opiniones que con basamento en el texto reformado de la Constitución nacional, más precisamente en sus arts. 41 y 124, sugieren la presencia de una competencia concurrente entre la Nación y las autoridades locales para afectar normativamente al dominio público recursos naturales de propiedad de estas últimas y también para legislar sobre ellos, esto luego de derivarse del precepto citado en primer término la asunción por parte de la Nación de una nueva competencia vinculada al uso y goce de los bienes naturales que constituyen recursos de dominio público provincial al detentar la posibilidad de establecer leyes de presupuestos mínimos, y deducirse del evocado en segundo lugar un robustecimiento del poder local sobre los propios recursos naturales que conferiría a

(63) CSJN in re "Orden, Manuel de la c. Ingenio San Isidro SRL s/ ordinario", 06/07/1956 (Fallos 235:296).

(64) SALOMONI, Jorge L., "El régimen del dominio público en la República Argentina: un intento de reconstrucción dogmática", ob. cit., p. 82; PINTO, Mauricio - MARTÍN, Líber, "El régimen de las aguas en el nuevo Código Civil y Comercial y su compatibilidad con la tutela ambiental", RDAMB., nro. 43, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2015, p. 111.

las provincias la potestad de efectuar la determinación normativa de su dominialidad (65); o bien, las que propician —con sustento en el mencionado art. 124— que la consagración de dichos recursos naturales al dominio público resulta —ahora— una potestad legislativa de exclusiva competencia local (66).

Desde una perspectiva más afin a la que aquí se propicia, se ha especificado —con la finalidad de establecer aquellas materias locales no delegadas— que el alcance que cabe asignar a los poderes que las provincias se han reservado debe guardar relación con la exclusión de toda potestad normativa que implique derecho sujeto a uniformidad nacional y con la inclusión de la que sea necesaria a fin de crear las instituciones locales y fijarles los procedimientos para el ejercicio de sus competencias, observándose cierta conflictualidad en la compatibilización —concerniente a los contenidos históricamente adjudicados al derecho administrativo y al derecho civil— en las áreas que, tales como el dominio público, se vinculan a las instituciones patrimoniales (67). Y es la solución que asume el precepto analizado en relación con dicha complejidad competencial, al diferir en el legislador local la determinación conceptual —en definitiva— de un bien dominial, la que nos produce serias reservas.

Nuestra resistencia radica —valga aquí la reiteración— en que la delegación normativa intentada respecto del legislador provincial trasciende la reconocida potestad local de disponer la afectación de un bien determinado, conforme la calificación dominial consagrada por la legislación común, y se erige como la facultad de determinar —modificación extensiva mediante— la entidad conceptual de la playa marítima; es decir, no se ajusta ya a la consagración dominial formalizada por la norma sustantiva,

sino que integra ese fundamental quehacer de establecer —aunque bien, solo en mayor medida— que ha de entenderse, con su consecuente condición dominial, como playa marítima. Así, en la parcela que —dispuesta por la norma especial de carácter local— resultare en exceso de la porción de tierra designada en el Cód. Civ. y Com. (esto es, “su continuación” más allá de la distancia “que las mareas bañan y desocupan durante las más altas y las más bajas mareas normales”), la legislatura local habría asignado carácter público a fundos hasta entonces del dominio privado, sea de su titularidad, sea de propiedad de los particulares.

Y pese a que podría postularse que el mayor alcance (su continuación hasta la distancia que eventualmente se disponga) no implica más que una posterior definición del bien dominial consagrado previamente por la propia legislación común, entendemos que ello no deviene compatible con el reparto de competencias constitucionales al que se ha referido con anterioridad.

Repárese que en el caso de los bienes del dominio público natural (como se dijo, aquellos declarados públicos en el estado que la misma naturaleza los provee) su afectación brota —*ministerio legis*— de la respectiva ley nacional que les atribuye carácter público, o —en términos semejantes— les confiere su calidad dominial (68), sin que pendan de acto alguno que complemente o integre tal previsión; materia que, en tanto conlleva determinar la condición jurídica de las cosas, deviene de exclusivo resorte del Congreso nacional (69). Por el contrario, la apuntada identidad entre la afectación y el carácter público de un bien no se verifica respecto de aquellos del dominio público artificial, pues en tales casos es el poder público el que crea el bien y lo destina al fin de uso público previsto, en el ejercicio de facultades de neto corte

(65) LARA, Andrea J., "Más allá de la responsabilidad del Estado: reflexiones sobre el impacto del proyecto de unificación del Código Civil y Comercial en el derecho administrativo", DJ, La Ley, 23/07/2014, 1-5.

(66) VERA, Rodrigo E., "El impacto del artículo 124 de la Constitución nacional en la dogmática del dominio público en la Argentina", RAP Buenos Aires, nro. 363, 2008, pp. 121-131.

(67) CUADROS, Oscar A., "Administración y constitución", Astrea, Buenos Aires, 2016, 1ª reimpresión, p. 130.

(68) Calificada doctrina considera que "la afectación se refiere siempre a bienes del dominio público artificial ya que en los bienes del dominio público natural o necesario, su destinación al uso común está comprendida en cada tipo de bien genéricamente considerado... sin requerirse un hecho o el dictado de acto administrativo alguno porque el bien ya ha sido incorporado al dominio público *ministerio legis*", v. CASSAGNE, Juan Carlos, "Curso de Derecho Administrativo", ob. cit., t. II, p. 339.

(69) MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., t. V, p. 148.

local [sobre la que no ha operado una delegación constitucional en favor de la Nación (70)], aunque la condición jurídica del bien dominial derivará siempre de lo que haya dispuesto el legislador nacional (71).

Esa disímil consagración dominial, con la consecuente diferenciación de la autoridad pública competente para disponerla, encuentra su explicación en que mientras el bien de dominio público natural es preexistente a la manifestación de voluntad del poder público que así lo declara y justifica su consagración por su propia condición, ya que la sustancialidad en que la naturaleza lo presenta lo torna —a tenor del criterio de política legislativa correspondiente— provechoso para satisfacer el fin de interés general que la motiva; el dominio público artificial, en tanto producto de la actividad humana, deviene contingente y depende de su previa creación —o adquisición— por parte de la autoridad que lo ha de destinar a un uso de utilidad o comodidad común (art. 235, inc. f.), Cód. Civ. y Com.), conforme las necesidades de tiempo, razón y lugar, sujetas al mérito y conveniencia que —razonablemente— pondere el órgano competente (72).

No se desoye aquí que, en determinados supuestos, la autoridad local ostenta la facultad de decidir en la afectación —o más precisamente la desafectación— de bienes del dominio público natural, empero dicha influencia solo aparece admisible en la medida que el bien en cuestión transmute las condiciones materiales que la legislación nacional ponderó a fin de calificarlo dominialmente. En ese discurrir, Marienhoff

(70) Claro está, sin desconocer que el Estado nacional —excepcionalmente— puede crear y afectar esta clase de bienes dentro del territorio de las provincias a fin de "poner en ejercicio atribuciones que le hayan sido delegadas por las Provincias en la Constitución", v. MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., t. V, p. 152.

(71) DIEZ, Manuel M., ob. cit., p. 420; MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., t. V, p. 152.

(72) La apuntada aserción reconoce su ascendencia en la pluma del maestro MARIENHOFF, quien nos ilustra que "sólo cuando se trata de bienes públicos 'naturales', la dominialidad está basada en la índole del bien; en cambio, tratándose de bienes públicos 'artificiales', la dominialidad sólo depende del destino de esos bienes. Por eso es por lo que 'todos' los ríos son públicos, mientras que no todos los edificios son dominicales", v. Tratado..., ob. cit., t. V, pp. 174/175.

nos ilustra que "si bien las provincias no pueden 'desafectar' sus bienes públicos integrantes del llamado dominio natural, dejando intacta su individualidad, porque ello equivaldría a un mero cambio en su condición jurídica —facultad propia de la Nación—, sí pueden desafectarlos por transformación o especificación, y en tal supuesto pueden enajenar los bienes transformados o sus porciones", y la explicación de esta última potestad se ha basamentado en que —de un lado— dicho acto de disposición material constituye una facultad inherente a la calidad de titular de esas dependencias dominiales, y —de otro— que la condición dominial le corresponde al bien contemplado en la norma, pero no ya al objeto material en que se ha transformado (73).

De tal modo, no avizoramos plausible interpretar que aquella eventual continuación —en los términos del código unificado— más allá de la extensión expresamente definida en la norma nacional pueda equipararse con el concepto de playa marítima allí consignado, pues toda norma provincial que asigne carácter público al territorio así calificado —independientemente de las razones que se esgriman al efecto— fractura el principio de unidad legislativa que fluye del art. 75, inc. 12 de la CN (74), al situar fuera del comercio del derecho privado —tan solo en aquella fracción del territorio nacional sujeto a la aplicación de la eventual normativa local— una porción de bienes susceptibles de dominio privado en los términos reglados por el derecho común (75).

Se podría pensar que patrocinamos una tesitura por demás rigurosa de la competencia que la Constitución nacional concede al Congreso

(73) MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., t. V, p. 180.

(74) Notamos que tal aserto exhibe compatible con la opinión vertida por Diez, si bien formulada como premisa mayor y con genérica referencia a los bienes del dominio público natural, al expresar que "si las provincias pudieran declarar la condición jurídica de los bienes situados dentro de sus límites territoriales, la unidad de la legislación consagrada por el art 67, inc. 11 de la Constitución Nacional quedaría desnaturalizada", v. DIEZ, Manuel M., ob. cit., p. 421.

(75) "al atribuirse al Congreso la facultad de dictar el Cód. Civil, se ha querido poner en sus manos lo referente a la organización de la familia, a los derechos reales... todo lo que constituye el derecho común de los particulares en sus relaciones privadas", CSJN, Fallos 235:296, ob. cit.

de la Nación para el dictado de la legislación común, ello partiendo de la premisa que con la efectiva consagración de la playa marítima como bien del dominio público por parte del legislador nacional, la definición que —en definitiva— resultare de la norma local se encontraría sustentada sobre tal previsión; empero creemos la postura asumida es la que más se compatibiliza con el esquema constitucional argentino, traduciendo una interpretación restrictiva tal como la que merece la inclusión de un determinado bien en un régimen que lo coloca fuera del comercio del derecho privado (76), sujetándolo a especialísimas y estrictas reglas de derecho público que ensanchan las potestades estatales y reducen el perímetro de derechos y garantías de los administrados.

Y pese a aquí reconocerse la existencia de otros bienes del dominio público natural que resultan consagrados en términos por demás amplios y susceptibles de una dilatada exégesis (v. gr. “toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general”, art. 235, inc. c], Cód. Civ. y Com.), no es menos cierto que aquel dilatado margen hermenéutico que en definitiva corresponda ha de extenderse uniformemente sobre el ordenamiento jurídico nacional, sin cortapisa que implique quiebre alguno con relación al evocado principio de unidad legislativa, extremo palmariamente contrapuesto a la proyectada posibilidad de que cada legislatura local defina conceptualmente —dentro de su acotado marco de aplicación territorial— la sustancia de un bien dominial.

En virtud de la hasta aquí expresado, consideramos inconveniente la parcela del inc. b) del art. 235 del Cód. Civ. y Com. que difiere a la legislación de orden local la eventual modificación conceptual —aunque, en una mayor extensión— de la playa marítima como bien de dominio público.

IV.2. Vicisitudes frente al derecho de propiedad de los administrados

Si bien resulta oportuno prevenir que el precepto normativo bajo escrutinio no precisa el curso u orientación de la eventual extensión de

(76) CUADROS, Oscar A., “Administración y mercado”, ob. cit., p. 13.

la playa marítima, es decir, si podría resultar hacia el continente o —en sentido opuesto— hacia mar adentro, solo abordaremos —en lo que sigue— la primera posibilidad, puesto que [allende de la flagrante contradicción normativa que implicaría un ensanche en la dirección indicada en segundo lugar (77)] es esta primera hipótesis la que entraña un obrar estatal condicionado por los derechos patrimoniales de los propietarios colindantes con el bien dominial pasible de ampliación.

El análisis de toda prolongación del dominio público que pudiera intentarse mediante la sanción de la potencial legislación especial contemplada en el art. 235, inc. b) (sea de orden nacional o, de no compartirse el criterio competencial desarrollado previamente, de orden local), impone una previa discriminación de los terrenos colindantes que han de verse afectados por dicha determinación. Es que según se trate de fundos de propiedad de los particulares o del Estado, los condicionamientos y efectos de toda innovación en tal sentido varían sustancialmente.

Así, si la modificación de la calificación jurídica en cuestión (esto es, la transformación de un bien privado en un bien de dominio público) opera sobre tierras de titularidad del Estado, no parece avizorarse mayores inconvenientes, sino —únicamente, aunque no por ello menos importante— el cambio del régimen jurídico que ha de regirlas a partir de dicho momento; en tanto que si tal alteración se produce respecto de superficies que hasta entonces se encuentran bajo la titularidad de los particulares, devendría imprescindible la transmisión dominial de dichos bienes en favor del Estado mediante algún título jurídico válido para su consumación (v. gr. expropiación, compraventa, donación, entre otros) (78). Entonces, en atención a los escenarios delineados precedentemente, la norma de extensión sancionada —potencialmente— por

(77) Concretamente, al contrariar lo dispuesto por las leyes 23.968 y 24.543 en cuanto concierne a la extensión del mar territorial argentino, y —con ello— superponerse con el art. 235 inc. a del Cód. Civ. y Com.

(78) CASSAGNE, Juan Carlos - DE LA RIVA, Ignacio M., “Formación, trayectoria y significado actual del dominio público en la Argentina”, ob. cit., p. 808; DIEZ, Manuel M., ob. cit., p. 425.

parte de la autoridad competente podría establecer diversos grados de alcance.

En efecto, el marco de figuración sugerido en primer término, desprovisto de mayores implicancias económicas y librado de toda posible controversia en relación a los derechos de los particulares, bien podría lograrse mediante el dictado de una previsión que limite las nuevas extensiones a designarse como playa marítima —con su consecuente variación en la calificación jurídica del bien— solo respecto de aquellas tierras que resulten de propiedad estatal, valiéndose a tal fin de fórmulas terminológicas tales como las que ya registra el Cód. Civ. y Com. al referir a ciertos bienes del dominio público natural [más precisamente, en cuanto se establece la dominialidad de las islas “excepto las que pertenecen a particulares” —art. 235, inc. d)— (79)] u otra modulación en términos semejantes. La insinuada alternativa legislativa significaría consagrar al régimen de la dominialidad pública a una significativa cantidad de tierras hasta hoy del dominio privado estatal, sin que tal propósito implique erogación fiscal alguna; aunque también conllevaría un nuevo régimen especial de esta categoría de bienes del dominio público —asimilable al mentado caso de las islas— en el que coexistirían, aún en idénticas condiciones materiales en que la naturaleza provee estos bienes, unos de propiedad pública y otros de propiedad privada (80).

(79) Debemos reconocer que, en el referido caso de las islas, la modificación operada en el ordenamiento jurídico nacional (a partir del sucesivo dictado del dec.-ley 14.577 y ley 17.711 —ésta última modificatoria del art. 2340 inc. 6 del Cód. Civ. derogado—, criterio ratificado en el Cód. Civ. y Comercial) fue dispuesta en un sentido inverso, toda vez que no consagró dominialmente una nueva categoría de bienes —o, más concretamente, una porción de ellos— sino que, por el contrario, se desclasificó normativamente un conjunto de los que la integraban.

(80) Véase las posibles consecuencia que de ese “status especial” colige destacado sector de la doctrina al apuntar frente a la dualidad resultante, en este caso con relación a las islas, el hallarse en presencia de “una categoría residual que puede cambiar por hechos o actos administrativos provenientes de autoridades nacionales o locales que decidan enajenarlas e incluso cabe admitir que los particulares puedan adquirir el dominio sobre ellas a través de la usucapión o prescripción adquisitiva”, v. CASSAGNE, Juan Carlos, Curso de Derecho Administrativo, ob. cit., t. II, p. 343. En contra de tales potestades locales, v. MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., t. V, p. 205.

Distinto panorama se presentaría en el supuesto que la extensión conceptual de la playa marítima se configure de modo homogéneo —independientemente de las pautas o cánones prefijado con dicho propósito— sobre bienes hasta entonces sujetos al dominio privado del estado o de los particulares. Es que trazada en esa forma la eventual extensión de la playa marítima por sobre fondos de propiedad particular de los administrados, resulta menester —como ya se anticipara al iniciar el tratamiento del presente tópico— que la transmisión dominial de dichos bienes en favor del Estado se articule mediante un título jurídico válido para su consumación, esto es a través de algún medio transaccional que perfeccione —con aquiescencia del particular— la transferencia dominial del bien o, en su defecto, echándose mano a la vía expropiatoria. En este punto, coincidimos plenamente con Marienhoff cuando sostiene que “el traspaso al dominio público de toda una categoría de bienes hasta entonces de propiedad 'privada' de los habitantes, solo será lícito en tanto no se afecten derechos de índole patrimonial, pues estos hállanse protegidos por la garantía constitucional de la inviolabilidad de la propiedad” y última que “el dominio es 'perpetuo', y, no contando con el asentimiento del interesado, solo puede desaparecer mediante expropiación” (81).

Desde tal perspectiva, percibimos que todo intento de emitir una modificación legislativa tendiente a la ampliación dominial de la playa marítima sobre tierras hasta entonces de propiedad de los particulares, debería apuntalarse en la previa —o concomitante— adquisición de tales bienes conforme el correspondiente título jurídico que legitime su transferencia dominial, puesto que un proceder que desatienda dicho recaudo daría lugar a un manifiesto estado de incertidumbre jurídica cuya definitiva dilucidación, es factible vaticinar ante el significativo valor en contienda, daría lugar a un extendido escenario de litigiosidad (82).

(81) MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., t. V, p. 125.

(82) MARIENHOFF, Miguel S., “Cambios en el derecho objetivo y responsabilidad patrimonial del Estado”, LA LEY, 1992-E, 778.

V. Propósito de la reforma legislativa y con- frente con normativas vinculadas

V.1. Justificación de la revisión del concepto de- lineado en el Código Civil derogado

Resulta de toda obviedad que el interés general que otrora justificó la inclusión de la playa marítima en la nómina de bienes de dominio público contenida en el Cód. Civil derogado no se corresponde cabalmente con la utilidad que dicho espacio costero reporta actualmente a la sociedad en general y, particularmente, a las poblaciones asentadas en la región litoral (83).

En concreto, aquel primigenio provecho que las playas marítimas representaba para la defensa del territorio nacional y las necesidades propias de la navegación y la pesca, conforme lo describe la doctrina nacional, como así también aquellos comentaristas de los cuerpos normativos consultados por el Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield para la redacción del art. 2340 que viera su sanción legislativa en el año 1869 (cuya vigencia —en lo sustancial— se mantuvo hasta el año 2015), moldeó los contornos propios de su definición conceptual en clara correspondencia a dichos menesteres.

Ello brota evidente a poco que se repasa los comentarios que —sobre la materia— vertiera Charles Demolombe con relación al Cód. Civil francés de 1804, citados por el codificador nacional en la nota al art. 2340, inc. 4 mediante la referencia "Demolombe, T. 9, núm. 457 letra C". Si bien la lectura del pasaje citado por el codificador concierne sustancialmente a la determinación de la extensión y límites de las orillas del

(83) Se ha ilustrado que "Hasta finales del siglo XIX, la zona costera marítima de la provincia de Buenos Aires era considerada territorio improductivo y estéril. Se trataba de espacios no integrados al modelo imperante de desarrollo nacional, basado en la producción agrícola-ganadera de los suelos fértiles de la Pampa Ondulada y la Pampa Deprimida. En consecuencia, el territorio se configuró jurídicamente con la creación de partidos netamente rurales, cuyo espacio costero sólo consistía en los fondos de las grandes estancias. Imperaba el desinterés y desvalorización de la zona costera marítima de la provincia", v. DADON, José R. - OLDANI, Juan I., "La construcción del territorio del noreste bonaerense: patrones de paisaje, desarrollo económico y configuración político-territorial", *Geografía em Questão*, vol. 5, nro. 1, 2012, p. 187.

mar —"les rivages de la mer"— que el Cód. Civil francés contemplaba entre los bienes del dominio público del Estado (art. 538), a cuyo fin se hace mérito de los fragmentos de las Institutas y del Digesto del Corpus Juris Civilis del derecho romano —apuntados con anterioridad— también mencionados en la nota del mentado artículo del Cód. Civil derogado, arribándose a conclusiones semejantes a la definición de playa marítima allí contenida; no puede perderse de vista que en párrafos posteriores, al expresarse en relación a los bienes de dominio privado del Estado, el jurista francés objetó que los acrecentamientos aluvionales —"lais"— y los terrenos que el agua descubre y abandona de forma permanente y definitiva —"relais"— de los fundos confinantes con el mar hayan sido enunciados también en el susodicho art. 538, y postuló que esas superficies integran el dominio privado estatal, pues concebía que —a diferencia de las costas del mar— no resultan menester para la defensa del territorio, ni para las necesidades de la navegación o pesca (84).

Los autores nacionales que se han expresado —también— respecto a este tópico, formulan planteos semejantes. El maestro Bielsa, al emprender el cotejo de los bienes dominiales consagrados en el Cód. Civil derogado, ilustró que el dominio marítimo comprende "las partes del dominio público afectadas a la navegación y a la pesca marítimas", para luego precisar —en lo que aquí reviste mayor interés— que las playas marítimas —componente del referido grupo de bienes— reconocen como razón de su afectación al uso público, y por consiguiente su inclusión entre las dependencias dominiales, su "utilidad general para el comercio y la industria" (85). Análoga apreciación supo efectuar Marienhoff, aunque refiriendo al mar territo-

(84) "Les lais et relais différent donc tout à fait des rivages de la mer; ils sont du domaine privé de l'État, tandis que les rivages font partie du domaine public; ils ne sont pas, en effet, comme les rivages, comme les côtes, nécessaires à la défense du territoire et aux besoins de la navigation ou de la pêche, etc. (...) C'est donc mal à propos que l'article 538 mentionne les lais et relais de la mer, à côté des rivages, des forteresses et autres objets du domaine public", DEMOLOMBE, Charles, "Cours de code Napoléon", IX, Durand - Hachette, Paris, 1870, p. 329.

(85) BIELSA, Rafael, ob. cit., t. II, pp. 479 y 481.

rial (86), al expresar que los autores “están contentes en reconocer que la existencia del mar territorial se justifica: por necesidades de seguridad y defensa del Estado ribereño; por razones de policía de la navegación y de vigilancia aduanera; por motivos de orden económico (pesca, etc.)” (87).

No obstante, las apuntadas funciones colectivas, ya desde finales del siglo XIX (y con mayor generalidad a partir del tercer y cuarto decenio del siglo XX), la creciente urbanización de las zonas costeras argentinas y la ascendente industria turística modificaron decisivamente el uso y aprovechamiento del espacio litoral marítimo, tornándose en escenario de múltiples actividades sociales y comerciales fomentadas —en mayor medida— por la autoridad estatal (88). La descrita mutabilidad de la dinámica costera, sin que tal variación melle las antedichas y tradicionales necesidades de la seguridad nacional y la navegación, no reflejó el más mínimo cambio en la configuración dominial de las playas marítimas determinada en el código derogado.

Es esta última circunstancia, en atención al rol preponderante que la costa marítima —tanto en la porción consagrada como bien público, como en aquella que no reviste tal calidad— ha adquirido en el desarrollo económico, social y

(86) En esa formulación cabe comprender la playa marítima, toda vez que concibe que “la ‘playa’ del mar forma parte inseparable de su lecho, sigue la condición jurídica asignada al mar” y concluye que su consideración normativa en el inc. 4 del art. 2340 del Cód. Civ. derogado— es absolutamente innecesaria e importa un pleonasma jurídico, v. MARIENHOFF, Miguel S., “Tratado...”, ob. cit., t. VI, p. 145.

(87) MARIENHOFF, Miguel S., “Tratado...”, ob. cit., t. VI, p. 154.

(88) “Durante los años veinte (...) comienza el proceso de conocimiento y transformación del litoral Atlántico, iniciándose asimismo las nuevas propuestas de fundaciones balnearias (...) La construcción de rutas, que complementa el plan de protección y activación industrial, impulsa la reactivación del mercado interno incorporando en esa dinámica el potencial turístico costero a la economía nacional (...) El ‘despertar turístico’ (...) tiene una fuerte incidencia sobre el desarrollo del territorio en general, y en particular sobre la costa marítima que se fue transformando en el espacio del turismo de sol y playa”, v. BRUNO, Perla, “Una historia de balnearios. Urbanismo y nuevas fundaciones en el litoral marítimo bonaerense, 1920-1940”, EUDEM, Mar del Plata, 2019, 1ª ed., p. 10.

urbanístico de los núcleos urbanos asentados en esa región litoral, la que demanda —cuanto menos— una nueva consideración acerca de su definición jurídica. Y si bien tal necesidad parece ser reconocida por el legislador nacional, la disposición normativa contenida en el novel Cód. Civ. y Com. que concita nuestra atención encuentra su límite —como es de esperar, a tenor del constreñido espacio que cabe conceder a esta clase de bienes en un cuerpo codificado de derecho privado— en ese incipiente estadio, al agotarse en una formulación eminentemente programática consistente en proyectar la eventual emisión de una futura “legislación especial de orden nacional o local”.

V.2. Legislación local bonaerense

A pesar del estático régimen dominial consolidado a nivel nacional, puede apreciarse la constante generación de normas locales que, acordes con las nuevas necesidades sociales suscitadas y de resorte competencial provincial, se fueron sucediendo para la regulación de la ribera marítima. Enfocados —por manifiestas razones de espacio y oportunidad— en la ponderación de aquella normativa surgida en la provincia de Buenos Aires, observamos que los cambios sociales aludidos fueron acompasados por diversos instrumentos —algunos con mayor vinculación que otros respecto a la materia dominial— direccionados a reglar, entre otras cuestiones, la delimitación de la playa marítima, su uso y explotación y su ordenación urbanística y ambiental.

Entre las normas que regulan de modo directo la faceta dominial de la playa marítima se destaca la ley 12.257, denominada “Código de Aguas” (BO 23.756, del 09/02/1999). Dicho cuerpo normativo —en lo que aquí reviste interés— dispone la creación de la Autoridad del Agua (89), le atribuye competencia para fijar y demarcar sobre el terreno la “línea de ribera” y establece los trazos fundamentales del procedimiento administrativo a seguir para cumplimentar dicha fae-

(89) Ente autárquico de derecho público y naturaleza multidisciplinaria que tiene a su cargo “la planificación, el registro, la constitución y la protección de los derechos, la policía y el cumplimiento y ejecución de las demás misiones que este Código y las Leyes que lo modifiquen, sustituyan o reemplacen” (art. 3).

na (arts. 18 a 21) **(90)**; la que constituye aquella actuación administrativa prevista en el art. 2267 del Cód. Civ. y Com. —a la que ya hemos referido— direccionada a precisar la delimitación física o práctica de los lindes materiales del bien dominial en cuestión —en el caso, la playa marítima— respecto de los fundos colindantes **(91)**, y no trasunta más que la verificación empírica tendiente a dilucidar su alcance según lo normado por la legislación sustantiva. Conforme tal caracterización, su decreto reglamentario (dec. 3511/2007), evidencia una patente correspondencia con el Cód. Civil derogado (empeño vigente al tiempo de dictadas las normas en comentario) en aquel segmento de su texto que define la línea de ribera “como una sucesión de puntos que determinan las altas mareas normales o las crecidas medias ordinarias” (art. 18), en clara observancia de la terminología empleada por el art. 3240, inc. 4 **(92)**. Por otro lado, entre

(90) v. FLORES, María M., “La determinación de la costa y la línea de ribera en la provincia de Buenos Aires”, RAP Bs. As., nro. 10, 2004, pp. 86-88; CADENAZZI, Alfredo C., “Aspectos a considerar en torno a la fijación y demarcación de la línea de ribera en situaciones mínimas (art. 18 de la ley 12.257)”, RAP Bs. As., nro. 65-66, 2008, pp. 177-180.

(91) Con anterioridad a la norma que comentamos, el cometido administrativo en cuestión fue reglado por el dec. 10391/1987, que declaró “de potestad exclusiva de la Provincia de Buenos Aires, determinar y fijar la línea de ribera en el ámbito territorial que le es propio, sin perjuicio de las facultades jurisdiccionales que le competen al Gobierno Nacional en la materia” y asignó tal cometido a la Dirección de Geodesia (arts. 1 y 4); debiéndose resaltar que encuentra su germen en el precedente dec. 5657/1985, que disponía la creación de una comisión técnica “a fin de establecer metodologías y procedimientos de fijación de la línea de ribera para toda la Provincia de Buenos Aires, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 2340 inc. 4° del Cód. Civil” (art. 4).

(92) “La fijación de la línea de ribera marítima... se hará en base a la posición que alcancen las aguas de las altas mareas normales... Para la determinación de las altas mareas normales y las crecidas medias ordinarias, la Autoridad del Agua utilizará, además de la serie indicada en el párrafo tercero del artículo, todas las series hidrométricas confiables y disponibles, representativas del comportamiento hidráulico, y toda la información y la metodología académicamente aceptada, necesaria para obtener la fijación de la línea de ribera más exacta posible” (art. 18, dec. 3511/2007). Asimismo, se registran posteriores resoluciones en la materia, a saber: res. 705/2007 del Ministerio de Infraestructuras, Viviendas y Servicios Públicos; y res. 405/2011 de la Autoridad del Agua.

las previsiones que el Código de Aguas contiene al reglar las restricciones y límites al dominio privado, deviene oportuno destacar la prohibición de todo loteo y edificación “en una franja de ciento cincuenta [150] metros aleadaña al Océano Atlántico y la edificación sobre los médanos y cadenas de médanos que lleguen hasta el mar aún a mayor distancia” (art. 142); precepto cuya reglamentación prescribe que la susodicha franja se computará desde la línea de ribera y que la “mayor distancia” ha de definirse mediante la aplicación de los “presupuestos mínimos” establecidos por dec. 3202/2006 **(93)** o, de no resultar de aplicación, que la línea de edificación deberá extenderse a partir de la finalización de la cadena de médanos (art. 142, dec. 3511/2007).

El cotejo de la identificada labor delimitadora de la playa marítima debe ser abordada conjuntamente con otras disposiciones que, ordenadas a restringir y —eventualmente— prohibir la extracción de arena de las costas, se expidieron con relación a los terrenos colindantes. Así, en una primera aproximación es factible observar que mediante el dec.-ley 8072/1973, además de prescribirse la prohibición de tal extracción —con fines comerciales— en las playas marítimas de determinados Partidos, se contempló —a su vez— la punición de toda actividad de devastación de los médanos fijados o en proceso de fijación, cualquiera sea su propietario (arts. 1° y 2°); refiriendo —luego— su reglamentación (dec. 4666/1973) no solo a las playas marítimas, sino también a los médanos y a los espacios intermedios entre tales componentes (arts. 1° y 2°).

Dichas normas fueron derogadas por el dec.-ley 8758/1977, cuyo texto establece **(94)**: “Las extracciones de arena que se realicen tanto en playas marítimas como en los terrenos colindantes con ellas, deberán permitir la reposición natural del árido en lapsos prudenciales...” (art. 1°), precisa que la efectuada “...en playas marítimas [y] en terrenos fiscales colindantes con

(93) Normativa a la que referimos seguidamente.

(94) Con el explicitado propósito de “lograr el equilibrio entre... la conservación de las playas oceánicas y asegurar un fluido abastecimiento de arena a la industria de la construcción” y bajo la premisa que “El uso ideal de las playas es indudable que debe ser para el esparcimiento y goce de la naturaleza por el hombre” (v. fundamentos).

ellas podrá realizarse (...) siempre que no estén destinados para la instalación de balnearios y/o emplazamientos de actividades complementarias del funcionamiento de los mismos" (art. 2°) e indica las exigencias que "[l]os propietarios, permisionarios o titulares de la explotación de terrenos del dominio privado colindantes con las playas marítimas" deberán presentar para desplegar la mentada explotación minera (art. 6°). Con relación a este último cuerpo normativo, con el objeto de reglamentar su artículo sexto en lo concerniente a la delimitación de los terrenos colindantes allí referidos, el dec. 10.392/1987 dispone que "se considerarán como tales, a todas las fajas de terrenos, independientemente de su dominio catastral, dentro de las que se ubiquen las dunas, móviles o fijas, aledañas a la playa y que conforman una unidad geomorfológica en equilibrio dinámico (playa-duna)" (art. 1°).

Desde otro ángulo, divisamos una variada y sostenida generación de instrumentos destinados a ordenar la administración, uso y aprovechamiento de las playas y riberas marítimas bonaerenses. En tal sentido, la ley 4698 (BO 8024, del 29/01/1938) faculta —en breves términos— al Poder Ejecutivo a conceder a título precario las ramblas (95), playas y riberas provinciales "para fines propios de su naturaleza" (art. 1°). Con posterioridad, mediante ley 6.217 —"Régimen de explotación de balnearios"— (BO 14.095, del 12/01/1960) se autorizó al Poder Ejecutivo a convenir con los municipios que tengan playas marítimas las condiciones mediante las cuales pueden delegar la superintendencia de los servicios que allí se brinden a turistas, sobre la base de la transferencia total o parcial de los importes provenientes de la recaudación por los cánones de explotación (art. 3°, en su redacción original), para luego ampliarse dicho precepto en relación a "las playas y/o riberas marítimas, fluviales o lacustres", respecto de "la administración y/o explotación... y el otorgamiento de participaciones sobre el producido total o parcial de tasas o derechos que se

(95) Ante las referenciadas "ramblas", es del caso mencionar la ley 3229 (promulgada el 08/03/1910) que autorizó al Poder Ejecutivo a contraer un empréstito destinado "a la construcción de la rambla de Mar del Plata, edificios de ornato y renta anexos a ella, en la forma comprendida por la ribera" (arts. 1 y 2).

perciban por permisos o concesiones de uso" (modif. según dec.-ley 7372/1968).

Contemplada dicha potestad, se emitió el dec. 13730/1967 estableciéndose el "Convenio-Tipo" que habría de regir tales acuerdos. Tiempo más tarde, con expresa cita a lo normado en el dec.-ley 7859/1972 (96), se perfeccionaron sendos convenios —rubricados por la Dirección de Turismo provincial— a fin de concretar la transferencia de la administración, explotación, uso y goce de las playas y riberas marítimas y determinadas instalaciones turísticas situadas en los municipios firmantes (v. decs. 4852/1976 y 4916/1976). En ese marco —en ejercicio de las facultades reglamentarias y de fiscalización reservadas por la autoridad provincial— se dictó el dec. 8282/1987, cuyo texto contempla que con carácter previo a toda obra o actividad que implique modificación de las condiciones de las riberas cedidas —en su administración, explotación, uso y goce— a las comunas, deberá preverse la consulta a la Subsecretaría de Turismo a fin de que se evalúe su viabilidad (art. 1°).

En correlación al uso general de las playas marítimas y su vinculación con los terrenos colindantes, revisten particular interés los decs. 1145/1987 y 4095/1988 relativos a la constitución de ciertas servidumbres administrativas de paso sobre determinados inmuebles de propiedad particular. En el primero de los nombrados, tras aseverarse la presencia de ciertas vías de paso del público a la playa en la indicada fracción privada que —por su notoriedad y entidad— enmarcarían en lo dispuesto en el art. 31 del Cód. Rural —dec. 10.081/1983— (v. considerandos), se declaró la existencia de una servidumbre administrativa de paso para el uso público sobre los caminos que surgen identificados en la planimetría que forma parte integrante de dicho acto y se encomendó a la dependencia por entonces competente —Dirección de Vialidad— la apertura de los senderos, el control de su libre

(96) Norma, derogada luego por el dec.-ley 9347/1979, dirigida a materializar una política de descentralización administrativa, mediante la transferencia y delegación a los Municipios, de organismos, servicios y funciones de jurisdicción provincial que trasuntaran materias inherentes a la competencia municipal, previéndose que tales traspasos podían comprender el dominio, uso y todo otro derecho que la Provincia tuviera sobre los inmuebles y sus accesorios (arts. 1 y 2).

acceso y el mantenimiento de tales condiciones para el uso público (arts. 1° y 2°). Ulteriormente, a través del decreto citado en segundo término, se aprobó el respectivo convenio celebrado con la firma propietaria del inmueble en cuestión, mediante el cual se planteó la ubicación de las servidumbres oportunamente establecidas por el dec. 1145/1987 y se encomendó a la Municipalidad en cuyo territorio se localiza el fundo la fiscalización del cumplimiento de las obligaciones asumidas por la firma propietaria (arts. 1° y 3°).

También es factible vislumbrar que el espacio costero ha merecido un especial tratamiento, en la legislación bonaerense, en lo concerniente a su ordenación urbanística y ambiental. De modo previo a referir al marco normativo general vigente, se muestra pertinente aludir a dos normas que —con anterioridad— trataron específicamente esa materia, a saber: i) la ley 4739 —“Urbanización de playas y riberas de la Provincia” — (BO 8309, del 26/01/1939), que si bien preveía determinadas restricciones, condicionamientos y prohibiciones para la edificación sobre “toda la costa marítima o fluvial” y “frente a cualquier camino costanero” (arts. 1°, 3° y 4°), abundaba en circunstanciadas disposiciones respecto de la costa marítima situada en la ciudad de Mar del Plata y entre esta urbe y la localidad de Miramar (arts. 1°, 2°, 5° a 16); y, ii) el dec.-ley 7978/1972, que contiene previsiones enderezadas a evitar la afectación sobre las “zonas de playas y/o riberas marítimas, fluviales o lacustres” por parte de los denominados “conos de sombras” que pudieran ser proyectados por construcciones o estructuras.

La ley citada en primer término fue expresamente derogada (97) por el hoy vigente dec.-ley 8912/1977 —“Ley de ordenamiento territorial y uso del suelo” —, cuerpo normativo que cuenta con específicos preceptos con relación al litoral marítimo. En concreto, se observa que: i) al estatuir respecto de la “clasificación del territorio”, más concretamente en cuanto concierne a “zona y espacios”, denomina como “zona de recuperación de dunas o médanos vivos” a aquellas “áreas que contienen formaciones de arenas

no fijadas, ya sea provenientes del desgaste de la plataforma o de la erosión continental” (art. 7°, inc. i); ii) al reglar acerca “del proceso de ocupación del territorio”, reza que “[s]olo se podrán crear o ampliar núcleos urbanos y zonas de usos específicos en terrenos con médanos o dunas que los mismos se encuentren fijados y forestados de acuerdo con lo establecido en las normas provinciales sobre la materia. En dichos casos se preservará la topografía natural del área y se adoptarán en el proyecto soluciones planialtimétricas que aseguren un correcto escurrimiento de las aguas pluviales. El tipo de uso, intensidad de ocupación y parcelamiento admitidos serán los que permitan garantizar la permanencia de la fijación y forestación” (art. 23); y que iii) en la parcela “de la subdivisión del suelo”, establece que al crearse núcleos urbanos que limiten con el Océano Atlántico “deberá delimitarse una franja de cien [100] metros de ancho, medida desde la línea de pie de médano o de acantilado, lindera y paralela a las mismas, destinada a usos complementarios al de playa, que se cederá gratuitamente al Fisco de la Provincia, fijada, arbolada, parqueada y con espacio para estacionamiento de vehículos, mediante trabajos a cargo del propietario cedente si la creación o ampliación es propiciada por el mismo” (art. 58, texto según dec.-ley 10.128/1983).

En fecha más cercana se emitió el dec. 3202/2006, con las declaradas finalidades de atender la especial fragilidad de los ambientes comprendidos en los diferentes tramos de la franja marítima bonaerense, que experimentan —como efecto del proceso de urbanización— transformaciones que amenazan su sustentabilidad, y de fijar una serie de principios rectores, básicos y objetivos —allí denominados “presupuestos mínimos” — orientados a encauzar el accionar municipal en cuanto al ordenamiento urbano de su competencia y el provincial en lo concerniente a los alcances —entre otras normas— del dec.-ley 8912/1977 y la leyes 12.227 y 11.723.

El mentado decreto, cuya observancia respecto de cada municipio se encuentra supeditada a la previa adhesión comunal (98), contiene un

(97) Conjuntamente con la restante normativa urbanística precedente de carácter general (leyes 695, 3468 y 3487).

(98) Toda vez que se dispone que los organismos provinciales competentes para la aprobación de los proyectos urbanísticos o de desarrollos específicos en la zona

cúmulo de parámetros y condicionamientos de orden urbanísticos, en principio más restrictivos que los normados en el dec.-ley 8912/1977, a ser considerados en los procedimientos de aprobación de las futuras expansiones o creación de nuevos núcleos urbanos en la zona atlántica. Con ello, se procura neutralizar —a futuro— los diversos efectos negativos sobre el ambiente que se describen en la fundamentación que acompaña su dictado, tales como: i) el descuido en la protección de los reservorios, al haberse permitido el avance del ejido urbano sobre áreas indispensables para garantizar la recarga de las napas y la extracción de agua sin una adecuada medición de su capacidad de soporte; ii) la autorización de nuevas urbanizaciones desprovistas de una adecuada red cloacal; iii) el avance de las áreas urbanizadas sobre los médanos costeros y la realización de obras marítimas con diseños inadecuados que rompieron los equilibrios entre aporte y desplazamiento de arenas, profundizando los procesos de erosión y el paulatino angostamiento de las playas; y iv) los problemas de contaminación, salinización de las napas de agua dulce, deterioro del ecosistema natural de los médanos costeros y recarga de arena en la playa (99).

Finalmente, cabe hacer mención del dec. 1802/2008, por cuyo intermedio se creó la “Unidad de Coordinación de Manejo Costero Integrado de la Provincia de Buenos Aires” con el definido objeto de “coordinar, supervisar y ejecutar las acciones que demande la implementación del Plan Integral de Costa, como así también articular y viabilizar la participación de las distintas áreas de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires y de los municipios involucrados, en la gestión de la zona costera”.

atlántica bonaerense "deberán verificar la adhesión municipal por ordenanza específica a los presupuestos mínimos establecidos en el presente Decreto" (art. 1).

(99) En esta línea, se ha expresado que "Se trata de una norma creada y fundamentada sobre la base del reconocimiento político de la problemática ambiental que atraviesa la subregión como resultado del histórico avance de una frontera urbana ligada a la reproducción de la especialidad turística que impacta en las áreas más sensibles del litoral marítimo", Hernández, Facundo M., "Norma, descentralización y ordenamiento territorial en la costa marítima bonaerense: El dec. 3202/2006 como caso de estudio", en Pampa: Revista Interuniversitaria de Estudios Territoriales, nro. 17, 2018, p. 113.

V.3. Legislación ambiental

Continuando con la compulsa de las disposiciones que registran una estrecha vinculación con la situación jurídica de las playas marítimas, encontramos que la normativa ambiental —sea de carácter nacional, sea de carácter local— incide en su disposición y uso.

Así, sin alterar sustancialmente faceta alguna del régimen dominial que en definitiva resulte de aplicación, la legislación ambiental se ha erigido en un valioso instrumento para asegurar la conservación del ecosistema costero —altamente sensible a la actividad humana— y compromete, al mismo tiempo, la modalidad e intensidad del uso sobre dicha región geográfica, aún en aquella parcela que reviste la condición jurídica de bien de dominio público provincial.

Esta última contingencia debe ser meritada en concordancia con la distribución de competencias distribuidas entre la Nación y las provincias conforme el esquema diseñado por el art. 41 del texto constitucional reformado, más precisamente en su párrafo tercero, en cuanto dispone que “[c]orresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales” (100).

En ese deslinde competencial, el constituyente habilita al legislador nacional para sancionar normas susceptibles de condicionar —sea directamente, sean indirectamente— el aprovechamiento material de los bienes y recursos naturales, como así también relativas a ciertos aspectos procesales, administrativos y sectoriales, aunque bien en el circunscripto marco de los presupuesto mínimos de protección am-

(100) Dicha atribución, en consonancia con lo normado en los párrafos primero y segundo del citado precepto, se direcciona a satisfacer el explicitado objetivo de proveer a la protección del derecho de todos los habitantes de gozar de "...un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras..." y "...a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales".

biental (101), los que —en palabras de Falbo y Hutchinson— constituyen “institutos básicos y comunes para todo el territorio nacional y, por esa razón, plenamente operativos y eficaces en cada provincia —y municipio—” (102).

La apuntada potestad normativa ha resultado actuada por el Congreso nacional mediante la emisión de una ley general de presupuestos mínimos y de otras leyes específicas —o sectoriales— de presupuestos mínimos. La referencia efectuada en primer término corresponde a la ley 25.675 —“Ley General del Ambiente” (103) (BO 30.036, del 28/11/2002)—, que supo ser caracterizada como la reglamentación de todos los principios e instituciones establecidos en el art. 41 de la CN, sin detenerse en la pormenorizada regulación de actividades o medidas específicas sobre cada uno de los bienes ambientales en particular; en tanto que las segundas refieren circunstanciadamente a bienes ambientales determinados (siempre en el marco de la protección ambiental) (104), actividades con incidencia ambiental (105) o a

instrumentos de gestión ambiental (106), permitiendo así instaurar directivas especializadas sobre cada tópico en cuestión (107).

Mas luego, a ese ordenamiento normativo de protección ambiental producido a nivel nacional, han de agregarse aquellas otras normas necesarias para complementarlas y optimizarlas, cuya emisión compete a las autoridades locales.

En efecto, en esa esfera provincial contemplamos que, en el ámbito bonaerense, la previsión constitucional local en la materia —art. 28, Const. Provincial— devino pormenorizada en la posterior ley 11.723 (BO 23.036, del 22/12/1995), previa en el tiempo a su par nacional citada en el párrafo precedente, la que “tiene por objeto la protección, conservación, mejoramiento y restauración de los recursos naturales y del ambiente en general en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, a fin de preservar la vida en su sentido más amplio; asegurando a las generaciones presentes y futuras la conservación de la calidad ambiental y la diversidad biológica” (art. 1°). La nombrada ley provincial estructura su contenido mediante títulos agrupados en previsiones de carácter general, relativas a los derechos y deberes de los habitantes, la política ambiental y sus instrumentos y su tutela jurisdiccional (Título II); otras de carácter especial concernientes a las aguas, el suelo, la atmósfera, la energía, la flora, la fauna, los residuos y el régimen de control y sanciones administrativas (Título III); aquellas de carácter orgánico vinculadas a los organismos de aplicación (Título IV); y uno restante de carácter complementario (Título V). En lo particular, y con estrecha vinculación al objeto del presente trabajo, se destaca que se ha estipulado que entre “los proyectos consistentes en la realización de obras o actividades que produzcan o sean susceptibles de producir algún efecto negativo al ambiente (...)

(101) Se entiende por presupuesto mínimo “a toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental. En su contenido, debe prever las condiciones necesarias para garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos, mantener su capacidad de carga y, en general, asegurar la preservación ambiental y el desarrollo sustentable” (art. 6, ley 25.675).

(102) FALBO, Aníbal J. - HUTCHINSON, Tomás, “Derecho Administrativo Ambiental en la Provincia de Buenos Aires”, Librería Editora Platense, La Plata, 2011, 1ª ed., p. 89.

(103) Destinada a establecer “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” (art. 1), que ha de regir en todo el territorio de la Nación y contiene disposiciones de orden público que “se utilizarán para la interpretación y aplicación de la legislación específica sobre la materia, la cual mantendrá su vigencia en cuanto no se oponga a los principios y disposiciones” allí contenidas (art. 3).

(104) v.gr. ley 25.688 —“Régimen de Gestión Ambiental de Aguas”—, ley 26.331 —“Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos”— y ley 26.639 —“Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial”.

(105) v.gr. ley 25.612 —“Gestión integral de Residuos Industriales y de Actividades de Servicios”— y ley 25.670

—“Presupuestos Mínimos para la Gestión y Eliminación de los PCBs”—.

(106) v.gr. ley 25.831 —“Régimen de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental”—.

(107) ESAÍN, José A., “El federalismo ambiental. Reparto de competencias legislativas en materia ambiental en la Constitución Nacional y en la Ley General del Ambiente 25.675”, en CAFFERATTA, Néstor A. (dir.), Summa Ambiental, t. I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, 1ª ed., pp. 756/757.

y/o sus recursos naturales” que deberán obtener una declaración de impacto ambiental (v. art. 2°), expedida —en este caso— por la autoridad ambiental municipal, se encuentra el emplazamiento de “centros turísticos, deportivos, campamentos y balnearios” (v. Anexo II, pto. II, apdo. 2, inc. b)).

Ulteriormente, en atención al esquema de concertación federal que la Constitución nacional propicia con el objeto de lograr una política ambiental de integración entre las provincias y el gobierno nacional, no puede dejar de mencionarse la Resolución 326/16 dictada por el Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA) que, enderezada a la gestión y protección —de manera sostenible— de los ecosistemas marinos y costeros, formaliza el compromiso de avanzar en el desarrollo y consolidación de una estrategia federal de Manejo Costero Integrado, adoptando —al efecto— las directrices expuestas en el documento “Aportes para una estrategia federal en manejo costero integrado” (art. 1°), en cuya elaboración intervinieron —entre otros participantes— el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación y las cinco provincias con litoral marítimo reunidas en el marco de la agenda de trabajo del COFEMA, en procura de alcanzar una planificación sistémica de los ambientes costeros orientada a garantizar su uso sustentable y el de sus recursos **(108)**.

V.4. La regulación de la playa marítima en el derecho comparado: la Ley de Costas española

Por último, juzgamos sumamente provechoso posar nuestra mirada en la legislación española que, tributaria de la misma tradición jurídica que cimienta nuestro ordenamiento jurídico, ha operado una valiosa evolución en la materia que aquí abordamos **(109)**.

(108) BOSCAROL, Nadia - FULQUET, Gastón - PRELIASCO, Sebastián, "Aportes para una estrategia federal en manejo costero integrado. Estado de la gestión costera en el Litoral Atlántico Argentino", Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016, 1ª ed., p. 7.

(109) En lo que concierne al régimen general de los bienes estatales en la legislación española, cuyo marco normativo cuenta con profusas disposiciones (Constitución Española —art. 132—; Cód. Civil —art. 338 y ss.—; ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; ley 33/2003, de 3 de noviembre, del

En particular, partiendo de una regulación y definición conceptual de la playa marítima semejante a la registrada por nuestras tierras (derivada del derecho romano) **(110)**, experimentó una notable evolución hasta la sanción de la denominada Ley de Costas (ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas —“LC” en lo que sigue—) y su más reciente reforma (ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y modificación de la ley 22/1988 —“LPUSL” en lo que sigue—) **(111)**, las que —en lo que reviste primordial interés— han materializado, en primer término, una ampliación dominial sobre el espacio costero marítimo **(112)** y, luego, una retracción de esa operación demanializadora **(113)**. Respecto de dicha regulación desti-

Patrimonio de las Administraciones Públicas), y que se complementa con los regímenes específicos de ciertos bienes demaniales (entre ellos, la Ley de Costas), v. PAREJO ALFONSO, Luciano, "Los bienes públicos en el Derecho español. Con especial referencia al régimen de los de carácter demanial", y COLOM PIAZUELO, Eloy, "Las cosas públicas y su régimen jurídico (Examen de la noción de cosa pública y su clasificación desde una perspectiva subjetiva)", ambos en REINA TARTIÉRE, Gabriel de (coord.), Dominio Público, Heliasta, Buenos Aires, 2009, pp. 17-117 y 143-180, respectivamente.

(110) Un conciso y claro repaso de ese desarrollo normativo puede leerse en MENÉNDEZ REXACH, Ángel, "La nueva regulación de las costas: un giro hacia el dominio privado marítimo-terrestre" en CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José L., FERREIRA FERNÁNDEZ, Javier y NOGUEIRA LÓPEZ, Alba (coords.) La nueva regulación de las costas: actas del IX Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Santiago de Compostela, 7 y 8 de febrero de 2014, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2014, 1ª ed., pp. 23-28.

(111) Normas que se completan con el real dec. 876/2014, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Costas.

(112) "desarrollando el art. 132 CE, amplía el demanio marítimo más allá de sus tres dependencias nucleares: zona marítimo-terrestre, playas y mar territorial, extendiéndolo al lecho y subsuelo marino y a los recursos naturales de la zona económica y plataforma continental, resultando igualmente ampliados los conceptos de zona marítimo-terrestre y de playa", v. PAREJO ALFONSO, Luciano "Los bienes públicos en el Derecho español...", ob. cit., p. 98.

(113) Se juzgó que "el grueso de sus previsiones va dirigido a desactivar la operación demanializadora que asumió el legislador de 1988" y que "supone una redefinición, a la baja, de las dependencias del dominio público marítimo-terrestre", v. CARLÓN RUIZ, Matilde, "La dis-

nada a la protección del denominado “dominio público marítimo-terrestre” se ha sabido destacar su fundamental importancia para la delimitación del litoral, área que además de contener aquel espacio incluye otras zonas, lo que le ha conferido un carácter suprademanial (114).

La referenciada “LC” fue acompañada por una extensa exposición de motivos que da cuenta de las razones de su dictado y de los fines perseguidos. A modo de síntesis, es posible enunciar que el legislador describió un escenario condicionado por un “doble fenómeno de destrucción y privatización del litoral” que, concebido como una amenaza pasible de extenderse a toda su longitud, exigía una solución “acorde con la naturaleza de estos bienes, y que, con una perspectiva de futuro, tenga como objetivos la defensa de su equilibrio y su progreso físico, la protección y conservación de sus valores y virtualidades naturales y culturales, el aprovechamiento racional de sus recursos, la garantía de su uso y disfrute abierto a todos, con excepciones plenamente justificadas por el interés colectivo y estrictamente limitadas en el tiempo y en el espacio, y con la adopción de las adecuadas medidas de restauración”. En ese contexto, denotada la insuficiencia de la legislación por entonces vigente y la necesidad de atender al nuevo texto constitucional que clasifica determinados bienes como de dominio público, con la particularidad de que los únicos a los que atribuye directamente esa definición pertenecen precisamente al dominio público marítimo-terrestre (115). De tal modo, se postuló que lejos de tratarse una mera reforma, se erige una nueva norma con una concepción distinta de

ciplina urbanística de las costas. Sus particularidades en la servidumbre de protección”, Civitas, Pamplona, 2013, 1ª ed., p. 21.

(114) PÉREZ GÁLVEZ, Juan F., “La ordenación de los espacios terrestres”, en NÚÑEZ LOZANO, María del Carmen (dir.) Estudios jurídicos sobre el litoral, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 65/66.

(115) Art. 132: “1. La ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación. 2. Son bienes de dominio público estatal los que determine la ley, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental. [...]”.

la regulación del dominio público marítimo-terrestre, dedicada a proteger la integridad de sus componentes, conservarlos como propiedad de todos y legarlos a las generaciones futuras.

En el cotejo de las parcelas de su articulado que aquí concierne, advertimos que la norma comentada inicia con el “Título Preliminar” que establece que su objeto consiste en “la determinación, protección, utilización y policía del dominio público marítimo-terrestre y especialmente de la ribera del mar” (art. 1º), en tanto que la actuación administrativa sobre tales dependencias tiene por fin su determinación, el aseguramiento de su integridad y conservación, garantizar —primordialmente— su uso público, regular su utilización racional en términos acordes con su naturaleza, fines y el ambiente, y conseguir y mantener un nivel adecuado de calidad de las aguas y de la ribera del mar (art. 2º).

Seguidamente, en su “Título I”, clasifica y define los bienes de dominio público marítimo-terrestre, según la inicial división compuesta por “la ribera del mar y de las rías”, “el mar territorial y las aguas interiores, con su lecho y subsuelo” y “los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental, definidos y regulados por su legislación específica” (art. 3º); y luego enumera una serie de particulares accesiones, terrenos y obras que completan el catálogo de tales dependencias (art. 4º), conjuntamente con las islas formadas —y a formarse— en el mar, en las aguas interiores o en los ríos hasta donde se hagan sensibles las mareas (art. 5º). En ese segmento, establece que “la ribera del mar y de las rías” incluye la “zona marítimo-terrestre” y las “playas”, determinada la primera como el “espacio comprendido entre la línea de bajamar escorada o máxima viva equinoccial, y el límite hasta donde alcancen las olas en los mayores temporales conocidos, de acuerdo con los criterios técnicos que se establezcan reglamentariamente, o cuando lo supere, el de la línea de pleamar máxima viva equinoccial” (art. 3.1.a) (116), y las

(116) El concepto transcrito exhibe, no obstante ciertas disimilitudes, una notable afinidad con la noción de playa marítima consagrada en nuestro derecho (Cód. Civ. derogado —art. 2340 inc. 4— y Cód. Civ. y Com.— art. 235 inc. “b”—). El citado pasaje agrega que esta zona “se extiende también por las márgenes de los ríos hasta el sitio donde se haga sensible el efecto de las mareas”, como asimismo “las marismas, albuferas, marjales, es-

segundas como las “zonas de depósito de materiales sueltos, tales como arenas, gravas y guijarros, incluyendo escarpes, bermas y dunas, estas últimas se incluirán hasta el límite que resulte necesario para garantizar la estabilidad de la playa y la defensa de la costa” (art. 3.1.b).

La definición de playas que antecede, cuyo texto —más específicamente su parte final— deriva de la modificación producida por la LPUSL, traduce una disminución material de dicho bien público respecto a la redacción originaria de la LC (117), aunque se ha indicado que tal formulación no resulta novedosa toda vez que existía una restricción similar en el art. 4.d. del real dec. 1471/1989, de 1 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General para el desarrollo y ejecución de la LC (actualmente derogado, y sustituido, por real dec. 876/2014, de 10 de octubre) (118). Al mismo tiempo, la LPUSL estipuló la revisión de los deslindes ya ejecutados que se vieran afectados con su sanción y el reintegro del dominio de los terrenos que —en consecuencia— dejan de formar parte del dominio público marítimo-terrestre a quienes eran sus propietarios, con título inscrito en el Registro de la Propiedad, al momento de la entrada en vigor

terros y, en general, las partes de los terrenos bajos que se inundan como consecuencia del flujo y reflujo de las mareas, de las olas o de la filtración del agua del mar”, sin que pasen a revestir calidad demanial “aquellos terrenos que sean inundados artificial y controladamente, como consecuencia de obras o instalaciones realizadas al efecto, siempre que antes de la inundación no fueran de dominio público”.

(117) El texto anterior incluía “escarpes, bermas y dunas, tengan o no vegetación, formadas por la acción del mar o del viento marino, u otras causas naturales o artificiales”, sin la condición de su menesterosidad para garantizar la estabilidad de la playa y la defensa de la costa.

(118) LOBO RODRIGO, Ángel, “La ordenación y gestión de las playas. Especial referencia a los usos turístico-deportivos”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 28. Se ha afirmado que “Esta elevación a rango legal se produjo muy probablemente como respuesta a la jurisprudencia habida en aplicación de la ley de costas de 1988 y el reglamento de 1989, que vino a considerar que, según la ley, las dunas, todas las dunas, pertenecían al dominio público marítimo-terrestre y la restricción impuesta por el reglamento debía aplicarse con carácter restrictivo” v. MARTÍNEZ CORDERO, José R., “Clasificación y definiciones” en PÉREZ GÁLVEZ, Juan F. (dir.) El nuevo derecho de costas. Ley y nuevo Reglamento General de Costas, La Ley, Barcelona, 2015, 1ª ed., p. 80.

de la LC (v. disposiciones adicionales segunda, quinta y sexta).

A tenor de la reducción señalada, es ineludible recordar que el texto originario de la LC consagró una definición conceptual de los componentes que integran el dominio público marítimo-terrestre más amplia —principalmente en relación con las playas— que la que fijaba, respecto dichos bienes y “sin perjuicio de los derechos legalmente adquiridos”, la legislación anterior (ley 28/1969, de 26 de abril, sobre costas —art. 1º—). Ese cambio normativo justificó la incorporación de su disposición transitoria primera que estableció, respecto de los titulares de los espacios en cuestión [si bien en distintos grados, según las particularidades consignadas en sus diversos apartados (119)], una conversión de sus títulos de propiedad anteriormente reconocidos, en derechos de ocupación y aprovechamiento a título de concesión (120), sin obligación de abonar canon, por un plazo de treinta años, prorrogable —en ciertos casos— por otros treinta. Tal extensión temporal devino prolongada en la LPUSL hasta el término de setenta y cinco años (v. artículo segundo).

La apuntada ampliación dominial, y la conversión de títulos mencionada, resultó convalidada judicialmente mediante la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 149/1991, de 4 de julio, frente a la alegada infracción al art. 33.3, CE (“Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad

(119) Titulares de espacios de la zona marítimo-terrestre, playa y mar territorial declarados de propiedad particular por sentencia judicial firme (apdo. 1); titularidades dominicales, sobre la zona marítimo-terrestre o playas, amparadas por el art. 34 de la Ley Hipotecaria, aunque no declaradas por sentencia judicial firme (apdo. 2); tramos de costa en que el dominio público marítimo-terrestre no esté deslindado o lo esté parcialmente a la entrada en vigor de la LC, y cuya práctica dé lugar a una privación de derechos (apdo. 3); y, titulares de bienes que, tras el correspondiente deslinde, pasan a integrar el dominio público marítimo-terrestre de acuerdo con la nueva definición de la LC (apdo. 4).

(120) Tal mutación del título de propiedad, aun antes de la promulgación de la LC, ya había sido insinuada desde la doctrina por efecto del texto del art. 132.2 CE, v. SÁINZ MORENO, Fernando, “Dominio público estatal de las playas y zona marítimo-terrestre (art. 132.2 de la Constitución)”, Revista de Administración Pública, nro. 99, Madrid, 1982, p. 241.

pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes”) (121). En el mentado pronunciamiento, el Tribunal reconoce que la LC acepta —en determinados casos— la existencia de “auténticas titularidades dominicales privadas en determinadas dependencias del dominio público marítimo-terrestre” (122); empero, en tanto recaen sobre ciertos bienes que por sus propias características eran y son de dominio público (zona marítimo-terrestre y playas), “se trata de unas titularidades que por imperativo constitucional deben cesar”. Luego, considerado que “la conversión del título que faculta para la ocupación y aprovechamiento del dominio público es, simultáneamente un acto de privación de derechos y una compensación”, se ponderó que la singularidad de dichas propiedades, el mantenimiento —por un prolongado plazo— de los derechos de uso y disfrute y la consideración de que, en todo caso, esos bienes habrían de quedar sujetos a las limitaciones dimanantes de su enclave en el dominio público, tornaba “imposible entender que la indemnización ofrecida, dado el valor económico sustancial de ese derecho de ocupación y aprovechamiento del demanio durante sesenta años y sin pago de canon alguno, no represente, desde el punto de vista del juicio abstracto... un equivalente del derecho del que se priva a sus anteriores titulares” [v. fundamento jurídico 8.B.a) y b)] (123).

(121) Para un profundo análisis de dicha sentencia, v. BANDRÉS, José M., “Dominio público marítimo-terrestre y propiedad privada en la sentencia del Tribunal Constitucional 149/1991, de 4 de julio”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nro. 258, 1993, pp. 375-431.

(122) Acerca de los enclaves de propiedad particular reconocidos por la anterior Ley de Costas, v. CONDE CONDE, Mario, “El pretendido uso público de las playas y zona marítimo-terrestre de propiedad particular”, *Revista de Administración Pública*, nro. 73, Madrid, 1974, pp. 429-453.

(123) El reseñado razonamiento fue esbozado respecto de los supuestos normados en los apartados 1 y 4 de la Disposición transitoria primera, los que se han mantenido inalterados desde su emisión, aunque debe destacarse que también se ratificaron los textos de los apartados 2 y 3 [v. FJ 8.B.c) y d)], los que ulteriormente fueron modificados por la LPUSL (art. 1.39).

La notable preocupación del legislador en la tutela de la propiedad pública del conjunto de bienes ya individualizado, imprime su sello en aquellos capítulos que ordenan —según los principios constitucionales de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad— su indisponibilidad y la no admisión de más derechos que los de uso y aprovechamiento adquiridos de acuerdo con las previsiones de dicha ley (arts. 7° a 10), la práctica y efectos de su deslinde por parte de la Administración del Estado (arts. 11 a 16) y el régimen de afectación y desafectación de los terrenos del Patrimonio del Estado colindantes con el dominio público marítimo-terrestre o emplazados en su zona de influencia, que resulten necesarios para su protección o utilización (arts. 17 a 19).

Desde otro ángulo, se destaca que la LC no limitó su contenido a la ordenación de los bienes de dominio público, sino que también se ocupó de establecer —en su Título II— ciertas limitaciones y servidumbres respecto de los terrenos contiguos a la ribera del mar, con miras a asegurar la defensa de su integridad y sus fines de uso general, la preservación de sus características naturales y la prevención de las perjudiciales consecuencias de obras e instalaciones (arts. 20 a 30).

En su lectura, en acotados términos, se observa: i) la “servidumbre de protección”, que recae sobre una zona de 100 metros medida tierra adentro desde el límite interior de la ribera del mar (124), en la que se fijan una serie de usos permitidos (125)

(124) Extensión que puede ser ampliada por la Administración del Estado, de acuerdo con la de la Comunidad Autónoma y el Ayuntamiento correspondiente, hasta un máximo de otros 100 metros, cuando sea necesario para asegurar su efectividad; y que puede reducirse, hasta un mínimo de 20 metros, en las márgenes de los ríos hasta donde sean sensibles las mareas, en atención a las características geomorfológicas, a sus ambientes de vegetación, y a su distancia respecto de la desembocadura (art. 23.2 y 3).

(125) Realizar cultivos y plantaciones, sin necesidad de autorización; depositar temporalmente —en los primeros 20 metros de esta zona— objetos o materiales arrojados por el mar y realizar operaciones de salvamento marítimo, sin perjuicio de que los daños que se ocasionen serán objeto de indemnización (art. 24); obras, instalaciones y actividades que, por su naturaleza, no puedan tener otra ubicación o presten servicios necesarios o convenientes para el uso del dominio público marítimo-

y otros prohibidos (126) [arts. 23 a 26]; ii) la “servidumbre de tránsito”, extendida en una franja de 6 metros medidos tierra adentro a partir del límite interior de la ribera del mar (127), que debe dejarse permanentemente expedita para el paso público peatonal y para los vehículos de vigilancia y salvamento, y solo podrá ser ocupada excepcionalmente por obras a realizar en el dominio público marítimo-terrestre, debiendo sustituirse esa zona por otra nueva en condiciones análogas [art. 27]; iii) la “servidumbre de acceso al mar” erigida sobre los terrenos colindantes al dominio público marítimo-terrestre, en la longitud y anchura que demanden la naturaleza y finalidad del acceso, tendiente a asegurar su uso público, a establecerse en los planes y normas de ordenación territorial y urbanística del litoral (128) [art. 28]; iv) ciertas limitaciones a la propiedad vinculadas a la aportación de áridos, su extracción y la disposición de sus yacimientos [art. 29]; y, v) la “zona de influencia”, que condiciona la ordenación territorial y urbanística sobre los terrenos situados en una anchura —a determinar en los instrumentos correspondientes— como mínimo de 500 metros a partir del límite interior de la ribera del mar, y que impone exigencias de protección del dominio público marítimo— terrestre mediante diversos criterios (129) [art. 30].

terrestre, así como las instalaciones deportivas descubiertas, y —excepcionalmente— por razones de utilidad pública, se podrá autorizar las actividades e instalaciones (art. 25.2 y 3).

(126) Edificaciones destinadas a residencia o habitación; la construcción o modificación de vías de transporte interurbanas y las de intensidad de tráfico superior a la que se determine reglamentariamente, así como de sus áreas de servicio; actividades que impliquen la destrucción de yacimientos de áridos naturales o no consolidados; el tendido aéreo de líneas eléctricas de alta tensión; el vertido de residuos sólidos, escombros y aguas residuales sin depuración; y, la publicidad a través de carteles o vallas o por medios acústicos o audiovisuales (art. 25).

(127) En lugares de tránsito difícil o peligroso, dicha anchura podrá ampliarse —en lo que resulte necesario— hasta un máximo de 20 metros (art. 27.2).

(128) En las zonas urbanas y urbanizables, los de tráfico rodado deberán estar separados entre sí, como máximo, 500 metros, y los peatonales, 200 metros. Todos los accesos deberán estar señalizados y abiertos al uso público a su terminación (art. 28.2).

(129) En tramos con playa y con acceso de tráfico rodado, se preverán reservas de suelo para aparcamientos

Respecto a las previsiones atinentes a la servidumbre de protección (130) y a la zona de influencia, se dispuso su plena aplicación a los terrenos que a la entrada en vigor de la LC estén clasificados como suelo urbanizable no programado y suelo no urbanizable, y se la condicionó —relativamente— en cuanto a los clasificados como suelo urbanizable programado o apto para la urbanización y —de modo significativo (131)— sobre aquellos clasificados como suelo urbano (v. Disposición transitoria tercera).

Otro segmento de la LC que merece nuestra consideración es aquel enderezado a reglar la utilización del dominio público marítimo-terrestre (Título III). Entre sus directivas generales se establece, como principio general, su utilización libre, pública y gratuita para los usos comunes y acordes con su naturaleza —v. gr. pasear, estar, bañarse, navegar, pescar y otros semejantes—, que no requieran obras e instalaciones de ningún tipo y que se realicen de acuerdo a la reglamentación (art. 31.1); contemplándose —en lo que sigue— la posibilidad de otros usos que tengan especiales circunstancias de intensidad, peligrosidad o rentabilidad y los que requieran la ejecución de obras e instalaciones, los que solo podrán ampararse en la existencia de un título habilitante —reserva, adscripción, autorización y concesión— (art. 31.2), permitiéndose la ocupación para aquellas actividades o insta-

de vehículos en cuantía suficiente para garantizar el estacionamiento fuera de la zona de servidumbre de tránsito; y las construcciones habrán de adaptarse a lo establecido en la legislación urbanística, evitándose la formación de pantallas arquitectónicas o acumulación de volúmenes, sin que la densidad de edificación pueda ser superior a la media del suelo urbanizable programado o apto para urbanizar en el término municipal respectivo [art. 30.1.a) y b)].

(130) Se ha cuestionado la denominación de servidumbre en el entendimiento que “la mayoría de las previsiones de la legislación de costas sobre los terrenos contiguos al demanio no implican, propiamente, la constitución de servidumbres sobre estos terrenos, sino la delimitación del estatuto del derecho de propiedad”, v. CARLÓN RUIZ, Matilde, “La disciplina urbanística de las costas. Sus particularidades en la servidumbre de protección”, ob. cit., p. 137.

(131) El aspecto más destacable es, probablemente, la salvedad de que la anchura de la servidumbre de protección se reduce a 20 metros (Disposición transitoria, apdo. 3).

laciones que, por su naturaleza, no puedan tener otra ubicación (art. 32), resultando dichas instalaciones de libre acceso público, salvo que por razones de policía, de economía u otras de interés público, se autoricen otras modalidades de uso, debiendo ubicarse —preferentemente— fuera de la playa o, en su defecto, no pudiendo exceder —en conjunto— de la mitad de la superficie de aquella en pleamar y distribuida de forma homogénea (art. 33). Dicho pasaje se completa con preceptos relativos al uso directo del dominio público marítimo-terrestre por parte de la Administración del Estado o las Comunidades autónomas (arts. 47 a 50) y su régimen de autorizaciones y concesiones (arts. 51 a 81).

En sus restantes parcelas, se formula el régimen económico-financiero de la utilización del dominio público marítimo-terrestre (Título IV —arts. 82 a 89—), el catálogo de infracciones y sanciones en la materia, con las previsiones procedimentales dispuesta a tal fin (Título V —arts. 90 a 109—), se practica el deslinde competencias administrativas entre la Administración del Estado, las Comunidades Autónomas y los Municipios (Título VI —arts. 110 a 119—) y se precisa los alcances —con sus efectos— de la norma promulgada (Disposiciones transitorias, adicionales, derogatorias y finales).

VI. Posibles alternativas más ajustadas al sistema constitucional argentino

VI.1. Replanteo

Sin desconocer que los reparos que se han ensayados respecto de la previsión contenida en la parte final del art. 235, inc. b) del Cód. Civ. y Com. no trasuntan sino la proyección de un escenario normativo hasta hoy hipotético, ante la ausencia de la susodicha “legislación especial de orden nacional o local” que disponga la extensión de la porción de tierra que ha de entenderse por “playa marítima”, igualmente estimamos útil precaver en tal sentido y —al mismo tiempo— bosquejar ciertas variantes propicias para brindar una adecuada respuesta a las necesidades del tiempo actual, en el que el régimen dominial de la playa marítima coexiste con un complejo de normas referidas a su regulación ambiental, la ordenación urbanística del territorio y el derecho de dominio de los propietarios de los terrenos colindantes.

Ahora bien, el despliegue de dicho cometido impone tomar nota de la evolución que nuestro ordenamiento jurídico ha desarrollado en la materia, y se ve favorecido con la indagación de aquellas normas del derecho comparado que —en grado más avanzado— han consolidado su regulación de forma sistemática y específica.

Tal labor es la que en los apartados que anteceden se ha procurado cumplimentar, de modo conciso y —mayormente— descriptivo, a los efectos de intentar delinear ciertas pautas idóneas para sortear los desafíos normativos —particularmente desde la faz competencial— que presenta el cabal ordenamiento de las playas marítimas en su condición de bien de dominio público. Dicho cotejo permitió, también, identificar una serie de herramientas normativas que, empleadas —en cada caso— por las autoridades públicas competentes, han proporcionado —si bien de modo disperso y, en ocasiones, parcial— un marco de ordenación del espacio costero marítimo, ya sea en su porción que ostenta la condición de bien de dominio público, ya sea en la parcela que no reviste tal calidad.

En consecuencia, esa tarea analítica —ya lo hemos señalado— se torna imperativa frente a la evidenciada utilidad general que las playas marítimas reportan para el conjunto de la sociedad y que, a tenor de su actual aprovechamiento y utilización, desbordan considerablemente los confines materiales que normativamente se les dispensaran en los albores de la codificación nacional, forjados a la luz de menesteres prácticos que —aún subsistentes— justificaban su configuración objetiva con un alcance mucho menor al que contemporáneamente parece necesario reconocerle. esta última percepción, parte de concebir a la playa como un elemento integrante de un área o espacio más amplio que la cobija, esto es, la ribera o franja costera marítima. Y para más, ese emplazamiento físico, signado por las especialísimas condiciones ambientales que lo caracterizan, complejiza aún más su abordaje sistémico por parte de las diferentes esferas de gobierno que han de intervenir en su regulación, a tenor de la distribución de competencias establecida en la Constitución nacional (conf. arts. 41, 75 inc. 12 y 121).

En ese sentido, no debe albergarse vacilación alguna en relación a que las consideraciones

competenciales lanzadas a lo largo de presente trabajo encuentran su quicio en la ponderación de la playa marítima como un componente puramente natural del litoral marítimo que inescindiblemente integra, absolutamente despojado —en ese marco de análisis— de toda agregación material de infraestructura o instalación alguna emplazada —o a emplazarse— a los fines de ofrecer aquellos diversos servicios y comodidades que se relacionan con su uso público desde la faz recreativa o turística, pues estas contingencias —aun cuando reconozcan una necesaria vinculación con el bien de dominio público natural colindante— deben ser encauzadas por la vías normativas que, sin presentar novedad alguna en nuestra legislación nacional, posibilitan la afectación de aquellas obras construidas para la utilidad o comodidad común (art. 235, inc. f), Cód. Civ. y Com.) (132).

VI.2. Instrumentos afines en el derecho argentino

Conforme el esquema de razonamiento trazado en el título que antecede, habremos de verter ciertas apreciaciones encaminadas a esbozar determinadas pautas para un razonable tratamiento legislativo de las playas marítimas desde su aspecto dominial y en debida armonización con el restante cúmulo de aristas normativas que rodean su uso y aprovechamiento.

La ya referida mutación del provecho y utilidad general que las costas del mar han adquirido desde el siglo pasado hasta esta parte, constituye una razón valedera que bien justifica una ampliación de aquella porción de tierra que resultó consagrada como bien de dominio público. No obstante, esa acción amplificadora debe ajustarse de modo razonable, sin consumir un desborde a la finalidad de interés general que ha de atender, ni —mucho menos— se traduzca en un avance sobre la propiedad particular en desmedro de los derechos de los administrados titulares de inmuebles contiguos al área territorial alterada en su condición ju-

(132) Desde tal perspectiva, la ya referenciada competencia local para afectar los bienes artificiales pertinentes al régimen de la dominialidad, como así también la previa o concomitante titularización estatal del bien en cuestión, excluyen de plano las principales dificultades que motivan el presente estudio.

rídica. Tal concepción, de un lado, mantiene la presencia estatal dentro un prudente marco de actuación y, de otro, tiende a sortear un evitable cúmulo de costos de adquisición y gastos de gestión de una vasta cantidad de extensiones de tierra de titularidad privada, como así también —de no tomarse dichos recaudos— un altamente probable contexto de litigiosidad cuyo resultado lejos está de avizorarse auspicioso.

En ese entendimiento, percibimos que la faena legisferante en cuestión debe ser necesariamente abordada por el Congreso nacional, puesto que la determinación de la condición jurídica de las cosas (en el caso, una precisa fracción de la costa marítima) es una atribución que de modo exclusivo y excluyente le ha sido asignada en la Constitución nacional (art. 75, inc. 12); empero dicho quehacer, en la faz dominial del bien natural en cuestión, hállese limitado a esa mera declaración legislativa.

En simultáneo, el previo cotejo de la Ley de Costas española nos muestra la posibilidad de segmentar jurídicamente aquella porción del espacio litoral objeto de normación, técnica que luce idónea para acrecentar la porción de la ribera del mar calificada como bien dominial mediante la incorporación de una nueva figura conceptual que pueda adicionarse, sin reemplazar ni modificar, a la tradicional definición normativa de la playa marítima (133). Una solución semejante permitiría, sin mayores complicaciones, perfeccionar un ensanche de franja costera calificada como bien de dominio público efectuando una posible discriminación entre los terrenos que —actualmente— revisten la calidad de bienes privados de los estados provinciales, respecto de aquellos otros que se encuentran en el patrimonio de los particulares, alternativa que se muestra determinante frente al hecho que la autoridad estatal que ha de formalizar la categorización dominial no integra aquella esfera de gobierno que —finalmente— titularizaría ese bien público.

Para más, no es baladí dicha opción si se tiene en consideración el cúmulo de potestades que

(133) En un sentido análogo al que, en el citado cuerpo legal, se desagregan la "zona marítimo-terrestre" y las "playas" como componentes de la noción "ribera del mar y de las rías" (art. 3.1.).

las autoridades locales ostentan para regular la ordenación de los asentamientos urbanos a fin de alcanzar un desarrollo armónico y sustentable en la transformación física del territorio; marco en el que despliegan su intervención en la formación, planificación, regulación y desarrollo de las ciudades a través de diversas técnicas que constituyen una efectiva limitación al derecho de propiedad (134).

Tales limitaciones —impuestas en orden al interés público— resultan de competencia local (135) y, en la medida que no refieran más que a la fijación de límites al ejercicio normal u ordinario del derecho, al no aparejar sacrificio alguno de su contenido para el propietario (denominadas doctrinariamente “restricciones administrativas”), no conllevan obligación alguna de indemnizar (136).

Y esa armonización que se procura entre el interés particular del administrado, por un lado, y el interés general, por el otro, adquiere ribetes especiales cuando la asignatura en cuestión compromete el ambiente, variable colectiva (137) que —conforme el texto explícito del Cód. Civ. y Com.— impone que el ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes —públicos o privados— “debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva” (138), sin

(134) TALLER, Adriana - ANTIK, Analía, "Curso de derecho urbanístico", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, 1ª ed., p. 48.

(135) Conforme lo reconoce el Cód. Civ. y Com. al disponer, en su art. 1970, que “Las limitaciones impuestas al dominio privado en el interés público están regidas por el derecho administrativo. El aprovechamiento y uso del dominio sobre inmuebles debe ejercerse de conformidad con las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción”.

(136) MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado...", ob. cit., t. IV, pp. 45 y 54; DIEZ, Manuel M., ob. cit., t. IV, p. 180; CASSAGNE, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", ob. cit., t. II, p. 452; BALBÍN, Carlos F., "Tratado...", ob. cit., t. II, p. 412.

(137) LORENZETTI, Ricardo L. - LORENZETTI Pablo, "Derecho Ambiental", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, 1ª ed. revisada, p. 184.

(138) Con relación a los citados preceptos, se ha pregonado que “sobre los ‘bienes colectivos’ no existe una ‘propiedad colectiva’, sino que son siempre de propiedad pública o privada, pero si existen ‘derechos colectivos’ que limitan o modalizan el ejercicio de los poderes pro-

afectar “el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial” (art. 240) y en concordancia a “la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable” (art. 241); aunque tal componente no modifica la naturaleza de la restricción correspondiente, la que viene impuesta con arreglo a los principios del derecho administrativo (139).

Dicha potestad pública, ha sido actuada recurrentemente y de modo directo sobre el espacio litoral en el ámbito bonaerense, destacándose —como ya lo hemos indicado— determinadas previsiones contenidas en normas de aplicación general (dec.-ley 8912/1977 y ley 12.257) y otros estatutos específicos en la materia (ley 4.739, dec.-ley 7978/1972 y dec. 3202/2006). Entre tales preceptos, distinguimos aquella disposición relativa a la cesión de tierras en favor del Fisco que ha de practicarse por parte de los interesados en la creación o ampliación de todo núcleo urbano que limite con el Océano Atlántico (art. 58, dec.-ley 8912/1977) (140), toda vez que si el legislador nacional dispusiera una nueva categoría de bienes dominio público que comprendiera en su definición esa parcela del litoral, o —en su caso— ampliara la extensión de la playa marítima hasta englobar dicha superficie, las fracciones que a futuro se incorporaren al dominio del Estado, o las que ya con anterioridad le hubieren sido cedidas, podrían de revestir —sin erogación alguna— ya no la condición de bienes de dominio privado que hoy ostentan, sino ya la calidad de bienes del dominio público.

pietarios”; SOZZO, Gonzalo, "Derecho Privado Ambiental", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2019, 1ª ed., pp. 376/377.

(139) PERETTI, Enrique, "Ambiente y propiedad", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, 1ª ed., p. 165.

(140) Valida judicial por la Corte Suprema de Justicia Nacional en el entendimiento que “las restricciones exigidas por las normas provinciales para destinar ciertos sectores a reservas afectadas al uso público no importan —en tanto se cumpla con el fin perseguido— violentar el derecho de propiedad ni ha de ser menester que la provincia indemnice al propietario interesado”, CSJN, in re “Mar de Ostende c. Buenos Aires, Provincia de s/ ordinario”, 27/02/1997 (Fallos 320:222).

Otro tipo de limitación a la propiedad que se ha empleado en la materia es la constitución de servidumbres administrativas. Esta especie de limitación, establecida por razones de utilidad pública en favor de la colectividad, conlleva una carga real sobre un bien ajeno, restringiendo así el carácter exclusivo del dominio (141) y, en tanto provoca un sacrificio especial al afectado, apareja la obligación de indemnizar el menoscabo sufrido (142). Dicha clase de afectación también se registra en la legislación bonaerense (143), tal como dan cuenta los ya referidos dec. 1145/1987 y 4095/88, en los que se consigna la constitución de una serie de servidumbres administrativas de paso sobre un determinado inmueble de propiedad particular colindante con la playa marítima para su acceso público. Este particular supuesto exhibe así la utilización de una técnica limitativa idónea para abordar ciertas situaciones de consolidación de derechos que, pudiendo erigirse —en principio— en una dificultad para el efectivo uso y aprovechamiento del litoral marítimo por parte del público, no justifican una acción expropiatoria, ni puede ser zanjadas eficientemente mediante la vía de las meras restricciones (144).

En lo atinente a la protección y conservación ambiental de la costa marítima se contempla un grado de avance menos circunstanciado. A nivel nacional, la protección surge —primordialmente— de la Ley General del Ambiente, cuyo alcance universal sobre la materia ambiental no contiene —lógicamente— previsiones que atiendan a las particulares características y necesidades del ecosistema costero, lo que tornaría aconsejable la emisión de una norma

(141) DIEZ, Manuel M., ob. cit., t. IV, p. 191.

(142) BALBÍN, Carlos F., "Tratado...", ob. cit., t. II, p. 415.

(143) En la esfera nacional, y con estricta vinculación a los menesteres que la playa marítima satisface en ese orden (seguridad en la navegación y la defensa de la Nación), la ley 19.952 contempla la constitución de servidumbres administrativas sobre los terrenos que, cualquiera sea su propietario, sean necesarios para la fijación de marcas o construcciones especiales (arts. 1, 3 y 4).

(144) MARIENHOFF, Miguel S., "Expropiación y urbanismo", LA LEY, 1981-C, 910.

sectorial de presupuestos mínimos que aborda dicha problemática (145).

En el orden local, se halla también una norma de contenido general destinada a la protección, conservación, mejoramiento y restauración de los recursos naturales y del ambiente (si bien engloba ciertas formulaciones especialmente referidas a distintos componentes del ambiente), la que deviene complementada —en lo concerniente— con las normas urbanísticas ya mencionadas (146) y con aquellas que reglamentan la actividad minera de extracción de arena. No debe dejar de mencionarse, aun cuando no profundizaremos al respecto, que a nivel municipal también se emite una considerable cantidad de normas para la protección ambiental de las costas, preponderantemente en ocasión de establecerse las reglas pertinentes para la explotación y concesión de las unidades turísticas fiscales de playa.

En definitiva, el empleo de las diversas regulaciones hasta aquí nombradas ofrece un fértil campo de actuación al legislador —tanto nacional, como local— para concebir, de un modo integrado y sistematizado, un nuevo orden normativo acorde a las necesidades de estos tiempos. En esa inteligencia, la regulación sectorial del litoral en cada esfera de gobierno en el marco de su actuación competencial, claro está de forma coordinada y complementada a través de los órganos instituidos para esta clase de cometidos que requieren de un alto grado de concertación, se muestra no solo como una variante aconsejable sino ya como el único camino susceptible de encauzar una gestión y administra-

(145) Compartimos aquellas voces que propician "la sanción de una ley de presupuestos mínimos para la protección costera, a través de la cual se consagren los lineamientos esenciales que deben orientar el contenido de la legislación derivada", v. MANTECÓN, Cecilia L., "Consideraciones sobre el desarrollo urbanístico y la problemática ambiental en la costa de la provincia de Buenos Aires", Revista Electrónica Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja, 2016, año VII, N° 10, p. 135.

(146) Repárese que "los principios e instituciones regulados por el derecho urbanístico tienen principalmente en vista la preservación del ambiente, en procura de la utilización racional de los recursos naturales", v. SCOTTI, Edgardo O., "La preservación del ambiente y el derecho urbanístico en la reforma constitucional", ED 160-737.

ción eficaz del espacio costero marítimo que garantice tanto su uso público, como así también su debida conservación.

VII. Reflexiones finales

Como corolario de lo hasta aquí expuesto, debe resaltarse que la parcela final del precepto normativo comentado, en cuanto adiciona al definido alcance de la porción de tierra que ha de entenderse como playa marítima “su continuación hasta la distancia que corresponda de conformidad con la legislación especial de orden nacional o local aplicable en cada caso”, no constituye más que una disposición puramente programática. No obstante ello, estimamos que su formulación resulta inconveniente.

La principal razón que basamenta dicha aseveración radica en que el legislador nacional no se encuentra habilitado para delegar en su par local aquella potestad normativa que le ha sido atribuida —de modo exclusivo y concluyente— en la Constitución nacional para la emisión de la legislación sustantiva que le corresponde emitir con arreglo al dictado de los códigos de fondo, la que contiene en su acervo la determinación de la condición jurídicas de las cosas (art. 75, inc. 12 y 126). Y tal inobservancia es la que viene aquí reprochada, por cuanto al diferirse en la legislación local la definitiva extensión material de la playa marítima, se habilita al legislador provincial para delimitar el elemento constitutivo objetivo de dicha categoría dominial y, con ello, su propia definición conceptual; posibilidad esta que —hemos señalado— no es factible admitir por válida cuando se trata, como en este caso, de un bien de dominio público natural cuya consagración ha de operar ministerio legis con su calificación mediante la respectiva ley formal del Congreso nacional que le otorgue tal calidad.

Por ello, si las legislaturas locales procuran accionar aquella potestad que se les ha querido conceder en la parte final del art. 235, inc. b) del Cód. Civ. y Com., la normativa resultante encontraría un escollo competencial de base que neutralizaría —ante un planteo en tal sentido— sus buscados efectos, toda vez que todo intento en esa dirección habría de contrariar el principio de unidad legislativa que fluye del art. 75, inc. 12 de la CN.

Zanjada esa inicial cuestión, se destaca que la particular materia en tratamiento, a tenor de las actuales necesidades sociales y económicas oportunamente indicadas, como así también del bien material de que se trata, exige un desarrollo concertado y complementario de las autoridades legisferantes de la Nación y de las provincias, el que debe ser ejecutado en cada caso en el ámbito propio de sus competencias constitucionales. Con ese norte, observamos que el dictado de normas sectoriales en ambas esferas de gobierno aportaría claridad en el régimen de derecho público que debe regir la disposición, uso y aprovechamiento del litoral marítimo.

En el contexto descrito, el legislador nacional debe determinar normativamente —sin amages— aquellas porciones de la franja costera que han de revestir la condición jurídica de bien de dominio público (art. 75 inc. 12, CN), como así también aquellos presupuestos mínimos de protección ambiental que, destinados a fijar las condiciones necesarias para asegurar la tutela ambiental del litoral marítimo, establezcan reglas uniformes para todo el territorio nacional, procurando garantizar su preservación y el desarrollo sustentable (art. 41, CN). Vale aquí acentuar la conveniencia de que —independientemente de las disímiles competencias actuadas en esa labor— ambos ámbitos de regulación sean consolidados en un mismo cuerpo normativo, vislumbrándose como un parangón apreciable a tal fin la ya nombrada ley 26.639 —“Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial”—, en tanto persigue un objetivo semejante respecto de otros bienes integrantes —también— del dominio público natural.

Idéntico criterio de normativización sectorial a consolidar en un único cuerpo cabe predicar en la esfera provincial, la que debe resultar concordante con las previsiones emitidas por el Congreso nacional en el marco de legislación precedentemente indicado.

En concreto, tal como ha venido sucediendo hasta ahora, es la autoridad provincial quien —en ejercicio del poder de policía y de la actividad policial de la administración— define las modalidades y condiciones de uso y aprovechamiento del espacio litoral, sea en lo concer-

niente al segmento de carácter público, sea en lo relativo al ejercicio de la propiedad privada en la porción de dicho territorio que resulte de titularidad particular en su armonización con el interés público (art. 41 y 121, CN). El apuntado despliegue no traduce sino la práctica de aquellos poderes reservados y no delegados por las provincias al constituir la unión nacional (art. 122, CN), sin perjuicio de que dicho ejercicio vinculado a las playas marítimas debe desarrollarse sin comprometer la realización de aquellos cometidos relativos a la navegación interjurisdiccional e internacional y a la defensa nacional que le han sido atribuidos a la Nación por la Constitución nacional (art. 75, incs. 13 y 16), los que traducen un interés de índole federal que —de verse contrariado de modo irresoluto por una norma o accionar local— ha de ostentar primacía en su consideración.

Efectuada tal prevención, ponemos de manifiesto que la sugerida consolidación sectorial a nivel provincial, en contraposición a la dispersa regulación que el litoral marítimo ha merecido en el ámbito bonaerense (como se ha cotejado en materia de administración y explotación de playas, ordenación territorial y uso de suelo, tutela ambiental, entre otros aspectos), no implica desconocer aquellas otras disposiciones que necesariamente deben ser emitidas por los municipios, en atención a las particularidades de cada uno de ellos; mas dichas ordenaciones deben contar —estimamos— con un régimen sectorial de base que propicie una gestión integrada de toda el área costera.

Las referenciadas pautas de actuación no son desconocidas por las autoridades nacionales ni provinciales que intervienen en la materia, las que —con diversos grados de alcances— transitan un derrotero en ese sentido. Más precisamente, en el marco del Consejo Federal de Medio Ambiente —COFEMA—, se viene desplegando una laudable labor enderezada al desa-

rollo y consolidación de una estrategia federal de Manejo Costero Integrado (147). El mentado ámbito constituye un ejemplo de articulación pública que, poniendo en práctica el esquema de concertación federal que la Constitución nacional requiere para lograr una política ambiental de integración (art. 41, CN), da cuenta del marco de organización y complementación institucional que demanda el tratamiento del litoral marítimo y que debe guiar la implementación de las decisiones pertinentes en la materia por parte de las autoridades de los gobiernos federal y provinciales.

Con todo, juzgamos que es en este contexto de diálogo y concertación institucional en el que corresponde que las necesidades locales atinentes a las costas marítimas sean ponderadas y sopesadas, evaluándose —de ese modo— aquellas particularidades que puedan justificar —o no— una modificación del contenido de la legislación cuyo dictado constituye una atribución exclusiva del Congreso nacional (en este caso particular: la condición dominial de las playas marítimas), la que mal puede resultar diferida a las legislaturas provinciales.

Las razones expuestas, entonces, nos persuaden de la inconveniencia de la delegación contenida en el art. 235, inc. b) del Cód. Civ. y Com. y nos incitan a desaconsejar que las provincias actúen la susodicha potestad legisferante que —improcedentemente— se les ha pretendido atribuir, máxime cuando esa potencial práctica trasuntaría —en un alto grado probabilidad— un cambio del derecho objetivo con relación a un extenso conjunto de bienes de propiedad particular, empero sin el debido apuntalamiento competencial.

(147) V. res. COFEMA 326/2016.

Contratación pública y políticas de género: el caso de la ley 27.636

Álvaro Bautista Flores

Sumario: I. Proemio.— II. La contratación pública como técnica de fomento. La contratación social.— III. Aspectos constitucionales involucrados.— IV. Derecho comparado.— V. Las experiencias análogas en Argentina.— VI. El impacto de la ley 27.636 y su reglamentación en los contratos públicos.

I. Proemio

Las políticas o perspectivas de género se erigen como un fenómeno de interesantes aristas que ha llegado para asentarse, y que, por ende, implica una reformulación del ordenamiento jurídico y sus principios, bajo el irrestricto respeto del principio de proporcionalidad y razonabilidad.

La “perspectiva de género” (1) implica la admisión de la existencia de estereotipos que acrecientan desigualdades, las cuales deben ser erradicadas. Lejos de cualquier ideología, constituyen una pauta legal que permite analizar el impacto del género en las relaciones, prácticas y legislación, orientada a la igualdad (2).

Más allá de los propósitos de este tipo de políticas, las cuales se enderezan a remover obstáculos culturales, económicos y sociales a fin de promover la igualdad real de oportunidades, unos de los grandes desafíos que se presentan aparece al momento de diseñar las herramientas jurídicas que contemplan este tipo de situaciones. En este escenario, la contratación pública ha surgido como una alternativa válida para abarcar esta temática, principalmente, a través

(1) Ampliar en IVANEGA, Miriam "El principio de igualdad. Cuestiones de género", Revista Derecho & Sociedad 1, 93-108. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/22408> (último ingreso: enero de 2022).

(2) YUBA, Gabriela, "Perspectiva de género: alcances e implicancias en materia de derechos humanos", El Dial (cita online: DC23BB).

de la denominada compra o contratación social (3).

A partir de estas reflexiones, intentaremos en estas breves líneas abordar el impacto que han tenido las políticas de género en la contratación pública, principalmente, con la aparición de la ley 27.636 y su normativa complementaria, en la cual se propugna la efectiva inclusión laboral de las personas travestis, transexuales y transgénero.

II. La contratación pública como técnica de fomento. La contratación social

La comprensión del vínculo que puede generarse entre las políticas de género y la contratación pública puede comenzar a explicarse a partir de las vinculaciones de esta última con otro de los ejes principales del derecho administrativo, como lo representa el fomento.

Al respecto, vale recordar que nos recuerda que el concepto de la actividad administrativa de fomento quedó definido como aquella acción encaminada a proteger y promover las actividades, establecimientos o riquezas debidas a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general sin usar la

(3) Sobre esta temática, ver FLORES, Álvaro B., "La inserción de la contratación social en Argentina", en GIMENO FELIU, José María (dir.) - GUERRERO MANSO, María del Carmen (coord.), Observatorio de los Contratos Públicos 2020, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, año 2021, pp. 285 a 300.

coacción ni crear servicios públicos (4). La figura del fomento (5) engloba a cualquier tipo de acción pública articulada por conducto de los medios o instrumentos creados por la normativa vigente (llamadas "técnicas de fomento", tales como estímulos, promociones, protecciones, concesión de beneficios, exenciones, reintegro, etc.) cuya finalidad inmediata apunta a beneficiar, proteger y/o tutelar a un sector determinado de la población o del propio Estado, en aras de propender a la eficiencia, la productividad y el desarrollo de ciertas actividades, redundando el cumplimiento de los objetivos propuestos en la satisfacción de las exigencias impuestas por el bien común.

La configuración o el diseño del poder de compra estatal puede representar un típico supuesto de actividad administrativa de fomento. En este sentido, asumiendo su condición de política pública, las contrataciones que celebra el Estado pueden apuntar a tutelar ciertos intereses o segmentos de la sociedad. La historia nos indica que el "Acta de Navegación" de 1651 en Inglaterra, con la cual se otorgó preferencia a los buques de bandera, se erigió como uno de los primeros antecedentes de "reserva de mercado". Estas prácticas proteccionistas fueron muy difundidas en el Siglo XX, e inclusive, en países como Argentina, persisten regímenes de este tipo (6).

La lucha para la efectiva realización de los derechos consagrados en los diversos ordenamientos jurídicos, tributaria del denominado "neoconstitucionalismo", ha abierto paso a nuevas manifestaciones de la figura del fomento, en este caso, con impacto en la contratación pública. Por tal motivo, conforme ya se anticipase, la preocupación del diseño de los contratos públicos se centró en incorporar incentivos concretos para promover el cuidado del medio ambiente,

(4) JORDANA DE POZAS, Luis, "Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo", Revista de Estudios Políticos, nro. 48, año 1949, p. 41 y ss.

(5) FLORES, Álvaro B., "Aproximaciones acerca de la Actividad de Fomento", Revista Argentina de Derecho Público, Ed. IJ Editores, nro. 4, marzo de 2019 (Cita online: IJ-DVC-34).

(6) Cfr. dec.-ley 18.875/1970, Ley de "Contrate Nacional"; ley 27.437, Ley de "Compre Nacional y Desarrollo de Proveedores".

la inserción en el mercado laboral de las personas con discapacidad, y finalmente, la inclusión de cláusulas o criterios "sociales", entre las cuales se encuentra las realizadas con perspectiva de género, con miras a mitigar problemáticas puntuales que aparecen en cada país. Estos ejes son los que integran las llamadas "compras sustentables" (7).

Al aparecer las contrataciones impulsadas por cuestiones de género como una modalidad o variante de las contrataciones sociales, corresponde precisar sucintamente cuáles habrán de ser sus alcances. Conteste a ello, esta clase de contrataciones se caracterizan por la inclusión expresa en su plexo normativo de "cláusulas sociales". estas últimas apuntan a incorporar aspectos de política social como requisito previo (criterio de admisión) y/o como elemento de valoración (puntuación) en un contrato público.

Así las cosas, teniendo en consideración las particularidades de cada Estado, los criterios sociales pueden manifestarse de las siguientes maneras: a) como preferencias por grupos sectoriales de menor desarrollo (por ejemplo: compras preferentes con el sector de la Mediana y Pequeña Empresa; b) a fin de dinamizar la inversión pública para mejorar las condiciones de un territorio y población determinada (por ejemplo: planes de compras a nivel municipal, microrregional o regional); c) para establece un tratamiento especial orientado a contratar a grupos de interés social vulnerables o bajo condiciones de protección social, mediante programa de "proveedores sociales" o planes de compras inclusivas, como nuevos instrumentos, complementarios a las políticas de protección social y generación de empleo temporal.

III. Aspectos constitucionales involucrados

El abordaje de género, cuanto menos de forma media o indirecta, cuenta con un importante respaldo constitucional y convencional. Al respecto, en tratados y pactos de derechos humanos se consagró que el sexo de las personas no debe de usarse como criterio para desigualar

(7) Ampliar en ARRÚA, Rocío, "El criterio de sustentabilidad en las compras públicas. La incorporación de la perspectiva de género", Revista de Contrataciones Públicas, IJ Editores, nro. 3, junio 2020 (Cita: IJ-CMXVIII-528).

en materia de reconocimiento de derechos humanos **(8)**. En esta línea, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948); la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (1979), los cuales tienen jerarquía constitucional, hacen referencia a tal aspecto. Posteriormente, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer —Convención de Belém do Pará— (1994, ratificada por la ley 24.632), se inscribe en un criterio análogo.

Amén de las referencias realizadas, el principal basamento de las políticas a dictarse en la materia se encuentra constituido por el art. 75, inc. 23, cuyos alcances seguidamente trataremos. Esta disposición pone en cabeza del Congreso de la Nación “[...]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. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral 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”.

Como fuera antes esbozado, la contratación pública aparece como una de las posibles “medidas de acción positiva” a las que alude el texto constitucional, ya sea a través del diseño del poder de compra o mediante la inclusión de cláusulas sociales. Este tipo de acciones se erigen como regulaciones o políticas estatales que tienen como finalidad brindar un trato preferencial a una persona por ser ella parte de un grupo de individuos que ha resultado —y sigue siendo— víctima de un trato excluyente, sistemático e histórico. Su cometido apunta a amparar o tutelar grupos que merecen un trato preferencial con miras a dismantelar la situación de ex-

clusión y solo cuando esa categoría es utilizada para perpetuar la situación de exclusión.

Las acciones positivas requieren, entonces, de la identificación de tres situaciones que deben darse para que ellas estén justificadas:

a) que se acepte la existencia de un grupo como entidad individualizable (extranjeros, personas que han estado privadas de su libertad, pobres estructurales, colectivos de géneros, etc.);

b) que existen y son identificables algunos ámbitos relevantes para el desarrollo autónomo de las personas que forman parte de ese grupo o para el ejercicio de sus derechos (como los ámbitos de la política, el mercado laboral, las universidades, etc.);

c) que ese grupo resulte o haya resultado excluido de alguno o algunos de esos ámbitos por un tiempo considerable de modo que su situación de sometimiento se perpetúe, cristalice y naturalice.

En la actualidad, no existe una regulación específica que aborde la contratación social en Argentina **(9)**, lo cual implica que, más allá de su perfectibilidad, la irrupción de la ley 27.636 aparece como un síntoma saludable para la evolución de la temática en el país.

(9) A nivel nacional, ni el dec. delegado 1023/2001 (Régimen de Contrataciones del Estado), ni la ley 13.064 (Contrato de Obra Pública), entre otros, no hacen alusión alguna respecto de la posibilidad de incorporar criterios sociales en las contrataciones públicas. Si bien el ordenamiento jurídico vigente en materia de contrataciones no veda o excluye la posibilidad de incluir criterios de este tipo, su inserción se encuentra supeditada hoy en día a la buena voluntad de las jurisdicciones y entidades contratantes. En este entendimiento, la prever como criterio de adjudicación a la “oferta más conveniente” (conf. art. 15 del dec. delegado 1023/2001), se deja traslucir la idea de que no será solamente el precio lo que determinará la propuesta a elegir. Únicamente se pone en cabeza del órgano rector de contrataciones (ref. Oficina Nacional de Contrataciones) la proposición de políticas que promuevan el cumplimiento de los principios generales, estableciéndose que gozará de amplias facultades —en las contrataciones de bienes y servicios— para desarrollar mecanismos que promuevan la adecuada y efectiva instrumentación de criterios de sustentabilidad ambientales, éticos, sociales y económicos en las contrataciones públicas (Conf. art. 115 inc. b), punto 1) del Anexo del dec. reglamentario 1030/2016).

(8) IVANEGA, Miriam (dir.), “Igualdad y Género”, Ed. LA LEY, 2019, p. XXV-XXXV.

La ausencia de una regulación específica sobre la materia, la cual no recae exclusivamente en el Órgano Rector, ha generado que en la práctica —si uno examina los diversos Pliegos confeccionados por las jurisdicciones estatales— la inclusión de cláusulas de contenido social resulte prácticamente inexistente.

De alguna manera, la situación descripta —más allá de explicarse por la no imperatividad de las cláusulas sociales— también puede revelarse a partir de las dudas o temores que se pueden generar en los operadores del sistema (10), en caso de que deseen incorporar soluciones de contenido social. Esto es así, debido a que, se estaría ingresando en el terreno de las “categorías sospechosas” (11) —las cuales implicar reformular los contornos de la igualdad— sin que exista norma alguna. Cabe recordar que aquellas han nacido en la jurisprudencia de los Estados Unidos de América, y que una de sus primeras manifestaciones —desde el punto de vista operativo si se quiere— fue a través del establecimiento en la legislación de ciertos Estados de un cupo obligatorio de empleo (extendido a las contrataciones estatales) de personas de origen afroamericano.

IV. Derecho comparado

IV.1. Unión Europea

Hasta la aprobación de las directivas 2004/17/CE (12) y 2004/18/CE, las directivas sobre contratos públicos no contemplaban expresamen-

(10) puede registrarse algún tipo de temor por parte de las autoridades con competencia para contratar al momento de insertar las cláusulas sociales (Ej.: establecer que un porcentaje “x” de la plantilla de personal que preste un servicio a licitar haya estado desempleado por una determinada cantidad de tiempo, o prever que exista un porcentaje para personas que han estado privadas de su libertad), ya que podrían traslucir un favoritismo o direccionamiento, lo cual se encuentra reprimido por el ordenamiento. Sin embargo, somos de la idea de que dichas cláusulas podrían incluirse, siempre y cuando se vinculen con el objeto de la contratación y respondan al estándar del principio de razonabilidad (conf. art. 28 de la CN), atento a que el ordenamiento no lo prohíbe, y el criterio para adjudicar es lo suficientemente amplio en la normativa argentina.

(11) Ampliar en SÁNCHEZ CAPARROS, Mariana, “Categorías Sospechosas”, Ed. Astrea, año 2020.

(12) Conf. arts. 46 y 53.

te la posibilidad de que se persigan objetivos de política social con motivo del procedimiento de adjudicación de un contrato pública. Sin embargo, tanto la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre “la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos” (13) como la Comunicación de la Comisión “Los contratos públicos en la Unión Europea”, adoptada por la Comisión el 11 de marzo de 1998 (14), pretendieron clarificar el abanico de posibilidades que ofrecía el marco jurídico comunitario anteriormente vigente para integrar aspectos sociales en los contratos públicos.

La jurisprudencia del Superior Tribunal Europeo (15) también había sido proclive a admitir la inclusión de parámetros sociales en las contrataciones celebradas por los Estados Miembros.

Sin embargo, ha sido la directiva 2014/24/UE la cual proporcionó un importante salto cualitativo en la materia, al contemplar como uno de sus grandes objetivos, permitir que los compradores utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes como la protección del medio ambiente, una mayor eficiencia energética y en el uso de los recursos, la lucha contra el cambio climático, la promoción de la innovación, el empleo y la integración social y la prestación de servicios sociales de alta calidad en las mejores condiciones posibles.

Esta impronta se advierte con nitidez en los considerandos 36 y 99 de la directiva (16), y en

(13) COM (2001) 566 final.

(14) COM, 143.

(15) “Beentjes”, sentencia de 21/09/1988 (asunto 31/87); “Evans Medical y Macfarlan”, sentencia de 28 de marzo de 1995 (asunto C-324/93); “Comisión/Francia”, sentencia de 26 de septiembre de 2000 (asunto C-225/98).

(16) Considerando 36: “El empleo y la ocupación contribuyen a la integración en la sociedad y son elementos clave para garantizar la igualdad de oportunidades en beneficio de todos. En este contexto, los talleres protegidos pueden desempeñar un importante papel. Lo mismo puede decirse de otras empresas sociales cuyo objetivo principal es apoyar la integración social y profesional o la reintegración de personas discapacitadas o desfavorecidas, como los desempleados, los miembros de comunidades desfavorecidas u otros grupos que de algún modo

forma expresa, en el art. 20 al regular los llamados “contratos reservados”. Allí se dispone lo siguiente: “Art. 20 - Contratos Reservados. 1. Los Estados miembros podrán reservar el derecho a participar en los procedimientos de contratación a talleres protegidos y operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas o prever la ejecución de los contratos en el contexto de programas de empleo protegido, a condición de que al menos el 30 % de los empleados de los talleres, los operadores económicos o los programas sean trabajadores discapacitados o desfavorecidos. 2. La convocatoria de licitación deberá hacer referencia al presente artículo”. Asimismo, en el art. 67, inc. 1 —referido a los criterios de adjudicación— también se vierten los aspectos sociales de la contratación.

Desde luego, la alusión a “personas desfavorecidas” ha dado brindado la posibilidad de incluir —entre las cláusulas sociales— a las políticas de género.

IV.2. España

El Reino de España cuenta con una experiencia importante en materia de contratación so-

están socialmente marginados. Sin embargo, en condiciones normales de competencia, estos talleres o empresas pueden tener dificultades para obtener contratos. Conviene, por tanto, disponer que los Estados miembros puedan reservar a este tipo de talleres o empresas el derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos o de determinados lotes de los mismos o a reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido”. Considerando 99: “Las medidas destinadas a proteger la salud del personal que participa en el proceso de producción, a favorecer la integración social de las personas desfavorecidas o de los miembros de grupos vulnerables entre las personas encargadas de ejecutar el contrato o a ofrecer formación para adquirir las competencias necesarias para el contrato de que se trate podrán también estar sujetas a criterios de adjudicación o a condiciones de adjudicación de un contrato siempre que se refieran a las obras, suministros o servicios que hayan de facilitarse con arreglo al contrato en cuestión. Por ejemplo, dichos criterios o condiciones podrán referirse, entre otras cosas, al empleo para los desempleados de larga duración o a la aplicación de medidas en materia de formación para los desempleados o los jóvenes durante la ejecución del contrato que vaya a adjudicarse. En las especificaciones técnicas los poderes adjudicadores pueden establecer aquellos requisitos sociales que caractericen el producto o el servicio de que se trate, como la accesibilidad para las personas con discapacidad o el diseño para todos los usuarios”.

cial (17). En este entendimiento, ya el art. 150 de la legislación de contrataciones derogada recogía expresamente los criterios sociales en los contratos públicos.

La Ley de Contratos del Sector Público del año 2017 (ley 9/2017, LCSP) implicó un avance significativo en la temática. En tal sentido, los criterios sociales de la contratación pública se consagran expresamente entre los principios rectores de la ley (cfr. art. 1º, inc. 3) (18). El núcleo de la regulación se halla en el art. 145 (Requisitos y clases de criterios de adjudicación del contrato), el cual —por su relevancia— a continuación, transcribimos en su parte pertinente:

“(…) 2. La mejor relación calidad-precio se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos (...) Los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato en la forma establecida en el apart. 6 de este artículo, que podrán ser, entre otros, los siguientes: 1.º (...) Las características sociales del contrato se referirán, entre otras, a las siguientes finalidades: al fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción; los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecu-

(17) Ampliar en GIMENO FELIÚ, J. M., “Los procedimientos y criterios de adjudicación y la posibilidad de valorar aspectos sociales y medioambientales”, en A.A.VV., GIMENO FELIÚ (coord.), *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Barcelona, 2004, p. 91.

(18) Art. 1. Objeto y finalidad: (...) 3. En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social.

ción del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres; el fomento de la contratación femenina; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las condiciones laborales y salariales; la estabilidad en el empleo; la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato; la formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo; la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual; o los criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato”.

La importancia de esta previsión radica en que a través de ella se incluye la obligación de los órganos de contratación de velar por que el diseño de los criterios de adjudicación permita obtener obras, suministros y servicios de gran calidad, concretamente mediante la inclusión de aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores vinculados al objeto del contrato.

Las disposiciones antes mencionadas se complementan con los arts. 125, 127, 147, 199, 200, y en la Disposición Adicional Cuarta, en la cual se definen los “Contratos Reservados” en la normativa española.

Debe señalarse que los criterios sociales de la contratación van a estar relacionados exclusivamente con el objeto de la contratación (conf. art. 145, inc. 6), lo cual implica que los cometidos sociales solamente podrán ser insertados siempre y cuando las prestaciones involucradas así lo permitan **(19)**. Caso contrario, se estaría atentando con el principio de eficiencia y

(19) Como ejemplos de definición del objeto del contrato, para la aplicación de cláusulas sociales en el mismo, pueden citarse los siguientes: a) Contrato de servicio de limpieza con fomento del empleo y apoyo de los procesos de inserción sociolaboral o de exclusión social; b) Contrato del servicio de mensajería con fomento y promoción de colectivos con dificultades para el acceso al mundo laboral o que se encuentren en riesgo de exclusión; c) Contrato de servicio de mantenimiento y conservación de las zonas verdes de los colegios públicos a prestar mediante el fomento de la incorporación sociolaboral de personas en situación de exclusión social.

eficacia de la contratación pública **(20)**. Esta es una reflexión sumamente trascendente, atento a que, desde la perspectiva de esta normativa, los pliegos y hasta inclusive la normativa vigente, no podría establecer como condición para cotizar que el oferente incluya de manera permanente en su plantilla a —por ejemplo— personas pertenecientes a diversos colectivos de género.

También ha sido destacada la contribución de los Tribunales Administrativos de Contratación Pública al momento de perfilar los contornos de la contratación social, cuyas consideraciones pueden extrapolarse al tema que nos atañe. Así las cosas, el Tribunal Central **(21)** ha considerado que la “cláusula social” es “...toda disposición incluida en un contrato en virtud de la cual la parte prestadora del servicio asume, como condición de acceso, de valoración para la adjudicación o de ejecución, el compromiso de cumplir con determinados objetivos de política socio laboral (...)”.

IV.3. Latinoamérica **(22)**

En estas latitudes, siguiendo los lineamientos que provienen del derecho europeo y de las recomendaciones de la Organización Mundial de Comercio, la contratación social apunta a paliar el déficit estructural que se advierte en la generación de empleo. A su vez, cada Estado transita situaciones particulares (pueblos originarios, terrorismo interno, desempleo e inseguridad, entre otros), lo cual conduce a que los criterios sociales se manifiesten de manera muy diversa.

(20) Ampliar en FLORES, Álvaro B., "Breves reflexiones en torno al principio de eficiencia de la contratación pública", Suplemento de Derecho Administrativo de la Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, febrero de 2020. Sup. Adm. 2020 (febrero). AR/DOC/208/2020.

(21) Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, de 22 de noviembre de 2017.

(22) Con relación a este tema, ampliar en el sitio web de la Organización Internacional del Trabajo, "Innovaciones en compras públicas sustentables: Inclusión de criterio de empleabilidad en las compras públicas" (https://www.ilo.org/employment/Whatwedo/Publications/research-briefs/WCMS_566105/lang-es/index.htm). Última consulta: 31 de enero de 2020).

Podemos encontrar a las llamadas “compras inclusivas”, las cuales tienen como objetivo principal incorporar como proveedores del Estado, a distintos grupos de interés, todos ellos vulnerables y de especial importancia para los objetivos de las políticas de protección social e inserción en el mercado laboral y en el sistema productivo. En este grupo, se hallan los ordenamientos de Colombia (23), Ecuador (24) y El Salvador (25).

Por otra parte, algunos países han optado por prever una suerte de “reserva de mercado”, en la cual se destina un porcentaje del poder de compra a organizaciones sociales. Esta modalidad, por ejemplo, se registra en el Estado Plurinacional de Bolivia (26).

(23) Modificación de ley 1150/2007 y ley 1450/2011, art. 12. "Promoción del desarrollo en la Contratación Pública. (...) De igual forma, en los pliegos de condiciones las entidades estatales, dispondrán, de mecanismos que fomenten en la ejecución de los contratos estatales la provisión de bienes y servicios por población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración y, sujetos de especial protección constitucional en las condiciones que señale el reglamento; siempre que se garanticen las condiciones de calidad y cumplimiento del objeto contractual". Asimismo, ver BOTERO, Juan David Duque, "La inclusión de cláusulas sociales en la contratación pública en el marco del postconflicto colombiano", Revista de Direito Brasileira, São Paulo, SP, v. 17, n. 7, pp. 63-75, mayo/agosto 2017.

(24) La ley orgánica del sistema nacional de contratación pública (2008), en su art. 6 (Definiciones), prevé lo siguiente: "Compra de Inclusión: Estudio realizado por la Entidad Contratante en la fase pre contractual que tiene por finalidad propiciar la participación local de artesanos, de la micro y pequeñas empresas en los procedimientos regidos por esta Ley, acorde con la normativa y metodología definida por el Instituto Nacional de Contratación Pública en coordinación con los ministerios que ejerzan competencia en el área social. Las conclusiones de la Compra de Inclusión se deberán reflejar en los Pliegos".

(25) Ej.: Instructivo UNAC No. 02-2015 sobre "Normas para la incorporación de criterios sostenibles de responsabilidad social para la prevención y erradicación del trabajo infantil en las compras públicas".

(26) En Bolivia Las Organizaciones Económicas Campesinas (OECAS) pueden participar en los procesos de compras estatales en calidad de proveedores y gozan de los mismos beneficios de márgenes de preferencia que las MYPE. No tienen ninguna restricción respecto a la modalidad de organización legal para participar en los procesos de obras públicas como proveedores de pequeñas obras productivas y sociales.

V. Las experiencias análogas en Argentina

Sin perjuicio de que la contratación social carece de categorización y recepción expresa en Argentina, es posible hallar algunas experiencias, las cuales tienen un estrecho ligamen con el régimen incorporado a través de la ley 27.636.

Con antelación a que la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (conf. ley 27.044) adquiera raigambre constitucional, en la Argentina se establecieron —al menos normativamente— medidas tendientes a promover la inserción del colectivo en cuestión a través de contrataciones estatales. Así las cosas, la ley 22.431 (y sus respectivas modificaciones) incluyó el cupo obligatorio de personas con discapacidad (4 % de la dotación de personal), el cual se extendió por conducto del dec. 312/2010 a la “tercerización de servicios” realizada por conducto de una contratación pública (27).

Más allá de la imprecisión terminológica (aún persiste la duda sobre si alcanza a los contratos de obra y obra pública), se advierte una clara intención de regular este aspecto, el cual generalmente es cumplido con la presentación de una declaración jurada. Desde luego, los problemas se trasladan a la ejecución del contrato, donde los controles —lamentablemente— suelen ser excesivamente laxos.

Asimismo, la ley 22.431 expresamente dispone que el Estado nacional priorizará, a igual costo y en la forma que establezca la reglamentación (28), las compras de insumos y provi-

(27) Conf. art. 7°: "En aquellas situaciones en que hubiere tercerización de servicios, cualquiera fuere la modalidad de contratación empleada, se encuentre o no comprendida ésta en el Régimen del dec. 1023/2001 y su normativa complementaria y modificatoria, deberá incluirse en los respectivos Pliegos de Bases y Condiciones Particulares, que el proponente deberá contemplar en su oferta la obligación de ocupar, en la prestación de que se trate, a personas con discapacidad, en una proporción no inferior al cuatro por ciento (4%) de la totalidad del personal afectado a la misma".

(28) El art. 8 del dec. 312/2010 establece lo siguiente: "Con relación a la priorización dispuesta en el art. 8° bis de la ley 22.431, incorporado por la ley 25.689, si se produjera un empate de ofertas, deberá considerarse en primer término aquella empresa que tenga contratadas a personas con discapacidad, situación que deberá ser fe-

siones de aquellas empresas que contraten a personas con discapacidad, situación que deberá ser fehacientemente acreditada.

Otra experiencia que puede señalarse, aunque con matices diferenciales al esquema anteriormente descrito, es la modalidad de contratación directa con “Efectores de Desarrollo Local y Economía Social” (29), aunque su incidencia sea relativamente escasa.

VI. El impacto de la ley 27.636 y su reglamentación en los contratos públicos

En julio de 2021 fue publicada la ley 27.636 (Ley de promoción del acceso al empleo formal para personas travestis, transexuales y transgénero “Diana Sacayán - Lohana Berkíns”), la cual tiene como cometido establecer medidas de acción positiva orientadas a lograr la efectiva inclusión laboral de las personas travestis, transexuales y transgénero, con el fin de promover la igualdad real de oportunidades en todo el territorio de la República Argentina.

A los efectos de la ley (y por ende de su normativa complementaria), se entiende por personas travestis, transexuales y transgénero a todas aquellas que se autoperceben con una identidad de género que no se corresponde con el sexo asignado al nacer (conf. art. 3°). En sintonía con este punto, la norma señala que se encuentran alcanzadas por la presente ley las personas travestis, transexuales y transgénero habilitadas a trabajar en los términos que establece la legislación laboral, que manifiesten que su Identidad de Género se encuentra alcanzada por la definición del art. 3° de la presente ley, hayan o no accedido al cambio registral previsto en el art. 3° de la ley 26.743, de identidad de género.

En lo que aquí interesa, entre las medidas de acción positiva contempladas en el régimen, el art. 10 consagra: “Prioridad en las contratacio-

hacientemente acreditada. En el caso en que la totalidad de las empresas igualadas hubiera personal con discapacidad, se priorizará, a igual costo, las compras de insumos y provisiones de aquellas empresas que contraten o tengan en su planta de personal el mayor porcentaje de personas discapacitadas empleadas”.

(29) Conf. art. 25 inc. d), punto 10 del dec. delegado 1023/2001.

nes del Estado. El Estado nacional debe priorizar, a igual costo y en la forma que establezca la reglamentación, las compras de insumos y provisiones a personas jurídicas o humanas del ámbito privado que incluyan en su planta laboral a personas travestis, transexuales y transgénero”.

La reglamentación (ref. dec. 659/2021) estipula que, si se produjera un empate de ofertas, deberá priorizarse en primer término, a aquella empresa que posea en su planta laboral a personas travestis, transexuales y transgénero. En el caso de que varias de las empresas igualadas incluyan en su plantel a personas con dichas identidades, deberá priorizarse al oferente que posea el mayor porcentaje de personas travestis, transexuales y transgénero en sus puestos de trabajo.

A fin de hacer valer la preferencia, los oferentes deberán acreditar fehacientemente la relación laboral con el aludido personal y, en su caso, la cantidad mediante la presentación de la documentación que acredite el vínculo laboral.

Dentro del escueto diseño ensayado por la normativa vigente, intentaremos sistematizar cuales habrán de ser los alcances que posee este novedoso esquema de preferencias, el cual se añade —con las complicaciones que puede llegar a suponer— a otras especies que se encuentran vigentes (conf. ley 25.300, ley 27.437, ley 22.431). Cuando aludimos a complicaciones, estamos haciendo referencia a la necesidad de establecer —si es que pudiera corresponder— si alguno de los regímenes tiene primacía respecto de los otros.

El ámbito subjetivo del nuevo régimen normativo abarca, al aludir al término lato de “Estado nacional”, a las jurisdicciones y entidades comprendidas en los incs. a) y b) de la ley 24.156. Por añadidura, las prioridades establecidas también regirán para las empresas públicas en las cuales el Estado tenga una participación mayoritaria (30), sea cual fuere tu denominación o tipo. Con relación a ello, la reglamentación acla-

(30) Con relación a su régimen jurídico contractual, ver FLORES, Álvaro B., “El régimen de contrataciones en las formas empresariales del Estado”, Revista de Contrataciones Públicas, nro. 1, Ed. IJ Editores, julio 2019. IJ-DCCLII-86.

ra que para los procedimientos de selección de oferentes que lleven a cabo las Jurisdicciones y Entidades comprendidas en el inc. a) del art. 8º de la ley 24.156 y sus modificaciones, la Oficina Nacional de Contrataciones de la Jefatura de Gabinete de Ministros será el organismo competente para dictar las normas complementarias y/o aclaratorias que sean necesarias.

Respecto al ámbito objetivo de aplicación o, mejor dicho, a los tipos contractuales que quedan bajo la órbita del régimen de preferencia, la normativa adolece de una cierta obscuridad terminológica. Como se transcribió *ut supra*, el art. 10 de la ley 27.636 alude a las “compras de insumos y provisiones”, las cuales podrían emparentarse con la adquisición de bienes o el contrato de suministro de derecho público (31). En este entendimiento, la prioridad no resultará aplicable a contratos de tracto sucesivo, tales como el contrato de servicios, de consultoría, de obra y/o de obra pública.

En cuanto al modo en el cual se configura la preferencia o prioridad, se advierte una profusa diferencia entre el régimen recientemente incorporado en nuestro país con relación al previsto en España. Si bien no opera como una causal de inelegibilidad o inhabilidad, el modelo argentino supedita el otorgamiento de la prioridad a que la “empresa” (omnicomprensiva de personas humanas y jurídicas) tenga de manera permanente en su dotación a per-

sonas que ingresen en el ámbito de tutela de la ley 27.636. Por tal motivo, un oferente no podrá hacer valer un compromiso de contratación o de incorporación de travestis, transexuales y transgénero en su plantilla, a los efectos de hacer valer, a todo evento, la prioridad. Entendemos que esta característica guarda relación con la limitación que ha realizado respecto del ámbito objetivo de aplicación, debido a que, parecería pregonarse que la organización empresarial sea la que —cuanto menos de manera no temporaria— realice la incorporación de las personas beneficiadas por la normativa. Siguiendo este razonamiento, por ejemplo, en contratos de obras o servicios la utilización del personal sería —*a priori*— temporal, sin que se le pueda brindar una solución de continuidad.

Por otra parte, la prioridad solamente se confiere ante una igualdad en el “costo” (o precio), soslayando que, la adjudicación del procedimiento de selección puede no necesariamente resolverse por el menor precio, sino apelando a fórmulas polinómicas. Por ende, habría que preguntarse (y cuanto menos aclarar) si la prioridad sería extensiva a los supuestos en los que medie una igualdad en los puntajes que se obtengan en el análisis de las ofertas.

Otro interrogante que se abre es al momento de la ejecución del contrato, atento a que, y más allá de que solamente estarían alcanzados contratos de cumplimiento instantáneo, no existiría una obligación de mantener el número de personas travestis, transexuales y transgénero que fuera denunciado (y acreditado) al momento de la adjudicación.

(31) Realizamos esta aclaración, atento a que, no existe una similitud total con el contrato de suministro regulado en el Cód. Civ. y Com. (conf. art. 1176 y ss.).

La figura del daño directo (art. 40 bis de la ley 24.240) como actividad jurisdiccional de la Administración

Luis E. Ponsati

Sumario: I. Introducción.— II. La actividad jurisdiccional de la Administración.— III. Régimen jurídico del daño directo.— IV. La cuestión constitucional.— V. Colofón.

I. Introducción

La teoría general de las funciones jurídicas del Estado concibe al poder político o poder del Estado como un concepto único e indivisible. No existe una “división de poderes” como tal, lo que se dividen son los órganos que ejercen el poder y, en consecuencia, las funciones que les son asignadas a cada uno de ellos (ejecutivas, legislativas y judiciales).

Cada función de poder tiene desde el punto de vista constitucional un objeto principal en el que se funda el equilibrio del sistema, aunque debemos advertir que para el cumplimiento de sus funciones la línea divisoria no resulta tan exacta ni estricta pues en la práctica precisan ejercitar funciones que pertenecen —en esencia— a otro órgano. No podría ser de otra manera en la medida que las exigencias de la sociedad moderna se multiplican rápidamente, requiriéndose así de un Estado lo suficientemente flexible para brindar respuestas a la altura de los tiempos que corren.

Si bien, en principio, la facultad de ejercer funciones jurisdiccionales por parte de la Administración pública se encuentra restringida —tanto en nuestro país como en otros de Iberoamérica con los que compartimos la misma

raíz histórica (1)— por la consagración del denominado sistema judicialista de resolución de conflictos (arts. 18, 109, 116 y 117 de la Constitución de la Nación Argentina), a esta altura de la discusión ya no quedan dudas que, excepcionalmente, pueden instituirse entes o tribunales administrativos que lleven a cabo funciones jurisdiccionales en sentido material, supeditando la constitucionalidad de dicha actividad al cumplimiento de ciertas condiciones.

Justamente dichos requisitos serán desarrollados en detalle en la primera parte de este trabajo, obligándonos no solo a exponer los valiosos aportes de la doctrina vernácula con relación a ellos sino también a analizar la zaga más relevante de precedentes jurisprudenciales dictados por nuestro Máximo Tribunal hasta culminar en el *leading case* en la materia: “Ángel Estrada” (Fallos 328:651).

Desde tal mirador es que seguidamente abordaremos el estudio de la figura del daño directo que fuera originalmente incorporada en el art. 40 bis de la Ley de Defensa del Consumidor por la ley 26.631, para finalmente alcanzar el texto actualmente vigente con la redacción que impuso la ley 26.994.

(1) Ampliar la cuestión de las fuentes constitucionales en CASSAGNE, Juan Carlos, “Las fuentes constitucionales y el Derecho Administrativo”, publicado en SJA el 25/03/2009, LL 0003/014331.

Abocados a dicha tarea indagaremos sobre la naturaleza jurídica del instituto; los presupuestos para que se configure el daño directo; las condiciones legales que —de acuerdo con el texto vigente— debe reunir el órgano administrativo facultado para determinar y condenar al pago del daño directo; entre otras cuestiones atinentes a la figura bajo análisis.

En virtud del marco teórico antes apuntado, no quedarán dudas que a través del instituto del daño directo el órgano administrativo competente resuelve —con el alcance acotado por la propia norma— una controversia entre el proveedor y el consumidor o usuario, que se encuentra regida por normas del derecho común. Allí es donde posaremos la mirada para determinar si finalmente dicho proceder supera el test de constitucionalidad, a luz de nuestra Carta Magna y de la doctrina sentada por la Corte Suprema de la Nación.

II. La actividad jurisdiccional de la Administración

II.1. *La separación de funciones del poder en la Constitución de la Nación Argentina: el sistema judicialista argentino*

El estudio de las facultades jurisdiccionales de la Administración requiere efectuar una breve incursión en la teoría general de las funciones jurídicas del Estado y, en línea con ello, el esquema previsto en nuestra Constitución histórica de 1853-60 (2).

La denominada teoría de la separación de poderes fue delineada por Montesquieu partiendo de la hipótesis natural de que todo individuo que tiene poder tiende a abusar de él. La idea central de su célebre tesis radica en brindar una garantía de libertad y protección de las personas frente al poder público, en otros términos: que el poder contenga al poder evitando su acumulación, lo que se lograría distribuyéndolo en un sistema de “frenos y contrapesos”.

(2) Así lo sugiere COMADIRA, Julio R., “Las funciones jurisdiccionales de la Administración y el Tribunal Administrativo de los Servicios Públicos” en Cuestiones de Procedimiento Administrativo, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Ediciones RAP, 2006, p. 34.

Y si bien las Constituciones, atendiendo a las singularidades de cada país, adoptaron dicho sistema en forma diferente, en líneas generales el diseño de la mayoría responde a la triple premisa propuesta por el autor del “Espíritu de las leyes” (3): que el que hace las leyes no sea el encargado de aplicarlas ni de ejecutarlas; que el que las ejecute no pueda hacerlas ni juzgar de su aplicación; que el que juzgue no las haga ni las ejecute (4). Es así como surgen las funciones legislativas, ejecutivas y judiciales.

Bien puede sostener que la república clásica se define como un sistema político de división y control del poder (5).

En línea con ello, Bidart Campos recuerda que es importante reconocer que la estructura divisoria debe interpretarse en torno de la finalidad

(3) Publicado en 1748 por Charles-Louis de Secondat, barón de la Brède y de Montesquieu. Sin perjuicio de las ideas que con anterioridad desarrollaron en relación con esta temática, autores como T. Hobbes, J. Rousseau y J. Locke, las cuales son sintetizadas por BALBÍN, Carlos en su “Tratado de Derecho Administrativo”, Ed. La Ley, 2015, 2ª ed., t. 1, p. 67 y ss. O incluso, más lejos en el tiempo, los conceptos desarrollados por los pensadores de la antigüedad clásica como Platón o Aristóteles: ver BARRAZA, Javier Indalecio, “Las funciones jurisdiccionales de la Administración. Estudio Cualicuantitativo”, Diario de Doctrina y Jurisprudencia, ED, 06/07/2017, p. 1.

(4) Ampliar en CASSAGNE, Juan Carlos, “Los grandes principios del Derecho Público”, La Ley, Buenos Aires, 2015, 1ª ed., p. 101 y ss. y en GORDILLO, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas”, FDA, 1ª ed., t. I, cap. IX, “Las funciones del poder”, disponible online en https://www.gordillo.com/pdf_tomo1/capituloIX.pdf.

(5) Gelli agrega como notas la publicidad de los actos de gobierno, la responsabilidad de los funcionarios, la periodicidad de los cargos electivos y la igualdad de todos ante la ley. En su visión, en la Constitución de la Nación Argentina la separación de los poderes se expresa de tres modos diversos: i) la clásica división tripartita entre los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial; ii) la división federal del poder, con un poder central, nacional o federal y poderes locales o provinciales —a los que luego de la reforma constitucional de 1994 se le suma la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como nuevo ente político—; y iii) la división entre el poder constituyente y el poder constituido. Agrega dicha autora que estas separaciones del poder implican atribuciones propias y cooperación compartida entre todos ellos. GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina - Comentada y Concordada”, Ed. La Ley, 4ª ed., t. 1, p. 22 y ss.

básica que persigue: evitar la concentración que degenera en autoritarismo y resguardar la libertad de las personas **(6)**.

Ya tuvimos oportunidad de adelantar que la teoría general de las funciones jurídicas del Estado concibe al poder político o poder del Estado como un concepto único e indivisible. Se afirma que no existe una "división de poderes" como tal, lo que se dividen son los órganos que ejercen equilibradamente el poder y, en consecuencia, las funciones que les son asignadas a cada uno de ellos **(7)**.

Sentado lo anterior, no podemos pasar por alto las precisiones que nos brinda Joaquín V. González, quién refiriéndose a la división de funciones entre los órganos que ejercen el poder estatal afirma que "cada uno de ellos tiene su propia esfera de acción, pero no están enteramente separados, porque se combinan y se complementan entre sí: son coordinados. Los tres representan la soberanía de la Nación para sus objetos principales; sus facultades derivan directamente de la Constitución, y en su ejercicio, de la ley: y ambas han establecido poderes estrictamente legislativos, estrictamente ejecutivos y judiciales; pero en el cumplimiento de sus funciones necesitan en muchos casos, unos y otros, ejercitar poderes de naturaleza distinta de los que le son exclusivos: la línea divisoria no se halla precisamente marcada" **(8)**.

Con ello en miras, es dable afirmar que el principio de separación de poderes mal podría interpretarse y aplicarse en forma absoluta, pues lo contrario conllevaría a adoptar una postura simplista que pasaría por alto las nuevas funciones desarrolladas por el Estado moderno que, en pos de satisfacer las mayores demandas de la sociedad, torna aún más compleja y burocrática a toda su estructura **(9)**.

(6) BIDART CAMPOS, Germán J., "Compendio de Derecho Constitucional", Ediar, 2004, 1ª ed., p. 236 y ss.

(7) BARRAZA, Javier Indalecio, "Las funciones...", ob. cit., p. 1.

(8) Joaquín V. González, citado por CASSAGNE, Juan Carlos en su "Curso de Derecho Administrativo", Lexis Nexis - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, 8ª ed., t. I, p. 82.

(9) Gelli encuentra justificación de las mayores demandas de la sociedad no solo en la aparición del Estado

Es así como también se ha afirmado que "un poder puede entrometerse en el círculo periférico de las competencias de otro poder —de modo complementario o extraordinario—, y solo en el círculo central con carácter excepcional y temporal" **(10)**.

Llegados a este punto nos inclinamos por seguir las precisas conclusiones a las que arriba Juan Carlos Cassagne en relación con la correcta interpretación del principio en nuestro sistema constitucional, en el sentido que se distribuyen funciones predominantes —según un criterio material— entre los tres poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) sin identificar completamente las funciones con los órganos.

De esta forma los tres poderes vienen a ejercer, en forma relativa y con las limitaciones que la Constitución nacional establece con carácter expreso, implícito o inherente, las tres funciones en sentido material, aunque prevalezca la función predominante en algunos poderes más que en otros **(11)**.

Compartimos con el autor antes nombrado que es esta la explicación más coherente, pues de lo contrario no se podría aceptar que —como abordaremos en el presente trabajo— algunos órganos o entes administrativos pudieran ejercer excepcionalmente funciones jurisdiccionales, aunque sometidos a ciertos recaudos, fundamentalmente de independencia y especialidad.

Dicha interpretación debe llevarse a cabo en forma relativa, es decir ni de un modo rígido ni tampoco tan flexible que permita habilitar el ejercicio de cualquier clase de jurisdicción por parte de cualquier órgano administrativo **(12)**.

de Bienestar sino también con las diversas crisis económicas y sociales en virtud de las cuales el Estado asumió un sinnúmero de funciones que no cabían en la clásica tripartición del Poder. En línea con ello, agrega que el Poder Ejecutivo fue el que, por múltiples razones, ensancho el ejercicio de sus atribuciones. Ver GELLI, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina...", ob. cit., p. 25.

(10) BALBÍN, Carlos F., "Tratado...", ob. cit., p. 81.

(11) CASSAGNE, Juan Carlos, "Los grandes principios...", ob. cit., ps. 135 y 136.

(12) CASSAGNE, Juan Carlos, "Las fuentes constitucionales...", ob. cit., p. 19.

Desde tal mirador, nos encontramos en condiciones de realizar algunas precisiones en torno a las bases constitucionales y rasgos del denominado judicialismo argentino, en tanto ello será de utilidad para abordar el próximo capítulo.

En primer lugar, corresponde una explicación conceptual: cuando a un sistema constitucional se lo tilda de judicialista se da por sobreentendido que dicho rótulo no se circunscribe al juzgamiento de conflictos entre particulares, en tanto en los países modernos influidos por la teoría de la división de poderes, tales causas se dirimen exclusivamente ante jueces independientes, separados orgánicamente del quién ejerce el Poder Ejecutivo (13). En realidad, lo que caracteriza a un sistema judicialista es que los litigios en los que el Estado resulta parte finalmente serán resueltos por un Poder Judicial independiente (14).

De esta manera, al efectuar un repaso de sus pilares constitucionales se puede sostener que nuestro sistema judicialista resulta más puro aún que el de los países anglosajones y se asienta orgánicamente en el art. 108, CN a través del cual se determina que el Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia y demás tribunales inferiores. Seguidamente, cabe afirmar que cuando el art. 109, CN (15) pres-

(13) Aclaración no menor que, por obvia que parezca, se convertirá en la "piedra angular" que de algún modo resolverá la cuestión constitucional en torno al instituto del daño directo (art. 40 bis de la ley 24.240) siguiendo la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.

(14) CASSAGNE, Juan Carlos, "Las fuentes constitucionales...", ob. cit., p. 13 y ss. Cabe recordar con este autor que el sistema argentino constituye una derivación del principio de separación de poderes que difiere de la versión francesa por cuanto mientras en Francia la función de juzgar a la Administración —vedada a los jueces— no constituía una función materialmente "jurisdiccional" sino "administrativa" (aunque separando esta función de la de la denominada Administración activa) en los países anglosajones la doctrina de la separación de los poderes no se aplicó en forma tan rígida, habilitándose la competencia de la justicia ordinaria para juzgar en los conflictos entre particulares y el poder público.

(15) Interdicción tomada por Alberdi del art. 108 de la Constitución chilena de 1833 que a su vez tiene su fuente en el art. 243 de la Constitución de Cádiz de 1812. Con relación a las raíces históricas ampliar en la completa revisión efectuada por Dalla Vía, Ricardo Alberto en su art.

cribe la prohibición (16) de funciones judiciales por parte del Poder Ejecutivo, corresponde solamente a los jueces la función de juzgar las controversias con fuerza de verdad legal y que, asimismo, se ha interpretado que esos jueces conservan la decisión final en las controversias en que la Administración o el Estado es parte. Por otro lado, no podemos soslayar que el art. 116, CN determina —con el alcance allí precisado— que corresponde al Poder Judicial "el conocimiento y decisión de todas las causas". Y, por último, pero no menos importante, cabe destacar que es el art. 18, CN el que garantiza el derecho de defensa en juicio conforme el principio de tutela judicial efectiva (consagrado en el Pacto de San José de Costa Rica luego de la reforma del año 1994).

En suma, sentadas las bases constitucionales del sistema judicialista argentino, sus rasgos principales pueden sintetizarse de la siguiente manera (17):

i) La justicia se constituye como un poder del Estado con independencia orgánica y funcional.

ii) Como regla general, el juzgamiento de leyes, actos administrativos y reglamentos proveniente de los tres poderes del Estado es competencia del Poder Judicial.

iii) Solo excepcionalmente las leyes pueden crear tribunales administrativos para juzgar los actos de la Administración, por razones de especialización y nunca como cláusula de jurisdicción general.

En solo dichos supuestos, para justificar la constitucionalidad de la atribución de funcio-

"La Constitución de Cádiz de 1812: un antecedente indirecto de la Constitución Nacional Argentina", comunicación presentada en la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, en la sesión del 23 de julio de 2008 y publicada en los Anales de dicha institución de dicho año, disponible online en: https://www.ancmyp.org.ar/user/FILES/17_cadiz.pdf.

(16) Balbín advierte que a este mandato prohibitivo expreso incorporado por el Convencional en el art. 109 se le suma el mandato prohibitivo implícito en virtud del principio de división de poderes. BALBÍN, Carlos F, "Tratado...", ob. cit., p. 114.

(17) Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, "Las fuentes constitucionales...", ob. cit. p. 14 y ss.

nes jurisdiccionales a órganos de la Administración, además de asegurarse la independencia del órgano, debe existir la posibilidad de un control judicial suficiente, con amplitud de debate y prueba,

iv) La tutela judicial efectiva, con su nuevo estatus constitucional a partir de la reforma de 1994 [cfr. art. 75, inc. 22, CN y arts. 8° y 25 del Pacto de San José de Costa Rica (18)] refuerza y amplía la garantía de defensa en juicio prevista en el art. 18 de la CN.

II.2. El ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de la Administración pública: la cuestión en la doctrina

Continuamos este capítulo, no sin antes aclarar que aquí no pretendemos ahondar en los profusos debates que —desde hace décadas— tienen lugar en doctrina en torno al ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de la Administración pública, en tanto ello excedería claramente el objeto de este trabajo y nos desviaría —innecesariamente— del objetivo final. Nuestra intención únicamente radica en repasar el marco teórico imprescindible para llevar a cabo un análisis crítico de la figura del daño directo regulado en el art. 40 bis de la ley 24.240.

Si nos abstraemos de las disputas semánticas y diversas polémicas en torno al concepto de función o actividad jurisdiccional (19), bien po-

(18) Art. 8. "Garantías judiciales 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley..." y Art. 25. "Protección judicial 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales...".

(19) Hay quienes afirman que dicha actividad estatal de carácter jurisdiccional resulta genéricamente comprensiva de dos especies: la administrativa a cargo de la Administración pública y la estrictamente judicial en cabeza del Poder Judicial: cfr. COMADIRA, Julio Rodolfo y ESCOLA, Héctor Jorge, "Curso de Derecho Administrativo", Abeledo Perrot, 2012, 1ª ed., t. I, p. 7. Otros se inclinan por hablar solo de función jurisdiccional cuando es el Poder Ejecutivo o sus órganos quienes resuelven un conflicto entre partes mientras

dría definirse genéricamente como la actividad estatal que decide con fuerza de verdad legal controversias entre partes que tienen intereses contrapuestos.

La legitimidad del ejercicio de dichas funciones por parte de la Administración pública siempre ha sido una cuestión debatida en el derecho público argentino y, en consecuencia, no ha estado exenta de matices (20).

Con base en el texto del entonces art. 95, CN (21), un sector mayoritario de la doctrina

que sería propiamente función judicial cuando dicha actividad la llevan a cabo jueces independientes bajo la órbita del Poder Judicial: ver BALBÍN, Carlos en su "Tratado...", ob. cit., p. 108. Sin embargo, Cassagne advierte junto a Bosch —quién a su vez refuta la tesis "orgánica" de Bielsa— que el art. 109 CN no admite distinción entre funciones jurisdiccionales y judiciales, en la medida que nuestra Constitución postula la separación relativa entre órganos y funciones: cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, "El sistema judicialista argentino", en obra colectiva *Tratado General de Derecho Procesal Administrativo* dirigida por el mismo autor, Ed. La Ley, 2011, 2ª ed., t. I, p. 80 y ss. Asimismo, Mertehtikian sostiene —con cita de Barra— que en todo caso sería "actividad jurisdiccional" y no "función jurisdiccional", pues la actividad es un concepto que describe el resultado material de la conducta, en tanto que la función es la que en el reparto de competencias la Constitución le asigna a cada órgano: MERTEHIKIAN, Eduardo, "Breves anotaciones sobre los límites de la 'competencia' de los entes reguladores en la solución de conflictos en la jurisprudencia del caso 'Ángel Estrada'", Lexis Nexis, agosto 2005, *Suplemento de Derecho Administrativo*, JA, 2005-III, p. 60.

(20) Guiridlian niega la posibilidad de que Administración pueda ejercer función jurisdiccional, toda vez que entiende que por su misma naturaleza corresponde en forma exclusiva y excluyente al Poder Judicial. En tal sentido, agrega que el hecho de que se le reconozca a la administración la facultad de resolver en determinadas circunstancias ciertas cuestiones que se atribuyen a los denominados "tribunales administrativos" por la especialidad que estos detentan, no importa atribuir a dicha actividad el carácter de jurisdiccional, sino que la misma es de naturaleza eminentemente administrativa. Es así como dicho autor afirma que lo que caracteriza a la función jurisdiccional es lo definitivo de la decisión, y además que sea producida por un órgano imparcial e independiente, requisitos que no se dan dentro de la actividad de la administración: GUIRIDLIAN, Javier D., "Otra forma de acceder a la revisión judicial de la actividad administrativa en materia de impugnación de actos", ED, *Suplemento de Derecho Administrativo*, 28/12/1999, nota al pie N° 61, p. 11 y ss.

(21) A tenor del cual recordamos que "En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judi-

argentina (22) rechazó desde el punto de vista teórico la posibilidad constitucional de reconocer al Poder Ejecutivo o a sus órganos dependientes el ejercicio de funciones que resultan competencia propia del Poder Judicial.

Empero, la realidad se impone y nos demuestra que los tribunales administrativos han sido creados a lo largo de nuestra historia para dirimir las más variadas tipologías de conflictos (23), lo que ha llevado a la doctrina vernácula a aceptarlos, no en forma incondicional, sino más bien estableciendo diversos límites que permitan compatibilizar el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de la Administración con nuestro diseño constitucional.

Bielsa circunscribió el reconocimiento de la jurisdicción administrativa a supuestos vinculados a la materia contencioso-administrativa, más precisamente a los conflictos entre la Administración y particulares (v.gr. aduanera, fiscal, disciplinaria o en la resolución de recursos administrativos), pero exigió para su legitimidad, el control judicial amplio (24).

En cambio, Marienhoff amplió aún más el criterio anterior pues no solo legitimó la existencia de tribunales administrativos para la solución de controversias en lo contencioso administrativo sino también en los supuestos de conflictos entre administrados. El primer supuesto lo condicionó a la existencia de un control judicial a través del recurso extraordinario de inconstitucionalidad y, el segundo, a la revisión judicial por medio de un recurso de apelación (25).

Asimismo, Cassagne advirtió que no sería posible el reconocimiento generalizado de una jurisdicción administrativa primaria como la norteamericana la luz de nuestro sistema constitucional judicialista, extremo que para dicho autor no solo impide genéticamente la habilitación de tribunales administrativos para resolver litigios regidos por el derecho común, sino que también limita la posibilidad de instituir tribunales para juzgar los actos de la Administración o de naturaleza administrativa mediante una cláusula general de jurisdicción (26).

Con relación a ello, Aguilar Valdez sostuvo que la existencia de una prohibición como la del art. 109 de nuestra CN, ausente en el derecho estadounidense, provoca que, en materia de facultades jurisdiccionales, el sistema previsto en aquel país nos resulte totalmente ajeno, y, en consecuencia, inaplicable la doctrina de la "jurisdicción primaria" (27).

Con relación a ello, Aguilar Valdez sostuvo que la existencia de una prohibición como la del art. 109 de nuestra CN, ausente en el derecho estadounidense, provoca que, en materia de facultades jurisdiccionales, el sistema previsto en aquel país nos resulte totalmente ajeno, y, en consecuencia, inaplicable la doctrina de la "jurisdicción primaria" (27).

Con relación a ello, Aguilar Valdez sostuvo que la existencia de una prohibición como la del art. 109 de nuestra CN, ausente en el derecho estadounidense, provoca que, en materia de facultades jurisdiccionales, el sistema previsto en aquel país nos resulte totalmente ajeno, y, en consecuencia, inaplicable la doctrina de la "jurisdicción primaria" (27).

(25) MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", Abeledo Perrot, 1990, 4ª ed., t. 1, p. 86 y ss. y 91/92.

(26) En razón de que la instancia judicial no implica una revisión o jurisdicción secundaria, sino una revisión plena con amplitud de debate y prueba: cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, "Las facultades jurisdiccionales de los entes reguladores (a propósito del caso 'Ángel Estrada')", LA LEY del 09/06/2005. En similar sentido, pero con otros fundamentos, encontramos el preciso trabajo de COVIELLO, Pedro J. J., "¿Que es la jurisdicción primaria? Su aplicación a nuestro ordenamiento (a propósito de su invocación en el caso 'Ángel Estrada'", ED, 29/04/2005, ps. 11 a 19.

(27) Aguilar Valdez concluye que "...la doctrina de la primary jurisdiction en el Derecho administrativo norteamericano reviste la naturaleza de una técnica de coordinación de competencias entre el Poder Judicial y las agencias, que tiende a determinar cuál de ellos ha de entender en forma primaria en un determinado caso o cuestión y que ha dado lugar a la autorrestricción judicial en beneficio de las competencias otorgadas por el legislador a aquéllas, é invocable, en consecuencia, únicamente en el marco de una proceso judicial...": ver AGUILAR VALDEZ, Oscar, "Reflexiones sobre las funciones jurisdiccionales de los entes reguladores de los servicios públicos a la luz del control judicial de la Administración", Anuario de Derecho, nro. 1, Universidad Austral - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 181 y ss.

(22) Resulta ilustrativo el relevamiento de las opiniones que en este sentido realiza Julio R. Comadira, quien recuerda que, para Bullrich, Fiorini, Gordillo, Diez, Mata y Hutchinson, entre otros, el control judicial de la actividad administrativa pretendidamente jurisdiccional no es más que un supuesto, puro y simple, de control judicial de la común actividad administrativa: COMADIRA, Julio Rodolfo y ESCOLA, Héctor Jorge, "Curso...", ob. cit., p. 7.

(23) De lo cual da cuenta el relevamiento efectuado por la Corte Suprema de la Nación en los considerandos 10 y 11 de "Fernández Arias c. Poggio (sucesión)" Fallos 247:646.

(24) BIELSA, Rafael, "Derecho Administrativo", Ed. La Ley, 1966, 6ª ed., t. 5, p. 201.

En suma, coincidimos con aquella doctrina que afirma que solo excepcionalmente las leyes —en sentido formal— pueden crear entes o tribunales administrativos para juzgar los actos de la Administración o de naturaleza administrativa por fundadas razones de especialización y así tornar razonable el apartamiento excepcional del principio general de juzgamiento de la actividad administrativa por el Poder Judicial.

Ello será posible siempre que se asegure la independencia del órgano a la que la ley le atribuye competencia para realizar dichas funciones de sustancia jurisdiccional, que los respectivos actos jurisdiccionales no puedan ser revisados por el Poder Ejecutivo y que, finalmente, exista la posibilidad de un control judicial suficiente, más precisamente por los tribunales competentes que integran el Poder Judicial, ya sea por medio de acciones ordinarias o recursos directos, con amplitud de debate y prueba (28).

II.3. Evolución jurisprudencial de la Corte Suprema de la Nación. Análisis del leading case "Ángel Estrada" (Fallos 328:651)

Resulta innegable que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ha reconocido a lo largo de su historia y con diferentes alcances la legitimidad de los entes o tribunales administrativos que ejercen funciones jurisdiccionales.

La zaga de precedentes del Tribunal Cimero en esta temática es ciertamente extensa y se

encuentra nutrida de innumerables matices propios de la casuística involucrada en cada causa (29), por ello solo haremos referencia —en estricto orden cronológico— a aquellas que consideramos más significativas para el desarrollo de este trabajo y así, finalmente, ahondar en el fallo recaído en el año 2005 en el caso "Ángel Estrada" (Fallos 328:651) a través del cual la Corte —dando un claro espaldarazo a nuestro sistema constitucional judicialista— sienta el criterio hasta hoy vigente.

Cierta doctrina considera que la génesis del reconocimiento de cierta competencia jurisdiccional en las autoridades administrativas se encuentra íntimamente ligada a la habilitación del recurso extraordinario contra decisiones administrativas, tal como ocurrió en el año 1907 con el fallo de la Corte Suprema de la Nación recaído en la causa "Albarracín" (30), en la medida que tal habilitación procesal supuso tácitamente la admisión de la jurisdicción administrativa (31).

Más tarde y en línea con lo anterior, en la causa "Parry" (32) el Címero Tribunal consideró admisible que cierto tipo de negocios o infracciones, por razón de la naturaleza pública de los intereses cuya tutela se procura, sean juzgados por funcionarios y con formalidades especiales, a fin de hacer posible y eficaz la aplicación de las disposiciones legales que rigen o sancionan los asuntos de que se trata.

(28) CASSAGNE, Juan Carlos, "El sistema...", ob. cit., p. 73 y ss.: Aquí también advierte que por fuera de los obstáculos constitucionales expuestos, existen inconvenientes prácticos en la creación de tribunales administrativos para entender en los conflictos relativos a servicios públicos: i) la diversidad de sectores involucrados impiden centralizar en un único tribunal administrativo que reúna los conocimientos técnicos suficientes para apreciar los hechos y el derecho controvertido, lo cual obligaría a los jueces administrativos (abogados) a recurrir a la opinión de expertos en la materia, replicando el proceder que —en definitiva— llevan a cabo los jueces del poder judicial cuando requieren un dictamen pericial, ii) el alargamiento excesivo de los pleitos que luego deberán someterse a un control judicial pleno y suficiente. Contrariamente, notamos que Comadira alienta —con base en el nuevo influjo del art. 42 CN ref. 1994— la creación de un tribunal único en el ámbito de los servicios públicos: ver COMADIRA, Julio Rodolfo, "Las funciones jurisdiccionales...", ob. cit., p. 34 y ss.

(29) Para ampliar ver el interesante estudio realizado por Barraza en su art. "Las funciones...", ob. cit., p. 3 y ss. donde repasa minuciosamente la evolución jurisprudencial de nuestro Máximo Tribunal, dividiéndola en diversas etapas. También debemos destacar la sistematización efectuada por Laura Monti en "El ejercicio de funciones jurisdiccionales por organismos administrativos en la jurisprudencia de la Corte Suprema (Sistematización de jurisprudencia vinculada con el caso 'Ángel Estrada')", JA, 2005-III, p. 1130, cita online: 0003/011620.

(30) CSJN, 28/09/1907, "Recurso extraordinario, deducido de hecho por don Ignacio Albarracín, presidente de la Sociedad Protectora de Animales, en autos contra don Emilio Dubois, por infracción a la ley 2786", Fallos 107:263.

(31) COMADIRA, Julio Rodolfo y otro, "Curso...", ob. cit., p. 8, quién a su vez cita a De la Rúa.

(32) CSJN, 31/08/1942, "Parry, Adolfo E.", Fallos 193:408.

Vinculado a ello y descartando el carácter de comisión especial en los términos del art. 29, CN, convalidó en "Etcheverry" (33) la legitimidad del régimen de las Cámaras Paritarias de Conciliación y Arbitraje Obligatorio en razón del control judicial asegurado a través del recurso extraordinario de inconstitucionalidad sobre las decisiones de dicho organismo administrativo.

Sin perjuicio de lo anterior, el Alto Tribunal ya con una nueva composición determinó en el precedente "Perelli de Mercatali" (34) que la atribución del ejercicio de funciones jurisdiccionales a tribunales que no integran el Poder Judicial debe considerarse como una situación de carácter excepcional, razón por la cual corresponde realizar una interpretación estricta. Además, en el mismo caso entendió que la competencia, para dirimir conflictos entre particulares regidos por normas de derecho privado, corresponde a los tribunales judiciales antes que a los administrativos. Así es que concluyó que resulta competente la justicia ordinaria provincial para conocer en el desalojo de un inmueble rural respecto del cual no hay relación contractual entre las partes.

En la causa "López Reyes" (35), relativa a cuestiones previsionales decididas por el entonces Instituto Nacional de Previsión Social, la Corte afirmó que "...aquellas decisiones quedarán sujetas a control judicial suficiente —o sea que no se conferirá a los funcionarios un poder absolutamente discrecional— tal exigencia tiene alcance variable según las peculiaridades de cada situación jurídica y debe ser armonizada con factores o circunstancias tales como la naturaleza del derecho individual alegado, el carácter de los organismos actuantes, la complejidad técnica de las materias, la índole y magnitud de los intereses públicos comprometidos, el régimen y la organización administrativa establecidos para garantizarlos..." Asimismo,

(33) CSJN, 14/12/1953, "Etcheverry, Raúl y otros c. Grillo Hermanos", Fallos 227:677.

(34) CSJN, 18/05/1956, "Perelli de Mercatali c. Salles Sabino", Fallos 234:715

(35) CSJN, 29/09/1959, "López de Reyes, María Consuelo c. Instituto Nacional de Previsión Social", Fallos 244:548.

cabe resaltar que el voto de la mayoría convalida que el control judicial se encuentre restringido a los aspectos jurídicos o normativos del conflicto con exclusión de los fácticos, no obstante lo cual el Dr. Boffi Boggero advirtió lúcidamente en su disidencia que "el examen de los hechos es esencial, desde que la indebida fijación de los mismos no puede subsanarse con una acertada selección de las normas jurídicas, porque sería equivocado el presupuesto de que se habría partido en el acto de juzgar".

Recién a partir del caso "Fernández Arias" (36) y en razón de una ampliación de los miembros del Alto Tribunal (37), es que se deja atrás esa idea de revisión acotada o secundaria para darle paso a la concepción de la revisión plena, con amplitud de debate y prueba. En dicha causa el reconocimiento de funciones jurisdiccionales a tribunales administrativos se condicionó básicamente a dos requisitos: a) que no se trate de controversias entre particulares regidas por el derecho común (38); y b) que la revisión final de la decisión se lleve a cabo ante los jueces competentes del Poder Judicial con amplitud de debate y prueba.

Para la Corte el control judicial suficiente debía tener lugar en los siguientes términos (39): i) reconocimiento a los litigantes de recurrir ante los jueces ordinarios, ii) negación a los tribunales administrativos de dictar resoluciones finales en cuanto a los hechos y el derecho controvertidos, con excepción de los supuestos en los que, existiendo opción legal, los interesados hubiesen elegido la vía administrativa, privándose, voluntariamente, de la vía judicial, y iii) la mera facultad de deducir recurso extraordinario basado en inconstitucionalidad o arbitrariedad, no satisface las exigencias requeridas.

(36) CSJN, 19/09/1960, "Fernández Arias, Elena y otros c. Poggio José s/sucesión", Fallos 247:646.

(37) De acuerdo con la ley 15.271 se ampliaron a 7 los jueces de la Corte Suprema de la Nación, resultando designados los Dres. Ricardo Colombres y Pedro Aberastury.

(38) Cfr. CASSAGNE, Juan C., "Las facultades...", ob. cit., y considerando 18 del fallo.

(39) Ver considerando 19 del fallo del Corte en "Fernández Arias".

A los fines del presente trabajo, conviene detenernos en un aspecto particular del caso bajo comentario. Pedro Aberastury (h) afirma que si bien es cierto que el núcleo de la decisión en “Fernández Arias” estuvo dirigido —al momento de analizar la constitucionalidad de los tribunales de arrendamientos y aparcerías rurales— a examinar los mecanismos para considerar si, en la especie, se había dado carácter de decisión final al pronunciamiento administrativo, no menos cierto es que la cuestión relativa al ejercicio por parte de la Administración de actividad jurisdiccional en conflictos regidos por normas de derecho común también fue explicitada en el caso.

Así es que en el considerando 18 —con cita de W. W. Willoughby— se refirió que “la atribución de facultades 'cuasi judiciales' a organismos administrativos se ha considerado válida, fundamentalmente, respecto de 'asuntos que atañen a derechos públicos'” y añade que “sería indudablemente declarada inconstitucional una ley que pretendiera poner en manos administrativas la decisión final de controversias entre particulares”.

Aberastury (h) acertadamente destaca que, si bien dicho argumento no fue desarrollado *in extenso* en el voto de la mayoría, “nos encontramos con que Willoughby se explaya respecto al mismo con fundamento en la cita del caso 'Murray's Lessee v. Hoboken Land and Imp. Co (18 How. 272)', ya que sostiene que las facultades otorgadas a las Agency lo son en la medida que se trate de una materia envuelta en derechos públicos, pero, afirma dicho autor, que sería indudablemente inconstitucional si se le otorgara a la Administración la posibilidad de intervenir en controversias entre particulares” (40).

Sin perjuicio de que hubiese sido deseable que el voto de la mayoría se explayara aún más sobre el punto vinculando dicha posición con nuestro esquema constitucional, creemos que dicho déficit podría considerarse cubierto con los fundamentos del voto de la minoría conformada por Pedro Aberastury (padre) y Luis María

Boffi Boggero, el cual consideró, a la luz de entonces art. 95, CN (hoy art. 109), que la creación de tribunal de arrendamientos y aparcerías, en cuanto debía resolver conflictos entre particulares aplicando el derecho común, invadía la esfera de reserva constitucional de las provincias, ya que la facultad de dictar los códigos de fondo era en la medida en que se reservaban el derecho de aplicarlo por medio de sus propios tribunales judiciales, afectado en consecuencia el principio de separación de poderes (41).

Como bien reconocen ciertos autores la mencionada posición minoritaria luego es aceptada por el resto de los miembros del Tribunal en decisiones posteriores (42). El hilo conductor surge con claridad del texto de los dos fallos que mencionamos a continuación.

(41) Resulta significativo el considerando 14 del voto de la minoría: “Que esta Corte ha decidido reiteradamente, a ese respecto, que la materia de los arrendamientos rurales es propia del derecho común, como cualquier otra dentro de la figura jurídica de la locación de cosas (Fallos 243:357; T. 240:144; T. 238:67; T. 233:83 y muchos otros). La Constitución podrá o no haber impuesto al Congreso nacional un criterio definido para la legislación común prevista en el art. 67, inc. 11, y podrá o no haberla delimitado de un modo tan preciso como para impedir que normas de derecho común contengan disposiciones procesales cuando las integran (Fallos 137:303; T. 138:154 y otros); pero lo que sí impone es una concepción clara y concreta de la separación de los poderes que constituyen el Gobierno nacional, y de las jurisdicciones entre la Nación y las provincias, de lo que surge, sin lugar a duda ni excepciones, que a las provincias corresponde asegurar la administración de justicia dentro de sus límites territoriales (art. 5°) y establecer sus respectivos poderes judiciales (arts. 104 y 105), reservándose la aplicación del derecho común (art. 67, inc. 11). Toda explicación teórica que conduzca a sustraer de los jueces provinciales la aplicación del derecho común no conseguiría sino transgredir estos principios. Así debe ser considerada la decisión en contrario dictada en estos autos”. Asimismo, resulta plausible que autores como Guiridlian rescaten la cita del profesor norteamericano Lewis Mayers, incluida en el considerando 19 de la disidencia de fundamentos bajo análisis, en cuanto refiere a la especialidad que se les atribuye a los órganos administrativos para resolver conflictos entre particulares: ampliar en GUIRIDLIAN, Javier D., “Otra forma...”, *ob. cit.*, nota al pie N° 61, p. 11 y ss.

(42) Cfr. GORDILLO, Agustín, “Tratado...”, *ob. cit.*, p. 31 y ss. y ABERASTURY, Pedro, “La decisión de controversias del derecho común por parte de los tribunales administrativos”, JA, 2005-III-5, cita online: 0003/011612.

(40) ABERASTURY, Pedro, “Las funciones de la Administración y el derecho común - un aspecto del caso Ángel Estrada”, RDA, 2006-58, 951, LL AR/DOC/9771/2012, p. 3.

Así, en el caso “Beneduce” (43) se afirmó: “8) Que, como se dijo al comienzo, el que se sustancia en autos es un pleito entre particulares atinente a derechos privados similares a los que fueron objeto de consideración en el precedente de Fallos 247:646 [J 60000060] (es decir ‘Fernández Arias’) (44). De donde se sigue que, por las razones que los miembros del tribunal expusieron en dicho precedente, también aquí rige el principio de que cualquier decisión administrativa acerca de los hechos y del derecho controvertido, ha de quedar siempre sujeta a control judicial suficiente. Si esta exigencia no se cumple, es decir, si la ley confiere a la autoridad administrativa de que dependan los mencionados derechos privados en debate, su fatal consecuencia es el desconocimiento de las garantías constitucionales de que se hizo mérito en el recordado precedente”.

Y en “Rosales” (45) se dijo: “1) Que, conforme a la doctrina de Fallos 247:646 [J 60000060] (nuevamente la Corte refiere a la causa ‘Fernández Arias’) (46) y de la sentencia dictada en la causa ‘Beneduce c. Casa Auguste’ [J 60000670] —Fallos 251:472—, es principio fundado en la garantía de la defensa en juicio que, a los fines de la solución de las controversias jurídicas individuales, no se excluya compulsivamente la intervención suficiente de un tribunal de justicia —doctrina de Fallos 250:61 (JA 1962-II-515), 251 (JA 1962-I-162) y otros—. 2) Que resulta igualmente de la doctrina de los referidos precedentes, y de los que en ellos se citan, que la medida de la intervención necesaria de los jueces puede variar con arreglo a las características de los casos y a la naturaleza de los procedimientos de que se trate. Pero se estableció igualmente que tratándose de controversias entre particulares, sobre puntos propios del derecho común, no cabe la exclusión legal del adecuado recurso a la justicia”.

(43) CSJN, 18/12/1961, “Beneduce, Carmen, J. y otras. c. Casa Auguste s/ despido”, Fallos 251:472.

(44) La aclaración de los autos nos pertenece.

(45) CSJN, 28/09/1962, “Rosales, Gabriel T. c. Cía. Azucarera Tucumana SA (Ingenio La Trinidad) s/cobro de pesos”, Fallos 253:485.

(46) La aclaración de los autos nos pertenece.

La evolución del criterio de la Corte resulta evidente, con la conformación de una mayoría más o menos estable que comenzaba a hablar el mismo idioma sin mayores contrapuntos (47), sentándose así las bases que permitirían brindar futuras soluciones frente al nuevo paradigma económico que tendría lugar décadas más tarde en el país.

Como consecuencia de los profundos cambios que tuvieron lugar en la República Argentina a partir de la sanción de la ley 23.696 —conocida comúnmente como Ley de Reforma del Estado (48)— fueron creados diversos marcos regulatorios, dentro un fenómeno de corte eminentemente privatizador de aquellos servicios públicos cuya prestación se encontraba en manos del Estado (49). Dichas regulaciones contemplaron el sometimiento de ciertas controversias a la jurisdicción previa y obligatoria de los respectivos entes reguladores previstos para cada sector (50).

(47) En este sentido, Gordillo afirma que el derecho constitucional y administrativo argentino ha sido consistente y progresivo desde “Fernández Arias” hasta “Ángel Estrada”, aunque advierte que siempre se pueden encontrar variantes y vacilaciones: GORDILLO, Agustín, “Ángel Estrada”, JA, número especial, 2005-III, fascículo nro. 9, “El caso Ángel Estrada”, p. 48.

(48) Sancionada el 17/08/1989, promulgada el 18/08/1989 y publicada en el BO el 23/08/1989. Aguilar Valdez considera que la ley 23.696 constituyó un hecho trascendente en la vía jurídica y económica de la Argentina, toda vez que implicó el restablecimiento del principio de subsidiariedad del Estado en el campo económico: ampliar en AGUILAR VALDEZ, Oscar, “Reflexiones sobre las funciones jurisdiccionales...”, ob. cit., ps. 182 a 183.

(49) Ley 24.065 (Electricidad), ley 24.076 (Gas), dec. 62/1990 (Telecomunicaciones).

(50) Nos remitimos a nuestras notas al pie N° 26 y N° 27. Asimismo, J. R. Comadira reseña los más importantes estudios doctrinarios que se llevaron a cabo sobre la materia, sin dejar de resaltar que no solo muchos de ellos vincularon tales disposiciones con la doctrina de la jurisdicción primaria norteamericana, sino que hasta el propio fallo la CSJN “Ángel Estrada” refiere a la misma. Para dicho autor, más allá del alcance que se le pretenda atribuir en nuestro ordenamiento a la mencionada creación extranjera, la intervención previa y obligatoria de los entes reguladores de los servicios públicos constituye un supuesto de actividad jurisdiccional de la Administración pública, es decir, de aquella actividad que corresponde en el orden norma de las instituciones, a los jueces, de acuerdo a lo definido por la CSJN el 1963 en “Cámara

En virtud del nuevo escenario que tuvo lugar a partir de la década de 1990, la CSJN tuvo oportunidad de expedirse sobre la temática que ahora nos ocupa, aunque ya en estrecha relación a los denominados entes reguladores de los servicios públicos.

Es así como en la causa "Litoral Gas" (51) un licenciatario del servicio de distribución de gas natural impugnó judicialmente la resolución del Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS), en cuanto había reconocido ciertos derechos a un tercero, con carácter provisorio, relativos al servicio público en cuestión. En este precedente, el Címero Tribunal luego de denegar al ENARGAS las garantías formales de independencia y neutralidad propias de un tribunal administrativo (considerando 6°), le denegó competencia para dirimir un conflicto relativo a la venta y adquisición de las instalaciones de distribución de gas, por considerar que dicha atribución al precisar de una determinación acerca del derecho de dominio de las partes involucradas en la contienda, correspondía a la jurisdicción judicial plena (considerando 7°).

Pero es recién a partir del *leading case* "Ángel Estrada" (52) que la Corte Suprema de la Nación consolida, vuelve más rígida (53) y, en cierta forma amplía su doctrina relativa a los requisitos que deben reunir los tribunales administrativos para ejercer facultades jurisdiccionales. No por nada se ha dicho que la solución que trae el caso "tiene el mérito de sentar la unidad de

Gremial de Productores de Azúcar", Fallos 255:354: Cfr. COMADIRA, Julio R., "Las funciones jurisdiccionales...", ob. cit., p. 31 y ss.

(51) CSJN, 16/04/1998, "Litoral Gas SA c. Enargas - Resol. 29/94", Fallos 321:776.

(52) CSJN, 05/04/2005, "Ángel Estrada y Cía. SA c. Resolución 71/96 Secretaría de Energía y Puertos", Fallos 328:651.

(53) Bianchi explica que la regla relativamente flexible que se había establecido a partir de "Fernández Arias" como pauta interpretativa de la separación de poderes en lo atinente a las facultades del Congreso para crear tribunales administrativos, es ahora mucho más rígida, limitándose así la influencia norteamericana que permite cierta flexibilidad en la materia y se ha hecho pesar el art. 109 CN de cuño español: BIANCHI, Alberto, "Reflexiones sobre el caso Ángel Estrada y sus efectos en la jurisdicción arbitral", ED, RDA 18/05/2005.

reglas que conforman el sistema judicialista, reafirmando sus fuentes y características fundamentales" (54).

Pero antes de ingresar en detalle a las conclusiones jurídicas que se desprenden del caso, conviene repasar brevemente sus antecedentes de hecho para una mejor comprensión de la doctrina que fija el Alto Tribunal.

La empresa Ángel Estrada y Cía. SA demandó a la compañía EDESUR por los daños y perjuicios —más precisamente las sumas abonadas para alquilar un grupo electrógeno y sueldos del personal— que le causó el suministro de energía en niveles de tensión insuficientes para poner en funcionamiento diversas máquinas.

Recordamos aquí que el art. 72 de la ley 24.065 determina que "[t]oda controversia que se suscite entre generadores, transportistas, distribuidores, grandes usuarios, con motivo del suministro o del servicio público de transporte y distribución de electricidad, deberá ser sometida en forma previa y obligatoria a la jurisdicción del ente. Es facultativo para los usuarios, así como para todo tipo de terceros interesados, ya sean personas físicas o jurídicas, por iguales motivos que los enunciados en este artículo, el someterse a la jurisdicción previa y obligatoria del ente".

De conformidad con la norma antes transcrita, la actora radicó su demanda ante el Ente Nacional Regulador de Electricidad (ENRE), el cual se declaró incompetente para el tratamiento del reclamo aduciendo que su competencia se limitaba a la liquidación de las multas previstas en el contrato.

Confirmada también la decisión del ENRE por la Secretaría de Energía, Ángel Estrada interpuso el recurso directo previsto en el art. 76 de la ley 24.065 ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, siendo la Sala I la que revocó —por mayoría— la decisión impugnada, considerando que la empresa prestadora del servicio de energía eléctrica debía abonar las multas pertinentes como así también una indemnización, y remitió, en con-

(54) CASSAGNE, Juan Carlos, "Los grandes principios...", ob. cit., p. 130.

secuencia, el expediente al Ente Nacional Regulador de Electricidad para que procediera a determinar la cuantía de la reparación.

El ENRE y la Secretaría de Energía interpusieron sendos recursos extraordinarios contra el pronunciamiento de Cámara, los cuales fueron concedidos. La Corte Suprema por amplia mayoría revoca la sentencia en cuanto atribuyó competencia al Ente Nacional Regulador de Electricidad.

Sentado lo anterior, del voto mayoritario fácilmente se desprenden los siguientes argumentos:

i) La facultad de resolver conflictos entre particulares por parte de organismos de la Administración dotados de jurisdicción, desconoce lo dispuesto en los arts. 18 que garantiza la defensa en juicio de las personas y sus derechos, y 109 de la CN que, prohíbe en todos los casos al poder ejecutivo ejercer funciones judiciales **(55)**.

ii) Para ser válida esta jurisdicción administrativa se requiere: que tales organismos hayan sido creados por ley, que su independencia e imparcialidad estén aseguradas, que el objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador para crearlos (y restringir así la jurisdicción que la Constitución nacional atribuye a la justicia ordinaria) haya sido razonable y que sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente **(56)**.

iii) En los Estados Unidos la jurisdicción primaria de las agencias se circunscribe a las materias que configuran “el corazón” de las tareas que tuvo en miras el Congreso que las emplazó y comprende los conflictos que originalmente corresponden a los jueces ordinarios, pero que, en virtud de un régimen propio, incluyen determinados extremos comprendidos dentro de la competencia especial de un cuerpo administrativo (cfr. “United States c. Western Pacific Railroad, 352 U.S. 59”) **(57)**.

(55) Cfr. consid. 12.

(56) Cfr. consid. 12.

(57) Cfr. consid. 13.

iv) No cualquier controversia puede ser válidamente deferida al conocimiento de órganos administrativos con la mera condición de que sus decisiones queden sujetas a un ulterior control judicial suficiente **(58)**.

v) 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 e importaría un avance indebido sobre las atribuciones que el art. 116 de la CN define como propias y exclusivas del Poder Judicial de la Nación **(59)**.

vi) Admitir que el Congreso pueda delegar en los órganos de la Administración facultades judiciales, sin limitación material de ninguna especie, sería tan impensable como permitir que el legislador delegara la sustancia de sus propias funciones legislativas, lo cual está expresamente vedado en el art. 76 de la CN **(60)**.

vii) La expresión “toda controversia” contenida en el art. 72 de la ley 24.065 debe entenderse como circunscripta a toda controversia válidamente sustraída por el Congreso a la competencia de los jueces ordinarios **(61)**.

viii) La administración de los remedios ordinarios, esto es, el poder para dirimir el reclamo de daños y perjuicios planteado por el usuario con sustento en el derecho común resulta extraño a las atribuciones conferidas al ente regulador por el art. 72 de la ley 24.065 **(62)**.

ix) Una eventual decisión condenatoria dictada por el ente regulador carecería de autoridad de cosa juzgada y no sería susceptible de cumplimiento forzoso conforme a las reglas relativas a la ejecución de sentencias, pues la ley respectiva no les ha otorgado estas cualidades a las decisiones del organismo. Así, su interven-

(58) Cfr. consid. 14.

(59) Cfr. consid. 14.

(60) Cfr. consid. 14.

(61) Cfr. consid. 15.

(62) Cfr. consid. 15.

ción resultaría estéril pues no podría satisfacer el reclamo de daños y perjuicios por medio de una decisión que conforme a la ley tuviera un alcance equivalente al de una sentencia condenatoria (63).

x) La demandada alegó la existencia de caso fortuito o fuerza mayor y negó la existencia del perjuicio invocado por el usuario; de modo que el conflicto debe resolverse por aplicación de los principios contenidos en la legislación común de modo tal que la disputa no puede resolverse por aplicación del régimen estatutario que conforma el marco regulatorio del servicio público de electricidad (64).

Asimismo, verificamos que los argumentos del voto del juez Belluscio resultan coincidentes con la posición de la mayoría y hasta incluso más contundentes:

i) La atribución de competencia jurisdiccional a los órganos y entes administrativos debe ser interpretada con carácter estricto (Fallos 234:715) debido a la excepcionalidad de la jurisdicción confiada a aquellos para conocer en cuestiones que en el orden normal de las instituciones corresponde decidir a los jueces (conf. arts. 75 inc. 12, 109, 116 y 117 de la CN, Fallos 290:237) (65).

ii) El legislador no ha querido atribuir al ente la resolución de controversias sobre daños y perjuicios reclamados por usuarios con motivo de la prestación del servicio público de distribución de energía eléctrica, pues el poder de policía atribuido al ente para regular y controlar aquella no sirve de fundamento para decidir litigios entre particulares que deben resolverse sustancialmente por aplicación de normas de derecho común (66).

En línea con lo anterior, el voto de la Dra. Argibay adhiere a la opinión del Dr. Belluscio, ratificando la incompetencia del ENRE para resolver una controversia de daños y perjuicios regida por el derecho común. Más precisamen-

te acompaña lo expuesto su colega preopinante en los considerandos 1° al 17, con excepción de las citas efectuadas al final de los considerandos 8° y 9°.

El voto del Dr. Zaffaroni se remite a los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador General de la Nación, confirmando la sentencia apelada y, finalmente, el voto correspondiente al juez Fayt, no se pronuncia sobre el fondo de la cuestión, declarando inadmisibles los recursos extraordinarios interpuestos.

Llegados hasta aquí, no hay duda alguna que nuestro Máximo Tribunal de la Nación a través del relevante fallo emitido en la causa "Ángel Estrada" condicionó la validez del ejercicio de funciones jurisdiccionales por autoridades administrativas (en el caso los entes reguladores) al cumplimiento de los siguientes recaudos: i) que los respectivos órganos hayan sido creados por ley; ii) que su independencia e imparcialidad estén aseguradas (67); iii) que el objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador para asignarles competencia jurisdiccional haya sido razonable; y iv) que sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente.

Pero entendemos que, por fuera de los requisitos antes señalados, la médula del fallo viene a dar una "vuelta de tuerca" de índole constitucional al acercarse a un sendero muchos más "judicialista" respecto del que venía recorriendo hace varias décadas (68). Bien precisa Cassagne que los puntos centrales o naturaleza sustancial que se desprenden del caso son: a) que la creación de tribunales administrativos, para ser compatible con la interdicción del art. 109 y el sistema constitucional (arts. 18, 116 y 117, CN) debe encontrarse justificada en el principio de especialización, interpretado razonablemente (es decir, nunca como competencia establecida en una cláusula general de jurisdicción), y b) que la competencia para resolver conflictos entre particulares regidos por el derecho co-

(63) Cfr. consid. 15.

(64) Cfr. consid. 16.

(65) Cfr. consid. 9.

(66) Cfr. consid. 12.

(67) Nunca podría ser el Poder Ejecutivo ni un órgano sometido a su potestad jerárquica ni a la denominada tutela administrativa: cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, "Curso...", ob. cit., p. 90.

(68) Cfr. BIANCHI, Alberto, "Reflexiones...", ob. cit.

mún, no corresponde a los entes reguladores sino a los jueces, que son los únicos con competencia para dirimir controversias en las que se ventilen cuestiones reguladas por los Códigos de fondo (69).

En este sentido, la doctrina ha sabido distinguir, pues otra cuestión es que la ley habilite entes administrativos con funciones jurisdiccionales por estrictas razones de especialización (no ya como una cláusula general en lo contencioso administrativo) para dirimir controversias regidas por el derecho administrativo o por el "régimen estatutario" que la ley les ha encomendado administrar, como podría suceder en el caso de los entes reguladores (70).

En línea con lo anterior, Luqui entiende que la solución brindada por la Corte en "Ángel Estrada" respeta al principio de especialidad, en tanto al no rechazar de plano "la posibilidad de que un tribunal administrativo resuelva un conflicto entre sujetos ajenos a la Administración, aunque verse sobre una materia administrativa, estaría admitiendo implícitamente la posibilidad de que se resuelvan conflictos entre partes —como lo son los agentes del sistema— cuando se suscitan con motivo del servicio público

(69) Ampliar en CASSAGNE, Juan Carlos, "Los grandes principios...", ob. cit., p. 130 y ss. El autor además explica que "mientras se mantenga esta jurisprudencia, se ha cerrado bastante el camino que algunos pretenden abrir para crear tribunales administrativos que entiendan, con competencia establecida como cláusula general, en los litigios administrativos (así como parece haberse cerrado totalmente la posibilidad de habilitar a estos tribunales el juzgamiento de controversias entre particulares, reguladas por el derecho común".

(70) CASSAGNE, Juan Carlos, "Los grandes principios...", ob. cit., p. 131 y BIANCHI, Alberto, "Reflexiones...", ob. cit., Aun así, años antes de que la Corte se expida en el caso "Ángel Estrada", Guiridlian ya mantenía sus reparos sobre la posibilidad de que los entes reguladores de servicios públicos ejerzan función jurisdiccional, no solo por la falta de independencia que genera la pertenencia de dichos entes a los cuadros de la Administración sino porque en la mayoría de los casos el mismo ente encargado de resolver la controversia entre las partes en conflicto, es quien dicta la normativa aplicable, hecho que —según advierte— lo priva de toda parcialidad para expedirse sobre el particular: GUIRIDLIAN, Javier D., "Otra forma...", ob. cit., nota al pie N° 61, p. 11 y ss.

y no por cuestiones regidas por el derecho común" (71).

En la misma sintonía, García Pullés expresa que a partir de "Ángel Estrada" solo será posible otorgar a entes administrativos la facultad de resolver conflictos de intereses "en la medida de su vinculación con conocimientos técnicos o regímenes especiales en los que pueda postularse una particular capacidad o idoneidad de los funcionarios de la Administración, materia necesariamente ajena a la aplicación del derecho común" (72).

Aberastury (h) considera que a partir del *leading case* bajo comentario, "la Corte Suprema ha aclarado que no se puede crear un tribunal administrativo para entender en cualquier cuestión: las atribuciones del Congreso deben limitarse a efectos de no trasgredir la función exclusiva y excluyente asignada al Poder Judicial, conforme al art. 119, interpretada juntamente con los arts. 18 y 116, CN y dentro del plexo de razonabilidad impuesto por el art. 28 de la misma" (73).

Asimismo, Bianchi explica —con la agudeza que lo caracteriza— que la decisión del Máximo Tribunal implica una profundización del requisito de especialidad (74), pues "no solo se requiere que el caso o controversia sea materia específica de la competencia del ente (especialidad), sino que además se le prohíbe a este ejercer competencia jurisdiccional cuando el derecho aplicable excede el 'régimen estatutario que la ley le ha encomendado administrar". Como fundamento de ello, el autor considera

(71) LUQUI, Roberto E., "Solución jurisdiccional de conflictos en materia de servicios públicos", en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), obra colectiva *Tratado General de Derecho Procesal Administrativo*, Ed. La Ley, 2011, 2ª ed., t. 2, p. 922.

(72) GARCÍA PULLÉS, Fernando R., "Ángel Estrada. La Corte Suprema y el fundamento de la potestad jurisdiccional. Facultades del legislador y de los justiciables", JA 2005-III, cita online: 0003/011617, p. 6.

(73) ABERASTURY, Pedro, "La decisión...", ob. cit., p. 9.

(74) En similar sentido, se ha afirmado que la Corte en "Ángel Estrada" "perfora, con acierto, el umbral del principio de especialidad": CASSAGNE, Juan Carlos, "Las facultades...", ob. cit., p. 736.

que estamos frente a un nuevo principio: el de la "limitación material", por cuanto "la Corte entiende que el Congreso no puede delegar en la Administración, la jurisdicción que corresponde a los órganos judiciales 'sin limitación material de ninguna especie' pues ello equivale a transgredir el art. 76 de la Constitución" (75).

En suma, coincidimos con la doctrina antes citada en que la solución brindada por la Corte en el fallo "Ángel Estrada" —tanto el voto de la mayoría como el propio del Dr. Belluscio— adopta una concepción más rígida del principio de división de poderes que surge de nuestra Constitución nacional (arts. 18, 109 y 116, CN), retomando un sendero aún más "judicialista" cuando se trata de litigios entre particulares extraños a la especialidad de los marcos regulatorios y regidos por normas de derecho común (códigos de fondo) cuya jurisdicción es la ordinaria (art. 75, inc. 12, CN) (76).

III. Régimen jurídico del daño directo

III.1. El nuevo texto del art. 40 bis de la ley 24.240 (según ley 26.994)

En este tercer capítulo, abordaremos el régimen jurídico del instituto del daño directo legislado en el art. 40 bis de la ley 24.240 ("Ley de Defensa del Consumidor" o "LDC"). Si bien repasaremos sus principales aspectos, advertimos desde ahora que no tenemos intención de efectuar un estudio exhaustivo de la figura en la medida que —conforme lo desarrollado su-

(75) Cfr. BIANCHI, Alberto, "Reflexiones...", ob. cit., p. 4: recuerda el autor que el principio de especialidad resulta opuesto a la técnica de la permisividad implícita. Por otro lado, remitimos a la lectura de este trabajo para profundizar acerca de las proyecciones del caso "Ángel Estrada" sobre la jurisdicción arbitral.

(76) Empero, existen posturas como la enarbolada por Roberto Mora quien critica parcialmente la solución dada por la CSJN en "Ángel Estrada", en tanto entiende que los entes reguladores también deben tener la facultad de estimar la procedencia y cuantía de los daños y perjuicios irrogados a la parte damnificada, lo contrario —afirma dicho autor— implicaría un "cercenamiento indebido de facultades legalmente conferidas y política y económicamente alineadas con la reforma constitucional de 1994": ampliar en MORA, Roberto D., "Una de cal y otra de arena (a propósito del fallo 'Ángel Estrada y Cía. SA'", LA LEY, 27/05/2005, Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo, p. 20 y ss.

pra— las conclusiones a las que arribaremos en el presente trabajo se dirigen a cuestionar, desde el punto de vista genético, la constitucionalidad de una norma que, como veremos, le otorga a la autoridad de aplicación de la ley 24.240 (ya sea nacional o local) la facultad de dirimir una controversia regida por normas de derecho común.

Bajo tal piso de marcha, comenzamos por recordar que la figura del daño directo fue incorporada en el año 2008 a la ley 24.240 a través de la ley 26.361 (77), la cual introdujo el hoy conocido art. 40 bis.

El texto original fue mayormente criticado no solo por su imprecisa redacción sino también por las restricciones establecidas en torno a la determinación del daño directo, aunque también muchos autores dudaron de su constitucionalidad.

En ese momento la mayoría consideró —sin ahondar demasiado sobre los aspectos genéticos de tal atribución a la luz de nuestro sistema "judicialista"— que la norma solo había omitido receptar expresamente los recaudos que debían cumplimentar los entes administrativos dotados de función jurisdiccional y que fueran sentados por nuestro Alto Tribunal en el caso "Ángel Estrada".

(77) Sancionada el 12/03/2008, promulgada parcialmente el 03/04/2008 y publicada en el BO el 07/04/2008: "Art. 40 bis: Daño directo. Es todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios. La autoridad de aplicación podrá determinar la existencia de daño directo al usuario o consumidor resultante de la infracción del proveedor o del prestador de servicios y obligar a éste a resarcirlo, hasta un valor máximo de cinco [5] Canastas Básicas Total para el Hogar 3, que publica el Instituto Nacional de Estadística y Censos de la República Argentina (INDEC). El acto administrativo de la autoridad de aplicación será apelable por el proveedor en los términos del art. 45 de la presente ley, y, una vez firme, respecto del daño directo que determine constituirá título ejecutivo a favor del consumidor. Las sumas que el proveedor pague al consumidor en concepto de daño directo determinado en sede administrativa serán deducibles de otras indemnizaciones que por el mismo concepto pudieren corresponderle a éste por acciones eventualmente incoadas en sede judicial".

En otras palabras: el reproche que el grueso de la doctrina **(78)** realizó al precepto primigenio, se ceñía a la falta de cumplimiento de aquellos requisitos por parte de la autoridad de aplicación, más no giraba en torno a lo que podría considerarse una “sustracción” (en términos utilizados por la propia CSJN en “Ángel Estrada”) de la jurisdicción propia de los jueces ordinarios, es decir la resolución por parte de la autoridad administrativa de un conflicto regido por normas de derecho común, como en cambio sí pudieron advertir expresamente unos pocos autores **(79)**.

Lo antes expuesto no ha sido un obstáculo para que, en términos generales, la doctrina destaque el loable fin que tendría el novedoso instituto. En tal sentido, han afirmado que la figura bajo análisis proporciona una herramienta que le permite a la autoridad de aplicación no solo ejercer su potestad sancionatoria al momento de fijar una multa a cargo del proveedor sino que también la habilita a fijar un acotado resarcimiento en favor del consumidor o usuario, brindándole de tal forma una instancia previa, voluntaria, gratuita y ágil que le permite evitar el típico proceso judicial, al cual se le enrostra su extensa duración, complejidad y

(78) Cfr. STIGLITZ, Gabriel A., "El Código Civil y Comercial y la indemnización al consumidor en sede administrativa", RDCO 272, 30/06/2015, 521, LL AR/DOC/5222/2015, p. 1 y ss.; RESTÓN, Claudia, "Derecho del consumidor. Daño directo. ¿Es constitucional el art. 40 bis, ley 24.240, incorporado por la ley 26.361?", JA, cita online: 0003/015650, p. 6 y ss.; BRODSKY, Jonathan M. y COTO, Alejandro E., "El daño directo en la Ley de Defensa del Consumidor", Revista Jurídica Lecciones y Ensayos de la Facultad de Derecho de la UBA, nro. 90, 2012, ps. 219-251, disp. online en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/90/brodsky-coto.pdf>, p. 247.

(79) Cfr. PERRINO, Pablo E., "Algunos comentarios acerca del régimen jurídico de protección de los usuarios de servicios públicos", AAVV, Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos, RAP, Buenos Aires, 2014, p. 93; TRIGO REPRESAS, Félix A., "Desafortunadas innovaciones en punto a responsabilidad por daños en la ley 26.361", LA LEY del 26/11/2009, p. 1 y CAJAL, Victoria A., "Daño directo en materia de Defensa del Consumidor", Utsupra.com, disp. online en http://server1.utsupra.com/doctrina1?ID=articulos_utsupra_02A00404285802, p. 3.

onerosidad si se trata de satisfacer reclamos pecuniarios de escasa cuantía **(80)**.

Aun así, hubo autores que con la aparición del daño directo legislado en la ley 26.361, tempranamente se desmarcaron de cierta visión romántica imperante respecto del novedoso instituto.

Por ejemplo, Pizarro y Stiglitz fueron tajantes al afirmar que "...es evidente que el legislador ha querido generar un mecanismo —equivocado y arbitrario, por cierto, en nuestra opinión— que permita al consumidor no irse 'con las manos vacías' a la hora de efectuar reclamos indemnizatorios en sede administrativa. Una solución facilista, reñida con los más elementales principios constitucionales, que no alcanza a disimular la gran falencia de esta reforma y de todo el sistema argentino de defensa del consumidor: la ausencia de un marco adecuado que posibilite el funcionamiento de tribunales jurisdiccionales de consumo, que en un marco de celeridad, inmediatez y economía brinde soluciones eficaces a los consumidores y usuarios, sin desmedro de los derechos del proveedor profesional. Otra vez se ha cambiado...para que nada cambie..." **(81)**.

En razón de algunas de las críticas recibidas, la redacción original fue modificada por la actualmente vigente, la cual fuera otorgada por dos normas de carácter sucesivo **(82)**, más precisamente las leyes 26.993 **(83)** y 26.994 **(84)**,

(80) Cfr. RESTÓN, Claudia, "Derecho del consumidor...", ob. cit., p. 10; BRODSKY, Jonathan M. y otro, "El daño directo...", ob. cit., p. 244 y ss.; CAJAL, Victoria A., "Daño directo...", ob. cit., p. 1.

(81) PIZARRO, Ramón D. y STIGLITZ, Rubén S., "Reformas a la Ley de Defensa del Consumidor", LA LEY, 2009-B, 949.

(82) Producto de un descuido de carácter legislativo que no tuvo consecuencias prácticas, pues el texto finalmente asignado al art. 40 bis por la ley 26.994 coincidió con el que había fijado en el art. 59 de la ley 26.993, la cual es más conocida por haber instaurado el nuevo Sistema de Resolución de Conflictos en las Relaciones de Consumo.

(83) Sancionada el 17/09/2014, promulgada el 18/09/2014 y publicada en el BO el 19/09/2014.

(84) Sancionada el 01/10/2014, promulgada el 07/10/2014 y publicada en el BO el 08/10/2014.

siendo esta última la que —a su vez— sancionó el nuevo Cód. Civ. y Com.

Así, el nuevo texto del art. 40 *bis* de la ley 24.240 es el siguiente:

“Art. 40 bis: Daño directo. El daño directo es todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios.

“Los organismos de aplicación, mediante actos administrativos, fijarán las indemnizaciones para reparar los daños materiales sufridos por el consumidor en los bienes objeto de la relación de consumo.

“Esta facultad solo puede ser ejercida por organismos de la Administración que reúnan los siguientes requisitos:

“a) la norma de creación les haya concedido facultades para resolver conflictos entre particulares y la razonabilidad del objetivo económico tenido en cuenta para otorgarles esa facultad es manifiesta;

“b) estén dotados de especialización técnica, independencia e imparcialidad indubitadas;

“c) sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente.

“Este artículo no se aplica a las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos del consumidor, su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas, las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida ni, en general, a las consecuencias no patrimoniales”.

III.2. Naturaleza jurídica del instituto y diferencias con el daño punitivo

La redacción original del art. 40 *bis* de la ley 24.240 (según ley 26.361) dividió a la doctrina en torno a la naturaleza jurídica del instituto bajo análisis. Hay quienes consideraron que estábamos frente a una verdadera indemnización de los daños y perjuicios sufridos por el

consumidor o usuario en el marco de una relación de consumo **(85)**, mientras que otros sostuvieron, en cambio, que se trataba de una sanción de carácter accesorio cuya particularidad estaba dada por su destinatario, más precisamente el consumidor o usuario **(86)**.

Dicha discusión quedó finalmente superada con la actual redacción de la norma (conforme ley 26.994) desde el momento que expresamente refiere al daño directo como una “indemnización” tendiente a “reparar los daños”. Bien puede afirmarse ahora que la atribución otorgada a las autoridades de aplicación de la ley 24.240 se dirige a resarcir los daños sufridos soportados por el consumidor o usuario como consecuencia del obrar ilegítimo del proveedor de bienes o el prestador del servicio en el marco de una relación de consumo.

Compartimos que no se trata de una cuestión semántica, toda vez que la expresa admisión del carácter resarcitorio del daño directo permite afirmar que la atribución conferida en el art. 40 *bis* a las autoridades administrativas es de tipo jurisdiccional en la medida que persigue resolver un conflicto entre dos o más sujetos con fuerza de verdad legal **(87)**.

Por otro lado, resulta necesario diferenciar la figura del daño directo regulado en el art. 40 *bis* de la ley 24.240 del denominado daño punitivo previsto en el art. 52 *bis* del mismo cuerpo legal, en tanto este último se presenta como una multa civil a favor del consumidor o usuario, aplicada por un magistrado en el marco de un proceso judicial y a instancia del damnificado, cuando el

(85) MOLINA SANDOVAL, Carlos A., "Reformas sustanciales", Suplemento Especial Reforma de la Ley de defensa del consumidor, LA LEY, abril del 2008, p. 81 y TRIGO REPRESAS, Félix A., "Desafortunadas...", ob. cit., p. 1.

(86) LAFUENTE, Jesús A., "El 'daño directo' en la Ley de Defensa del Consumidor", LA LEY, 2008-E, 810 y RESTÓN, Claudia, "Derecho del consumidor...", ob. cit., p. 10.

(87) Cfr. STUPENENGO, Juan Antonio, "El daño directo tras la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación" en WUST, Graciela C. (dir.), obra colectiva Estudios de Derecho Privado: su visión en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016, p. 162.

proveedor o prestador no cumpla sus obligaciones legales o contractuales **(88)**.

III.3. Los presupuestos jurídicos para la configuración del daño directo

En este punto, repasaremos los requisitos necesarios para la configuración del daño directo.

Atendiendo a la naturaleza indemnizatoria del instituto, estos presupuestos participan de aquellos exigidos para la configuración de la clásica responsabilidad civil de conformidad con lo establecido por el Cód. Civ. y Com., aunque moldeados al preciso alcance otorgado por el art. 40 *bis* de la ley 24.240.

En consecuencia, los presupuestos necesarios para que tenga lugar una indemnización por daño directo, son los siguientes:

i) La existencia de un acción u omisión antijurídica **(89)** por parte de un proveedor de bienes o del prestador de servicios **(90)**. En el supues-

(88) Trigo Represas afirma que si bien no surge de la letra del art. 52 bis de la ley 24.240, hay un consenso dominante en que "los daños punitivos sólo proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado, o por la obtención de enriquecimientos derivados del ilícito o, en casos excepcionales, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia un menosprecio grave por derecho individuales o de incidencia colectiva": TRIGO REPRESAS, Félix A., "Desafortunadas...", *ob. cit.*, p. 1. Sin embargo, Perrino advierte que la norma solo exige el mero incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales y que con poco tino no se requiere para la procedencia de los daños punitivos la culpa o dolo del proveedor, ni que se haya causado un daño al consumidor: PERRINO, Pablo E., "Algunos comentarios...", *ob. cit.*, p. 88.

(89) Art. 1717 del Cód. Civ. y Com.: "Antijuridicidad. Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada".

(90) Art. 2 de la ley 24.240 (texto según ley 26.361): Es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley. No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios

to del daño directo la antijuridicidad consiste en la transgresión, en el marco de una relación de consumo, de aquellas normas tuitivas de los derechos de consumidores y usuarios —principalmente la ley 24.240 y normas complementarias **(91)**—. En razón de ello, la violación de dichos preceptos no solo habilita a la autoridad administrativa a ejercer su potestad sancionatoria, sino que también podrá fijar una indemnización en concepto de daño directo.

ii) Factor de atribución de la responsabilidad, el cual posee carácter objetivo, en tanto se configura aun cuando no hubiera existido culpa o dolo por parte del proveedor del bien o del prestador del servicio **(92)**.

iii) La relación o nexo causal tiene lugar cuando el daño resarcible sea únicamente la consecuencia inmediata de la acción u omisión antijurídica del proveedor de bienes o del prestador de servicios. Contrariamente, los daños que fueran una consecuencia mediata o remota no podrán ser objeto de resarcimiento por medio del daño directo **(93)**. Recordamos que según el art. 1727 del Cód. Civ. y Com., las consecuencias de un hecho que acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas se llaman "consecuencias inmediatas", y las consecuencias que resultan solamente de

profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento. Ante la presentación de denuncias, que no se vincularen con la publicidad de los servicios, presentadas por los usuarios y consumidores, la autoridad de aplicación de esta ley informará al denunciante sobre el ente que controle la respectiva matrícula a los efectos de su tramitación.

(91) Art. 3 de la ley 24.240: "...Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la ley 25.156 de Defensa de la Competencia y la ley 22.802 de Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen...".

(92) STUPENENGO, Juan Antonio, "El daño directo...", *ob. cit.*, p. 167.

(93) Constituyendo así una excepción a lo dispuesto por el art. 1726 del Cód. Civ. y Com.: "Relación causal. Son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles".

la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman "consecuencias mediatas". Las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman "consecuencias casuales".

iv) Un daño resarcible, con el preciso alcance que la actual redacción del art. 40 bis de la ley 24.240 le otorga al daño directo (94), más precisamente aquellos "daños materiales sufridos por el consumidor en los bienes objeto de la relación de consumo" no pudiendo aplicarse dicho esquema resarcitorio "a las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos del consumidor, su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas, las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida ni, en general, a las consecuencias no patrimoniales" (95).

Si bien se ha eliminado el límite al monto de la indemnización que en concepto de daño directo estaba previsto en el texto primigenio (96), se puede advertir que a nivel nacional una restricción cuantitativa similar se mantiene a través de la sanción de la ley 26.993, en tanto la Auditoría en las Relaciones de Consumo solo resulta competente para resolver controversias que versen

(94) La imprecisa redacción original de la norma (según ley 26.361) había generado discrepancias en la doctrina en torno al alcance de la reparación, especialmente en torno a la posible reparación del daño moral. Ampliar en STIGLITZ, Gabriel A., "El Código Civil y...", ob. cit., p. 2 y ss.; STUPENENGO, Juan Antonio, "El daño directo...", ob. cit., p. 164 y LAFUENTE, Jesús A. "El 'daño directo' en...", ob. cit., p. 810.

(95) Stupenengo afirma que las limitaciones contenidas en el nuevo texto legal se ajustan a las pautas de especialidad técnica y de atribución razonable de competencia establecidas por la CSJN en "Ángel Estrada". Adelanto desde ahora que habré de discrepar de dicho temperamento por las razones que tendré oportunidad de brindar al momento de abordar el test de constitucionalidad de la figura bajo análisis, en base al marco teórico ya desarrollado en el primer capítulo de este trabajo. Ver STUPENENGO, Juan Antonio, "El daño directo...", ob. cit., p. 165.

(96) Art. 40 bis según ley 26.361: "...La autoridad de aplicación podrá determinar la existencia de daño directo al usuario o consumidor resultante de la infracción del proveedor o del prestador de servicios y obligar a éste a resarcirlo, hasta un valor máximo de cinco [5] Canastas Básicas Total para el Hogar 3, que publica el Instituto Nacional de Estadística y Censos de la República Argentina (INDEC)..."

sobre la responsabilidad por los daños regulados en el Capítulo X del Título I de la ley 24.240, hasta la suma equivalente al valor de quince salarios mínimos vitales y móviles (97).

En suma, bien puede concluirse que a la luz de la regulación vigente del instituto del daño directo el reclamo indemnizatorio debe ser deducido en sede judicial en los siguientes supuestos: i) que el consumidor o usuario sufriera daños diversos a los meramente materiales recaídos sobre los bienes objeto de la relación de consumo (98); ii) que, aun manteniendo el carácter de daños materiales, recaen sobre bienes ajenos a la relación de consumo; iii) que los daños materiales, incluso recayendo sobre bienes propios de esa relación, excedieran el monto susceptible de ser reconocido en sede administrativa de acuerdo con el tope que eventualmente pudiera establecer el ordenamiento de cada jurisdicción; o iv) que el consumidor o usuario opte por reclamar directamente todos los daños y perjuicios ocasionados ante el juez competente, evitando así una doble vía de reclamo indemnizatorio.

III.4. Las condiciones legales que debe reunir el órgano administrativo facultado para determinar y condenar al pago del daño directo

Las condiciones legales que debe reunir el órgano administrativo investido con funciones jurisdiccionales y que fueran sentadas por nuestra Corte Suprema de la Nación en el precedente "Ángel Estrada", tuvieron eco en el nuevo texto del art. 40 bis de la ley 24.240 (según leyes 26.993 y 26.994), receptando en consecuencia muchas de las críticas que recibió el texto primigenio (99).

(97) Cfr. arts. 27 y 31 de la ley 26.993.

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

(99) STIGLITZ, Gabriel A., "El Código Civil y Comercial y la indemnización al consumidor en sede

Por tanto, el legislador estableció que la determinación de la indemnización por daño directo solo puede ser realizada por organismos administrativos dotados de especialidad técnica, independencia e imparcialidad indubitada y a los que, con un razonable objetivo económico, la norma de creación les hubiera concedido facultades para resolver conflictos entre particulares y que sus decisiones se encuentren sujetas a un control judicial amplio y suficiente.

Autores como Stupenengo consideran que, tras aquella reforma, "el análisis de legalidad del acto determinativo del daño directo exigirá, entre otras cosas, dilucidar si la autoridad administrativa que lo emitió, ya sea nacional o local, goza de las garantías de imparcialidad e independencia exigidas no solo ya por la jurisprudencia sino, también por el art. 40 *bis* de la Ley de Defensa del Consumidor" (100).

Sin perjuicio que no compartimos estrictamente dicha postura, aun así, repasaremos cada uno de dichos recaudos considerados en forma aislada y absolutamente despojados de cualquier cuestionamiento que desde el prisma constitucional pudiera efectuarse respecto de tan especial función jurisdiccional atribuida a un órgano administrativo. Ello equivale a reservar para el próximo capítulo el debate sobre la procedencia de que el legislador haya extrapolado dichas pautas jurisprudenciales a la peculiar figura bajo análisis.

III.4.a. La cuestión en el ámbito nacional

Aclarado lo anterior, verificamos que, en el ámbito nacional, la ley 26.993 creó el Sistema de Resolución de Conflictos en las Relaciones de Consumo y la competencia para determinar el daño directo ha sido atribuida a la Auditoría

administrativa", RDCO 272, 30/06/2015, 521, LL AR/DOC/5222/2015, p. 1 y ss.; RESTÓN, Claudia, "Derecho del consumidor. Daño directo. ¿Es constitucional el art. 40 bis, ley 24.240, incorporado por la ley 26.361?", JA, cita online: 0003/015650, p. 6 y ss.; BRODSKY, Jonathan M. y COTO, Alejandro E., "El daño directo en la Ley de Defensa del Consumidor", Revista Jurídica Lecciones y Ensayos de la Facultad de Derecho de la UBA, nro. 90, 2012, ps. 219-251, disp. online en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/90/brodsky-coto.pdf>, p. 247.

(100) STUPENENGO, Juan Antonio, "El daño directo...", ob. cit., p. 169.

en las Relaciones de Consumo (101), autoridad administrativa que a la fecha aún no ha sido implementada.

Veamos si dichos recaudos son cumplidos por la Auditoría en las Relaciones de Consumo:

i) En cuanto a la especialización técnica, si bien hay autores (102) que entienden que dicho requisito estaría garantizado en la figura del Auditor en las Relaciones de Consumo atendiendo a los requisitos que exige la ley para ser designado como tal (103) (entre ellos el ser abogado con cuatro años en el ejercicio de la profesión), consideramos que dicha posición desinterpreta el verdadero sentido que nuestro Máximo Tribunal le ha atribuido al recaudo bajo análisis.

Es que la aplicación de aquellas normas tuitivas de los derechos de consumidores y usuarios (cfr. art. 3° de la ley 24.240) no precisa de especialización técnica alguna pues se trata simplemente de derecho común (104), como sí en cambio se requiere de parte del ente regulador al cual la ley expresamente le encomendó administrar un régimen estatutario (marco regulatorio regido por derecho público administrativo).

(101) Art. 27 de la ley 26.993: "Corresponde al Auditor en las Relaciones de Consumo entender en las controversias que versen sobre la responsabilidad por los daños regulados en el Capítulo X del Título I de la ley 24.240 y sus modificatorias, promovidas por los consumidores o usuarios comprendidos en el art. 1° de la citada ley, hasta la suma equivalente al valor de quince [15] Salarios Mínimos, Vitales y Móviles...".

(102) STUPENENGO, Juan Antonio, "El daño directo...", ob. cit., p. 170.

(103) Art. 23 de la ley 26.993: "Auditor. Requisitos. Dedicación. Incompatibilidades. Son requisitos para ser designado Auditor en las Relaciones de Consumo: a) Ser mayor de veinticinco [25] años de edad; b) Contar con título de abogado; c) Poseer suficientes antecedentes e idoneidad para ejercer el cargo, acreditados de modo fehaciente; d) Contar con más de cuatro [4] años en el ejercicio de la profesión; e) No estar incurso en ninguno de los impedimentos establecidos para la designación de los funcionarios de la Administración Pública Nacional. El Auditor en las Relaciones de Consumo tendrá dedicación exclusiva durante el desempeño de sus funciones, encontrándose alcanzado, en lo pertinente, por el régimen de incompatibilidades establecidas para los funcionarios de la Administración Pública Nacional".

(104) En el próximo capítulo nos detendremos sobre este tópico.

Como ya adelantamos —citando a Bianchi—, “la Corte entiende que el Congreso no puede delegar en la Administración, la jurisdicción que corresponde a los órganos judiciales 'sin limitación material de ninguna especie' pues ello equivale a transgredir el art. 76 de la Constitución” (105).

ii) No hay dudas que, en el caso, la norma de creación le concedió expresamente a la Auditoría facultades para resolver conflictos entre particulares, aunque en lo que se refiere a la razonabilidad del objetivo económico perseguido por la ley 26.993, también habremos de disentir con aquella doctrina que afirma que tal presupuesto estaría cubierto al atribuir función jurisdiccional a la Auditoría en las Relaciones de Consumo, en la medida que este organismo tendría como objetivo dar una respuesta sencilla a aquellos consumidores que, por haber sufrido daños de pequeña cuantía, de no poder acudir a este medio no se tomarían el trabajo de demandar judicialmente su reparación (106).

En tal sentido, creemos que la razonabilidad de la sustracción de una competencia propia del Poder Judicial mal puede juzgarse a la luz de argumentos coyunturales (107) o volitivos, como podrían ser el lento funcionamiento de un poder del Estado o lo desestimulante que pueda resultarles a los individuos el acceso al servicio de justicia para reclamar daños de menor cuantía.

Asimismo, coincidimos que tampoco existe una causa razonable, fundada en la naturaleza de la actividad o materia, que sustente la atribución de competencias a favor de las autoridades administrativas de defensa del consumidor y justifique el desplazamiento de la justicia ordi-

(105) Cfr. BIANCHI, Alberto, "Reflexiones...", ob. cit.: recuerda el autor que el principio de especialidad resulta opuesto a la técnica de la permisón implícita.

(106) STUPENENGO, Juan Antonio, "El daño directo...", ob. cit., p. 170.

(107) Algunos podrán incluso asegurar que éstos ya son de carácter estructural, pero aun así creemos que en todo caso corresponderá efectuar cambios de la misma índole dentro del Poder Judicial en orden a evitar la sustracción de funciones que le son propias de acuerdo con nuestro sistema constitucional judicialista. Sobre esto volveremos en el capítulo V a modo de colofón.

naria para decidir sobre cuestiones que, lejos de vincularse con aspectos técnicos o científicos, importan el juzgamiento de cuestiones regidas por el derecho común (108).

iii) En cuanto al control judicial amplio y suficiente de la decisión administrativa que determina el daño directo, consideramos que en el caso sí estaría asegurado mediante el recurso directo ante la Cámara Nacional de Apelaciones en las Relaciones de Consumo, o mientras esta no sea creada, ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal o la cámara federal del interior del país que corresponda. Más adelante nos detendremos un poco más sobre este punto.

iv) En relación a las garantías de independencia e imparcialidad, en primer lugar verificamos que si bien la Auditoría en las Relaciones de Consumo fue creada en el ámbito del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de la Nación, la norma aclara que "...será ejercida por los Auditores en las Relaciones de Consumo, los cuales se constituirán como autoridad independiente, con carácter de instancia administrativa, respecto de las controversias que correspondan a la competencia establecida en este Título..." (109).

Empero, en este punto coincidimos con la doctrina en que difícilmente dicho órgano vaya a gozar de la independencia necesaria para ejercer sus funciones a la luz de los mecanismos de designación y remoción previstos en la norma (110). Es que el Auditor en las Relaciones de Consumo debe ser designado por el Poder Ejecutivo nacional previo concurso público de antecedentes y oposición ante un jurado de 6 miembros, cinco de los cuales —cuanto menos— coincidirán inevitablemente con el signo político del propio Poder Ejecutivo nacional (111). Similar situación tiene lugar al momento de su eventual remoción, toda vez que dicho Auditor puede ser removido, por

(108) PERRINO, Pablo E., "Algunos comentarios...", ob. cit., p. 93.

(109) Cfr. art. 22 de la ley 26.993.

(110) STUPENENGO, Juan Antonio, "El daño directo...", ob. cit., p. 171.

(111) Cfr. art. 24 de la ley 26.993.

las causales allí determinadas, previa decisión adoptada por mayoría simple del jurado antes mencionado, más precisamente con el voto de cuatro de sus seis integrantes **(112)**. También juzgamos que la limitación de 7 años impuesta al plazo de ejercicio del cargo de Auditor —más allá de la posible reelección a través del mismo procedimiento de selección— atenta fuertemente contra la garantía de la independencia **(113)**.

Asimismo, también compartimos que mal podría predicarse una auténtica imparcialidad o neutralidad por parte del Auditoría en las Relaciones de Consumo siendo que, a la par de la función jurisdiccional asignada en los términos del art. 40 *bis* de la ley 24.240, también ejerce atribuciones de naturaleza sancionatoria **(114)** que pueden llegar a condicionar —de algún modo— aquella función dirigida a resolver un conflicto entre partes **(115)**.

III.4.b. La cuestión en el ámbito de la provincia de Buenos Aires

Quedando así delineado el panorama de cumplimiento por parte de la autoridad administrativa de carácter nacional de los recaudos fijados en el art. 40 *bis* de la ley 24.240, creemos necesario efectuar una importante distinción en relación con lo que sucede en el ámbito local, más precisamente en la provincia de Buenos Aires.

Es que verificamos que mientras a nivel nacional se encuentra vigente una norma que —por fuera de los reproches apuntados— le asigna expresamente a la autoridad administrativa allí creada la competencia para entender en las controversias que versen sobre la responsabilidad por los daños regulados en el Capítulo X del Título I de la ley 24.240 y sus modificatorias (cfr. art. 27 de la ley 26.993), en el ámbito provincial no sucede lo mismo.

(112) Cfr. arts. 25 y 26 de la ley 26.993.

(113) Cfr. art. 25 de la ley 26.993.

(114) Cfr. art. 27 de la ley 26.993.

(115) STUPENENGO, Juan Antonio, "El daño directo...", ob. cit., p. 171.

El sistema tutelar diseñado por el Código Provincial de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios, el cual fuera implementado por la ley provincial 13.133 [cfr. art. 45 *in fine*, ley 24.240 **(116)**], se estructura sobre un procedimiento administrativo que se ciñe a la inspección, comprobación y juzgamiento de las infracciones a los derechos del consumidor o usuario que se encuentra legislado en el Título VIII, capítulo IV de la ley 13.133 y, en consecuencia, ni la Autoridad de Aplicación provincial **(117)** ni los municipios bonaerenses **(118)** pueden actuar al margen de una estricta instancia sancionatoria vinculada al ámbito aplicativo de las leyes 24.240 y 13.133.

Desde otra óptica: mal podría convalidarse que la Autoridad de Aplicación provincial o bien sus equivalentes en el ámbito municipal resuelvan controversias entre particulares determinando un daño directo en favor de los consumidores y usuarios, toda vez que resultan francamente incompetentes para atribuirse dicha función jurisdiccional a la luz del esquema normativo actualmente vigente en la provincia de Buenos Aires **(119)**.

Consideramos que dicha interpretación resulta válida a partir del voto mayoritario volcado en la causa B. 74.380 de la Suprema Corte de Justicia provincial "Fiscal de Estado c. Juzgado de Faltas N° 2 de Defensa del Consumidor de la Municipalidad de La Plata en autos 'Vecinos de Manuel B. Gonnet s/ denuncia c. ABSA Conflicto de Poderes (arts. 161, inc. 2 y 196, Const. prov.)" —sent. de 06/11/2019— en cuanto allí

(116) Art. 45 *in fine* ley 24.240: "...La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las provincias dictarán las normas referidas a su actuación como autoridades locales de aplicación, estableciendo en sus respectivos ámbitos un procedimiento compatible con sus ordenamientos locales bajo los principios aquí establecidos..."

(117) Art. 1° del dec. 1036/2004: "Designase al Ministerio de la Producción, a través de su Dirección Provincial de Comercio, Autoridad de Aplicación de la ley 13.133..."

(118) Cfr. arts. 79 a 82 de la ley 13.133.

(119) En tal sentido se desprende del voto minoritario del Dr. De Santis en la sentencia dictada el 15/06/2017 por la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en la Ciudad de La Plata en autos CCALP "Udec SA c. Municipalidad de La Plata s/ proceso sumario de ilegitimidad - otros juicios" causa N° 19.207.

se trata el alcance competencial de los Juzgados de Faltas Municipales en materia de defensa del derecho del consumidor (120).

Allí, en cuanto aquí interesa, se afirmó que:

i) La intervención que la ley 13.133 confiere a los municipios (Título IX, arts. 79 a 82), tiene cabida cuando se suscite un conflicto de consumo en el marco de la ley 24.240, pero ha de operar siempre “de conformidad con los límites en materia de competencias y atribuciones” (art. 79 *in fine*, ley 13.133) de tales entidades.

ii) Aquella actividad de las oficinas locales de aplicación de las leyes 24.240 y 13.133, está estrictamente destinada a verificar la configuración de las infracciones a dicho régimen y, en su caso, aplicar sanciones cuando las empresas incurren en incumplimientos.

iii) En el ámbito local, el sistema tutelar diseñado por la ley provincial 13.133 (art. 45 *in fine*, ley 24.240), se estructura en derredor del procedimiento administrativo relativo a la inspección, comprobación y juzgamiento de las infracciones a los derechos del consumidor o usuario que se encuentra legislado en el Título VIII, capítulo IV de la ley 13.133. El infractor es pasible de las sanciones contempladas en el art. 73 y siguientes de la ley 13.133, con revisión judicial (arts. 23, 59, 70 y concs., ley cit.).

iv) los Jueces de Faltas no pueden actuar al margen de una estricta instancia sancionatoria vinculada al ámbito aplicativo de las leyes 24.240 y 13.133.

(120) Resulta necesario señalar que la mayor parte de los municipios de la provincia de Buenos Aires han implementado las atribuciones que les otorgan los arts. 79 y ss. de la ley 13.133 a través de estructuras similares. En líneas generales las denominadas “Oficinas Municipales” (o simplemente OMIC) se encargan —entre otras tareas— de recibir las denuncias de los consumidores y usuarios, fijar y celebrar conciliaciones entre el denunciante y el proveedor denunciado, así como elevar las actuaciones al organismo municipal de aplicación en el caso que fracase la conciliación. En consecuencia, la parte resolutive del sumario queda reservada a los Juzgados de Faltas municipales. Reflejan dicho esquema, por ejemplo, la Ordenanza N° 16.326 del municipio de General Pueyrredón o el decreto municipal 1089/04 dictado por el Intendente municipal de La Plata.

v) Los órganos mencionados desarrollan atribuciones singulares, asignadas por la norma legislativa (art. 1°, dec.-ley 8751/1977) para propiciar una mayor efectividad en su cometido funcional. En este sentido, el Código de Faltas municipal los faculta a imponer penas de amonestación, multa, arresto e inhabilitación en forma alternativa o conjunta (art. 2°, cit.), como así también de clausura, ya sea a título de sanción definitiva o meramente cautelar (arts. 10 inc. a) y 43, cit.). Empero, dado que no son designados con arreglo al art. 175 de la Constitución, ni integran el Poder Judicial (arts. 160 y concs., Const. Prov.; 1°, 2° y concs. de la ley 5.827 y sus múltiples reformas), es impropio asimilarlos a los jueces y más lo sería adjudicarles o reconocerles las competencias de los jueces.

Desde tal mirador, entendemos que la precedente delimitación competencial de los Jueces de Faltas municipales en materia de defensa del consumidor impide cualquier argumentación sobre una habilitación para actuar lo previsto en el art. 40 *bis* de la ley 24.240 en la provincia de Buenos Aires.

Nótese que en ninguna parte de la ley 13.133, a excepción de los arts. 24 y 28, se prevé que órganos administrativos resuelvan controversias fijando “daños” en favor del consumidor o usuario, facultad que los preceptos antes citados reservan para estadio sentencial propio de un proceso judicial.

Asimismo, creemos que tampoco tal atribución podría derivarse del texto del art. 81 de la ley 13.133 cuando establece en su inc. a), que corresponde a los municipios “implementar el funcionamiento de un organismo o estructura administrativa que se encargará de ejecutar las funciones emergentes de esta ley. A tal efecto, podrán crearse estructuras administrativas u organismos especializados, o asignárselas a organismos ya existentes con potestades jurisdiccionales sobre cuestiones afines”. Es que, conforme la ley de creación de la Justicia de Faltas (el dec.-ley 8751/1977) los Jueces de Faltas no han sido investidos con potestades para resolver controversias entre particulares y menos aún para fijar indemnizaciones por daños, sino para actuar como órganos imparciales en un procedimiento administrativo de corte sancionatorio en razón de transgresiones a diversas

obligaciones impuestas en virtud del poder de policía estatal.

Siendo ello así, bien podemos concluir que en la provincia de Buenos Aires —ya sea en el supuesto de la Dirección Provincial de Comercio como Autoridad de Aplicación Provincial o en el caso ya desarrollado de los Jueces de Faltas municipales— directamente no se configura el primero de los recaudos exigidos en el art. 40 *bis* de la ley 24.240, esto es que “la norma de creación les haya concedido facultades para resolver conflictos entre particulares y la razonabilidad del objetivo económico tenido en cuenta para otorgarles esa facultad es manifiesta”, motivo por el cual consideramos absolutamente estéril avanzar en el análisis del resto de los requisitos previstos en aquella norma.

III.5. Otras cuestiones atinentes a la figura del daño directo

A continuación, realizaremos un somero análisis de otros aspectos de la figura bajo análisis que, por su relevancia práctica, conviene no pasar por alto.

III.5.a. El ejercicio de la facultad determinativa del daño directo, ¿procede a pedido de parte o de oficio?

La nueva redacción del art. 40 *bis* (según ley 26.994) establece que “...los organismos de aplicación...fijarán las indemnizaciones...” mientras que la redacción original de la norma establecía que “...la autoridad de aplicación podrá determinar la existencia de daño directo...” (cfr. ley 26.361).

La diferencia verbal existente entre el actual “fijarán” y el antiguo “podrá”, llevó a cierta doctrina (121) y jurisprudencia (122) a sostener

(121) TAMBUSSI, Carlos Eduardo, “Los caminos del daño directo (antes y después de las recientes reformas)”, LLCaba 2014 (diciembre), p. 598, cita online: AR/DOC/4215/2014; DONZELLI, Belén E., “El daño directo”, en TAMBUSSI, Carlos Eduardo (dir.), obra colectiva Derecho Administrativo de consumidores y usuarios en la CABA, Ed. Jusbaire, 2018, p. 188 y GANINO, Adrián, “Daño directo, pedir o no pedir, esa es la cuestión”, DPI Cuántico, Diario Consumidores y Usuarios nro. 119 del 30/05/2017, p. 2, disponible online en: <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2017/05/Adrian-Ganino-Consumidores-30.05.pdf>.

(122) Cámara Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala III,

que el daño directo puede ser aplicado en forma oficiosa por parte de la autoridad administrativa, no solo en virtud de la literalidad de la norma hoy vigente cuya letra no exige que exista una “petición de parte” sino también porque consideran que, a la luz del art. 3° de la ley 24.240, en caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece dicha norma, prevalecerá la más favorable al consumidor.

Sin embargo, coincidimos con aquellos que argumentan que el principio de oficialidad (123) propio de todo procedimiento administrativo, encuentra su límite en aquellos casos en los que el procedimiento responde exclusivamente al interés privado, sin que concurran, a su vez, circunstancias de interés público que justifiquen la actuación oficiosa del órgano administrativo (124). En tal sentido también ha tenido la oportunidad de expedirse la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal al concluir que el ejercicio de tal facultad requiere del previo reclamo efectuado por el particular damnificado (125).

Expte. RDC N° 3524/0, “Nokia Argentina SA c. GCBA s/ RDC”, sentencia de fecha 10 de septiembre de 2015 y Cámara Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, Expte. RDC N° D4805/0, “Garbarino SAICEI y otros c. GCBA s/ RDC”, sentencia del 10 de julio de 2017.

(123) Según el cual la iniciación, impulso y desarrollo del procedimiento administrativo depende del órgano administrativo y no de la mera voluntad de los particulares, en tanto la Administración pública —como gestora del bien común— tiene el deber de actuar ex officio en la prosecución del interés público: ampliar en CASSAGNE, Juan Carlos, “Curso de Derecho Administrativo”, La Ley, Buenos Aires, 2011, 10ª ed., t. II, p. 20.

(124) CASSAGNE expresamente afirma que se debe “...exceptuar de este principio los trámites en los que medie sólo en interés privado del administrado...”: cfr. CASSAGNE, “Curso...”, ob. cit., t. II, p. 20. Incluso Stupenengo a su vez explica que la indemnización oficiosa del daño directo podría resultar perjudicial a los intereses del consumidor o usuario que hubiera sufrido perjuicios que exceden el concepto de “daño directo” y prefiera reclamar la totalidad de la reparación por vía judicial: STUPENENGO, Juan Antonio, “El daño directo...”, ob. cit., ps. 172 y 173.

(125) CNFed. Contenciosoadministrativo, sala II, “Swiss Medical SA c. DNCI s/ recurso directo de organismo externo”, 21/10/2014, LA LEY del 13/2/2015, p. 4.

III.5.b. La impugnación judicial del acto determinativo del daño directo

La primigenia redacción del art. 40 *bis* de la ley 24.240 contenía una censurable remisión al recurso previsto en el art. 45 de la misma ley a los efectos de la impugnación del acto determinativo del daño directo, reduciendo innecesaria e incorrectamente su alcance al ámbito federal, pues el remedio judicial allí previsto estaba destinado a cuestionar únicamente actos administrativos de carácter sancionatorio dictados por la autoridad nacional de aplicación.

Dicha parcela fue finalmente suprimida por la nueva redacción del art. 40 *bis* (según ley 26.994) toda vez que la regulación de dicha impugnación se presenta —desde la óptica constitucional— como una cuestión propia del derecho procesal local que, como tal, debe ser legislada por cada jurisdicción (Nación, Provincias y Ciudad Autónoma de Buenos Aires) (126).

En virtud de ello, se debe indagar en el ordenamiento procesal de cada jurisdicción la forma de atacar dicho acto determinativo del daño directo.

III.5.b.i. La impugnación en el orden federal

Es la ley 26.993 la que regula el régimen de impugnación del acto determinativo del daño directo en el orden federal. Su art. 38 determina que "la resolución dictada por el Auditor en las Relaciones de Consumo podrá ser impugnada por medio de recurso judicial directo ante la Cámara Nacional de Apelaciones en las Relaciones de Consumo o ante la Cámara de Apelaciones correspondiente". A su vez el art. 76 de la misma norma, aclara que mientras la primera cámara de apelaciones no se constituya (127) el

(126) Conforme surge del dictamen de la Procuradora María Graciela Reiriz, al cual adhirió el Máximo Tribunal, en autos "Flores Automotores SA s/ recurso ley 2268/98" (Fallos 324: 4349) cuando afirma que una inteligencia diversa importaría avasallar la autonomía de las provincias consagrada en los arts. 121 y siguientes de la Constitución nacional, como así también desconocer lo dispuesto en el art. 75 inc. 12 de esa Ley Fundamental. Ver también STUPENENGO, Juan Antonio, "El daño directo...", ob. cit., p. 174.

(127) Por cierto, la Justicia Nacional en las Relaciones de Consumo finalmente no fue constituida debido a un

recurso deberá ser interpuesto ante la Cámara Federal de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo.

Por otro lado, en punto a la legitimación activa, coincidimos con aquellos que atendiendo a los términos amplios del nuevo precepto sostienen que el acto determinativo del daño directo puede ser impugnado judicialmente tanto por la empresa proveedora o prestadora condenada como por el propio consumidor o usuario, este último cuando su reclamo indemnizatorio fuera rechazado o bien acogido parcialmente en sede administrativa (128).

El art. 39 de la misma ley determina que el recurso judicial directo deberá interponerse y fundarse ante el Auditor en las Relaciones de Consumo dentro del plazo de diez [10] días de notificada la resolución y será concedido con efecto suspensivo, salvo que el incumplimiento de la resolución pudiese ocasionar un perjuicio

planteo del Ministerio Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el cual mediante una acción judicial logró frenar su implementación por considerar que violentaba la autonomía de la Ciudad al tratarse de una competencia ordinaria y como tal, de carácter eminentemente local (cfr. art. 129 de la CN). La resolución fue dictada por la Sala II de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal —en la causa 75667/2014 Incidente N° 1 - Actor "Ministerio Público Fiscal CABA Demandado: Estado Nacional— s/ inc. apelación"—, en la que se hizo lugar a la medida cautelar peticionada. Ello derivó en la firma, en fecha 19 de enero del 2017, de un convenio interjurisdiccional de transferencia progresiva de la justicia nacional en las relaciones del consumo entre el Estado nacional y el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, mediante el cual la Ciudad asume la competencia ordinaria en los conflictos de las relaciones de consumo. Al día de hoy, si bien el nuevo fuero aún no se ha gestado, Guiridlian advierte sobre el grave error de concepto que ello implica ya que "...se estaría creando una justicia de "derecho común" prescindiendo de la especialidad propia que asumen las relaciones dependiendo de la materia de que se trate y dada la transversalidad del derecho del consumidor, lo que se patentiza en aquellas que está en juego la prestación de un servicio público...": ampliar en GUIRIDLIAN, Javier D., "Servicios Públicos y Defensa del Consumidor: la articulación de regímenes ante un conflicto y su incidencia en el derecho a la tutela jurisdiccional", JA, "Constitución y Proceso", Número Especial, 2018-I, Parte II, p. 14, nota nro, 67.

(128) STUPENENGO, Juan Antonio, "El daño directo...", ob. cit., p. 175.

irreparable, en cuyo caso, se otorgará con efecto devolutivo.

Esta última norma estipula que el Auditor, dentro de los cinco [5] días de interpuesto el recurso, deberá elevar el expediente a la Cámara Nacional de Apelaciones en las Relaciones de Consumo o a la Cámara de Apelaciones correspondiente, la que deberá disponer su sustanciación y, en su caso, hacer lugar al ofrecimiento y producción de prueba, en caso de ser ello estrictamente necesario para la resolución del recurso directo.

III.5.b.ii. La impugnación en la provincia de Buenos Aires

Conforme lo adelantado en el punto III.4.b. consideramos que mal podría convalidarse que la Autoridad de Aplicación de la provincia de Buenos Aires o bien sus equivalentes en el ámbito municipal bonaerense, resuelvan controversias entre particulares determinando un daño directo en favor de los consumidores y usuarios, toda vez que resultan francamente incompetentes para atribuirse dicha función jurisdiccional a la luz del esquema normativo actualmente vigente en la provincia de Buenos Aires.

Aun así, en el supuesto que la autoridad de aplicación avanzara indebidamente por tal sendero, creemos que tanto el proveedor infraccionado —que a su vez resultó condenado al pago de un daño directo— como el consumidor o usuario disconforme porque se le ha denegado total o parcialmente su reclamo indemnizatorio, se encuentran no solo legitimados para interponer la acción judicial prevista específicamente en el art. 70 de la ley 13.133 (texto según ley 14.652) sino que también, en su carácter de terceros directamente favorecidos por la actuación u omisión que diera lugar a la pretensión, deberán ser citados para intervenir como coadyuvantes en el proceso judicial (129).

(129) Cfr. art. 10 de la ley 12.008 (texto ley 13.101). En referencia a la integración de la litis en estos casos, la jurisprudencia local ha sostenido que "...mal pudo privarse a los consumidores considerados damnificados por la autoridad pública interviniente, de la posibilidad de tomar intervención en el marco del proceso anulatorio del acto que les reconoce un derecho personal, máxime cuando en el código ritual que rige la materia se prevé una figura específica, capaz de arropar a quienes tienen

Según el art. 70 de la ley 13.133, la resolución definitiva (130) adoptada por el organismo correspondiente agotará la vía administrativa. La acción judicial para impugnar dicha resolución deberá iniciarse ante la misma autoridad que dictó el acto administrativo, dentro de los veinte [20] días hábiles de notificada. Dentro de los diez [10] días de recibida la demanda, el Organismo la remitirá junto con el expediente administrativo al Juzgado de Primera Instancia Contencioso Administrativo competente.

A su vez, la norma establece que, en todos los casos, para interponer la acción judicial contra una resolución administrativa que imponga sanción de multa, deberá depositarse el monto de esta a la orden de la autoridad que la dispuso, y presentar el comprobante del depósito junto con el escrito de demanda sin cuyo requisito será desestimado, salvo que su cumplimiento pudiese ocasionar un perjuicio irreparable al impugnante. Sin temor a equivocarnos, consideramos que dicho requisito resulta a todas luces inconstitucional pues cuando el obrar administrativo cuestionado consiste en una sanción al proceder de una persona, no resulta posible condicionar el ejercicio del derecho de defensa del afectado con la imposición de un requisito previo como el exigido en la especie (131).

un marcado interés en mantener la validez de la resolución administrativa que ha sido puesta en tela de juicio, cuando sus derechos puedan verse amenazados por una demanda en contra de la ejecución del acto que los favorece...", concluyendo asimismo que "...ni la legitimidad de la sanción aplicada a la empresa ni la procedencia de la condena a resarcir el daño directo podrían ser decididos sin garantizar previamente la audiencia de los consumidores considerados damnificados por el acto administrativo cuestionado por la actora, por tratarse de cuestiones que se encuentran íntimamente conectadas y no pueden ser escindidas a los fines de su correcto abordaje...": cfr. Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata en la causa C-2963-AZI "Clitz SA", sent. del 06/12/2016.

(130) Cfr. art. 59 de la ley 13.133.

(131) Y así lo ha entendido la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en la ciudad de Mar del Plata en la causa C-6213-MP2 "AMX Argentina SA", sent. del 10/12/2015, aplicando mutatis mutandis la doctrina legal sentada por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en la causa I. 3361 "Herrera", sent. de 19/12/2012.

El proceso judicial respectivo tramitará por el proceso sumario de ilegitimidad del Código Procesal Contencioso Administrativo de la provincia de Buenos Aires (132), a menos que a solicitud de parte del Juez por resolución fundada y basado en la complejidad de la pretensión, considere necesario un trámite de conocimiento más eficaz.

III.5.c. La ejecución judicial del acto determinativo del daño directo

En su primigenia redacción, el art. 40 bis de la ley 24.240 establecía expresamente que, una vez firme, el acto determinativo del daño directo constituiría título ejecutivo a favor del consumidor. De tal forma, la norma habilitaba al consumidor o usuario a obtener, por la vía ejecutiva, el cumplimiento forzoso del acto administrativo que condenó al pago del daño directo, más precisamente: i) por el proceso de ejecución de sentencia, si el acto hubiera sido impugnado y confirmado judicialmente, o ii) de no haber mediado impugnación alguna, mediante el proceso ejecutivo regulado por la norma procesal correspondiente.

Sin embargo, el texto actual introducido al art. 40 bis por la ley 26.994 ya no le brinda expresamente al acto determinativo del daño directo el carácter de título ejecutivo, razón por la cual coincidimos con Stupenengo que —por un lado— con la supresión de tan excepcional vía procesal los actos determinativos de daño directo emitidos tras la reforma deberían ejecutarse judicialmente a través de un proceso sumarísimo (133) y —por otro— que ante el silencio que guarda la norma vigente debe estarse a favor de la posibilidad de que pueda ser ejecutado judicialmente por el particular beneficiario aun cuando aquel no se encontrara firme, de

(132) Art. 67 (texto según ley 13.101) y ss. de la ley 12.008.

(133) Stupenengo además advierte que dicha supresión debe interpretarse a la luz de la versión original del art. 3.3 del Anexo II de la ley 26.994 que disponía, como un recaudo más que debía cumplir la autoridad administrativa para el válido ejercicio de la función jurisdiccional, que sus decisiones gozaran de autoridad de cosa juzgada y fueran susceptibles de cumplimiento forzoso según las reglas relativas a la ejecución de sentencias. STUPENENGO, Juan Antonio, "El daño directo...", ob. cit., p. 176.

acuerdo a lo establecido en el art. 12 de la ley 19.549 y en las análogas normas administrativas locales, toda vez que el acto jurisdiccional de la Administración también goza de ejecutoriedad (134).

Sentado lo anterior y en lo referente al fuero competente para entender en demandas promovidas con el objeto de obtener el cobro de una indemnización por daño directo fijada en los términos del art. 40 bis de la ley 24.240, la Corte Suprema de la Nación tuvo oportunidad de expedirse el 06 de febrero del año 2018 en la causa "Mizrahi, Daniel Fernando c. Empresa Distribuidora Sur SA Edesur s/ otros procesos especiales" (Fallos 341:32). Allí, en el marco de un conflicto negativo de competencia (135), consideró que teniendo en cuenta que "el actor pretendía ejecutar el resarcimiento de un daño fijado por un organismo local mediante una resolución que resulta apelable ante el fuero judicial de esa misma jurisdicción, resultaba razonable y adecuado atribuir competencia a la justicia en lo contencioso administrativo y tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para intervenir en el proceso de ejecución (arg. art. 6°, inc. 1°, del Cód. Proc. Civ. y Com.)".

Asimismo, en "Mizrahi" la Corte agregó que no obsta a tal solución "el hecho de que se trate de una ejecución promovida entre particulares pues la normativa vinculada con la defensa y protección de los derechos del consumidor en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires prevé la posibilidad de que ante el fuero local tramiten ejecuciones sin que resulte necesario que la autoridad administrativa local sea parte".

Aun así, a nivel local se dictaron posteriormente fallos que —contrariando la solución antes señalada— se inclinaron en el ámbito bonaerense por atribuirle competencia al fuero civil y comercial en lo que respecta al cobro de los

(134) Ampliar en completa obra de STUPENENGO, Juan Antonio, "Ejecución judicial del acto administrativo", Astrea, 2017, 1ª ed., p. 112 y ss.

(135) Es decir, ya no venía discutida la legitimidad o constitucionalidad de la figura prevista en el art. 40 bis de la ley 24.240, razón por la cual el Alto Tribunal no tuvo oportunidad de expedirse sobre ello.

importes fijados en sede administrativa en concepto de daño directo, decisión que en la especie consideramos acertada.

Desde dicha óptica, la Cámara Civil y Comercial de Necochea mediante sentencia dictada el día 08/08/2018 en autos “Valencia, Santiago Nicolás y otro/a c. Stewart Brown David Juan s/ cobro ejecutivo” Expte. N° 11.216, explicó que el precedente de CSJN “Mizrahi” no resultaba aplicable al caso porque la competencia allí asignada por el Máximo Tribunal respondía a otras circunstancias fácticas y jurídicas (pues se dirimía un conflicto de competencia entre jueces del fuero nacional —Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial— y magistrados locales —Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de CABA—).

En ese andar, la Alzada entendió que el conflicto traído ante sus estrados debía resolverse en favor de la competencia de la Justicia Civil y Comercial, descartando la correspondiente al fuero Contencioso Administrativo, siendo que la cuestión debatida se encontraba, de modo primordial, reglada por el derecho privado y expresamente excluida de la materia contencioso-administrativa (136) (art. 4°, inc. 1° de la ley 12.008 —texto según ley 13.101—).

III.6. Breve mención sobre el daño directo en el Proyecto de Ley de Defensa del Consumidor

También debemos comentar que existe actualmente un proyecto de ley ingresado por la mesa de entradas del Senado de la Nación Argentina con fecha 29-08-2019 (Expediente N° 2576/19). Este plantea una reforma integral de la materia consumeril, propone la derogación de la ley 24.240 e incluye —entre muchas otras previsiones ajenas al objeto del presente trabajo— una reformulación de la figura del daño

directo a través de sus arts. 150 a 154, otorgándole a la nueva autoridad de aplicación de la norma —denominada Autoridad Nacional del Consumidor (ANCON)— mayores facultades en relación con lo normado por el actual art. 40 bis de la ley 24.240. Así, advertimos que de acuerdo con el art. 150 la autoridad administrativa no solo quedaría facultada a condenar al pago de una indemnización por daño emergente que sea consecuencia inmediata o mediata de la lesión a bienes o intereses objeto de la relación de consumo de naturaleza patrimonial de titularidad del consumidor o usuario, sino que también se la habilitaría a ordenar “...la entrega por el proveedor de un bien equivalente y de las mismas características que el producto defectuoso o vicioso o, a opción del consumidor, su valor dinerario...” y a “...la restitución de sumas de dinero indebidamente percibidas por el proveedor de bienes y servicios...”

Entre los fundamentos del anteproyecto en este punto encontramos que el objetivo estipulado por el legislador consistiría en “dotar de mayor eficacia a los derechos del consumidor, no solo porque el trámite es más rápido, sino porque no todos los consumidores que quedan insatisfechos en sede administrativa luego promueven la acción judicial. Se evita, así, la eventual promoción de acciones judiciales, con el consiguiente beneficio de no continuar recargando la labor judicial con juicios de escasa cuantía” (137).

Asimismo, el art. 154 del proyecto aclara que, para el ejercicio de dicha función, “...las Autoridades Locales de Aplicación deberán reunir los mismos requisitos establecidos en esta ley para la ANCON...”, los cuales a su vez surgen del art. 124 y ss. En tal sentido, los legisladores firmantes del proyecto también explican que dicha solución se sustenta en las pautas sentadas por la CSJN en “Ángel Estrada”, fundamento que —como podremos explicar seguidamente— desinterpreta la doctrina que en la materia sentó nuestro Máximo Tribunal.

(136) Argumento que resulta coincidente con aquel desarrollado por la Dra. Laura Monti —como Procuradora Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación— en el dictamen correspondientes a la causa “Mizrahi” (Fallos 341:32). Cabe agregar que en dicha opinión la Procuradora no pasó por alto que el actor no solo pretendía en demanda ejecutar el acto determinativo del daño directo, sino que además perseguía —conforme a lo normado por el art. 52 bis de la ley 24.240— que se aplicara a su favor una multa civil (daño punitivo) a la demandada.

(137) Ampliar en DANESI, Cecilia C., “El daño directo en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor” en Suplemento Especial Comentarios al Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor del 27/03/2019, LL AR/DOC/655/2019.

IV. La cuestión constitucional

IV.1. El instituto del daño directo como resolución de una controversia entre particulares que se encuentra regida por normas del derecho común

El derecho común se encuentra conformado por las leyes sancionadas por el Congreso nacional, en virtud de las facultades delegadas por las provincias para dictar los códigos de fondo, previstos en el art. 75, inc. 12, CN. En tal sentido, se suele decir que el derecho común se opone al concepto de derecho federal en cuanto este último es sancionado "...por el legislador nacional tendiente a la consecución, de modo inmediato, de todos los fines que se atribuyen al Congreso y al gobierno federal por el preámbulo y los preceptos de la Constitución, sin perjuicio de considerar la existencia de interrelaciones entre ambos tipos de leyes, atendiendo al carácter sistemático del ordenamiento jurídico y la aplicación de uno u otro tipo de normas para resolver el conflicto de interpretación jurídica..." (138).

A su vez, Guiridlian recuerda que "si bien las 2 grandes ramas en las que el derecho se escinde son la pública y la privada, por sobre las mismas se encuentran ciertos preceptos que por 'comunes' y dada la unicidad del derecho como ciencia, aplican a ambas" (139).

Siendo ello así, debemos resaltar que Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció expresamente que la ley 24.240 integra el derecho común en tanto fue dictada por el Congreso de la Nación en ejercicio de las facultades otorgadas por el art. 75, inc. 12 de la Carta Magna (140).

(138) GUASTAVINO Elías, citado por ABERASTURY, Pedro en "Las funciones...", ob. cit., p. 1.

(139) GUIRIDLIAN, Javier D., "Servicios Públicos...", ob. cit., p. 13.

(140) Adhiriendo al dictamen de la Procuradora María Graciela Reiriz, la CSJN confirmó que "la ley 24.240 de Defensa del Consumidor fue sancionada por el Congreso de la Nación, dentro de las facultades que le otorga el art. 75, inc. 12 de la CN y, según se desprende de los antecedentes parlamentarios, tuvo por fin llenar un vacío existente en la legislación argentina, pues otorga una mayor protección a la parte más débil en las relaciones comerciales —los consumidores— recomponiendo, con un sentido ético de justicia y de solidaridad social, el

Como anticipáramos, es posible afirmar que la facultad atribuida en el art. 40 bis de la ley 24.240 (141) a las autoridades administrativas es de carácter jurisdiccional; toda vez que persigue la resolución de una controversia entre dos o más sujetos con fuerza de verdad legal, el cual se encuentra regido por preceptos de derecho común: más precisamente aquellas normas tuitivas de los derechos de consumidores y usuarios como asimismo las que regulan la responsabilidad en el Cód. Civil y Comercial.

IV.2. Mi posición a la luz de la Constitución nacional argentina y de la doctrina de la Corte Suprema de la Nación

Llegados hasta aquí bien podemos concluir que tanto la ley 26.994, al modificar el texto primigenio del art. 40 bis de la ley 24.240, como las partes pertinentes del nuevo Proyecto de Ley de Defensa del Consumidor ingresado en el Senado de la Nación Argentina (Expediente N° 2576/19) no hicieron más que transpolar (142) indebidamente los requisitos previstos en el considerando 12 del voto de la mayoría de la Corte Suprema de la Nación en "Ángel Estrada", toda vez que con dicho proceder no resulta posible conjurar el defecto genético que reside en la propia naturaleza indemnizatoria del daño directo como facultad materialmente jurisdiccional en cabeza de la Administración.

Es que ya no quedan dudas que la ley mal puede detraer de la competencia judicial ordi-

equilibrio que deben tener los vínculos entre comerciantes y usuarios, que se veían afectados ante las situaciones abusivas que se presentaban en la vida cotidiana. En consecuencia, estimo que dicha norma integra el derecho común, toda vez que resulta complementaria de los preceptos contenidos en los Códigos Civil y de Comercio, por lo que, tal como lo establece el art. 75 inc. 12 "...no altera las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones..." (autos "Flores Automotores SA s/ recurso ley 2268/98", Fallos 324: 4349). También encontramos idéntica posición del Máximo Tribunal en "Dilena Silvia Delia c. Peugeot Citroën Argentina SA s/ demanda ordinaria" (Fallos 330:133).

(141) Así como la prevista en el art. 150 del Proyecto señalado en el punto III.6.

(142) Entre otras modificaciones menores ya comentadas.

naria el conocimiento de conflictos entre particulares, regidos por el derecho común.

Habremos de acompañar en tal sentido, la opinión de Pablo Perrino, quien en ocasión de analizar la figura del daño directo prevista en el art. 40 *bis* de la ley 24.240, sostuvo que “en el caso de las autoridades administrativas de aplicación de la Ley de Defensa de los Consumidores no existe una causa razonable, fundada en la naturaleza de la actividad o materia, que sustente la atribución de competencias a favor de las autoridades administrativas de defensa del consumidor y justifique el desplazamiento de la justicia ordinaria para decidir sobre cuestiones que, lejos de vincularse con aspectos técnicos o científicos, importan el juzgamiento de cuestiones regidas por el derecho común (responsabilidad civil) y que, por ende, están comprendidas dentro del cúmulo de competencias propio y natural de los jueces por imperativo constitucional” (143).

Creemos que tampoco dicha facultad podría encontrar sustento en el art. 42 de la CN cuando se le confiere al Congreso el mandato para que establezca “procedimientos eficaces para la prevención y solución de los conflictos” (144).

En primer lugar, porque ello ni siquiera fue valorado por la propia Corte Suprema de la Nación en el *leading case* “Ángel Estrada”, sin duda hubiese sido fácil para el Alto Tribunal recurrir a dicha norma constitucional en orden a brindar una solución diferente. Empero, no solo evitó caer en dicha tentación, sino que también cerró filas en torno a nuestro sistema constitucional “judicialista” (145).

(143) PERRINO, Pablo E., “Algunos comentarios...”, ob. cit., p. 93.

(144) Cfr. CASSAGNE, Juan C., “Las facultades...”, ob. cit., p. 11.

(145) Reiteramos las precisas palabras de CASSAGNE sobre esta cuestión: “mientras se mantenga esta jurisprudencia, se ha cerrado bastante el camino que algunos pretenden abrir para crear tribunales administrativos que entiendan, con competencia establecida como cláusula general, en los litigios administrativos (así como parece haberse cerrado totalmente la posibilidad de habilitar a estos tribunales el juzgamiento de controversias entre particulares, reguladas por el derecho común”: CASSAGNE, Juan Carlos, “Los grandes principios...”, ob. cit., p. 130 y ss.

En segundo lugar y en línea con lo anterior, estimamos que el mandato constitucional previsto en el art. 42 de la CN no debe aplicarse en forma aislada soslayando el resto del ecosistema constitucional, más aún cuando una lectura distorsionada de dicha norma podría entrar en pugna con nuestro sistema de división de poderes (146).

En suma, la figura del daño directo prevista tanto en el art. 40 *bis* de la ley 24.240 (según ley 26.994) como en el art. 150 y ss. del nuevo Proyecto de Ley de Defensa del Consumidor, no resulta compatible con la interdicción del art. 109 de nuestra Carta Magna ni con el sistema constitucional que surge de los arts. 18, 116 y 117 de la CN, pues pasa por alto que son solo los jueces los únicos investidos con competencia para dirimir controversias entre particulares en las que se ventilen cuestiones regidas por el derecho común, como lo es —en el caso— el juzgamiento de la responsabilidad civil de un proveedor por los daños ocasionados y, en consecuencia, la determinación de una condena en favor del consumidor o usuario (147).

(146) En tal sentido resulta reprochable el voto mayoritario del fallo plenario dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal en causa “Edesur SA c. Resolución N° 361/05 ENRE - RS 568/08 SE” sent. del 13/07/2011 al afirmar que “... debe, entonces, interpretarse, que el Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) resulta competente para reparar el daño emergente —valor de reparación o sustitución del objeto dañado, es decir la restitución de las cosas a la situación anterior al hecho generador— cuando los usuarios voluntariamente —confr. art. 72 de la ley 24.065— así lo requieran. No resulta ocioso recordar que los particulares tienen derecho a la protección de sus intereses económicos y a que se establezcan procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos (art. 42 CN) y que el deber “atribuido” al Estado de proveer a esta protección incluye a las funciones legislativas, administrativas y jurisdiccionales...”.

(147) Aun así, la jurisprudencia de la CABA hasta el momento se ha inclinado por la constitucionalidad del instituto: ver Cámara Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala II, Expte. RDC 3246/0, “Primera Red Interactiva de Medios Argentinos Prima SA c. GCBA”, sentencia del 22 de octubre de 2013; Expte. RDC N° D65242, “Swiss Medical c. GCBA s/ RDC”, del 14 de mayo de 2015; Expte. RDC N° D295/0 “Harbin SA y otros c. GCBA s/RDC”, sentencia del 17 de diciembre de 2015 y, más recientemente, en Expte. RDC N° D1502/0, “AMX Argentina SA c. GBCA s/ RDC”, sentencia del 15 de junio de 2017. En el mismo sentido,

V. Colofón

La Constitución de la Nación Argentina impone una concepción clara y contundente de la separación de los poderes que constituyen el Gobierno nacional, y de las jurisdicciones entre la Nación y las provincias, de lo que surge, sin lugar a duda alguna, que a las provincias corresponde asegurar la administración de justicia dentro de sus límites territoriales (art. 5°) y establecer sus respectivos poderes judiciales (arts. 121 y 122), reservándoles la aplicación del derecho común (art. 75, inc. 12) **(148)**.

Como afirmamos, nuestro sistema constitucional judicialista, impide genéticamente la habilitación de tribunales administrativos para resolver litigios regidos por el derecho común. En razón de ello, cualquier norma que conduzca a sustraer de los jueces provinciales la aplicación del derecho común, no conseguiría sino violentar dicho principio.

Por otro lado, recordamos también que desde el punto de vista constitucional no resulta posible delegar lo que no es propio. Si el mismo Poder Legislativo no puede delegar en forma total sus funciones propias (cfr. art. 76, CN), menos aún podría encomendar al Poder Ejecutivo las que le corresponden naturalmente al Poder Judicial por asignación constitucional exclusiva. Admitir ello importaría transgredir no solo el mandato prohibitivo del art. 109, CN, sino también lo que el máximo cuerpo legal preceptúa en su art. 29 **(149)**.

la Sala I de dicha Alzada en Expte. RDC N° 3790/0, "AMX Argentina SA c. GCBA s/ RDC", sentencia del 23 de junio de 2014.

(148) En similar sentido remitimos nuevamente al considerando 14 del voto de los Dres. Pedro Aberastury (padre) y Luis María Boffi Boggero en la causa CSJN "Fernández Arias".

(149) BIANCHI, Alberto, "Reflexiones...", ob. cit., p. 4 y GUIRIDLIAN, Javier D., "Otra forma...", ob. cit., nota al

Para más, consideramos que la decisión de asignar funciones de carácter jurisdiccional a diversas autoridades administrativas siempre ha perseguido el resguardo de dos valores: especialización y celeridad.

En cuanto al primero, ya tuvimos oportunidad de explicar que la aplicación de normas de derecho común (como lo es el régimen tuitivo de los derechos de consumidores y usuarios) no precisa de especialización técnica alguna, como sí en cambio se requiere de parte del ente regulador al cual la ley expresamente le encomendó administrar un régimen estatutario (marco regulatorio regido por derecho público administrativo).

En lo referente a la rapidez con la que deben resolverse las controversias regidas por normas de derecho común **(150)** creemos que únicamente políticas presupuestarias adecuadas permitirán que el Poder Judicial cumpla con celeridad la función constitucional que le fuera asignada. Ello redundará en la asignación de los recursos necesarios para crear órganos judiciales de vanguardia. Más que nunca necesitamos de un proceso moderno —caracterizado por su extrema inmediatez, economía y tecnología aplicada— que permita a las partes resolver fácilmente su conflicto y en donde se privilegie, especialmente, la eficaz resolución de reclamos de menor cuantía. Solo así podremos asegurar, para este tipo de casos, una verdadera tutela judicial continua y efectiva.

Hoy parece utópico, pero no olvidemos que "la utopía de un siglo, a menudo se convirtió en la idea vulgar del siglo siguiente" **(151)**.

pie nro. 36, p. 7

(150) Aunque claramente resulta aplicable a cualquier tipo de causa judicial.

(151) Frase célebre atribuida a Carlo Alberto Pisani Dossi (1849-1910), escritor, político y diplomático italiano.

Regímenes de iniciativa privada a nivel nacional

Oswaldo R. Saldarini

Sumario: I. Introducción.— II. El plan de trabajo.— III. Los contratos que celebra el sector público.— IV. La iniciativa privada.— V. Los presupuestos justificantes de los derechos del iniciador.— VI. La iniciativa privada y los contratos de participación público-privada.— VII. Colofón.

I. Introducción

Los contratos públicos siempre han revestido gran trascendencia como instrumentos para la satisfacción del interés general, cuya realización justifica la existencia misma del Estado. Con marchas y contramarchas en cuanto a la concepción sobre el rol de este último (principal o subsidiario) de acuerdo con las concepciones políticas predominantes en cada tiempo sobre sus fines (1), no hay dudas de que dicho instituto representa no solo un medio para satisfacer necesidades públicas (económicas y sociales) sino que supone —además— una fuente de lucro o beneficio para el particular que contrata con el Estado (2). Este último, por vía del contrato, asigna fondos públicos, franquea el acceso a bienes de su dominio o expande de algún modo la esfera de derechos del particular con quien enlaza su voluntad.

De manera que, así como cada contrato administrativo que celebra el Estado supone un piso de rentabilidad social, al mismo tiempo representa una fuente de generación de riqueza para los particulares que se avienen a celebrarlos. Del lado de los particulares, el contrato público no deja de ser un bien más que el mercado ofre-

ce como oportunidad de inversión y fuente de renta.

En ese sentido, el contrato administrativo supone una situación jurídica subjetiva exclusiva y excluyente respecto de esa porción de interés público que este —con su objeto— represente, que es disputable por los agentes del mercado que tengan interés en celebrarlo.

La definición sobre su merecimiento debe darse a favor de aquel que demuestre —con la oferta más conveniente al interés público, realizada en un escenario contingente— que proveerá las mejores condiciones para llevar a cabo las prestaciones involucradas en el objeto del contrato. Es decir, la adjudicación se valida ante la demostración de que el particular formuló la mejor propuesta posible, de acuerdo con las circunstancias de tiempo y lugar.

En ese sentido, no se discute que dicha decisión debe darse en un marco de competencia, pues esta, siempre que sea posible, supone un reparto más eficiente de recursos. Para garantizarla, se la dota de una serie de principios que campean en los procedimientos que el Estado pone en marcha para seleccionar la oferta más conveniente y adjudicar el contrato a quien la proponga.

El trato igualitario, la publicidad y la transparencia, sin dudas constituyen las garantías para que ello pueda concretarse. Por ello, en los procedimientos de selección de tipo público se espera, como efecto inmediato, la mayor concurrencia posible de interesados, de manera que ello redunde en una mayor cantidad de ofertas

(1) V. G. ARIÑO, "Economía y Estado", Abeledo Perrot, 1993 y, del mismo autor, "La Regulación Económica. Teoría y práctica de la Regulación (con un estudio preliminar de J. C. CASSAGNE)", Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, 1996.

(2) Ello a punto tal que la rentabilidad obtenida por los particulares en tal carácter se suele presentar como un factor de constante preocupación en lo que hace a la necesidad de que se presente en un justo quicio.

admisibles para celebrar el contrato y, por operatividad del principio de igualdad, obtener una comparación de ofertas que sea real.

La licitación y el concurso público aparecen como procedimientos mandatorios para lograr el mentado fin de asignar el contrato de condiciones de competitividad y transparencia, obteniendo así la oferta más conveniente al interés público.

Hay que decir que, ya desde hace un tiempo, posiblemente desde que se tomó conciencia sobre la finitud del presupuesto público para afrontar todas las prestaciones que reclama la satisfacción de las cada vez mayores necesidades que expresa la sociedad, ha variado el rol que se espera de los particulares de cara a los contratos que el Estado celebra a dicho fin. También el desarrollo de tecnología de manos de los particulares ha sido un factor que, sin dudas, contribuyó al cambio de paradigma.

Se propicia que sean los particulares quienes hagan el aporte del capital y/o de tecnología necesario para financiar la realización de obras y la prestación de servicios. Incluso, como natural exigencia del riesgo que ello supone para quienes realizan la inversión, el Estado permite (y fomenta) que aquellos sean protagonistas en la elaboración de la matriz del negocio que coadyuvará a satisfacer el interés público; y, por supuesto, que compitan por su adjudicación.

De la mano de dicho cambio de concepción se ha abierto paso a la gesta de los denominados regímenes de iniciativa privada, que recompensan la actividad de los particulares que detecten una necesidad pública y propongan el modo de satisfacerla, a partir de la figura del contrato público. Ello, mediante un proyecto o propuesta en el cual se detalle su objeto, se demuestre su viabilidad y se exhiba cómo armoniza con el interés público. Dichos regímenes asumen que la actividad de los particulares contribuye con el desarrollo de la función de planificación para satisfacer la demanda pública insatisfecha, mediante su detección y con el diseño del modo de conjurarla a partir del ne-

gocio jurídico que se le propone al Estado que celebre con dicho fin (3).

Así, se reconocen derechos a aquellos particulares que, de manera naturalmente interesada, pongan en consideración del Estado proyectos de contratos que procuren conjurar alguna necesidad pública, siempre que este último comparta la proposición del particular mediante su declaración de interés público. Son el incentivo para que se movilice el capital privado y los particulares asuman, de ese modo, parte de las funciones que son propias del Estado.

A nivel nacional, aunque inicialmente tales regulaciones encontraron la luz respecto de aquellos contratos vinculados al desarrollo de obras públicas [sean o no de infraestructura (4)]

(3) J. C. CASSAGNE, afirma que la utilización del régimen podría operar una modificación del rol del Estado en la planificación de los proyectos de obras y/o servicios públicos de la infraestructura pública y que, en virtud de su amplitud, las empresas podrían sustituir al Estado en el papel que antes cumplía en la planificación de los distintos proyectos (Curso de Derecho Administrativo, 10ª ed., t. II, p. 532). Considero que dicha sustitución sólo podría darse en el plano material relativo a la mentada detección de la necesidad pública y diseño de la posible respuesta vía celebración de un contrato administrativo, desde que el rol de planificador que el Estado detenta no puede ser abandonado pues es el único legitimado para impartir políticas comunes, cuya necesidad se hace palmaria en materia de desarrollo de infraestructuras (v. por todos, I. M. DE LA RIVA, "Lo Público y lo Privado en el Derecho de las Infraestructuras", LA LEY, p. 31 y ss.); tal como sostiene J. Guiridlian Larosa, la planificación para el desarrollo de infraestructuras a cargo del Estado constituye el corolario de los diferentes —aunque no antitéticos— intereses que existen en el ámbito público y el privado (donde el sector público busca asegurar la satisfacción del bien común y el privado propende a la obtención de lucro comercial), por cuanto la realización de obras públicas trasciende el mero interés comercial, e involucra el público cuya gestión aquél tiene a su cargo (Contratación Pública y Desarrollo de Infraestructuras, Lexis Nexis, p. 21 y "Contratación pública y desarrollo de infraestructuras: la asociación público privada como técnica idónea en pos de la efectiva promoción en un reciente proyecto de ley", Thomson Reuters, AP/DOC/883/2016).

(4) J. C. Expósito Vélez y J. E. Santos Rodríguez sostienen que el concepto de infraestructura desborda el de obra pública, por lo que no toda obra pública constituye o forma parte de una infraestructura, pues este último concepto se identifica con los conceptos de red y organización para la prestación de un servicio y en los que el desarrollo

y de servicios públicos, con su tradicional especie de la concesión, se extendieron, luego, a los demás contratos que el Estado puede celebrar para cumplir sus fines. Salvo las escasas excepciones que —por expresa exclusión normativa— pueden computarse, la mayoría de los contratos públicos que pueden ser celebrados por el denominado Sector Público Nacional resultan susceptibles de ser propuestos en el marco de alguno de los regímenes hoy vigentes.

En tales regímenes vernáculos, antes y ahora, el grueso de los derechos que se confieren consiste en acordar ventajas de tipo competencial en favor del particular cuyo proyecto sea declarado de interés público, y estos inciden en la solución natural que debiera presentar la compulsa pública por el contrato. De tal modo, se configura una tensión con los principios que campean la selección del contratista del Estado, en particular con el principio de igualdad.

Por ello, nos proponemos indagar sobre los recaudos y presupuestos que debe exhibir un proyecto de iniciativa privada para ser declarado o calificado de interés público y, así, válidamente habilitar la inclinación del fiel de la balanza a favor del iniciador, para que se haga acreedor del contrato pese a la existencia de otras ofertas mejor calificadas.

Propiciaremos la determinación de presupuestos relevantes, cuyo cumplimiento, según el caso, consideramos ineludible para justificar la mentada declaración de interés público. Desde nuestro punto de vista, estos configurarían los recaudos intrínsecos que el proyecto debe satisfacer para validarse como beneficiario de los derechos que cada régimen vigente confiere a favor de su iniciador.

Solo mencionamos aquí que estos se vinculan con la autosuficiencia y el cariz innovador del proyecto de que se trate.

Conscientes de que el interés público es susceptible de ser satisfecho en diverso grado según

de la obra como prestación va acompañada de otras que comprende actividades conexas ("La iniciativa privada en las concesiones de infraestructura y servicios públicos", p. 89). Sobre las dificultades para conceptualizar y caracterizar a las infraestructuras, puede acudirse al libro de I. M. De La Riva citado en la nota anterior (p. 1 y ss.).

cual fuere el contrato de que se trate, para el análisis acerca de cómo deben presentarse los mentados presupuestos introduciremos un matiz que tiene que ver con acudir a la básica clasificación de los contratos públicos, que los distingue entre contratos de colaboración y contratos de atribución. Pensamos que el modo con que se nutre cada categoría puede reportar algún rendimiento en la búsqueda de la justificación de los derechos que el correspondiente régimen de iniciativa privada acuerda a favor del particular.

Finalmente, atento el dictado de la ley de Contratos de Participación Pública Privada y la compatibilidad que el legislador allí dispuso entre los procedimientos de selección del contratista y los procedimientos de iniciativa privada, pretendemos escudriñar sobre la necesidad de un régimen propio que catalice las proposiciones que hagan los particulares para la gesta de dichos contratos.

II. El plan de trabajo

El derrotero de este trabajo transitará, primero, por una somera conceptualización del instituto del contrato público, así como una breve referencia a la concepción actual que impera sobre las formas que —por regla— deben respetarse para la selección del contratista y la adjudicación de un contrato de esa clase. Dicha parcela del trabajo, a su vez, se verá complementada con la descripción de los elementos que la doctrina toma en cuenta para efectuar la clasificación de los contratos a la que hemos hecho mención; siendo en este punto relevante, como adelantamos, la forma en que el interés público queda satisfecho con cada una de las especies que compone la clasificación.

Luego, pasaremos a la caracterización de la iniciativa privada y la detección de los regímenes vigentes, señalando sus antecedentes en la legislación nacional. En dicha labor, estableceremos primero los caracteres comunes que a lo largo del tiempo se han ido presentando y que se plasman en los regímenes vigentes en la actualidad.

A partir de allí, consideramos que puede extraerse lo que entendemos que es el primer presupuesto que debe darse en cada proyecto de iniciativa privada: lo denominaremos "autosuficiencia".

Su conceptualización estará acompañada de algunas consideraciones sobre el conflicto que puede suscitarse ante la necesidad de acreditar este presupuesto con información suficiente y el resguardo de datos sensibles de propiedad del particular iniciador, donde delinearemos posibles modos de disipar el riesgo que conlleva su uso indebido. Riesgo que, en términos competitivos, se generará para el iniciador cuando el aporte de información implique la posibilidad de quedar en desventaja frente a terceros interesados en la celebración del contrato.

A continuación, abordaremos una nota diferencial que, por lo menos si se atiende al texto expreso de la norma, se presenta entre ambos regímenes y que da lugar a la consideración del restante presupuesto mencionado: el denominado "cariz innovador".

Dado que la mentada exigencia está presente en forma expresa solo en uno de los regímenes vigentes, nos propondremos indagar si, allende dicha literalidad, puede establecerse su exigencia en ambos regímenes y, en su caso, con qué alcance. En este punto será inexorable atender al ámbito objetivo de cada régimen y la finalidad que el legislador ha perseguido al admitir la iniciativa privada como motor para la celebración de los grupos de contratos comprendidos en cada cual.

Trataremos de establecer cómo interactúan entre sí ambos presupuestos y la intensidad con que deben presentarse para validar la declaración de interés público (y los derechos derivados de tal calificación). Dado que pensamos que algún punto de balance debe existir entre estos, ensayaremos la clasificación de contratos públicos ya mencionada, para determinar si reporta alguna utilidad para explicar su modulación.

Asimismo, atento el dictado de la ley 27.328, haremos un esbozo de consideraciones sobre algunos aspectos particulares de dichos contratos que estimamos no pueden ser soslayados a la hora de delinear el régimen de iniciativa privada que pase a regirlos.

Una breve reflexión a modo de colofón pondrá fin a este trabajo.

III. Los contratos que celebra el sector público

III.1. Una clasificación básica

Hemos anticipado que tenemos intención de establecer si la clasificación de contratos que en la doctrina nacional (5) encontró la luz en la obra de Marienhoff (6) y que en nuestros días postulan también Cassagne (7) y De la Riva (8), aporta algún elemento de utilidad de cara al propósito de nuestro trabajo. Los autores mencionados distinguen entre los llamados *de colaboración* y *de atribución* (9).

La clasificación toma en cuenta, como criterio de distinción, ponderar sobre quién recae la prestación principal, fundamental o determinante que resulte objeto del contrato: esto es, si está a cargo de la Administración o del particular. En el primer supuesto, que ciertamente presenta un universo menos numeroso de casos, estaremos a frente a un contrato *de atribución* (10), mientras que, el segundo, refiere a un contrato *de colaboración* (11).

(5) En el ámbito internacional, según afirmara F. Garrido Falla, fue Zwahlen quien primero formuló dicho distingo ("Tratado de Derecho Administrativo", vol. II, 20ª ed. con la colaboración de A. Palomar Olmeda y H. Losada González, p. 78).

(6) Tratado de Derecho Administrativo, t. III-A.

(7) El Contrato Administrativo, 3ª ed.

(8) DE LA RIVA, I. M., "La concesión de uso de bienes del dominio público", JA 2010-III, p. 56 y ss. y, profundizando más aun dicha idea, "La concesión de uso el dominio público", en CASSAGNE, J. C. (dir.), AAVV, Tratado General de los Contratos Públicos, t. III, p. 611 y ss.).

(9) Debemos señalar que dicha clasificación no es de utilización generalizada por la doctrina. Aun cuando se ha dado cuenta de su existencia, no la han utilizado para explicar el instituto (v. gr. ESCOLA, H. J., "Tratado Integral de los contratos administrativos", vol. I, p. 218 y ss.).

(10) Como podría ser un contrato de concesión de uso de un bien del dominio público. Donde la prestación principal, que consiste en poner el bien o cosa a disposición del concesionario, se posa en cabeza de la Administración; siendo el pago del canon que pudiere exigirse al concesionario una prestación de tipo secundaria impuesta en contrapartida por las ventajas que el particular obtiene.

(11) Como podrían ser los contratos de obra pública, de concesión de obra o servicios públicos. En los que la

Pero no solo aquello.

Dicha clasificación, a la que acudió Marienhoff para demostrar en qué supuestos se está en presencia de un contrato administrativo propiamente dicho en razón de su objeto (12), se nutre también de otra consideración para caracterizar a cada categoría.

Ella tiene que ver con el modo —directo o indirecto— con que, en cada categoría, queda satisfecho el interés público.

El mencionado autor explica que “es un error pensar que todo acto administrativo creador de derechos públicos subjetivos debe tener como causa jurídica el interés público directo e inmediato; dicha causa puede ser válidamente el interés público mediato o indirecto, logrado a través de los intereses particulares de los sujetos de derecho nacidos al amparo de aquellos actos”; la condición es que estos guarden concordancia con los fines de la ley (13).

Respecto de los contratos *de atribución*, Marienhoff afirma que estos no se celebran teniendo por mira directa e inmediata la satisfacción del interés público, sino el interés privado del cocontratante, pues se confiere una ventaja al administrado (14). Esta situación resulta inver-

prestación que hace a la esencia del contrato está en cabeza del particular que lo celebra con la Administración, quien con su actividad satisface el interés general.

(12) Sobre lo cual afirma que será así: “1° cuando tratándose de una prestación a cargo del cocontratante (contrato de colaboración), dicha prestación se relacione, directa e inmediatamente, con alguna de las funciones esenciales o específicas del Estado, con los fines públicos propios de este. 2° cuando, tratándose de una prestación a cargo de la Administración Pública (Estado) —contrato de atribución— la prestación se refiera a un objeto que, dentro de lo jurídicamente posible como acto convencional o contractual, excluya la posibilidad de ser materia de un contrato entre particulares, sea por tratarse de un objeto o de una figura jurídica que, perteneciendo exclusivamente al trato o comercio de derecho público, resulta insusceptible de ser utilizado en las convenciones o contratos que celebren los particulares entre sí”.

(13) MARIENHOFF, M. S., ob. cit., t. V, p. 454.

(14) DE LA RIVA, I. M., con cita de FERNÁNDEZ ACEVEDO, hace saber que, en la doctrina comparada, han surgido diversas voces que controvierten la premisa de que el interés público ocupe un lugar secundario cuando

sa en el caso de los contratos *de colaboración*, dado que, por la naturaleza de las prestaciones que el particular asume a su cargo como colaborador de la Administración en la satisfacción del interés público, este último queda satisfecho en forma directa (15) y es donde el Estado obtiene la ventaja.

De ello se derivan consecuencias diversas para cada estirpe en lo que hace a: (i) la ejecución del contrato, en cuanto a las prerrogativas de la Administración, pues se afirma que en los contratos *de colaboración* existe un rigorismo mayor en lo que hace a la intensidad con que se expresa la exorbitancia del régimen administrativo aplicado al contrato de prerrogativas públicas (algunas de las cuales aparecen morigeradas o resultan inaplicables en los contratos *de atribución*); (ii) la interpretación de las cláusulas del contrato (resolviéndose la duda a favor del particular en los contratos *de atribución*) y (iii) su extinción, dado que se admite que la renuncia del particular resulta eficaz para poner fin a la vida de un contrato *de atribución* (16).

Dentro de los contratos *de atribución*, presenta particular interés el de concesión de bienes del dominio público. Dicha figura encuentra expresa nominación en el ordenamiento positivo nacional, que lo consigna como una categoría contractual (17).

Dicho contrato configura uno de los posibles títulos que franquean el uso especial (una situación jurídica singularizada, con calidad excluyente) sobre bienes que, por definición, están destinados al uso común de la ciudadanía. Por expresa voluntad estatal, que se anuda con la de un particular, dando así gesta a un vínculo bilateral en su formación y efectos con prestaciones recíprocas, este último se posiciona en situación diferenciada del resto de los ciudadanos e incorpora en su patrimonio un derecho perfecto que goza de protección plena. Se ha dicho que el hecho de que ese uso especial quede mate-

de contratos de concesión de uso de bienes del dominio público se trata (“La concesión...”, ob. cit., p. 60).

(15) MARIENHOFF, M. S., ob. cit., pp. 618/619.

(16) CASSAGNE, J. C., “El Contrato...”, ob. cit., pp. 26/27 y 129.

(17) Art. 4, inc. “a”, dec. 1023/2001.

rializado mediante la celebración de un contrato encuentra fundamento en la necesidad de un vínculo que goce de mayor estabilidad, a tenor de la magnitud de las inversiones que el particular pueda llegar a comprometer y con plazo suficiente para su amortización (18).

En tanto la concesión de uso importa un título habilitante de un uso especial, resulta un presupuesto intrínseco que el objeto del contrato [según cual fuere el alcance del uso privativo acordado (19)] resulte compatible con el destino público que justificó la incorporación de la cosa al elenco de bienes del dominio público. Ello, de mínima, presenta como recaudo negativo que el uso especial no menoscabe sustancialmente el uso general de la cosa, de conformidad con su destino natural (20). Aunque se advierte una tendencia a la exigencia de otro de tipo positivo, merced al cual quede demostrado que el uso especial otorgado por vía de tal contrato simultáneamente beneficie a la comunidad en su conjunto (21); se meritúa muy especialmente el aporte o externalidad positiva que el uso otorgado pueda generar para el interés público que llevó a sujetar al bien al régimen de la dominialidad (22).

III.2. La selección del contratista estatal

Hoy día nadie discute que el Estado no contrata libremente y que el interés público está mejor resguardado si la celebración del contrato encuentra como antecedente un procedimiento

(18) V. por todos, DE LA RIVA, I. M., en ambos trabajos citados supra.

(19) Mera ocupación, explotación o consumo, señala DE LA RIVA, I. M. ("La concesión de uso...", ob. cit., p. 625).

(20) DE LA RIVA, I. M., con cita de Rafael Bielsa (ob. cit., p. 614). Sesgo negativo que ha encontrado recepción jurisprudencial (CSJN, Fallos 303:640).

(21) DE LA RIVA, I. M., con cita de Rafael Fernández Acevedo, afirma que el mentado uso especial "muchas veces comportará el vehículo para el aprovechamiento más eficiente y racional del bien público, a través de sus conocimientos técnicos, científicos o de las inversiones que pueda realizar" (ob. cit., p. 615).

(22) FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., "Las concesiones administrativas de dominio público", 2007, 1ª ed., p. 278.

concurrencial previo de tipo público (23). Tanto en el ámbito del derecho interno, como del derecho extranjero (particularmente por influencia del derecho comunitario), se observa una marcada tendencia a la iuspublicación de las reglas que rigen los procedimientos de selección (24).

Se ha afirmado que la exigencia de la licitación pública se configura como una regla inherente al ordenamiento, y que encuentra fundamento en dos principios generales del Derecho: los principios de defensa de la competencia (vinculado al de concurrencia) y de igualdad. Ello implica que su exigencia tiene lugar aun cuando no exista norma que así la exija (25).

(23) Este punto —sobre el que tanto se ha discutido— hoy encuentra zanjado por expresa previsión legislativa (art. 24, dec. 1023/2001).

(24) CASSAGNE, J. C., "Curso...", ob. cit., p. 356 y ss.; del mismo autor, "El Contrato...", ob. cit. p. 5 y ss. J. Guiridlian Larosa afirma que en la actualidad existe una franca tendencia a la generalización de los procedimientos abiertos y competenciales de selección como regla que debe primar en la materia, de lo cual es un claro ejemplo la Unión Europea, en cuyo ámbito se han dictado directivas (2014/23/UE y 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo) por las cuales se establecen pautas estandarizadas en materia de escogimiento del contratista estatal ("Contratación pública y desarrollo de infraestructuras: la asociación público privada como técnica idónea en pos de la efectiva promoción en un reciente proyecto de ley", ob. cit., nota 42); sobre la influencia del derecho comunitario sobre contratación pública en el derecho español, en particular las denominadas directivas de cuarta generación, puede ampliarse en MUÑOZ MACHADO, S., "Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General", 2ª ed., t. XIII, p. 23 y ss. Ello, se ha dicho O. R. Aguilar Valdez, se motiva en la necesidad de armonizar la contratación de los Estados a requerimientos de orden global con miras a brindar garantías a los recursos que se movilizan desde el sector público (que consisten en asegurar la racionalidad y eficiencia económica del contrato y del proceso de selección, la competencia entre proveedores y contratistas, la no discriminación, la transparencia, entre otros); quien señala cinco modos de producción de normas a nivel global que impactan en los regímenes de contratación, con la consecuente pérdida de peso relativo de este último (CASSAGNE, Juan Carlos (dir.) "Sobre las fuentes y principios del derecho global de las contrataciones públicas", Derecho Administrativo, nro. 75, enero/marzo 2011, p. 1 y ss.).

(25) CASSAGNE, J. C., ob. cit. En igual sentido J. R. Comadira, quien también apuntaló la presencia de la regla general (que impone un procedimiento público y reglado) en la Convención Interamericana Contra la Co-

La concurrencia, como principio vinculado a la defensa de la competencia, presenta valor preeminente siempre que esta sea posible. Al promoverse la concurrencia del mayor número posible de ofertas, se permite que la decisión estatal reporte mayor eficiencia, garantizando mayor transparencia ante el control recíproco por los interesados en celebrar el contrato, externo (por vía del escrutinio social y de los órganos de control externo) e interno (a través de los mecanismos de control y de responsabilidad funcional que existen en el propio seno de la Administración licitante). Ello, incluso, funda una tendencia cada vez mayor a limitar el régimen de los llamados contratos interadministrativos como modo de estimular la competencia (26).

A fin de garantizar una puja genuina entre los oferentes, es fundamental que todos los interesados sean tratados de manera igualitaria. Por ello, es necesario que estos reciban previa y adecuada información sobre el devenir del procedimiento y que, en su marco, se acuerden los mismos derechos relativos al tratamiento de sus ofertas. Tal es la fuerza de dicho principio, que se proyecta incluso más allá de la etapa de selección del contratista, siendo operativo aun en la etapa de ejecución del contrato.

El vigor de tales principios es tal que se afirma la necesidad de los procedimientos públicos

rupción y varios de los Tratados de Derechos Humanos declarados de rango constitucional por el art. 75, inc. 22 de la CN (La Licitación Pública, 2ª ed. actualizada y ampliada, p. 130 y ss.). R. T. Druetta afirma que nuestro ordenamiento jurídico adopta un modelo procompetitivo y de competitividad, a partir de lo cual sostiene que la regla debe ser el acceso irrestricto al mercado de la contratación pública y propugna la eliminación de aquellas restricciones que tengan fuente regulatoria cuando carezcan de fundamento loable para ser establecidas ("Introducción de competencia efectiva entre los operadores económicos en el marco de la contratación pública", El Derecho Administrativo, serie especial 2004).

(26) Es elocuente en este punto el art. 3 de la ley 27.328, de Contratos de Participación Público Privada, al prescribir que "Las empresas y sociedades en las que el Estado nacional, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o los municipios tengan participación, podrán también celebrar contratos de participación público-privada en carácter de contratistas, actuando en un marco de competencia e igualdad de condiciones con el sector privado".

de selección integren la denominada "zona común de la contratación administrativa". Se propicia así que su exigencia se vuelva operativa aun ante supuestos de contratos regidos en su objeto por el derecho privado, o frente a la celebración de los llamados contratos administrativos por extensión (27). Finalmente, la llamada Ley de Contratos de Participación Público Privada (28) también impone que la selección del contratista mediante el procedimiento de licitación o concurso público, en los que se garantizan los principios de transparencia, publicidad, igualdad, concurrencia y competencia, garantizando la homogeneidad de criterios, y claridad de bases y requisitos necesarios para la elaboración de las ofertas (29).

Como se ha señalado, los regímenes de iniciativa privada entran en tensión con dichos principios. Los incentivos que de su lado plantean con carácter principal se vinculan con el otorgamiento de ciertas ventajas competitivas a favor del particular (quien, tras "suplir" por iniciativa propia a la Administración en el ejercicio de su función, lleva ante ella proyectos que pueda considerar de valía para satisfacer una necesidad pública por vía de un contrato), para posicionarlo de mejor modo —frente a terceros— en el procedimiento de selección de dicho contrato.

Es claro que, cuanto menos en el ámbito nacional, tales regímenes del lado del legislador suponen un grado admisible de relativización

(27) CASSAGNE, J. C., "Curso...", ob. cit., t. II, pp. 359/360.

(28) Art. 12.

(29) J. D. Guiridlian Larosa, agrega que ley contempla incluso la moderna técnica del "diálogo competitivo", por la cual y utilizando la expertise del sector privado se prevé la posibilidad de que a través de un intercambio de ideas se llegue a definir entre los privados precalificados la solución más conveniente al interés general respecto de "cómo" llevar adelante el emprendimiento pretendido ("La participación Público Privada (PPP) como mecanismo para la satisfacción de necesidades generales de la población", Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado, Nro. 16). E. Cassagne aclara que, de ponerse en marcha dicho procedimiento, debe garantizarse transparencia, concurrencia, competencia efectiva y la participación simultánea de todos los interesados preclasificados (v. "El procedimiento administrativo en los contratos de participación público-privada", en AAVV Fuentes y Procedimiento Administrativo, Ediciones RAP, p. 197).

de los principios de concurrencia e igualdad. Para establecer dicha compatibilidad, creemos que hay que trazar una relación de equilibrio entre el fundamento del incentivo (para qué se promueve la iniciativa particular), la magnitud con que se expresa tal incentivo en términos de derechos a reconocer al particular (en lo que aquí interesa, cómo y cuándo se concretan las ventajas competitivas) y el grado de esfuerzo que se reclama al particular para que hacerse acreedor de los derechos que el régimen consagra (qué debe acreditar a tal efecto, qué presupuestos debe reunir su proyecto).

El fin último de este trabajo es precisamente establecer qué presupuestos deben respetar los proyectos de iniciativa privada para ser declarados de interés público y, con ello, quedar razonablemente validada la relativización que experimentan los principios que campean en la licitación o concurso público merced a los derechos que los regímenes vigentes confieren en favor del iniciador.

IV. La iniciativa privada

IV.1. Breve conceptualización

Como ya hemos anunciado, por distintas circunstancias, se ha abierto paso a la posibilidad de que los particulares abandonen el clásico rol característico que se presenta como contratistas del Estado (acotado por regla a la ejecución de las prestaciones que el contrato tenía por objeto) y que, fomentado desde la propia regulación estatal, tuvieren participación a la hora de definir la demanda pública y el modo de satisfacerla mediante el instituto del contrato administrativo.

Con los regímenes de iniciativa privada se fomenta a los particulares a colaborar en la identificación de prioridades y proponer al Estado el modo de conjurar necesidades públicas por medio de la figura del contrato administrativo, cuya celebración será del interés empresarial del proponente. De tal manera, confluyen el interés de este último y el del Estado, quien por esa vía recibe proyectos que pueden ser de interés público, sin tener que asumir con recursos públicos los costos que insume el despliegue de la faz preparatoria de la demanda estatal. Se ha dicho que el rasgo característico de estas inicia-

tivas privadas es que, recayendo sobre activos (bienes o recursos) del Estado o actividades de titularidad pública, requieren de la conformidad estatal para su emprendimiento, pues es de su incumbencia calificar el interés público implicado, aprobarlo o desecharlo (30).

Desde luego que ese tipo de regulaciones no resultan de patrimonio exclusivo de nuestro país, sino que, no obstante sus diferencias, son varias las legislaciones que reposan en dicha idea fuerza. Se han ido reproduciendo en un número considerables de países de América Latina (31), como así también en Europa (32) y en los Estados Unidos (33). Estas, en su mayoría, se han delineado en pos de fomentar el desarrollo de obras públicas e infraestructura para servi-

(30) MORÓN URBINA, J. C., "Las concesiones de infraestructura a iniciativa de inversionista", p. 157.

(31) Un relevo de la legislación existente en el continente puede verse en el trabajo ya citado en la nota anterior. El autor apunta que, no obstante esta idea común a todos, existen diferencias en el tratamiento dispensado a esta figura, siendo las más notables aquellas que versan sobre: (i) el alcance objetivo de la iniciativa, esto es, si es una figura aplicable únicamente para actividades constructivas y de servicios concesionables o puede comprender otro tipo de relaciones con la Administración; (ii) el procedimiento que debe seguir la Administración para evaluar si la propuesta reviste interés público; (iii) la determinación del procedimiento de selección aplicable en caso de calificarse positivamente el proyecto y, (iv) los instrumentos de fomento ofrecidos al iniciador para promocionar su actividad (p. 161).

(32) En el caso de España, en la actualidad está vigente la ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, que también receipta este instrumento en su art. 247.5 al regular el contrato de concesión; si bien reposa en la misma idea fuerza que el régimen anterior establecido por la ley 13/2003 (reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas, que incorporó dicho instrumento en los arts. 222 y 227.5 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas entonces vigente), presenta algunas diferencias en materia de incentivos para el particular que presente el denominado estudio de viabilidad. Debo aclarar que la bibliografía que he consultado y que refiere a instituto bajo estudio tuvo por objeto el régimen derogado.

(33) Un estudio comparado entre el modo de regularse el instituto en España, Italia y Estados Unidos puede verse en libro de BENETTI, G., "Los procedimientos de adjudicación de las obras públicas a iniciativa particular", Tirant lo Blanch.

cios públicos mediante la propuesta de celebración de contratos de concesión (34).

Debemos señalar que en su mayoría se fomenta la actividad de los particulares, es decir, se los incentiva, fundamentalmente a partir del reconocimiento de ventajas competitivas en tren de consagrarse adjudicatarios del contrato que se proponga que el Estado celebre. También reconocen derechos de naturaleza económica (35).

Los derechos de naturaleza competencial que se plasman en tales regímenes varían en tipos e intensidad.

La doctrina se ha encargado de conceptualizarlos y ha identificado varios que se ejercen en un ámbito concurrencia (36). Entre ellos: (i) el derecho de *ballotage* o a mejorar en segunda vuelta (37); (ii) el derecho de preferencia ante equivalencia de ofertas (38); (iii) el derecho de

(34) J. C. Morón Urbina, advierte que en el caso de Argentina y Perú dicho instrumento puede ser provechoso en otro tipo de actividades, por lo que queda ampliado su alcance respecto a diversas modalidades de inversión que permitan concluir en contratos sobre bienes o recursos públicos (ob. cit., p. 163).

(35) Sea como único incentivo o con carácter subsidiario en caso de que el promotor no celebre el contrato.

(36) Aquí seguimos la descripción que sobre ellos ha efectuado J. C. Morón Urbina (ob. cit., p. 163 y ss.). Un desarrollo con parciales diferencias puede verse en HODGES, J. - DELLACHA, G., "Unsolicited Infrastructure Proposals. How Some Countries Introduce Competition and Transparency", p. 7 y ss.

(37) Que reconoce al iniciador la opción de mejorar su oferta inicial, en caso de que el procedimiento de selección seguido hubiere identificado una oferta más conveniente; a veces sujetando dicha posibilidad al hecho de que la diferencia entre la oferta del promotor y la del tercero mejor ponderada no supere un determinado porcentaje. En esta etapa excepcional y adicional del proceso de selección, se otorga la posibilidad equitativa tanto al iniciador como al seleccionado por la conveniencia de su oferta, para mejorar sus respectivas ofertas.

(38) Que es aquél que dispone la adjudicación a favor del iniciador en caso de que en la puja por el contrato concurre un tercero que presente una oferta que luzca de equivalente conveniencia para el interés público. Derecho respecto del cual, en algunos casos, se prevé que dicha equivalencia se de en términos reales; o, en otros, acudiendo a la ficción de considerar dicha equivalencia

bono o puntaje adicional (*bonus system*) (39); (iv) el derecho de contratación preferente o de tanteo (*swiss challenge*) (40) y (v) el denominado *best and final* (41).

Pero también se ha detectado que existen regímenes que como incentivo reconocen, bien que, en forma excepcional, el derecho a que el contrato sea directamente celebrado con su promotor, es decir mediante un procedimiento de adjudicación no competitivo. Es lo que acontece en la Federal Acquisitions Regulation of Estados Unidos (42), siempre que el proyecto propuesto sea "verdaderamente único y novedoso". Dice Benetti que es la innovación lo que justifica la eliminación del principio de libre concurrencia y que su acreditación queda sujeta a un escrutinio de estricto por parte de la autoridad (43); aun así,

cuando la diferencia entre la oferta del iniciador y del tercero no supere el 5%.

(39) Que consiste en asignar un puntaje adicional sobre la calificación técnica del iniciador, con el objeto de mejorar su posición en la concurrencia. Este derecho, señala J. C. Morón Urbina, es reconocido en el ordenamiento uruguayo y chileno (ob. cit., p. 166).

(40) Según el cual se reserva al iniciador la preferencia de ser adjudicatario si reformula su oferta en las mismas condiciones que la mejor oferta presentada en el procedimiento por un tercero. El iniciador modifica su oferta original para ajustarse en todo a la mejor propuesta presentada y ser el adjudicatario del contrato. Tal sistema es el que presenta la Ley Merloni quater en Italia, respecto de la cual G. Benetti también analiza su compatibilidad con el ordenamiento comunitario (ob. cit., p. 71 y ss.).

(41) Derecho respecto del cual se ha dicho que normalmente establece la previsión de dos fases de selección y la garantía para el promotor de poder participar en la segunda de ellas (aunque no resulte seleccionado en la primera) y allí competir con varias contrapropuestas (BENETTI, G., ob. cit. 28).

(42) Subpart 15.6.

(43) La autora explica que dicho régimen federal reglamenta las llamadas Propuestas no Solicitadas (Unsolicited Proposals), como proyectos de generación espontánea por lo particulares (sin que exista anuncio público previo de licitación) con la finalidad de obtener un contrato con el gobierno, cuya adjudicación podrá tener lugar sin transitar un procedimiento concurrencia (*sole-source procedure*) cuando: (i) porten ideas únicas e innovadoras que no hayan sido desarrolladas por el Gobierno; (ii) preparados sin la supervisión, financiación, o dirección gubernamental; (iii) incluir detalles suficientes que permitan al sector público determinar su conveniencia; (iv) no haya sido esbo-

asegura, dicha regulación no queda exenta de controversias (44).

Siguiendo a la autora citada, es posible trazar un distingo entre los regímenes foráneos cuando se toma como base de comparación el grado diverso de intensidad con que impactan los derechos reconocidos a título de incentivo, frente a los principios que rigen la selección del contratista estatal. De tal modo, se evidencia un primer nivel de flexibilización de estos últimos y un segundo nivel de “flexibilización” que, en realidad, equivale a su supresión (45). En este último caso avalado por las especiales condiciones que debe presentar la propuesta.

Es claro que el caso de la normativa nacional forma parte del grupo de regímenes que reporta un primer nivel de flexibilización. Tal como será analizado, los beneficios competenciales dejan subsistente el principio de concurrencia y, debemos entender que, desde la lógica del legislador, a primera vista aquellos armonizan con el principio de tratamiento igualitario siempre que se justifique el cumplimiento de los recaudos que cada regulación exige para validar las ventajas que reconocen.

zada en forma especulativa para conocer con anterioridad los requerimientos contractuales que pueden ser adquiridos mediante procedimientos competitivos y (v) no sea una respuesta a un anuncio público de licitación. Asimismo, que la adjudicación directa estará precedida de dos etapas: (a) una primera, en la que la agencia competente hace un primero análisis del proyecto y debe devolverlo al promotor si éste: (i) en lo esencial —lo que propone— es conseguible por el gobierno por otras fuentes; (ii) se parece mucho a una propuesta que haya sido previamente requerida por el sector público o (iii) no demuestra ser innovador y único en su método, concepto o enfoque, o no merece su tramitación; (b) una segunda etapa, que se abre siempre que la propuesta cumple con los requisitos mencionados, en la que, con un análisis de fondo del proyecto, la autoridad afirma: (i) que éste es único e innovador; (ii) que es exclusivo desde la perspectiva científica, técnica o socioeconómica; (iii) que contribuye a la misión específica de la agencia; (iv) que son los factores que cara caracterizan su unicidad e innovación los que hacen que se alcance dicha contribución y (v) que el coste propuesto es realístico. Sólo así la agencia procederá a negociar con el promotor los detalles de la obra y lo hará sobre la base de un procedimiento no competitivo (BENETTI, G., ob. cit. p. 86 y ss.).

(44) Ob. cit., p. 99 y ss.

(45) Ob. cit., p. 29 y ss.

Buscaremos establecer cómo debe darse esta última correspondencia.

Tal como desarrollaremos a continuación, hoy día, el marco regulatorio aplicable a la iniciativa privada varía de acuerdo con el tipo de contratación a la que se vincule.

IV.2. Los regímenes vigentes

IV.2.a. Identificación

La legislación nacional contiene previsiones para canalizar la inversión privada con miras a la satisfacción del interés público. De allí que pueda afirmarse que presenta un desarrollo tal que permite trazar una línea divisoria e identificar dos regímenes a aplicar a dos universos de contratos.

Uno vinculado a aquellos contratos que tienen por objeto la obra pública (en sentido lato) e infraestructura de servicios, regulados en estatutos especiales. Es el que en la actualidad está regido por el dec. 966/2005 (46), que expresamente instaura el denominado “Régimen Nacional de Iniciativa Privada” (dictado por el Poder Ejecutivo Nacional, en ejercicio de las competencias otorgadas por el art. 99, inc. 2, de la CN), aplicable —según su texto— a los contratos regulados por las leyes 13.604, 17.520 y 23.696.

Y otro que, en forma residual, reguló un cúmulo abierto de contratos que están receptados en el art. 4°, inc. a) del dec. 1023/2001 (decreto delegado que instituyó el denominado “Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional”), que refiere, entre otros, a la compraventa, suministros, servicios, locaciones, consultoría, alquileres con opción a compra, permutas, concesiones de uso de los bienes del dominio público y privado del Estado Nacional (que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en su ámbito de aplicación) “y a todos aquellos no excluidos expresamente” (47).

(46) BO 17/08/2005.

(47) Contratos de empleo público; compras por caja chica; los celebrados con estados extranjeros, con entidades del derecho público internacional, con instituciones multilaterales de crédito o que se financien total o parcialmente con recursos provenientes de dichos organiz-

El régimen de iniciativa privada vinculado a estos contratos —hoy día— está contenido en los arts. 103 a 109 del denominado “Manual de Procedimientos del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional”, aprobado por la disp. 62-E/2016 de la Oficina Nacional de Contrataciones (48) [dictado en ejercicio de la competencia que le asignó el art. 25, último párr., del “Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional” aprobado por el dec. 1030/2016 (49)].

Finalmente, en este punto hay que decir que para el ámbito de la reciente ley 27.328 de Contratos de Participación Público Privada (50), el legislador también ha previsto que los procedimientos de selección relativos a cualquier contrato que se celebre bajo sus normas resultan compatibles con procedimientos de iniciativa privada (51). Sin embargo, hasta el momento no existe un desarrollo reglamentario a su respecto. De reglamentarse en forma específica, se daría a luz a un tercer régimen de iniciativa privada aplicable a este tipo de contratos (52).

mos y los comprendidos en las operaciones de crédito público (art. 5, dec. 1023/2001).

(48) BO 29/09/2016. En adelante, disp. 62-E/2016.

(49) BO 16/09/2016.

(50) BO 30/09/2016.

(51) Art. 17.

(52) Dada la expresa exclusión que, en términos absolutos, la novel ley en su art. 31 hace respecto de la aplicación a estos contratos de los regímenes de las leyes 13.062, 17.520 y del dec. 1023/2001, cabe desprender de ello una inicial imposibilidad de suplir la omisión reglamentaria que existe sobre este aspecto particular mediante la traslación de los regímenes de iniciativa privada actualmente vigentes. Consideramos que las particularidades que presentan dichos contratos y el énfasis puesto por el Legislador al señalar que a tales contratos no les serán de aplicación dichas normas en forma directa, supletoria, ni analógica, deja escaso margen interpretativo para otra cosa que no sea aguardar a que dicha reglamentación específica se concrete. En otro orden, aun cuando pueda sostenerse que la analogía como técnica de integración no puede suprimida, como se verá infra, serán las propias particularidades de estos contratos las que tornarán dificultosa la adaptación de soluciones relativas a este régimen a partir de las normas vigentes. I. M. DE LA RIVA, por el contrario, afirma que el hecho de que el dec. 118/2017 no se haya detenido a reglamentar puntualmente dicha disposición legal no resta operatividad a esta última y entonces “no existen motivos para pensar

IV.2.b. Sus antecedentes

Cada régimen vigente concentra un grupo de antecedentes normativos bien diferenciado:

1) El “Régimen Nacional de Iniciativa Privada”

Fue antecedido por la ley 17.520, de Concesión de Obra Pública, que, en su art. 4º, inc. c), presentó un incipiente concepto de iniciativa privada (53). Este previó, como carril admisible para celebrar un contrato de obra por el sistema de concesión por peaje, un procedimiento de tratativas preliminares a propuesta de una empresa privada (la norma reza “sociedades privadas o mixtas”), a partir del cual la Administración podía (54) decidir un llamado a licitación con las bases propuestas por el particular (y las eventuales modificaciones surgidas de las tratativas previas). También, podía convocar a la presentación de proyectos en competencia (con base en cuyo resultado después se instaba la licitación pública o privada), cuando la Administración solo compartía la sugerencia original del administrado sobre la necesidad de realizar una determinada obra pública y la conveniencia y

que las iniciativas privadas que se presenten con vistas a la celebración de contratos de participación público-privada no deban sustanciarse con arreglo al régimen vigente, optando —entre el dec. 966/2005 y la disp. 62-E/2016— por aquél que resulte más acorde al objeto del contrato en cada caso (Lo público y lo Privado..., p. 47, nota a pie 58).

(53) B. Gorostegui ha señalado a su respecto que dicha regulación no alcanzó a adquirir los contornos propios de un régimen, sino que traducía más una norma de tipo programático que reclamaba de alguna regulación más concreta que hiciera factible su materialización práctica (“Régimen Nacional de Iniciativa Privada”, p. 307); apreciación que es compartida por R. A. Muñoz (h) (“La iniciativa privada como instrumento de desarrollo infraestructural en la Argentina”, p. 34). J. C. De Goyenechea, a su respecto afirmó que fue la falta de protección de los derechos de autor de la que dicho régimen adolecía lo que hizo a la falta de aplicación práctica (“Iniciativa Privada. Concurso Integral del Proyectos”, p. 61).

(54) R. C. BARRA señaló que la Administración naturalmente podía también decidir la no ejecución de la obra, o bien su realización por el sistema de contrato de obra pública propiamente dicho, dado que de ninguna manera se encuentra obligada por la propuesta presentada, que “no es más que una sugerencia comercial que puede ser total o parcialmente desechada” (“Contrato de Obra Pública”, t. I, p. 314).

factibilidad de hacerlo por el sistema de concesión por peaje (55).

En el marco del concurso de proyectos, la norma establecía expresamente (en calidad de incentivo) un derecho de preferencia en favor del proponente para contratar la concesión directamente con él, si es que no se presentaban mejores ofertas. Barra consideró que, aunque la ley no lo dijera, tal derecho de preferencia estaba implícito para el primer supuesto, es decir, era exigible también cuando la Administración convocara directamente la licitación con base en el resultado de las tratativas previas, pues ello surgía del contexto y del elemental deber de buena fe (56).

Hasta allí llegaba su desarrollo (57).

La mencionada norma legal fue luego modificada por la ley 23.696 ("Ley de Reforma del Estado") (58), que por vía de su art. 58, permitió en forma expresa la presentación de iniciativas que identifiquen el objeto a contratar, con señalamiento de sus lineamientos generales (59). Asimismo, la norma prevé que, de ser declarada de interés público, se pusiera en marcha la licitación pública o bien el concurso de proyectos integrales para seleccionar el contratista estatal y otorgó al iniciador la posibilidad de competir en una segunda vuelta en caso de que un tercero presentara una oferta más conveniente, a fin de que ambos las mejoren.

Dicha norma, en lo que a este instrumento refiere, fue reglamentada, primero, por el

(55) BARRA, R. C., op. cit., p. 315.

(56) Ob. cit., p. 314.

(57) E. Merthikian, señaló que, dicho régimen, no regulaba la protección de los derechos del autor de la iniciativa particular, o que no lo hacía al menos de un modo indubitante ("La iniciativa privada en la concesión de obra y de servicios públicos", p. 28).

(58) BO 23/08/1989.

(59) J. C. De Goyenechea, al comentar dicho decreto, expuso que éste permitió conjugar el sistema de la iniciativa privada previsto en la ley 23.696 con las modalidades de privatización previstas en el art. 17 de dicha ley, de manera que —en su visión— era dable proponer al Estado un negocio que involucrara la venta de activos de las empresas, venta de acciones, locación con o sin opción de compra, etc. (ob. cit., pp. 74/76).

dec. 1105/1989 (60) (art. 58), a través del cual: (i) se precisaron aspectos relativos a los recaudos a la admisibilidad y demás formalidades con las que debía presentarse la iniciativa privada; (ii) se determinó la autoridad competente para efectuar la declaración de interés público y decidir el procedimiento de selección que la Administración ponía en marcha; (iii) se agregó, a modo de incentivo, el criterio de adjudicación en favor del iniciador ante supuestos de equivalente conveniencia con ofertas presentadas por contra interesados. También se previó un procedimiento por el cual la propia Administración convocaba a los particulares para que presenten iniciativas respecto de una obra pública determinada por la comitente.

Luego, el dec. 635/1997 (61), teniendo en miras la posibilidad de realizar de proyectos de obras de gran envergadura propuestos por iniciativa de los particulares, incorporó incisos (l, ll, m y n) al art. 58 del decreto anterior. Previo que el procedimiento se diera en dos fases, para considerar —en una primera— la factibilidad técnica y económica del proyecto y, en la segunda, la ejecución y la concesión de la obra [aunque estaba también prevista la posibilidad de realizar todo en forma unificada (62)]. Se ha dicho que su ámbito de mayor aplicación era en lo referido a la materia de consultoría (63).

Estableció en calidad de incentivo que el iniciador pudiese obtener el reembolso de los costos que insumiera la determinación de la factibilidad del proyecto y la percepción de un honorario contingente (dentro de los límites máximos que allí se establecieron), siempre que el contrato era efectivamente adjudicado a un tercero. Previo a ello, la autoridad competente (Poder Ejecutivo Nacional), primero, debía aprobar los términos de referencia que surgían de los estudios y, luego, aceptar y declarar de interés público el proyecto, tras lo cual ponía en marcha el procedimiento de selección que diera gesta al contrato (acotado únicamente la lici-

(60) BO 24/10/1989.

(61) BO 17/07/1997.

(62) Inc. "n".

(63) GALLEGOS FEDRIANI, P. O., "Régimen actual de iniciativa privada: requisitos de presentación y procedimiento legal", p. 187.

tación pública). Si el propio iniciador era quien resultaba adjudicatario, no tenía derecho a percibir el honorario contingente y, eventualmente, los costos máximos reembolsables al autor del proyecto podían ser reconocidos como costos, pero no le correspondía percibir el honorario contingente.

En tal régimen, permanecían regulados los derechos de preferencia para ser ejercidos en la licitación. Adicionaba, también como incentivo, la conservación de dichos derechos por el plazo de dos años, a computar desde el primer llamado, si el procedimiento de selección no culminaba con una adjudicación.

Dicha norma reglamentaria (art. 58, en sus incs. e, f, g, h, i, j, k, l, ll, m y n) fue derogada por el dec. 966/2005 (64).

Como fue dicho, está última es la normativa que hoy está vigente (65), que rige la iniciativa privada en materia de contratos de obra pública, concesión de obra pública y concesiones o licencias relativas a servicios públicos. No así respecto de los contratos de concesión de uso de bienes del dominio del Estado (66).

(64) Arts. 2 y 3.

(65) Dicho régimen está plasmado en el Anexo I aprobado por el art. 1 del decreto en mención.

(66) B. GORORTEGUI sostuvo que dicho régimen también era aplicable a las concesiones de uso, para lo cual acudía a la expresión vertida en los considerandos del dec. 966/2005 que afirmaba como propósito estimular a los particulares a participar en proyectos [...] de concesión de servicios públicos, licencias "y/o cualquier otra modalidad" (ob. cit., p. 312). No creemos que dicha conclusión pueda mantenerse hoy día a tenor de que el "Reglamento al Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional" que, como se dijo, regula expresamente los contratos enunciados en el inc. "a" del art. 4 del dec. 1023/2001, entre los cuales se encuentra la concesión de uso de bienes del dominio público y privado del Estado Nacional. Hay que destacar que el autor citado produjo dicha afirmación en un contexto en el que el dec. 966/2005 sobrevino al dec. 436/2000. Sin embargo, con el dictado del dec. 893/2012 y el cuerpo que luego lo reemplazó, no hay dudas de que las concesiones de uso sobre dichos bienes son ajenas al régimen del dec. 966/2005, cuanto menos cuando tales contratos sean celebrados por alguno de los órganos u entes alcanzados por el ámbito subjetivo de aplicación del mentado "Reglamento al Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional".

2) El "Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional"

La reglamentación de la iniciativa privada aplicable a los contratos comprendidos en el art. 4°, inc. a) del dec. 1023/2001, registra como primer antecedente el dec. 436/2000 (67). Dicha norma instituyó el llamado "Reglamento para la Adquisición, Enajenación y Contratación de Bienes y Servicios por el Estado Nacional", que, en sentido similar a su sucesora, rigió los contratos de compraventa, suministros, servicios, locaciones, alquileres con opción a compra, permutas y concesiones de uso (68) de los bienes del dominio público y privado del Estado Nacional" y los que no estuvieren excluidos expresamente o sujetos a un régimen especial (69).

En lo que aquí interesa, el dec. 436/2000 previó que los particulares presentaran iniciativas para los contratos mencionados, las cuales debían ser novedosas u originales o implicar innovación tecnológica o científica y, si fueran declaradas de interés público, correspondía poner en marcha a la licitación pública (cuyos pliegos la tendrían como base para establecer el objeto de la contratación), procedimiento en el

(67) BO 05/06/2000.

(68) Hasta el dictado de esta norma las concesiones de uso estuvieron regidas por las leyes 17.520 y 23.696.

(69) Éste que, inicialmente, fue dictado en reglamentación de los arts. 55, 56, 61 y 62 del Capítulo VI de la Ley de Contabilidad Pública (dec.-ley 23.354 de fecha 31 de diciembre de 1956, ratificado por la ley 14.467) [entonces vigentes en función de lo establecido por el art. 137, inc. a) de la ley 24.156, hasta que fueron derogados por el art. 38 del dec. delegado 1023/2001] y resultaba de aplicación los organismos comprendidos en el inc. a) del art. 8° de la ley 24.156 y los organismos del sistema bancario oficial, en tanto no se opusiera a sus respectivas cartas orgánicas; luego, y a partir del dictado del citado dec. 1023/2001 que instituyó el denominado "Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional" [los organismos comprendidos en el inc. a) del art. 8° de la ley 24.156], pasó —en virtud de lo dispuesto por el art. 39 de dicha norma de rango legal— a reglamentar los contratos que dicho régimen prevé en su art. 4, inc. "a". Esto último así, pues, el propio dec. 436/2000, al delimitar su alcance objetivo, dejaba afuera de su ámbito de aplicación los contratos expresamente excluidos o los que estuvieren sometido a un régimen especial (que eran precisamente los de obras públicas, concesiones de obras públicas, concesiones de servicios públicos y licencias, comprendidos en el inc. "b" del art. 4 del dec. 1023/2001)].

que el iniciador podía hacer valer la preferencia establecida como incentivo (70). Asimismo, dicho régimen incorporó la expresa previsión de que el Estado no sería deudor de crédito alguno en concepto de reembolso a favor del iniciador, aun cuando el contrato resultare adjudicado a este último o a un tercero.

El dec. 436/2000 fue derogado y reemplazado por el dec. 893/2012 (71), que aprobó el llamado “Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional” (72). Este último, al igual que el anterior, reguló a la iniciativa privada como modalidad de contratación, en sus arts. 201 a 206.

Si bien el dec. 893/2012 denotó similares recaudos de admisibilidad que el régimen preterido, presentó un procedimiento algo más complejo a la hora de regular la evaluación de la iniciativa y admitió no solo a la licitación, sino también al concurso público como espacios en los cuales el iniciador, de ser declarado su proyecto como de interés público, podía hacer valer las preferencias que otorgaba el régimen (73). Incorporó el derecho del iniciador a percepción de un reembolso de los gastos y de cobro de honorarios (con un máximo porcentual tasado) de quien resultara adjudicatario (74) y brindó protección temporal de tales derechos por un plazo de dos años, a computar desde la declaración de interés público (75).

(70) Arts. 37, 40, 132 y 133. Cabe agregar que, si bien el procedimiento de concursos integrales (que allí estaba regulado en el art. 36) podía reconocer como antecedente una iniciativa privada, los beneficios (incentivos) que dicho régimen estableció, estaban sólo reservados para una selección de contratista que tuviera lugar por conducto de una licitación pública.

(71) BO 14/06/2012.

(72) Contenido en el Anexo aprobado por su art. 1 del dec. 893/2012.

(73) El art. 204 preveía que si la diferencia entre la oferta mejor calificada y la del iniciador, fuese de hasta un veinte por ciento (20%), el oferente mejor calificado y el autor de la iniciativa serían invitados a mejorar sus ofertas y que si, recibidas dichas mejoras, las ofertas fueran de conveniencia equivalente, sería preferida la del autor de la iniciativa.

(74) Art. 205.

(75) Art. 206.

El dec. 893/2012 rigió hasta su derogación y reemplazo por el texto del Anexo aprobado por el dec. 1030/2016, que es el “Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional”, hoy vigente, que prevé a la iniciativa privada como modalidad de contratación (76). En términos semejantes a la legislación antecedente, se limita a caracterizarla como una propuesta novedosa (no emplea ya el término “original” como equivalente) o que implique innovación tecnológica o científica, que sea declarada de interés público. Deja el desarrollo del régimen en manos de la Oficina Nacional de Contrataciones, mediante el dictado de los manuales de procedimiento pertinentes.

Como ya se adelantó, la regulación sobre el particular quedó plasmada en los arts. 103 a 109 del Anexo aprobado en la disp. 62-E/2016, dictada por dicho órgano rector.

Identificados los regímenes que rigen en la actualidad y cuáles fueron sus antecedentes, analizaremos cuáles son los caracteres comunes que han presentado a lo largo del tiempo.

IV.3. Las notas comunes que pueden extraerse de la legislación nacional

Del análisis de la legislación nacional —vigente y derogada— que ha tenido en miras reglamentar los procedimientos para que los particulares llevan sus proyectos ante el Estado, se advierten ciertos rasgos comunes.

Sin desconocer las particularidades que se han presentado con el devenir de la legislación en lo que hace a diversos aspectos (tales como: el contrato que se propone llevar a cabo; los recaudos de admisibilidad de las propuestas; los procedimientos para su presentación, evaluación y consideración por la autoridad competente; los derechos que cada uno reconoce, etc.), es posible advertir que, en términos generales, el legislador acude a una estructura que se vienen replicando en todos ellos.

En ese sentido, en todos ellos se observa que: (i) los proyectos tienen por norte verse plasmados —a la postre— como objeto de un vínculo bilateral de naturaleza contractual; (ii) el pro-

(76) Art. 25, inc. "a".

yecto a ponderar por la Administración debe arrimarse en forma espontánea por ciudadanos y empresas; (iii) la viabilidad del proyecto, para que este luego se plasme en un contrato, depende de una declaración unilateral por parte del Estado que la "califica" o "declara" como de interés público; (iv) de dicha manifestación (que implica considerar que el proyecto coadyuva a la satisfacción del interés público), se continúa la puesta en marcha de un procedimiento administrativo de selección de tipo público, que tiene por base de comparación los elementos que componen el proyecto, con participación del particular que aportó el proyecto alcanzado por tal declaración junto a otros terceros eventualmente interesados en la celebración del futuro contrato y (v) como consecuencia de la declaración de interés público, reconocen una serie de derechos al particular que presentó la iniciativa así declarada, que se tornan directamente operativos en el marco del procedimiento de selección de contratista que la Administración disponga, siendo de naturaleza competencial y económica.

IV.3.a. El contrato administrativo como objeto posible

Hemos dicho que la finalidad de quien presenta una iniciativa es que esta se vea plasmada en el objeto de un futuro contrato a celebrar por el Estado (sea con el propio iniciador o con otro particular que haya participado en la compulsión posterior a la declaración). Tal como se desprende de la legislación actual, prácticamente todo contrato público, típico o atípico, nominado o innominado, puede ser objeto de un proyecto instado por un particular.

Este instrumento que encontró su génesis en el contrato de concesión de obra pública no tardó en extenderse a otras concesiones (77) y al

(77) De uso o de servicios. Primero con un margen acotado, dado que al art. 11 del dec. 1105/1989 (reglamentario de ley 23.696) dispuso la extensión —de manera transitoria— de dicho régimen para la concesión de obra pública a las concesiones de servicios y de uso que fueran declarados como "sujetos a privatización" en función de lo previsto en el art. 11 y en tanto "no tengan por objeto principal la ejecución de obras nuevas o de mantenimiento, reparación o ampliación", en cuyo caso regía en forma directa el régimen jurídico de la concesión de obra pública. En función de lo manifestado supra, cabe

contrato de obra pública (78). Luego, a partir del dictado del dec. 436/2000, también se hizo instrumental para la celebración de aquellos contratos previsto en el art. 4º, inc. a) del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional y continúa así hasta nuestros días.

Finalmente, hoy también tiene potencial aplicación a los contratos de Participación Público Privada regulados por la ley 27.328, que constituyen una modalidad alternativa a los contratos de obra pública, concesión de obra pública y de servicios públicos y demás contratos regulados por el dec. 1023/2001 (79).

Una breve digresión para decir que, dado que los contratos que se gesten bajo la ley 27.328 reposan en una compartición y eficiente asignación de riesgos con el sector privado aplicada a un proyecto específico determinado (que se estructura con base en la matriz que se defina para este) y se desarrollan bajo un parámetro de la flexibilidad, con todo lo cual se definen las prestaciones asumidas por cada punta de la relación jurídica, no resulta posible predicar un único molde para dichos contratos (80).

recordar que hoy el contrato de concesión de uso de bienes del dominio estatal está regido por el régimen de iniciativa privada prescripto por la disp. 62-E/2016.

(78) Art. 1, dec. 966/2005. Aunque, de un lado, se ha señalado que el condicionamiento que dicho régimen impone al establecer que la fuente de financiamiento debe ser privada (art. 2, inc. "e", del Anexo aprobado), deja al margen de su ámbito operativo al contrato de obra pública ya que desde la propia ley 13.064 se prevé que su fondeo sea haga con cargo al Tesoro Nacional (GUIRIDLIAN LAROSA, J. D., "Los decretos 966/2005 y 967/2005: un intento válido para promover el desarrollo infraestructural en la Argentina", cita online 0003/012174); del otro, J. C. Azzarri - J. Vega Olmos consideran que no existe la mentada limitación ("El régimen de iniciativa privada y la necesidad de su reforma: a propósito del proyecto de ley de contratos de participación público privada", RDA 2016-107). B. Gorostegui agrega que la ley de concesión de obra pública contempla la posibilidad del aporte público, al regular las concesiones subvencionadas y al prever la posibilidad de que el Estado otorgue desgravaciones impositivas. Mientras que la ley 23.696, prevé, entre otros, beneficios tributarios a favor de las empresas privatizadas (op. cit., p. 315).

(79) Art. 2, ley 27.328.

(80) Para un abordaje de la mencionada ley, puede verse, además del trabajo de J. D. Guiridlian Larosa citada anteriormente, el de CASSAGNE, E., "El régi-

Sin perjuicio de la posibilidad de identificar algunas técnicas de gestión y alternativas que pueden insertarse y corresponderse con el espíritu de la ley que los instituye **(81)**, no hay un catálogo que circunscriba las subespecies que en dicho marco pueden darse. Al cabo, existirán tantos contratos de participación público-privada como proyectos puedan desarrollarse bajo los términos de dicha ley **(82)**.

En conclusión, todos los mencionados son contratos administrativos.

De atenerse a la clasificación básica de los contratos que he propuesto, bien puede decirse que el instituto en análisis puede referir tanto a contratos *de colaboración*, como *de atribución*. A tenor de esta, cabe sostener que aquellos contratos que pueden ser gestados merced al régimen establecido por el dec. 966/2005 resultan —hoy día— todos supuestos de contratos de *colaboración*.

Mientras que aquellos que pueden encontrar luz vía propuestas incardinadas en el régimen de la disp. 62-E/2016, también lo son en su mayoría; a excepción de la concesión de uso de bienes de dominio público que, conforme fuera expuesto, configura un contrato de *atribución*. Serán expuestas más adelante las condiciones bajo las cuales consideramos que dicho contrato de atribución puede ser propuesto como objeto de un proyecto de iniciativa privada.

men de participación público privada", RDA 2018-117, p. 385 y ss., CRIVELLI, J. C., "Los riesgos en el contrato de concesión, APP y PPP, RDA 2018-117, p. 371 y ss., PERRINO, P. E., "Prerrogativas de las Administración en los contratos de participación público-privada", RDA 2018-117, p. 413 y ss., VEGA OLMOS, J. y AZZARRI, J. C., "La distribución de riesgos en los proyectos de participación público-privada", Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés, 2018, 6ª ed., entre otros.

(81) En ese sentido, puede acudir a la obra de J. GUIRIDLIAN LAROSA intitulada "Contratación pública y desarrollo de infraestructuras (nuevas formas de gestión y financiación)" y, del mismo autor, a la obra citada supra.

(82) Véase lo dicho por DE LA RIVA, I. M. en su trabajo intitulado "¿Es la participación público-privada (PPP) un nuevo contrato administrativo?", en particular su punto 4, ED nro. 14.173, del 03/05/2017.

IV.3.b. La espontaneidad

Tal como hemos anticipamos, desde el fundamento de la iniciativa privada subyace una idea de espontaneidad en lo que hace a la proposición por un sujeto privado de un proyecto, cuya correspondencia con el interés público la Administración debe considerar. Si bien en algún supuesto normativo se ha previsto expresamente que sea el propio Estado el que excite la actividad de los particulares en ese sentido [mediante con un llamado expreso con tal fin **(83)**], lo cierto es que no se advierte que dicha posibilidad sea consustancial con el propósito que impregna dichos regímenes **(84)**.

Los derechos reconocidos al iniciador (que a modo de incentivo se han venido plasmando en estos) se justifican en la idea fuerza de que su merecimiento tiene por antecedente la actividad privada (que identifica cómo puede darse la confluencia entre una necesidad pública a satisfacer y el contrato a celebrar por el Estado a dicho fin), presentada a instancias de un particular. Este último asume el riesgo de que ello no sea vislumbrado del mismo modo por la Administración.

Ello se vería diluido si es el propio Estado quien estimula dicha actividad mediante una convocatoria con tal objeto y hace que los particulares sean acreedores de tales derechos mediante el acercamiento de proyectos o propuestas a instancias de aquel. Máxime, cuando resulta dudoso que dicha convocatoria no tenga lugar merced a una idea preconcebida (por más somera que sea) de lo que el convocante pretende.

(83) Así, el dec. 1105/1989, al reglamentar el art. 58 de la ley 23.969 (y con ello, el art. 4, de la ley 17.520, que venía modificado pro la primera), estableció la posibilidad de que el Estado llame "a la presentación de iniciativas de particulares para una obra pública determinada por la comitente, a construirse mediante concesión" (inc. K), definiendo que debía ser "considerada iniciadora la propuesta que sea tomada como base para el procedimiento de selección que se seguirá".

(84) Ratifica la idea la propia norma traído como ejemplo de la excepción, por cuanto la misma determinaba que dicho llamado tenía en miras "una obra pública determinada por la comitente".

Cabe poner de resalto que la doctrina ha dicho que, en tal supuesto de convocatoria, el Estado "exterioriza problemas a solucionar, objetivos a lograr, sectores necesitados de inversión privada o incluso el objeto de un proyecto de inversión y sus características iniciales". Ello, a nuestro entender, hace evidente la presencia de una idea preconcebida por parte del Estado sobre la necesidad y el objeto contractual que podría satisfacerla, a partir de lo cual este bien podría poner en marcha el procedimiento de selección de un contrato en particular para lograr dichas precisiones (v. gr. un contrato de consultoría), sin necesidad de acordar las ventajas competitivas propias del régimen de iniciativa privada.

Por regla, entonces, subyace la idea de espontaneidad del particular en lo que hace al acercamiento del proyecto o propuesta (85).

IV.3.c. La declaración o calificación de interés público. El riesgo que asume el iniciador

Hemos señalado que, en términos generales, los beneficios que cada legislación previó se tornan operativos en lo inmediato una vez que la Administración se pronuncia en forma expresa sobre la correspondencia del proyecto o propuesta con el interés público, en cuyo caso lo declara o califica como de interés público. Dicha manifestación importa que la identificación que el particular efectuó sobre la necesidad pública insatisfecha y el modo posible de remediarla a través del objeto del proyecto (el que, propone, pase a formar parte del contrato) es valorada y compartida de igual modo por la Administración (86).

(85) Dicha noción de espontaneidad es afirmada también por MUÑOZ, R. (h), ob. cit., p. 69. J. C. De Goyenechea, al comentar el art. 58 del decreto reglamentario de la Ley de Reforma del Estado, aunque no descalifica la posibilidad de la mantada convocatoria, señaló su carácter excepcional; afirmó que la regla es que el particular sea quien arrime la propuesta en forma espontánea (ob. cit., pp. 118/119).

(86) Los sistemas difieren en cuanto al órgano competente en cabeza de cual está la competencia para el dictado del acto correspondiente. Así, la reglamentación de la ley 23.696 la ponía en manos del ministro de Obras y Servicios Públicos (dec. 1105/1989); el dec. 635/1997, disponía que fuera el Poder Ejecutivo Nacional cuando se trataba de proyectos de gran envergadura canaliza-

Haremos una breve digresión para decir que, sobre dicha manifestación estatal, hay consenso en cuanto a que: (i) queda plasmada en un acto estatal cuya especie y régimen es el del acto administrativo (87) y que (ii) si bien el núcleo duro de dicha valoración se identifica con el ejercicio de facultades de tipo discrecional (88), no queda excluida la posibilidad de un escrutinio posterior sobre dicho acto (vía recurso administrativo o acción judicial), a partir del análisis de sus elementos reglados y el tamiz de la razonabilidad (89).

De los distintos cuerpos normativos analizados surge que, por regla, la operatividad de las normas que otorgan los beneficios en cada cual es consecuencia directa de la declaración o calificación de interés público que la autoridad competente haga respecto del proyecto de iniciativa privada de que se trate (90). Una visión diversa por la Administración sobre la correspondencia entre el interés público y el proyecto de iniciativa privada presentado por el particular importará la desestimación de este último, con la consecuente ausencia de dicha declaración o calificación (91).

dos por el procedimiento de doble fase que previsto en su art. 1; solución que se replica en el dec. 966/2005 (art. 5). Mientras que, en el régimen plasmado en lo que fue el "Reglamento para la Adquisición, Enajenación y Contratación de Bienes y Servicios por el Estado Nacional", luego reemplazado por el denominado "Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional", dicha competencia quedó descentralizada en la más alta autoridad de cada jurisdicción o entidad (art. 132, dec. 436/2000; art. 202, dec. 893/2012; art. 105, disp. 62-E/2016).

(87) Así lo prescribía expresamente el art. 24 del dec. 436/2000.

(88) J. C. Cassagne asegura que dicha calificación de interés público constituye un concepto jurídico indeterminado que no puede dar lugar a decisiones injustas o irrazonables ("Curso...", ob. cit., p. 541).

(89) En igual sentido Ricardo A. Muñoz (h) propicia un control amplio sobre el acto que decida sobre la pertinencia de la propuesta, de cara al interés público (ob. cit., pp. 89/90).

(90) En ese sentido: art. 4, inc. "c", ley 17.520 (texto según art. 58, ley 23.696); art. 1, dec. 635/1997 (que introdujo inc. "m", al art. 58 del dec. 1105/1989); arts. 5, 8, 9, y 10, dec. 966/2005; arts. 132 y 133, dec. 436/2000; art. 206, dec. 893/2012; art. 109, disp. 62-E/2016.

(91) Ello resulta corolario de la premisa sostenida al inicio, en cuanto a que el Estado es quien detenta jurí-

Con ello, la imposibilidad de goce de los derechos que en cada régimen se reconocen al particular iniciador.

Además de la obvia consecuencia de que en tal supuesto el particular se verá privado de los beneficios competenciales (pues no habrá procedimiento de selección que se ponga en marcha), tampoco hay posibilidad de reconocimiento económico alguno si la iniciativa privada se desestima (92).

Ello deja a las claras la idea de que tanto la concepción y el desarrollo de un proyecto (lo cual implica invertir recursos de la más variada índole para establecer su factibilidad) importa —para el particular que lo promueve— la asunción de un riesgo exclusivo (93). El particular, de antemano, sabe que se verá privado de compensar sus gastos si el Estado no comparte una misma visión al respecto (94).

dicamente el poder de planificación. Como afirma J. Guiridlian Larosa, si bien dicho poder no enerva a los particulares de la posibilidad de impulsar ante la Administración una propuesta de proyecto que —de concretarse— servirá al interés general, su efectivización queda a las resultas de la valoración que de éste haga el Estado, quien puede no declararlo de interés público (v. Contratación pública y desarrollo de infraestructuras: la asociación público privada como técnica idónea en pos de la efectiva promoción en un reciente proyecto de ley", cit.).

(92) Es casi una constante la previsión que dispone que —en tales casos— su autor carece de derecho a percibir algún tipo de compensación en concepto de gastos y/u honorarios (art. 1, dec. 635/1997, al introducir el inc. "m" al art. 58 del dec. 1105/1989; art. 7, dec. 966/2005; art. 202, última parte, dec. 893/2012; art. 105, disp. 62-E/2016). J. C. Morón Urbina gráficamente señala que es deber fundamental del iniciador es asumir los costos y riesgos de la elaboración, presentación y revisión de los estudios del proyecto hasta que sea calificado en definitiva por la Administración (ob. cit., p. 166). En la doctrina nacional, J. C. De Goyenechea afirma la idea de riesgo empresario que supone para el particular la contingencia de que su proyecto no sea considerado de interés público (ob. cit., p. 108).

(93) Por supuesto que la desestimación de la propuesta no libera a la administración de toda obligación en relación con la misma y de cara al particular que la hubiere presentado. El Estado se verá imposibilitado después de llamar a licitación sobre la base del proyecto desestimado. De lo contrario, como afirma R. A. Muñoz (h), violaría fraudulentamente las preferencias otorgadas por el régimen al iniciador.

(94) J. C. Cassagne apunta que, sin perjuicio de la solución normativa comentada, no hay que descartar la

IV.3.d. El procedimiento de selección posterior

Es una constante también que la declaración o calificación de interés público sea sucedida por la puesta en marcha de un procedimiento de selección de tipo concurrencial y público, por conducto del cual el Estado buscará la concreción del contrato que en su objeto refleje al del proyecto considerado de valía en dicha declaración (95). Se prevé que los pliegos o bases para la convocatoria que se confeccionen plasmen el proyecto —con sus lineamientos o estudios— que la autoridad competente consideró que coadyuvan a la satisfacción de una necesidad pública (96).

En todos los casos, se prevé que el procedimiento a seguir sea la licitación pública. Asimismo, y salvo algún supuesto en que solo aquella estuvo prevista como única posible, el legislador dispuso que el concurso público [en particular, el de proyectos integrales (97)] sea otro cauce posible a transitar para llevar a cabo la selección del contratista del Estado (98).

eventual invocación de la figura del empleo útil propia del derecho privado, la que considera de posible aplicación según el caso que se trate ("Curso...", ob. cit., p. 547).

(95) Los distintos cuerpos normativos analizados presentan particularidades tanto en lo que hace tanto al momento en que se decide qué procedimiento seguirá a tal declaración (así, en forma conjunta con la declaración o calificación de interés público; o en forma posterior al dictado de dicho acto), como así también en lo que hace a la autoridad competente para decidir cuál será el cauce formal para la selección del futuro contratista (quedando en ocasiones dicha competencia puesta en cabeza de un órgano diverso al que formuló la calificación o declaración).

(96) Art. 4, inc. "c", ley 17.520 (texto según ley 23.696); art. 6, dec. 966/2005; art. 132, Decreto 466/00; art. 203, dec. 893/2012; art. 106, disp. 62-E/2016.

(97) En este punto, A. Gordillo, respecto de la ley 23.696 y la reglamentación inicial que la misma tuvo sobre este instrumento (art. 58), asegura que, dentro del espíritu que inspiró dicha legislación, debe preferirse la competencia de proyectos antes que la clásica compulsiva de antecedentes y precios propia de la licitación pública, que es mucho menos rica en materia de ideas y alternativas que el procedimiento que compara proyectos íntegros ("Después de la Reforma del Estado", pp. 661/662).

(98) Art. 4, inc. "c", ley 17.520 (texto según ley 23.696); art. 1, dec. 635/1997 (al introducir el inc. "m" en el art. 58 del dec. 1105/1989; art. 6, dec. 966/2005; arts. 36 y 132,

De seguirse las conceptualizaciones tradicionales (99), que incluso se ven plasmadas en el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional (100), el tránsito por uno u otro debiera de depender de cuál resulte el factor preponderante en la decisión, es decir, según este sea —o no— preeminentemente económico. Aunque creemos que ello no es lo único. La elección —entre uno y otro cauce— reposa también en la circunstancia de que resulte —o no— factible plasmar en forma detallada —en el pliego o bases que delimitan la selección de las ofertas— las especificaciones que hagan al objeto del contrato que se busca celebrar, de manera que, de presentarse dicho óbice, se tornará operativo el concurso de proyectos integrales como carril para formular la selección del contratista estatal (101).

La propia base de comparación que —de manera casi connatural— se presenta en cada una de las especies mencionadas, hace que el concurso público (en particular el de proyectos integrales) resulte más permeable a la discrecionalidad del órgano que evalúe las ofertas para considerar la más conveniente. Aunque se han ideado cotos con miras a restringir el margen de acción de la Administración en dicha parcela de la decisión estatal (102), dicho tipo de pro-

dec. 436/2000; art. 203, dec. 893/2012; arts. 106, disp. 62-E/2016.

(99) V. MARIENHOFF, M. S., ob. cit., pp. 298/303.

(100) Art. 25, inc. "a", dec. 1023/2001.

(101) I. Mata, al comentar el régimen del dec. 893/2012, afirma que, si bien en la práctica los proyectos por su importancia económica deben someterse a esas formas de competencia, no advierte inconveniente para que se sigan otros procedimientos de selección si la iniciativa se encuadra en los requisitos legales de los mismos, incluyendo la posibilidad de una contratación directa ("Modalidades de Contratación. Según el Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, aprobado por el dec. 893/2012", pp. 101/102).

(102) A. Gordillo propugna que la comparación se haga mediante pautas razonables y objetivas, que preferentemente se pose sobre un sistema de puntajes parciales o fórmula polinómica, que asignen puntajes a cada uno de los elementos (antecedentes, capacidad económica-financiera, proyecto, precio etc.) que configuran la toma de decisión acerca de la bondad de una oferta; al tiempo que descarta que ello pueda tener lugar merced

cedimiento coloca al iniciador ante una mayor incertidumbre sobre el resultado de la puja que pueda generarse.

Si bien la opción entre uno y otro cauce —de antemano— puede lucir como una cuestión esencialmente discrecional, no puede abstraerse de los condicionamientos propios de cada contexto antecedente. Por ello, el procedimiento para la selección deberá corresponderse con el proyecto del iniciador que —declarado de interés general— resulte ser su antecedente (103). El grado de concreción y especificación que el proyecto del particular reporte respecto del objeto del futuro contrato no puede ser soslayado (104).

Podemos agregar que la doctrina exhibe un contrapunto en torno a si existe —o no— un derecho adquirido al mantenimiento del procedimiento de selección por el que hubiere optado la Administración (105).

a pautas demasiado simples como son el precio, tarifa o canon propuesto (ob. cit. pp. 661/662).

(103) En ese mismo sentido se expresa P. Robbio Saravia, quien sostiene que la elección de uno u otro procedimiento dependerá de una cuestión fáctica a ser analizada por la Administración, quien deberá fundar debidamente en cada caso puntal el procedimiento a seguir para seleccionar al contratista ("El régimen de la iniciativa privada como instrumento de inversión", p. 135).

(104) E. Mertehtikian manifiesta que si la Administración entendiéndose que la plena satisfacción del interés general amerita que se disponga de manera unilateral y uniforme las reglas o especificaciones técnicas, económicas y jurídicas, respecto de las cuales los particulares no podrían apartarse so pena de que sus propuestas sean declaradas inadmisibles, el procedimiento más adecuado será el de la licitación pública y no el del concurso de proyectos integrales (ob. cit. 51).

(105) A. Gordillo, luego de reconocer el carácter discrecional de la decisión, asegura que la elección del procedimiento de selección a seguirse para adjudicar el contrato traduce un derecho adquirido para el iniciador cuyo proyecto fue declarado de interés general, de modo que, optado por uno, no podría la Administración desandar sus pasos para poner en marcha el otro (ob. cit., p. 661); R. A. MUÑOZ (h) comparte dicha afirmación (ob. cit., p. 98). De otro lado, E. Mertehtikian, no encuentra prurito alguno en la posibilidad de que el Estado que primero decida por uno, luego cambie de parecer y ponga en marcha la selección de su futuro contratista por medio del otro, asegurando que el único derecho que el particular tiene adquirido en este marco tiene que ver son el respeto del debido procedimiento adjetivo en

Asimismo, hemos anticipado que en los regímenes analizados fluye la idea de que quien aportó el proyecto (alcanzado por tal declaración) prácticamente “deba” presentarse a ofertar —junto a otros terceros potenciales interesados en la celebración del contrato— en el procedimiento de selección que se ponga en marcha por la Administración. Ello no solo porque la parte fuerte de los incentivos acordados está puesta en dirección a la etapa de selección del contratista (para que el iniciador esté tentado en ser el futuro contratista estatal) sino, también, porque se prevén consecuencias negativas para el caso de no hacerlo (106).

IV.3.e. Los beneficios asociados

Finalmente, hemos señalado que como rasgo común en la legislación analizada emergen incentivos para estimular la actividad privada, que se traducen en una serie de derechos.

Tales derechos se tornan operativos en el marco del procedimiento de selección que la Administración ponga en marcha con miras en la celebración del contrato. Estos son de naturaleza competencial o económica, según cual fuere el resultado final que arroje tal procedimiento para quien fue autor de la iniciativa privada, detentando los primeros carácter principal; mientras que los segundos, que no se han previsto en todos los casos (107), presentan siempre carácter subsidiario y condicionado a que el contrato efectivamente se adjudique.

el procedimiento de selección y demás principios que lo gobiernan (ob. cit., p. 49); J. C. De Goyenechea tampoco encuentra objeciones para que la Administración desande un procedimiento e inicie el otro “en tanto y en cuanto el acto administrativo por el cual se eligió el primer sistema de selección, no haya sido notificado al oferente iniciador” (ob. cit., p. 120).

(106) En la legislación que prevé la aplicación de dichos regímenes al desarrollo de infraestructura pública es una constante la previsión que dispone la pérdida para el iniciador de la “garantía de mantenimiento de la iniciativa” (cuya constitución en cada caso se impone con diversa magnitud), en caso de que no presentarse a ofertar en el procedimiento subsiguiente a la declaración o calificación de interés público (art. 58, inc. “f”, dec. 1105/1989; art. 1, dec. 635/1997; art. 3, dec. 966/2005).

(107) Así lo previeron el dec. 635/1997 (art. 1) y el dec. 893/2012 (art. 205); y actualmente lo prevén el dec. 966/2005 (art. 10) y la disp. 62-E/2016 (art. 108).

Los derechos mencionados en primer lugar se explican por las ventajas que, con variables y diverso alcance, se han reconocido en cada legislación para definir a cuál de las ofertas presentadas por el sujeto autor del proyecto y un tercero que revista condición de contra interesado en el marco del procedimiento de selección que la Administración ponga en marcha, se adjudicará el contrato. Sea para inclinar la balanza a favor del primero cuando ambas ofertas sean consideradas de equivalente conveniencia (108) o bien, para brindar a aquel una segunda oportunidad de volver a ofertar (en una segunda vuelta) junto al tercero que inicialmente presentara la oferta valorada como más conveniente, de manera que —siguiendo la formas que en cada caso se establecen— ambos procuren mejorar sus propuestas iniciales (109). Pueden estar previstas (de un tipo y otro) en forma aislada, aunque generalmente se establecen de manera combinada (110).

En cuanto a los mencionados derechos de naturaleza económica, se vinculan a la percepción —por quien fue autor del proyecto declarado de interés público— de una suma de dinero en concepto de reembolso de gastos y/o de honorario como compensación por el riesgo asumido al desarrollar el proyecto. Suma que, además, viene tasada por cada normativa en lo que hace a su máximo.

Esta segunda especie de derechos, como se anticipó, presenta carácter subsidiario y condicionado.

Lo primero pues, en todos los casos, se prevé que se tornan operativos solo cuando el sujeto titular del proyecto así declarado no resulte ser el adjudicatario del contrato a celebrarse. De acontecer esto último, en general, los regímenes no prevén que tal derecho sea exigible por el iniciador (111).

(108) Como establecía el art. 58 del dec. 1105/1989.

(109) Tal como lo prevenía el art. 58 de la ley 23.969, al modificar el art. 4, inc. “c” de la ley 17.520.

(110) Tal lo que ocurría en el dec. 436/2000 (art. 133) y en el dec. 893/2012 (art. 204); y lo que hoy acontece en los regímenes del dec. 966/2005 (arts. 8 y 9) y el plasmado en la disp. 62-E/2016 (art. 107).

(111) En el marco del dec. 635/1997 llegó a perverse que —en caso de que el iniciador resultara adjudicatario

Lo segundo, dado que la posibilidad de su percepción solo tiene lugar si el contrato efectivamente encuentra en un tercero la condición de adjudicatario (lo cual, a su vez, supone que el procedimiento de selección llegue a ese puerto). En todos los casos se consigna que el deudor de la suma que se corresponda con el derecho de naturaleza económica, resulta ser ese tercero que se instituya como contratista del Estado.

Se viene estableciendo que, si ello no ocurre, el Estado en ninguna medida está obligado a reembolsar gastos u honorarios al autor del proyecto por su calidad de tal. A todo evento, dicho derecho quedará en ciernes para el caso de que un nuevo procedimiento de selección sea puesto en marcha por la Administración dentro del plazo máximo de protección temporal que en cada caso se ha establecido; y siempre que dicho procedimiento de selección lleve por base el mismo proyecto y estudios que —en su momento— hubieran sido declarados o calificados de interés general (112).

IV.4. Algunas consideraciones adicionales

IV.4.a. La iniciativa privada como expresión de la función de fomento

En primer lugar, desde un punto que atienda a la sustancia del instrumento analizado, podemos decir que resulta acertada la afirmación relativa a que este instrumento se vincula con la función de fomento del Estado, que ancla sus raíces en el art. 75, inc. 18 de la CN.

Dicha condición, que incluso surge reconocida desde los considerandos de varios de los actos estatales que lo han regulado, se hace palmaria ante el otorgamiento de los privilegios temporales que en estos se confiere —en calidad de recompensa— al particular por la inversión privada merced a la cual se acercan

del contrato— los costos máximos reembolsables puedan ser considerados como costos; pero que no correspondía suma alguna en concepto de honorarios contingentes (inc. "m", introducido en el art. 58, del dec. 1105/1989).

(112) dec. 966/2005 (art. 11, segundo párrafo) y disp. 62-E/2016 (art. 109), vigentes. También así lo previeron el dec. 635/1997 (art. 1) y el dec. 893/2012 (art. 206).

proyectos al Estado, una vez declarados o calificados de interés público por este último (113).

El eje central que preside la figura de la iniciativa privada reside en la vocación estatal de capitalizar y asumir como propios los proyectos de origen privado que supongan un aporte valioso a la comunidad. A tal efecto, las normas que la regulan tienden a garantizar a quienes se deciden a presentar tales propuestas una serie de ventajas jurídicas (114).

IV.4.b. La iniciativa privada como procedimiento administrativo especial. Relación con el procedimiento de selección posterior

Dado que el trámite previsto para la canalización de propuestas a instancia de los particulares constituye un procedimiento en sí mismo [que, por supuesto, en cada legislación presenta variables sobre diversos aspectos (115)], que cabe calificarlo como especial (116).

(113) En ese sentido, B. Gorostegui, quien ancla el fundamento constitucional de dicho instrumento en la norma mencionada, sostiene que, en tanto dichos regímenes traducen el otorgamiento temporal de privilegios, necesariamente debe contar con base legal que lo habilite, condición que sin dudas está presente para el grupo de contratos que presentan regulación en las leyes 13.064, 17.520 y 23.696, alcanzados por la reglamentación del dec. 966/2005 (op. cit., p. 308). De nuestro lado, nos preguntamos si este último recaudo encuentra sustento suficiente para aquellos contratos comprendidos en el art. 4, inc. "a" del dec. 1023/2001, pues dicho reglamento delegado se ha limitado a deferir a la reglamentación las modalidades que se desarrollen en la reglamentación conforme a la naturaleza y objeto de la contratación, sin siquiera referir al instrumento (art. 24), y a establecer que "en materia de preferencias se estará a lo que disponga la normativa vigente en cada caso" (art. 15).

(114) DE LA RIVA, I. M., "Lo público y lo privado...", ob. cit., p. 44).

(115) Tales como los recaudos formales de la presentación; los actos preparativos que se estiman necesarios hasta el dictado de aquél que plasme la visión del Estado sobre la valía del proyecto; la autoridad competente para expedirse sobre su adecuación con el interés general; y, caso afirmativo, para decidir qué procedimiento de selección será puesto en marcha para seleccionar el contratista estatal, entre otros.

(116) Extremo que tiene relevancia a la hora de establecer el plexo de normas aplicables o prevalentes en dicha materia, a la hora de vislumbrarse lagunas o contradicciones, respectivamente. En igual sentido se expresan

Se trata de un procedimiento que, en materia de contratos, tal como sostiene Mata, se incardina en la etapa de identificación de la necesidad pública y la preparación, diseño o configuración de la demanda pública, y está orientado a incidir sobre la preparación de dicha demanda, su objeto, la competencia de los actores públicos y las pautas de la selección (117).

Si bien los incentivos de la normativa básicamente están direccionados a favorecer la celebración del contrato estatal con el particular que lleve un proyecto de valía para la Administración, de manera de incrementar su potencial como oferente seleccionable (ora porque las bases de comparación de ofertas tomarán como base a su proyecto; ora por los "privilegios" competitivos que cada sistema confiere), de ello no se sigue que el procedimiento traduzca una preselección del contratista.

La declaración de interés público no supone *per se* dicha condición. Aun cuando la propuesta del iniciador fuere admitida y declarada de interés público, este bien podría no resultar el adjudicatario de ese contrato por las contingencias ya señaladas.

Tal como sostiene Gorostegui, el procedimiento de iniciativa privada y el de selección que eventualmente lo continúe, no son equiparables en su objeto y propósito (118).

Sin embargo, ello no implica desconocer que el segundo procedimiento, por las razones ya

J. C. Expósito Vélez y J. E. Santos Rodríguez al comentar la legislación colombiana (ob. cit., p. 117).

(117) Desde una partición convencional del procedimiento administrativo de contratación, afirma que éste se desenvuelve en tres etapas [(i) la de preparación, diseño o configuración de la demanda (también llamada "de preinversión"); (ii) la de selección, destinada a obtener la presentación de ofertas y elegir la más conveniente y finalmente (iii) la de celebración y ejecución del contrato] y ubica a la iniciativa privada dentro de la primera (op. cit., p. 97/8). Asimismo, sostiene que la iniciativa constituye una forma de participación privada que, junto con la de observación a los pliegos, ha transformado la etapa de configuración de la demanda de la Administración, que pasó de ser una actividad interna a otra de carácter abierto, con posibilidad de acceso por la ciudadanía (p. 100).

(118) Op. cit., p. 303. Dicha apreciación también es formulada por J. C. Morón Urbina (ob. cit., p. 162).

dadas, obviamente se verá incidido por el resultado del primero (119).

IV.4.c. Los derechos de naturaleza competencial

Puede afirmarse que los incentivos que los regímenes presentan son aquellos que podrán hacerse valer en los procedimientos de selección los que se presentan como de orden preeminente.

Ello denota que el incentivo mayor para el iniciador está puesto en generar su potencial condición de contraparte del contrato cuya celebración le proponga al Estado que sea puesta en marcha. Los otros derechos, de naturaleza económica, son residuales y están condicionados a la efectiva celebración del contrato por un tercero, siendo ciertamente magros en su magnitud.

No se ha previsto para el iniciador un aliciente real a partir de generar un ánimo de lucro que se desprenda de la lógica de la ganancia que este puede obtener en su eventual calidad de contratista del Estado. No se ha gestado un incentivo que reporte la posibilidad de obtener ganancias relevantes que se logre de manera independizada de dicha condición (120). De manera que

(119) Además de la influencia que necesariamente se advierte ante la necesidad de que los pliegos recepten el objeto del proyecto declarado de interés general, A. Gordillo, al comentar el régimen de la Ley de Reforma del Estado, asegura que, dado que en caso de aprobarse la iniciativa y sometérsela a la compulsa de la competencia o concurrencia, va de suyo que existe una predeterminación inequívoca de la administración en el sentido de contratar posteriormente con dicho primer oferente si no se presentan ofertas mejores, por lo que no podrían admitirse en los pliegos cláusulas en virtud de las cuales la Administración se reserve la facultad pretendidamente discrecional de no adjudicar el contrato a ningún oferente sin dar ningún fundamento fáctico razonable y suficiente. Asegura que el mero cambio de opinión no es desde luego fundamento fáctico suficiente y razonable (ob. cit., p. 667).

(120) Cosa que podría lograrse si se previera la adquisición del proyecto por el propio Estado cuando lo considere relevante para el interés general, en forma independiente a la suerte que el iniciador corra durante el procedimiento de selección posterior, o bien, mediante el pago de una suma de dinero en concepto honorarios que resulte más significativa o sustanciosa, como para que el particular se arriesgue a efectuar inversiones de

los derechos de naturaleza económica resultan para el iniciador un objetivo secundario.

De retorno a los derechos de competencia, hay que decir que además de la implícita ventaja que supone el hecho de que la Administración deba confeccionar las bases de la comparación de las ofertas utilizando el proyecto del iniciador, se vienen reconociendo el derecho a la segunda vuelta y el derecho de preferencia.

En ese sentido, del análisis de la evolución legislativa surge que mientras el derecho al *ballotage* o segunda vuelta (previsto para cuando algún tercero presente una oferta más ventajosa que la del iniciador) se muestra como una constante; el derecho de preferencia, que se activa ante la existencia de ofertas consideradas de equivalente conveniencia, no se ha replicado con igual regularidad en los regímenes relevados.

Ambos regímenes vigentes, con parciales diferencias, receptan los dos tipos de ventajas competitivas como parte del bagaje de derechos que estarán en el haber de aquel iniciador que se lance a ofertar en el procedimiento de selección que la Administración ponga en marcha.

A propósito de estos últimos, señalamos que la reglamentación del derecho a *ballotage* está prevista con idéntico alcance en uno y otro régimen. La posibilidad de que el iniciador mejore su oferta en una segunda ocasión junto al tercero oferente mejor calificado depende de que no se supere la diferencia máxima establecida en un porcentual (del 20%) entre ambas ofertas iniciales (121).

magnitud con un propósito de lucro, que sea independiente de la posibilidad de ser contratista del Estado.

(121) Art. 9, del Anexo I aprobado por dec. 966/2005; art. 107, disp. 62/16. Se ha dicho que en este supuesto el Legislador asume que la adjudicación se decida en favor de la oferta que estrictamente no fue la más conveniente en el marco del procedimiento de selección. Pero que en la búsqueda de dos intereses públicos igualmente importantes, como es, de un lado, la contratación con el mejor oferente, y, del otro, la financiación privada de proyectos, el régimen privilegia este último en tren de incorporar capital privado en el ámbito público (M. G. Domian, en su trabajo final integrador presentado para la Especialización en Administración Financiera y Control del Sector Público, dictada por la Facultad de Ciencias Económicas

La ventaja que consiste en que la adjudicación se resuelva a favor del iniciador cuando exista equivalencia de ofertas presenta algún matiz según el régimen que se aplique a la propuesta declarada de interés público.

En el régimen del dec. 966/2005, dicha "equivalencia" viene definida a partir de un porcentaje de hasta un 5% (que no puede ser superado) en lo que hace a la diferencia que debe existir entre la oferta del autor de la iniciativa y la oferta del tercero mejor calificada (122). Por su parte, en el régimen relativo a los demás contratos no se precisó dicho porcentaje (123), atento lo cual se ha señalado que debería darse un empate estricto entre las ofertas para que se haga operativo; extremo que hace que tal supuesto tenga aplicación muy limitada en la práctica (124).

Por otro lado, en el primero de los regímenes, la fórmula de equivalencia de ofertas solo es ejercitable en primera vuelta [por expresa previsión normativa, está excluida cuando se active el sistema de *ballotage* (125)]; mientras que, en el restante, solo está previsto para desequilibrar la balanza a favor del iniciador cuando la equivalencia de ofertas se produzca al momento de ofertar —nuevamente— en el marco del *ballotage* [no está previsto que pueda ser ejercido en la primera vuelta (126)].

En función de la conceptualización de la que he abrevado, brevemente apunto que ninguno de los dos regímenes nacionales aquí analizados prevé como incentivo a los sistemas denominados *swiss challenge*, *bonus system* ni *best and final*.

de la Universidad Nacional de La Plata, intitulado "Iniciativa Privada: Una mirada sobre el régimen del decreto 966/05", p. 35).

(122) Art. 8, del Anexo I aprobado por dec. 966/2005.

(123) Art. 107, última parte, disp. 62-E/2016.

(124) GORDILLO, A., ob. cit., p. 664. Sin perjuicio de lo cual, señala también que ello es indicativo de que la norma denota un sentido general de tutela y preferencia a favor del autor de la iniciativa.

(125) Arts. 8 y 9, última parte, del Anexo I aprobado por el dec. 966/2005.

(126) Art. 107, última parte, disp. 62-E/2016.

IV.4.d. Los derechos de autor

Por fuera de los eventuales derechos de naturaleza económica vistos anteriormente y los de tipo competencial a los que nos hemos referido aquí, se ha sostenido también la existencia del derecho del iniciador a la confidencialidad con la que el Estado debe tratar la información que aquel le transfiera, junto al proyecto presentado a su consideración.

Sostiene Gordillo que la presentación de la iniciativa no confiere ningún derecho al presentante, salvo el de la preservación de la información comercial que aquel haya acompañado; más la idea en sí misma, con el alcance que la ley establece. Asegura también dicho autor que, si bien la Administración puede discrecionalmente aceptar o rechazar la oferta, lo que no puede —luego— es utilizar la idea o los datos contenidos en la propuesta, sin preservar el derecho de autor de la iniciativa (127).

En relación con lo expuesto, se vislumbra el reconocimiento del denominado derecho de autor.

Correlato de este es la imposibilidad de desconocer la condición de autor (y los derechos consecuentes) cuando posteriormente algún tercero presente un proyecto de iguales características; o bien, poner en marcha la celebración de un contrato que en su objeto evidencie el proyecto otrora desestimado como favorable al interés público (128).

En ese sentido, debemos señalar que, de los regímenes vigentes, el contenido en el dec. 966/2005 es el que —atendiendo al carácter expreso de sus términos— protege en forma más amplia a tales derechos. No solo porque prevé la habitual protección de los derechos que tenga como iniciador ante un supuesto de fracaso del procedimiento de selección puesto en marcha luego de la declaración o calificación de interés público [siempre condicionado a que el nuevo llamado tenga por base los mismos estudios y proyecto (129)], sino que también confiere tal

(127) Ob. cit., p. 660.

(128) V. DE GOYENECHEA, J. C., ob. cit., p. 117.

(129) Por el plazo de dos años, a computar desde el primer llamado (art. 11, segundo párrafo, del Anexo I).

protección (130) en caso de no ser declarada de interés público la iniciativa.

El restante régimen, a tenor de la letra de sus normas, solo prevé que esa protección pueda darse cuando la propuesta fuera alcanzada por tal declaración o calificación (131).

Se ha señalado lo exiguo que resulta dicho plazo de protección en ambos regímenes (132).

IV.5. Los recaudos de admisibilidad de las propuestas

A primera vista, ambos regímenes vigentes presentan exigencias diversas a la hora de establecer los recaudos de admisibilidad que cada proyecto debe respetar. Si bien ambos casos exhiben un piso que es prácticamente común, como hemos anticipado, uno de ellos ostenta una exigencia que no está plasmada en el otro (o, por lo menos, no lo hace en términos literales).

En ese sentido, advertimos que el dec. 966/2005, exige que los proyectos a presentarse en el marco de dicho régimen contengan como mínimo: (i) la identificación del proyecto y su naturaleza; (ii) las bases de su factibilidad económica y técnica; (iii) el monto estimado de la inversión; (iv) los antecedentes completos del autor de la iniciativa y (v) la fuente de recursos y de financiamiento, el que —aclara la norma— deberá ser privado (133).

De su lado, el régimen relativo a los demás contratos que celebran los entes y organismos del sector público nacional comprendidos en el inc. a) del art. 8° de la Ley de Administración Financiera [al igual que sus antecedentes (134)], ya desde su definición como posible modalidad

(130) Por dos años, a computar desde la presentación (art. 11, primer párrafo, del Anexo I).

(131) También por el plazo de dos años, a computar desde el primer llamado (art. 109, disp. 62-E/2016).

(132) Tanto B. Gorostegui como R. A. Muñoz (h) afirman dicha insuficiencia, máxime teniendo en cuenta las incorrecciones que se presentan en el funcionamiento del aparato burocrático del Estado a la hora de poner en marcha sus procedimientos administrativos.

(133) Art. 2, del Anexo I aprobado.

(134) Así: art. 40, dec. 436/2000; art. 201, dec. 893/2012.

de contratación (135), exige que la propuesta a presentarse sea novedosa o que implique una innovación tecnológica o científica.

Asimismo, exige el cumplimiento por el particular de otros recaudos de admisibilidad y lo hace en forma similar al otro régimen; que se ven plasmados en el ya citado reglamento de segundo grado dictado por la Oficina Nacional de Contrataciones. este requiere: (i) los antecedentes del autor de la iniciativa; (ii) el plazo de ejecución; (iii) el monto estimado de la inversión; (iv) la fuente de recursos y de financiamiento y (v) los lineamientos que permitan su identificación y comprensión y elementos que permitan demostrar su viabilidad jurídica, técnica y económica (136).

Advertimos así que en este último existe un énfasis en la exigencia de que la propuesta del particular exhiba un cariz innovador, que no está presente —no en forma expresa por lo menos— en el otro régimen. La originalidad o innovación tecnológica o científica exigida en el régimen relativo a los contratos del inc. a) del art. 4° del dec. 1023/2001, no aparece exigida en el restante.

Trataremos de establecer cómo debe interpretarse dicha diferencia que existe en la literalidad de ambos grupos de normas.

Por lo pronto diremos que, sin perjuicio de la diferencia apuntada, consideramos que los recaudos de admisibilidad exigidos traducen un antecedente ineludible para la propuesta sea admisible y ser declarada de interés público. Su estricto cumplimiento por el iniciador no puede ser eludido, y debe satisfacerlos en forma completa.

Ello abre paso a advertir la exigencia de presupuestos necesarios para que se produzca válidamente la declaración por parte de la au-

(135) El Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional hoy vigente define que la iniciativa privada como modalidad de contratación es admisible "cuando una persona humana o jurídica presente una propuesta novedosa que implique innovación tecnológica o científica, que sea declarada de interés público" (art. 25, inc. "a", dec. 1030/2016).

(136) Art. 104, del Manual aprobado por la disp. 62-E/2016.

toridad administrativa y se justifique el bagaje de derechos que cada régimen reconoce a favor del iniciador. Lo que el iniciador transmita, en respeto de los recaudos de admisibilidad allí establecidos, traduce el sustento intrínseco de la elegibilidad del objeto de su propuesta como instrumento idóneo para satisfacer una necesidad pública y para el goce de los derechos que se otorgan en su favor.

En ese sentido, podemos identificar inicialmente dos, que denominaremos como "autosuficiencia" y "cariz innovador".

A su tratamiento dedicaremos el siguiente apartado.

V. Los presupuestos justificantes de los derechos del iniciador

V.1. La autosuficiencia

V.1.a. Concepto

Independientemente del régimen bajo el cual se exija cumplir con los recaudos de admisibilidad, este presupuesto apunta a que cada proyecto o propuesta que sea puesto en consideración del Estado se abastezca por sí solo, de manera que este último pueda ponderar su correspondencia con la satisfacción de una necesidad pública y su prioridad con base a información completa y suficiente sobre su factibilidad económica, técnica y jurídica (137).

Desde ya que, como sostiene Merteikian (138), el grado de especificidad con que se exprese dicha información no encuentra un criterio unívoco y dependerá de la complejidad del objeto y naturaleza del proyecto o del mayor o menor conocimiento o experiencia que la Administración y/o los particulares hayan adquirido sobre la materia objeto de la iniciativa. Pero, aun así, amén de lo que suceda en cada particular, compartimos la afirmación de que dicha información debe resultar abastecida en el mayor

(137) Con relación a la factibilidad jurídica, J. C. Casagne ha dicho que nada obsta a que se incorpore a la propuesta como condición la necesidad de que se dicte un determinado conjunto de normas que pudieren ser indispensables o de utilidad para la implementación del sistema ("Curso...", p. 541).

(138) MERTEHIKIAN, E., ob. cit., p. 42.

grado posible, para determinar su objeto y la mentada factibilidad (139).

En ese sentido, Domian (140) ha señalado que, desde la propia autoridad de aplicación del régimen del dec. 966/2005 (141), se había provisto un “formulario de preguntas frecuentes”, que aclaraba los tópicos a considerar dentro de cada uno de los requisitos que exige en calidad de recaudos de admisibilidad para los proyectos (142).

Allí se estableció:

En relación a la identificación del proyecto y su naturaleza (que establece el inc. a) del art. 2° del Anexo I aprobado), que debía consignarse: (i) los objetivos y metas del proyecto (o resultados esperados) y beneficios y beneficiarios, así como su marco (área de referencia y de influencia); (ii) la localización, disponibilidad y propiedad del terreno (y la eventual necesidad de expropiaciones), así como sus condiciones físicas-geográficas, de accesibilidad y disponibilidad de recursos, de infraestructura y servicios básicos y (iii) cualquier otra información complementaria que se considere apropiada para la comprensión integral del proyecto.

Respecto de las bases de su factibilidad (sentadas en su inc. b)), en cuanto a la económica, requiere alcanzar elementos que permitan: (i) el análisis de las bases de la oferta y la demanda (con identificación de la demanda, análisis de la oferta; y del grado de cobertura de la

oferta actual y proyectada) y (ii) su evaluación económica (con ello: la vida útil del proyecto, los costos y los beneficios de la inversión; los precios, beneficio social y costos no valorados, costos operativos y de mantenimiento; el flujo de fondos y su horizonte temporal; y la rentabilidad del proyecto) (143).

En lo que hace a su factibilidad técnica, requiere: (i) la descripción técnica del proyecto (con su memoria descriptiva y técnica y estudios básicos; el cómputo y presupuesto; el plan de trabajos y la curva de inversiones; la tecnología a aplicar, con sus especificaciones técnicas y planos generales; los modelos y gastos en ingeniería, administración, operación y mantenimiento) y (ii) el anteproyecto de ingeniería (ingeniería preliminar de los procesos productivos, maquinarias y equipos empleados, de las construcciones, civiles, de obras instalaciones, procesos y equipos auxiliares de manufactura; de los caminos de acceso e interiores, y playas de maniobras y estacionamientos; organización técnica del proyecto) (144).

Asimismo, requiere la evaluación ambiental del proyecto, con una declaración jurada del iniciador en la que manifieste si las obras o actividades afectarán el ambiente.

Respecto del recaudo que impone identificar la fuente de recursos y de financiamiento, para satisfacer el recaudo del inc. e), debe plasmarse: (i) la identificación de las fuentes, discriminando entre recursos propios y de terceros; (ii) la es-

(139) DOMIAN, M. G., op. cit., p. 18.

(140) DOMIAN, M. G., ob. cit., pp. 18/23.

(141) El —entonces— Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios; agregamos, órgano que —en tal carácter— estaba facultado para dictar las normas reglamentarias, complementarias o aclaratorias que resultaran necesarias (art. 6, dec. 966/2005).

(142) Aclaro que he intentado una búsqueda por los sitios web de los órganos del Sector Público Nacional con competencia en materia de contrataciones para intentar acceder a dicho "formulario de preguntas frecuentes", y así constatar su tenor, pero su resultado ha sido negativo. Es posible que se deba a cambios producidos en la estructura de los órganos ministeriales con el devenir de las distintas administraciones, lo cual hizo que el ex Ministerio de Planificación, Inversión Pública y Servicios deje de ser la autoridad de aplicación del Régimen Nacional de Iniciativa Privada.

(143) En lo que respecta a lo económico, J. C. De Goyenechea afirma que lo que se pretende es saber con ello si la iniciativa es rentable o no y por ende si merecerá o no subsidios implícitos o explícitos, sin que ello implique la revelación de datos pertinentes al momento de la apertura de los sobres de oferta (ob. cit., p. 89). En igual sentido, DOMIÁN, M. G., ob. cit., p. 19.

(144) E. Mertehekian, afirma que el particular debe demostrar no sólo que posee pleno conocimiento de las tareas técnicas que deben desarrollarse, sino que el objeto de la iniciativa es factible de ser llevado a cabo mediante el mecanismo por el propuesto; con el mayor grado posible de detalle en torno a los lineamientos técnicos, aunque sin vulnerar secretos (ob. cit. 44). En sentido semejante, M. G. Domian sostiene que iniciador deberá otorgar lineamientos con el mayor grado posible de detalle, con el fin de demostrar que conoce el objetivo, los medios y el procedimiento para llevarlo adelante; aunque sin vulnerar secretos (ob. cit., p. 19).

estructura de financiamiento y sus proyecciones y (iii) cualquier otra información complementaria que se considere apropiada para la comprensión integral del proyecto (145).

Lo relevante es que los tópicos enumerados son demostrativos de la idea que intento transmitir sobre la necesidad de brindar información que en forma adecuada y completa represente el proyecto que se pone en consideración de la Administración y abastezca el mentado presupuesto de autosuficiencia.

V.1.b. Necesidad de un mayor detalle normativo

Diremos aquí que luce evidente la necesidad de contar con el dictado de reglamentos que, sin conformar un molde rígido ni único para todas las especies de contratos susceptibles de ser propuestos al Estado, presenten un nivel de desagregación mayor en cuanto a los recaudos a satisfacer por el proponente en pos de abastecer las expresiones tales como “identificación de proyecto y su naturaleza”, “bases de factibilidad” o “elementos que permitan demostrar su viabilidad”. El derecho comparado evidencia que un mayor grado de precisión es posible (146).

Así, recaudos que se han dicho estaban incorporados en el denominado “formulario de preguntas frecuentes”, debieran formar parte de cuerpos de normas, respecto de las cuales el particular deba acreditar su concreto cumplimiento y la Administración la obligación de corroborarlo.

El dictado de cuerpos normativos que así los establezcan aportarán mayor certidumbre y seguridad jurídica.

(145) En este punto se ha sostenido que la Administración no debería exigir del iniciador información que deba estar contenida en la futura oferta, como puede ser el “flujo de fondos” o “cash flow” de la inversión, ya que eso importaría una gran desventaja frente a sus competidores. Pero sí debe existir información suficiente para que la Administración determine si la iniciativa es o no rentable (y con ello, si requerirá o no de subsidios), si dicha rentabilidad resulta razonable, etc. (MERTEHIKIAN, E., ob. cit., pp. 44/45).

(146) Véase el trabajo ya citado de J. C. Expósito Vélez y J. E. Santos Rodríguez, quienes comentan las exigencias que emergen del ordenamiento colombiano (dec. 4533/2008), con particular relación a la presentación de proyectos relativos a contratos de concesión (p. 104 y ss.).

V.1.c. Sus implicancias

En lo que hace al presupuesto aquí tratado, hay que tener en cuenta que la evaluación estatal transita por dos capas.

Una primera que tiene que ver identificación del proyecto y su viabilidad (o factibilidad), que prácticamente tiene vinculación con aspectos reglados que, precisamente, vienen de la mano de los recaudos antedichos (técnicos, jurídicos, financieros, económicos). Una segunda, que tendrá lugar una vez que concluya en sentido positivo respecto de la primera, que verifica la conveniencia de la propuesta arimada por el particular (analizando si está en sintonía con las políticas del Estado) y que, en esencia, traduce el ejercicio de facultades de corte discrecional, más difícil de acotar en su extensión y control, pues aquel concepto puede reportar a varios aspectos.

De manera que, con el cumplimiento de recaudos que se señalen, debe quedar palmario el objeto del proyecto y acreditada su viabilidad (factibilidad) (147). También debe brindarse del iniciador suficiente alegato sobre la existencia de la necesidad pública que con este sea posible conjurar y de justificación sobre su conveniencia. De mínima, lo que allí vuelque debe tornar posible realizar una prognosis con base en una comparación entre la situación que se describa como actual (sin el proyecto) y la futura a la que se espera arribar (con el proyecto), para que, con ello, ya en los lindes de la discrecionalidad, el Estado pueda establecer su necesidad y relevancia de cara al interés público que se afirme aquel va a satisfacer si se plasma en un futuro contrato (148).

(147) A. B. Casares Marcos, cuando comenta el régimen de la ley 13/2003 española, sostiene que se trata, en definitiva, de garantizar que exista una evaluación previa de la viabilidad real del proyecto antes de iniciar la fase de licitación, con el fin último de evitar que su ausencia se ponga de manifiesto una vez comenzado el proceso de contratación o cuando ya se haya adjudicado el contrato (“La selección y adjudicación del contrato de concesión de obras públicas a iniciativa particular”, Revista Digital Facultad de Derecho, nro. 1, 2009, p. 4).

(148) El particular proponente debe describir —en grado suficiente— la manera en que su propuesta contribuirá a la solución de los problemas previamente identificados, los beneficios que reportará y el modo de

En función de lo expuesto, entendemos que un proyecto que no acredite aquellos recaudos fijados en pos de establecer su identificación y viabilidad o factibilidad no puede ser admisible y carecerá de la protección del régimen en lo que hace a los derechos de autor. El cumplimiento de ese plafón reglado hace al piso mínimo exigible para su preservación.

En lo que hace a los aspectos de su conveniencia, basta con la suficiente alegación, pues puede ser que el Estado sobre el particular comparta su visión o bien encuentre otros motivos para fundar su valía.

En este punto debemos decir que, con el fin de acotar la mencionada discrecionalidad a partir de la acreditación de los recaudos que en forma reglada se establecen para que pueda verificarse la viabilidad del proyecto, para la concesión de obra genéricamente considerada (149) se ha acudido a sistemas que objetivamente permiten revelar parámetros de eficiencia. Tal es el caso del Public Sector Comparator establecido en el derecho inglés (150) para que la Administración advierta su conveniencia desde la óptica económica y financiera, y así defina si resulta valioso para el interés público (151).

Por ello, aún ante la natural limitación que existe para acotar la discrecionalidad que presenta una porción de la decisión, creemos que la entrega de información adecuada y suficiente puede traer más beneficios que desventajas, tanto para el Estado, que debe analizarla, como para el propio particular que está interesado en

lograrlo merced al objeto contractual que vaticine como adecuado para ello.

(149) Razonamiento que en nuestro país encuentra expresa recepción para los contratos de participación pública privada (art. 13, inc. "a", ley 27.328).

(150) Véase BENETTI, G., ob. cit., p. 61; MORÓN URBINA, J. C., ob. cit., pp. 173/174 y el trabajo de EXPÓSITO VÉLEZ, J. C. - SANTOS RODRÍGUEZ, J. E., ob. cit., 123.

(151) No obstante, como bien se ha señalado, dicho concepto, el de conveniencia, que es indeterminado por naturaleza, puede referir también a otros aspectos, tales como el político, social, ambiental, etc., lo cual que restringe la posibilidad de acotar el margen de la decisión estatal y el escrutinio su contenido (EXPÓSITO VÉLEZ, J. C. - SANTOS RODRÍGUEZ, J. E., ob. cit., pp. 123/124).

que su proyecto sea declarado o calificado de interés público (152).

Ello permite consolidar la decisión estatal cuando este declare que el proyecto resulta de interés público; al tiempo que resguarda de mejor modo los derechos del iniciador, aun cuando su propuesta no fuera calificada como tal.

Un proyecto que se muestre como autosuficiente para trasladar la idea que el particular transmita (y los elementos que avalen el postulado de satisfacción del interés general que llevará consigo), permite el dictado de una decisión pública debidamente razonada. Un abastecimiento adecuado de los elementos necesarios para que tal declaración tenga lugar trae por lógica consecuencia el dictado de un acto que se estructurará en un silogismo sin fórceps a la hora de establecer la necesidad pública a satisfacer y la valía que presenta el proyecto para lograrlo. La calificación o declaración expuesta de tal modo legitimará los beneficios que el régimen prevé a favor del particular que sea destinatario del acto.

Ello aminora el riesgo de cuestionamiento por terceros que decidan poner en crisis dicha decisión. Podrían sucederse planteos que se funden en una desviada finalidad por parte de la Administración en su intento de favorecer —con tal declaración— al iniciador vía otorgamiento de las ventajas comparativas que confiere el régimen, cuando el proyecto que no lo merezca. Cuestionamientos que podrían tener lugar no solo en forma inmediata al acto que plasme tal calificación, sino, también, una vez puesta en marcha la convocatoria de la Administración para seleccionar al contratista (153).

(152) Se ha sostenido que con todo tino que "el riesgo de brindar información demasiado acotada es evidente: la Administración puede no contar con elementos suficientes para comprobar el interés público involucrado en el proyecto y evaluar la conveniencia o no de la propuesta" (AZZARRI, J. C. - VEGA OLMOS, J., "El régimen de iniciativa privada y la necesidad de su reforma...", ob. cit.).

(153) Sobre este punto se abre un capítulo relativo a la legitimación posible para cuestionar las decisiones estatales que decidan la calificación o declaración de interés público de una iniciativa. Si bien este es un punto periférico al objeto sobre el que no tengo intención de profundizar, no puedo dejar de señalar algunos aspectos que cabrá tener en cuenta para definir la mentada legi-

En tal sentido, cualquier complemento o modificación sustancial que reciba el proyecto (que suponga predicar la ausencia de autosuficiencia), sea que provenga de la propia actividad del Estado o de otros particulares, debería inhibir la posibilidad de tal declaración, o eventualmente dejarla sin efecto, cuando lo aportado termine por alterar su fisonomía inicial **(154)**.

timación a admitirse con miras impugnatorias. En ese sentido, considero que sobre el particular campean un cúmulo de circunstancias de relevancia, que no pretendo agotar en su enunciación, de las que sólo menciono: (i) la eventual existencia de proyectos previos declarados o no de interés públicos, presentados por otros particulares, en virtud de lo cuales pretendan reivindicar (con la impugnación) los beneficios que pudieren serle socavados con una declaración posterior; (ii) la naturaleza y el régimen de protección de los bienes o derechos que pudieren quedar involucrados en el futuro contrato que el Estado —con la mentada calificación o declaración de interés público— pueda considerar de valía celebrar, que con ella pudieren considerarse afectados (por ser de tutela preferente), lo que podría abrir paso a supuestos de legitimación extraordinaria para su resguardo (art. 43, CN) o (iii) la virtualidad que deba darse a doctrinas como la del sometimiento voluntario a un régimen. En la doctrina nacional se ha avanzado sobre esta cuestión tomando como base de análisis la naturaleza del acto que formula tal declaración; así, R. A. MUÑOZ (h) distingue entre el acto que desestima la propuesta de iniciativa, el cual identifica con el acto de alcance individual, y el acto que admite la proposición del particular declarándola de interés público, en cuyo caso considera que su naturaleza es la de un acto de alcance general normativo susceptible de ser cuestionado por un haz amplio de legitimados (otros contratistas, usuarios, partes contratantes), según cuál será el interés que se invoque afectado por la declaración ("La iniciativa privada como instrumento...", ob. cit., p. 91 y ss.).

(154) En ese sentido, R. C. Barra, al comentar el art. 4 de la ley 17.520 en su redacción original, expuso que si la Administración admitía parcialmente la propuesta, para definir si el derecho de preferencia subsistía en cabeza del particular, había que estar "a la naturaleza de las modificaciones introducidas y a las participación del administrado en las mismas"; éste, sólo podía estar justificado cuando las modificaciones "no son esenciales con relación al proyecto original, o bien si la participación del administrado fue determinante en la elaboración de tales modificaciones", en cuyo caso conservaba la preferencia (ob. cit. 314). J. C. Expósito Vélez y J. E. Santos Rodríguez respecto del derecho colombiano, señalan que el régimen allí establecido no inhibe a la Administración de llevar a cabo los estudios que considere necesarios para confirmar la viabilidad de la propuesta estimada e incluso la posibilidad de introducir modificaciones al proyecto vía redacción de los pliegos de bases y condiciones de la futura licitación; y que, cuanto éstas resultan

Desde el punto de vista del iniciador, un proyecto que se autoabastece dificulta el margen de acción de la Administración, para que pueda disponer un lacónico rechazo de la propuesta. Un proyecto con tales características, naturalmente, forzará a dotar de la motivación suficiente a dicho acto, de modo que explicité suficientemente la falta de correspondencia del objeto del proyecto con el interés general.

Siempre resulta motivo de preocupación el hecho de que no se prevean desde la norma parámetros objetivos para la evaluación de la conveniencia del proyecto (aspecto que, se ha dicho, padece de una elevada carga de discrecionalidad) y que se termine por rechazar por mera voluntad del funcionario proyectos que muestren viables y social y económicamente acertados **(155)**. Como hemos visto, ante ese tipo de escenarios normativos (que no son exclusivos de nuestro ordenamiento jurídico), se han ensayado propuestas para intentar limitar o encorsetar de algún modo la decisión y facilitar su posterior control; aunque lejos están de aventar el riesgo señalado.

Es por ello por lo que acreditar en grado suficiente los recaudos que exija la normativa y apuntalar su viabilidad en estudios que arrojen parámetros precisos que el desempeño económico y financiero y el impacto social que tendrá el proyecto que se plasme el objeto de un contrato, reforzará la necesidad de una decisión adecuadamente motivada por parte del Estado y alejará el riesgo de arbitrariedad **(156)**.

Asimismo, si como motivo de rechazo se invocase la existencia de otros proyectos que se digan similares, un proyecto autosuficiente favorecerá la tarea comparativa y la demostración de sus caracteres distintivos, de ese modo tiene mejor aptitud para evitar un rechazo de la propuesta que busque ser fundado en la mentada preexistencia. Lo mismo para repeler cuestiona-

sustanciales (lo que sucede cuando las modificaciones al proyecto resultan superiores al 25% de uno o todos los aspectos allí señalados), prevé que su tramitación no se dé bajo el mecanismo propio de la iniciativa privada sino que tendrá lugar siguiendo las reglas comunes (ob. cit., pp. 132/133).

(155) BENETTI, G., ob. cit., p. 60 y ss.

(156) Ibidem.

mientos de terceros que se apuntalen en dicho argumento.

Aún más, puede hacer que la propuesta denote satisfactoriamente sus bondades y exhiba adecuadamente las razones por las cuales que merece la calificación de interés público y los derechos consecuentes, llegando incluso a posicionar de mejor modo a un proyecto posterior a otro que sea previo, quizás similar, pero que todavía tenga en ciernes la decisión de la Administración. El principio de preferencia temporal que usualmente podría propiciarse para dirimir a quién le cabe la calificación en tal supuesto, podría quedar de lado si el proyecto posterior demuestra mejor sus bondades (157).

En otro orden, también podemos decir que un mayor grado de detalle en la información aportada por el iniciador permite incrementar de modo indirecto las ventajas competitivas en el procedimiento de selección que la Administración ponga en marcha. Ello así, no solo porque como lógica consecuencia de la declaración de interés públicos las bases de la contratación (y comparación de las futuras ofertas) será realizada merced a los elementos de valoración del proyecto de iniciativa, sino también porque permite poner quicio a la decisión de la Administración a la hora de optar por procedimiento de selección que deba poner en marcha. Un proyecto autosuficiente restringe el margen de acción en este punto, dejando que el concurso de proyectos integrales [que siempre es más

(157) Dicho modo de definición lejos se encuentra de ser novedoso: a juzgar por los antecedentes que se han puesto de manifiesto respecto del art. 203 incorporado por la ley 13/2003 —de concesión de obra pública— al Texto Refundido de la Ley de Contratación de la Administración Pública de España, ya en la ley de 1877 estaba previsto que, ante la presentación de más de una petición para la realización de una misma obra que no ocupe dominio público ni exija subvención de los poderes públicos [dicho cuerpo preveía otras dos modalidades: obras con subvención de fondos públicos pero sin que llegue a ocuparse dominio público y obras con concesión de dominio público y dominio del Estado], fuera preferida "la que mayores ventajas ofrezca a los intereses públicos" (CASARES MARCOS, A. B., "El Resurgir Jurídico de la Concesión de Obras a Iniciativa Particular", Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, 2007, pp. 22/23).

permeable a la discrecionalidad (158)] quede reservado para los casos en que esté suficientemente justificado.

Finalmente, la preservación de los derechos de autor encontrará mayor eficacia si se parte de la base de un proyecto que se muestre adecuadamente informado a la Administración. Máxime, ante la instrumentación de un registro que recepte y haga públicas las propuestas que los particulares lleven ante la Administración. Si bien no hay acción que quepa ante una decisión (plasmada en un acto regular) que desestime la idea por considerar que esta no satisface el bien común (pues, al cabo, como afirma Merthikian (159), es una decisión fundada en razones de oportunidad, mérito o conveniencia), nada quita que con posterioridad dicha ponderación busque ser cambiada por un tercero que proponga algo similar.

V.1.d. Las tensiones que plantea

Somos conscientes de que la satisfacción del presupuesto de autosuficiencia que predicamos requiere develar información que pueda comprometer secretos comerciales del proponente u otro tipo de información sensible. Incluso que esa información privilegiada que el proponente pone en manos de la Administración puede suponer que este, de antemano, otorgue alguna ventaja a favor de los terceros que pasarán a competir con él por el contrato (en caso de que la Administración declare de interés público su iniciativa y ponga en marcha el procedimiento de selección correspondiente).

Para conjurar dicho riesgo, se ha propuesto que sea exigible a la Administración la cele-

(158) Aun cuando se adopten sistemas de calificación de las propuestas (como la fórmula polinómica que propone A. Gordillo) que fuercen a una decisión racionalizada para definir la oferta más conveniente. J. C. Azarri y J. Vega Olmos apuntan que, dado que en el concurso de bases integrales el proyecto será definido por la Administración sólo en sus aspectos genéricos (sin definir reglas, pautas y condiciones que la obra deberá respetar), el problema más evidente que presenta este sistema es que implica la necesaria comparación de ofertas disímiles, lo cual involucrará necesariamente un juicio subjetivo sobre varios aspectos de las ofertas (ob. cit.).

(159) Ob. cit., p. 41.

bración de un pacto de confidencialidad (160) o incluso que este opere de forma automática e inmediata con la presentación del proyecto (161), hasta que aquella se pronuncie sobre el proyecto; con la consecuente responsabilidad de aquel funcionario en caso de que esta sea suministrada en perjuicio del iniciador.

En esa misma línea se ha propuesto un mecanismo de tanteo, en el que el particular primero solo acerca la idea a la Administración sin necesidad de descargar toda la información hasta que esta manifiesta su interés en conocer más de la propuesta. Supuesto último en el que presentará el proyecto con mayor alcance de datos (cuyo volumen dependerá de su complejidad), garantizado con un verdadero pacto de confidencialidad (que debería ser lo más hermético posible), ante cuyo incumplimiento se disparan sanciones y responsabilidades ejemplares. La necesidad de mayor aporte de información podría incluir, entre los mecanismos para recabarla, la participación del proponente en audiencias o reuniones (con alto grado de transparencia) en las que proporcione o aclare aspectos de sus proyectos (162).

Cabe añadir que los daños que la Administración pudiere llegar a producir mediante la impropia e indiscreta utilización de la información, configurarían un supuesto de falta de servicio que conlleva la responsabilidad del Estado en el plano extracontractual.

Ahora bien, cuando dicha problemática es vislumbrada desde el plano de las ventajas competitivas que dicho aporte de información podría generar para terceros que pasarán a pujar con el iniciador por el futuro contrato, Cassagne asegura que esta no debe incluir los aspectos confidenciales o secretos de la propuesta que la empresa se reserva para no altera su ventaja competitiva respecto de otros oferentes (163).

(160) MERTEHIKIAN, E., ob. cit., pp. 44/45.

(161) ROBBIO SARAVIA, P., ob. cit. p. 135.

(162) ROBBIO SARAVIA, P., ob. cit., p. 140.

(163) El contrato administrativo (p. 278). Quien además propone que se implemente un sistema en virtud del cual se sancione al oferente que utilice los datos aportados en la iniciativa para elaborar su oferta en competencia con la del autor (p. 279).

Gordillo, por su lado, señala que el modo de emparejar dicho inicial desbalance se da a través del derecho que se reconoce al iniciador de poder mejorar la oferta ajena (164); De Goyenechea se ha expresado en esa misma línea (165).

Debemos señalar que dicho aspecto presenta regulación diversa en el derecho comparado y opiniones encontradas a su respecto. Se ha puesto de resalto que existen regímenes, como el colombiano, que disponen la publicidad de la información que se acompañe al proyecto, salvo que el particular solicite su tratamiento confidencial conforme así lo permitan las leyes especiales que prevean su protección. Mientras que otros, como el peruano, directamente resuelven la tensión a favor de la confidencialidad de la información aportada por el particular hasta tanto se califique de interés público a la propuesta (166); o el norteamericano que, para cuando se decida que una Unsolicited Proposal debe ser seguida de un procedimiento concurrencial para seleccionar al contratista, prescribe la prohibición para los funcionarios de utilizar datos, ideas o cualquier otra parte de la propuesta que previamente hayan sido señalizados como confidenciales por el iniciador, salvo que el iniciador fuere notificado de dicha intención y expresamente lo autorizara (167).

(164) Expresamente dice que "Así como el autor de la iniciativa queda inicialmente desprotegido al permitirse a los terceros mejorar su oferta e iniciativa conocida, queda luego equilibrado frente a tales terceros con el equivalente derecho que se le reconoce de superar a su vez la mejor oferta que aquéllos presenten, y el derecho de preferencia a ser el adjudicatario en caso de razonable equivalencia de las ofertas mejoradas" (op. cit., p. 666).

(165) DE GOYENECHEA, J. C., ob. cit., p. 90.

(166) Véase el artículo de J. C. Expósito Vélez y J. E. Santos Rodríguez citado (p. 129 y ss.).

(167) Así lo informa G. Benetti, quien agrega que el particular no puede indicar como confidencial aquella información a la que las entidades de contratación pueden acceder libremente a través de otros recursos; y que, si un particular entiende que hubo una revelación impropia de la información, debe probar: (i) que había indicado que el material era confidencial; (ii) que la preparación del proyecto había conllevado esfuerzos en términos de tiempo y coste y (iii) que su contenido no podía haberse obtenido por el gobierno a través de otros procedimientos; finalmente, que jurisprudencialmente se definió que todo incumplimiento formal de las prescripciones sobre la señalización de los datos confiden-

Sería deseable que una norma imponga expresamente deber semejante en el marco de tales regímenes, que disponga la obligación de reserva desde el momento mismo de la presentación de la propuesta por el particular o bien los recaudos que el particular deba cumplimentar para impedir que dicha información sea revelada por el Estado. Asimismo, que regle los momentos específicos en que la información sensible deba revelarse, el procedimiento mediante el cual ello deba ser llevado adelante, con expresas previsiones sobre el modo en que deba hacerse efectiva la cadena de custodia de dicha información una vez que se traspase al ámbito de la Administración.

Ahora bien, aun cuando se prevea un esquema de tanteo por el que parte de la información quede temporalmente retenida en manos del particular, consideramos que, aun en ese caso, la propuesta presentada no queda exenta de tributar el mentado presupuesto de autosuficiencia. Aunque momentáneamente no se revele su concreto contenido, la presentación deberá referir expresamente a ella y señalar cómo se conjuga con el objeto del proyecto y su viabilidad, identificando también si esta se encuentra protegida por algún régimen específico (v. gr. Ley de patentes de invención y modelos de utilidad; Ley de propiedad intelectual; etc.).

V.1.e. Corolario

Un proyecto de que no cumpla con los recaudos de admisibilidad que establezca en régimen correspondiente debería ser rechazado, sin merecer las ventajas que aquel ofrezca a modo de incentivo. Ello así, sin perjuicio de reiterar también la necesidad del dictado de normas que preestablezcan dichos requisitos, para aventar así que el Estado termine de apropiarse de un proyecto so pretexto de una alegada insuficiencia.

V.2. *El cariz innovador*

a. Luego de haber analizado en sus notas comunes a ambos sistemas, creemos que un existe un punto que permite trazar diferencias: el mencionado cariz innovador.

ciales conlleva un derecho de las entidades contratantes a revelar la información no expresamente protegida (op. cit., pp. 96/97).

Dicho punto, tal como anticipamos, igual que la autosuficiencia, también traduce un presupuesto a considerar en tren de establecer la valía de la propuesta privada de cara al interés público que su autor asegure que esta coadyuvará a realizar.

Como hemos anticipado, ambos regímenes vigentes exhiben diferencias en este punto. Uno, expresamente, exige que la propuesta del particular sea novedosa u original o implicar una innovación tecnológica o científica ("debe ser", reza la norma); el régimen relativo a los contratos previstos en el inc. a), art. 4° del dec. 1023/2001, en idéntica línea a sus antecedentes, reclama dicho plus para la propuesta. Mientras que el "Régimen Nacional de Iniciativa Privada", no contiene una previsión semejante.

Intentaremos establecer sus contornos y su dimensión en cada régimen.

b. Allende las conclusiones que sobre ello vayan a extraerse, en forma previa haremos una breve digresión.

Si se toma la letra de la norma del régimen que expresamente impone dicho requisito, pareciera que esta trazara alguna distinción entre lo "novedoso u original" y lo que "implique una innovación", como si fueren dos cualidades disímiles o diferenciables entre así.

Sin embargo, ello no es así.

Si se acude a las definiciones de tales términos, en todos los casos existen acepciones que refieren a creación o introducción de cambios en algo que ya existe (168). Quiere decir que, desde el punto de vista del lenguaje, en cualquier caso, la enunciación denota indiferencia a la hora de establecer a tales términos como recaudos de admisibilidad. La propuesta del

(168) El Diccionario de la Real Academia Española define a: (a) Original, en su sexta acepción, como lo "que tiene, en sí o en sus obras o comportamientos, carácter de novedad"; (b) Novedad, en su primera acepción, como "calidad de nuevo"; y, en su cuarta, como "cambio producido en algo"; (c) Innovador, en su primera acepción, como "la acción o efecto de innovar"; y en su segunda, como "creación o modificación de un producto, y su introducción en un mercado" y (d) Innovar, en su primera acepción, "como mudar o alterar algo, introduciendo novedades".

particular cubrirá el recaudo tanto si comprende algo totalmente original (absolutamente sin precedente), como si implica la introducción de cambios sobre algo que ya existe. La norma se exhibe prácticamente tautológica.

Por ello es por lo que el recaudo señalado bien puede sintetizarse en el concepto que proponemos para su tratamiento: cariz innovador.

No obstante, sí debemos poner de resalto que la norma pone un coto en cuanto a los aspectos que considera que debe darse el mentado cariz innovador: lo limita a lo científico o tecnológico. Extremos que, aunque por definición representan amplitud de posibilidades para las propuestas, así enunciados terminan por excluir otras especies; como podría ser lo artístico o lo financiero.

c. Dicho esto, la pregunta que surge es ¿qué alcance darle a la expresión en el régimen que así lo prevé? Al cabo, ¿qué debe acreditar el proponente para cubrir dicho presupuesto?

Ello no es una cuestión que resulte baladí pues, según las conclusiones que se extraigan, serán menores o mayores las posibilidades del régimen para canalizar la inversión privada con miras a celebrar alguno de los contratos a los que este refiere.

Quizás la respuesta no sea unívoca, si se tiene en cuenta que aquel refiere a un cúmulo considerable de contratos diversos en sus objetos. De allí la posibilidad de que dicho cariz innovador pueda concretarse con mayor frecuencia en algunas especies que en otras. No será igual el margen para innovar que permita un contrato de suministro que un contrato de locación. La técnica y la ciencia tienen mayor posibilidad de hacerse presentes en unos que en otros.

Algo luce cierto: deben cuanto menos implicar una modificación respecto del estado de cosas preexistente en lo que hace a la demanda pública y el modo de satisfacerla por vía de las prestaciones que sea objeto de los contratos celebrados. En palabras de Morón Urbina, el paso inventivo consistirá en una metodología, técnica o forma de hacer las cosas creativas e individualizable, distinta a la forma actual en que se

realiza la actividad (169). Sea que esto se mire desde lo científico o desde lo técnico. En cualquier caso, entendemos fundamental que la propuesta deberá ir acompañada de un cálculo que revele mayor eficiencia (170).

Ahora bien, como bien advierte Mata (171) a su respecto, lo científico y lo técnico traducen un acotamiento objetivo que reducen el margen de aplicación del régimen.

d. Respecto del régimen correspondiente al dec. 966/2005, como hemos dicho no reclama dicha condición en términos expresos.

Tampoco lo hicieron los regímenes antecedentes, sin perjuicio de alguna tangencial mención a tal concepto en los considerandos del dec. 935/1997. Aun así, parte de la doctrina lo incorpora a la noción conceptual de iniciativa privada, también para los contratos alcanzados por este régimen (172).

De ello podría colegirse que esta no es necesaria en el ámbito de los contratos alcanzados por el régimen del dec. 966/2005 o que, si se lo entiende implícito, se concreta con mucho menos. Es decir, en dicho universo, el mencionado recaudo no condiciona la admisibilidad de la propuesta o proyecto que el particular presente ante la Administración, en donde no tiene que demostrar que es original o innovador desde lo técnico o científico. En todo caso, se presenta con mucho menos peso y se abasteca de diversa forma.

En ese sentido, consideramos fundamental tener presente que los incentivos que dicho régimen prevé en calidad de derechos para el iniciador tienen en miras trasladar al sector

(169) Ob. cit., p. 168.

(170) Por ejemplo, una propuesta para que la Administración lleve a cabo la celebración de un contrato de suministro de bienes que involucren una nueva tecnología, deberá estar respaldado no sólo por dicho factor (que dejaría plasmado el mentado presupuesto), sino también por un análisis sobre la eficiencia que éste reporte en términos de costos, preservación del medio ambiente, entre otros aspectos a considerar para determinar su conveniencia u oportunidad.

(171) Ob. cit., p. 100.

(172) Así, MUÑOZ, R. A. (h), ob. cit. p. 29.

privado el análisis sobre la factibilidad de proyectos (muchos de envergadura) con el consecuente traslado de los altos costos y riesgos que esto supone.

Es decir, hay un esfuerzo presupuestario que el particular asume (y que, consecuentemente, el Estado ahorra) para detectar una necesidad pública y demostrar la viabilidad [técnica, económica y jurídica (173)] del contrato que se propone para satisfacerla.

Consideramos que en este régimen es marcado que la declaración de interés público y los derechos que se derivan de ella, antes que nada, encuentra como antecedente dicho esfuerzo del particular y lo recompensa del modo que ya hemos analizado, si es que el Estado comparte su diagnóstico y la posible solución propuesta como idónea para satisfacer el interés público (174).

Como hemos dicho, no advertimos que el régimen relativo a los contratos para desarrollo de infraestructura reclame dicho cariz innovador como recaudo de admisibilidad con carácter necesario.

(173) Aunque el art. 2 del Anexo aprobado no la mencione expresamente (en su inc. "b"), no hay dudas de la exigencia de que el iniciador acredite la viabilidad jurídica del proyecto.

(174) Los propios considerandos del acto que aprueba el régimen exhiben como propósito estimular a los particulares a que participen de los proyectos de infraestructura (sean éstos de obras públicas, concesión de servicios públicos, licencias y/o cualquier otra modalidad), a partir de un mecanismo de incentivos y privilegios que "reconozca el esfuerzo y los recursos empleados", siendo un estímulo para la generación de ideas. Agregamos aquí, en su momento, el dec. 635/1997, en sentido semejante —para otorgar los beneficios— ponderó "el alto costo que supone la realización de los estudios de factibilidad y de ingeniería conexos, especialmente cuando se trata de obras de gran envergadura" y si bien estableció que el Poder Ejecutivo para formular la declaración de interés público debía tomar en cuenta "el mérito, la originalidad y el beneficio que el proyecto reporte a la comunidad y la envergadura de la obra", está claro que dicha manifestación del cariz innovador allí plasmada lucía como un elemento más a considerar y hasta secundario, si se tiene en cuenta el propósito que la norma perseguía de angostar la brecha de infraestructura que por entonces mostraba el país.

En todo caso, se cumplimenta con mucho menos que en el otro régimen, pues bastaría con la espontaneidad de la iniciativa y la ausencia de superposición entre el proyecto que el particular presente al Estado y los que este último ya tenga incorporados en sus programas de gobierno, o bien, con proyectos que otros particulares hayan puesto en consideración de la misma esfera de gobierno con idéntica intención (175).

e. Tenemos entonces que el cariz innovador es un recaudo que el primero los regímenes analizados en este apartado lo exige en forma inequívoca. El modo sostenido en el tiempo con que las distintas legislaciones relevadas supeditaron la admisibilidad de las propuestas a dicha expresa exigencia impide suponer que, el hecho de que —nuevamente— esta se vea plasmada en el régimen actual, sea fruto de un descuido o la casualidad. Dicho recaudo de admisibilidad presenta entidad propia y luce —por entero— como de acreditación necesaria en dicho universo, lo que no ocurre de igual modo en el restante régimen.

Consideramos de relevancia dejar en claro este punto, pues no creemos que las normas de cada régimen resulten de aplicación indistinta para todos los proyectos (es decir no son extrapolables las exigencias de uno al otro). De manera que, el cumplimiento de los recaudos de admisibilidad debe darse a la luz del régimen al que refiera el tipo de contrato que el particular proponga que el Estado celebre para satisfacer una necesidad pública (176). En caso contrario, carecería de sentido la existencia de ambas regulaciones.

(175) Tal como afirma J. C. Morón Urbina "nada del diseño legal tendría sentido, si se tratara de una propuesta para acometer una idea que ya es dominio público o que esté proyectada realizar por el Estado. Ni la evaluación para determinar si el proyecto es de interés público, y menos aún, el otorgamiento de algún derecho al —en este caso— pseudo iniciador" (ob. cit., p. 167).

(176) Ello sin perjuicio de la eventual integración analógica que pueda hacerse con las normas, en tanto ésta sea posible.

Entonces, el control sobre su cumplimiento debe hacerse a la luz de lo que cada régimen prescribe (177).

Hemos anticipado que dicho recaudo de admisibilidad constituye, a su vez, un presupuesto para la declaración de interés público. Intrínsecamente será lo que valide la decisión de declarar o calificar de interés público un proyecto y, con ello, otorgar derechos que posicionan de mejor modo al iniciador en la puja por el contrato que la Administración decida celebrar en comunión con la idea que transmite el proyecto puesto a su consideración.

Cuestión distinta es la relativa a la concreta dimensión que dicha exigencia tiene y conveniencia de acotar —con ella— la admisibilidad de las propuestas, lo que analizaremos luego, en el punto siguiente, donde trataremos de aportar alguna idea sobre cuál debe ser el punto de equilibrio que debe existir.

V.3. La dimensión de los mentados presupuestos. Algunas pautas para su interpretación

a. Como punto de partida diremos aquí que el cumplimiento de tales presupuestos traduce una condición intrínseca de admisibilidad y le-

gitimidad de la propuesta y con ello, claro está, de la declaración de interés general sobre un proyecto de iniciativa privada.

La tensión inicial que existe entre las ventajas competitivas que los regímenes vigentes ofrecen al iniciador y los principios que campean en el procedimiento de selección del contratista (en forma preeminente de igualdad y concurrencia) se resuelve razonablemente a favor de las primeras, siempre que pueda demostrarse en forma cabal que los elementos que la Administración consideró abastecen el interés general y el modo en que lo hacen. Ello, a su vez, como afirma Muñoz (178), importará el cumplimiento de una exigencia que encuentra fuente supranacional, tanto en la Convención Interamericana contra la Corrupción (179), como en la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (180).

b. En cuanto al cariz innovador este traduce un presupuesto que, sin margen de duda, resulta predicable respecto del régimen de contrataciones que refiere a los contratos del inc. a) del art. 4° del dec. 1023/2001.

Hay que decir que no parece que esto sea irrazonable.

A poco que se analiza el objeto de los contratos que eventualmente pueden ser celebrados merced a dicho régimen, a diferencia de los eventuales contratos que quedan bajo la órbita del dec. 966/2005, aquellos no lucen como proyectos que demanden la aplicación de ingentes recursos para determinar la detección de la necesidad pública y/o el análisis sobre su factibilidad, o bien, revelan que su objeto satisface el interés público, pero de forma mediata.

A primera vista, el esfuerzo presupuestario no estaría dado del mismo modo en aquellas iniciativas regidas por la normativa que emana de la Oficina Nacional de Contrataciones, pues tales proyectos suponen una inversión directa presumiblemente menor que los proyectos de infraestructura de servicios u obras públicas. Es

(177) Por ello no compartimos la posición de la Procuración del Tesoro que, ante la presentación de un proyecto de iniciativa privada, aseguró —sin más— que su evaluación y ponderación debía hacerse "a la luz de los establecido tanto en el dec. 436/2000 como en el dec. 966/2005" (Dictámenes Tomo 267, p. 270); P. Robbio Saravia, también señala ambos regímenes sólo se diferencian en lo que, respecto a sus ámbitos de aplicación, ya que sustancialmente resultan idénticas, aunque con algunos matices diferenciadores que, con algún grado de voluntad integradora, no impiden pensar en un único régimen nacional" (ob. cit., p. 131). No compartimos tales apreciaciones. Allende lo relativo a la conveniencia, pensamos que las diferencias que surgen de la comparación de ambos regímenes exceden "matices diferenciadores", pues éstos, dada la diversa impronta con que se presentan en cada cual, no dejan dudas de la coexistencia de dos regímenes diferenciados; la posición que adoptamos en este punto, se sostiene no sólo respecto con el recaudo de admisibilidad que está siendo objeto de análisis, sino también a partir de otros de relevancia (v. gr. aquél que refiere a la fuente de financiamiento, que en el régimen del dec. 966/2005 se exige que por regla sea netamente privado; extremo que no se plasma en el régimen de iniciativa privada que alcanza a los demás contratos que puede celebrar el Sector Público Nacional).

(178) MUÑOZ, R. A. (h), ob. cit., pp. 87/88.

(179) Aprobada por ley 24.759.

(180) Aprobada por ley 26.097.

razonable entonces que en dicho marco el legislador exija un plus en la propuesta, como es que está presente un cariz innovador.

La entidad con que pueda presentarse dependerá de la naturaleza de las prestaciones que estén involucradas en el objeto del contrato que se proponga que celebre la Administración. Su exigencia (para justificar la recepción de la iniciativa) será de distinta intensidad según en qué consistan estas y, casi con seguridad, deberá ir acompañada de una demostración de un cálculo que evidencie su eficiencia.

Al margen de lo expuesto, reiteramos que la normativa denota un acotamiento que, a primera vista, parece dejar afuera de la posibilidad de cumplir con este recaudo en el caso de proyectos que muestren su valía, merced a la innovación en campos que no tengan que ver con lo científico o tecnológico.

Bien podría propiciarse una interpretación amplia que traspase dichos lindes, siempre que el proyecto reporte eficiencia para la Administración. Una propuesta que informe una estructura logística o bien una solución financiera (como sugiere Mata) que redunde en una mayor eficiencia (con la consecuente reducción de costos para el Estado) y que sea presentada como novedosa, bien podría considerarse tributaria del presupuesto aquí tratado (181).

Continuando con el análisis de este presupuesto en relación con este universo de contratos, tenemos que, entre estos, existen algunos que pertenecen a la especie de los contratos de atribución, como es la concesión de bienes del dominio estatal. En este punto es donde, creemos, la clasificación propuesta al inicio del trabajo puede reportar alguna utilidad, aunque más no sea para establecer un estándar.

(181) I. Mata, al comentar el régimen del dec. 893/2012, propone que la admisibilidad de la propuesta no quede limitada a dicho presupuesto. Afirma que "quizá estas condiciones no resulten las únicas posibles para sustentar una propuesta que pueda ser calificada de interés público, ya que, por ejemplo, sin la 'originalidad' puede contener una solución financiera que permita adelantar o acortar el tiempo de ejecución de un proyecto de inversión" (ob. cit., p. 100).

En dichos contratos es el Estado quien asume la prestación principal, esto es, el que sustenta el sinalagma. Se expande la esfera jurídica del particular, quien adquiere derechos de uso exclusivo sobre el bien público (en su totalidad o en una porción de este), generando una posición diferenciada frente al resto de los ciudadanos. En estos, el interés privado entonces tiene mayor significación que un contrato de colaboración. El interés público queda satisfecho, pues el uso objeto de la concesión nunca pueda estar desconectado de elemento teleológico que informa el bien de que se trate y alguna rentabilidad social este debe presentar, pero lo estará de manera mediata.

Al cabo, en esta clase de contratos no aparece una necesidad preeminente del Estado de celebrarlos. Por lo menos no de hacerlo otorgando ventajas competitivas especiales al particular. Por ello, aquel que accede al uso exclusivo de un bien del dominio del Estado, gozando además de los beneficios competitivos que confiere el régimen para hacerlos valer en la puja por la celebración del contrato, debe dotar de valía al proyecto que presente a partir de demostrar su originalidad.

Pensamos que para estos casos puede trazarse un parámetro que tome en cuenta con qué grado se da dicha preeminencia del interés del particular ante el objeto del contrato. De ese modo, la intensidad con la cual exigir el cariz innovador debe presentarse en una proporción inversa a la magnitud del interés privado que el posible contrato reportará en caso de celebrarse.

El acceso a la utilización en condición de exclusividad de los espacios públicos (merced a un régimen que otorga ventajas competitivas) debe cohonestarse en la creatividad que reporte el proyecto. Cuanto menos, la idea que transmite el iniciador deberá revelar la significación positiva que el contrato propuesto tendrá para el destino del bien del dominio público. No bastará con acreditar simplemente el cumplimiento del recaudo negativo mencionado al inicio de este trabajo, sino que reclamará de un plus. El proyecto debe demostrar cómo se verá potenciado el fin público que justifica el uso especial mediante dicha figura.

Los bienes del dominio público son de diversa índole en lo que hace a su funcionalidad y, según cual sea el uso público que estos satisfagan, serán más o menos susceptibles de tolerar su modificación. No resulta igual una playa pública, que una plaza pública o una terminal portuaria (182). El mentado esfuerzo presupuestario que importe un proyecto que refiera a bienes de dicha especie bien puede ser un elemento que permita contrabalancear el cariz innovador y morigerarlo cuando el proyecto insuma recursos aportados por el particular para determinar una necesidad pública y demostrar la viabilidad (factibilidad) del futuro contrato para satisfacerla.

En cuanto a los contratos que involucra el régimen del dec. 966/2005, como se ha dicho, su originalidad o innovación no lucen como un extremo necesario que deba acreditar el proyecto (no por lo menos con el alcance que sugiere el otro régimen). Aunque esto, claro está, no descarta que el cariz innovador pueda tener lugar en dicho ámbito y que sea valorado como un elemento de valía de cara la satisfacción de una concreta necesidad pública. De hecho, en muchos casos, según el objeto del contrato, estará implícito cuando estos demanden el uso o transferencia de tecnología por el sector privado.

Pero reiteramos aquí que el foco de los incentivos que el régimen prevé en calidad de derechos está puesto en lograr que el particular asuma una porción de la función pública que involucra la definición de la demanda estatal que va a ser satisfecha por la vía del contrato y, con ello, produzca un desahogo fiscal con conatural absorción del impacto presupuestario que importa llevara tarea adelante, a su exclusivo riesgo.

Por otro lado, suponiendo que en este régimen la mentada originalidad tenga alguna gravitación mayor a la que hemos señalado antes, atento a que aquí no existe una norma (como si

(182) M. M. Díez, siguiendo a Giucciardi, advertía que la naturaleza común de los bienes dominiales de ninguna manera "quiere significar que todos deben usar de la cosa del mismo modo: es elemental la variedad de las utilizaciones que pueden realizarse con respecto a ciertas categorías de bienes dominicales" (Dominio Público—Teoría General y Régimen Jurídico—, Abeledo, p. 314).

la hay en el restante régimen) que acote la admisibilidad de los proyectos al campo tecnológico y científico, bien podrán acusar dicha originalidad aquellas propuestas para celebrar contratos que reporten —en el sentido que propone Mata— mayor eficiencia a partir de un esquema logístico que traduzca mejor servicio con menor costo económico o externalidades negativas o mayor inmediatez en lo que hace al acceso a una infraestructura de obra, merced a una propuesta que muestre un esquema de financiamiento que la haga posible.

Como corolario de lo expuesto, entendemos que para determinar la conveniencia de la propuesta es posible transitar por un análisis que tenga en cuenta la relación que existe entre elementos tales como el esfuerzo presupuestario que esta contenga, la eficiencia que pueda reportar el proyecto, la profundidad de la originalidad y el grado —mediato o inmediato— en que se verá satisfecho el interés público si el contrato se celebra.

c. En cualquier caso, dichas condiciones deben ser demostradas a partir de la configuración del presupuesto de autosuficiencia. La idea que se transmita y los elementos para demostrar su viabilidad deben autoabastecerse desde el lado del iniciador.

Una propuesta que tenga que verse complementada con ingente actividad que parta desde el Estado o de terceros con el propósito de terminar de delinear el objeto o alcance del proyecto o para demostrar su viabilidad, no presentará aptitud para merecer las ventajas que confiera el régimen aplicable.

VI. La iniciativa privada y los contratos de participación público-privada

Pensamos que algunas de las consideraciones y conclusiones que hasta aquí vertimos pueden reportar alguna utilidad de cara al régimen de iniciativa privada que se erija para canalizar la celebración de los contratos de participación público-privada, hoy pendiente de reglamentación.

Dado que el abordaje de dichos contratos no resulta del objeto de este trabajo, solo nos animamos a insinuar que el futuro régimen no pue-

de prescindir de los fines que impregnan su ley, en su mayoría destinados a angostar la brecha de infraestructura que padece nuestro país, ni de los caracteres ya enunciados con los que el legislador ha concebido a dichos contratos **(183)**.

La inversión de capital necesario para determinar la viabilidad de un contrato de la especie supone ingentes sumas de dinero. Por lo que si el futuro régimen persigue incentivar a los particulares para que estos asuman materialmente la función de definir la demanda pública a satisfacer por dichos contratos, debería especialmente considerar ese esfuerzo presupuestario como presupuesto justificante de los beneficios que allí se reconozcan para el promotor.

Asimismo, cabrá considerar el principio de valor por dinero (*value for money*) que campea en dicha ley.

Éste se nutre no solo del concepto de eficiencia y economía (en el sentido de abaratamiento de los costes asociados a la realización de la obra o el servicio de que se trate), sino que también involucra al de eficacia. Concepto este último que involucra la efectiva concreción del objeto prestacional, aun cuando de ello derive la necesidad de pagar una remuneración al sector privado con un coste mayor, pues de otro modo la necesidad pública detectada no se vería satisfecha en lo inmediato **(184)**.

De modo que sería deseable que el régimen de iniciativa privada que se gesticione para canalizar contratos de la especie defina si dicha posibilidad de concreción de la obra o servicio (aun con un mayor coste asociado a la necesidad de financiamiento privado o el aporte de tecnología a la que de otro modo no se podría acceder) forma parte del análisis de oportunidad, mérito o conveniencia que termine por cohonestar la asignación de los beneficios asociados que allí se prevean en favor del iniciador.

(183) Dado que éstos reposan en una compartición y eficiente asignación de riesgos con el sector privado aplicado a un proyecto específico y se desarrollan bajo un parámetro de la flexibilidad.

(184) V. GUIRIDLIAN LAROSA, J. D., "La participación público-privada (PPP)...", p. 7.

De otro lado, si es que la originalidad pasa a ser un presupuesto exigible por dicho régimen, su satisfacción debiera encontrar cabida a partir de la demostración de una mayor eficiencia que sea objeto de la propuesta, de manera que el cariz innovador no quede necesariamente acotado al aspecto técnico o científico. Ello sin perjuicio de señalar que, tal como afirma Guiridlian Larosa **(185)**, dado la marcada complejidad técnica que presentan la mayoría de estos proyectos, lo que de suyo supone transferencia de tecnología desde el sector privado al sector público, dicho presupuesto se verá satisfecho de forma consustancial.

A propósito de dicho presupuesto, en tanto que como objeto posible de proyectos a desarrollar mediante contratos de participación público-privada el legislador ha consignado aquellos que operen en el campo de la investigación aplicada y/o innovación tecnológica **(186)**, no puede dejar de considerarse el avance que presenta la legislación extranjera en lo que hace a los sistemas de selección para concretar acuerdos con un objeto prestacional semejante.

La reciente legislación española sobre contratos, con fundamento en la disp. 2014/24/UE, introdujo un procedimiento de adjudicación denominado de "asociación para la innovación" **(187)**, para aquellos casos en que resulte necesario realizar actividades de innovación y desarrollo en obras, servicios y productos, para su posterior adquisición por la Administración, donde los seleccionados realizarán las actividades requeridas y el contrato se adjudicará al que ofrezca mejor relación calidad/precio **(188)**.

(185) GUIRIDLIAN LAROSA, J. D., "La participación Público-Privada...", p. 4 y ss.

(186) Art. 1, ley 27.328.

(187) Regulado en los arts. 177/182 de la ley 9/2017.

(188) Explica S. Muñoz Machado éste se basa en un acuerdo de colaboración entre el órgano de contratación y uno o varios empresarios cuya finalidad será la realización de actividades de investigación y desarrollo respecto de obras, servicios y productos innovadores y su ulterior adquisición, siempre que respondan a los niveles de rendimiento y costes máximos acordados, cuando las soluciones disponibles en el mercado no satisfagan las necesidades del órgano de contratación. Las fases en que consistirá el proceso de investigación y desarrollo será objeto de negociación entre las partes. Concluidas las

Dado que, como hemos señalado en nota previa, dicha legislación mantiene regulado el procedimiento a iniciativa particular para el contrato de concesión (189), el procedimiento de “asociación para la innovación” luce como una alternativa posible para concretar dicho propósito específico.

A tenor de lo expuesto y la vinculación que a primera vista es dable trazar entre lo que es objeto de regulación foránea en tal procedimiento específico y el cariz innovador analizado como presupuesto del procedimiento de iniciativa privada nacional, bien podría pensarse un desarrollo normativo semejante que regle a nivel local un procedimiento con tal propósito específico y que funcione como alternativa al procedimiento de iniciativa privada.

Estas pocas líneas expuestas sobre cuestiones que deben considerarse a la luz de las particularidades que presentan los contratos de participación público-privada, instan a propiciar una regulación específica en desarrollo de la previsión del art. 17 de la ley 27.328. Creemos que estas pocas particularidades apuntadas dan sustento suficiente a un régimen propio que regule específicamente esta técnica de fomento como catalizador de dichos contratos.

La propuesta que se ha hecho desde la doctrina de gestar soluciones a partir de la adaptación de las normas vigentes a iniciativas privadas que contengan como proyecto la posible celebración de contratos de participación público-privada (190), encuentra un doble obstáculo. En primer lugar, el posicionamiento que el propio legislador ha concebido a los contratos de la ley 27.328 como modalidad alternativa a los otros tipos contractuales, con exclusión expresa de

fases de investigación y desarrollo, el órgano de contratación resolverá lo procedente sobre la adquisición de las obras, servicios o suministros resultantes. Si la asociación se ha celebrado con un solo empresario se adjudicarán los contratos directamente a este de acuerdo con lo que establezca el pliego de cláusulas administrativas particulares. Si son varios, se adjudicarán previa negociación atendiendo al criterio de la mejor relación calidad-precio (“Tratado...”, ob. cit., t. XIII, p. 144).

(189) Art. 247.5.

(190) Así, DE LA RIVA, I. M., “Lo público y lo privado...”, ob. cit., p. 48, nota 58).

toda aplicación de las normas correspondientes a los demás regímenes contractuales. Segundo, la propia limitante que encuentra una eventual solución integrativa a partir de las normas vigentes diseñadas para otros regímenes, por su escasa capacidad de adaptación a las particularidades de dichos negocios jurídicos.

Los incentivos que vayan a acordarse al iniciador y el establecimiento de los requisitos que cumplimentar que —a modo de presupuestos para la declaración de interés público— validarán el otorgamiento de los beneficios asociados, son aspectos que deben ser pensados en forma específica si se pretende que exista un efectivo catalizador de inversión privada con miras a la concreción de contratos de participación público-privada. Para ello es central considerar sus particularidades y el propósito que tuvo en miras el legislador al delinear el régimen de la ley 27.328 (191).

VII. Colofón

Sin dudas los regímenes de promoción de la iniciativa privada deben ser delineados teniendo en cuenta las necesidades públicas que con ellos se busca satisfacer, por lo que en su trazo no puede prescindirse de considerar cuáles de estas deban ser cubiertas de manera prioritaria y el grado de esfuerzo presupuestario que su concreción supone. La magnitud de los beneficios que acuerden debe ser adecuados para que la movilización del capital privado encuentre motivación suficiente.

Ello supone que los recaudos que se impongan a los particulares para ser merecedores de los derechos que se otorguen guarden vinculación con las necesidades que se propongan cubrir con el establecimiento de dicho régimen. No obstante, una vez impuestos en calidad de presupuesto para que su propuesta sea declarada de interés, deben ser cubiertos.

En cualquier caso, que la propuesta se autoabastezca, es decir sea autosuficiente, nos parecer un recaudo de mínima. Hace a la posi-

(191) J. C. Azzarri - J. Vega Olmos, en el mismo sentido, expresan la necesidad de contar con un régimen “sólido, eficiente y práctico que permita lograr los objetivos para los que el régimen fue aprobado” (“El régimen de iniciativa privada y la necesidad de su reforma...”, ob. cit.).

bilidad de que el particular demuestre por qué se justifican los derechos que cada régimen dispone otorgar.

El cariz innovador, en cambio, puede mostrarse adecuado para algunas especies de contratos, pero no para todos. En todo caso, habría que buscar la manera gradar lo mejor posible la intensidad con que este debe hacerse presente según la especie de contrato que se busque celebrar utilizando a la iniciativa privada como catalizador. Una futura regulación debiera dejar en claro cómo satisfacerla cuando resulte exigible.

En cualquier caso, cabe encontrar en la intensidad con que se exprese el interés público el modulador de cara al nivel de exigencia que quepa respecto de tales presupuestos. Su presencia en cada caso concreto es lo que termina por justificar la flexibilización de los principios que campean en la contratación pública.

Una breve y poco original conclusión para finalizar.

Cualquier esfuerzo intelectual que se haga para contribuir al mejor diseño posible de instrumentos que contribuyan a la satisfacción del interés público a partir del involucramiento del sector privado o cualquier régimen normativo gestado para tal propósito (los regímenes de iniciativa privada son una muestra de ello), no encontrarán rendimiento práctico alguno si no se los abastece de la tantas veces reivindicada seguridad jurídica, piedra fundamental sobre la que debe erigirse las demás partes de un sistema se pondrá en marcha si genera confianza **(192)**. Hasta tanto no arribemos a ella y despeguemos de la permanente y estructural emergencia, todo será una quimera.

(192) GUIRIDLIAN LAROSA, J. D., "Contratación Pública y Desarrollo de Infraestructuras", ob. cit., pp. 22/23 y 166.

La ampliación de la competencia revisora del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y su posible impacto en el derecho administrativo federal

Tomás Villaflor (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Consideraciones preliminares.— III. Construcción jurisprudencial de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires.— IV. Competencias atribuidas a la Justicia Nacional de la Capital Federal.— V. Posible efecto de la reforma en el derecho administrativo federal.— VI. Conclusiones.

I. Introducción

El 30 de septiembre del 2021, la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sancionó la ley 6452 (1). A través de dicha norma, la Legislatura efectuó una serie de modificaciones a distintos cuerpos normativos, tales como el dec. 1510/1997 (2) (Régimen de Procedimientos Administrativos del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires), la ley 189 (3) (Cód. Cont. Adm. y Trib. de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), la ley 757 (4) (Procedimiento Administrativo para la Defensa de los Derechos del Consumidor y del Usuario), entre otros.

(*) Abogado (Universidad de Buenos Aires). Cursando la Especialización en Derecho Administrativo y Administración Pública de la Universidad de Buenos Aires. Asociado en el estudio Tavarone, Rovelli, Salim y Miani Abogados.

(1) Ley 6452. BOCBA del 29/10/2021.

(2) Decreto 1510/1997. BOCBA del 27/10/1997.

(3) Ley 189. BOCBA del 28/06/1999.

(4) Ley 757. BOCBA del 02/05/2002.

Una de las leyes modificadas por la ley 6452 —promulgada de hecho el 25 de octubre pasado— fue la ley 402 (5), que regula el procedimiento ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires (“TSJ”). En lo que nos interesa, el art. 4° de la ley 6452 realizó una modificación al art. 26 de la ley 402, el cual quedó redactado de la siguiente manera: “El recurso de inconstitucionalidad se interpone contra la sentencia definitiva del tribunal superior de la causa emitida por los tribunales de la Ciudad de Buenos Aires o los integrantes de la Justicia Nacional de la Capital Federal. Procede cuando se haya controvertido la interpretación o aplicación de normas contenidas en las constituciones nacional o de la ciudad, o la validez de una norma o acto bajo la pretensión de ser contrarios a tales constituciones siempre que la decisión recaiga sobre esos temas”.

Esto quiere decir que, según el texto de la norma, el TSJ estaría habilitado a revisar no solo las sentencias dictadas por los tribunales integran-

(5) Ley 402. BOCBA del 17/07/2000.

tes del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sino también aquellas emanadas de los tribunales pertenecientes a la justicia nacional con asiento en la Capital Federal que se desenvuelven en la órbita del Poder Judicial de la Nación.

La modificación mencionada ha traído una infinidad de debates de índole constitucional; sobre todo, en lo referente a las facultades que posee la Ciudad de Buenos Aires para determinar el procedimiento recursivo aplicable a órganos judiciales regulados por leyes del Congreso de la Nación.

No obstante, entiendo que la modificación efectuada por la ley 6452 al alcance de la competencia revisora atribuida al TSJ también podría tener su impacto en el derecho administrativo federal. ¿De qué manera?

II. Consideraciones preliminares

Previo a iniciar con el análisis propuesto, resulta importante comprender el contexto histórico-jurídico en el que se inserta el tema.

Todo comenzó con la Reforma Constitucional llevada adelante por la Convención Constituyente convocada a tal efecto en el año 1994. A través de dicha reforma, se resolvió incorporar el art. 129 a la Constitución nacional ("CN"), en función del cual se consagró la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires y se le otorgaron facultades propias de legislación y jurisdicción. Asimismo, dicho artículo prevé que "[u]na ley garantizará los intereses del Estado nacional mientras la ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación".

En cumplimiento con lo antedicho, el Congreso nacional sancionó el 8 de noviembre de 1995 la ley 24.588 (6). En lo que nos interesa, el art. 8° de la norma mencionada estableció: "La justicia nacional ordinaria de la ciudad de Buenos Aires mantendrá su actual jurisdicción y competencia continuando a cargo del Poder Judicial de la Nación". A su vez, por imperio del art. 10 de dicha ley el Registro de la Propiedad Inmueble y la Inspección General de Justicia ("IGJ") permanecieron en jurisdicción del Estado nacional.

(6) Ley 24.588. BO del 30/11/1995.

III. Construcción jurisprudencial de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires

Como consecuencia de lo dispuesto en el art. 129 de la CN y en la ley 24.588, se comenzó a debatir la naturaleza jurídica de la Ciudad de Buenos Aires. En efecto, parte de la doctrina entendió que este nuevo sujeto del derecho público se situaba entre las provincias y los municipios, siendo menos que una provincia, pero más que un municipio (7). Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ("CSJN") manifestó en un primer momento que el constituyente otorgó a la Ciudad de Buenos Aires "un perfil distintivo y diferenciado de la Capital Federal, de las provincias y de los municipios" (8).

Sin perjuicio de ello, a partir del año 2016, la CSJN comenzó de forma paulatina a reconocerle a la Ciudad de Buenos Aires atribuciones y competencias de forma tal de consagrar la autonomía prevista en el art. 129 de la CN. Con respecto a esto, en el precedente "Nisman" (9), la CSJN entendió que la Ciudad de Buenos Aires tiene una aptitud semejante a la de las provincias argentinas para ejercer plenamente la jurisdicción y, con ello, para realizar la autonomía que le fuera concedida por la CN.

Luego, el 4 de abril del 2019, la CSJN resolvió que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tiene un puesto equiparable al de las provincias en el sistema normativo que rige la jurisdicción de los tribunales federales y, por lo tanto, el mismo derecho a la competencia originaria de la CSJN establecida en el art. 117 de la CN (10). En función de ello, la CSJN le reconoció a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en un precedente

(7) GELLI, María A., "La constitución estatuyente de la Ciudad de Buenos Aires", La Ley, Buenos Aires, 1997; GARCÍA LEMA, Alberto, "Convención Nacional Constituyente", 18ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria, 27 de julio de 1994, p. 2221; BRAVO, Alfredo, "Convención Nacional Constituyente", 18ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria, 27 de julio de 1994, p. 2283.

(8) CSJN, Gauna, 1997, Fallos 320:875. En forma similar también en Fallos 322:2856, 323:3991 y 326:3669, entre otros.

(9) CSJN, Nisman, 2016, Fallos 339:1342.

(10) CSJN, "GCBA c. Córdoba, Provincia de", 2019, Fallos 342:533.

reciente el estatus de “ciudad constitucional federada” (11).

En lo que concierne al tema tratado en el presente trabajo, reviste crucial importancia la sentencia dictada ese mismo 4 de abril del 2019 por la CSJN. En el precedente en cuestión, el Máximo Tribunal resolvió que el TSJ de la Ciudad de Buenos Aires debía ser el órgano encargado de resolver los conflictos de competencia que se susciten entre los órganos jurisdiccionales pertenecientes a la Justicia Nacional Ordinaria de la Capital Federal y aquellos que forman parte del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (12).

En ese contexto se inscribe el novedoso fallo dictado por el TSJ en la causa “Ferrari, María Alicia y otro c. Levinas, Gabriel Isaías s/ rendición de cuentas” (13) el 30 de septiembre del 2020, en razón del cual se atribuyó la competencia de revisar una sentencia dictada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal a través del recurso de inconstitucionalidad previsto en los arts. 27 y 28 de la ley 402 —texto anterior a la reforma articulada por la ley 6452—. Vale aclarar que esta sentencia no se encuentra firme y actualmente el expediente se encuentra en la CSJN, por lo que el Máximo Tribunal deberá resolver —si así lo dispusiere— si el criterio adoptado por el TSJ es válido o no.

IV. Competencias atribuidas a la Justicia Nacional de la Capital Federal

Por otra parte, para comprender el impacto que puede poseer la reforma instituida por la ley 6452 en el derecho administrativo federal, resulta necesario repasar, en primer lugar, la competencia atribuida a los juzgados nacionales con sede en la Capital Federal.

De acuerdo con el art. 43 del dec.-ley 1285/1958 (14), los Juzgados Nacionales de Pri-

mera Instancia en lo Civil de la Capital Federal “conocerán en todas las cuestiones regidas por las leyes civiles cuyo conocimiento no haya sido expresamente atribuido a los jueces de otro fuero”. Dicho artículo establece tres [3] supuestos específicos de intervención de los juzgados mencionados.

Por su parte, en relación con los Juzgados Nacionales de Primera Instancia en lo Comercial de la Capital Federal, el art. 43 bis. del dec.-ley 1285/1958 estipula que dichos juzgados entenderán “en todas las cuestiones regidas por las leyes mercantiles cuyo conocimiento no haya sido expresamente atribuido a los jueces de otro fuero”. Luego, ese mismo artículo dispone tres [3] supuestos especiales de intervención del fuero en cuestión.

Con respecto a la Justicia Nacional del Trabajo de la Capital Federal, el art. 20 de la ley 18.345 (15) prescribe una cláusula general de competencia en virtud de la cual dicho fuero intervendrá en “las causas contenciosas en conflictos individuales de derecho, cualesquiera fueren las partes —incluso la Nación, sus reparticiones autárquicas, la Municipalidad de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y cualquier ente público—, por demandas o reconveniones fundadas en los contratos de trabajo, convenciones colectivas de trabajo, laudos o disposiciones legales o reglamentarias del Derecho del Trabajo; y las causas entre trabajadores y empleadores relativas a un contrato de trabajo, aunque se funden en disposiciones del derecho común aplicables a aquel”. De forma similar a las normas reseñadas con anterioridad, los arts. 21, 22 y 23 de la ley 18.345 dispone supuestos específicos de intervención de la justicia nacional del trabajo.

Finalmente, el art. 14 de la ley 27.146 (16) establece que Justicia Nacional Penal de la Capital Federal será competente “para entender en los delitos cometidos en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que no sean de competencia federal y que aún no hayan sido transferidos a la jurisdicción de dicha ciudad”.

(11) CSJN, “GCBA c. Estado Nacional”, 2021, Fallos 344:809.

(12) CSJN, “Bazán”, 2019, Fallos 342:509.

(13) TSJBA, “Ferrari, María Alicia y otro c. Levinas, Gabriel Isaías s/ rendición de cuentas”, sent. del 30/09/2020.

(14) Dec.-ley 1285/1958. BO del 07/02/1958.

(15) Ley 18.345. BO del 24/09/1969.

(16) Ley 27.146. BO del 18/06/2015.

V. Posible efecto de la reforma en el derecho administrativo federal

Tal como surge de lo expuesto en el acápite anterior, las competencias otorgadas a los jueces nacionales de la Capital Federal trasuntan materias de derecho común que, conforme lo dispuesto en el art. 75, inc. 12 de la CN, constituye una materia reservada al Congreso de la Nación y cuya aplicación corresponde a los jueces locales. Por lo tanto, y únicamente en relación con la materia, no le estaría vedado al TSJ de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires conocer sobre los asuntos resueltos por los jueces nacionales de la Capital Federal.

Sin embargo, hay un aspecto de la competencia de la Justicia Nacional de la Capital Federal que habría escapado de la consideración de los legisladores de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En efecto, existen diversas leyes nacionales que les conceden competencia a las Cámaras de Apelaciones de la justicia nacional para revisar actos administrativos dictados por autoridades públicas federales.

A modo de ejemplo, el art. 16 de la ley 22.315 (17) estipula que las resoluciones dictadas por la Inspección General de Justicia, así como aquellas emanadas del Ministerio de Justicia de la Nación —en lo referente a asociaciones civiles y fundaciones— serán apelables ante la Cámara Nacional, serán apelables ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial y la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, respectivamente.

En un orden similar de ideas, el art. 83 de la ley 20.091 (18) prescribe que las resoluciones definitivas de carácter particular emitida por la Superintendencia de Seguros de la Nación (“SSN”) serán recurribles ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal. Asimismo, esta disposición aplica, mutatis mutandis, a las resoluciones dictadas por la Superintendencia de Riesgos de Trabajo de la Nación (“SRT”), por aplicación de lo establecido en el art. 41, inc. 1 de la ley 24.557 (19).

(17) Ley 22.315. BO del 07/11/1980.

(18) Ley 20.091. BO del 07/02/1973.

(19) Ley 24.557. BO del 04/10/1995.

Por lo tanto, y en virtud de la modificación efectuada al art. 26 de la ley 402, ¿podría concluirse que el TSJ estaría habilitado para conocer en procesos en donde se impugnan actos administrativos emanados de autoridades nacionales?

Para responder esta pregunta, se debe hacer primero una pequeña digresión con respecto a la IGJ. Este organismo —creado por la ley 22.315— se encuentra investido de las facultades de control y fiscalización sobre las sociedades constituidas en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, aplicando normas de derecho común; en especial, la ley 19.550 (20).

Esto deja traslucir una incoherencia originaria del plexo normativo dictado con motivo de lo establecido en el art. 129 de la CN, debido a que el art. 10 de la ley 24.588 dispuso que la IGJ permanezca bajo la órbita del Gobierno nacional. Por lo tanto, no parece lógico que el mentado organismo se desenvuelva en la órbita del Gobierno nacional cuando su competencia en razón del territorio se circunscribe únicamente a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; más aún, cuando el resto de las provincias posee su propio organismo con facultades de aplicación y fiscalización sobre las sociedades constituidas en su territorio.

Ahora bien, la cuestión de la revisión por parte del TSJ de actos administrativos emitidos por autoridades nacionales se vuelve más compleja al analizar la actuación de la SSN y de la SRT. Con respecto a esto, ambos organismos tienen competencia para fiscalizar y controlar a los sujetos que se dedican a las actividades reguladas en cualquier lugar del territorio de la República Argentina. En efecto, el art. 1° de la ley 20.091 estipula: “El ejercicio de la actividad aseguradora y reaseguradora en cualquier lugar del territorio de la Nación, está sometido al régimen de la presente ley y al control de la autoridad creada por ella”. Esto demuestra que la norma en cuestión es de carácter federal y que el Congreso de la Nación la dictó con fundamento en la cláusula del progreso prevista en el art. 75, inc. 18 de

(20) Ley 19.550. BO del 25/04/1972.

la CN, de conformidad con lo establecido en el precedente “Boto” (21).

Con lo cual, en virtud de la reforma instituida por la ley 6452, el TSJ estaría facultado para revisar sentencias dictadas por un órgano judicial regulado por leyes nacionales —la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial— en el marco de un recurso directo interpuesto contra organismos nacionales —SSN y SRT—, en aplicación de normas de carácter federal. En consecuencia, se podría producir la particularidad de que el TSJ intervenga en una causa en la que el particular que cuestiona una resolución dictada por la SSN y SRT ejerza su actividad fuera de la Ciudad de Buenos Aires, o bien, se domicilie en otra provincia. A su vez, dicha impugnación podría realizarse con fundamento en otras leyes nacionales, tales como la ley 19.549 (22) de Procedimientos Administrativos, por lo que el TSJ podría analizar el caso bajo el prisma de la normativa mencionada.

VI. Conclusiones

De lo expuesto con anterioridad, podemos concluir que la reforma introducida por la ley 6452 es inconsistente en relación con la posibilidad de que el TSJ revise actos administrativos dictados por autoridades nacionales. Esto no sería válido, por cuanto el TSJ estaría interviniendo en causas en donde es parte el Estado nacional y aplicando normas de carácter federal, lo que excede la competencia otorgada a un tribunal local.

Más allá de lo expresado, esta reforma trae aparejado un conflicto para los justiciables, debido a que, cuando deban apelar una sentencia emitida por las Cámaras de Apelaciones de la Justicia Nacional de la Capital Federal, se les presentará la disyuntiva de si interponer el

recurso extraordinario federal [previsto en la ley 48 (23)], o bien, el recurso de inconstitucionalidad establecido en la ley 402.

La solución más lógica y sensata a este asunto sería la establecida en la ley 24.588, por cuanto el art. 6° de la norma referida otorga al Estado nacional y a la Ciudad de Buenos Aires la facultad de celebrar convenios relativos a la transferencia de organismos, funciones, competencias, servicios y bienes. esta es la solución que se adoptó en materia de fuerzas de seguridad a través de la celebración del “Convenio de Transferencia Progresiva a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de facultades y funciones de seguridad en todas las materias no federales ejercidas en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, aprobado por res. 298/LCBA/015 (24) y la ley 27.606 (25).

Dos últimas cuestiones para tener en cuenta. En primer lugar, los tribunales de la Justicia Nacional de la Capital Federal ya comenzaron a declarar la inconstitucionalidad de oficio del nuevo art. 26 de la ley 402 (26), por lo que desestiman la interposición del recurso de inconstitucionalidad en esos casos. En segundo lugar, será de suma relevancia lo que resuelva la CSJN en la causa “Ferrari”, sobre todo, para echar luz y claridad en relación con la posibilidad de que el TSJ revise las sentencias dictadas por los órganos integrantes de la Justicia Nacional de la Capital Federal. De esa manera, se otorgaría la seguridad jurídica necesaria para los justiciables que se encuentran en la situación de recurrir una sentencia emitida por los tribunales referidos.

(23) Ley 48. Publicada en el R.N. 1863-1869, p. 49.

(24) Res. 298/LCBA/015. BOCBA del 25/01/2016.

(25) Ley 27.606. BO del 28/12/2020.

(26) CNAC, Sala J, “Vilte, Elisa Martina y otro c. CIDI SA s/ prescripción adquisitiva”, sent. del 223/11/2021.

(21) CSJN, “Boto, Armando”, 1997, Fallos 320:786.

(22) Ley 19.549. BO del 27/04/1972.

Acuerdo 4013 (t.o. ac. 4039) de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires

Reglamento para las presentaciones
y las notificaciones por medios electrónicos.
Su impacto en la ley 12.008

Emanuel Matías Triolo (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Consideraciones previas.— III. Acuerdo 4013 (t.o. ac. 4039) de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires: consagración del expediente judicial digital. Aspectos centrales.— IV. Impacto en la ley 12.008 (Cód. Cont. Adm.).— V. Breves referencias sobre el anteproyecto del Código Procesal de Familias, Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires.— VI. Reflexiones finales.

I. Introducción

Producto de un proceso de mejoras en la gestión que la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires (SCBA) ha emprendido hace un largo tiempo, maximizando el uso de tecnologías de la información y la comunicación, aplicadas al servicio judicial, surgió el acuerdo 4013 —t.o. ac. 4039— (1) que aprobó el Reglamento para las presenta-

ciones y las notificaciones por medios electrónicos.

Su trascendencia opera en virtud de la consagración del expediente judicial completamente digital, dado que la regla impuesta por el citado Reglamento prescribe que todas las presentaciones judiciales deben realizarse de manera digital, a través del sistema de Presentaciones y Notificaciones Electrónicas.

Como ha destacado la misma Suprema Corte de Justicia, la última versión del Reglamento incorporó los aportes, sugerencias y observaciones orientadas al perfeccionamiento de la normativa aprobada, provenientes de la instancia de consulta pública llevada adelante entre los meses de abril y mayo del año 2021.

Dicha circunstancia no es un dato menor, dado que todos los involucrados e interesados en este han tenido la posibilidad de, previa su entrada en vigor, conocer y emitir opiniones y

(*) Abogado por la Universidad Nacional de La Plata. Auxiliar docente de la Cátedra I, Comisión 3, de Finanzas y Derecho Financiero en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Integrante de la Comisión Normalizadora de Trámites del Fuero Contencioso Administrativo de la provincia de Buenos Aires. Actualmente, agente de la Secretaría de Planificación de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires.

(1) El texto ordenado del acuerdo 4013 —ac. 4039—, de fecha 14/10/2021, entró en vigor el 1° de noviembre de 2021. Llevó la firma de los ministros D. Soria, L. Genoud, H. Kogan, y S. Torres y del secretario de Planificación, N. Trabucco. En su versión primigenia (ac. 4013) llevó también la del exministro, E. Pettigiani.

sugerencias, para conformar una “versión final” que recabe todas ellas.

Atento que su aplicación es obligatoria en todos los procesos civiles y comerciales, laborales, familia, justicia de paz y contenciosos administrativos, haré un desarrollo de los principales impactos de la citada normativa en la ley 12.008 (2) (Cód. Cont. Adm. de la provincia de Buenos Aires).

Asimismo, conforme la implementación, el pasado año, del Registro de Domicilios Electrónicos del Poder Judicial bonaerense (3), trazaré algunas de sus implicancias, siempre vinculadas al fuero contencioso administrativo y recogidas por el mencionado acuerdo 4013 —t.o. ac. 4039—.

Finalmente, haré algunas referencias y análisis del texto del Anteproyecto del Código Procesal de Familias, Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires, en sus partes correspondientes con la temática del presente.

II. Consideraciones previas

Como he destacado en otra oportunidad (4) y tal como resalta López (5), alcanzar el anhelo del expediente completamente digital para cualquier organización del Estado, es sin dudas un tránsito arduo y complejo. Para ello, se necesita un ineludible compromiso de todos los operadores jurídicos en entender y poner en práctica los beneficios que ofrecen las tecnologías de la información y comunicación (TIC).

(2) Publicada el 03/11/1997 en el Boletín Oficial de la provincia de Buenos Aires.

(3) Creado por el acuerdo 3989 —t.o. res. pres. 74/2020— de la Suprema Corte de Justicia, en fecha 21/10/2020 —texto original— y 23/12/2020 —texto ordenado— y refrendado por la ley provincial 15.230.

(4) "Registros de domicilios electrónicos en los Poderes Judicial y Ejecutivo de la provincia de Buenos Aires. Hacia la despapelización del proceso y los procedimientos. Un repaso por la situación actual en materia de procesos judiciales y procedimientos administrativos", RDA 134, 218.

(5) LÓPEZ, Mariano M. Camilo, "Avance hacia el expediente judicial completamente digital en la provincia de Buenos Aires", RDA 131, 264.

En ese sentido, he singularizado las palabras de Trabucco y Sucunza (6), al remarcar los autores que la Suprema Corte de Justicia viene trabajando hace más de una década en la consolidación de las tecnologías de la información y la comunicación aplicadas al servicio judicial.

Ubicar al principal cambio, destacan los autores arriba mencionados, sería un tanto problemático. Pero puede decirse que, a nivel general, la introducción del Sistema de Notificaciones y Presentaciones Electrónicas ha sido un antes y un después para la vida judicial de empleados y funcionarios como de los abogados litigantes, atento el significativo impacto de dicho sistema en la labor jurídica-jurisdiccional cotidiana.

Justamente, el pasado 1° de noviembre de 2021, con la entrada en vigor del ac. 4013 —t.o. ac. 4039—, la Suprema Corte de Justicia renovó el segmento de su web oficial de Presentaciones y Notificaciones Electrónicas (7), donde se publicó un dossier con los reglamentos aprobados, que fuera elaborado por la Secretaría de Planificación y la Subsecretaría de Tecnología Informática.

Dicho acontecimiento, motivo de un artículo periodístico del espacio Palabras del Derecho (8), donde se remarcó que “a través de un acceso destacado ubicado en la cabecera de su sitio web oficial ‘scba.gov.ar’, (...) también cuenta con un apartado destinado a responder preguntas frecuentes sobre la nueva normativa dispuesta a través de los Acuerdos N° 4013 y modificatorios y N° 4040”, incorporó nuevos contenidos dirigidos a favorecer la labor de los usuarios del servicio de gestión digital y se suman a innovaciones implementadas en forma reciente, como los sistemas de domicilios electrónicos y verificación de notificaciones por código QR, entre otras aplicaciones.

(6) TRABUCCO, Néstor A. y SUCUNZA, Matías A., "El Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires y las TICs", Ed. Thomson-Reuters, La Ley - Sup. Gestión Judicial 2020 (julio), 29/07/2020, p. 1.

(7) Ver: <https://www.scba.gov.ar/paginas.asp?id=41927>.

(8) Ver: <https://palabrasdelderecho.com.ar/articulo/3220/Gestion-digital-la-Suprema-Corte-bonaerense-actualizo-el-subsitio-web-de-Notificaciones-y-Presentaciones-Electronicas>.

Asimismo, se distinguen los aportes, sugerencias y observaciones provenientes de la instancia de consulta pública mencionada anteriormente, los cuales evidenciaron un alto nivel de conformidad con la profundización de la implementación de las tecnologías de la información y comunicación al servicio de la estructura judicial.

En ese sentido, la Suprema Corte destacó que el mencionado nivel de conformidad en el marco de la consulta pública realizada fue superior al 87% (siendo la participación mayoritaria de abogados de la matrícula).

Por su parte, la Corte bonaerense, con el objetivo de contribuir a la inclusión del proceso penal en el camino emprendido hacia el expediente digital, por medio del acuerdo 4040 (9), también aprobó el Reglamento para las presentaciones y las notificaciones por medios electrónicos para los fueros Penal y de la Responsabilidad Penal Juvenil, que se aplica, actualmente y en forma obligatoria, en los ámbitos mencionados. Dicha eventualidad, marca un hito importantísimo en la vida de la gestión del expediente judicial digital, dado que incorpora fueros que, hasta el momento, quedaban rezagados en relación con los otros.

En estas breves consideraciones, se puede observar la singular trascendencia de la implementación de los nuevos Reglamentos de Presentaciones y Notificaciones Electrónicas, en cuanto, consagrando el expediente judicial digital —como se verá más adelante—, contribuye a la mejora del acceso a la información y se brinda mayor eficiencia y eficacia; mayor seguridad (firma digital, integridad del documento); eliminación del soporte papel, entre otras tantas.

Este camino emprendido por la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, que comprende también la implementación efectiva de más de 10.000 puestos de teletrabajo para la prestación del servicio de modo remoto; la digitalización de expedientes en formato papel para que puedan ser visibles en su tota-

lidad en el sistema informático (Augusta) y en la Mesa de Entrada Virtual (MEV); los diversos convenios celebrados por esta con organismos públicos y privados para facilitar la comunicación por medios telemáticos; la implementación de la plataforma Microsoft Teams para celebrar audiencias o entrevistas de modo remoto; la implementación del Registro de Domicilios Electrónicos, entre otras, la ubica como un claro modelo no solo de avanzada en cuanto a la implementación de las herramientas tecnológicas en los procesos judiciales (pionera), sino de también de gestión.

Lo expuesto, frente a la ausencia de regulación y tratamiento por parte de la Legislatura bonaerense en, al menos, los últimos 10 años, permitió la prosecución de los procesos judiciales y el avance en la implementación de la tecnología en ellos, garantizando el servicio de administración de justicia, en tiempos de severas restricciones con el objeto de garantizar la salud pública.

III. Acuerdo 4013 (t.o. ac. 4039) de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires: consagración del expediente judicial digital. Aspectos centrales

En miras de actualizar los instrumentos reglamentarios y técnicos para mejorar la eficacia del servicio de justicia, el 15 de abril de 2021, la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires por medio del acuerdo 4013, aprobó el nuevo Reglamento para las presentaciones y las notificaciones por medios electrónicos.

Entre sus considerandos, la Suprema Corte destacó que “en la generalidad de los casos, las decisiones, actuaciones y trámites judiciales, las intervenciones de los auxiliares de la justicia y las presentaciones de los letrados, son generadas y firmadas digitalmente, salvo cuando circunstancias graves y excepcionales o la especial naturaleza del trámite impidan esa modalidad. Y gran parte de ellas se trabajan y rubrican a distancia”.

Aquello, sumado al aprovechamiento de las funcionalidades técnicas disponibles para hacer posible la tramitación remota de procesos mediante el trabajo domiciliario por medios in-

(9) Emitido el 15/10/2021, por la Suprema Corte de Justicia y la Procuración General y recomendada su aprobación por el Consejo Participativo de Gestión Judicial.

formáticos, en contexto de pandemia y de estado de emergencia sanitaria, fueron los motores que dieron fuerza al dictado del citado Reglamento.

No obstante lo cual, el último párrafo del art. 1° del acuerdo 4013, contempló que “la Presidencia del tribunal queda autorizada a organizar e implementar los mecanismos de consulta participativos que estimare convenientes a los fines de recibir sugerencias y observaciones orientadas al perfeccionamiento de la normativa comprendida en el presente acuerdo”.

Lo anterior significó que no solo los operadores de justicia y público en general podían acceder al texto que entraría en vigor conforme los alcances del acuerdo 4016 (10), sino que estos se encontraban habilitados a efectuar los aportes, sugerencias y observaciones orientadas a perfeccionar la normativa en cuestión.

Transcurrido el tiempo fijado para efectuar tales aportes, la Suprema Corte precisó que “las observaciones y sugerencias realizadas han sido, salvo excepciones puntuales, laudatorias del proceso instrumentado y propositivas para su perfeccionamiento”.

De esta manera, el mencionado acuerdo 4039, aprobó, con fecha 14 de octubre de 2021, el texto del Reglamento para las Presentaciones y las Notificaciones por Medios Electrónicos (Reglamento) y fijó su entrada en vigor para el 1 de noviembre del mismo año.

Entre los aspectos centrales del Reglamento, se encuentra la premisa principal: “todas las presentaciones que deban realizarse en un proceso judicial alcanzado por el art. 1° del Acuerdo que aprueba este Reglamento, serán generadas y efectuadas en soporte digital, así como rubricadas con tecnología de firma electrónica/digital” (art. 1° del Reglamento). De esta manera, se consagra el expediente judicial digital, siendo la norma rectora y principal la citada preceden-

temente. Si bien hay ciertas excepciones a este principio, las presentaciones en formato papel, así como los documentos con ellas acompañados “serán digitalizados e incorporados al sistema de gestión judicial por los funcionarios o agentes definidos por cada órgano judicial, simultáneamente con el dictado de la providencia que dichos escritos generen” (art. 3° del Reglamento).

Con relación a la mencionada incorporación de documentos, se estableció que, si bien como regla general serán acompañados en soporte digital a través del sistema de Presentaciones y Notificaciones Electrónicas, como archivos adjuntos a presentaciones electrónicas, los documentos originariamente existentes en soporte papel deberán ser digitalizados e incluidos como archivo adjunto de la presentación electrónica respectiva. Esto representará la declaración jurada del abogado acerca de su correspondencia con los documentos originariamente existentes en soporte papel y, a su vez, la asunción de las obligaciones propias del depositario de la documentación digitalizados (art. 6° del Reglamento).

Por su parte, los documentos cuya digitalización fuese dificultosa por su número, extensión, o cualquier otra razón atendible, o de imposible realización de acuerdo su naturaleza, serán conservados en poder de la parte que los haya ofrecido o deba acompañarlos al proceso, quien asume el carácter de depositario de estos, y deberá presentarlos en la sede del órgano judicial cuando le sea requerido, en el plazo y bajo el apercibimiento que el juez disponga (art. 6° del Reglamento).

En sintonía con lo anterior y continuando lo que a la actualidad se exigía en el marco de los procesos judiciales, se dispuso que “toda persona que tenga que constituir domicilio en un proceso judicial deberá indicar su domicilio electrónico, sin perjuicio de lo normado en el acuerdo 3989 T. o. y sus modificatorios” (art. 2° del Reglamento). Aquí se observa una interacción entre lo prescripto por el Reglamento y la implementación del Registro de Domicilios Electrónicos (RDE), donde toda persona humana que asista a una mediación prejudicial

(10) Firmado en fecha 16/04/2021, dispuso que “el régimen aprobado por este Acuerdo, integrado en su caso con los aportes y revisiones resultantes de la instancia participativa prevista en el art. 1 último párrafo, entrará en vigencia a los 60 (sesenta) días corridos de perfeccionado el trámite de su rubrica...”.

(inscripción obligatoria) **(11)** y/o toda persona humana que voluntariamente lo desee (inscripción voluntaria) **(12)** puede solicitar la creación y asignación de un domicilio electrónico, ante el citado Registro, con los alcances fijados en el art. 1° y concordantes del acuerdo 3989 —t.o. res. Pres. 74/2020—. Vale aclarar que, en estos casos, las personas humanas podrán recibir notificaciones electrónicas, pero no podrán efectuar presentaciones por la misma vía, atento carecer de certificado de firma digital alojado en dispositivo token (salvo caso contrario).

En ese contexto, el Reglamento consagra otra premisa: la notificación automatizada. Al respecto, se estableció que “la notificación de las providencias, resoluciones y sentencias pronunciadas en los procesos civiles, comerciales, laborales, de familia y contencioso administrativos, así como en las ejecuciones tributarias que tramiten ante los órganos jurisdiccionales de todas las instancias, incluyendo los procesos correspondientes a la jurisdicción originaria de la Suprema Corte de Justicia, se realizarán a los domicilios electrónicos, de manera automatizada...” (art. 10 del Reglamento).

Como contrapartida, si bien la premisa es la notificación automatizada de las providencias, resoluciones y sentencias, esta regla encuentra sus excepciones en los siguientes supuestos: (i) la persona que no haya constituido domicilio electrónico en el proceso ni tenga domicilio electrónico inscripto en el Registro de Domicilios Electrónicos por no estar comprendido en su ámbito de aplicación; (ii) la resolución que deba ser notificada por edictos, radiodifusión o televisión; (iii) la resolución que disponga el traslado de la demanda, la intimación de pago o la citación de terceros, hasta tanto el interesado solicite expresamente que se practique de manera automatizada; (iv) las resoluciones dictadas en aquellos casos en los que el órgano judicial disponga la excepción por la índole o el contenido de la medida adoptada, el estado del proceso o por otra razón grave debidamente justificada (art. 11 del Reglamento).

(11) Art. 7, acuerdo 3989 —t.o. res. pres. 74/2020— de la Suprema Corte de Justicia.

(12) Art. 8, acuerdo 3989 —t.o. res. pres. 74/2020— de la Suprema Corte de Justicia.

Asimismo, se mantienen las reglas en torno al momento en que se perfecciona la notificación: “se tendrá por cumplida el día martes o viernes inmediato posterior —o el siguiente día hábil si alguno de ellos no lo fuere— a aquel en que la resolución judicial hubiere quedado disponible para su destinatario en el sistema de Presentaciones y Notificaciones Electrónicas. En los casos de urgencia —que tendrán que ser debidamente justificados en la providencia respectiva—, la notificación se producirá en el momento en que la resolución se encuentre disponible para su destinatario en el sistema de Presentaciones y Notificaciones Electrónicas” (art. 13 del Reglamento).

Esto último es una ventaja manifiesta para el ejercicio de la abogacía: el plazo comienza a correr al siguiente día hábil de recibida la notificación electrónica, que a su vez opera martes o viernes (o el siguiente día hábil si alguno no lo fuere). Todo ello, sumado a que el Sistema de Presentaciones y Notificaciones se encuentra abierto y disponible los 365 días del año, las 24 horas del día.

Frente a esto, si uno contrasta los plazos de la notificación en papel (que puede ocurrir cualquier día hábil o inhábil, según corresponda) con los referidos para la notificación electrónica, estos se alargan, en claro beneficio de los letrados.

Igual ventaja ocurre con las presentaciones electrónicas, dado que el sistema las recibe durante todo el año, a cualquier hora. Dicha circunstancia opera en un evidenciable provecho de la abogacía.

Otro punto central del Reglamento es lo concerniente a las personas con discapacidad: el régimen no será obligatorio para las personas que, al interactuar con el sistema informático instrumentado, vean impedida o dificultada su plena y efectiva accesibilidad, uso o participación en igualdad de condiciones (art. 18 del Reglamento).

En ese sentido, tales personas deberán solicitar la eximición al régimen instrumentado en cada proceso en el que intervengan, acreditando la capacidad diferente invocada, ya sea física, mental, intelectual o sensorial que imposibilita

la plena accesibilidad con el correspondiente certificado expedido por autoridad competente (art. 18 del Reglamento).

Como aspecto novedoso —y ventajoso—, en relación a la suspensión de términos procesales, se dispuso que “por cualquier causa que fuere, el sistema de Presentaciones y Notificaciones Electrónicas, la Mesa de Entradas Virtual y/o el sistema informático ‘Augusta’ presenten inconvenientes técnicos que impidan su correcta utilización por los usuarios por más de dos [2] horas consecutivas en el horario de 8 a 12 horas, se procederá con ajuste a lo dispuesto en el art. 32 inc. m de la ley 5827” (art. 20 del Reglamento). Lo anterior hace referencia a la atribución de la Suprema Corte de Justicia de suspender los términos judiciales cuando circunstancias especiales así lo requieran.

IV. Impacto en la ley 12.008 (Cód. Cont. Adm.)

El modo de comunicarse los organismos jurisdiccionales de la provincia de Buenos Aires entre sí y con otros ajenos a ellos, ya sean municipales; provinciales; nacionales; públicos o privados; hace ya un tiempo ha cambiado.

Y es que el camino hacia la eliminación del soporte papel y la consiguiente búsqueda del expediente judicial completamente digital, ha revolucionado, en su forma, la interacción entre el Poder Judicial bonaerense y los organismos o entidades dentro y fuera de este.

Si bien, como se dijo, el mencionado Reglamento es de aplicación obligatoria en todos los procesos en los que sean aplicables las normas sobre notificaciones, comunicaciones y presentaciones previstas en el Cód. Proc. Civ. y Com. de la provincia o en los que este se aplique supletoriamente (procesos civiles y comerciales, laborales, contenciosos administrativos, familia o justicia de paz), me centraré en analizar los principales impactos sobre el contencioso administrativo.

Como punto de partida, remitir al análisis hecho en el anterior apartado, donde analizado los principales puntos del citado Acuerdo, estos son de aplicación obligatoria al fuero contencioso.

En ese contexto, las notificaciones automatizadas, son un eje de cambio en la manera en que se trabaja en dicho fuero: con las excepciones ya vistas del art. 11 del Reglamento, toda providencia, resolución o sentencia que se dicte en un proceso contencioso administrativo, debe ser notificada de forma electrónica y automatizada.

Para ello, es necesario que los litigantes denuncien en sus actos postulatorios un domicilio electrónico, el cual estará vinculado a la parte correspondiente y donde se cursarán todas las comunicaciones pertinentes.

Esta tarea, se complementa con una correcta y completa carga al sistema de gestión, por parte de los agentes judiciales, de los datos correspondientes a cada parte: nombre y apellido, rol, domicilio electrónico, representante, etc.

Todo lo anterior hace que, al momento de notificarse un acto procesal, pueda realizarse en forma correcta su notificación automatizada. En otras palabras, al perfeccionarse el acto con la firma digital del funcionario o magistrado, se producirá la inmediata notificación automatizada a los domicilios electrónicos de los destinatarios (precargados) con la adjunción de la resolución notificada.

Como bien es sabido y sostiene la mayor parte de la doctrina procesalista (Berizonce), las notificaciones y oficios se llevan gran tiempo de los procesos, conocidos también como “tiempos muertos del proceso”. Esto ha cambiado y significativamente, dado que las comunicaciones por medios telemáticos han agilizado enormemente los tiempos de los procesos, dotándolos no solo de mayor fluidez sino de mayor seguridad.

Con lo anterior quiero decir que la confección, presentación y pase a comparendo, subsanación de eventuales errores, diligenciamiento, notificación y devolución de la cédula papel notificada, demoraba un largo tiempo y ofrecía una mayor ofiosidad no solo para la abogacía sino también para los agentes judiciales. Todo ello sin que la cédula papel vuelva “informada”, es decir, que por alguna causa no se hubiera podido practicar la notificación. En esos casos, la demora era aún mayor.

Ni hablar de las dificultades de acceso a determinados domicilios físicos y la evasión de las personas, en muchas ocasiones, de la notificación que el personal de la Oficina de Mandamientos y Notificaciones tenía a su cargo efectuar (quitando, por ejemplo, el número municipal de identificación).

Sin dudas que la notificación electrónica en primer orden y el nuevo principio consagrado de notificación automatizada luego, han impactado en la vida del fuero contencioso de una manera significativa.

Pero eso no es todo, ya que la implementación del Registro de Domicilios Electrónicos del Poder Judicial ha beneficiado enormemente el quehacer jurisdiccional y la labor de la abogacía: se encuentra disponible una enorme base de datos con domicilios electrónicos de personas humanas y de personas jurídicas y organismos. Vale recordar que, el Registro de Domicilios Electrónicos, fue refrendado por la ley 15.230 (13).

Solo por mencionar algunos, el Fiscal de Estado; el Asesor General de Gobierno; los órganos o entidades descentralizadas de la provincia de cualquier especie cuya representación en juicio no estuviere a cargo del Fiscal de Estado o de la Asesoría General de Gobierno; los municipios de la provincia y sus entidades descentralizadas de cualquier especie; los bancos y las demás entidades financieras; las compañías de seguros; las prestatarias de servicios públicos y las concesionarias de obras públicas; las personas públicas no estatales de la provincia; la Cámara de Diputados y el Senado de la provincia de Buenos Aires; entre otros, poseen domicilios electrónicos registrados para las comunicaciones judiciales.

Con ver la resumida lista, líneas arriba, basta para sacar propias conclusiones: casi la totalidad de sujetos intervinientes en los procesos contenciosos administrativos están inscriptos o cargados en el Registro y para completar, aquellos que no se encuentren inscriptos en este tendrán, por defecto, domicilios electrónicos de sus representantes, conforme surge del acuerdo

(13) Publicada en el Boletín Oficial de la provincia de Buenos Aires el 18/01/2021.

3989 —t.o. res. Pres. 74/2020—. Es decir, ningún sujeto obligado por la norma escapa a la regla de tener asignado un domicilio electrónico.

Entonces, se observa que la implementación del Registro de Domicilios Electrónicos, sumada a la automatización de las notificaciones consagradas en el Reglamento, dota a los procesos contenciosos de una mayor eficiencia y eficacia, seguridad y rapidez sumamente destacables.

En ese sentido, los sujetos, casos incluidos en la materia contencioso-administrativa y las notificaciones (arts. 1º, 2º, 9º, 33 y ccs., ley 12.008), encuentran su vinculación con lo dicho anteriormente, impactando de lleno la normativa de la Suprema Corte de Justicia en el Código, de forma ventajosa y en beneficio del fuero y sus operadores, sin alterar el espíritu de la norma de este. En materia de comunicaciones (notificaciones y oficios), vemos como el Reglamento complementa y actualiza las reglas del art. 33 del Código, siguiendo igual suerte las comunicaciones eventuales emanadas del art. 41 de este (audiencia determinativa).

Siguiendo con los ejemplos, los conflictos de competencia entre los órganos y sus correspondientes notificaciones y solicitudes (arts. 7º y 8º, ley 12.008), operarán también conforme al Reglamento y dichas comunicaciones se seguirán haciendo en forma digital, como regla consagrada.

Sin lugar a duda, las innovaciones y sostenimiento, en materia de comunicaciones electrónicas, han mejorado significativamente la vida del fuero contencioso y son, a mi criterio, el principal impacto del Reglamento —que, a su vez, recoge la normativa anterior y la consagra o actualiza— sobre la ley 12.008.

Ello es así, ya que, al momento de dictarse un acto procesal de los ya mencionados, opera de forma inmediata y automatizada la notificación de este y, como si fuese poco, esto se complementa con una base de datos de más de 5300 domicilios electrónicos que ofrece el Registro de Domicilios Electrónicos.

Luego, siguiendo el Código, es menester que las partes, conforme los arts. 27 y 37, denuncien un domicilio especial constituido, que tal como

lo indica el art. 2° del Reglamento, debe ser electrónico. En este caso, una norma (el Reglamento) completa a la otra (Código).

Para los casos de los documentos acompañados con la demanda y nuevos documentos, contemplados en los arts. 28, 29 y 30 del Código, debemos entenderlos y cotejarlos a la luz de las reglas establecidas en el Reglamento, en los arts. 1°; 3°-7° y 15-16, que ya fueran analizadas en el apartado III. En síntesis, toda documentación debe ser digitalizada y cargada al sistema de gestión; individualizada en caso de obrar en un expediente administrativo digital y cargado a la causa.

En cuanto a la presentación de escritos, otro punto de impacto del Reglamento en la ley 12.008, esta debe ser entendida conforme los alcances ya analizados “todas las presentaciones que deban realizarse en un proceso judicial alcanzado por el art. 1° del Acuerdo que aprueba este Reglamento, serán generadas y efectuadas en soporte digital, así como rubricadas con tecnología de firma electrónica/digital” (art. 1° del Reglamento).

Ahora bien, a mi modo de ver y conforme emana del propio Reglamento, la figura del patrocinante no se suprime —ni puede ser suprimida— mediante este. Es decir, que las presentaciones que no sean de “mero trámite” (v. gr. demanda, excepciones, recursos) y no sean efectuadas por letrados apoderados, si bien serán introducidas de forma digital mediante el sistema de Presentaciones y Notificaciones Electrónicas, deberán ser acompañadas, en archivo adjunto, de la copia original del documento firmado por la parte patrocinada: “en los casos en que la parte actúe por propio derecho y no (...) se encuentre alcanzado por normas que la habiliten a realizar las presentaciones en forma electrónica, el escrito será firmado ológrafamente en presencia de su abogado. Este generará una copia digitalizada del escrito firmado por el litigante y la adjuntará a una presentación electrónica, en la que se reproducirá fielmente su contenido, firmada electrónica/digitalmente a través del sitio web seguro del sistema de Presentaciones y Notificaciones Electrónicas” (art. 5° del Reglamento).

Sin lugar a duda, tendrá la Legislatura bonaerense que adecuar la figura procesal del patrocinante, para que una nueva y actualizada regulación brinde un marco certero y concreto sobre dicha figura (el texto del Anteproyecto del Código Procesal de Familias, Civil y Comercial plantea la supresión de esta), a las luces de la consagrada era digital del expediente judicial. No obstante ello, la regulación al efecto que realizó la Suprema Corte de Justicia es suficiente para encuadrar y delimitar la actuación de los patrocinantes en el contexto de los procesos judiciales.

Pero aquello no es todo, ya que mediante la res. 250/2021 (14), la Suprema Corte de Justicia dispuso conformar comisiones de normalización de los trámites, etapas y demás características de la gestión de los procesos judiciales de los diversos fueros, con relación a los sistemas de gestión judicial en uso.

En ese sentido, la resolución señalada estableció una primera etapa de implementación vinculada con las actividades de la Comisión perteneciente al fuero contencioso administrativo.

En ese contexto, la Suprema Corte consideró importante lograr una uniformidad de los trámites, etapas, y demás características de la gestión de los procesos judiciales, conformando —en este caso— la Comisión Normalizadora de Trámites perteneciente al fuero contencioso administrativo a tales efectos, de la que tengo el agrado de integrar.

La referida Comisión, que fuera aprobada por las res. 832/2021 (15) y 875/2021 (16), se integra con funcionarios y magistrados del fuero y funcionarios en representación de la Suprema Corte de Justicia (pertenecientes a la Secretaría de Planificación, Subsecretaría de Tecnología Informática y Subsecretaría de Control de Gestión).

Actualmente, la Comisión se encuentra trabajando a los fines de conformar y unificar cri-

(14) Emitida el 17 de marzo de 2021.

(15) Emitida el 2 de junio de 2021.

(16) Emitida el 9 de junio de 2021.

terios que permitan agilizar y darle un diseño procesal correcto a los procesos que tramiten ante el fuero contencioso administrativo de la provincia de Buenos Aires.

Lo visto hasta el momento evidencia sin dudas una nueva era en el modo de tramitar los procesos judiciales para todos sus operadores. Desde ya, la ley 12.008 y el fuero contencioso administrativo consecuentemente, conforme lo analizado, han sido actualizados en sus diseños y dotados de una mayor fluidez, seguridad, eficiencia, eficacia y claridad, sin alterarse en forma alguna el espíritu de la norma, sino avanzando en las mandas constitucionales de brindar a la ciudadanía un mejor y ágil servicio de administración de justicia.

V. Breves referencias sobre el anteproyecto del Código Procesal de Familias, Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires

Es necesario destacar que se encuentra en elaboración y debate el Anteproyecto del Código Procesal de Familias, Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires (17), el cual destaca en sus fundamentos, entre sus matrices rectoras, el expediente digital (18).

En palabras de este “el vigente es un Código pensado en una época en que apenas comenzaban a existir las fotocopiadoras, y vivimos en un momento en el que las fotocopiadoras están camino a ser tenidas como una tecnología vetusta” lo cual evidencia la necesidad de una urgente reforma e importancia de la normativa dispuesta por la Suprema Corte de Justicia, en cuanto acompañó los cambios culturales y evolución tecnológica aplicada a los procesos judiciales.

Asimismo, el Anteproyecto ofrece una serie de innovaciones y reformas que, sin dudas, luego de los debates correspondientes, cambiarán profundamente los procesos en los que sea de aplicación.

(17) Ver: https://agendaparticipativa.gba.gob.ar/codigo_de_familias_civil_y_comercial.

(18) Ver: <https://agendaparticipativa.gba.gob.ar/node/1125>.

Para poner en palabras lo anterior, a la mencionada regulación del expediente digital, se suma la supresión del patrocinio; regulación de prueba documental en formato digital; separación entre funciones administrativas y jurisdiccionales mediante la creación de oficinas de gestión judicial; evaluación y actualización permanentemente mediante una Comisión de normas prácticas; entre otras.

Como se destacó, una de las matrices rectoras del Anteproyecto es el expediente digital, del cual los autores han resaltado que “a instancias de la labor de la Suprema Corte de Justicia, ha alcanzado un alto grado de desarrollo en cuanto a la tramitación digital de los expedientes judiciales”, reafirmando lo visto hasta el momento y lo que se expone en el siguiente apartado.

Profundizando en el tema, los fundamentos del texto del Anteproyecto subrayan que, en su actual redacción, el “Código Procesal habla todavía de escritos ‘con tinta negra o azul negra, manuscritos o a máquina’). La regulación del domicilio y las notificaciones electrónicas se refieren a un correo electrónico, sistema que nunca fue utilizado por la Suprema Corte de Justicia para las notificaciones”, poniendo de relieve la problemática de contar con una legislación vetusta e infiriendo, por otro lado, la acertada labor de la Suprema Corte al regular un domicilio electrónico, que ofrece alta seguridad y precisión en su gestión, en contraposición al “correo electrónico” regulado por el Código (19), de manifiesta inconsistencia para los fines deseados, que es nada más ni nada menos que la comunicación de decisiones judiciales, entre otras.

Para reforzar lo anterior es menester recordar que los domicilios electrónicos son espacios de almacenamiento para cada usuario en una base de datos, que permite la utilización del Sistema de Presentaciones y Notificaciones Electrónicas de la Suprema Corte de Justicia “con un formato abierto y apropiado para el soporte de documentos electrónicos, y contando con propiedades de autenticación, integridad, tra-

(19) Art. 143° bis, Cód. Proc. Civ. y Com. de la provincia de Buenos Aires.

zabilidad y auditoria a través del referido sistema” (20).

Volviendo al texto del Anteproyecto y trazando una vinculación con el Reglamento para las presentaciones y las notificaciones por medios electrónicos, motivo de análisis del presente trabajo, el art. 98 del primero, propone la siguiente regulación en cuanto al domicilio: “toda persona que intervenga en una instancia de mediación, etapa previa o proceso judicial, deberá constituir domicilio electrónico en los términos que establezcan las normas prácticas (...) esta carga deberá cumplirse en la primera intervención en el proceso”. Dicha regulación, va de la mano con el art. 2° del Reglamento, estableciendo su obligatoriedad.

En lo atinente a las presentaciones judiciales, el art. 186 del Anteproyecto, al regular los actos procesales, dispone como regla general que “se confeccionarán en forma electrónica, de conformidad con el sistema que implemente la Suprema Corte de Justicia”. Dicha circunstancia, como se ha analizado, encuentra en el Reglamento su tratamiento.

En consecuencia con lo último, la Legislatura bonaerense debería *aggiornar* la ley 12.008 a los nuevos parámetros, dotando al cuerpo legal de normas que se ajusten a la realidad y contexto sociocultural. Sin perjuicio de ello, hemos visto el impacto positivo que al efecto realiza el Reglamento en el Cód. Cont. Adm.

VI. Reflexiones finales

El avance en materia de implementación de tecnologías de la información y comunicación ha influido y calado profundo en los procesos judiciales que tramitan en la provincia de Buenos Aires, cambiando el paradigma de “expediente papel” al “expediente digital”.

La labor legislativa y reguladora de la Suprema Corte de Justicia bonaerense ha sido determinante para que esto así fuera, a la vez que resultó vital para garantizar la prosecución de los procesos judiciales en el contexto de pande-

mia que viene azotando al mundo hace más de 2 años.

Puede decirse que la pandemia ha agilizado, profundizado y acentuando los cambios que se vienen generando al respecto, es decir, la consagración del expediente judicial digital, pero nada hubiera sido posible si dicho camino no se hubiera emprendido con mucha antelación, como fue el caso del Poder Judicial bonaerense.

En lo que atañe al presente trabajo, el Reglamento en análisis deja dos puntos trascendentales de reflexión: (i) por un lado, la consagración del expediente judicial totalmente digital, de sus presentaciones y comunicaciones y; (ii) por otro lado, la participación de todos los operadores de justicia, por medio de la consulta participativa, que brindó la posibilidad de conocimiento y participación propiamente dicha, en la confección del citado Reglamento.

Sin ánimos de ser reiterativo, es destacable la manera en que se ha implementado el Reglamento, ya que, con mucha antelación, conocimiento y participación, cada sujeto involucrado tuvo oportunidad de analizar y prepararse para la implementación señalada sin ser esta sorpresiva e intempestiva.

Por otro lado, el Reglamento es una consagración de las normas emitidas hasta el momento, a la vez que introduce innovaciones y nuevas reglas, con el objetivo de dotar a los procesos de mayor transparencia (mejora el acceso a la información); mayor eficiencia y eficacia; mayor seguridad (firma digital, integridad del documento); eliminación del soporte papel; entre otros.

En ese contexto, la labor de la abogacía se ha visto sustancialmente beneficiada con todas las implementaciones, que suponen aprovechar plazos procesales extendidos (notificaciones electrónicas); visualizar el expediente judicial en cualquier ordenador o dispositivo hábil; realizar presentaciones a cualquier hora del día, cualquier día del año; entre otras.

Desde el punto de vista del justiciable, la normativa es alentadora en cuanto sus conflictos judiciales tramitarán con mayor fluidez y seguridad, garantizando su prosecución y pudiendo

(20) Art. 1°, Reglamento del Registro de Domicilios Electrónicos (res. SCBA 1472/2020).

acceder a la información de sus expedientes en todo momento, entre otros elementos positivos que se infieren de ella.

Asimismo, conforme se ha expuesto, el Reglamento ha sido de impacto en la ley 12.008, actualizando justamente el modo de efectuar las presentaciones y practicar las comunicaciones reguladas en el Cód. Cont. Adm. provincial.

A ello hay que sumarle, como se ha visto, la implementación del Registro de Domicilios Electrónicos, refrendado por la Legislatura, que aporta al fuero contencioso una valiosa base de datos de domicilios electrónicos de personas jurídicas y organismos, los cuales, en miras de la obligatoriedad de contar con el mencionado domicilio para las comunicaciones que se deban practicar en el marco de los procesos judiciales, agiliza considerablemente su tramitación, garantizando plazos razonables y eliminando obstáculos tales como la confección, presentación, pase a confronte y diligenciamiento de cédulas papel y oficios —y sus eventuales subsanaciones—.

Con todo aquello, la conformación de una Comisión de trabajo para el fuero aporta la mirada y criterio de funcionarios y magistrados que tratan el día a día de este, elaborando y unifican-

do el procesamiento de trámites y etapas del expediente judicial, para brindar al justiciable un mejor servicio de administración de justicia, desde el punto de vista de la gestión judicial del expediente y sistemas de gestión.

A su vez, la redacción y debate de un Anteproyecto de Código Procesal de Familias, Civil y Comercial, es bienvenida y más que esperada en el ámbito jurídico, atento la vetusta y obsoleta regulación del actual cuerpo, totalmente desajustada y descontextualizada de la realidad sociocultural imperante.

En ese sentido, el mismo texto del Anteproyecto destaca la gestión de la Suprema Corte de Justicia ante la inactividad legislativa de tantos años, sumado al agigantado avance de la tecnología que, como se ha visto, ha sido responsablemente aplicada al tratamiento de los procesos judiciales.

En una era de cambios radicales y revolución de las comunicaciones, es sano y necesario que los poderes del Estado los acompañen con seriedad y debido tratamiento, dado que tienen la primordial misión de garantizar los derechos de las personas y el ejercicio de estos, eliminando obstáculos y letargos burocráticos tendientes a desnaturalizarlos.

El sostenido sendero hacia la defederalización fiscal: entre la coerción, la inobservancia constitucional y la inestabilidad pactista

El caso de los Consensos Fiscales suscriptos entre 2017 y 2021

Leonardo A. Behm

Los estudios relativos al federalismo, como forma de articulación de las relaciones entre el Estado central y los Estados locales, resultan más que interesantes por cuanto involucran procesos dinámicos, mudables, fluidos u oscilantes **(1)**, donde todo análisis estático es insuficiente. Dentro de este panorama las oscilaciones de dicho proceso pueden tanto fortalecer como impactar negativamente en el esquema de relaciones entre el centro y la periferia de un Estado federal.

En ese marco dinámico se posiciona el federalismo argentino y, dentro de él, el federalismo de concertación fiscal, es decir, aquel abocado a las interacciones de los agentes de un Estado federal (Nación y jurisdicciones locales —Provincias y la CABA—) en lo que, a la recaudación impositiva, el endeudamiento y el gasto refiere.

La manifestación fiscal de nuestro esquema federal ha sido objeto de incesantes movimientos en los últimos años y los Consensos Fiscales

suscriptos entre 2017-2021 **(2)** constituyen una clara muestra de lo expuesto. Si bien a nivel general puede sostenerse que los mecanismos de articulación de las relaciones financieras dentro de un Estado federal resultan variables o, en algún punto, inestables en lo relativo al porcentaje y las fuentes de ingresos a repartir entre los distintos agentes del Estado federal [ya que las prioridades del gasto público y el superávit o déficit de los gobiernos pueden cambiar de manera drástica en cortos períodos de tiempo **(3)**], lo acontecido en nuestro país en los últimos años involucra una repotenciada tendencia a la inestabilidad y a la inseguridad jurídica. Ello por cuanto año a año (desde la suscripción del Consenso Fiscal 2017) el Estado nacional y las Provincias han acordado diversos compromisos fiscales federales que al poco tiempo han sido

(2) El primero de los Consensos fue firmado el 16/11/2017. El siguiente ha sido el Consenso Fiscal 2018 (suscripto el 13/09/2018). Le siguen a este último el Consenso Fiscal 2019 (del 17/12/2019) y el 2020 (del 04/12/2020). La saga finaliza, al menos hasta hoy, con el Consenso Fiscal 2021, firmado el 27/12/2021.

(3) ANDERSON, GEORGE, "Una introducción comparada al federalismo fiscal", Marcial Pons, Madrid, España, 2010, p. 15.

(1) LA PÉRGOLA, Antonio, "Los nuevos senderos del federalismo", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1994, pp. 23-24.

desactivados, modificados radicalmente o derogados.

Es así como puede adelantarse que un estudio sistemático de los Consensos Fiscales 2017, 2018, 2019, 2020 y, en particular, el suscrito a fines de 2021, demuestra que el intenso desarrollo federal que estos involucran constituye otro hito de la senda hacia la desfederalización fiscal que ha tomado nuestro país. Lo expuesto obedece a que los intensos movimientos federales generados por la suscripción de esos pactos conviven con la pasividad de los poderes constituidos (tanto nacionales como locales) en dar cobertura al cumplimiento de la manda contenida en la Disposición Transitoria Sexta de la Constitución, es decir, la obligación de dar forma a un nuevo régimen de coparticipación federal, cuestión que debió acontecer antes de la finalización de 1996.

Pero ambas cuestiones no pueden ser entendidas de manera aislada. Sin dudas la alarmante inestabilidad pactista, en virtud de la cual año tras año la Nación y las jurisdicciones locales activan compromisos que al poco tiempo se desactivan, modifican radicalmente o derogan, no debe ser entendida sino en el marco del vetusto e intrincado esquema fiscal federal vigente en nuestro país que debió ser dejado de lado, como se dijo, hacia fines de 1996.

Los problemas que azotan al federalismo fiscal son, entonces, dos, estrechamente vinculados el uno con el otro: del abierto incumplimiento del texto constitucional se deriva, en consecuencia, una creciente inestabilidad pactista. A ello debe sumarse otra preocupante situación, que antecede a los dos problemas mencionados, como lo es la tendencia coercitiva del sistema fiscal federal en virtud del cual el Estado nacional, que dispone de la gran cantidad de fuentes de financiamiento, ocupa una posición dominante respecto de las jurisdicciones locales, sacando provecho político de ello atento a que la mayoría de ellas poseen desequilibrios financieros estructurales y dependen de las transferencias del Gobierno central.

Este complejo combo de coerción centralista e inobservancia constitucional genera, y así los hechos lo demuestran, que el esquema fiscal federal argentino esté dominado por un alto

índice de litigiosidad. Conforme puede leerse de los debates constituyentes de 1994 la intención convencional fue erradicar de una vez por todas la coercitividad que caracterizaba en aquel entonces al federalismo fiscal argentino procediendo, por un lado, a la constitucionalización del sistema de la coparticipación federal de impuestos (art. 75 inc. 2°) y, por el otro, a la implementación de la Disposición Transitoria Sexta (4). De esta manera, la Convención Constituyente jerarquizó el sistema de reparto de los recursos tributarios y, paralelamente, se anticipó a una posible tensión (5) entre el poder constituyente y los constituidos imponiendo un plazo razonable para la sanción de un nuevo esquema de coparticipación en torno a las pautas establecidas constitucionalmente.

Pero hoy en día nada ha variado, la manda constitucional mencionada continúa incumplida y la coerción fiscal desde el centro hacia la periferia domina la escena federal, lo que ha llevado a la CSJN a sostener que varios de los problemas que rodean al federalismo fiscal argentino hubiesen encontrado solución de darse cumplimiento a la manda constitucional inobservada desde más de 25 años (Fallos 338:1356).

Lo preocupante de lo expuesto, desde una perspectiva constitucional, es que tanto la coerción federal como el incumplimiento de la manda constitucional antes mencionados constituyen actualmente vicios estructurales del federalismo fiscal argentino, a lo que parece sumarse la sostenida inestabilidad pactista verificada desde la suscripción del Consenso Fiscal 2017.

Hechas las precedentes consideraciones, seguidamente serán analizados algunos de los compromisos contenidos en los Consensos Fiscales que demuestran la inestabilidad pactista aquí referida. Si bien diversos zigzagueos pueden verse en compromisos asumidos en dichos pactos en materia de gasto y responsabilidad fiscal, se hará especial mención aquí a las ideas

(4) BOTANA, DIEGO, "La reforma constitucional de 1994 y la coparticipación federal", Revista Jurídica, nro. 8, Universidad de San Andrés, 2019.

(5) MANILLI, PABLO, "Las tensiones en el Derecho Constitucional", La Ley, Buenos Aires, Argentina, B: 667, 2011, p. 4.

y vueltas que los Consensos (en su conjunto) han establecido en asuntos de tributación local, lo que indefectiblemente (una vez más) impacta en la seguridad jurídica que debe caracterizar a la tributación en general. Detrás de todo ello los principales perjudicados son, sin duda, los contribuyentes que deberán dar cobertura a las obligaciones impositivas que se han derivado o se derivarán de tales compromisos inestables.

El primer hito de la saga de los Consensos Fiscales fue el firmado entre el Estado nacional y la mayoría de las jurisdicciones locales a fines del año 2017, estableciéndose una serie de compromisos que involucraban la reducción (y el no incremento) de impuestos tanto nacionales como provinciales.

Por ejemplo, la Nación se obligó tanto a no crear nuevos tributos que recayeran sobre el patrimonio como a no incrementar las alícuotas de los existentes (Cláusula II.q), pero un nuevo Consenso Fiscal, suscripto en 2018, suspendió dicha obligación (Cláusula I.e). Esto derivó en el incremento de las alícuotas de un impuesto patrimonial (Bienes Personales) y posteriormente en la implementación del denominado Aporte Solidario y Extraordinario, un tributo creado por única vez y pagadero en 2021.

Por su parte, el Consenso Fiscal 2017 había dispuesto un cronograma de reducción progresiva y coordinada de alícuotas entre los años 2018-2022 para el principal (y más regresivo) impuesto provincial, es decir, el Impuesto sobre los Ingresos Brutos, lo que en muchos de los casos terminaría en exenciones totales de ciertas actividades (según Anexo I). Pero los Consensos Fiscales 2019 y 2020 (Cláusulas I y II.a, respectivamente) suspendieron dicho cronograma, cristalizando la referida reducción impositiva. Posteriormente, el Consenso Fiscal 2021 (Cláusula II.c) terminó por diseñar un nuevo esquema de alícuotas máximas del impuesto provincial, posibilitando que durante 2022 los fiscos locales incrementen considerablemente las alícuotas del tributo. Lo que sucederá en los años venideros constituye un enigma.

Veamos otro caso. En materia del vetusto Impuesto de Sellos el Consenso Fiscal 2017 había establecido una reducción alícuotaria progresiva (año a año) hasta arribar al 2022, período

en el que el tributo quedaría completamente derogado (Cláusula II.k). Pero el Consenso Fiscal firmado al año siguiente (en 2018, Cláusula I.f) pospuso por un año calendario dicho cronograma y con posterioridad, similar a lo acontecido con el Impuesto sobre los Ingresos Brutos, el Consenso Fiscal 2021 (Cláusula III.c) diseñó un nuevo esquema de alícuotas máximas muy superiores a las que debían aplicarse de haberse mantenido los compromisos asumidos en 2017. Al parecer, la posible derogación de este milenario impuesto ha desaparecido de escena.

En otro orden de ideas, como consecuencia de la coerción que caracteriza al esquema fiscal federal del país y del incumplimiento de la manda constitucional ya referida, la inestabilidad pactista aborda también el asunto de la intensa litigiosidad que hoy define a las relaciones financieras entre el centro y la periferia. Así, los Consensos Fiscales firmados entre los años 2018-2021 disponen la postergación de las causas judiciales relativas a la coparticipación federal, suscitadas o que puedan suscitarse entre las Provincias y el Estado nacional, suspendiendo por un año tanto las acciones a iniciarse como los procesos ya iniciados. Si bien este estilo de compromisos se ha venido reiterando en los últimos Consensos, estos intentan esconder debajo de la alfombra los vicios del sistema antes mencionados, situación que sin duda (en los años venideros y de mantenerse la tendencia) redundará en una mayor inestabilidad pactista.

Un último ejemplo permite demostrar cómo la situación imperante tiende a incrementar los vicios del esquema fiscal federal de nuestro país: El Consenso Fiscal 2017 contenía una cláusula en virtud de la cual las partes signatarias se comprometían a cumplir la manda constitucional de la Disposición Transitoria Sexta y dar forma a un nuevo esquema de coparticipación federal de impuestos (Cláusula I.m). Lo crítico de la situación no reposa solo en que ello nunca aconteció, sino en que los siguientes Consensos no han vuelto con mayor precisión sobre el asunto, quedando en el limbo la disposición plasmada en el Consenso 2017.

En fin, el período que corre desde fines del año 2017 hasta la actualidad puede ser identificado como un ciclo de intensos movimientos en lo que al federalismo fiscal argentino importa.

Sin embargo, un estudio integral de los Consensos Fiscales 2017-2021 demuestra cómo dicha intensidad ha derivado en un alto y alarmante grado de inestabilidad del esquema fiscal federal pactista de nuestro país, lo que sin duda resulta consecuencia de los déficits estructurales que lo azotan desde hace muchos años (la coerción fiscal desde el centro hacia la periferia y la manifiesta inobservancia al texto de la Constitución). El sostenido camino hacia la desfederalización fiscal parece encontrar otra tendencia negativa como lo es la inestabilidad pactista, posiblemente un nuevo vicio estructural de nuestro federalismo fiscal, el que (como se dijo) no resulta sino ser la consecuencia de los otros vicios ya arraigados. Tanto la coerción fiscal como la inobservancia constitucional y, ahora, la inestabilidad pactista incrementarán la litigiosidad del sistema por cuanto constituyen problemas que giran incesantemente sobre un mismo eje a modo de perro intentando morder su propia cola.

Anexo: Consenso Fiscal 2021

En la Ciudad de Buenos Aires, a los 27 días del mes de diciembre de 2021, el señor Presidente de la Nación Argentina, Dr. Alberto Fernández, los señores gobernadores, las señoras gobernadoras, y el señor Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires abajo firmantes, y vicegobernadores expresamente autorizados al efecto, todos en adelante denominados conjuntamente "Las Partes," declaran:

Teniendo en cuenta que:

Desde una perspectiva fiscal, el desarrollo federal argentino requiere el acuerdo de acciones colectivas que generen las condiciones básicas para su logro, a la vez que conserven las autonomías y potestades de cada uno de los niveles de gobierno. En ese sentido se enmarca la instrumentación de una política y administración tributaria articulada entre todas las jurisdicciones partícipes, de modo que las distintas decisiones se adopten en un marco de estabilidad jurídica a la vez que aseguren una armonización tributaria. Dicho contexto procura establecer una estructura impositiva orientada a la promoción de la inversión, del crecimiento económico que de la misma deriva, y la consecuente generación de empleo formal en el sector privado en todas las

jurisdicciones del país, condiciones estas necesarias para reducir en forma gradual y sostenida las diferencias que, en materia de desarrollo económico y social, existen entre las distintas regiones de la Argentina.

Es necesario también consolidar la implementación de instrumentos que procuren la redistribución de la carga impositiva de manera tal que tengan mayor incidencia los impuestos patrimoniales y puedan compensarse las eventuales reducciones de la recaudación proveniente de la imposición sobre las actividades productivas y el consumo, a la vez que se posibilite la sustentabilidad de las cuentas públicas evitando la aparición de desequilibrios financieros que atenten contra la estabilidad global a nivel macroeconómico.

Tales políticas tributarias deben estar acompañadas de una mejora en la gestión de los organismos recaudadores que logre reducir la evasión e impida las prácticas de elusión impositiva, a la vez que posibiliten alcanzar los objetivos que se tracen en materia fiscal e instrumenten herramientas digitales que permitan la simplificación de los trámites que deben realizar los contribuyentes facilitando de este modo el cumplimiento de sus obligaciones impositivas.

Resulta oportuno coadyuvar a definir una estrategia para el endeudamiento responsable de las Provincias que posibilite el acceso a nuevas fuentes de financiamiento y el desarrollo de nuevos instrumentos para captar crédito en moneda doméstica, a la vez que se mantenga como eje la sostenibilidad de sus deudas.

Asimismo, la pandemia y los efectos fiscales que derivaron de ella, impusieron la necesidad de introducir modificaciones transitorias en lo que refiere a las reglas fiscales establecidas en el marco del Régimen Federal de Responsabilidad Fiscal, las que deben ser adaptadas a la situación de expansión económica y de performance fiscal evidenciada en la actualidad.

Por otra parte, se considera necesario reducir el nivel de litigiosidad entre el Estado Nacional y las jurisdicciones provinciales y CABA, poniendo en suspenso las causas judiciales vinculadas a controversias derivadas del federalismo fiscal, procurando acordar entre las partes una solu-

ción integral a los conflictos judiciales suscitados entre ellas.

Por eso, Las Partes acuerdan:

I) Compromisos en materia tributaria

Primera: En materia de administración tributaria, se asumen los siguientes compromisos:

a. En el marco de las normas que regulan el secreto fiscal, la Administración Federal de Ingresos Públicos y las administraciones tributarias del país se comprometen a promover el intercambio de información de naturaleza tributaria sobre los contribuyentes de sus jurisdicciones con vistas a mejorar las capacidades de gestión y potenciar el cumplimiento tributario por parte de los y las contribuyentes a escala nacional, provincial y municipal en el marco del federalismo fiscal vigente. Se invitará a los municipios a adherir a este compromiso.

b. La Nación, las Provincias y la CABA proseguirán trabajando en un programa integral cuyo objetivo es la simplificación y la coordinación tributaria federal, que establezca criterios comunes sobre: i) normas generales y de procedimientos respecto de tributos nacionales, provinciales y municipales, ii) sistema de registro, declaración y pago de las obligaciones, iii) régimen de retención, percepción y recaudación, iv) regímenes especiales para pequeños contribuyentes, y v) domicilio fiscal electrónico unificado.

c. Se da continuidad al compromiso por parte de las Provincias de remitir una vez al año a la Administración Federal de Ingresos Públicos la información sobre la titularidad de bienes inmuebles y otros bienes registrables, así como su valuación, con corte al 31 de diciembre de cada año, a través de los sistemas que ponga a disposición dicho organismo.

d. Se propenderá a que las jurisdicciones que aún no lo hayan hecho adhieran a todos los contribuyentes inscriptos en el Convenio Multilateral, al Padrón Federal - Registro Único Tributario (RUT) administrado por la Administración Federal de Ingresos Públicos y la Comisión Arbitral. Asimismo, las administraciones tributarias que hubieran adherido al mencionado Padrón Federal-Registro Único Tributario, continuarán

su implementación en una tarea conjunta e integrada con la Administración Federal de Ingresos Públicos y la Comisión Arbitral. Del mismo modo, las jurisdicciones provinciales y la CABA adherirán y volverán operativo el Sistema de Recaudación sobre Tarjetas de Crédito y Compra (SIRTAC). Los mencionados organismos y las administraciones tributarias provinciales y la CABA asumen una tarea compartida desde una perspectiva federal, conforme a las competencias que cada una de ellas tiene. En ambos casos, tales compromisos se deberán cumplir durante el año 2022.

e. Las jurisdicciones asumen el compromiso de continuar profundizando la adecuación del funcionamiento de los regímenes de retención, percepción y recaudación del Impuesto sobre los Ingresos Brutos - Convenio Multilateral, de manera de respetar el límite territorial de la potestad tributaria de las jurisdicciones y evitar la generación de saldos inadecuados o permanentes a favor de los o las contribuyentes. Las Provincias y la CABA respetarán las pautas generales que fijen los organismos del Convenio Multilateral en materia de regímenes de retención, percepción, recaudación e información.

f. Se procurarán las medidas necesarias en los procedimientos vigentes en cada jurisdicción a efectos de aplicar mecanismos de devolución automática o, compensación del Impuesto sobre los Ingresos Brutos a aquellos o aquellas contribuyentes (locales o de Convenio Multilateral) que tengan saldos a favor generados por retenciones, percepciones y/o recaudaciones, siempre que cumplan con los requisitos específicos del caso en cuestión.

g. El Gobierno Nacional asume el compromiso de impulsar una ley, previamente consensuada con las jurisdicciones, que otorgue el marco jurídico, económico y financiero necesario para que el Organismo Federal de Valuaciones de Inmuebles (O.Fe.V.I.), creado por el art. 1° del dec. nacional 938/2018, pueda llevar a cabo sus responsabilidades. Una vez sancionada dicha ley los gobiernos provinciales y la CABA se comprometen a impulsar la adhesión a la misma a efectos de impulsar las normas, acciones y demás medidas necesarias para concretar los objetivos del O.Fe.V.I. Asimismo, el Gobierno Nacional a través de la Secretaría de Provincias del Minis-

terio del Interior y las áreas competentes, procurarán el fortalecimiento y modernización de los organismos jurisdiccionales de Catastro Territorial, Registro de la Propiedad Inmueble y Rentas o Agencias de Recaudación y su interoperatividad o integración entre ellas. Las Provincias y la CABA participarán en la determinación de los procedimientos y metodologías de aplicación con el objeto de lograr que las valuaciones fiscales de los inmuebles tiendan a reflejar la dinámica territorial. Asimismo, las jurisdicciones posibilitarán el acceso a los datos catastrales y registrales necesarios para que el O.Fe.V.I. cumpla con sus objetivos. En los casos en que el tributo fuera de competencia municipal, los gobiernos provinciales impulsarán acuerdos para que ese ámbito de gobierno aplique los criterios del O.Fe.V.I. para la determinación de la valuación fiscal.

h. Las jurisdicciones provinciales y la CABA se comprometen a tomar las medidas que resulten necesarias para incrementar el grado de cobrabilidad de los distintos tributos, colaborando con los gobiernos municipales en el caso de aquellas provincias que han delegado impuestos en los mismos.

Segunda: Con relación al impuesto sobre los Ingresos Brutos, las Provincias y la CABA se comprometen a:

a. Determinar que el hecho imponible de este impuesto alcanza al ejercicio habitual y a título oneroso, —lucrativo o no— en las jurisdicciones provinciales y en la CABA del comercio, industria, profesión, oficio, negocio, locaciones de bienes, obras o servicios, o de cualquier otra actividad independientemente de la naturaleza del sujeto que la preste y el lugar donde se realice (zonas portuarias, espacios ferroviarios, aeródromos y aeropuertos, terminales de transporte, edificios y lugares de dominio público y privado y todo otro de similar naturaleza). El impuesto recaerá sobre actividades realizadas por sujetos que tengan un nexo jurisdiccional con la jurisdicción de que se trate.

En la comercialización de bienes y/o servicios que se desarrollen y/o exploten a través de cualquier medio electrónico, plataforma o aplicación tecnológica y/o dispositivo y/o plataforma digital y/o móvil o similares efectuadas en el país, el nexo de carácter jurisdiccional para sujetos do-

miciliados, radicados o constituidos en el país estará presente cuando exista presencia digital del vendedor, prestador y/o locador en la jurisdicción del domicilio del adquirente.

Se considerará como gravada la comercialización de bienes o servicios a través de medios o tecnología que permitan la realización de las transacciones en forma remota, cuando el domicilio del adquirente se ubique en territorio provincial o de la CABA.

Igualmente se gravará el comercio electrónico de servicios digitales prestados por sujetos radicados, residentes o constituidos en el exterior a consumidores o empresas domiciliados, radicados o constituidos en jurisdicción provincial y la CABA incluyéndose el servicio de suscripción online para acceso a entretenimiento (música, videos, transmisiones audiovisuales en general, juegos, etc.) y la intermediación en la prestación de servicios de toda índole a través de plataformas digitales (hoteleros, turísticos, financieros, etc.), y las actividades de juego que se desarrollen y/o exploten a través de cualquier medio, plataforma o aplicación tecnológica y/o dispositivo y/o plataforma digital y/o móvil o similares.

La comercialización de servicios realizados por sujetos domiciliados, radicados o constituidos en el exterior, quedará alcanzada por el gravamen cuando se verifique que la prestación del servicio se desarrolla o utiliza económicamente en la jurisdicción, o que recae sobre sujetos, bienes, personas, cosas, etc. radicadas, domiciliadas o ubicadas en territorio provincial y la CABA o, bien, cuando el prestador o locador contare con una presencia digital en la jurisdicción, con independencia del medio y/o plataforma y/o tecnología utilizada o lugar para tales fines.

b. Mantener desgravados los ingresos provenientes de las actividades de exportación de bienes (excepto los vinculados con actividades mineras o hidrocarburíferas y sus servicios complementarios) y los ingresos provenientes de prestaciones de servicios cuya utilización o explotación efectiva se lleve a cabo en el exterior del país.

c. Aplicar alicuotas en el impuesto sobre los Ingresos Brutos que no sean superiores a las que,

para cada actividad se menciona a continuación:

Los servicios conexos a las actividades antes detalladas, y las actividades relacionadas con el juego, el tabaco y las bebidas alcohólicas no se encuentran sujetos a alícuotas máximas.

En las actividades hidrocarburíferas y sus servicios complementarios, incluidas las actividades de refinería con expendio al público, se continuarán aplicando las alícuotas que para este tributo se establecen en el Título III de la ley 23.966 (y modificatorias), la Ley Nacional de Hidrocarburos, según corresponda, o las normas que las sustituyan.

Las actividades encuadradas dentro de Agricultura, Ganadería y Silvicultura, Pesca, Explotación de Minas y Canteras e Industria que vendan a consumidores finales quedarán sujetas, en relación a esas operaciones, a la alícuota máxima establecida para Comercio Mayorista, Minorista y Reparaciones en Gral.

d. No aplicar alícuotas adicionales por sobre las establecidas para este tributo.

Tercera: Con respecto al impuesto de los Sellos, las Provincias y la CABA se comprometen a:

a. Continuar sin aplicar un tratamiento diferencial basado en el domicilio de las partes, en el lugar del cumplimiento de las obligaciones o en el funcionario interviniente.

b. No incrementar las alícuotas correspondientes a los actos, contratos y operaciones que alcancen a las actividades hidrocarburíferas y sus servicios complementarios respecto a las vi-
gentes.

c. Establecer una alícuota máxima del 3,5% a la transferencia de inmuebles, del 3% a la transferencia de automotores y del 2% a los restantes actos, contratos y operaciones alcanzadas por este tributo en general.

d. No estarán sujetos a alícuota máxima los actos, contratos y operaciones relacionados con las actividades de loterías y los juegos de azar.

Cuarta: En relación al Impuesto a los Automotores las Provincias y la CABA se comprometen a:

a. Determinar como base imponible del Impuesto, como mínimo, el noventa y cinco por ciento (95%) de las valuaciones de los vehículos automotores que establezca la Dirección Nacional de los Registros Nacionales de la Propiedad Automotor y Créditos Prendarios (DNRNPAyCP) u otras fuentes de información sobre el mercado automotor, que resulten disponibles y actualizadas al momento de ordenarse la emisión.

b. Fijar como alícuota mínima anual del tributo un dos por ciento (2%) de la base imponible determinada conforme lo establecido en el inc. anterior, excepto para el caso particular de los automotores vinculados a actividades productivas.

c. Promover la adhesión de los gobiernos municipales a lo establecido precedentemente en aquellos casos en que hayan delegado el tributo.

Quinta: Las Provincias y la CABA con respecto al Impuesto Inmobiliario asumen los siguientes compromisos:

a. Adoptar para el cálculo y determinación de las valuaciones fiscales de los inmuebles los procedimientos y metodologías de valuaciones uniformes establecidos por el O.Fe.V.I.

b. Fijar la alícuota del Impuesto inmobiliario en un rango entre el 0,5% y el 3% del valor fiscal establecido conforme lo previsto en el punto anterior.

Sexta: Las Provincias y la CABA mantendrán la derogación de los tributos específicos que gravan la transferencia de combustible, gas, energía eléctrica —incluso— los que recaen sobre la autogenerada y servicios sanitarios, excepto que se trate de transferencias destinadas a consumidores finales.

Séptima: Las Provincias y la CABA, dentro del transcurso del año 2022, procurarán legislar un impuesto a todo aumento de riqueza obtenido a título gratuito como consecuencia de una transmisión o acto de esa naturaleza, que comprenda a bienes situados en su territorio y/o beneficie a personas humanas o jurídicas domiciliadas en el mismo, y aplicarán alícuotas marginales crecientes a medida que aumenta el monto transmitido a fin de otorgar progresividad al tributo. El mis-

mo alcanzará el enriquecimiento que se obtenga en virtud de toda transmisión a título gratuito, incluyendo:

- i. Las herencias;
- ii. Los legados;
- iii. Las donaciones;
- iv. Los anticipos de herencia;
- v. Cualquier otra transmisión que implique un enriquecimiento patrimonial a título gratuito.

II) Compromisos en materia de endeudamiento responsable

Octava: A partir del 31 de diciembre de 2021 y durante un [1] año, las Provincias y la CABA solo podrán incrementar el stock de deuda denominada en moneda extranjera respecto a los valores registrados a tal fecha, en los casos que taxativamente se detallan a continuación:

a. Las líneas de financiamiento con organismos bilaterales o multilaterales de crédito o con acreedores institucionales siempre que, estos últimos, otorguen financiamiento de largo plazo con características similares a los primeros, en términos de condiciones de repago y de destino de los fondos.

b. Los desembolsos pendientes originados en convenios firmados con anterioridad al 31 de diciembre de 2021, cuyos montos o saldo se encuentren detallados en la normativa correspondiente.

c. Los incrementos de stock generados por las operaciones que impliquen administración de pasivos y/o canjes y/o reestructuraciones de los servicios de vencimiento de intereses y/o amortizaciones de capital de títulos públicos denominados en moneda extranjera emitidos con anterioridad al 31 de diciembre de 2020.

d. Aquellos endeudamientos que tengan como garantía o repago recursos tributarios o no tributarios de origen provincial percibidos en moneda extranjera y que no se encuentren afectados en el presupuesto en curso ni en los sucesivos.

e. Aquellos endeudamientos que tengan como moneda de pago de sus servicios la moneda nacional.

Novena: Las provincias se comprometen a implementar un régimen como el establecido en la cláusula anterior para sus respectivos municipios, impulsar su adhesión por parte de estos y controlar su cumplimiento.

Décima: A partir del 31 de diciembre de 2021 y, durante un [1] año, las operaciones de emisión de Títulos Públicos, en moneda nacional de las Provincias y de la CABA, cuyo vencimiento sea igual o superior a los dieciocho [18] meses desde su emisión, estarán exceptuadas de lo establecido en los arts. 7° y 10° de la ley 23.928, siempre y cuando los fondos obtenidos se destinen a financiar obras de infraestructura o a reestructuración de servicios de deuda emitida con anterioridad al 31 de diciembre de 2021.

Décimo primera: El gobierno nacional en uso de las facultades conferidas por el art. 25 de la ley 25.917 y modificatorias, denegará la autorización a toda operación de crédito que se aparte de lo establecido en las cláusulas octava novena y décima del presente.

III) Compromisos en materia de responsabilidad fiscal decimosegunda: Las jurisdicciones adheridas al Régimen Federal de Responsabilidad Fiscal, promueven retomar la vigencia de los artículos y/o cláusulas suspendidas de la ley 25.917, con las siguientes adecuaciones:

a. La regla de límite de crecimiento del gasto estará regida en todos los casos por el incremento del PIB.

b. En atención al impacto de la pandemia del virus COVID-19 en las finanzas públicas durante 2020 y 2021, que determinaron las modificaciones introducidas por la ley 27.591, para el año 2022 se considerará un proceso de transición y adecuación en materia de cumplimiento de las pautas de gasto y de empleo público.

c. El producido del endeudamiento gubernamental no podrá destinarse a gastos corrientes, con las excepciones que correspondan.

d. Para el control de cumplimiento de lo dispuesto en el art. 15 bis se preverá un mecanismo

de información básica a suministrar por las jurisdicciones adheridas.

e. En razón del tratamiento específico de las medidas de política y administración tributaria que se abordan en el presente Acuerdo, corresponde la derogación del Art. 18 bis.

IV) Compromisos en materia de procesos judiciales

Decimotercera: Las Provincias y la CABA se comprometen a abstenerse por un período de un [1] año de iniciar procesos judiciales, y suspender por igual término los ya iniciados, relativos al Régimen de Coparticipación Federal de Impuestos, a afectaciones específicas de recursos y transferencias de competencias, servicios o funciones, por hechos anteriores a la entrada en vigencia de este Acuerdo, con excepción de aquellos que cuenten con sentencia firme y aquellas acciones que se inicien al solo efecto de interrumpir la prescripción, cuando esta se produzca durante el lapso antes referido.

V) Compromisos del gobierno nacional

Decimocuarta: Los saldos que se hallaren pendientes de cancelación en cumplimiento de actualización de las Compensaciones incs. a), b), d) y e) de la Cláusula II del Consenso Fiscal 2017 de fecha 16 de noviembre de 2017, aprobado por ley 27.429, se cancelarán en 12 cuotas mensuales iguales a partir del mes de enero de 2022.

Decimoquinta: Las Partes podrán acordar llevar a cabo un proceso de compensación total o parcial de los saldos a que hace referencia la cláusula anterior con las deudas que registren las jurisdicciones provinciales con el Gobierno Nacional.

VI) Compromisos comunes

Decimosexta: Las Partes acuerdan dejar sin efecto las obligaciones asumidas en materia tributaria provincial establecidas con anterioridad a través de los Consensos Fiscales suscriptos en fecha 16 de noviembre de 2017, 13 de septiembre de 2018, 17 de diciembre de 2019 y 4 de diciembre de 2020, teniendo únicamente como exigibles aquellas cuyo cumplimiento se haya efectivizado a la fecha de la firma del presente Consenso, así como las que surgen expresamente de lo estipulado en el mismo.

Decimoséptima: Dentro de los treinta [30] días de la suscripción del presente, los Poderes Ejecutivos de las jurisdicciones firmantes y del Estado Nacional, elevarán a sus poderes legislativos proyectos de ley para aprobar el presente acuerdo, modificar las leyes necesarias para cumplirlo y autorizar a los respectivos poderes ejecutivos para dictar normas a tal fin. El presente acuerdo producirá efectos respecto de las jurisdicciones que lo aprueben por sus legislaturas y a partir de esa fecha, quedando abierto a la adhesión por parte de los señores gobernadores y señoras gobernadoras de las provincias que no lo suscriben en el día de la fecha.

El derecho a la salud y el rol del Estado como garante de su cumplimiento

Santiago Duizeide (*)

Sumario: I. Introducción.— II. El bien jurídico protegido: la salud.— III. Antecedentes y evolución del derecho a la salud.— IV. El Estado y su rol de garante del derecho a la salud.— V. Reflexiones finales.

I. Introducción

Si bien el título ofrece una pista muy certera de hacia dónde apunta el artículo, debo decir que siendo abogado y, con ello, parte del mundo de las ciencias jurídicas, no puedo desconocer ni restar la importancia que poseen todos los derechos que garantizan la convivencia de una sociedad, entendiendo por tales a los derechos civiles, comerciales, de índole penal, laborales, etc.

No obstante lo expuesto, creo que la salud, al garantizar y conllevar implícitamente el derecho a la vida, requiere de una estricta y basta protección por parte del Estado, en todas sus áreas y distintos niveles, lo que indefectiblemente lleva a que su tratamiento posea características especiales.

Podemos señalar sin reparo alguno que vendría totalmente abstracto velar por cualquiera de los derechos señalados anteriormente, si no es factible proteger el derecho a la vida del individuo, ello como consecuencia de no haber podido acceder a un medicamento específico, un tratamiento determinado, o simplemente ingresar al sistema sanitario a fin de poder ser atendido en su dolencia/enfermedad.

Por otra parte, considero que el derecho sanitario posee un componente social muy importante, lo que queda expuesto a través de la construcción de las políticas públicas que en materia sanitaria desarrolla el Estado, lo cual, en mayor o menor medida, tiende al fin y al cabo a lograr una sociedad más justa, solidaria y equitativa, garantizando un sistema de distribución que logre controlar y reducir las amenazas que atentan contra la salud de la población sin importar su condición (cualquiera sea esta) y, por sobre todas las cosas, que dichas personas puedan acceder a un sistema sanitario.

Me propongo entonces, a través de las siguientes palabras, tratar, en base a diferentes conceptos, opiniones doctrinales, diversos fallos jurisprudenciales y, en virtud de las normas sancionadas en nuestro ordenamiento jurídico y en el plano internacional, conforme los postulados de nuestra carta magna en relación a los pactos y convenios internacionales que nuestro País ha adherido, firmado y ratificado en materia de salud, sustentar las razones que a mi criterio, hacen del derecho a la salud, el derecho humano, básico y universal por excelencia, y que en tal sentido, conllevan la ineludible obligación del estado de garantizar dicho derecho, en tanto asume el rol de garante conforme los postulados de nuestra norma suprema.

II. El bien jurídico protegido: la salud

A efectos de poder entender y conceptualizar la importancia de este derecho protectorio, es necesario tener claro el concepto de salud.

(*) Abogado. Asesor legal en la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Salud de la Nación. Especialista en Asesoramiento Jurídico del Estado (ECAE). Diplomado en Gestión Estratégica de Sistemas de Salud (UNSAM).

Vale señalar que no existe en este sentido un concepto único que permita su definición y, si así lo hubiese, seguramente tendría varias aristas por las diversas situaciones, condiciones y aspectos que giran en torno a la salud.

Para clarificar dicha situación, me permito la definición de Federico Tobar, quien ha dicho: “El problema es que buscar una definición de salud es como perseguir al viento” **(1)**.

Sin perjuicio de ello, es posible afirmar que a lo largo de los años se han ido sucediendo diferentes definiciones y conceptos relativos a la salud.

Así, la Organización Mundial de la Salud **(2)** (en adelante la OMS) define a la salud “como un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”.

Esta definición ha sido receptora de muchas críticas, en cuanto el concepto de bienestar es muy subjetivo y deviene demasiado arbitrario, en tanto se puede tener diferentes percepciones de lo que significa bienestar.

Mas tarde, la “Oficina Regional para Europa de la OMS” describió a la salud como “la capacidad para desarrollar el propio potencial personal y responder de forma positiva a los retos del ambiente” definiendo así a la salud como un proceso dinámico en que la interacción entre el sujeto y el entorno tiene un protagonismo **(3)**.

Por su parte, en el año 1970, en la “XXIII Asamblea Mundial de la Salud”, que es el órgano decisorio supremo de la OMS, se afirmó: “La salud es un derecho fundamental del hombre”;

(1) CLÉRICO, Laura; RONCONI, Liliana y ALDAO, Martín, “Tratado de Derecho a la Salud”, Ed. Abeledo Perrot, 2013, t. I, p. 4.

(2) ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, “Constitución de la Organización Mundial de la Salud”, aprobada en la Conferencia Internacional de Salud, Ginebra, OMS, 1948. La Constitución fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, y firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados, y en vigor desde el 7 de abril de 1948.

(3) Oficina Regional para Europa de la OMS, www.who.int/about/regions/euro/es.index.html.

refiriéndose también al derecho a la asistencia sanitaria y a la obligación jurídica de brindar esa asistencia tanto a personas individuales como comunidades conforme se ha reconocido en las diferentes constituciones del siglo XX.

Por su parte, la Declaración de Alma-Ata **(4)** —producida durante la Conferencia Internacional Sobre Atención Primaria de la Salud— señala que “...la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades, es un derecho humano fundamental y que el logro más alto posible de salud, es un objetivo social sumamente importante en todo el mundo...”

En la “1° Conferencia Internacional para la Promoción de la Salud”, celebrada en Canadá en 1986, la OMS elaboró la “Carta Ottawa” y propuso este concepto de salud “(...) Para alcanzar un estado adecuado de bienestar físico, mental y social un individuo o grupo debe ser capaz de identificar y realizar sus aspiraciones, de satisfacer sus necesidades y de cambiar o adaptarse al medio ambiente”. “Las condiciones y requisitos para la salud son: la paz, la educación, la vivienda, la alimentación, la renta, un ecosistema estable, la justicia social y la equidad” **(5)**.

En la Observación General N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales **(6)** se advierte: “La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente...” (art. 1°).

(4) El 12 de septiembre de 1978 tuvo lugar en Alma-Ata, república de Kazajstán, la Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de la Salud, patrocinada conjuntamente por la Organización Mundial de la Salud, OMS, y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF.

(5) <http://www.paho.org/spanish/HPP/OttawaCharterSp.PDF>.

(6) Observación General N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 220 períodos de sesiones, Ginebra, 25 de abril a 12 de mayo de 2000, dictada con relación a las cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (aprobado en nuestro país por ley 23.313, BO 13/05/1986).

A su vez, el art. 3° de la citada Observación General refiere que "...el derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos, que se enuncian en la Carta Internacional de Derechos, en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación. Esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud".

En materia de autores, Ciuro Caldani asevera que tal como lo ha expresado la doctrina en los últimos tiempos, la noción de salud se ha incrementado superando ampliamente la mera falta de enfermedad (...) se encuentra hoy con el desafío de una nueva era, signada por enormes cambios científicos, técnicos y morales (7).

Sostiene el autor que, pese a la diversidad de conceptos de salud, debe considerarse muy importante no confundirla con la falta de enfermedad.

Bidart Campos expresa que "la salud es una situación personal de bienestar físico, psíquico, mental, moral integral, que excede en mucho a 'no estar enfermos' para convertirse en 'estar completamente sano'. Así como la integridad personal cubre lo corporal, lo psíquico, lo moral, la salud abarca análoga integridad para que la persona se instale en una situación de bienestar, abarcativa de todas esas facetas que componen la compleja personalidad humana" (8).

Vemos entonces cómo con el paso del tiempo, el concepto de salud ha ido mutando, ya no

(7) CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Los Derechos de los Pacientes como parte de una nueva rama jurídica del Derecho a la Salud", Ponencia presentada en XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, 2011, San Miguel de Tucumán.

(8) BIDART CAMPOS, Germán, "Lo explícito y lo implícito en la salud como Derecho y como Bien jurídico Constitucional", artículo incluido en la obra colectiva Salud, Derecho y Equidad, MACKINSON, Gladis (dir.), Ed. Ad-Hoc, 2001, p. 23.

solo refiriéndose a la posibilidad de estar sano y a la ausencia de enfermedades, sino, y por sobre todas las cosas, a una conjunción de diferentes factores que atraviesan la vida del individuo, lo que implica y da sustento al rol fundamental que ocupa el Estado a la hora de proteger y garantizar el derecho a la salud del ser humano.

Desde mi humilde punto de vista, creo que todas las definiciones conllevan de una u otra manera algunos aspectos que refieren a la salud. En mi caso en particular, me permito agregar a esos conceptos la posibilidad de garantizar cantidad y calidad de vida para que el individuo pueda desarrollarse y llevar adelante una vida en plenitud.

III. Antecedentes y evolución del derecho a la salud

Es importante destacar que el derecho a la salud como derecho humano implícito no poseía una referencia explícita en el texto original de la Constitución argentina (1853/1860), sino que se lo incluyó de manera tangencial dentro de los llamados derechos sociales establecidos en el art. 14 bis, cuando establece la obligación estatal de asegurar "los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter integral e irrenunciable" y un "seguro social obligatorio".

A su vez, por su adscripción al derecho a la vida y a la integridad física, también había sido receptado a través de la jurisprudencia con expresa invocación, además, del art. 33 del plexo jurídico de base. La doctrina más calificada sostenía que una interpretación dinámica del texto constitucional obligaba a reconocerlo en la norma de derechos implícitos referida (9).

En línea con lo señalado, en el caso "Navas, Leandro J v. Instituto de Obra Médico Asistencia s/ amparo" se sostuvo que "...no obstante la ausencia de un reconocimiento expreso en nuestra Constitución Nacional la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido, que el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta conocido y garantizado por la Constitución Nacional... Ese derecho por otra parte se vincula estrechamente con el derecho

(9) CLÉRICO, Laura; RONCONI, Liliana y ALDAO, Martín, ob. cit., p. 947.

a la preservación de la salud, que de un modo particular ha adquirido mayor relevancia en el plano normativo a partir del advenimiento del denominado constitucionalismo social..." (10).

En sentido análogo, la Corte Suprema de Mendoza dijo: "En nuestros días nadie puede discutir que el derecho a la salud es un derecho con rango constitucional, aunque no este mencionado expresamente... en esta época de escalfriante masificación del sistema de salud, el mínimo derecho que el estado debe asegurar a sus habitantes es el de elegir a su médico; que tal derecho integra el derecho a la salud y que este se encuentra implícito en la Constitución Nacional y provincia..." (11).

Como sostiene la Dra. Susana Graciela Cayuso en la obra en cita (12), dichos ejemplos a nivel jurisprudencial sirven para poder constatar que efectivamente el derecho a la salud encontró sustento normativo, principista y axiológico en el texto de la Constitución histórica.

Atento a lo mencionado, es de clara evidencia que el derecho a la salud entonces no gozaba del reconocimiento constitucional de forma explícita, el cual le vino dado luego de la reforma de nuestra Carta Magna del año 1994, cuando se incorpora un conjunto de Tratados Internacionales de Derechos Humanos suscriptos con anterioridad por la República Argentina (art. 75, inc. 22, CN).

(10) Juzg. Crim. N° 3, Mar del Plata, firme, 03/05/1991 "Navas, Leandro J. c. Instituto de Obra Médica Asistencia s/ amparo", LA LEY, 1991-D, 79. La acción fue iniciada por el actor en su carácter de afiliado obligatorio de IOMA ante la decisión de la Obra Social de suspender por seis meses el suministro de un medicamento que, en razón de la patología que sufría el amparista le permitía evitar las transfusiones periódicas.

(11) SC de Mendoza, sala I, 01/03/1993, "Fundación Cardiovascular de Mendoza y otro c. Asociación de Clínicas y Sanatorios de la Provincia de Mendoza y otros", LA LEY, 1993-E, 37. Del voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, al que adhirieron el resto de los integrantes de la sala en ocasión de resolver sobre el derecho de los pacientes a la libre elección de los prestadores y del criterio aplicable a la contratación de prestaciones de alta complejidad.

(12) CLÉRICO, Laura; RONCONI, Liliana y ALDAO, Martín, ob. cit., p. 948.

Precisamente, entre los derechos incorporados al texto de la Constitución reformada se encuentra el derecho a la salud y, con ello se avanza en la definición de los derechos sanitarios que asisten a los habitantes de nuestro país.

En este aspecto, cabe la aclaración de que los tratados que fueron incorporados al plexo constitucional lo hicieron "en las condiciones de su vigencia" (art. 75, inc. 22 párr. 2, CN), esto es, tal como lo tratados mencionados efectivamente rigen en el ámbito internacional y considerando su efectiva aplicación jurisprudencial por los organismos y tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación (13).

Así, es posible afirmar que luego de la reforma constitucional de 1994, los artículos que otorgan basamento en forma directa al derecho a la Salud en nuestra norma fundamental son: el art. 14 *bis* (el Estado otorgará los beneficios de la seguridad social; y en especial por ley el seguro social obligatorio); el art. 33 (dentro de los 'derechos implícitos' se encuentran el derecho a la vida y el derecho a la salud); el art. 41 (el derecho que tienen los habitantes a un 'ambiente sano'); el art. 42 (el derecho que tienen los consumidores a la protección de su salud en la relación de consumo); el art. 75, incs. 18 y 19 (—la nueva cláusula de la prosperidad— que consagra la obligación estatal de proveer a la prosperidad nacional y al desarrollo humano); el art. 75, inc. 22 (otorga jerarquía constitucional a distintos Tratados Internacionales de Derechos Humanos, que consagran en forma expresa el derecho a la salud) y el inc. 23 (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) (14).

(13) BONPLAND, Viviana y BOZZOLO, Alberto, "Federalismo sanitario en la reforma constitucional de 1994". Una mirada desde la gestión, Diario DPI Digital, Doctrina en dos [2] páginas, año 1, nro. 11, 13/07/2015.

(14) BONPLAND, Viviana, "El Derecho a la Salud: Su Evolución Histórica y su vigencia en la Argentina del Tercer Milenio, el Rol del Estado Nacional en la materia políticas públicas para el sistema sanitario. Apuntes para

Ahora bien, en base a lo referido *supra*, coincido con la opinión de la Dra. Cayuso, en cuanto afirma que el constituyente reformador de 1994 no ha sistematizado normativamente el derecho a la salud, en tanto no hay una mención clara y concisa referida a este derecho. Sin embargo, tal cual sostiene la colega, no cabe duda alguna que ha ampliado, reforzado y complementado el plexo de los derechos fundamentales y, con ello, los alcances de la protección efectiva.

En materia internacional, el derecho a la salud ha sido reconocido por diversos Instrumentos internacionales, correspondiendo destacar la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), que en el párr. 1° del art. 25 afirma que "toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios".

En la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, el derecho a la salud está consagrado en el art. 11: "Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad".

Asimismo, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial del año 1965 en su art. 5°, apart. e), inc. IV), establece que es deber de los Estados garantizar el derecho a la salud pública y a la asistencia médica.

En ese contexto, también se advierte el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), el cual contiene el artículo más exhaustivo del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho a la salud, en el que se señala: "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en

el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad" (art. 12).

En el marco del PIDESC, en el año 1985 se dispuso la creación de un "Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales", que es el órgano encargado de llevar a cabo un seguimiento del Pacto *supra* referido, siendo este en general considerando el instrumento fundamental para la protección del derecho a la salud.

En este sentido, cuadra advertir que dicho Comité es el órgano entonces al cual los Estados remiten sus informes periódicos, dando cuenta del cumplimiento de sus obligaciones bajo el PIDESC. Amén de dicha función, el citado Comité emite Observaciones Generales que constituyen la interpretación autorizada de las cláusulas del Pacto por parte del propio órgano de contralor.

El reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales por parte de los Estados no corresponde a simples actos de buenas intenciones, sino a obligaciones que se derivan directamente de tratados internacionales de derechos humanos. Es decir que, si no se garantizan dichos derechos, los derechos humanos no son protegidos ni respetados (15).

Por su parte, también encontramos la Convención sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer del año 1979, promulgada por la República Argentina en 1980, que establece en su art. 11, párr. 1°, apart. f), la protección de la salud, y en el art. 12 prevé el acceso a la atención médica.

Asimismo, el derecho a la salud se encuentra reconocido, en particular, en el art. 24 de

una reforma del Estado aún pendiente". Artículo incluido en la obra colectiva "Estudios de Derecho Administrativo en homenaje al Profesor Julio Rodolfo Comadira", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, 2009, 1ª ed.

(15) AIZENBERG, Marisa, "Estudios acerca del Derecho a la Salud", Ed. La Ley, 2014, cap. II, 1ª ed., p. 47.

la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) (16).

En ese orden de ideas, vale citar la Observación General N° 14, de la cual ya se ha hecho mención en el capítulo que antecede, como así también del art. 3° de la citada Observación General.

IV. El Estado y su rol de garante del derecho a la salud

Conforme surge de lo normado en el art. 75, inc. 23 (17) de nuestra Norma Fundamental, el Estado nacional asume la calidad de “garante” de los derechos reconocidos en los Tratados Internacionales. Así las cosas, el Estado nacional, a través de sus tres poderes en el ámbito nacional, debe y está obligado a garantizar el derecho a la salud (derecho a la atención sanitaria) en el país.

Es dable poner de resalto que, si bien en el presente trabajo me centraré en su rol de garante, de la norma descripta surge también el rol de rectoría que asume el Estado nacional.

En punto a lo dicho, el rol rector supone el ejercicio de las competencias sustantivas en materia de políticas públicas en salud y la coordinación con las autoridades provinciales y locales.

Sentado ello, y adentrándome al rol de garante que le cabe al Estado nacional, vale destacar que del art. 1° del Protocolo Adicional a la Con-

vencción Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, surge que “[l]os Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo” (18).

En este sentido, es precisamente el Estado nacional a través del Ministerio de Salud, el garante último de las obligaciones que ha asumido internacionalmente la República Argentina.

Esto en el caso concreto implica que, aun cuando los agentes de salud se rehúsen a cumplir con su obligación, el Estado nacional, a los efectos de no incurrir en una violación del derecho a la vida y del derecho a la salud, debe brindar la prestación para evitar así incurrir en responsabilidad internacional por violación de los mencionados derechos.

Este es, además, el criterio que ha adoptado la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En efecto, ese tribunal “destacó la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (Fallos 321:1684 y 323:1339, mayoría y votos concurrentes y dictamen del señor Procurador General de la Nación a cuyos fundamentos se remiten)”

Asimismo, ha afirmado que el derecho a la salud se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida y con el principio de autonomía personal, reconocidos por la Constitución nacional (cfr. doctrina que surge de Fallos

(16) "Los Estados Parte reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de su salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios..."

(17) Corresponde al Congreso 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. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral 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.

(18) Aprobado en nuestra legislación por la ley 24.658.

323:1339; 323:3229; 324:3569; 326:4931; entre otros) **(19)**.

En orden a lo expuesto, sostuvo el maestro Marienhoff que la defensa de la salud es una consecuencia de la protección del derecho a la vida, valor supremo en un Estado de Derecho que en las prerrogativas humanas ocupa el primer puesto **(20)**.

En punto a ello, no puede soslayarse entonces la estrecha relación que existe entre el derecho fundamental a la salud y el derecho a la vida.

El derecho a la salud constituye un presupuesto esencial del inalienable derecho a la vida, lo que significa que ambos derechos van de la mano, e indefectiblemente, lo que sucede en uno tendrá repercusiones en el otro.

Al advertir conceptos de salud, íntimamente estamos hablando del derecho a la vida.

En consonancia con lo manifestado, dijo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c. Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas s/ recurso de hecho" (Sentencia del 24 de octubre de 2000) "(...) el Tribunal ha considerado que el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución nacional (Fallos 302:1284; 310:1112). También ha dicho que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo, más allá de su naturaleza trascendente su persona

(19) JEANNERET DE PEREZ CORTÉS sostiene que la CSJN ha entendido, desde sus inicios, que el Estado Nacional está obligado a proteger la salud pública, pues el derecho a la salud está comprendido dentro del derecho a la vida, que es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva y que, obviamente, resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional (JEANNERET DE PEREZ CORTÉS, María, "Responsabilidad del Estado en materia de salud pública". Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público, Jornadas de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral. Ed. Cs. de la Administración. División Estudios Administrativos, p. 311).

(20) MARIENHOFF, Miguel, "El Derecho a la Libertad integral del Ciudadano", artículo publicado en Anales de la Academia Nacional del Derecho, año XII, 2ª época, nro. 9.

es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos 316:479, votos concurrentes). Que a partir de lo dispuesto en los tratados con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la Ley Suprema), reafirmando en recientes pronunciamientos el derecho a la preservación de la salud, comprendido dentro del derecho a la vida, y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas... (Fallos 321:1684 y causa A.186 XXXIV 'Asociación Benghalensis y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986' del 1 de junio de 2000, mayoría y votos concurrentes, y dictamen del señor Procurador General de la Nación a cuyos fundamentos se remiten)".

Asimismo, es dable recordar que manifestó también que "el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales estableció que entre las medidas que los estados partes deberían adoptar a fin de asegurar la plena efectividad del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, deberían figurar la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas (inc. c) y la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad" **(21)**.

Como se ha visto, es el Estado entonces quien, en su rol de garante, organiza el sistema sanitario argentino, el cual tiene como eje central el Sistema Nacional del Seguro de Salud [ley 23.661/1989 **(22)**], que tiene los alcances de un seguro social, a efectos de procurar el pleno

(21) CSJN, Voto concordante de los ministros Moline O'Connor y Boggiano in re "Asociación Benghalensis y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986".

(22) En su art. 1º consigna "Créase el Sistema Nacional del Seguro de Salud, con los alcances de un seguro social, a efectos de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica. El seguro se organizará dentro del marco de una concepción integradora del sector salud donde la autoridad pública afirme su papel de conducción general del sistema y las sociedades intermedias consoliden su participación en la gestión di-

goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural, o geográfica.

El Seguro se organiza dentro del marco de una concepción integradora del sector salud donde la autoridad pública afirma su papel de conducción general del sistema (rol de rectoría) y las sociedades intermedias consolidan su participación en la gestión directa de las acciones, en consonancia con los dictados de una democracia social moderna. A partir de dicho Seguro de Salud, el Sistema Nacional se estructura en base a tres subsistemas: Público, Paraestatal o de Obras Sociales, y Privado **(23)**.

Ahora bien, ha quedado claro en base a las consideraciones vertidas, el rol de garante que debe asumir el Estado nacional en materia sanitaria y los fundamentos normativos que amparan y sustentan dicha obligación.

Siguiendo esta línea de razonamiento, deviene interesante destacar como opera en la práctica este rol de garante que asume el Estado nacional en relación con las provincias que integran nuestro país.

En ese orden de ideas, cabe tener presente que la salud no ha sido una materia delegada por parte de las provincias al Estado nacional, por cuanto cada jurisdicción ejerce el poder de policía en materia sanitaria.

Así, el art. 121 de nuestra norma fundamental reza: "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".

En línea con lo esgrimido, a diferencia de lo que sucede en nuestra Ley Suprema, en las demás constituciones provinciales como así también en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se ha receptado de forma concreta el derecho a salud.

recta de las acciones, en consonancia con los dictados de una democracia social moderna".

(23) Dr. LEMUS, Jorge Daniel, "Salud Pública. Marco conceptual e instrumentos operativos", C.I.D.E.S.

A partir de 1987 se reforman varias constituciones provinciales incluyendo la garantía del derecho a la salud en sus territorios.

Por caso, se puede citar a título de ejemplo algunas constituciones, como ser la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la que en su art. 20, primera parte dice: "Se garantiza el derecho a la salud integral que está directamente vinculada con la satisfacción de necesidades de alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente".

La Constitución de la provincia de Córdoba en su art. 19 refiere: "Todas las personas en la Provincia gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio: 1. A la vida desde la concepción, a la salud, a la integridad psicofísica y moral y a la seguridad personal".

El art. 19 de la Constitución de la provincia de Entre Ríos señala: "La Provincia reconoce la salud como derecho humano fundamental, desarrollando políticas de atención primaria. La asistencia sanitaria será gratuita, universal, igualitaria, integral, adecuada y oportuna.

"Será prioritaria la inversión en salud, garantizando el primer nivel de atención, así como la formación y capacitación.

"Se implementará un seguro provincial de salud para toda la población y una progresiva descentralización hospitalaria.

"El medicamento es un bien social básico. El Estado regula y fiscaliza el circuito de producción, comercialización y consumo de estos y de los productos alimenticios, tecnología médica y acredita los servicios en salud. La ley propenderá a jerarquizar el nivel de atención hospitalaria de tiempo completo".

La Constitución de la provincia de Jujuy en su art. 21 define: "1°.- Todos los habitantes de la Provincia gozan del derecho a la salud y a su protección mediante la creación y organización de los sistemas necesarios.- 2°.- El concepto de salud será atendido de manera amplia, partiendo de una concepción del hombre como unidad biológica, psicológica y cultural en relación con su medio social.- 3°.- Nadie puede ser obligado

a someterse a un tratamiento sanitario determinado, salvo por disposición de la ley y siempre dentro de los límites impuestos por el respeto a la persona humana.- 4°.- Las personas o entidades de cualquier clase tendrán el deber de prestar colaboración activa y diligente a las autoridades sanitarias. Si así no lo hicieren, estas podrán solicitar el auxilio de la fuerza pública”.

Vale la aclaración de que, a modo ejemplificativo, solo han sido reseñadas algunas normas fundamentales (24).

En orden a lo relatado, queda de manifiesto que nuestro sistema sanitario deviene federal.

En este aspecto, uno de los ejes del debate en torno a la salud en las discusiones que se dieron en el seno de la Convención Constituyente de 1994, fue la cuestión de las obligaciones del Estado nacional y de provincia respecto a la salud y el carácter de las medidas de descentralización en esa materia.

Se afirmó en este punto que el Estado asume una obligación de resultado (25) que es concurrente entre Nación y provincias porque la Nación establece la regulación básica respecto de estos derechos y las provincias pueden mejorar el régimen, “pero no estar por debajo del mismo”. Por eso se debe aplicar la ley nacional “a falta de alguna regulación provincial mejor; y si la regulación provincial supera en garantía la tutela del derecho, en ese caso se aplica la ley provincial” (26).

En esa línea de análisis, la posibilidad de que sea el Estado nacional, el que fija un piso mínimo en materia del Derecho Humano a la Salud para todo el país, ha sido reconocido por autores como Bidart Campos, Clerico, Corti Iñiguez, Pautassi y Abramovich, Seisdedos, Carnota y otros.

(24) La mención expresa del derecho a la salud en las normas fundamentales de las diversas jurisdicciones se explica de forma muy clara en la obra de la Dra. Marisa Aizenberg, "Estudios Acerca del Derecho a la Salud", La Ley, 2014, cap. II, 1ª ed., pp. 41/45.

(25) Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente. Año 1994, Buenos Aires: Imprenta del Congreso de la Nación, 1994, p. 1706.

(26) Ibidem.

Señala la Dra. Bonpland en su obra (27): “Como contracara de ese rol de 'garante a nivel internacional' (es decir con proyección hacia el exterior) y con ámbito de actuación en todo el territorio nacional que le compete al Estado nacional al constituirse —por la firma de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos— en el responsable del cumplimiento y efectivización de los mismos, opera también en cabeza de la Autoridad Sanitaria Nacional la potestad de fijar el piso mínimo que deberán cumplir todos los actores del Sector Salud, para asegurar el goce del derecho en cuestión”.

De conformidad a lo dicho hasta aquí, esta obligación principal en cabeza del estado nacional encuentra sustento en la firma de los tratados internacionales en materia de salud, que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico.

IV.1. El Programa Médico Obligatorio: el piso mínimo fijado por el Estado nacional en materia de salud

Si bien a lo largo del tiempo el Estado nacional ha dictado un sinfín de leyes y aplicado diferentes políticas públicas en materia sanitaria (a través de decretos, resoluciones del Ministerio de Salud, etc.), entendía necesario poner a consideración una de las normas que a mi humilde entender, ponen de manifiesto y traducen en la práctica de forma clara ese rol de garante que asume el Estado nacional fijando un piso mínimo de prestaciones en materia sanitaria: el llamado Programa Médico Obligatorio, en adelante PMO.

Mediante el art. 1° del dec. 492/1995 se estableció: “Los beneficiarios de los Agentes del Sistema Nacional del Seguro de Salud comprendidos en el art. 1 de la ley 23.660, tendrán derecho a recibir las prestaciones médicas asistenciales que se establezcan en el programa médico asistencial que será aprobado por el Ministerio de Salud y Acción Social a través de la Secretaría de Políticas de Salud y Regulación Sanitaria. Dicho programa se denominará Progra-

(27) BONPLAND, Viviana y BOZZOLO, Alberto, "Federalismo Sanitario", artículo remitido por la docente en el marco de la diplomatura "Actividad Sustantiva del Estado".

ma Médico Obligatorio (PMO) y será obligatorio para todos los agentes arriba consignados”.

Dicho Programa constituye un régimen de asistencia obligatoria que establece una serie de prestaciones mínimas, básicas y de carácter obligatorio que de acuerdo con la ley 24.754 (28) deben cumplir las Obras Sociales y las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga.

En este aspecto, debemos hacer énfasis en que el citado Programa se erige en el contenido mínimo de prestaciones médico-asistenciales que los agentes del seguro de salud deben prestar a sus beneficiarios, ya sea mediante sus propios servicios o a través de efectores contratados, y que se refieren a prestaciones de prevención, diagnóstico, tratamiento médico y odontológico, entre otros.

Vale aclarar que, hoy en día, las empresas de medicina prepaga se rigen por la ley 26.862, la que en su art. 7° dice: “Los sujetos comprendidos en el art. 1° de la presente ley deben cubrir, como mínimo en sus planes de cobertura médico asistencial, el Programa Médico Obligatorio vigente según Resolución del Ministerio de Salud de la Nación y el Sistema de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad prevista en la ley 24.901 y sus modificatorias”.

Desde su creación, y durante el transcurso de varios años, el PMO fue modificado y alterado por varias resoluciones, hasta el dictado de la res. 201/2002 denominada “Programa Médico Obligatorio de Emergencia”, el cual recorrió algunas prestaciones con motivo de la crisis económica y social que atravesaba la República Argentina, buscando así evitar el endeudamiento de los agentes de salud.

Por su parte, el 28 de diciembre de 2005 se dicta la res. 1991/2005, en donde se mantiene el PMO (ex de emergencia), sancionándose dis-

tintas leyes, resoluciones y decretos que fueron agregando la obligatoriedad a la cobertura de algunas enfermedades, o prestaciones para personas con discapacidad (29).

Del art. 1° de la ley 24.754, como así también del art. 7° de la ley 26.682 mencionado *supra*, se puede inferir que bajo ningún punto de vista las prestaciones enumeradas en el PMO son de carácter taxativo, sino que, por el contrario, tienen carácter enunciativo.

Esto queda de manifiesto cuando del citado texto normativo se observa la parte donde se lee “como mínimo”.

En virtud de ello, se entiende que tanto las Obras Sociales como las Entidades de Medicina Prepaga, están obligadas a asegurar un piso mínimo prestacional que nunca debe ser menor al PMO.

En este aspecto, vale advertir que dicho Programa en cuestión fue concebido como un régimen mínimo de prestaciones que los agentes de salud antes mencionados deben garantizar, para cuya implementación se señaló que “si bien la idea es la de establecer límites en la cobertura, no resulta aceptable la implantación de un menú que reduzca las prestaciones habituales, como así también que, independientemente de la cobertura prevista en el programa, no existan patologías excluidas” (30).

Para ello se meritúa que la enunciación que hagan las autoridades administrativas del área sanitaria no puede excluir —ya sea por antojo, olvido o retardo— las prestaciones que resulten a todas luces necesarias para el tratamiento de una patología así reconocida por la legislación nacional (31).

El detalle contenido en el PMO constituye el límite inferior del universo de prestaciones exi-

(28) Ley de Medicina Prepaga. Art. 1°: “A partir del plazo de 90 días de promulgada la presente ley, las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga deberán cubrir, como mínimo, en sus planes de cobertura médico asistencial las mismas “prestaciones obligatorias” dispuestas por obras sociales, conforme lo establecido por las leyes 23.660, 23.661 y 24.455, y sus respectivas reglamentaciones”.

(29) Dra. SALINAS María Paula, “Guía Práctica Profesional Amparos de Salud”, Ed. Estudio, Buenos Aires, abril de 2011.

(30) Considerando de la res. 939/2000 MsyAs., modificada por res. 201/2002.

(31) TCrim. Zarate-Campana N° 1, 11/11/2009, “B. M. L. c. Instituto de Obra Médico Asistencia s/ amparo”.

gibles por los afiliados a las obras sociales, más no su tope máximo (32).

Siguiendo los lineamientos antes expresados, el PMO asegura cobertura al 100% tanto en internación como en ambulatorio, exceptuando del pago de todo tipo de coseguros para las atenciones y medicaciones específicas.

En tal sentido, establece las prácticas médicas que se han considerado de indispensable cumplimiento a los beneficiarios, y abarcan tanto una actividad de prevención como de efectivo tratamiento de restablecimiento del estado de salud, en donde se incluyen diferentes prestaciones, entre las que se pueden destacar: Plan materno infantil, Programas de prevención de cánceres femeninos, odontología, salud mental, rehabilitación, cuidados paliativos, prótesis y ortesis, VIH sida, adicciones, entre otros.

Asimismo, también se ha pronunciado en torno al porcentaje de cobertura de los medicamentos, en donde en general, están cubiertos en un 40%, salvo para casos específicos (medicamentos oncológicos, para insuficiencia renal o incluidos en programas especiales), donde la cobertura es del 100%, como así también para pacientes internados.

A lo largo del tiempo, y en ese rol de garante del Estado en materia sanitaria, se han ido incorporando diferentes prestaciones al PMO. Hoy en día, pueden ser consultadas en “Ley simple: Programa Médico Obligatorio | Argentina.gob.ar”.

Se puede afirmar en palabras concretas que tanto las Obras Sociales, las Entidades de Medicina Prepaga, como así también las distintas Mutuales, no pueden argumentar que dicha o tal prestación requerida por el paciente no se encuentra incluida en el PMO.

Como ya se ha dicho, este Programa funciona en forma enunciativa conformando el piso mínimo a partir del cual se agregan diversas prestaciones que en el marco normativo Cons-

titucional y Legislativo (interno e internacional) amparan el derecho a la vida y a la salud.

En resumidas palabras, el Programa Médico Obligatorio constituye el marco de referencia a partir del cual se debe cumplir con la Constitución nacional (art. 75, inc. 22) en lo que se refiere a los derechos antes mencionados, no pudiendo este ser tomado como la excusa jurídicamente válida para no prestar el servicio de salud solicitado (33).

En materia jurisprudencial, existe una larga y extensa cantidad de fallos que afirman, ratifican, y sustentan los principios del PMO.

En este aspecto, vale destacar lo mencionado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal en los autos “Bariola, José c. Galeno Argentina SA s/ incidente de apelación de medida cautelar”, 08/02/2011, la cual sostuvo: “No puede perderse de vista que el Programa Médico Obligatorio (PMO) fue concebido como un régimen mínimo de prestaciones que las obras sociales deben garantizar. Por otra parte el PMO no constituye una limitación para los agentes del seguro de salud, sino que consiste en una enumeración no taxativa de la cobertura mínima que los beneficiarios están en condiciones de exigir a las obras sociales”.

En el mismo sentido, la Cámara Nacional Civil, Sala E, autos “B., C. A. c. Sistema de Protección Médica SA”, 24/06/2005 manifestó: “Las prestaciones que reconocen como obligatorias en el PMO no constituyen un elenco cerrado y sin posibilidad de ser modificado con el tiempo en beneficio de los afiliados, pues semejante interpretación importaría cristalizar en un momento histórico, la evolución continua, incesante y natural que se produce en el ámbito de la medicina y en la noción de ‘calidad de vida’ que es esencialmente cambiante”.

En lineamientos paralelos, la Cámara Nacional en lo Civil, Sala C, ha resuelto en el caso de un paciente (afiliado a una prepaga) que padecía el virus de HIV y reclamaba medicamentos (en virtud de las leyes 24.455 y 24.754): “La

(32) SILVA, Cristina Isabel, "Comentario al fallo 'E., A. A. y otro c. Obra Social de Ejecutivos - OSDE' de la Cámara Federal de Mar del Plata", elDial.com - DC1008, 04/02/2009.

(33) Dr. HOCSMAN, Heriberto Simón, "Contrato de Medicina Prepaga: El P.M.O. como parámetro de mínima de la prestación médica", agosto 2007.

normativa que consagra el PMO es imperativa y, por tanto, aplicable a los contratos en curso de ejecución en los términos del art. 3 Cód. Civil (...). Las garantías constitucionales a la vida y la salud prevalecen sobre consideraciones de índole comercial de empresas dedicadas a la prestación de salud (CNCiv., sala C, 14/10/1997, 'T., J. M. v. Nubial SA', Zeus 78-J-195)".

El PMO es un claro ejemplo —no por eso el único— de cómo se organiza el sistema sanitario (comprendiendo a los tres subsistemas) a fin de asegurar ese piso mínimo del derecho a la salud.

V. Reflexiones finales

Tal como fuera dicho al comienzo del presente trabajo, este tuvo por intención demostrar a lo largo de su contenido, la vital importancia que tiene el derecho a la salud, y en punto a ello, el rol de garante que asume el Estado nacional a fin de garantizar su cumplimiento.

Hemos advertido como esa garantía se lleva adelante en todo el ámbito territorial a través de leyes, decretos y resoluciones de la Cartera Sanitaria, operando los tres poderes del estado, siendo su vinculación con los tres subsistemas de salud (público, de obras sociales y privado).

Hoy en día, luego de casi dos años de una pandemia sin precedentes que ha tenido y tiene secuelas en el mundo entero, el debate sobre el derecho a la salud ha tomado nuevas aristas.

Se ha puesto en discusión el rol del estado en materia sanitaria, desde la obligatoriedad de la aplicación de las vacunas, como estas son distribuidas y a que población deben ser dirigidas de manera prioritaria, hasta el cierre de escuelas y diversas actividades a fin de contener la expansión del virus y así fortalecer los recursos sanitarios.

En un sistema sanitario federal como el que abarca a la Argentina, tomar medidas en torno a cada jurisdicción no es tarea fácil, ya que, tal cual se ha dicho, cada provincia conserva su poder de policía en materia de salud.

A través de las medidas sancionadas y aplicadas, el Poder Ejecutivo nacional ha centrado sus esfuerzos en coordinar su accionar con las dis-

tintas jurisdicciones, respetando obviamente la realidad de cada una de ellas.

Nadie puede negar que las consecuencias sociales y económicas que ha producido esta pandemia tendrán una repercusión en todos los índices de la sociedad.

Lo que no se puede objetar es que, opiniones a favor y en contra, el Estado nacional, en su rol de garante de la salud y en sintonía con los diversos pactos y tratados internacionales que ha firmado y ratificado en materia sanitaria, ha adoptado distintas medidas en pos de combatir el virus y sus efectos, resguardando y protegiendo la salud de la población.

Como lo expresara hace más de 50 años nuestro primer ministro de Salud, el Dr. Ramón Carrillo "el Estado no puede quedar indiferente ante los problemas de salud de un pueblo, porque un pueblo de enfermos no es ni puede ser un pueblo digno. La salud, repito no constituye un fin en sí mismo, para el individuo ni para la sociedad, sino una condición de vida plena, y no puede vivir plenamente si el trabajo es una carga, si la casa es una cueva, y si la salud es una prestación más del trabajador".

Sin perjuicio de afirmar los conceptos antes vertidos, entiendo también que se deben tomar algunos recaudos en tanto ese rol de garante que asume el estado encuentra cierto límite, en cuanto la estructura federal en materia sanitaria ha complejizado el actuar y la interrelación que debe operar entre las provincias y el Estado nacional.

En ese orden de ideas, un claro ejemplo es lo que sucede con el PMO, en tanto aplica a las obras sociales nacionales y a las entidades de medicina prepaga, en cuanto las obras sociales provinciales no han adherido a la ley 23.661 por la cual se creó el Sistema Nacional del Seguro de Salud, por ende, los beneficiarios de dichas obras sociales en encuentran en una clara desventaja en relación con sus prestaciones sanitarias.

Por otra parte, hoy se puede afirmar que nuestro País vive un federalismo de cooperación, el cual se ve reflejado en las distintas Leyes Nacionales que invitan a las provincias a su adhesión.

En este aspecto, entiendo deviene fundamental el dictado de una Ley Federal de Salud, como sucede en la mayoría de los países del mundo, para así dejar de legislar por enfermedad, lo cual trae como consecuencia que para un mismo tema existan varias Leyes (nacionales y provinciales), las que muchas veces se superponen entre sí y se destinan y erogan mayores fondos de los necesarios, lo que obviamente perjudica el erario público.

Siempre escuché decir “en salud se gasta mucho, pero se gasta mal”.

Por otra parte, soy un fiel convencido que atento a los avances tecnológicos en materia sanitaria, es urgente, no solo la actualización del PMO con la posibilidad de discutir que este programa tenga aplicación en todos los agentes de

salud provinciales, sino también la creación de tribunales especializados en la temática y en el mismo sentido la aplicación de mecanismos alternativos de conflictos, en los cuales intervengan agentes técnicos especializados en temas sanitarios, por cuanto la judicialización de la salud es una enfermedad crónica que hoy abarrotta todos los Tribunales.

Estas tareas también detentan el rol rector y garante que asumió el Estado nacional.

Sin lugar a duda es una discusión que posee varias aristas, pero entiendo merece el debate, de lo contrario, con el paso del tiempo el derecho a la salud quedará plasmado solo en normas, resultando cada vez más difícil su aplicación en la práctica.

JURISPRUDENCIA ANOTADA

TÍTULO UNIVERSITARIO

Demora en la expedición por parte de la Universidad. Procedencia del amparo por mora.

Con nota de Orlando D. Pulverenti

1. — Se hace lugar al amparo por mora. Desde el inicio del trámite (12/06/2017) hasta el inicio del juicio (28/07/2021) han transcurrido más de 4 años, esto es un plazo irrazonablemente alejado del establecido por ley para la ejecución de los trámites necesarios para la obtención del título universitario.
2. — En ningún caso puede imputarse al administrado la absorción de los perjuicios que trae aparejada la falta de previsión y diligencia por parte del Estado para obtener los medios necesarios a los fines de afrontar el nuevo escenario laboral y/o estructural que plantea la situación epidemiológica actual. Dado el tiempo transcurrido (4 años), considero que la institución debió tomar los recaudos suficientes como para organizar el trabajo y a su personal para afrontar los obstáculos que trajo aparejada la pandemia, y dar cumplimiento con los plazos establecidos por ley para expedir los títulos, por lo que no es posible hacer cargar sobre el administrado la desorganización administrativa.

JFed. Nro. 1, Tucumán, 29/10/2021. - Robin Márquez, María Carolina c. Universidad Nacional de Tucumán s/ amparo por mora de la administración.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/217003/2021]

COSTAS

A la Universidad Nacional de Tucumán, atento que esta se encontraba en mora en oportunidad de interponerse la demanda.

Expte. N° 3072/2021

1ª Instancia.- San Miguel de Tucumán, octubre 29 de 2021.

Considerando:

En fecha 05 de Julio de 2021 María Carolina Robín Márquez inicia acción de amparo por mora administrativa en contra de la Universidad Nacional de Tucumán (UNT), a fin de que emita el diploma y certificado de estudios del título correspondiente a la carrera

de Diseñadora de Interiores y Equipamiento, en virtud de la demora injustificada en la que se encuentra incurso la demandada.

Informa que la actora es egresada de la Facultad de Artes de la Universidad Nacional de Tucumán y, en fecha 10/03/2017, rindió la última materia de la currícula correspondiente a la carrera de grado antes mencionada, habiendo completado con ella el plan de estudios en su totalidad, presentando en fecha 13/03/2017 la documentación correspondiente para el inicio de los trámites necesarios para la expedición del título y certificado de estudios.

Aclara que, al no obtener ninguna respuesta satisfactoria a los recurrentes reclamos realizados en el departamento de títulos de la facultad, envió carta documento a la Universidad Nacional de Tucumán en fecha 05/12/2018 a fin de que en el plazo de 5 días le haga entrega de su título, respondiendo la decana que los mismos se encontraban en proceso de control de actas de exámenes y promociones para su posterior confección de detalles y materias y que una vez protocolizado el trámite, este será elevado a la Dirección de Títulos y Legalizaciones de la UNT.

A pesar de lo comunicado por la Decana, manifiesta la amparista que no obtuvo ninguna respuesta durante el transcurso del año 2018, y que la facultad procedió recién a la carga del trámite en el sistema en fecha 01/11/2019, es decir dos años después de su inicio, habiendo transcurrido aproximadamente 4 años desde dicha fecha hasta el día de la presentación de la presente acción de amparo por mora, sin que exista pronunciamiento por parte de la demandada con respecto a la emisión del diploma y certificado solicitados.

Considera que conforme lo establecido por el Art. 40 de la Ley de Educación Superior N° 24.521, el plazo de 120 días corridos desde el inicio de los trámites para la entrega de los diplomas, se encuentra cumplido con creces, encontrándose la Universidad Nacional de Tucumán incurso en mora administrativa, con el perjuicio económico que ello le trajo aparejado a la amparista al no poder ejercer la profesión que detenta, entre otros fundamentos y jurisprudencia que cita al respecto.

En fecha 15/08/2021, se presenta el Dr. Elías Gustavo Abi Cheble, en representación de la demandada Universidad Nacional de Tucumán, y contesta informe del Art. 28 Ley 19.549, procediendo en primer lugar a efectuar las negativas genéricas y específicas, a las cuales me remito, para posteriormente narrar su versión de los hechos.

Señala que a partir del Decreto del Poder Ejecutivo N° 260/20, del 12/03/2020, se estableció la suspensión de los plazos procesales, procedimentales, judiciales y administrativas por el plazo de un año para toda la Administración Pública Nacional, adhiriendo la Provincia de Tucumán por decreto N° 2-1/2020, solamente a los decretos nacionales N° 297/2020 y 325/2020, considerando por tanto que no existe mora administrativa en cabeza de su representada, donde se vienen cumpliendo los pasos administrativos necesarios para el dictado del acto administrativo definitivo solicitado por la actora, entre otros argumentos a los cuales me remito en mérito a la brevedad.

En fecha 07/10/2021, vuelven los autos a despacho para resolver el amparo por mora incoado.

Ingresando al análisis de la cuestión planteada, cabe destacar que el objeto de una acción de amparo por mora, es determinar si —en los hechos— la demandada ha incurrido en mora para dar respuesta a la petición efectuada por el administrado, siendo esta la única circunstancia pasible de estudiar, y no el contenido de la decisión administrativa.

La orden judicial de pronto despacho, insta a la administración a efectuar la tarea a la cual se encuentra obligada por ser de su competencia, en este caso la emisión de los títulos correspondientes, con el objeto de proteger la garantía constitucional de defensa y su principio inherente, el debido proceso adjetivo, que se integra por el derecho a ser oído, encontrando su raíz constitucional en el derecho a peticionar antes las autoridades públicas, a ofrecer y producir prueba, y obtener una decisión fundada.

Cabe por tanto determinar si en el caso en concreto, la obligación de pronunciarse en cabeza de la administración se encuentra sujeta a un plazo impuesto por ley o si, por el contrario, no se ha dispuesto plazo para la emisión del dictamen y/o resolución, en cuyo caso se deben aplicar los plazos generales contemplados en la Ley de Procedimientos Administrativos N° 19.549 y la irrazonabilidad de la demora.

La decisión administrativa que se solicita —emisión de diploma y certificado universitarios habilitantes— se encuentra específicamente configurada dentro de los supuestos contemplados en la Ley de Educación Superior N° 24.521, que dispone en su Art. 29 que: "Las instituciones universitarias tendrán autonomía académica e institucional, que comprende básicamente las siguientes atribuciones: inc.f) Otorgar grados académicos y títulos habilitantes conforme a las condiciones que se establecen en la presente ley." Asimismo, en la Sección 2 "Régimen de títulos",

establece en su Art. 40, el plazo dentro del cual debe pronunciarse: "Corresponde exclusivamente a las instituciones universitarias otorgar el título de grado de licenciado y títulos profesionales equivalentes (...) los que deberán ser expedidos en un plazo no mayor a los ciento veinte días corridos contados a partir del inicio del trámite de solicitud de título".

Corresponde entonces efectuar un simple conteo de los plazos para determinar si la Universidad Nacional de Tucumán se encuentra en mora. Por lo que, de las pruebas producidas en autos, en especial constancia de inicio de trámite de fecha 12/06/2017 agregada al expediente digital por la actora y demás documental obrante en autos, se visualiza que, desde el inicio del expediente administrativo de la amparista y hasta el inicio del presente juicio en fecha 28/07/2021 han transcurrido más de cuatro años, es decir un plazo irrazonablemente alejado del establecido por ley para la ejecución de los trámites necesarios para la obtención del título universitario.

En respuesta a los argumentos esgrimidos por la Administración en su escrito de defensa, corresponde destacar que, si bien los plazos administrativos se encontraron suspendidos en su oportunidad al inicio de la pandemia por decreto presidencial N° 298/2020 en base a los fundamentos que allí se plasmaron, los mismos fueron reanudados a partir del 30 de Noviembre del 2020, a través del decreto N° 876/2020 conforme lo establecido en su Artículo 4°, aun así desde la fecha de inicio del expediente administrativo transcurrieron más de dos años hasta el inicio de la pandemia por Covid-19.

Por otro lado, en ningún caso puede imputarse al administrado, la absorción de los perjuicios que trae aparejada la falta de previsión y diligencia por parte del Estado para obtener los medios necesarios a los fines de afrontar el nuevo escenario laboral y/o estructural que plantea la situación epidemiológica actual en el país. Dado el tiempo transcurrido, considero que la institución ya debió tomar los recaudos suficientes como para organizar el trabajo y a su personal para afrontar los obstáculos que trajo aparejada la pandemia de Covid-19, y dar cumplimiento con los plazos establecidos por ley expresa, por lo que no es posible hacer cargar sobre el administrado la desorganización administrativa (CNFed. Cont. Adm., Sala I, 26/02/1994, "Genoud de Camus, Ana M. c. EN —M° del Interior— s/ amparo por mora").

Corresponde aclarar que los plazos impuestos por ley son obligatorios, tanto para los interesados como para la administración. La administración tiene el deber de resolver las cuestiones planteadas por los particulares legitimados a tales efectos, este deber surge de la obligación que impone el derecho

del administrado de dar una decisión fundada, en el marco del respeto al debido derecho adjetivo y de la tutela administrativa efectiva, y con el principio de transparencia que debe imperar en toda actuación administrativa.

El principio del debido proceso adjetivo es una expresión de la garantía de derecho de defensa consagrada en el artículo 18 de nuestra CN, y de la tutela judicial efectiva reconocida en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), en los artículos 2, inc. 3, y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, todos con jerarquía constitucional conforme lo establece expresamente nuestra propia carta fundamental (artículo 75, inciso 22).

Por lo expresado, se evidencia una inactividad por parte de la demandada UNT, consistente en la falta de emisión del diploma y certificado de estudios solicitado por las amparista en tiempo y forma.

Corresponde, por tanto, Hacer lugar al amparo por mora administrativa, iniciado por María Carolina Robín Márquez, y ordenar a la Universidad Nacional de Tucumán que, en un plazo de 10 días de notificada la presente y con carácter de pronto despacho, se expida con respecto al diploma y certificado de estudios del título universitario correspondiente a la Carrera de Diseñadora de Interiores y Equipamiento de la Facultad de Artes dependiente de UNT, en virtud del tiempo transcurrido desde entonces y la invocada necesidad de resolución, no acreditando la demandada circunstancias que permitan valorar que la notable demora resulte justificada, bajo apercibimiento de lo dispuesto por el art. 29 de la Ley 19.549. “La desobediencia a la orden de pronto despacho tornará aplicable lo dispuesto por el artículo 17 del decreto-ley 1285/1958”.

En consecuencia, las costas habrán de ser impuestas a la Universidad Nacional de Tucumán, atento que la misma se encontraba en mora en oportunidad de interponerse la demanda. Ello así, por aplicación del principio objetivo de la derrota establecido como pauta general por el art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación.

Que en estas actuaciones corresponde proceder a la regulación de honorarios de la Dra. Emilia Bartolucci,

patrocinante, en la presente acción de Amparo por Mora Administrativa.

En efecto, tratándose de una acción de amparo por mora administrativa de la que no surge monto del proceso a tenor del artículo 21 de la Ley 27.423, tampoco el supuesto en cuestión se encuentra incluido en lo prescripto en el art. 48 de la citada ley que expresamente contempla las acciones de inconstitucionalidad, amparo, habeas data, habeas corpus, y considerando que el proceso de amparo por mora administrativa, tiene como exclusiva finalidad obtener del juzgador el libramiento de un orden de pronto despacho de las actuaciones administrativas demoradas, limitándose su breve trámite procesal al examen de admisibilidad y el requerimiento a la autoridad competente para que informe acerca de las causas de la demora, tratándose de un proceso sumarísimo la regulación se efectuará teniendo en cuenta las pautas dadas por el art. 16, desde el inc. b) en delante de la ley arancelaria, es decir la importancia, naturaleza, éxito y extensión de la labor realizada por el profesional.

Que corresponde por tanto regular a la Dra. Emilia Bartolucci, patrocinante de la parte actora, la suma total de \$... (pesos ...), correspondientes a la medida de ... UMA. Que el valor de la UMA, es de \$... (pesos ...) vigente al día de la presente regulación, conforme Acordada N° 21/2021 de la CSJN. La estimación de los emolumentos se realiza con criterio de actualidad a la fecha de la presente resolución.

Por ello, se resuelve: I. Hacer lugar a la acción de amparo por mora interpuesta por María Carolina Robín Márquez y, ordenar a la Universidad Nacional de Tucumán que, en un plazo de 10 días de notificada la presente y con carácter de pronto despacho, se expida con respecto al diploma y certificado de estudios del título universitario correspondiente a la Carrera de Diseñadora de Interiores y Equipamiento de la Facultad de Artes dependiente de UNT, bajo apercibimiento de lo dispuesto por el art. 29 de la Ley 19.549. “La desobediencia a la orden de pronto despacho tornará aplicable lo dispuesto por el artículo 17 del decreto-ley 1285/1958”. II. Costas a la demandada Universidad Nacional de Tucumán (art. 68). III. Regular los honorarios de la letrada patrocinante de la parte actora, Dra. Emilia Bartolucci, la suma total de \$... (pesos ...), correspondientes a la medida de ... UMA. Hágase saber. — *Fernando L. Poviña.*

Amparo por mora en pos de la educación pública: el caso de la emisión de los títulos universitarios

Orlando D. Pulvirenti (*)

Sumario: I. Introducción.— II. La causa.— III. La fácil decisión jurídica.— IV. La justicia como resguardo del funcionar administrativo y del valor educación.— V. Conclusiones.

I. Introducción

La literalidad del fallo, el simple cotejo entre los hechos expuestos y los plazos contemplados en el ordenamiento jurídico parecieran eximir de la necesidad de realizar mayores comentarios. Pero es precisamente la habitualidad con la que últimamente se reiteran estos supuestos y el posible acostumbramiento, que se traduce en calma resignación, a que constituya algo normal; lo que precisamente pone de relieve la utilidad de la intervención judicial y exige una corrección urgente del actuar administrativo.

De tanto en tanto, transito la revisión de la jurisprudencia del amparo por mora (1). En cada artículo publicado sostengo que existe un deber de parte de todo funcionario de adecuar su actuar a los tiempos que estableció para cada caso el legislador o el Ejecutivo al reglamentar una norma; y que inclusive en aquellas circunstancias en que la extrema excepcionalidad impide expedirse en término, ha de obrar diligentemente conforme a la previsión del propio orde-

namiento jurídico, para superar los obstáculos en pos del interés y fin último del Estado, que son el bien y felicidad de sus habitantes.

Tampoco he dejado de observar la paradoja de que muchas veces la misma Justicia que apunta contra el escaso apego a los términos de la Administración, sea en tantas otras, la que en ese mismo proceso de reproche se extiende más allá de lo previsto para sentenciar.

Pero cuando nos encontramos frente a situaciones como las que expone esta causa en debate, y a la que sabemos se suman varias decenas más (2), reclamando se expidan los títulos universitarios en tiempo oportuno, entiendo debe decirse algo más. Ese algo que tiene que ver con lo que se pone en juego, que valoro singularmente como parte de las luchas argentinas y de nuestro acervo intangible e invaluable, que es la educación pública. Y entiendo que hechos como el que da sustrato a esta sentencia,

(2) "Sin embargo, el plazo no se cumple y la UBA adeuda títulos en trámite desde 2019, 2018 y hasta 2017. Graduadas de la carrera de Derecho decidieron unirse y crear el grupo "Quiero mi título ya", para ayudar y aconsejar a otras personas y, además, visibilizar la situación. Al grupo se fueron sumando también profesionales de otras ramas, y actualmente reciben docenas de consultas de graduados." "A Tribunales para obtener en diploma", Diario Judicial, 17/05/2021, en <https://www.diariojudicial.com/nota/89249/noticias/a-tribunales-para-tener-el-diploma.html>.

(*) Abogado y escribano (UNLP). Máster LLM in CL (UMiami). Doctor en Derecho (UBA). Director de Asuntos Jurídicos, Radio y TV Pública.

(1) La última revisión la realicé en PULVIRENTI, Orlando, "El amparo por mora. Un derecho humano y su ejercicio desde la sede administrativo a la judicial", Sup. Adm. 2016 (noviembre), 7 - LA LEY, 2016-F, AR/DOC/3170/2016.

implican añadir a una sumatoria de factores y circunstancias que hacen que prescindiendo del contenido académico muchas personas que cuentan con un poco de capacidad económica, desistan de acudir a ella.

En definitiva, una sumatoria de pequeñas causas acumuladas —de las que, por cierto, no sin cierto costumbrismo, se las considera como parte del “aprendizaje” a sobrevivir en el ámbito universitario— (3) que en su total tienen la aptitud de minar el deseo de optar por los grados que provee el sistema universitario estatal.

II. La causa

En apretada síntesis en el expediente en comentario, como en varios otros que aquí se referencian que permiten ilustrar sobre la generalización del problema, la actora plantea en el mes de julio de 2021 que rindió su última materia el día 10 de marzo de 2017 y que a esa fecha no había recibido su título.

Es así como, sin obtener respuestas en el primer año de su tramitación, envía carta documento en el mes de diciembre de 2018 y recién en el 2019 se constatan procedimientos internos dentro de la Universidad Nacional demandada para dar curso a la emisión del título. Sin embargo, al día de la interposición de la acción este no había sido acordado.

Siguiendo una línea argumentativa similar a la llevada a cabo por distintas casas de estudio puestas en esa situación, la defensa transita por imputar la demora a la dificultad que ocasionara la pandemia y medidas sanitarias consecuentes, entre las cuales se hallaba la suspensión de trá-

(3) Hago referencia a la usual defensa que hacen los propios graduados de la Universidad Pública como un plus, la preparación que supone sobreponerse a las dificultades que puede presentar transitar sus procedimientos y exigencias. De esta manera sería parte del aprendizaje para la vida diaria nacional, sobrevivir a la burocracia que se halla en ella. Digamos que cuanto menos esta mera circunstancia, con sus curiosidades analizadas sociológicamente, debería ser incorporada a lo que podríamos denominar cultura de la Argentinidad. Indico además que esta cuestión ha sido parte de interesantes debates familiares, en los que agradezco las reflexiones de Verónica Guerrero, Lara Milutinovic, Katjia Milutinovic, Nicolás Mastracchio, Josefina Pulvirenti, Juan Ignacio Pulvirenti y Máximo Pulvirenti.

mites administrativos a resultas del aislamiento del personal y su falta de presencialidad.

Es decir, en autos no se invoca ningún tipo de actuar del propio administrado, que por vía de déficits en la documentación o en los elementos necesarios para acreditar los extremos reglados a corroborar para la emisión del título, impediría cerrar el procedimiento con el dictado del acto y certificación correspondiente.

III. La fácil decisión jurídica

Pareciera a todas luces que la cuestión no ofrece dificultades prácticas. La literalidad de la norma en sí es absolutamente clara, ya que el art. de 40 de la ley nacional 24.521 de Educación Superior, ordena que los títulos universitarios “deberán ser expedidos en un plazo no mayor a los ciento veinte días corridos contados a partir del inicio del trámite de solicitud de título”.

A partir de allí, cualquier impedimento que obstaculice el cumplimiento del término, es a cargo de la Universidad indicar su ocurrencia y probarlo (4). Pero, además, inclusive cuando le fuera ajeno, tal como resultara del COVID-19 y sus efectos, le recuerda el Juzgado una máxima a tener siempre presente: “en ningún caso puede imputarse al administrado, la absorción de los perjuicios que trae aparejada la falta de previsión y diligencia por parte del Estado para obtener los medios necesarios a los fines de afrontar el nuevo escenario laboral y/o estructural que plantea la situación epidemiológica actual en el país. Dado el tiempo transcurrido, considero que la institución ya debió tomar los recaudos suficientes como para organizar el trabajo y a su personal para afrontar los obstáculos que trajo aparejada la pandemia de COVID 19, y dar cumplimiento con los plazos establecidos por ley expresa, por lo que no es posible hacer cargar sobre el administrado la desorganización administrativa” (CNFed. Cont. Adm., Sala I, 26/02/1994, “Genoud de Camus Ana María c. EN - M° del Interior s/amparo por mora”).

(4) Ver, por ejemplo, la causa CNACCFed, Sala II, “Quiñoa, María D. c. Universidad de Buenos Aires s/ amparo por mora”, 02/11/2021, en IJ-MMCCXLIII-25, donde la Cámara rechaza la acción siendo que no se había acreditado en el marco del expediente, documentación referida a la graduación secundaria de la actora.

Añado además, frente a la defensa intentada en algunas de las causas por la Universidad de Buenos Aires, que ante la excesiva demora en realizar lo que es debido conforme a los términos regulados legalmente no resulta necesario acudir previamente a sede administrativa solicitando el “pronto despacho”, siendo a arbitrio del graduado optar por esa vía o a la judicial (5).

En ese sentido es clara la palabra de la jueza María Biotta: “...respecto a la falta de agotamiento de la vía administrativa corresponde destacar la improcedencia del requerimiento de un pedido de pronto despacho. Ello es así por cuanto, frente a la existencia de mora, se habilita la promoción de esta acción de conformidad con lo establecido en el art. 28 de la ley 19.549 ya citado...” “Es que, la acción de amparo por mora ha sido prevista como una de las vías posibles ante la inactividad de la Administración, ya que frente a la tardanza de esta en expedirse respecto de la petición, el administrado puede optar entre urgir una decisión expresa en sede judicial (conf. art. 28, ley 19.549), o en sede administrativa (art. 71, dec. 1759/1972), o tener por configurado el silencio habilitante de la instancia judicial, en los términos del art. 10 de la LNPA...” (6).

Como bien destaca el juez Martín Cormick, además no solo se hallan en disputa normas administrativas, existe de fondo un mandato constitucional, a la que añado en la evolución del derecho, disposiciones supranacionales de Derechos Humanos que imponen la pronta diligencia del sector público ante peticiones y solicitudes concretas (7). Dice el colega: “...la Administración tiene el deber jurídico de pronunciarse expresamente frente a las peticiones de los particulares. Este debe de decidir en cada caso concreto —que proviene de un principio que trasciende el marco del derecho público escrito— surge claramente del art. 7°, inc.

(5) Refiere al tema CASSAGNE, Juan Carlos, “El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa”, Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, p. 108.

(6) JCAFed., 5 998/2021, “Sanviti, Denise c. Universidad de Buenos Aires s/ amparo por mora”, 09/04/2021.

(7) Puede ampliarse en CASSAGNE, Ezequiel, “El amparo por mora de la administración”, LA LEY, 08/09/2010, p. 1.

c) de la ley 19.549, que establece ‘deben decidirse todas las peticiones formuladas’ ya que, frente al derecho de petición, garantizado por el art. 14 de la CN, se encuentra la obligación de resolver por la Administración pública (cfr. expediente 15180/05; resol. del 13/02/2009 citado por la Sala V en la causa 24106/19, resol. del 29/10/2019)” (8).

IV. La justicia como resguardo del funcionar administrativo y del valor educación

Ahora bien, sin ingresar a las teorías de análisis económico del derecho, puesto que lo que relevo son apreciaciones surgidas de conversaciones con colegas, a la vez muchos de ellos padres y madres; y con estudiantes entre quienes se hallan mis propios hijas e hijos, distante de ser datos plenamente objetivos, científicos y cuantificables; debería analizarse cómo impactan las trabas sucesivas en la selección del instituto de estudios superiores a elegir.

No puedo dejar de señalar que indudablemente la toma de decisión a la hora de elegir cursar una carrera se compone de la más diversa serie de factores posibles. Es cierto, juega en ello desde la calidad del contenido educativo, del plantel docente, de los recursos bibliográficos y técnicos existentes, del prestigio (9), hasta distancias, traslados, facilidades de acceso, cuestiones todas estas que poseen un correlato en los recursos necesarios para transitar el proceso educativo que conforme a la carrera será de cuatro, cinco, seis o más años.

Bien cabría preguntarse a dónde voy con este hilo que pretendo guarde una lógica y correlato

(8) JCAFed. 11, Causa 1333/2021, “Toro Tesini, María del Rosario c. Universidad de Buenos Aires s/ amparo por mora”, 18/04/2021.

(9) Es algo muy usual en el primer mundo, contar con una evaluación de las Universidades y su ponderación comparativa, en virtud de la cual se evalúa cada Casa y luego ello se refleja en las búsquedas de postulantes, en las que; por ejemplo, se requiere que el candidato se encuentre en una Escuela ubicada dentro de un determinado orden y a su vez, que esté en el 10 o 20% de mayor calificación individual. De hecho, la Universidad de Buenos Aires y la de La Plata, así como muchas otras, aparecen en rankings internacionales ubicadas entre las primeras posiciones Latinoamericanas; aunque no se observa similar parámetro en la orientación de las búsquedas laborales.

con la realidad. El punto es que, si Universidades Nacionales ya cuentan con un intrincado esquema de ingreso, que incluye emblemáticamente el Ciclo Básico Común en la Universidad de Buenos Aires, cuyo transcurso implica cuanto menos dos semestres académicos; muchas de sus carreras como por ejemplo, la de abogacía, tienen un ciclo de aproximadamente cinco años, lo que suponen con respecto de la misma especialidad en comparación con varias universidades privadas, dos años adicionales para obtener el título; y que luego la expedición de este sea también desventajosa, dado que sus pares privadas suelen hacerlo en pocos meses, hacen que inclusive desde el punto de vista económico para muchas personas, la presunta gratitud pública se torne en ilusión.

Permítanme graficar con la situación de cualquier familia del interior que tal como ocurre en muchos casos puede financiar a un hijo o hija estudiando en la ciudad sede de la Universidad, o que viva a unos kilómetros y deba trasladarse a diario, siendo que el costo de nafta y pasajes evoluciona día a día la ritmo de la inflación, dos años que pueden ser tres o cuatro, pueden llegar a compensar el valor mismo de pagar la cuota de la Universidad Privada; a lo que se añade la facilidad de poder ingresar a la vida laboral con los años de anticipación que le lleva recibirse y contar con el certificado habilitante. Cierto es que se podría sostener que la ubicación en el *ranking* de varias universidades públicas otorga mayor prestigio que algunas pares privadas, lo que disminuiría la duda o equilibraría la cuenta; pero frente a ello, alcanza con considerar que, en la realidad del mercado, escasamente ese sea el factor determinante para la aceptación de postulantes y menos aún para su contratación.

Es decir, este fallo como ocurre con muchos otros proyecta efectos más allá de la sentencia del caso puntual. Y claro está que no puede jugar la Universidad el viejo esquema que muchas veces se utiliza en el que un derecho (acceder al título) sea sustituido por otro (el acceso a la Justicia), permitiendo en ello que solo obtengan en razonable tiempo el primero, quienes dispongan de los medios para obtener una decisión judicial. Cabe ordenar los

procedimientos para que todos y todas tengan igual oportunidad de obtener su certificación en el plazo fijado en el juego republicano, por el legislador. Y adicionalmente, el “prestigio” de la Institución, no solo se define por la calidad de la educación que imparta, sino también y entre muchas otras cosas, por el celoso cumplimiento de leyes democráticas y en el respeto de todos y cada uno de los derechos que regula el ordenamiento jurídico.

V. Conclusiones

Tal como ha ocurrido en algunos momentos de nuestra historia reciente, el amparo, remedio heroico y de excepción a utilizar frente a hechos y actos puntuales de avasallamiento de derechos, incluso mínimos, pero sustanciales de la vida diaria (10), se ha convertido en el medio regular para que el Poder Judicial pueda ordenar algunas actividades administrativas que aparecen claramente despegadas de la modalidad y calidad con la que deben ser ejecutadas.

En los últimos años se ha convertido en una realidad que otorgar un título universitario conlleve esperas que superan largamente el plazo estipulado procedimentalmente. Detrás de esas demoras, están las carreras, expectativas, deseos y esfuerzos de estudiantes y familias. Van con ello desde la frustración de un pronto inicio de la vida laboral, hasta la imposibilidad de obtener un fruto económico propio de la aplicación de ese título al circuito productivo que permita recuperar la inversión realizada. Es pérdida individual, pero sin dudas y mucho más gravoso, también social.

Dicho esto, de la misma manera en que no resulta saludable habituarse al hecho de que la mera constatación del cumplimiento de las materias requeridas para obtener un título universitario lleve años, tampoco lo es, que deba el administrado acudir a la Justicia para algo que la

(10) Traigo a colación un excelente artículo publicado hace ya más de tres décadas, cuando los derechos del Consumidor eran incipientes e iniciaba mi carrera profesional y que golpeaba por su realidad y actualidad en el que indicaba la necesidad de interponer amparos para obtener líneas telefónicas. Ver SAGÜÉS, Néstor, "Los amparos telefónicos", DJ 1990-I-49.

propia burocracia debería corregir en forma inmediata **(11)**.

En definitiva, como ocurre en muchos otros aspectos de nuestra vida diaria, la gratuidad de

(11) Además, debieran considerar los funcionarios intervinientes, su responsabilidad frente a la posibilidad de que la propia Universidad con esa omisión en su obrar diligente cause un daño que deba ser reparado. (Ver CAS-SAGNE, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, 9ª ed., p. 487; GALLI BASUALDO, Martín, "Responsabilidad del Estado por su actividad judicial", Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 44).

la educación pública se cuestiona y puede perderse en detalles, como el que surge del tiempo en expedir un título universitario.

Celebro pues el obrar de la Justicia en este caso y deseo fervientemente tome nota de la sentencia y de lo que en ella se proyecta, la propia burocracia de las Universidades Públicas para solucionar en forma urgente e inmediata tan extraordinaria e innecesaria anomalía. Este amparo por mora muestra así una faceta en pos de la educación pública.

PLAN DE VACUNACIÓN CONTRA EL COVID-19

Inclusión de la población carcelaria en el plan de vacunación de la provincia de Buenos Aires. Medida cautelar procedente en el amparo colectivo. Disidencia.

Con nota de Nicolás M. de los Santos Siatecki

1. — El Estado provincial —Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires— debe, cautelarmente, en el plazo de 5 días, arbitrar las medidas necesarias para garantizar un plan programado de acceso a la vacuna contra el COVID-19 a las personas privadas de su libertad que formen parte de los grupos de riesgo frente a la enfermedad, en compatibilidad con la evolución en la inoculación en el que se encuentra el programa provincial “Buenos Aires Vacunate”.
2. — A los fines de la procedencia de la medida cautelar que pretende la inclusión de la población carcelaria en riesgo en el plan de vacunación contra el COVID-19, surge acreditado el recaudo de “peligro en la demora” en tanto se advierte plenamente comprometidos la salud y vida de las personas privadas de su libertad que se encuentran comprendidas dentro del grupo de riesgo ante el COVID-19; y una solución diferente importaría colocar en grave riesgo y compromiso, con graves consecuencias a las personas afectadas.
3. — Las personas que se encuentran privadas de su libertad pueden tener mayores obstáculos al momento de acceder al programa de vacunación provincial contra el COVID-19 que aquellas personas que no se hallan en tal situación, tanto al momento de inscribirse al mismo, como de concurrir a las postas de vacunación instrumentadas por la provincia a los efectos de la inoculación.
4. — El reclamo precautorio —vacunación de la población carcelaria en riesgo de contagio— concede el fin del sistema adjetivo y se muestra improcedente. La urgencia decisoria bien queda a resguardo con el perfil de la pretensión elegida —amparo colectivo— (del voto en disidencia del Dr. De Santis).

Contencioso Administrativo, La Plata, 08/07/2021. - Pérez Esquivel, Adolfo María s/ amparo.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/105779/2021]

Causa N° 28425-P CICALP

2ª Instancia.- La Plata, julio 8 de 2021.

Considerando:

I. En el marco de la presente acción de amparo, los Señores Adolfo Pérez Esquivel y Roberto Cipriano García, en su carácter de Presidente y Secretario de la Comisión Provincial de la Memoria, solicitan el dictado de una medida cautelar por la que se ordene a Estado de la Provincia de Buenos Aires a comenzar con carácter inmediato a vacunar a la población privada de su libertad que reúne las demás condiciones objetivas definidas por la autoridad sanitaria para el acceso a la vacuna en igualdad de condiciones que el resto de la población bonaerense (ver punto VI del escrito de inicio).

Expresan que el *sub lite* reúne los rasgos necesarios para la configuración del caso como colectivo.

Relatan que la presente acción se interpone a favor de los ciudadanos bonaerenses que permanecen privados de su libertad bajo la custodia del Servicio Penitenciario y del Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires, y que pertenecen a los grupos definidos por la autoridad sanitaria de conformidad al Plan Provincial de vacunación para el acceso a la inoculación contra el Covid-19, esto es, personas mayores de 60 años y entre 18 y 59 años con enfermedades preexistentes, ello según la etapa actual en que se encuentra el Plan Provincial de Vacunación “Buenos Aires Vacunate”.

Destacan, que en base al listado oportunamente elaborado por el Ministerio de Justicia de la provincia, a la fecha de mayo del año 2020, las personas privadas de su libertad con factores de riesgo para el Covid-19 rondarían las 1500, entre ellos que se encuentran, en su mayoría, personas con VIH y TBC, mayores de 65 años, mujeres embarazadas y madres con hijas o hijos dentro de las unidades penales.

Refieren que a la fecha, no se ha implementado en el ámbito de encierro punitivo bonaerense un mecanismo por el cual las personas privadas de su libertad que reúnan las condiciones previstas por la autoridad sanitaria puedan ser vacunadas en la etapa correspondiente.

Mencionan que las personas privadas de su libertad en la Provincia de Buenos Aires no han accedido al derecho a vacunarse en iguales condiciones que el resto de los ciudadanos bonaerenses, y que incluso, ha habido casos en los que si bien se ha podido gestionar la pre inscripción y la asignación de turno para la inoculación, no se consiguió luego la consecuente

autorización ni el traslado por parte del Servicio Penitenciario Bonaerense a tales efectos.

Indican que a ello se agrega la inexistencia de un proyecto inmediato que prevea la implementación del plan de vacunación en las Alcaldías Departamentales, Unidades Penitenciarias y demás dependencias del Servicio Penitenciario Bonaerense.

II. El juez de Garantías N° 3 de La Plata decide a fs. 73/78 no hace lugar a la medida cautelar peticionada, en tanto entiende que no se encuentran acreditados en autos los requisitos para su procedencia.

Para así decidir, refiere que la medida cautelar pretendida importa un manifiesto adelanto del resultado del proceso que desnaturaliza su carácter asegurativo.

En tal sentido, sostiene que la parte actora no ha desplegado argumentos suficientes ni tampoco ha acompañado material probatorio que informe precisa y concretamente en esta etapa decisoria sobre la incidencia fatal del paso del tiempo en la hipótesis de no acogerse su pedimento cautelar, y que no pueda ser reparado en el curso de la premura que detenta la acción elegida.

Luego, puntualiza que el plan provincial de vacunación, además de público y gratuito es opcional, y sobre todo de elección personalísima, voluntad que se manifiesta a través de una aplicación móvil (APP).

Destaca a continuación que de ninguna manera se encuentra controvertido en autos que por obvias razones existen personas privadas de su libertad que reúnen las condiciones objetivas impuestas por la autoridad sanitaria para acceder a la vacuna, pero lo cierto es que los actores no han identificado ni un solo caso en el sub examine que de cuenta que, habiéndose procedido a inscribirse del modo en que indicara, la persona haya sido excluida por su condición de privado de la libertad.

Menciona asimismo que para que proceda el dictado de una medida cautelar como la peticionada en autos, se requiere que los argumentos y pruebas aportadas por el peticionante tengan una consistencia que permita al juez valorar en esa instancia provisional y urgente la existencia de un razonable orden de probabilidades que le asista razón al derecho solicitado, circunstancia que prima facie no advierte acreditada en autos, en atención a la orfandad probatoria señalada.

Por último, señala que en el hipotético caso en el que se hiciera lugar a la tutela peticionada, puede presagiarse —desde un enfoque netamente conjetural— que ello traería aparejado la inherente imposibilidad inmediata de su operatividad, en tanto es de público conocimiento que el plan provincial de vacunación está sujeto a la disponibilidad de dosis e integración

de grupos de riesgo en el orden que la autoridad sanitaria ha dispuesto, y nada han dicho los accionantes al respecto.

III. Contra tal pronunciamiento, los actores deducen recurso de apelación a fs. 82/88. Destacan en primer término que el objeto y naturaleza de la pretensión cautelar requerida por su parte guarda naturaleza innovativa, tal como lo expresaran en el escrito de inicio de la presente causa.

Refieren en ese sentido, que ha sido la propia CSJN la que ha reconocido la procedencia de este tipo de remedio cautelar, que tiene como fin alterar el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, configurando un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa (Cita Fallos: 319:1069,316:1833 CSJN).

Alegan asimismo que a contrario de lo interpretado por el a quo, sí se encuentran acreditados en autos los requisitos para el dictado de la medida cautelar peticionada (cita en apoyo doctrina de la mayoría de esta Cámara en causa CCALP N° 25.835).

Aducen al respecto que resulta incontestable por su notoriedad la existencia de una emergencia sanitaria en curso, en virtud de la pandemia generada por el Covid-19 lo que ha motivado el diseño e implementación en el ámbito local de un Plan Provincial de Vacunación —público, gratuito y optativo— que ha definido categorías de personas priorizando a los grupos con mayor vulnerabilidad según índices de riesgo poblacional.

Esgrimen que tampoco se encuentra contrastado que bajo custodia del Servicio Penitenciario Bonaerense —Ministerio de Justicia y Derechos Humanos— y del Ministerio de Seguridad de la provincia y en otras dependencias, permanecen personas privadas de su libertad que reúnen tales condiciones para acceder de manera prioritaria a la inoculación.

En orden al argumento de la orfandad probatoria en autos apuntada por el juez de grado para rechazar la tutela peticionada, manifiestan que tal interpretación no solo desnaturaliza el carácter colectivo de la pretensión esgrimida, sino que desconoce el deber de prevención que le cabe a la autoridad administrativa en su carácter de garante de las personas privadas de su libertad. Cita doctrina en apoyo.

Destacan que bajo ese marco, le cabe una obligación positiva al Estado Provincial respecto al diseño e implementación de una herramienta apta para el acceso al derecho a la vacuna para las personas privadas de su libertad siendo que estas no se encuentran en condiciones de inscribirse en el registro y asistir sin más al turno que se les asigne, como sí puede realizar-

lo una persona que no esté impedida de disponer de su libertad ambulatoria.

Refuerzan su tesis, expresando que han pedido en autos la producción de una prueba informativa —que no fue proveída— por la que se acredite con certeza que hasta la fecha no se han establecido centros de vacunación en las dependencias penitenciarias de la provincia ni se han entregado dosis de vacunas a la Dirección Provincial de Salud Penitenciaria, ni existe distribución, logística ni sistema de implementación para que las personas privadas de su libertad accedan a la vacuna.

Por otro lado, puntualizan que se ha adjuntado oportunamente un link a una nota periodística que hace alusión a una declaración de la entonces Directora Provincial de Salud Penitenciaria oponiéndose al traslado de las personas privadas de su libertad a centros de vacunación para el caso de asignación de turnos.

Refieren que, en virtud de lo señalado, en autos hay certezas suficientes para la procedencia del dictado de la tutela peticionada.

En cuanto al recaudo del peligro en la demora, aducen que el daño irreparable que existe ante el riesgo evidente que la imposibilidad de acceso a la vacuna genera para la integridad personal del colectivo representado ante un eventual contagio. Situación que el juez de grado no ha contemplado en su decisorio. Cita jurisprudencia de esta Alzada en apoyo (voto de la mayoría en causa CCALP N° 25.835 mencionada).

IV. La Fiscalía de Estado contesta el memorial de agravios a fs. 90/94.

En primer lugar señala que la parte recurrente no ha cumplido técnicamente con la carga procesal de refutar lo afirmado en el decisorio que impugna, lo que emerge ostensiblemente del contenido del escrito en traslado, en el que solamente reitera argumentos de la demanda, lo que según su entendimiento invalida su expresión de agravios.

Subsidiariamente, destaca que no se halla acreditado en autos el requisito de la verosimilitud del derecho, en tanto no surge demostrado ni de manera indiciaria en la presente causa que a una persona privada de la libertad le haya sido vedada —por esa exclusiva condición— su dosis en el caso de haber manifestado su voluntad de ser vacunada por integrar el grupo de riesgo o en su caso, habiendo obtenido el turno no haya conseguido la correspondiente autorización ni el traslado por parte del Servicio Penitenciario Bonaerense a tal fin. Extremo probatorio que entiende fundamental para la procedencia de la medida innovativa solicitada.

Sostiene asimismo, que cabe tener en consideración que en la emergencia la vacuna contra el Covid-19 es actualmente un bien escaso, que debe administrarse conforme la política diseñada por la autoridad de aplicación, tanto nacional como provincial, en pos de proteger al grupo poblacional más vulnerable, hasta alcanzar el 100% de la vacunación de la población.

Por otro lado, sostiene que tampoco se halla reunido en autos el recaudo del peligro en la demora, en tanto no se acreditó por la parte recurrente la inscripción en el programa de vacunación voluntario diseñado, ni tampoco encontrarse en una situación de riesgo que amerite una prioridad en el orden establecido de inoculación.

Por último, afirma que de otorgarse la medida cautelar peticionada en autos, se estaría afectando el interés público en juego, en tanto la vacuna contra el Covid-19 es actualmente un bien escaso, que debe administrarse conforme la política diseñada por la autoridad de aplicación tanto nacional como provincial.

V. El recurso en estudio resulta admisible (arts. 16 y 17, ley 13.928 —texto según ley 14.192), por lo que, habiendo sido bien concedido, corresponde atender a sus fundamentos (art. 17 bis, ley 13.928 —texto según ley 14.192—; crf. notificación de fecha 03/06/2021 y fecha del escrito recursivo obrante a fs. 82/88).

VI. 1. Corresponde preliminarmente señalar que la procedencia de las medidas cautelares se encuentra supeditada a la verificación de los siguientes extremos: la verosimilitud del derecho en que se funda el pedido de tutela (el “*fomus boni iuris*”, la apariencia de buen derecho, de que el derecho que el requirente alega exista y no su incontestable realidad), el peligro en la demora (el temor de un daño jurídico inminente e irreparable que, de concretarse, tornare ineficaz la sentencia definitiva), que la medida requerida no afectare gravemente el interés público (arts. 9, 25 y ccs. ley 13.928 —texto según ley 14.192—; 22 inc. 1° y ccs. del CCA; 230 y ccs. del Cód. Proc. Civ. y Comercial) y —para el caso de la adopción de medidas de contenido positivo— la ponderación de la urgencia comprometida en el caso y del perjuicio que la medida pudiera originar tanto a la demandada como a los terceros y al interés público (conf. art. 9, ley 13.929 y art. 22 inc. 3 del CCA).

Al respecto, en el ámbito del proceso precautorio, no solo debe sopesarse la concurrencia de los requisitos de verosimilitud del derecho y del peligro en la demora, sino que además es dable efectuar un prudente balance de los mismos, de forma tal de ponderar la configuración de cada uno aminorando, en su caso, el rigor en la nitidez de la presencia de cualquiera de

ellos, cuando la del otro luce incontrovertible (doct. SCBA, B-64769, sent. del 08/11/2006).

2. En relación al caso bajo análisis, cabe puntualizar que los actores inician la presente acción en representación del colectivo formado por las personas privadas de su libertad que integran el grupo poblacional considerado como “de riesgo” frente al Coronavirus-19, esto es, personas mayores de sesenta años y personas de entre 18 y 19 años con enfermedades preexistentes.

Sentado ello, cuadra mencionar que según lo establecido en el marco regulatorio del plan provincial público, gratuito y optativo “Buenos Aires Vacunate”, las personas que ostenten tales condiciones tienen prioridad al acceso a la vacuna conforme resolución N° 2883/2020 del Ministerio de Salud de la Nación y resolución N° 629/2021 del Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires.

Cabe ponderar asimismo, que en el contexto de la pandemia generada por el Coronavirus 19 se ha incrementado la vulnerabilidad de las personas privadas de su libertad en atención a las condiciones habitacionales en las que viven, máxime si forman parte del grupo de riesgo frente a la enfermedad, esto es las personas mayores de sesenta años y/o con enfermedades preexistentes (ver Resolución N° 01/2020 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”).

3. De lo expuesto se sigue que la materia debatida en estos autos se halla íntimamente relacionada —o más aún, es inherente— al derecho a la salud —comprendido dentro del derecho a la vida—, que cuenta con especial protección en la carta magna local y ha sido reafirmado a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75 incs. 22 y 23 CN; asimismo arts. 11, 36 inc. 8° y 37 de la Const. Prov., art. 12 inc. C del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts. 4 y 5 de la Convención Americana de los Derechos Humanos e inc. 1 del art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), de manera tal que su ejercicio no se torne ilusorio (conf. CSJN causas: “Campodónico de Beviacqua”, sent. de fecha 24/10/2002; “Monteserin”, sent. del 16/06/2001; “Asociación Benghalensis”, sent. del 01/06/2000; “Mestres”, sent. 14/09/2004; doct. SCBA en la causa B-65.238, “Toledo”, sent. 05/11/2003, entre muchas otras), al recibir protección constitucional directa y operativa (conf. precedentes cits.).

En este aspecto, cabe destacar que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce el derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental (art. 12.1), contemplando en particular que se deberán

adoptar medidas que aseguren “...la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas” (art. 12 inc. c) así como la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia y servicios médicos en caso de enfermedad (inc. d).

4. Desde otra arista, se advierte que las personas que se encuentran privadas de su libertad pueden tener mayores obstáculos al momento de acceder al programa de vacunación provincial que aquellas personas que no se hallan en tal situación, tanto al momento de inscribirse al mismo, como de concurrir —al serle asignado su turno— a las postas de vacunación instrumentadas por la provincia a los efectos de la inoculación.

5. Cabe tener presente, a su vez, que el Estado debe ser garante de la vida y de la integridad física de las personas privadas de su libertad, ello, en virtud de lo dispuesto por el art. 18 de la Constitución Nacional, en tanto de su texto surge que “Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas...”; así como lo establecido en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 25), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 5 inc. 2), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 10) y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; así como las reglas establecidas por los organismos internacionales como estándares respecto de personas privadas de libertad, tal los casos de las recomendaciones efectuadas por el Comité Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes respecto de Argentina el 10 de diciembre de 2004 —ver Fallos: 322:2735, considerando 6°, y 328:1146, considerandos 39, 48 y 50—, y las Reglas Mínimas para el tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas, recogidas por la ley 24.660, y en el marco de la pandemia generada por el Coronavirus 19 la Resolución N° 01/2020 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”).

6. Bajo tales parámetros, surge acreditado en autos el recaudo de “peligro en la demora” en tanto se advierte plenamente comprometidos los valores en juego (salud y vida de las personas privadas de su libertad que se encuentran comprendidas dentro del grupo de riesgo ante el Covid-19), frente al supuesto que no se acogiera la pretensión del mismo en tiempo útil, todo lo cual podría tornar inoperantes sus efectos, máxime cuando los perjuicios serían fundamentalmente de carácter personalísimos, comprometiendo la vida misma de aquellas personas.

Por lo demás, una solución diferente importaría colocar en grave riesgo y compromiso, con graves consecuencias a las personas afectadas, lo cual en un juicio de conocimiento periférico propio de esta oportuni-

dad procesal, impone dar preeminencia a los derechos prima facie comprometidos en la especie.

Bajo esas circunstancias, la ausencia de inoculación oportuna del colectivo que se protege mediante la presente acción los colocaría en una situación de desatención que compromete elementales derechos inherentes a la condición humana.

7. Por otro lado, cabe señalar que a contrario de lo alegado por la parte demandada, la tutela ordenada en el decisorio de grado no implica una alteración o modificación del “Plan Buenos Aires Vacunate” en cuanto al orden de prioridades establecido para la aplicación de las vacunas.

Ello así, teniendo en consideración que tal como es de público conocimiento la vacuna ya es de libre acceso para las personas que integren el grupo de riesgo frente al Covid-19, sin necesidad de requerir turno previo mediante la aplicación móvil implementada en el marco del programa provincial aludido.

Por tales motivos, no se visualiza que el interés público pueda encontrarse comprometido en el caso (arts. 9, ley 13.928 —texto según ley 14.192—; 22 inc. 1° ap. “c”; CPCA; 230 y 232 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

8. Todo ello sin que lo expuesto signifique juicio definitivo sobre el mérito del asunto ni dispense al juez de la causa del dictado posterior de la sentencia conclusiva o bien del pronunciamiento necesario en el marco de celeridad en que se inscribe la contienda.

9. En consecuencia, corresponde hacer lugar al recurso de apelación de la parte actora, revocar el decisorio de grado, y admitir la medida cautelar solicitada, ordenando al Estado Provincial —Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires— a que en el plazo de cinco días, arbitre con carácter urgente las medidas necesarias para garantizar un plan programado de acceso a la vacuna contra el Covid-19 a las personas privadas de su libertad que formen parte de los grupos de riesgo frente a dicha enfermedad, en compatibilidad con la evolución en la inoculación en el que se encuentra el programa provincial “Buenos Aires Vacunate”, ello, previa caución juratoria, ante el juzgado de origen (arts. 75 incs. 22, 23 y concs., Const. Nac.; 11, 20 inc. 2, y 36 incs. 5, 6 y 8, Const. Prov.; 5, 9, 16 inc. 2, 17, 17 bis, 25 y concs., ley 13.928 conf.- texto según ley 14.192), con costas a la demandada en su calidad de vencida (conf. art. 19 y ccs. ley 13.928).

Por tales consideraciones, este Tribunal resuelve: Hacer lugar al recurso de apelación de la parte actora, revocar el decisorio de grado, y admitir la medida cautelar solicitada, ordenando al Estado Provincial —Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires— a que en el plazo de cinco días, arbitre con carácter urgente las

medidas necesarias para garantizar un plan programado de acceso a la vacuna contra el Covid-19 a las personas privadas de su libertad que formen parte de los grupos de riesgo frente a dicha enfermedad, en compatibilidad con la evolución en la inoculación en el que se encuentra el programa provincial “Buenos Aires Vacunate”, ello, previa caución juratoria, ante el juzgado de origen (arts. 75 incs. 22, 23 y concs., Const. Nac.; 11, 20 inc. 2, y 36 incs. 5, 6 y 8, Const. Prov.; 5, 9, 16 inc. 2, 17, 17 bis, 25 y concs., ley 13.928 conf.- texto según ley 14.192), con costas a la demandada en su calidad de vencida (conf. art. 19 y ccs. ley 13.928). Regístrese, notifíquese y devuélvase al juzgado de origen, oficiándose por Secretaría. — *Gustavo J. De Santis* (en disidencia). — *Gustavo D. Spacarotel*. — *Claudia A. M. Milanta*.

Disidencia del doctor *De Santis*:

Advierto en la medida cautelar solicitada un claro adelantamiento del resultado del proceso que desnaturaliza el carácter asegurativo que, respecto de él, define a la especie (arts. 195 y ss., 230 y concs., Cód. Proc. Civ. y Comercial; conf. art. 9 ley 13.928 —texto según ley 14.192—).

Abona ese temperamento el principio recibido que informa que el ciclo cautelar solo tributa a esa finalidad, pero sin admitir respuestas conclusivas de fondo que lo clausuren anticipadamente (conf. normas citadas).

Las reglas del debido proceso y el mismo confín de la labor jurisdiccional abonan esa variable de entendimiento.

Luego, visto desde ese ángulo, el reclamo precautorio excede el confín del sistema adjetivo y se muestra improcedente.

Dicho ello, cabe agregar que el interés en juego en la controversia no obsta a esa inferencia, pues su indudable urgencia decisoria bien queda a resguardo con el perfil de la pretensión elegida, que reporta rumbo decisorio en la sentencia final que la componga (conf. arts. 20 inc. 2°, Const. Prov. y 10, 13 y concs., ley 13.928 —seg. ley 14.192—), cuya oportunidad cabe medir en sujeción a los plazos establecidos por la norma de aplicación (ley 13.928 cit.).

El carril constitucional abierto deja a salvo la composición de un caso que, como lo ofrece el cuadro de demanda y más allá de su suerte, lo justifica en términos de perentoriedad, brevedad y urgencia decisoria.

Mientras tanto cualquier desenlace de anticipo carece de variable de posibilidad. Así, en sujeción a ese orden argumental, propongo rechazar el recurso de apelación articulado y confirmar el pronunciamiento apelado (conf. arts. 9, 16, 17 y concs., ley 13.928 —texto según ley 14.192—; 195 y ss., 230, 242 y concs., Cód. Proc. Civ. y Comercial). Así lo voto. — *Gustavo J. de Santis*.

Vacunas para todos

Nicolás M. de los Santos Siatecki

Sumario: I. Introducción.— II. La causa judicial.— III. Relevancia del caso.— IV. Poder de policía sanitario y policía de salubridad. Aproximación.— V. Normativa del COVID.— VI. Ejecución del fallo.— VII. Conclusión.

“El mayor temor en la vida no es la muerte, sino un cambio no solicitado”
Raheel FAROOQ.

I. Introducción

COVID-19. Cinco letras y dos números que representan no solo a esa pandemia que afecta al mundo, sino un cambio total en nuestra forma de vivir. Era impensado, allá por el año 2019, estar constantemente con un tapabocas, o pensar en un Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio, o siquiera el hecho de no poder abrazar a un familiar...

A esta altura, ya todos sabemos qué implica esta sigla. Todos los virus cambian con el paso del tiempo, y también lo hace el SARS-CoV-2, el virus causante de la COVID-19.

La Organización Mundial de la Salud, en colaboración con asociados, redes de expertos, autoridades nacionales, instituciones e investigadores, ha estado vigilando y evaluando la evolución del SARS-CoV-2 desde enero de 2020.

La aparición de variantes que suponían un mayor riesgo para la salud pública mundial, a finales de 2020, hizo que se empezaran a utilizar las categorías específicas de “variante de interés” (VOI) y “variante preocupante” (VOC), con el fin de priorizar el seguimiento y la investigación a escala mundial y, en última instancia, orientar la respuesta a la pandemia de COVID-19.

Dentro de las variantes preocupantes, que son las que están en boga y son usualmente mencionadas por los medios, encontramos las variantes alfa, beta, gamma, delta y ómicron. Ellas fueron designadas de tal modo a partir de diversas fechas: 18/12/20 las dos primeras, 11/01/21

la gamma, 11/05/21 la variante delta, y 26/11/21 la palpitante ómicron. Dentro de las variantes de interés encontramos las variantes lambda y mu.

Y podría usted ahora preguntarse: ¿por qué está este señor hablándome de COVID? Motiva la presente el hecho de que se ha dictado un fallo, sin precedentes, en el marco de la justicia bonaerense. Fallo que, si bien se ha dictado hace algunos meses, no deja de ser relevante e interesante para abordar.

Intentemos sumergirnos, pues, en esta relevante temática.

II. La causa judicial

Como es costumbre, iniciemos con un análisis básico de la causa, y cómo llegó hasta la instancia que resolvió la sentencia en análisis.

En autos caratulados “Pérez Esquivel, Adolfo María s/ amparo”, los señores Adolfo Pérez Esquivel y Roberto Cipriano García, en su carácter de presidente y secretario de la Comisión Provincial de la Memoria, solicitan el dictado de una medida cautelar por la que se ordene a Estado de la Provincia de Buenos Aires a comenzar con carácter inmediato a vacunar a la población privada de su libertad que reúna las demás condiciones objetivas definidas por la autoridad sanitaria para el acceso a la vacuna en igualdad de condiciones que el resto de la población bonaerense. Adecuando la petición a los recaudos propios de una medida colectiva (conforme a lo que surgió con el consuetudinariamente con Halabi y la evolución posterior), los actores propendieron a la protección de las

personas privadas de su libertad, que se encuentran bajo la custodia del Servicio Penitenciario de la provincia de Buenos Aires. Alegan, entre otras cuestiones, que se encuentra violado el principio constitucional de igualdad, consagrado en el art. 16 de la CN y 11 de la Const. de la provincia de Buenos Aires, debido a que las personas privadas de su libertad en la provincia de Buenos Aires no han accedido al derecho a vacunarse en iguales condiciones que el resto de los ciudadanos bonaerenses.

Efectuado el sorteo de la demanda, ella fue radicada en el Juzgado de Garantías N° 3 de La Plata, que decidió no hacer lugar a la medida cautelar peticionada, refiriendo que la medida cautelar pretendida importa un manifiesto adelanto del resultado del proceso que desnaturaliza su carácter asegurativo. El juez interviniente señaló, además, que en el hipotético caso en el que se hiciera lugar a la tutela peticionada, puede presagiarse —desde un enfoque netamente conjetural— que ello traería aparejado la inherente imposibilidad inmediata de su operatividad, en tanto es de público conocimiento que el plan provincial de vacunación está sujeto a la disponibilidad de dosis e integración de grupos de riesgo en el orden que la autoridad sanitaria ha dispuesto, y nada han dicho los accionantes al respecto.

La sentencia fue apelada por los actores, alegando que la medida cautelar es innovativa y, por lo tanto, es válido que se configure un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa (conforme la doctrina de Corte Suprema de Justicia de la Nación, en Fallos 319:1069 y 316:1833), destacando que el daño irreparable que existe ante el riesgo evidente que la imposibilidad de acceso a la vacuna genera para la integridad personal del colectivo representado ante un eventual contagio. Respondida que fuera la presentación de los actores por la Fiscalía, la causa quedó en estado de resolver.

Con fecha 08/07/2021, la Cámara en lo Contencioso Administrativo de la ciudad de La Plata, en una votación dividida, consideró que el recurso era procedente, revocando el decisorio de grado y admitiendo la medida cautelar solicitada. En ese mismo sentido, ordenó al Estado provincial a que en el plazo de cinco [5] días, arbitre con carácter urgente las medidas necesarias para garantizar un plan programado de

acceso a la vacuna contra el COVID-19 a las personas privadas de su libertad que formen parte de los grupos de riesgo frente a dicha enfermedad, en compatibilidad con la evolución en la inoculación en el que se encuentra el programa provincial “Buenos Aires Vacunate”.

Es de destacar que los camaristas entendieron que “se ha incrementado la vulnerabilidad de las personas privadas de su libertad en atención a las condiciones habitacionales en las que viven, máxime si forman parte del grupo de riesgo frente a la enfermedad”, teniendo en mente que el derecho a la salud se encuentra tutelado a nivel provincial, nacional e internacional (arts. 11, 36 inc. 8° y 37 de la Const. de la prov. de Buenos Aires; art. 75 incs. 22 y 23 de la CN; art. 12 inc. C del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts. 4 y 5 de la Convención Americana de los Derechos Humanos e inc. 1 del art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Asimismo, tuvieron en cuenta que las personas privadas de su libertad pueden tener mayores obstáculos al momento de acceder al programa de vacunación provincial que el resto de las personas, produciéndose *ipso facto* una desatención que compromete elementales derechos inherentes a la condición humana.

III. Relevancia del caso

Habiendo presentado el caso, utilizaremos el caso como puntapié para abordar diversas temáticas. El caso es pionero en la materia, por cuanto manda a ejecutar la vacunación de una multitud de personas que se encuentran privadas de su libertad.

Aprovecharemos la ocasión para ocuparnos de las concepciones básicas de poder de policía sanitario y policía de salubridad, para luego analizar brevemente las normas dictadas en el marco de la pandemia. Hecho ello, comentaré el modo en que se llevó a cabo la ejecución de la sentencia en análisis, para finalizar con una conclusión personal.

IV. Poder de policía sanitario y policía de salubridad. Aproximación

IV.1. Poder de policía sanitario

A los fines ordenatorios y para posibilitar un mejor enfoque de aquellos lectores que aborden

por primera vez estas cuestiones analizaremos escuetamente los conceptos “poder de policía sanitario” y “policía de salubridad”. Empezaré, pues, por el poder de policía sanitario.

El poder de policía sanitario comprende a la potestad propia del Estado en virtud de la cual controla el factor “salud” de la sociedad que lo compone. Es una competencia propia del órgano legislativo, en razón de la cual dicta de normas que restringen o limitan el ejercicio de derechos individuales reconocidos por la Constitución Nacional, en miras de la protección de la salud y la salubridad públicas.

Entendemos útil la definición dada por la Organización Panamericana de la Salud en la obra *La salud en las Américas* a la primera como “la acción colectiva, tanto del Estado como de la sociedad civil, orientada a proteger y mejorar la salud de las personas” (1). Por su parte, podremos definir a la salubridad pública como el conjunto de condiciones que hacen que la salud pública sea posible, y la mantención de ese estado en sus estándares máximos.

Transcribo a continuación unas reflexiones de Fernando García Pullés, referidas al poder de policía, que pueden llegar a traer claridad a este asunto: “Aunque la Constitución Nacional no mencione en parte alguna a dicho poder, este surge no obstante de su texto: arts. 14, 18, 19 y 28. Ante todo, adviértase que el poder de policía es inherente a todo gobierno. El poder de policía es, desde luego, como lo reconocen todos los autores, un derecho incontrovertible de toda sociedad jurídicamente organizada, esencial a su propia conservación y defensa, y pertenece a todo gobierno constituido —sea de la Nación, sea de las provincias— para asegurar el logro de los fines sociales mediante el uso de los bienes que a ese efecto sean adecuados” (2).

(1) “Las funciones esenciales de salud pública y su relación con el fortalecimiento de la función rectora”, en *La salud en las Américas*; edición de 2002; Organización Panamericana de la Salud; Washington, D.C.: OPS, © 2002—2v. (OPS. Publicación Científica y Técnica; 587), página 148.

(2) GARCÍA PULLÉS, Fernando Raúl, “Lecciones de Derecho Administrativo”, Ed. Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, 1ª ed.

Es menester ser conscientes de que el art. 14 de la CN establece que “todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino...”. De allí surge que esos derechos están sujetos a limitaciones por razones de orden público, seguridad y salud pública. Y ello no solo surge de la doctrina nacional, sino que también posee basamento convencional.

En efecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos recoge en reiteradas ocasiones que diversos derechos consagrados en él “no podrán ser objeto de restricciones a no ser que estas se encuentren previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto” (3). En similar sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece restricciones a diversos derechos teniendo como norte la protección de la seguridad nacional, la seguridad o el orden público, la moral o la salud pública o los derechos y libertades de los demás (4).

Las competencias legislativas de la Nación, de las Provincias y de la Ciudad Autónoma en materia sanitaria se originan en el articulado de la Constitución Nacional.

El art. 75 de la CN establece a través de sus incisos las atribuciones del Congreso Nacional. A su vez, el art. 121 (que hace referencia al poder no delegado por las provincias a la Nación) está redactado en términos muy amplios. De una lectura armónica de ambos artículos, surge que tanto a nación, como a las provincias y también a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires les compete el poder de policía sanitario en sentido estricto, orientados a la salubridad, moralidad y seguridad pública. Observemos escuetamente qué aconteció en el nivel nacional y en la provincia de Buenos Aires.

(3) Arts. 12.3, 18.3, 19.3.b, 21 y 22.2.

(4) Arts. 12.3, 13.2.b, 15, 16.2 y 22.3.

IV.2. Policía de salubridad

Abordaremos, a continuación y brevemente, la concepción de policía administrativa. Uslenghi entiende a esta actividad como “la ejecución, por parte de la Administración, de las restricciones y limitaciones a los derechos de los particulares establecidas por el Estado en ejercicio del poder de policía” (5).

Dentro de esta órbita, encontramos lo que el doctor Ricardo Hugo Francavilla entiende por “policía de salubridad”, campo que entiende muy amplio, relacionado con todo lo que pueda llegar a afectar la vida y la salud de las personas, en especial la lucha contra las enfermedades de todo tipo, a cuyo efecto se imponen mayormente deberes preventivos, para impedir la aparición y difusión de las enfermedades —por ejemplo... aislamiento o cuarentena...— (6).

Observamos entonces que la potestad primigenia de lo que es policía de salubridad reside en las figuras que ocupan la cúspide del organigrama; es decir, presidente, gobernador y jefe de Gobierno. Sin embargo, debido a la multitud de funciones que debe llevar estos adelante que se delegan parte de las funciones en los secretarios.

Así como fue —y sigue siendo— atípica la pandemia, así fue la actividad normativa. Podríamos incluso decir que, como proliferó la enfermedad, se multiplicaron las normas, de modo que encontramos leyes, Decretos, resoluciones, disposiciones, acordadas, entre otras, referidas a las actitudes a desarrollar en el marco de este cuadro pandémico.

V. Normativa del COVID

Ríos de tinta han corrido desde el día cero de esta pandemia, no solo en la faz del periodismo, literatura o filosofía, sino también en el mundo jurídico. Y, nuevamente, no solo lo hemos pre-

(5) USLENGHI, Alejandro Juan, "Poder de Policía y actividad de fomento", en *El Derecho Administrativo argentino*, hoy, Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996, p. 87 y ss.

(6) FRANCAVILLA, Ricardo Hugo, "El poder de policía y policía de salubridad. Alcance de la responsabilidad estatal", en *Cuestiones de Intervención Estatal - Servicios Públicos. Poder de Policía y Fomento*, Ed. RAP, Bs. As., 2011, p. 100.

senciado en la actividad materialmente legislativa, sino también en lo jurisprudencial y lo doctrinario.

Se ha creado, a nivel nacional, un “Digesto emergencia sanitaria Coronavirus COVID-19”, compuesto hasta este momento por tres volúmenes (7). Estas normas cabrían, sin duda alguna, en aquel grupo de normas que la ley 26.939 considera “Legislación Sanitaria”, perteneciente al grupo de leyes administrativas (art. 7 de la citada ley).

Por su parte, la provincia de Buenos Aires ha publicado en su Sistema de Información Normativa y Documental “Malvinas Argentinas”, un Compendio de Normas COVID-19, con fecha 22/12/2021 (8). En él encontramos con claridad y buen orden la normativa sobre coronavirus “según jurisdicción”, empezando por las leyes emanadas del Congreso provincial, pasando por el Gobierno de la provincia, sus ministerios y organismos inferiores, y finalizando con las Resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, emanadas desde marzo del año 2020 hasta diciembre del año 2021.

Entiendo útil hacer un racconto de la situación legal en ambas órbitas, empezando por decir que la epidemia de COVID-19 fue declarada por la OMS una emergencia de salud pública de preocupación internacional el 30 de enero de 2020.

Unos meses antes, en diciembre del 2019, la legislatura nacional dictó la ley 27.541, declarando emergencia pública en diversas materias, entre ellas, la sanitaria. Hacia marzo del año 2020, en el plano nacional se determinó por vía decretal la prórroga de esa emergencia pública por el plazo de un año, en virtud de la pandemia (dec. de necesidad y urgencia 260/2020). Además, se estableció un “Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio” (dec. de necesidad y urgencia 297/2020), y un “Ingreso Familiar de Emergencia” (decreto de necesidad y urgencia 310/2020), entre otras medidas.

(7) Los volúmenes pueden ser consultados http://www.infoleg.gob.ar/?page_id=3832 y <http://www.saj.gob.ar/digesto-covid19.jsp>.

(8) El compendio puede encontrarse, en formato .pdf, en el siguiente enlace: <https://normas.gba.gov.ar/compendios/normas-covid-19.pdf>.

Por su parte, en la provincia de Buenos Aires se ha dictado en el mes de marzo el dec. 132/2020, en cuanto a la declaración de un estado de emergencia sanitaria; un mes después, se dictó el dec. 282/2020, que aprobó la reglamentación para el desarrollo de las actividades y servicios exceptuados de las medidas de “Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio” impuesto por el dec. nacional 297/2020; y tres meses después, por medio del dec. 613/2020, la provincia creó un programa de preservación del trabajo en la provincia de Buenos Aires llamado “Preservar Trabajo”, que tuvo por objeto contribuir al sostenimiento de las fuentes y puestos de trabajo en sectores de la actividad económica particularmente afectados por la pandemia declarada por el coronavirus.

El Poder Ejecutivo provincial dictó, el día 06/10/21, el dec. 837/2021, convalidado por la ley 15.310. Por medio de este se facultó a los ministros secretarios en los Departamentos de Jefatura de Gabinete de Ministros y de Salud y a la directora general de Cultura y Educación, en forma individual o conjunta, y en el ámbito de sus respectivas competencias, a dictar todas las medidas que regulen las actividades de mayor riesgo epidemiológico y sanitario. Ese mismo mes, el ministro de Jefatura de Gabinete de Ministros y el ministro de Salud de la Provincia de Buenos Aires dictaron la res. conjunta 326/2021, donde se enumeraron las medidas preventivas generales y obligatorias que deberán cumplir los y las bonaerenses y regular la realización de las actividades de mayor riesgo epidemiológico y sanitario en todo el territorio de la provincia de Buenos Aires, de acuerdo con el dec. nacional 678/2021.

También se han dictado disposiciones en lo referente a la vacunación. En la nación, por res. 2883/2020 el Ministerio de Salud de la Nación, como organismo rector del sistema de sanitario nacional, aprobó el “Plan Estratégico para la vacunación contra la COVID-19 en la República Argentina” teniendo en cuenta la información y recomendaciones de organismos internacionales y la disponibilidad de vacunas de eficacia y seguridad aceptable para su uso, evaluados por la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología (ANMAT).

Fue en el marco de dicho plan nacional de vacunación que la provincia de Buenos Aires, mediante la res. 629/2021 del Ministerio de Salud, aprobó el plan público, gratuito y optativo de vacunación contra el Coronavirus en la provincia de Buenos Aires “Buenos Aires Vacunate”, a fin de llevar adelante la campaña de vacunación en el territorio de la provincia. Este es el plan público, gratuito y optativo de vacunación contra el coronavirus en la provincia de Buenos Aires.

Uno de los subgrupos de vacunación prioritaria del plan público, gratuito y optativo “Buenos Aires Vacunate” son las personas con condiciones preexistentes porque aumentan la probabilidad de presentar cuadros graves ante una infección por coronavirus, entendiéndose dentro de ellas a las personas que posean: enfermedades pulmonares crónicas, enfermedades cardiovasculares, enfermedades renales crónicas, enfermedades con compromiso inmunológico, diabetes, obesidad, cirrosis hepática, discapacidad, embarazo. También priorizó a las personas mayores de sesenta años, personal de salud, personal de seguridad, y personal docente y auxiliares.

Es este plan cuya ejecución se solicitó en el caso de marras, y que tuvo acogida positiva.

VI. Ejecución del fallo

A raíz del dictado de la sentencia, el Servicio Penitenciario Bonaerense se aprestó a llevar adelante su cumplimiento. Así las cosas, la Dirección de Salud Penitenciaria inició la vacunación de internos alojados en sus dependencias con la vacuna “Sinopharm”, de la empresa “BIO”. Ello bajo la debida custodia de la cadena de frío, con los accesorios correspondientes para poder llevar adelante la labor (jeringas, agujas, alcohol en gel, guantes, algodón, dispositivos para arrojar los residuos patológicos que se generan) como así también un gran número de folletos explicativos de la enfermedad en cuestión, para prevenir futuros contagios. Todo ello fue llevado adelante en el marco del programa “Buenos Aires Vacunate”.

La metodología de registro y seguimiento de la vacunación fue organizada y prolija. Se han preparado diversas constancias que permiten no solo a la entidad penitenciaria asentar el registro en el legajo propio del interno, en su his-

toría clínica y en la base de datos central, por medio de planillas para recuento, sino que también permiten al privado de su libertad el tener una constancia de su vacunación, ya que se le entrega un “talón” a cada uno de los que se vacunan, para el eventual día en que se retiren del establecimiento y deban presentarlo ante alguna autoridad.

El plan inició con gran énfasis en las personas mayores a 60 años de edad y en aquellas personas que tuviesen afecciones graves de salud, a saber: problemas cardíacos, diabetes, afecciones respiratorias, ostomizados e infectocontagiosas (HIV y tuberculosis), y embarazadas. Cabe destacar también que se tuvo en cuenta el caso de las personas que no quisieran vacunarse, ya que la vacunación contra la COVID-19 no es obligatoria, sino optativa (9). En estos casos, también se dejan las constancias respectivas en los asientos institucionales, y le es otorgada una constancia a aquel que se niega a vacunarse.

VII. Conclusión

El panorama de la pandemia ha despertado, una vez más, la cualidad esencial de los humanos. Día a día vemos la humanidad florecer en los corazones.

La pandemia, su magnitud y gravedad, han hecho que se inicien a nivel mundial propuestas que permitan un acceso equitativo a oportunidades en medio del caos. Quisiera destacar el caso del Programa COVAX.

COXAV (en inglés “COVID-19 Vaccines Global Access”, acceso global a las vacunas COVID-19) es una iniciativa dirigida por la Organización Mundial de la Salud (OMS) con la meta de promover la equidad de vacunas en todo el mundo.

(9) Desde el Ministerio de Salud de la Nación y el Programa Ampliado de Inmunizaciones se aboga por construir y fomentar la aceptación y confianza en la vacunación como una estrategia de salud pública solidaria, equitativa y beneficiosa para el bienestar y la salud de las personas y de la población, basada en evidencia científica contundente y que ha salvado millones de vidas en el mundo como medida primaria de prevención. Así es que, en Argentina, la vacunación contra el COVID-19 no es obligatoria, pero recomendada. <https://www.argentina.gob.ar/coronavirus/vacuna/preguntas-frecuentes>.

Al mismo tiempo, apoya la creación de capacidades de fabricación con el fin de que 2000 millones de dosis se puedan distribuir equitativamente en el mundo, en 92 países de bajos recursos.

La finalidad es noble. La principal traba a este proyecto no es la economía, evidentemente, sino la capacidad de producción de las diversas empresas que fabrican la vacuna. Aún hoy, en enero de 2022, no se ha llegado a cumplimentar eso que se propuso para fin de 2021. Sin embargo, la ejecución se llevó adelante en la medida de lo posible, con los recursos disponibles, y con una predisposición encomiable. No se pudo cumplir con la totalidad del programa, pero se ejecutó en la medida de lo posible.

En la provincia de Buenos Aires vemos que la historia global se repite aquí, aunque en menor escala. A través del fallo en análisis, la justicia ha velado por el respeto a la igualdad entre los humanos, procurando la vacunación de las personas privadas de su libertad que estuviesen en peligro de contagio del COVID-19.

Los medios que posee la provincia no alcanzan siquiera para vacunar a la población libre. Sin embargo, con un sentido de humanidad, y teniendo en miras la igualdad de los individuos, la Cámara en lo Contencioso Administrativo de La Plata ha resuelto no solo acorde a derecho, sino con justicia.

Dicen que la esperanza es lo último que se pierde; que es esa certeza de lo que no se espera, la convicción de lo que no se ve. He tenido la esperanza de que la igualdad fuera resguardada con los sectores vulnerables, y tengo la gracia de poder observar ello con mis ojos.

Al día de la fecha, no se ha vacunado a la totalidad de las poblaciones privadas de su libertad en la provincia de Buenos Aires con la primera dosis. Sin embargo, sé que se está haciendo lo posible.

La luz brilla en la oscuridad, y la oscuridad jamás podrá apagarla. Un destello de luz se ha proyectado en este caso. Esperemos que sea la luz del alba, que nos anuncie un mejor mañana, con mayor justicia y humanidad.

COMENTARIO BIBLIOGRÁFICO

La dogmática del derecho administrativo

Reseña de

Juan Carlos Cassagne (*)

Sumario: I. Introducción a la obra.— II. Las fuentes del derecho en la dogmática.

I. Introducción a la obra

Esta obra del profesor alemán Eberhard Schmidt-Assmann, con introducción y anotaciones de Javier Barnés (1), sorprende y atrae, a la vez, a los estudiosos del derecho administrativo. En el mundo jurídico hispano son muchos los que cultivan la dogmática —en forma inconsciente— sin conocer, ni por tanto abordar, su contenido y finalidad.

La sorpresa que tenemos aquellos que hemos podido disfrutar de su lectura se transforma en admiración al comprobar que, en pocas páginas, densas y profundas, uno de los grandes juristas alemanes haya podido condensar la esencia del arte jurídico que encierra la dogmática de nuestra disciplina, una construcción que amalgama la práctica con la ciencia del derecho.

En el escenario jurídico hispánico existen pocas obras de esta naturaleza, a diferencia de lo que acontece en el campo de la filosofía del derecho. De ahí la atracción que ejercen sus pá-

(*) Miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Académico honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y Correspondiente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de Madrid.

(1) SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, "La dogmática del derecho administrativo, con introducción y anotaciones de Javier Barnés", Global Law Press, Ed. Derecho Global, Sevilla 2021. El texto de este trabajo reproduce la exposición del autor del día 2/12/2021, en el Seminario Internacional organizado por la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona con motivo de la presentación del libro de Schmidt-Assmann sobre la dogmática del Derecho administrativo.

ginas, con infinitas y grandes posibilidades de innovación o, mejor dicho, renovación de muchos de los postulados de la ciencia jurídica.

En el análisis general de esta obra poca cosa es lo que se puede adicionar a la excelente introducción que ha hecho el Profesor Barnés. Por esa razón, nos limitaremos a destacar aquellos aspectos que revisten mayor trascendencia, particularmente con relación al abordaje de los Principios Generales del Derecho (PGD).

La dogmática constituye la organización del material jurídico para el uso profesional del derecho habida cuenta que el derecho es un saber práctico. Pero es también claro, a nuestro juicio, que resulta útil asimismo para el proceso de creación del derecho, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

En su dogmática, Schmidt-Assmann propone formar una capa o nivel de construcción jurídica, un estilo de argumentación entre la norma y su aplicación susceptible de garantizar la operatividad del derecho y la coherencia del sistema.

En palabras del autor de este libro y de Javier Barnés, la dogmática constituye un puente entre la teoría y la práctica, es decir entre la ciencia jurídica y la aplicación administrativa y judicial del derecho en permanente diálogo con ambas (2).

Ese puente cumple la función de interconectar la eficacia de la acción y dirección de la

(2) SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, "La dogmática del derecho administrativo", ob. cit. p. XXVI.

actividad administrativa con la legalidad o legitimidad y tiene por fin la construcción de un sistema de derecho administrativo para mejorar la Administración pública, a la que abre un espacio creativo de posibilidades dentro de los postulados (nosotros diríamos más bien principios) del Estado de derecho.

Destaca la recíproca interacción entre jurisprudencia y ciencia (3) (proceso similar a lo que ocurrió en Francia en la relación entre el Consejo de Estado y la doctrina) (4) para la construcción de sus postulados, sin constituir un sistema hermético y cerrado sino abierto a la evolución natural de las instituciones (5), aunque utilizando un enfoque prescriptivo (que, en ocasiones, es descriptivo).

¿Pero cuáles son las diferencias entre la dogmática clásica y la nueva ciencia del derecho administrativo que propone Schmidt-Assmann en este fascinante libro? Ellas radican en tres aspectos fundamentales, a saber: a) la selección de los vectores del derecho administrativo Especial seleccionados como vehículos de referencia (6); b) la existencia de diversos enfoques metodológicos entre una y otra dogmática (7) y

c) el análisis de los presupuestos conceptuales que subyacen en la dogmática tradicional (8).

En definitiva, el fenómeno jurídico actual muestra el advenimiento de una dogmática funcional que tiende a armonizar el edificio de la clásica función de acción de la Administración con la función de dirección propia de la ciencia jurídica. De ese modo, el material estrictamente jurídico de la dogmática se funde con elementos extrajurídicos que pasan a integrarla, en un sistema coherente libre de contradicciones (9).

II. Las fuentes del derecho en la dogmática

El tema de las fuentes del derecho administrativo forma parte de la dogmática, la cual conserva muchos elementos de la concepción tradicional y otros novedosos que apuntan a reflejar la realidad del mundo jurídico (10). Representa un juego de fuerzas a nivel nacional y supranacional que finalmente queda estabilizado en reglas jurídicas (11).

Mediante un riguroso análisis el autor nos muestra el entramado de las fuentes que exhibe el derecho administrativo, caracterizado por una pluralidad de tipos de normas, regímenes y niveles.

Al núcleo clásico (Constitución, ley, reglamento, principios generales del derecho, jurisprudencia y costumbre) adiciona las disposiciones internas a las que considera actos jurídicos (12) incluyendo, además, las normas provenientes de regímenes de derecho privado, las auto regulaciones y las normas de derecho supranacional, transnacional o internacional.

(3) *Ibidem*, p. 9.

(4) RIVERO, Jean, "Jurisprudence et doctrine dans la elaboration du Droit Administratif", en *Etudes et documents du Conseil d'État*, Paris 1955, ps. 27/36, reproducido en LAUBADÈRE, André de - MATHIOT, André - RIVERO, Jean - VEDEL, Georges, *Pages de doctrine*, t. II, LGDJ, Paris, 1980, p. 3 y ss.

(5) El concepto de obra abierta ha sido muy bien explicado por el Profesor Raúl Gustavo Ferreyra en el Epílogo de la obra colectiva que bajo el título de *Garantismo* ha escrito un nutrido conjunto de iuspublicistas iberoamericanos, para conmemorar los veinte años de la publicación de *Notas sobre Derecho Constitucional y Garantías del autor del Epílogo*; ver p. 453 de la citada obra (en prensa).

(6) Se trata de la conexión de la dogmática con las funciones que debe llevar a cabo la Administración, acortando la distancia entre la función y el derecho en las áreas concretas del derecho administrativo especial (cfr. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, "La dogmática del derecho administrativo", *ob. cit.*, p. 17).

(7) En la dogmática clásica predominan las construcciones meramente lógicas a través de un enfoque centrado en el acto jurídico con prescindencia de los enfoques extrajurídicos.

(8) El modelo de la dogmática tradicional constituido sobre la base de la función residual de la Administración (lo que queda luego de restar la función legislativa del Parlamento y la judicial) y sobre el principio de separación de poderes y el sometimiento de la Administración a la ley resulta muy reduccionista en cuanto ha urgido —a raíz del entramado europeo e internacional— un entramado poliédrico caracterizado por la "pluralidad de sus métodos y elementos normativos".

(9) SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, "La dogmática...", *ob. cit.*, p. 8.

(10) *Ibidem*, p. 63.

(11) *Ibidem*, p. 64.

(12) *Ibidem*, p. 65.

Lejos de elaborar una concepción dogmática cerrada y formalista, Schmidt-Assmann presenta un cuadro en el que los principios generales del derecho se explican como formulaciones abiertas que contribuyen a la innovación del derecho administrativo, algo que realmente ha ocurrido y viene ocurriendo a raíz de la potenciación del papel de los jueces en la interpretación y aplicación del derecho en el Estado constitucional. Este es, desde luego, un fenómeno universal —al menos de los derechos europeos, anglosajones e iberoamericanos— que predica el llamado principialismo **(13)**, como una de las facetas del neoconstitucionalismo **(14)**, basado en el Estado de derecho, el principio democrático y los derechos fundamentales o humanos.

Distingue entre los principios generales del derecho que han sido incorporados al derecho positivo de aquellos que no fueron positivizados lo cual no les quita la condición de funcionar como fuentes del derecho considerando que ambos son normas jurídicas **(15)**, lo que, para la dogmática positivista, basada en la teoría pura del derecho de Kelsen y sus acólitos, constituiría algo así como una herejía jurídica.

Y si bien les asigna mayor jerarquía a los principios positivizados esta postura del autor, aunque sin considerar pertinente incluir en su dogmática las concepciones de la filosofía del derecho, aproxima la construcción a la corriente iusnaturalista que encabeza John Finnis **(16)**, que, como es sabido, ha venido a revalorizar el papel del derecho positivo en el campo de las fuentes de producción de las reglas jurídicas.

Hasta qué punto las concepciones de la filosofía del derecho influyen en la dogmática del derecho administrativo es una cuestión ajena al sistema que propone Schmidt-Assmann —pero

(13) Vid nuestro Curso de derecho administrativo, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2021, p. 217 y ss.

(14) Ampliar en: DURAN MARTÍNEZ, Augusto, "Neoconstitucionalismo y derecho administrativo", La Ley, Montevideo 2012, p. 9 y ss.

(15) Al menos, con respecto al Derecho Alemán: SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, "La dogmática...", ob. cit., p. 92.

(16) FINNIS, John, "Ley natural y derechos naturales", ORREGO S., Cristóbal (trad.), Abeledo Perrot, Buenos Aires 2000, p. 134 y ss.

no se puede dejar de advertir que buena parte de las construcciones iusfilosóficas, de Alexy— por ejemplo, han pasado a formar parte de la jurisprudencia de los tribunales europeos e iberoamericanos, tal como la concepción sobre el principio de proporcionalidad basada en tres elementos conocidos: a) la adecuación o idoneidad; b) la necesidad y c) la proporcionalidad en sentido estricto.

El autor, sin proporcionar un concepto teórico estricto sobre lo que constituye un principio general del derecho, sostiene su vinculación con la Administración y que, cuando derivan de la Constitución, obligan al legislador, pues a pesar de que las normas constitucionales no exhiban una densidad normativa completa esa circunstancia no impide que surjan directrices obligatorias para los Parlamentos **(17)**.

Las notas de imprecisión e indeterminación que caracteriza a los PGD lo llevan a diseñar lo que denomina un cuadro ambivalente de dichos principios distinguiendo tres categorías dogmáticas según que: 1) contengan parámetros precisos (v.gr. proporcionalidad e interdicción de arbitrariedad); 2) tengan un alcance indeterminado (ej. la buena administración) y 3) presentan un grado de concreción diverso (ej. el principio de imparcialidad **(18)**.

A su vez, al abordar las funciones de puente o conexión que cumplen los PGD señala que son la clave de la ciencia de dirección que presenta la Administración, cuyos valores impregnan no solo las instituciones jurídicas singulares sino todo el ordenamiento administrativo.

Con la precisión de un cirujano describe otra trilogía que caracteriza esa función de puente o conexión de los PGD en cuánto: A) expresan las ideas fundamentales de justicia; B) sintetizan el derecho administrativo especial y permiten su utilización, analogía mediante, para la formulación de nuevos principios jurídicos; C) ponen de manifiesto una praxis y una cultura administrativas **(19)**.

(17) SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, "La dogmática...", ob. cit., p. 81.

(18) Ibidem, p. 92.

(19) Ibidem, p. 100.

Corona esas pautas sosteniendo que los PGD, más allá de cubrir las lagunas jurídicas, cumplen una función capital como piedra angular en la construcción sistemática del derecho administrativo, orientándose siempre a favor de la eficacia para mejorar la tarea administrativa (20).

En estas breves páginas, nos hemos limitado solo a puntualizar aquellos aspectos que creemos más relevantes en la dogmática del derecho administrativo que refleja Schmidt-Assmann en una obra que no se puede menos que calificar de paradigmática, abierta a la innovación, y cuya finalidad principal radica en alcanzar el objetivo de mejorar la Administración, en el

(20) *Ibidem*, p. 101.

marco del Estado de derecho constitucional, y la protección de los derechos fundamentales, en la medida que la Administración actúe conforme a ley a la ley y al derecho o justicia.

En resumidas cuentas, no deja de ser una paradoja en el tiempo actual que una obra tan completa sobre la dogmática del derecho administrativo lejos de configurar un sistema cerrado se presente abierto a la evolución natural y decantada de las instituciones, hecho que, una vez más, confirma que el derecho es un saber práctico, es decir, un instrumento (21) vivo al servicio del hombre y de sus derechos fundamentales.

(21) FERREYRA, Raúl Gustavo, "Epílogo de la obra *Garantismo* (en prensa)", pp. 458-459, nota 10.