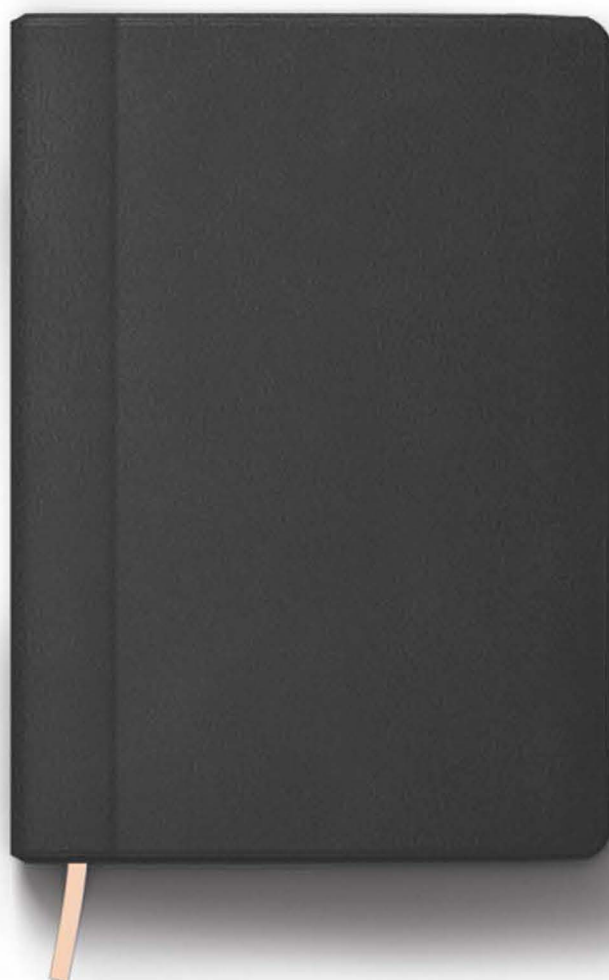


CUADERNOS DE POSGRADO 2024

SECRETARÍA DE POSGRADO



FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS
UNIVERSIDAD NACIONAL DEL NORDESTE



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DEL NORDESTE

Cuadernos de Posgrados

| 2024 |

Cuadernos de posgrados 2024 / Carla Camila Jarko ... [et al.] ; Compilación de Mónica Andrea Anís ; Director Nahuel Pellerano ; Hilda Zulema Zárate. - 1a ed adaptada. - Corrientes : Universidad Nacional del Nordeste. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas, 2025.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-631-6623-11-9

1. Derecho. I. Jarko, Carla Camila II. Anís, Mónica Andrea, comp. III. Pellerano, Nahuel, dir. IV. Zárate, Hilda Zulema, dir.

CDD 346.02

Directores:

Nahuel Pellerano

Hilda Zulema Zarate

Comité Académico:

Dra. Mónica Andrea Anís

Dra. Gabriela Aromí de Sommer

Dra. Dora Esther Ayala Rojas

Dr. Jorge Buompadre

Dra. Gladis Estigarribia de Midón

Dr. Gustavo Lozano

Dra. Luz Gabriela Masferrer

Dra. Mirta Gladis Sotelo de Andreau

Dr. César Vallejos Tressens

Dra. Verónica Torres de Breard

Sobre la publicación

Desde hace siglos, las universidades son el centro del pensamiento crítico de nuestras sociedades, y en universidades profesionalistas como las argentinas, ese pensamiento crítico se da en gran medida en el Posgrado.

Es por ello, que las actividades de Posgrado, no solo aportan a la formación de los estudiantes que participan en ella, sino que generan el encuentro de profesionales y académicos que revisan innumerables tópicos de sus materias.

Particularmente, en nuestra Facultad tenemos el agrado de contar con espacios destinados a profundizar sobre las ciencias jurídicas en sí mismas, oportunidad que nos brinda nuestro prestigioso Doctorado en Derecho, o algunas de nuestras maestrías académicas. Pero también, contamos con muchas carreras de corte profesionalistas, ya sean maestrías o especializaciones, estas actividades permiten a los estudiantes compartir experiencias y replantearse los desafíos de su labor al aplicar el derecho.

Con la publicación de los “Cuadernos de Posgrados”, buscamos acercar algunas de las reflexiones más destacadas de nuestros estudiantes.

Pautas para su compilación:

“Cuadernos de Posgrados 2024”, está compuesta por trabajos realizados por estudiantes de distintas actividades de posgrado desarrolladas en nuestra Casa de Altos Estudios, todos durante el ciclo lectivo 2024.

Puntualmente, cuenta con: resúmenes de tesis de maestría, trabajos finales de especialización, trabajos de módulos de carreras, trabajos finales de cursos de posgrados.

Los trabajos fueron seleccionados por las autoridades de cada carrera o curso. Esto prestigia a nuestra publicación, ya que los Directores y Codirectores son profesionales de gran prestigio, especialmente en las áreas del derecho de la actividad que dirigen.

En esta oportunidad sumamos trabajos de nuestro Doctorado en Derecho, ya que siempre es oportuno dar visibilidad a la ardua tarea de los doctorandos y doctorandas.

Sin embargo, en honor a la honestidad intelectual debemos recordar que esta compilación no pretende tener el rigor de una publicación científica.

Índice

Curso de Posgrado: El Fideicomiso.
Tratamiento Integral. Aspectos Legales,
Impositivos, Contables, Notariales y
Registrales

La protección del consumidor inmobiliario en el
marco de los contratos de fideicomiso

Carla Camila Jarko

14

"La utilización del fideicomiso por
parte de municipios bonaerenses
para la generación de suelo.

Casos de estudio: Castelli, Moreno,
Lincoln y Carlos Tejedor".

Laureano Valentín Lo Gioco

37

Reflexiones personales sobre el
contrato de fideicomiso luego
de su utilización por cerca
de dos décadas"

Noberto Julian Simón

58

Diplomatura Superior
en Transformación Digital
y Derecho

Firma.Firma digital.Firma electrónica.

Clarivel Erguy

80

Sistema fintech en Argentina

Soluciones legales

Abogacia y regulacion legal

Marcelo Jesús Tajés

87

Implementación de la
Inteligencia Artificial Generativa
en la Industria Aerocomercial

Pablo Gabriel Maccarini Muchnik

102

Laboratorio: Notebook LM

en el estudio jurídico

Claudio Fabián Sussini

111

El delegado de protección de datos
en el comercio electrónico

Eduardo Arturo Claudiani

128

Cibercrimen y
Delitos Informáticos

Claudio César Dalmao

139

Doctorado

Algunos adelantos
sobre la dimensión sociológica
del derecho disciplinario

Sergio Paulo Pereyra

151

Pautas objetivas de valoración
Probatoria. Pauta objetiva de
postulación de los hechos.

Joaquín Jorge Sebastián Romero

170

Implementación del Aprendizaje
Basado en Problemas en la Enseñanza
de la Economía Política en el Derecho:

Enfoque para la Formación
de Posgrado en la UNNE

Facundo David Barrios

178

Especialización en derecho administrativo

Administración, transparencia y
derechos humanos: el acceso a la
información pública para los
y las correntinas

Juan manuel Cubilla Podestá

190

Propuesta de regularización
dominical en barrios públicos
chaqueños con antecedentes
históricos de denuncias de usurpación

Andrea Raquel Fortín

294

Desafíos actuales en la interpretación
y aplicación de las normas y criterios
jurisprudenciales en las modalidades
transitorias de empleo público de la
municipalidad de Curuzú Cuatiá

Leonardo Ezequiel Martínez

391

Acceso a la Información Pública y
Participación Ciudadana
“Impacto de la Convencionalidad
en el Derecho Administrativo Local”

Georgina Vanesa Pereyra Ibarra

463

Curso de Posgrado: Ley de Bases y
punto de partida para la libertad de los
argentinos. Análisis integral.

Análisis del Régimen de Incentivo
para Grandes Inversiones:
Estabilidad Jurídica y Desafíos en el
Desarrollo Económico de Argentina.

Marcela Andrea Álvarez Salvador

534

Fondo de cese: una nueva forma
de ¿indemnizar?

Fernanda Gabriela Alvino

561

¿Nos hemos convertido en los
Juan Gines de Sepulveda de la actualidad?

Camila Fernanda Florentín Baéz

578

Registración de las relaciones
laborales a la luz de la
nueva reforma

Diana Noemí Ramseyer

592

Las modificaciones en el acto
administrativo introducidas
por la ley base

Roxana Soledad Gómez

609

Trabajador independiente con
colaboradores. Un estudio de la
novedosa figura y sus posibles
controversias.

Facundo Muniagurri

632

El contrato de trabajo.
Su flexibilización según el régimen
del periodo de prueba. Ley N° 27.742.

Alfredo Eduardo Niz

653

La tutela administrativa efectiva, el
silencio de la administración y su
relación con el derecho de petición a
partir de la reforma producida
por la Ley 27.742
Karin L. Rozenblum
671

Algunas consideraciones sobre
los principios que rigen el
Procedimiento Administrativo a
propósito de la Ley de Bases
María Antonella Savina Lo Castro
694

El silencio de la Administración en
la Ley Bases. Sus implicancias en la
realidad Argentina
César Sebastián Trejo
724

Las mal llamadas “multas” laborales,
la retroactividad y la reforma
introducida con la ley de bases y
puntos de partida para la libertad de
los argentinos.
Carlos A. Venialgo
741

Curso de Posgrado.
Derecho previsional

Aspectos teóricos prácticos
del régimen previsional argentino

Silvia Ivanna Barreto Portillo

758

Trabajo de investigación.

Tesis

Ricardo Ariel Gunther

765

Curso de posgrado. Cuestiones complejas
en materia societaria. Aspectos teóricos
y prácticos

Análisis de los Factores.

Determinantes de la Estructura.

Financiera en el Ámbito. Empresarial

Agostina Celeste Jara Rey

774

El Domicilio y la sede social
en clave digital

María Agostina Fogliati

795

I Curso de Posgrado I

El Fideicomiso.
Tratamiento Integral.
Aspectos Legales, Impositivos,
Contables, Notariales
y Registrales

“La protección del consumidor
inmobiliario en el marco de los
contratos de fideicomiso”

| Carla Camila Jarko |

La notable evolución doctrinaria y jurisprudencial en Argentina ha permitido la confluencia de dos ramas jurídicas autónomas: **el derecho de consumo y el derecho inmobiliario**, lo que ha dado origen a un nuevo paradigma jurídico: la protección del “consumidor inmobiliario” en el marco de los contratos de fideicomiso.

La incorporación del “**consumidor**” como sujeto de derecho, a partir de la sanción de la Ley N°24.240 de Defensa del Consumidor en 1993 y su reconocimiento constitucional en 1994, ha permitido el desarrollo de una amplia normativa que busca equilibrar los desajustes contractuales y proteger a la parte más vulnerable en los contratos.

Por su parte, con la promulgación de la Ley N°24.441, conocida como “**Ley de Financiamiento de la Vivienda y de la Construcción**”, en diciembre de 1994, marcó un hito en el mercado inmobiliario argentino al introducir el fideicomiso como una nueva forma de estructurar negocios. Esta ley revolucionó el sector, brindando una herramienta versátil y flexible para el desarrollo de emprendimientos inmobiliarios. Gracias a su gran adaptabilidad, el fideicomiso se consolidó rápidamente como una figura contractual de uso frecuente.

El objetivo de todo contrato de fideicomiso es la creación de un patrimonio de afectación destinado a cumplir un propósito específico. En el caso del fideicomiso inmobiliario, este fin es la construcción de un proyecto y la posterior entrega de las unidades funcionales a los beneficiarios o fideicomisarios.

La incorporación del consumidor como sujeto de derecho y la creciente utilización del fideicomiso como herramienta para desarrollar emprendimientos inmobiliarios han generado una serie de desafíos interpretativos y de aplicación.

El presente trabajo busca profundizar la protección legal del consumidor inmobiliario en Argentina dentro la operatoria de los fideicomisos, con un enfoque particular en la coexistencia de normas provenientes de distintas ramas del derecho. A través de un análisis de la normativa vigente, se identificarán las oportunidades y desafíos actuales, para garantizar una adecuada tutela de los derechos de los consumidores en este tipo de operaciones, contribuyendo así a un mercado inmobiliario más seguro y confiable.

1. Contextualización histórica del derecho de consumo y derecho inmobiliario

17 /

a. El consumidor como sujeto de derecho:

La protección jurídica al consumidor en Argentina se inició con la sanción de la Ley N° 24.240 el 22 de septiembre de 1993, marcando el comienzo de un extenso marco legislativo destinado a salvaguardar al consumidor como sujeto de derechos.

Posteriormente, la reforma constitucional de 1994 **significó un cambio radical** en la protección de los consumidores al elevarlos al rango constitucional. La incorporación de los derechos de tercera generación, o derechos de incidencia colectiva, en los artículos 42 y 43, junto con la jerarquía constitucional otorgada a los tratados internacionales sobre derechos humanos, consolidó un marco normativo sólido para la defensa de los consumidores, incluyendo aquellos que participan en operaciones inmobiliarias como los fideicomisos.

El texto original de la Ley N° 24.240 limitada su protección a la figura del consumidor como parte de un contrato, al considerar que solo quienes **contrataban a título oneroso podían ser considerados consumidores**, excluyendo así cualquier vínculo que no tuviera como antecedente el convencional. Sin embargo, la norma constitucional amplió el enfoque al introducir el concepto de “relación de consumo” como el ámbito de aplicación del derecho de consumidores y usuarios.

Por ello, un sector de la doctrinaria consideró insuficiente la definición de consumidor en la Ley N° 24.240, instando a su reemplazo por una que abarcara toda relación de consumo, incluyendo actos unilaterales y hechos jurídicos.

La ley experimentó varias modificaciones, pero fue la reforma integral de la Ley N° 26.361 en 2008 la que marcó un punto de inflexión en la protección del consumidor. Esta reforma modernizó el marco normativo, incorporando los avances que la jurisprudencia y la doctrina en nuestro país venían reflejando en diversos fallos, extendiendo su alcance a todas las relaciones de consumo donde intervienen, por un lado, un consumidor o usuario, y por el otro, un proveedor, ampliando no solo su objeto, sino también incluyendo los bienes recibidos a título gratuito.

Finalmente, con la sanción de la ley N° 26.994, que aprobó el Código Civil y Comercial de la Nación, se incorporaron diversas normas de protección al consumidor, en particular, los contratos de consumo en el Libro III – Título III, que constituyen un tipo general que abarca tanto contratos típicos como atípicos, creados por las partes mediante la autonomía privada.

En la actualidad, la definición de consumidor en el sistema jurídico argentino está regulada no solo por el artículo 1 de la Ley de Defensa del Consumidor, sino también por el artículo 1092 del Código Civil y Comercial de la Nación. Según estas disposiciones, se considera consumidor a **cualquier persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios, ya sea de manera gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar**

o social; incluyendo en esta definición a quienes, sin ser parte directa de la relación de consumo, se ven expuestos a la misma y adquieren o utilizan bienes o servicios como destinatarios finales.

En relación a los sujetos que pueden ser comprendidos dentro de la categoría de “consumidores”, podemos establecer tres tipos de clasificaciones.

1. **Consumidor directo:** Destinatario final del bien o servicio.
2. **Consumidor indirecto:** Persona que, sin ser parte de la relación de consumo originaria, termina siendo destinatario final de la prestación o de sus efectos jurídicos.
3. **Consumidor expuesto:** Persona que sufre un daño derivado de una práctica comercial desplegada por un proveedor.

Al analizar la normativa vigente, se observa que el concepto de consumidor se ha ampliado considerablemente. Hoy en día, se considera consumidor a toda persona que adquiere o utiliza bienes o servicios, ya sea como “destinatario final” o como tercero afectado por una relación de consumo. Así, cualquier persona que se vea expuesta a una relación de consumo puede ser clasificado como consumidor, como lo ha reconocido la jurisprudencia¹.

La reforma también eliminó una limitación relevante del artículo 2 de la Ley N°24.240, que excluía a aquellos que adquirirían bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros. Al eliminar esta restricción, muchas empresas o personas jurídicas que antes quedaban fuera del ámbito de la ley pasaron a ser consideradas consumidoras.

De esta manera, al integrarse el régimen de protección al consumidor en el Código Civil y Comercial y coexistir con el estatuto especial

1. CN. Com., Sala A, “Romero Emilio Enrique y Otros c/ BAPRO Mandatos y Negocios S.A.”, 17.11.2017.

de la Ley N° 24.240, el legislador ha consolidado un sistema normativo más completo y coherente, adaptándose a las nuevas realidades y garantizando una protección cada vez más amplia.

b. Alcances de la Relación de consumo

Como se mencionó anteriormente, la versión original de la Ley de Defensa del Consumidor de 1993 no incluía el concepto de ‘relación de consumo’ en su articulado. Este concepto, fue incorporado a nuestro sistema jurídico con la reforma constitucional de 1994, que introdujo los derechos de los consumidores y usuarios en el artículo 42 de la Constitución Nacional. Posteriormente, con la sanción de la Ley N°26.361, se armonizó el texto de la Ley con la terminología constitucional, incorporando en su artículo 3, de manera explícita la categoría de ‘**relación de consumo**’.

De acuerdo con lo establecido en citado artículo, para que se configure una relación de consumo, es indispensable la existencia de un **vínculo jurídico entre un consumidor o usuario y un proveedor**. Este último, ya sea persona física o jurídica, pública o privada, desarrolla de manera profesional, incluso ocasionalmente, actividades dirigidas a la producción, distribución y comercialización de bienes o servicios

Posteriormente, el artículo 1092 del Código Civil y Comercial, incorporó una definición que, si bien es similar a la establecida en el artículo 3 de la Ley de Defensa del Consumidor, se diferencia en que hace referencia únicamente al “consumidor” sin incluir al “usuario”. Sin embargo, esta definición se alinea con el espíritu de la Ley, evidenciando una coherencia normativa en la protección de los derechos de quienes adquieren bienes o servicios

Dicho esto, establecer la existencia de una relación de consumo es esencial para determinar el alcance del derecho del consumidor, ya que esta protección, lejos de limitarse al contrato, se extiende a todas las etapas del proceso de consumo, desde las circunstancias previas

hasta las posteriores. En otras palabras, lo relevante no es solo el vínculo contractual, sino el acto de consumir en sí mismo, y todas las circunstancias que lo rodean.

Como lo ha señalado la jurisprudencia, esta protección abarca no solo las relaciones contractuales, sino también aquellas circunstancias previas, concomitantes o posteriores, referidas a la actividad destinada a satisfacer el consumo final de bienes y servicios². En otras palabras, **lo protegido no es el hecho de contratar sino de consumir**.

c. Inmuebles como objeto de las relaciones de consumo

Entre las limitaciones de la redacción original de la Ley, se encontraba su objeto, ya que inicialmente solo contemplaba la adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda o lotes de terreno con el mismo fin, siempre que la oferta fuera pública y dirigida a personas indeterminadas. Aunque el Decreto Reglamentario N°1798/1994 amplió este concepto al incluir las viviendas prefabricadas, ningún otro negocio inmobiliario quedaba protegido por la ley.

Con la sanción de la Ley N°26.361 se produjo un cambio de paradigma, introduciendo modificaciones sustanciales en su objeto y ampliando su alcance para que todos los bienes y servicios puedan formar parte de las relaciones de consumo.

Esto abarca, entre otros, a los **inmuebles nuevos y usados**, así como diversas operaciones de **compraventa, locación, leasing, fideicomisos y planes de ahorro previo para la construcción de vivienda**, lo que propició el reconocimiento del consumidor inmobiliario como una categoría especial.

La jurisprudencia ha sido fundamental para consolidar esta interpretación, reconociendo que cualquier operación inmobiliaria que involucre a un consumidor y un proveedor queda sujeta a la normativa

2. C. Civ. y Com de Junín, 05/02/2.009, “Uazzi, Cristina Mabel y otros c. EDEN Empresa Distribuidora de Energía Norte”, SAIJ: FA09994516.

de defensa del consumidor, al afirmar que “...se presume que hay ‘relación de consumo inmobiliaria cuando, nos hallamos frente a un reclamo formulado por (...) personas físicas que adquirieron a título oneroso y en beneficio propio un bien inmueble, frente a una parte vendedora que actúa en el mercado de manera profesional. Encontrando así, la existencia de una vinculación jurídica entre un ‘consumidor inmobiliario’ y ‘proveedor’, siendo aplicable al caso la normativa consumeril...³”.

Por lo tanto, los negocios inmobiliarios que persigan la adquisición de inmuebles no escapan al ámbito de aplicación del derecho del consumidor, lo que demuestra la evolución de esta normativa y su capacidad para adaptarse a las nuevas realidades del mercado.

2. Análisis del Fideicomiso Inmobiliario en el contexto Argentino

\ 22

En los últimos años, el fideicomiso se ha destacado como una de las herramientas contractuales más utilizadas para formalizar diversas operaciones, tanto en el sector público como en el privado.

Su popularidad radica en dos aspectos claves: primero, es un mecanismo altamente adaptable, con una estructura jurídica simple que se ajusta a distintos tipos de acuerdos; y segundo, proporciona una limitación de responsabilidad que lo hace especialmente atractivo para los emprendedores, convirtiéndolo en una opción valiosa para los inversores.

En diciembre de 1994, con la aprobación de la Ley N° 24.441, conocida como la “**Ley de Financiamiento de la Vivienda y de la Construcción**”, se produjo un antes y un después en el mercado inmobiliario argentino. Esta normativa, al regular específicamente el fideicomiso, no solo cerró un vacío legal, sino que también impulsó

3. CC0103 Mar del Plata, 165098 110, sentencia de 26/06/2018, “Fornillo”, sumario JUBA B5055535.

significativamente la inversión en el sector, ofreciendo un instrumento seguro y flexible para la adquisición de viviendas

El marco normativo, buscó impulsar el desarrollo de proyectos inmobiliarios, respondiendo así a una necesidad social apremiante en un contexto de crisis económica. Para ello, reguló diversas figuras contractuales, incluyendo el fideicomiso y el contrato de leasing, con el objetivo de utilizarlas como herramientas eficaces en la promoción de dichos proyectos

Por estas razones, el Código Civil y Comercial de la Nación incluyó una sección específica sobre el fideicomiso en el Capítulo 30 del Libro Tercero, que trata sobre “Derechos Personales”, en el Título IV relativo a los “contratos en particular”. Esta reforma tenía como objetivo mejorar la normativa vigente, basándose en la experiencia, las críticas doctrinarias y la jurisprudencia acumulada desde la sanción de la Ley N°24.441, la cual fue derogada en sus artículos 1 a 26, y reemplazada por los artículos 1666 a 1700 del nuevo Código, incorporando el fideicomiso como un tipo contractual.

23 /

Aunque el fideicomiso inmobiliario no constituye una categoría contractual específica, ha evolucionado hasta convertirse en una de las opciones más elegidas para llevar adelante proyectos inmobiliarios, debido a su flexibilidad y capacidad para organizar grandes desarrollos.

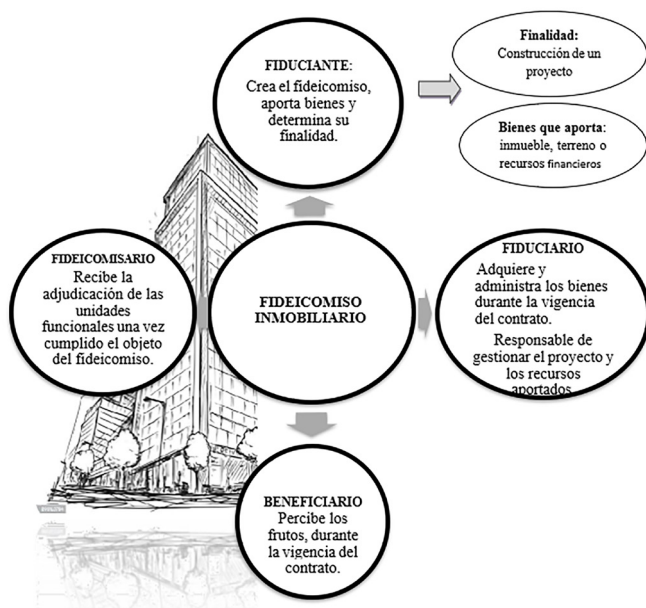
En esta modalidad, el **fiduciante** aporta bienes, generalmente terrenos baldíos o inmuebles, sobre los cuales se planifica un proyecto inmobiliario, mientras que otros fiduciantes contribuyen con los recursos financieros necesarios para iniciar la construcción. Los bienes transferidos al **fiduciario** son administrados por este último, quien asume el compromiso de llevar adelante la obra.

Los **beneficiarios o fideicomisarios** recibirán las unidades funcionales una vez que la construcción esté finalizada y se cumplan las condiciones estipuladas en el contrato de fideicomiso. En muchos casos, los propios fiduciantes también actúan como beneficiarios, lo que les permite ser tanto inversores como destinatarios finales de las unidades.

Además de encargarse de la construcción, el fiduciario puede comercializar las unidades funcionales con terceros, excepto aquellas reservadas para los fideicomisarios. Esto significa que el fiduciario puede vender algunas unidades a personas ajenas al contrato de fideicomiso, quienes pueden optar por adherirse al mismo y convertirse en fiduciantes o firmar boletos de compraventa sin necesidad de formar parte del fideicomiso.

También es importante distinguir entre el fiduciante originario, y los fiduciantes que financian la obra mediante sus aportes. Estos últimos pueden actuar como fiduciantes- beneficiarios del fideicomiso o como simples adquirentes-beneficiarios por la compra de las unidades.

Como resultado de lo expuesto, el siguiente cuadro ilustra los diferentes sujetos y partes involucradas en un fideicomiso inmobiliario y sus respectivas funciones:



a) Fideicomiso Inmobiliario: una herramienta versátil para inversiones

A pesar de ser la figura más utilizada en la práctica, ni la derogada Ley N°24.441 ni el actual Código Civil y Comercial tipificaron a esta especie dentro del género contractual, sino que es el resultado del ejercicio de la autonomía de la voluntad, con excepción de ciertos contenidos que el contrato debe incluir.

La práctica, ha dado lugar a un formato típico para este tipo de contratos, con la **adopción de una estructura estandarizada de contenidos**, entre las que se repiten las siguientes cláusulas: finalidad; plazo; facultades del fiduciario; obligaciones del fiduciario; derechos del fiduciario; aportes de los fiduciantes, obligaciones e incumplimientos; derechos de los beneficiarios; toma de posesión; renuncia y remoción del fiduciario; eventos de terminación anticipada del fideicomiso; convocatoria a asamblea de beneficiarios; inversión transitoria de los fondos fideicomitados; ley y jurisdicción aplicables, entre las más relevantes.

Esta dinamismo, permite que los contratos de fideicomiso inmobiliario se adapten a las necesidades específicas de cada proyecto, incorporando cláusulas que reflejen los intereses de las partes involucradas, lo que refuerza su utilidad en el desarrollo de negocios inmobiliarios.

Su versatilidad, sumado a la creciente sofisticación del mercado, lo convierten en una herramienta esencial para dar respuesta a las demandas cambiantes del sector.

b. Fideicomiso al costo y precio fijo

La modalidad de **fideicomisos al costo**, los participantes ingresan al proyecto como **fiduciantes adherentes**, comprometiéndose a cubrir los gastos de la obra a medida que avanzan. Si bien esto les otorga un mayor control sobre los costos, también los expone a los riesgos de la inflación y los incrementos en los precios de los materiales y la mano de obra.

Cuando firman el contrato, lo que se conoce es un precio al día de la suscripción, en función de los costos en ese momento. El precio es variable y está sujeto a cambios a medida que se incrementan los costos de la obra.

En cambio, la opción de *precio fijo* implica que los compromisos financieros se determinan de antemano por el desarrollador. No obstante, a pesar de esta modalidad, la mayoría de las personas todavía prefieren el sistema de costo en lugar de un precio cerrado en dólares.

Esto es así a pesar de que en ocasiones la inflación y los costos de construcción (incluyendo materiales, sindicatos, mano de obra, entre otros) han superado el ritmo de depreciación del peso en relación con el dólar.

En ambas modalidades, los participantes se ven obligados a suscribir contratos de adhesión con cláusulas preestablecidas, sin la posibilidad de negociar sus términos. Esta situación se debe, en gran medida, a que suelen incorporarse a fideicomisos ya constituidos, donde se les presentan contratos estándar, redactados unilateralmente por el fiduciario.

3. La protección del consumidor en la adquisición de bienes inmuebles a través del Fideicomiso

Para determinar si el comprador de un inmueble, adquirido mediante un **fideicomiso inmobiliario** puede clasificarse como consumidor, es necesario analizar lo que estipulan los artículos 1, 2 y 3 de la Ley de Defensa del Consumidor y el artículo 1092 del Código Civil y Comercial de la Nación.

En primer lugar, el artículo 1 de la Ley de Defensa del Consumidor tiene como finalidad proteger a los consumidores o usuarios, definiéndolos como personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan de bienes o servicios como destinatarios finales, siempre que no formen parte de una cadena de producción o distribución.

En cambio, el artículo 2 define al proveedor como toda persona física o jurídica que participa en la cadena de producción o distribución de bienes o servicios. Esto implica que, para ser considerado proveedor, un sujeto debe desarrollar actividades comerciales de manera habitual.

Asimismo, como se mencionó anteriormente, para que exista una relación de consumo, debe haber un vínculo jurídico entre el consumidor o usuario y el proveedor (conf. Art. 3).

Por su parte, el **artículo 1092** del Código Civil y Comercial establece que las disposiciones de la Ley de Defensa del Consumidor se aplicarán a contratos que, sin ser de consumo, tengan por objeto la adquisición de bienes muebles o inmuebles, cosas muebles registrables, locaciones de cosas y servicios, siempre que la otra parte interviniente en el contrato se dedique habitualmente a estas actividades.

Dicho esto, en el contexto de los negocios fiduciarios, el **fiduciario** desempeñará el rol de proveedor por excelencia, ya que actúa como administrador de los bienes fideicomitidos. También las **empresas constructoras y agencias inmobiliarias** que intervengan en la cadena de comercialización de las unidades funcionales se consideran proveedores, y el rol de consumidor **recaerá en la persona física o jurídica que adquiera la unidad funcional como destinatario final, es decir, quien la compra para su uso o disfrute personal.**

En consecuencia, quedarán incluidos en este régimen protectorio los supuestos en que un **fiduciario ofrezca al público unidades inmobiliarias a construir, y quien las adquiera lo haga en calidad de destinatario final.**

En base a los conceptos expuestos, se hacen las siguientes apreciaciones:

- I. Los fiduciantes originantes que aporten bienes no deben ser protegidos por la normativa de los consumidores, en tanto ellos son, en general, son inversores que desembolsan importantes sumas de dinero para obtener a cambio una ganancia. (unidades funcionales, por ejemplo).

- II. En lo que respecta a las personas que adquieren derechos sobre unidades funcionales del inmueble a construirse, sin haber sido partes originarias del contrato de fideicomiso, sea cual fuera la forma de contratación, dependerá el destino previsto para el inmueble.
- III. Para calificar a un adherente como un consumidor, será determinante establecer que no busca obtener una ganancia, sino que sus fines se limitan a la adquisición de una unidad funcional o vivienda. Lo fundamental es que el inmueble esté destinado a ser utilizado como vivienda, si lo adquiere para alquiler temporal o para revender, no será caracterizado como consumidor.
- IV. Es relevante señalar que el esquema empleado para formalizar el negocio no afecta la aplicación de la Ley. Esto se aplica tanto si la adquisición de la unidad se lleva a cabo a través de un boleto de compraventa con el fiduciario como si se realiza mediante la incorporación del adquirente como fiduciante y beneficiario a través de un contrato de adhesión. Lo esencial radica en la causa del aporte y en el destino acordado para la adquisición de la futura unidad.

\ 28

4. La Aplicación del Régimen de Protección al Consumidor en los Fideicomisos Inmobiliarios: Análisis y Alcances

Como fuera expuesto en párrafos anteriores, la aplicabilidad de la Ley de Defensa del Consumidor a los fideicomisos inmobiliarios depende de la naturaleza de la relación contractual. Cuando un consumidor adquiere una unidad inmobiliaria destinada a vivienda en un proyecto de construcción, se establece una relación de consumo que coexiste con la relación fiduciaria.

En este sentido, es fundamental interpretar de manera armónica tanto las normas que regulan los fideicomisos en el Código Civil y

Comercial como las disposiciones de protección al consumidor, para asegurar una adecuada tutela de los derechos de los adquirentes.

Las normas de protección al consumidor ofrecen herramientas significativas a favor de la parte más débil en la relación de consumo, creando un régimen tuitivo respaldado por diversos mecanismos legales para su efectiva protección.

En este contexto, la adquisición de un inmueble destinado vivienda es mucho más que una mera transacción inmobiliaria. Para la mayoría de las personas, representa la materialización de un proyecto de vida que involucra una inversión emocional y económica considerable, donde se comprometen recursos económicos, ahorros e incluso créditos hipotecarios.

Dada la alta valoración del bien y la complejidad de la transacción, los consumidores se enfrentan a varios riesgos. Por ello, el ordenamiento jurídico argentino contempla una amplia gama de normas destinadas a tutelar los derechos de los consumidores. La Ley de Defensa del Consumidor, la Constitución Nacional y el Código Civil y Comercial de la Nación, constituyen los pilares de este sistema de protección, estableciendo derechos fundamentales y mecanismos de control para garantizar que las relaciones de consumo se desarrollen en condiciones de equidad y transparencia.

Al encuadrar una operación inmobiliaria estructurada mediante un fideicomiso como una la relación de consumo, se garantiza una protección integral de los derechos de los adquirentes. Esto implica que los compradores podrán valerse de un amplio conjunto de herramientas legales, diseñadas específicamente para resguardar sus intereses, las cuales se detallan a continuación:

1. Aplicación de los principios protectorios del derecho consumidor

Como relación de consumo, los principios la que rigen adquieren carácter vinculante, operatividad y aplicación inmediata, dentro de los cuales se destacan:

- **Principio protectorio:** Es uno de los pilares fundamentales. Reconoce la posición de vulnerabilidad en la que se encuentra el consumidor frente al proveedor, quien generalmente posee mayor conocimiento técnico y económico, consagrado expresamente en el art. 1094 del Código Civil y Comercial y manifiesta en diversas normativas que establecen requisitos de información, calidad y seguridad en los productos y servicios.
- Se manifiesta en diversas normas que establecen requisitos de información, calidad y seguridad en los productos y servicios, así como en la imposición de sanciones a quienes infrinjan la ley.
- **Principio de irrenunciabilidad:** Este principio establece que los derechos de los consumidores son inalienables y no pueden ser renunciados, ni siquiera por voluntad propia. Impide que los consumidores firmen contratos con cláusulas abusivas que limiten sus derechos o los obliguen a renunciar a ellos, buscando proteger a los consumidores de prácticas desleales y abusivas que podrían poner en riesgo sus intereses.
- **Principio de buena fe:** Exige que tanto consumidores como proveedores actúen de buena fe en la relación de consumo. La buena fe implica actuar con lealtad, transparencia y honestidad en todas las interacciones y negociaciones.
- **Principio de primacía de la realidad:** En caso de conflicto o duda sobre los términos de una relación de consumo, prevalecerán los hechos reales sobre lo que se haya documentado o pactado formalmente. Se prioriza la intención y el comportamiento real de las partes, buscando una interpretación que proteja al consumidor en la medida de lo posible.

2. Derecho a la información:

El derecho a la información constituye un pilar fundamental en la protección del consumidor, especialmente en el sector inmobiliario. La obligación de los proveedores de brindar información cierta, clara y detallada sobre los inmuebles en venta, establecida en el artículo

4 de la Ley de Defensa del Consumidor y en el artículo 1100 del Código Civil y Comercial, resulta crucial para que los consumidores puedan tomar decisiones informadas.

La decisión de adquirir un inmueble se basa en la información que el consumidor recibe del proveedor. **Sin embargo, con frecuencia se omiten datos relevantes sobre el proyecto, como los riesgos asociados, los costos ocultos o la calidad de la construcción.** La ley exige que la información sea adecuada, veraz y completa, de modo que el consumidor pueda evaluar las características del inmueble, el precio y las condiciones de la operación

En la actualidad, la etapa precontractual de una operación inmobiliaria se caracteriza por una intensa actividad publicitaria a través de páginas web, redes sociales y diversas estrategias de marketing. Los comercializadores emplean estos canales para promocionar sus proyectos y captar potenciales compradores.

En este contexto, el derecho a la información cobra una relevancia especial, ya que lo que se promete en la publicidad es obligatorio para quien lo emite. Tanto fiduciarios como entidades financieras, en su rol de proveedores, tienen el deber de actuar con buena fe y brindar información clara y detallada al consumidor. La información debe ser gratuita y presentada de manera comprensible, permitiendo al consumidor evaluar de forma adecuada la propuesta inmobiliaria

31 /

3. El rol de la publicidad

La publicidad desempeña un papel fundamental en el mercado inmobiliario, siendo un elemento clave para atraer a potenciales compradores. Desde anuncios digitales hasta estrategias de marketing emocional, las diversas técnicas utilizadas buscan generar interés y vincular al consumidor con el proyecto.

Con el avance de la tecnología y la aparición de nuevos medios, las leyes argentinas han evolucionado para regular de manera más eficaz las comunicaciones publicitarias. La Ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual (LSCA) define la publicidad como: “*Toda*

forma de mensaje que se emite en un servicio de comunicación audiovisual a cambio de una remuneración o contraprestación similar, o bien con fines de autopromoción, por parte de una empresa pública o privada o de una persona física en relación con una actividad comercial industrial, artesanal o profesional con objeto de promocionar, a cambio de una remuneración, el suministro de bienes o prestación de servicios, incluidos bienes, inmuebles, derechos y obligaciones”.

El mercado inmobiliario no es ajeno a esto, ya que es un escenario altamente competitivo donde la publicidad juega un papel fundamental. Desde pequeñas propiedades hasta grandes proyectos urbanísticos, todas las operaciones se ven impulsadas por efectivas estrategias de marketing. La publicidad no solo atrae a potenciales compradores, sino que también posiciona a los proyectos en el mercado, generando interés por adquirir un inmueble. Es por esta razón que la publicidad inmobiliaria, sea cual sea el medio utilizado, adquiere una fuerza vinculante que integrará la oferta.

\ 32 Dado el peso que la publicidad tiene en el mercado inmobiliario, resulta fundamental contar con un marco legal sólido que proteja a los consumidores de prácticas engañosas. Es por ello que nuestra legislación establece diversas leyes y normas regulan las prácticas publicitarias, estableciendo límites claros a la publicidad engañosa, comparativa desleal y cualquier otra acción que pueda inducir al error o perjudicar los derechos de los consumidores

En este sentido, la **Constitución Nacional**, a través del **artículo 42**, protege a los consumidores garantizando su derecho a recibir información clara y veraz. La **Ley 24.240 de Defensa del Consumidor** complementa esta protección mediante varios artículos: el **artículo 4** exige que la información sobre bienes y servicios sea precisa; el **artículo 8** regula que la oferta no induzca al error, y el **artículo 8 bis** sanciona cualquier trato indigno o engañoso hacia los consumidores.

Por su parte el **Código Civil y Comercial de la Nación** también refuerza estos derechos. El **artículo 1097** establece que las ofertas

publicitarias son vinculantes, y el **artículo 1098** prohíbe las prácticas que induzcan al engaño.

4. Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria

El consumidor inmobiliario es por excelencia un adherente en las relaciones en las que participa. Los fiduciantes adherentes, se encuentran en una posición de desventaja, obligados a aceptar cláusulas preestablecidas sin negociación, ya que la mayoría de las veces, se incorporan a un fideicomiso ya constituido, y suelen aceptar contratos estándar, redactados por el fiduciario sin posibilidad de discutir su contenido. Entre las cláusulas abusivas más comunes que afectan a los consumidores del sector inmobiliario destacan aquellas que:

- **Imponen costos adicionales:** Exigiendo el pago de intereses no autorizados y/o aportes extraordinarios no contemplados en el contrato.
- **Limitación de la responsabilidad:** Liberando al proveedor, empresa constructora o vendedor de las consecuencias de sus actos u omisiones.
- **Presumen la aceptación del consumidor:** Dando por hecho que el consumidor acepta condiciones que no ha negociado.
- **Evitan la resolución del contrato:** Impidiendo al consumidor poner fin al contrato en caso de incumplimiento por parte del vendedor.
- **Desnaturalización de las obligaciones:** apartamiento injustificado del derecho supletorio en perjuicio del consumidor.

La legislación vigente, reconoce esta vulnerabilidad y otorga, a través de los artículos 37 de la Ley de Defensa del Consumidor y el 1117 del Código Civil y Comercial, la posibilidad de declarar nulas las cláusulas que resulten excesivamente onerosas o que limiten injustificadamente los derechos de los consumidores.

5. Incumplimiento y responsabilidad por daños

Ante el incumplimiento contractual por parte del fiduciario, el consumidor se encuentra habilitado a ejercer diferentes acciones legales previstas en la Ley de Defensa del Consumidor.

En primer lugar, la ley en su artículo 10 bis, otorga al consumidor la facultad de elegir entre distintas alternativas ante el incumplimiento, como el cumplimiento forzado del contrato, la sustitución del producto o la resolución del contrato con restitución de lo pagado

Asimismo, el incumplimiento puede consistir en la falta de entrega de la unidad, la entrega tardía o con vicios ocultos. En estos casos, el consumidor podrá demandar el cumplimiento del contrato, la entrega de la posesión y también el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados, incluyendo aquellos de carácter punitivo en los supuestos previstos en el artículo 52 bis de la LDC.

Además, la ley brinda al consumidor herramientas procesales que agilizan la resolución de conflictos, como el beneficio de justicia gratuita, procesos judiciales más breves y un régimen probatorio favorable, lo que simplifica la carga probatoria para el consumidor.

Conclusiones finales

El crecimiento exponencial del fideicomiso inmobiliario y su versatilidad como herramienta contractual han transformado el mercado inmobiliario. Sin embargo, esta evolución ha traído consigo nuevos desafíos, especialmente en términos de protección al consumidor.

También la evolución de la protección al consumidor en Argentina ha sido notable, transformándose de un enfoque limitado a un marco normativo sólido y abarcador.

La inclusión del consumidor inmobiliario dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor ha sido un avance

significativo, garantizando que los adquirentes de unidades funcionales en estos proyectos cuenten con mayores garantías y protección

La regulación de la publicidad y la prohibición de cláusulas abusivas se destacan como aciertos fundamentales de nuestro sistema legal, asegurando que los consumidores no sean víctimas de prácticas engañosas o desleales.

La legislación vigente proporciona mecanismos que permiten a los consumidores demandar el cumplimiento de sus derechos y exigir reparaciones ante incumplimientos, consolidando un sistema jurídico que busca equilibrar la relación entre el proveedor y el consumidor en un sector caracterizado por su complejidad y vulnerabilidad. No obstante, aún queda camino por recorrer.

Es fundamental continuar fomentando la educación del consumidor, fortaleciendo los mecanismos de control y supervisión, y promoviendo una mayor transparencia en las operaciones inmobiliarias.

De esta manera, se logrará un equilibrio entre los intereses de los desarrolladores y los derechos de los consumidores, contribuyendo a un mercado inmobiliario más justo y sostenible.

Bibliografía

- ALVAREZ LARRONDO, F. M., “El impacto procesal y de fondo de la nueva ley 26.361 en el Derecho del Consumo”, Sup. Esp. “Reforma de la ley de defensa del consumidor”, LL 01/01/2.008, p. 25 y ss.
- ESPARZA, G. A. (2006). El fideicomiso. Introducción a un estudio comparado de su legislación en Argentina, México y Panamá. Buenos Aires. Gowa Ediciones Profesionales.
- HAYZUS, J. R. (2000). Fideicomiso. Buenos Aires. Astrea. HAYZUS, J.R. (2011). Fideicomiso 3a ed. Buenos Aires. Astrea.
- MOLINA SANDOVAL, C. A., (2008) Reformas sustanciales a la ley de defensa del consumidor”, Suplemento especial La Ley, p. 81 y ss.
- LORENZETTI, R. L. -SCHÖTZ, G. J., (2.003). Defensa del Consumidor. Buenos Aires. Ábaco.
- PAPA, R. G. (2019). Fideicomiso 2° Edición. Buenos Aires. Erreius.
- “Publicidad y relación jurídica de consumo. Breves reflexiones a partir del derecho Brasileño”, en CARRANZA ÁLVARES, César (coordinador), Temas actuales de Derecho del Consumidor, Ediciones Normas Jurídicas, Lima, 2.017, p. 238.
- “Relación de Consumo” en STIGLITZ Gabriel A.- HERNÁNDEZ Carlos A. (directores), Tratado de Derecho del Consumidor, La Ley, Buenos Aires, 2.015, T. II, p. 428 y ss.

"La utilización del fideicomiso por
parte de municipios bonaerenses
para la generación de suelo.
Casos de estudio: Castelli, Moreno,
Lincoln y Carlos Tejedor".

I Laureano Valentín Lo Gioco I

Introducción

Determinación del tema de estudio y metodología de trabajo:

\ 38 El objetivo de este trabajo es relevar aquellos casos en los que el contrato de fideicomiso estudiado en este posgrado fue aplicado de manera exitosa por municipios bonaerenses para desarrollar suelo urbano e industrial y a partir de su estudio arribar a conclusiones sobre el marco normativo vigente y la posibilidad de aplicar esta herramienta para resolver otras problemáticas comunes existentes.

El contexto de la realización de este posgrado es el de una nueva crisis económica y un gobierno nacional que ha decidido reducir su participación en la obra pública a un rol residual, poner la lupa sobre el funcionamiento de los fideicomisos públicos existentes y reducir las transferencias discrecionales de fondos a las provincias a su mínimo nivel, prácticamente eliminando la posibilidad de realización de obra pública de envergadura en ninguno de los 3 niveles del estado. La crisis no sólo es económica/financiera, sino que además durante muchos años acumulamos un gran pasivo en infraestructura, servicios públicos y acceso a la vivienda en todo el país.

Ante el panorama planteado inicialmente, dos fueron los disparadores que empujaron a estudiar este tema. Por un lado, el artículo “Bienes improductivos del Estado y fideicomiso: sinergia estratégica para el desarrollo” publicado por el profesor Pertierra Canepa

en el portal *Ámbito.com* el 15/03/2020 en donde se propone darle un destino productivo a muchos bienes improductivos que están en manos del estado y que, hasta ahora, su único destino aparente era el desaprovechamiento o el remate al mejor postor concretando un negocio inconveniente. Por el otro lado, el conocimiento del Fideicomiso Santa Catalina en la Ciudad de Corrientes, que es un ejemplo de lo que el docente plantea en el artículo: se aportaron 2.387 hectáreas al sur de la ciudad para que el fiduciario, la Caja Municipal de Préstamos, aproveche la disponibilidad de tierra pública y explote ese inmueble desarrollando loteos, zonas industriales y parques públicos.

Luego de relevar los proyectos que podrían ajustarse al tema de estudio determinado, se escogieron Castelli, Moreno, Lincoln y Carlos Tejedor para en cada caso estudiar el objeto del contrato, el patrimonio fideicomitido, los sujetos del contrato y las características del proyecto. Para adentrarnos en los casos de estudio en particular, antes es necesario describir sucintamente cual es la situación jurídica de los municipios en la provincia de Buenos Aires.

39 /

Situación jurídica de los municipios bonaerenses:

Si bien las provincias tienen desde la reforma constitucional de 1994 la obligación de asegurar la autonomía municipal, la provincia de Buenos Aires incumplió este mandato en su reforma constitucional de 1994 haciendo caso omiso al artículo N° 123. Por lo tanto, los municipios bonaerenses carecen de autonomía municipal, estando impedidos de financiarse por cualquier vía (entidades bancarias privadas, mercado de capitales, organismos multilaterales de crédito) sin autorización expresa del gobierno provincial. En este marco es que el fideicomiso aparece como una tentadora alternativa de financiamiento del desarrollo de obras y proyectos urbanísticos.

Rosatti (2006) sostiene que para que un municipio tenga autonomía en el sentido del artículo 123 de la CN, debe reunir cinco atribuciones; a saber: autonormatividad constituyente, que es la capacidad

de darse su propia norma fundamental; autocefalía, que es la capacidad de elegir sus propias autoridades; autarcía, que consiste en la autosatisfacción económica y financiera, derivada de poseer recursos propios; materia propia, es decir, el reconocimiento de facultades de legislación, ejecución y jurisdicción; autodeterminación política, que consiste en el reconocimiento de garantías frente a las presiones políticas (Rosatti, 2006). Siguiendo al autor citado, considerando que en la provincia de Buenos Aires ningún municipio se encuentra habilitado a dictar su carta orgánica, se está incumpliendo el artículo 123 de la CN.

Explica Fazio (2010) que la autonomía económico-financiera son dos autonomías distintas que van de la mano. Para el autor citado, la autonomía económica es la “(...) facultad del municipio de procurarse sus recursos propios sin intervención de ningún otro orden estatal (sin perjuicio de que a algunos de ellos los perciba de otros niveles de gobierno en virtud, v.gr. de regímenes de coparticipación) (...)” (p. 338), y la autonomía financiera consiste en la percepción e inversión de recursos (p. 338). De acuerdo con Álvarez Echagüe (2005), la autonomía económica y financiera permite al municipio ser considerado plenamente autónomo. Asimismo, de acuerdo con el autor citado, hay que entender a la autonomía no solo en el sentido de poder administrar recursos, sino que los municipios deben contar con los ingresos suficientes para hacer frente a las funciones que les son inherentes y transferidas. De esta forma, como dice Ábalos (2015), para que la autonomía municipal no sea una mera declamación debe ser reconocida en el ámbito económico y financiero que contribuye a la fortaleza institucional del municipio.

De acuerdo a lo expuesto en los párrafos precedentes, la autonomía económica y financiera hace efectiva la autonomía municipal y las provincias son las encargadas de definir, precisar y coordinar los poderes a asignar a los municipios.

Si bien de la lectura de Constitución surgen argumentos para sostener la posibilidad de que los municipios bonaerenses apliquen

impuestos, en la actualidad solo regulan y aplican tasas y contribuciones de mejoras, no recurriendo a la creación y aplicación de dichos tributos debido a los compromisos que surgen de la Ley de coparticipación federal y de normas como, por ejemplo, el código fiscal (Maruccio, 2006). Como dice Maruccio, “la imposibilidad de aplicar impuestos no radica en el status constitucional de las comunas, sino en el contexto infraconstitucional que prácticamente, no dejó ámbito para esta especie de imposición” (2006, p. 354).

Como sabemos, en la práctica en la provincia los municipios tienen facultades de cobrar tasas y contribuciones por mejoras. En dicho sentido, comenta Núñez (2008) que históricamente el tesoro municipal era financiado a través de tasas, derechos y contribuciones y que el término impuestos mencionado en algunas constituciones provinciales y leyes orgánicas municipales es posible que refleje el concepto genérico de tributo antes que el de impuesto. Asimismo, expresa Núñez (2008) que tradicionalmente las funciones de los gobiernos locales consistían en la prestación de servicios que se financiaban a través de tasas, pero en la actualidad las funciones municipales se expandieron, abarcando servicios indivisibles y la realización de obras de infraestructura.

Para revertir el atraso constitucional que encuentran los municipios bonaerenses es preciso considerar, de acuerdo con Reca (2013), que el municipio no es un ámbito residual de administración como se lo ha concebido durante décadas, sino que es “el ámbito final de descentralización del poder que traduce nuestro federalismo”. De acuerdo a lo expuesto debe garantizarse la autonomía a fin de asegurar sus aspectos fundamentales teniendo en cuenta la capacidad política, administrativa y económica del municipio (Reca, 2013).

De este breve repaso podemos concluir que los recursos municipales provienen de las transferencias de los gobiernos nacionales y provinciales, del cobro de tasas retributivas de servicios y de las contribuciones por mejoras, que “son requeridas compulsivamente por el mayor valor adquirido por los bienes de los habitantes, a quienes se

les exige el pago por haber sido beneficiados económicamente por la realización de una obra” (Ziulu, 1997).

Tras un repaso por el régimen municipal bonaerense en el que vimos el acotado margen de acción que tienen los municipios y en este contexto de escasez de recursos por la disminución de recaudación de impuestos, de transferencias nacionales y provinciales y bajo cobro de tasas, ahora podemos dimensionar la oportunidad que significa la implementación por parte de los municipios de figuras jurídicas novedosas y flexibles como lo son los fideicomisos.

Para darle un cierre al marco normativo bonaerense, es conveniente darle lectura al artículo N° 54 de la Ley orgánica de los municipios, el que los habilita a constituir fideicomisos:

Artículo 54 Ley Orgánica Municipios: “*Corresponde al Consejo autorizar la venta y la compra de bienes de la Municipalidad, así como su disposición para la constitución de fideicomisos. Estos contratos sólo deberán tener el tratamiento previsto en los artículos 46 a 50 de la presente ley cuando se contemple la emisión de títulos valores a cuyo repago y/o garantías se afecten recursos de libre disponibilidad o fondos correspondientes al Régimen de Coparticipación*”.

Adicionalmente, y tras la exigencia del Artículo 1669 del CCyCN de que los contratos de fideicomiso se inscriban en el registro público que corresponda, la Dirección Provincial de Personas Jurídicas de la Provincia de Buenos Aires emitió el 13 de mayo de 2016 la disposición N° 13/2016 que determina las reglas, procedimientos y requisitos necesarios a los efectos de registrar los contratos de fideicomiso cuando sus objetos incluyan acciones y/o cuotas sociales y/o partes de interés de sociedades inscriptas ante la DPPJ, los bienes objeto del fideicomiso se encuentren en la jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires; o, cuando al menos uno de los fiduciarios designados posea domicilio en la Provincia de Buenos Aires.

Por último, antes de ir de lleno a los casos de estudio seleccionados, es destacable que se registraron otros antecedentes de utilización de fideicomisos por parte de municipios bonaerenses cómo Azul (Financiero, remodelación teatro San Martín), Mar del Plata (Financiero, red vial), Rojas (De administración, parque industrial), Tres Arroyos (De administración, playa de camiones).

Dados los argumentos desarrollados para este trabajo se decidió investigar la utilización del fideicomiso por parte de municipios bonaerenses para la generación de suelo, en particular los casos de los Parques Industriales I y II de la Municipalidad de Moreno y los casos de generación de suelo urbano de Castelli, Carlos Tejedor y Lincoln.

I. Casos de estudio

a. Municipalidad de Castelli

43 /

Fideicomiso Castelli es tu casa	
Fiduciante	Municipalidad de Castelli
Fiduciario	Ente descentralizado municipal creado Ad hoc (Ord. 09/2017)
Beneficiario	Cesionarios adquirentes con destino residencial
Fideicomisario	Municipalidad de Castelli.
Patrimonio fideicomitado	Tres inmuebles expropiados que componen “el predio”.
Objeto del contrato	Generación de lotes urbanos con servicios.

El fideicomiso Castelli es tu casa fue el pionero en el nuevo marco normativo que significó la entrada en vigencia del Código Civil y

Comercial a partir del 1 de agosto de 2015 y la consecuente reglamentación del requerimiento de inscripción de los fideicomisos que en la provincia de Buenos Aires recayó en la Dirección Provincial de Personas Jurídicas (Disposición 13/16).

Para determinar el carácter de público de este instrumento pueden usarse dos criterios: el que lo considera público cuando el fiduciante es el estado y el que lo hace cuando el objeto del contrato es de bien público. En este caso se configuran ambos criterios, aun cuando la confusión de fiduciante y fiduciario (Municipio y entre descentralizado municipal) desnaturaliza la bilateralidad del contrato y puede generar problemas de responsabilidad.

La política de suelo urbano desarrollada tuvo algunos antecedentes normativos sin los que esta novedosa herramienta sería difícil de entender. Si bien su desarrollo más pronunciado se dio a partir del 2016, la inquietud por resolver la escasez de suelo urbano se remonta a 2009 con la adopción de la Resolución N° 16/2009 por parte del Concejo Deliberante que declara la emergencia habitacional y a 2011 con la ordenanza N° 53/2011 que crea el Banco de Tierras Municipal.

La novedad aparece en 2012 cuando la Provincia sanciona la ley N° 14.449 de Acceso Justo al Hábitat, en cuyo Capítulo IV llamado “Instrumentos de actuación” se incluye la Sección I “Promoción de procesos de producción social del hábitat y urbanizaciones planificadas”. En esta línea, el municipio decidió declarar de utilidad pública y sujetos a expropiación 10 quintas, que el siguiente año fueron expropiadas por la legislatura bonaerense con la ley 14.507/2013.

En virtud de la entrada en vigencia del CCyCN a partir del 1 de agosto de 2015 en cuyo artículo N° 1669 se incorpora la obligación de inscripción en el registro público, la provincia de Buenos Aires a través de la Dirección de Personas Jurídicas dicta en mayo de 2016 la Disposición 13/16 donde reglamenta la exigida inscripción.

En 2017 se sanciona la Ordenanza 23/2017 que crea la Agencia Social de Tierras y Urbanismo, un organismo descentralizado, que

depende del Poder Ejecutivo Municipal, que reúne todas las áreas vinculadas al mejoramiento del hábitat, organiza la demanda de suelo y vivienda en Castelli, adquiriendo tierra y haciéndose cargo de su urbanización, cobrando las cuotas, coordinando con otras áreas del municipio, por ejemplo la Secretaría de Obras Públicas, que realiza las obras de infraestructura y urbanización y la Dirección de Planeamiento Urbano y Catastro, que identifica las tierras aptas (desde lo edilicio a lo legal).

La ordenanza 05/2017 del 27 de enero de 2017 autoriza al Departamento ejecutivo a suscribir el contrato de Fideicomiso “Castelli es tu casa”. La ordenanza 09/2017 sancionada el 15 de marzo de 2017 le otorga al contrato la calidad jurídica de “Fideicomiso público en función de su objeto y causa”. Asimismo, le da al fiduciario la calidad jurídica de ente descentralizado de la Administración Central Municipal, otorgándole personalidad jurídica propia bajo la figura de “organismo descentralizado” en los términos de la Ley Orgánica de las Municipalidades.

45 /

El 19 de mayo de 2017 se firmó el contrato del Fideicomiso Castelli es tu Casa entre el intendente municipal en carácter de fiduciante y el ente descentralizado municipal dotado de personalidad jurídica propia escogido como fiduciante. En base a la disposición 13/16, la Dirección de Personas Jurídicas emite en junio de 2017 su resolución N° 4147 donde ordena inscribir el contrato.

La ordenanza N° 23/2017 de fecha 04 de julio de 2017 crea la Agencia Social de Tierras, Urbanismo y Vivienda Municipal, cuya finalidad es la optimización de las capacidades estatales en la planificación y ejecución de las políticas de hábitat.

Los beneficiarios deben cumplir con los siguientes requisitos: ser ciudadano de Castelli (Acreditar mínimo 5 años de residencia en el municipio) y no poseer ningún bien inmueble. El sistema consiste en la compra del lote en cuotas del valor equivalente a 10 bolsas de cemento, valor que surge del promedio de precios que informan cada 3 meses los corralones de Castelli (Olguín, 2022). Se generaron 1172 lotes en una población de menos de 10.000 habitantes (2024).

b. Municipalidad de Moreno

Fideicomiso Parque Industrial Moreno I y II	
Fiduciante	Municipalidad de Moreno
Fiduciario	Provincia Mandatos y Negocios S.A. Con consejo de administración.
Beneficiario	Cesionarios adquirentes de parcela con destino industrial.
Fideicomisario	Municipalidad de Moreno
Patrimonio fideicomitido	Tres inmuebles expropiados
Objeto del contrato	Generación de 167 parcelas con servicios industriales

\ 46 La ley provincial N° 13.744 regula los agrupamientos industriales y establece que la solicitud de aprobación de un proyecto destinado a la creación, modificación o ampliación de un Agrupamiento podrá ser realizada, en forma independiente o conjunta por una Persona Jurídica, una Asociación Gremial Empresaria o el Municipio, Provincia de Buenos Aires y/o Gobierno Nacional.

La norma tipifica los agrupamientos industriales en 5 categorías que son Parque Industrial, Sector Industrial Planificado, Área de Servicios Industriales y Logística, Incubadoras de Empresas y Unidades Modulares Productivas a la vez que estipula que los agrupamientos pueden ser generales, sectoriales o científico/tecnológicos. Según quien los promueve serán oficiales, privados o mixtos. En este caso, estudiaremos un parque industrial general promovido por el municipio a través de la constitución de un fideicomiso.

El 31 de octubre de 1996 la legislatura bonaerense sanciona la ley 11.867/1996 que declara de utilidad pública y sujetos a expropiación 3 inmuebles que serán adjudicados al dominio de la Municipalidad

de Moreno para ser afectados a la construcción y funcionamiento de un Parque Industrial. El 25 de noviembre del mismo año el gobernador promulga a través del decreto 4.302/1996 la mencionada ley 11.867/1996.

El 18 de octubre de 2004, a través del Decreto 2.555/2004, el gobernador aprueba el convenio celebrado el 20/08/2004 en el que la provincia y el municipio acuerdan:

Que la provincia hará frente al pago de la indemnización por capital, intereses y demás conceptos derivados del proceso judicial expropiatorio.

Que el municipio asume a su cargo el importe que abone la provincia en la parte en que exceda la suma de pesos seis millones y que el monto asumido por la municipalidad será descontado por la provincia en 96 cuotas mensuales iguales y consecutivas que se retendrán a partir de enero de 2005 de los recursos que le correspondan al municipio por la distribución del régimen de coparticipación. De esta manera, en enero de 2013 se completó la totalidad del saldo.

El municipio presentó junto al desarrollador (Desarrollo Productivo SA) el informe de factibilidad municipal del proyecto del parque industrial exigido por el artículo N° 5 de la ley 13.744 (Régimen de creación y funcionamiento de agrupamientos industriales): *“Entiéndase por Informe de Factibilidad Municipal, el documento expedido por el Municipio donde se ubicará el proyecto indicando la conveniencia del mismo y su realización de acuerdo a las condiciones establecidas en la presente Ley.”*. En respuesta, la Dirección Provincial de Desarrollo y Promoción Industrial del Ministerio de Producción de la Provincia en sus resoluciones 1 y 2 aprobó el proyecto de agrupamiento industrial de los sectores industriales planificados I y II.

En sesión extraordinaria del 10/01/2013, el Concejo Deliberante de Moreno sancionó la Ordenanza N° 5263/2013 de Desarrollo de Parques Industriales de Moreno en cuyo artículo N° 4, inciso quinto, se autoriza al departamento ejecutivo a reglamentar el funcionamiento y aprobar el contrato constitutivo del fideicomiso “Parques

Industriales de Moreno”, designando el Consejo de Administración y estableciendo los aportes del Municipio al dominio fiduciario.

El fideicomiso tendrá como objeto la gestión y desarrollo de los parques industriales y la transferencia de las parcelas ubicadas en los mismos a los adquirentes inscritos en el registro.

Asimismo, se determina que “El fiduciario deberá ser una unidad de negocios pertinente dependiente de un banco público. El Departamento Ejecutivo aprobará la reglamentación del Consejo de Administración, el contrato constitutivo del fideicomiso y toda otra normativa que haga a su funcionamiento. En el inciso séptimo se estipula que “para la constitución del contrato de fideicomiso, deberá aportar al mismo la tierra necesaria para su desarrollo. Teniendo para la formalización del fideicomiso un plazo máximo de 2 años.”.

El inciso número 17 habilita al departamento ejecutivo a “otorgar mandato al Consejo de Administración para ejecutar las obras que sean necesarias para el desarrollo del Parque Industrial con fondos del Fideicomiso”. El artículo 12 de la ordenanza establece que “concluido el contrato de Fideicomiso, las parcelas remanentes sin vender, volverán al dominio privado de la Municipalidad, en calidad de fideicomisario”.

El título II de la norma es sobre el fideicomiso propiamente dicho y en su artículo N° 23 crea el Fideicomiso “Parques Industriales de Moreno”, “cuyo objeto es el desarrollo de los parques industriales, la localización de las empresas, la ejecución de las obras de infraestructura y de servicios, la transferencia de las parcelas ubicadas en los mismos a los adherentes inscriptos en el Registro pertinente, y promover la participación privada en la construcción, mantenimiento, operación y financiamiento de las obras publicas autorizadas por la misma”.

A su vez, en el artículo N° 24 se estipula que el patrimonio del fideicomiso se integrará por el inmueble afectado, los recursos provenientes de los organismos multilaterales de crédito que le sean afectados, el producido de las operaciones de venta de las parcelas, las contribuciones, subsidios, legados o donaciones y los aportes del sector privado.

La misma ordenanza estipula en su artículo N° 25 que el municipio será el fiduciante quien actuará a través de un Consejo de Administración, en su artículo N° 26 que el municipio será el beneficiario y el fideicomisario y que el fiduciario deberá ser una empresa o unidad de negocios perteneciente a un banco público en su artículo N° 27.

Cómo complemento de la creación del parque industrial desarrollado a través del fideicomiso, se sancionaron las ordenanzas N° 5806/2017 (Adhesión a Ley provincial de Promoción Industrial) y N° 6866/ 2022 (Creación zona especial de promoción industrial).

Finalmente, el 8 de abril de 2021 a través del Decreto 164/2021 (DECRE-2021-164-GDEBA- GPBA) se crea formalmente el Sector Industrial Planificado Moreno 1 y se determina que los predios serán pertenecientes al agrupamiento industrial creado.





c. Municipalidad de Lincoln

Fideicomiso Inmobiliario Therraviva Lincoln Timbó	
Fiduciante	Privado y Municipalidad de Lincoln
Fiduciario	Actio Desarrolla S.R.L.
Beneficiario	Cesionarios adquirentes con destino residencial.
Fideicomisario	Privado.
Patrimonio fideicomitido	Predio de 26 hectáreas
Objeto del contrato	Generación de 522 lotes con servicios.

El proyecto “Timbó bien plantado” instrumentado a través del Fideicomiso inmobiliario Therraviva Lincoln tuvo como objetivo la generación de 522 lotes residenciales, una plaza y un espacio comercial en la ciudad de Lincoln. Este emprendimiento generará un nuevo

barrio, cederá 60 lotes al municipio y dispondrá otros 150 lotes en garantía para la ejecución de obras.

Según se detalla en la memoria descriptiva del proyecto de arquitectura y urbanismo, en el marco de la anteriormente citada Ley provincial de hábitat N° 14.449, en el plazo de 24 meses se ejecutarán obras para proveer servicios de apertura de calles, cordón cuneta, redes de energía eléctrica, agua, cloacas, gas, alumbrado público y arbolado.

El 2 de septiembre de 2020 se celebró un Convenio de Consorcio Urbanístico (Artículos 55 y 56 Ley provincial de hábitat N° 14.449) entre el Municipio de Lincoln y Actio Desarrolla SRL, la sociedad administradora del Fideicomiso Therraviva Timbó Lincoln. En el consorcio se explica que el 17 de diciembre de 2019 ingresó por mesa de entradas el proyecto del fideicomiso que finalmente fue suscripto el 07 de agosto de 2020 entre el fiduciante transmitente y la sociedad fiduciaria, ofreciendo afectar a los fines de la ley 14.449 un inmueble y proponiendo como compensación por la participación del municipio en el proyecto de urbanización la transmisión de 60 lotes a su favor. A los efectos de garantizar la concreción de la futura urbanización y en resguardo de los intereses de sus administrados, el municipio requirió establecer 150 lotes en carácter de garantía de ejecución de la totalidad de las obras de infraestructura.

La suscripción del Convenio de Consorcio Urbanística entre la Municipalidad de Lincoln representada por su intendente y la sociedad fiduciaria fue ratificada por la Ordenanza N°2616/2020 sancionada el 28 de diciembre de 2020.

La dinámica del Consorcio Urbanístico es que el fideicomiso aporta el inmueble de su propiedad autorizando al municipio a solicitar ante la autoridad de aplicación de la ley N° 14.449 la adhesión al “Programa lotes con servicios”. Este programa provincial permite que cualquier actor que dispone tierra puede elevar al municipio la solicitud de afectación de la subdivisión al programa.

Documentación mediante se habilita un estudio de factibilidad técnica y urbanística a cargo de la Subsecretaría de Hábitat de la

51 /

Comunidad que determina si la subdivisión de la tierra puede encuadrarse en el régimen urbanístico programa lotes con servicios. Este régimen se traduce en permitir subdivisiones de suelo con criterios diferentes a los establecidos en el Decreto-Ley 8912: tamaños de lotes potencialmente inferiores, posibilidad de dotar progresivamente de servicios de infraestructuras al desarrollo de suelo urbano, y realizar ampliaciones urbanas en zonas adyacentes al perímetro urbano aptas para urbanizar.

También en el marco del consorcio, el municipio se compromete a solicitar al Concejo Deliberante la creación de un distrito de urbanización respecto al inmueble designado y a solicitar ante la autoridad de aplicación de la ley N° 14.449 la afectación del inmueble al programa lotes con servicios. Asimismo, deberá obtener la factibilidad de los servicios públicos ante las empresas prestatarias, gestionar los certificados de prefactibilidad hidráulica y expedir el certificado de no inundabilidad.

\ 52 En cumplimiento de lo estipulado por el consorcio urbanístico, el municipio solicitó la adhesión al Programa Lotes con servicios previsto en la ley N° 14.449 cuyo objetivo es facilitar el acceso al suelo urbanizado de los habitantes. En virtud de esa solicitud, la Secretaría de Hábitat del Ministerio de Desarrollo de la Comunidad resuelve el 15 de septiembre de 2023 efectivamente afectar el inmueble al programa Lotes con servicios.

En la cláusula quinta del contrato de fideicomiso, “Del proyecto, la dirección y la administración”, se hace referencia a la ejecución de un proyecto masterplan que deberá ser ejecutado por los profesionales que la fiduciaria determine.

d. Municipalidad de Carlos Tejedor

Otro ejemplo de generación de suelo urbano utilizando la herramienta de los consorcios publico privados que promueve la ley 14.449 es el Municipio de Carlos Tejedor que con el proyecto Saucó

bien plantado busca generar 150 lotes con servicios. El convenio se firmó en octubre de 2021 y fue ratificado por ordenanza del Concejo Deliberante el 9 de diciembre de 2021.

El acuerdo contraído y plasmado en el convenio estableció que el privado aporta la tierra, se hace cargo de la gestión administrativa del loteo (planos y proyectos) y de la forestación, mientras que el municipio asume la realización del resto de las obras de infraestructura. Las obras, a realizarse en forma progresiva y en el plazo de 24 meses, incluyen: la apertura de calles y cordón cuneta, las obras de escurrimiento de aguas superficiales y desagües pluviales, el tendido de la red eléctrica de acuerdo al proyecto de la Cooperativa Eléctrica Carlos Tejedor y la provisión de agua potable en red. La red de gas no fue incorporada por un problema general de la zona, relacionado con las dificultades logísticas de la empresa Camuzzi, prestataria del servicio.

El convenio establece que, de los 150 lotes resultantes, el privado dispone de 84 y el municipio

66. En base a la ley 14.449, en concepto de Participación Municipal en la Valorización Inmobiliaria (artículo 46-54) y por el aporte directo en obras al consorcio urbanístico (artículo 55-56), el gobierno local absorbió el 44% de la superficie neta urbanizable.

Una particularidad que presenta la experiencia es que el Registro Único de Demanda Habitacional no sólo controla la venta que se realiza de los lotes municipales, sino que también garantiza las condiciones de venta de los lotes privados. El promotor privado sólo puede vender sus lotes a las personas preseleccionadas por el municipio que cumplen con los requisitos establecidos. Además, la operatoria fijó que el 20% de los lotes debe ser comercializado a trabajadoras y trabajadores municipales. Los lotes municipales y privados se ofertaron al mismo precio, estimados en un tercio de los precios de mercado.

Como se observa en otros municipios, el porcentaje de lotes acordados a favor del municipio no responde a un cálculo estricto de la valorización producida por el accionar municipal en las dos dimensiones que se ponen en juego en los consorcios urbanísticos, a saber:

el cambio de la normativa de usos del suelo y la acción como agente económico urbanizador implicado en el desarrollo inmobiliario.

II. Conclusión

La evidencia demuestra que la herramienta del fideicomiso se ajusta adecuadamente a las necesidades de los municipios que en estos casos analizados utilizaron la figura para la generación de suelo tanto urbano como industrial.

En el análisis de cada uno de ellos se pudieron distinguir aspectos que fueron destacados durante el curso del posgrado, en particular me gustaría resaltar:

Fideicomiso Castelli es tu casa: El fiduciario es un ente descentralizado municipal. Si bien tiene personería jurídica propia, hay confusión entre la figura del fiduciante y fiduciario, desnaturalizando la bilateralidad del contrato.

PIM I y II: Se incorpora al fiduciario la figura del Consejo de Administración que toma las decisiones. De esta manera fiduciario se vuelve un mero cobrador y pagador, lo que podría generar un problema de responsabilidad.

Therraviva Timbó: Tanto respecto de los parques industriales de Moreno cómo en este caso se incorporaron en los contratos de fideicomiso la “memoria descriptiva de obras” y el “masterplan”, respectivamente. La fiduciaria es un buen ejemplo de desarrollo de planes de negocios (Entrepreneurship y business plans: bases para el éxito de los negocios de la economía real. Pertierra Canepa, 2024).

Sauco bien plantado: En distintas clases y lecturas se insistió en la importancia del profesionalismo del fiduciario (El fiduciario es la clave del fideicomiso. Pertierra Cánepa, 2012). En este caso y a diferencia de lo acordado en el caso de Therraviva Lincoln, el municipio de Carlos Tejedor asumió en el contrato la realización de obras de mayor envergadura a cambio de un porcentaje de asignación de lotes

mayor. Lamentablemente, el municipio no estuvo a la altura de lo comprometido, tal cómo lo destaca un artículo publicado en el observatorio del suelo de la provincia de Buenos Aires que aún así no desiste en considerarlo exitoso:

“El flujo de caja por la venta de los lotes no logra cubrir íntegramente la realización de las mismas en el plazo de 24 meses. No obstante el proyecto es considerado ampliamente exitoso por diversas razones”.

En el contexto que atraviesa nuestro país descripto en la introducción de este trabajo, el fideicomiso se vuelve una herramienta cada vez más virtuosa para la concreción de objetivos de financiamiento y ejecución de obra pública particularmente en los municipios, que no tendrían otra manera de financiar obras de envergadura.

En este trabajo vimos su utilización para la generación de suelo, pero también podría aplicarse a otros déficits de infraestructura que comparten muchas ciudades pequeñas del interior bonaerense cómo lo son la creación de parques industriales, de playas de camiones, transformación de basurales, explotación agraria de banquinas (Ley 11.269), etc.

Además de esta ventana de oportunidad, lo que también pudimos comprobar es que los fideicomisos públicos configuran una verdadera subespecie no legislada por lo que surge la necesidad de una regulación que permita darles previsibilidad y transparencia protegiendo su objeto y finalidad. En esa norma podrían incluirse desde aspectos de la registración del contrato hasta la creación de un registro de fiduciarios idóneos, criterios de selección de fiduciarios, cuestiones de rendición de cuentas, auditoría y hasta reglas de liquidación.

Esta norma no sólo dotaría de seguridad a los nuevos contratos que puedan generarse, sino que la “estandarización” de la figura (cuidando de no perder flexibilidad y adaptabilidad que siempre se requieren) facilitaría una mayor adopción, ya que en muchos casos el

fideicomiso es una figura todavía desconocida que ante la falta de idoneidad técnica que puede verse en algunas ciudades mas alejadas desalienta su adopción.

Bibliografía

“Fideicomiso público o del estado” (Pertierra Cánepa y Chaor Naimo, 2020)

“La Argentina federal y productiva. El fideicomiso como herramienta para el desarrollo de la nación” (Pertierra Canepa y Charo Naimo, 2024).

“El fiduciario es la clave del fideicomiso.” (Pertierra Cánepa, 2012).

“Intervención del estado en el acceso justo a la tierra en Castelli: Fideicomiso público Castelli es tu casa” (Capítulo II) (María Laura Olguin, 2022)

“Fondos fiduciarios públicos necesidad de una legislación específica la ley” (Lisoprawski, 2007)

“Entrepreneurship y business plans: bases para el éxito de los negocios de la economía real” (Pertierra Canepa, 2024)

57 /

“La Argentina federal y productiva. El fideicomiso como herramienta para el desarrollo de la nación” (Pertierra Canepa y Charo Naimo, 2024).

“Bienes improductivos del Estado y fideicomiso sinergia estratégica para el desarrollo” (Pertierra Canepa, 2020) <https://www.ambito.com/opiniones/estado/bienes-improductivos-del-y-fideicomiso-sinergia-estrategica-el-desarrollo-n5088553>

“La autonomía económica y financiera de los municipios con particular atención al poder tributario” (María Josefina Goñi)

“Carlos Tejedor proyecta expandir la experiencia del consorcio urbanístico Sauco” (Observatorio del suelo, 2024) <https://observatoriosuelo.gba.gob.ar/notas/carlos-tejedor-proyecta-expandir-la-experiencia-del-consorcio-urbanistico-sauco>

“Reflexiones personales sobre el
contrato de fideicomiso luego
de su utilización por cerca
de dos décadas”

| Noberto Julián Simón |

Introducción

El fideicomiso ha sido un contrato que ha despertado en mí un profundo interés desde que obtuviera mi primer título profesional, el de Escribano Público, en la Facultad de Derecho, Ciencias Sociales y Políticas en el año 1995.

Desde el inicio mismo he tenido intervención en el estudio de un caso judicial que involucraba a una fiducia a fines de la década de los noventa, cuando la figura era prácticamente desconocida en la jurisdicción de la Provincia de Corrientes. Gracias al estudio realizado se logró destrabar una situación la cual será mencionada en el desarrollo.

59 /

Con posterioridad en el año 2005 nuevos desafíos se plantearon por medio de requerimientos específicos de los clientes del estudio, que me llevaron a introducirme de lleno en el ámbito de la fiducia destinada al desarrollo inmobiliario y a la planificación patrimonial familiar.

Grandes logros se obtuvieron mediante la utilización de esta figura, como así también algunas decepciones, estas últimas de la mano de la inestabilidad legislativa de la República Argentina en materia tributaria.

El presente trabajo tiene por objetivo brindar al lector la oportunidad de conocer una opinión subjetiva de quien se encontró en uso de la figura durante este tiempo y concluir con una visión de las revisiones que la legislación vigente merece.

1. El contrato de fideicomiso en la legislación argentina

1.1. Ubicación Legislativa actual e histórica

El contrato de fideicomiso se encuentra actualmente contemplado en el Código Civil y Comercial Argentino en el Libro Tercero, Derechos Personales, Título IV, Contratos en General, Capítulo 30, conteniendo la Sección Primera las Disposiciones Generales, artículos 1666 al 1670. La Sección Segunda Sujetos, artículos 1671 a 1681. La Sección Tercera, Efectos, artículos 1682 a 1689. La Sección Cuarta el Fideicomiso Financiero artículos 1690 a 1692. La Sección Quinta los Certificados de Participación y Títulos de Deuda, artículos 1693 y 1694. La Sección Sexta Asambleas de Tenedores de Títulos Representativos de Deuda o Certificados de Participación, artículos 1695 y 1696. La Sección Séptima, Extinción del Fideicomiso, artículos 1697 y 1698. La Sección Octava, Fideicomiso Testamentario, artículos 1699 y 1700 y el Capítulo 31, dedicado al Dominio Fiduciario.

Previamente se encontraba legislado en la Ley 24441, Financiamiento de la Vivienda y La Construcción, sancionada el 22 de enero de 1994, Promulgada el 9 de enero de 1995. Dicha norma en su Título Primero introdujo el fideicomiso en la República Argentina, contemplando su regulación en siete capítulos conteniendo en total 26 artículos.

Debe además tenerse en cuenta que la precitada ley también trató la fiducia en su artículo 73 que dispuso la sustitución del artículo 2662 del Código Civil en ese entonces vigentes, incorporando una nueva definición respecto del dominio fiduciario estableciendo que es “el que se adquiere con razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley.”

Asimismo, el artículo 74 dispuso la incorporación del párrafo segundo del artículo 2670 del precitado cuerpo normativo estableciéndose que “Quedan a salvo los actos de disposición realizados por el fiduciario de conformidad con lo previsto en la legislación especial.”

1.2. Causas que determinaron la sanción de la ley

La sanción de la ley 24441 como claramente establece su título tenía por fin el acceso a la vivienda y la promoción de los desarrollos inmobiliarios. Cabe recordar que la República Argentina, fiel a su tan particular historia económica se encontraba en ese entonces intentando superar una de sus tantas crisis económicas, en este caso la producida a fines de los ochenta que arrojó una inflación incompresible a niveles internacionales, superior al cinco mil por ciento anual. A tal fin se sanciona la ley 23938 el 27 de marzo de 1991 que entró en vigencia el 1 de abril de 1991. Dicha norma, denominada Ley de Convertibilidad del Austral dispuso la paridad fija entre 10.000 Australes (moneda de curso legal en la república en ese entonces) y 1 dólar estadounidense, que luego de derogarse el Austral y con el retiro de cuatro ceros a la moneda, se comenzó a emitir el actual peso argentino, estableciéndose la paridad conocida como “uno a uno” que obligaba al Banco Central a tener una reserva líquida en dólares estadounidenses equivalente al circulante en Pesos. Dicho proceso tuvo por efecto bajar la inflación en un lapso muy corto de tiempo. Luego de ello se buscó en forma intensa lograr atraer inversiones a la Argentina a fin de fortalecer la economía y a la vez desarrollar inmobiliariamente el país y brindar a la población soluciones habitacionales.

El contexto entonces existente, post hiperinflación implicaba que muchas de las grandes empresas constructoras existentes en el país, arrastren grandes pasivos con motivo de la crisis sufrida, por lo que el ingreso de nuevos capitales a las mismas podría verse afectado y no posibilitar el desarrollo de los proyectos para los cuales ingresara.

Por tal motivo se introducen en la ley 24441 figuras contractuales que tengan por fin la protección del capital, como el caso del fideicomiso y la reducción de la tasa de interés, como el contrato del leasing y la emisión de letras hipotecarias con su ejecución especial.

La reforma del Código Civil que realiza la misma ley introduce la caracterización del dominio fiduciario, limitado en el tiempo y la irrevocabilidad de las transferencias efectuadas en pleno dominio.

Se planteó en ese entonces la duda si era factible que un dominio que era por su naturaleza revocable tenía la aptitud para transferir a un tercero un dominio pleno, fundado en que se estaría transmitiendo un derecho mayor al que el fiduciario poseía. La discusión pudo haber tenido algún sentido académico, pero a mi criterio no merecía mayor análisis, la solución es simple puede el fiduciario transmitir el dominio pleno y perfecto, porque la ley así lo dice.

\ 62

2. Aspectos propios del fideicomiso a ser analizados

2.1. La ausencia de personería jurídica.

Una de las cuestiones características de la legislación argentina en materia de fideicomisos es la concepción del patrimonio fiduciario, separado del patrimonio propio de quien ejerza tal función. Así ya lo consignaba la ley 24441 y lo sigue receptando el actual Código Civil y Comercial de la Nación. En este sentido al incorporarse bienes al patrimonio fiduciario, los mismos se inscribirán a nombre del fiduciante, pero conformando un patrimonio separado e independiente del mismo. A las luces de esta normativa, que desde el punto de vista racional parece sumamente claro, cabe analizarla desde un punto de vista práctico a fin de determinar las ventajas o desventajas de esta construcción legislativa.

El hecho de que un bien deba inscribirse en la forma enunciada, atribuyéndole la titularidad al fiduciario pero conformando un

patrimonio separado, importa que en los registros respectivos, tales como los de la propiedad inmueble o automotores, los asientos registrales operen de esta manera con lo cual nos encontramos frente a la situación que al solicitar un informe sobre la existencia de bienes de titularidad de quien ejerce la fiducia se informan todos, tanto los que corresponden al patrimonio propio del fiduciario como los que pertenecen al patrimonio fideicomitido. Cabe aclarar que en los pertenecientes al patrimonio fiduciario se aclara la existencia del contrato de fideicomiso.

Conforme lo enunciado un acreedor personal del fiduciario que solicite un informe en la forma enunciada en el párrafo anterior obtendría la información no solo del patrimonio personal sino también la del fideicomitido. Esta acción puede inicialmente llevar a confusiones y a una eventual traba de medidas precautorias sobre bienes fideicomitados que no corresponde sean afectados por parte de los acreedores del fiduciario. Si bien todas las herramientas legales están disponibles para demostrar la separación patrimonial y la improcedencia de tales medidas, no deja de ser un hecho que, de producirse, requiera un accionar procesal y los consecuentes costos e inconvenientes que ello produce, sin dejar de ver los eventuales perjuicios que se pudieren producir por tal situación, hecho que se analizará con mayor detalle.

Por lo expuesto cabe preguntarse si la opción de dotar al contrato de fideicomiso de una personería jurídica independiente no hubiese sido el sistema adecuado, lo que abordaremos en el siguiente análisis.

La figura del fideicomiso conforma un contrato, en el que existen por lo menos dos partes, fiduciante y fiduciario. El hecho de que sea un contrato entre partes indicaría que no se tratase de una nueva persona jurídica por su naturaleza contractual. Pero frente a esta afirmación no dejemos de ver la realidad imperante en el ámbito de las sociedades, las cuales nacen por la conformación de un contrato, el de sociedad y tiene por efecto el nacimiento de una nueva persona independiente de la de sus socios y de un patrimonio también separado del mismo.

En el ámbito fiduciario la Administración Federal de Ingresos Públicos AFIP, ha optado por una concepción distinta a la legal, toda vez que a los fideicomisos les confiere la denominada “personería fiscal” esto implica que frente a la presentación de un contrato de fideicomiso la administración otorga al mismo una clave única de identificación tributaria (cuit) independiente y que todas las obligaciones tributarias se tramitan bajo dicha clave. Esta normativa tributaria viene a poner claridad frente a la cuestión legal toda vez que separa de manera practica el conjunto de obligaciones propias del fiduciario a título personal de las referentes al patrimonio fiduciario, registrándolas por separado y confiriéndole además a la cuit del fideicomiso la identificación con el nombre del mismo, por lo tanto al obtener una constancia de cuit de un fideicomiso no obtenemos la denominación del nombre del fiduciario y la indicación de su carácter de tal sino que directamente obtenemos la denominación del fideicomiso.

Entonces haciendo un paralelo entre el tratamiento registral y el tratamiento tributario de los fideicomisos, cabe indagar que sistema brinda mayor claridad. La respuesta a dicho interrogante no merece mayor análisis. El sistema tributario de personería independiente elimina la posibilidad de posibles confusiones que establece el sistema registral de bienes.

2.2. Patrimonio Fiduciario e inhibición general de bienes.

Una especial mención merece la anotación registral de las inhibiciones. Recordemos que la inhibición general de bienes importa una restricción a la disposición de bienes de la persona afectada, impidiéndole transmitir o gravar los mismos. Ahora bien, en el aspecto práctico cuando ingresa una inhibición al registro respectivo que recae sobre el fiduciario se lo afecta al mismo con su número de documento nacional de identidad si se trata de una persona física, o en base a su número de cuit si se trata de una persona jurídica. Nuevamente la confusión reina frente a la medida registrada debiéndose determinar

si la misma corresponde o no al patrimonio fiduciario. En el primer supuesto el patrimonio fiduciario es el que se verá afectado y el fiduciario no podrá realizar actos de disposición de naturaleza alguna mientras que, en el segundo supuesto, en caso de que la medida fuese sobre el patrimonio propio del fiduciario este último es el que se verá afectado, situación sobre la que volverá a tratar más adelante.

Recordemos que, en el ámbito notarial por impero de la ley 17801 y las disposiciones propias de cada jurisdicción el escribano interviniente para poder realizar actos de disposición sobre inmuebles deberá tener a la vista el correspondiente certificado expedido por el registro de la propiedad inmueble. Recordemos además que para el caso de la Provincia de Corrientes este certificado tiene una vigencia de quince días desde su expedición para el caso de que el profesional interviniente tenga el asiento de su registro notarial en el Departamento Capital. Dicho plazo es de veinte días si el asiento del registro es de los restantes departamentos y el plazo se eleva a treinta días si el escribano interviniente tiene su asiento respectivo en otra jurisdicción provincial. Todos los plazos son de días corridos. Al expedirse el registro da cuenta en su informe de dos situaciones, la primera proveniente del registro de inhibiciones de los disponentes y la segunda de ellas respecto del estado de dominio del inmueble objeto de las actuaciones. Al expedirse dicho informe, en lo que a inhibiciones respecta se dan dos situaciones: 1) En el caso en que no exista ningún registro informa que las personas sobre quienes versa la solicitud tienen la libre disposición de sus bienes. 2) En el caso de registrarse alguna inhibición informa a quien corresponde, el juzgado interviniente, carátula y número de expediente y el plazo de vigencia, pero no determina si la misma corresponde o no al patrimonio fideicomitido o propio del fiduciario. Frente a la situación en que efectivamente se registren inhibiciones el profesional interviniente se encuentra en la incertidumbre de saber si la medida cautelar afecta o no el patrimonio fiduciario.

Esta hipótesis no es de laboratorio y de hecho, se da en la práctica y el caso le ha ocurrido al suscripto. En oportunidad de realizarse un

contrato de fideicomiso de construcción se designa fiduciaria a una persona física para que revista tal carácter. La obra se desarrolla sin ningún tipo de inconvenientes, finalizada la misma se entregan las unidades funcionales a los respectivos beneficiarios, se aprueban los planos de obra, de mensura para afectarse al régimen de propiedad horizontal y al momento de solicitarse el informe registral para afectar el inmueble a propiedad horizontal y efectuar las transferencias respectivas el certificado emitido por el registro da cuenta de una inhibición dispuesta por un juzgado en lo civil y comercial de la Ciudad de Corrientes y es promovida por una entidad bancaria contra la fiduciaria, que recordemos es persona física. Acto seguido se informa a la fiduciaria la existencia de esta medida cautelar y la misma desconocía su procedencia. Efectuada las averiguaciones legales correspondientes la causa se había iniciado contra quien fuera esposo de la fiduciaria por haber sido garante del mismo en los saldos de cuenta corriente bancaria. Continuando con las averiguaciones se determina que la fiduciaria había obtenido su sentencia de divorcio con anterioridad a la suscripción del fideicomiso y la causa judicial tuvo origen también antes de que el fideicomiso se suscribiera. De esta forma no quedaban dudas de que la deuda reclamada no tenía vinculación con el contrato de fideicomiso, por la fecha de origen de la causa judicial. Habiéndose determinado la causa de la deuda se recurre a la doctrina notarial a fin de averiguar en ese entonces, año 2009 aproximadamente, las opiniones que pudiere haber al respecto, tratando de encontrar una solución extrajudicial al problema a fin de permitir la escrituración de los bienes de la manera más pronta posible y dar cumplimiento a la manda fiduciaria. Se encuentra en ese momento un artículo que daba cuenta que frente a esta situación una salida posible era la de dejar constancia en el cuerpo de la escritura de la falta de vinculación de la medida cautelar con el patrimonio fiduciario con lo cual el fiduciario se encuentra facultado a ejercer actos de disposición de dicho patrimonio. Se realiza en ese entonces la consulta respectiva a la directora del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia

de Corrientes y se analiza el caso en conjunto. Habiéndose determinado en forma indubitada de que la acción judicial no correspondía a los bienes fideicomitidos sino solo sobre el patrimonio propio de la fiduciaria y frente a la especial circunstancia de que la mencionada causa judicial se iniciara con anterioridad a la formación misma del fideicomiso, el registro interviniente conformó se otorgue el acto labrándose actuaciones notariales que den cuenta de esta situación y procedió a registrar las respectivas transferencias. Si bien alguien con una visión llamémosla “triumfalista” respecto de la separación de patrimonios podría claramente afirmar que la separación de patrimonios funcionó y que se pudieron otorgar los actos, lo cual es si dudas cierto no hay que dejar de ver las dificultades que este tipo de situaciones genera, la posibilidad de errores que den planteos a interminables causas judiciales y cuestionen la seguridad jurídica en la transmisión inmobiliaria.

2.3. Fórmula propuesta para la solicitud de certificados registrales referentes a dominio fiduciario

67 /

Tomando como referencia la denominada personería fiscal de los fideicomisos y que los mismos cuentan con clave única de identificación tributaria independiente de la del fiduciario en las posteriores solicitudes de certificados al registro de inhibiciones, he tomado el criterio de utilizar una fórmula que indique los datos del fiduciario y manifestando que se solicita la libre disposición en su carácter de fiduciario del fideicomiso correspondiente con su respectiva cuit. Esta solicitud se comenzó a efectuar de la siguiente manera: “solicitado se sirva informar si (nombre completo y documento nacional de identidad del fiduciario) en su carácter de fiduciario del fideicomiso (denominación del fideicomiso) CUIT (cuit del fideicomiso) tiene la libre disposición de sus bienes.” Al realizarse la solicitud de esta forma el informe producido dará cuenta de las inhibiciones tanto con el documento de identidad del fiduciario como con la cuit del fideicomiso y nos permitirá tener un primer criterio de distinción. Si el informe refleja una inhibición sobre la cuit del fideicomiso, no

queda duda alguna de que el acto no se puede realizar y tenemos un primer criterio de depuración. Por el contrario, si las inhibiciones registradas no fuesen sobre la cuit del fideicomiso sino sobre el documento nacional del fiduciario o la cuit propia de la fiduciaria en caso de que sea persona jurídica, se deberá igualmente realizar el análisis de las actuaciones pertinentes a fin de determinar la procedencia de la medida sobre el patrimonio fiduciario.

2.4. El asiento registral del dominio fiduciario en la Provincia de Corrientes

Por imperio del Código Civil originariamente y por el Código Civil y Comercial en la actualidad, la adquisición del dominio requiere de dos elementos constitutivos, el título suficiente y el modo suficiente a lo cual debe sumarse la inscripción registral, que tiene fines publicitarios y produce la oponibilidad a terceros. En dicha transmisión dominial el título suficiente refiere al instrumento por el cual se adquiere el dominio, pudiendo ser de origen administrativo, judicial o notarial. Para este último supuesto se requiere la forma de escritura pública y el derecho del adquirente nace con el otorgamiento del instrumento. El modo suficiente refiere a la entrega de la posesión, es decir la tradición de la cosa por parte de quien la detentaba a favor del nuevo adquirente, que cabe destacar es un hecho material y no cartular, que admite dos excepciones, la traditio brevi manu y el constituto posesorio. Por último, tenemos la inscripción ante el registro correspondiente a la naturaleza de los bienes, en caso de inmuebles, el registro de la propiedad inmueble de la jurisdicción correspondiente que tiene una naturaleza declarativa y no constitutiva, vale decir que la inscripción practicada no hace nacer el derecho, el mismo en el caso de las escrituras públicas nació con el instrumento y simplemente se efectúa la inscripción a los fines publicitarios respectivos.

Los asientos registrales inmobiliarios se practican en las matrículas respectivas, denominadas folio real, correspondiendo un número

a cada folio e inmueble. Dicha numeración es independiente para cada departamento de la provincia. Dicha matrícula posee, entre otras previsiones, lugares asignados para el número de matrícula, el departamento al que pertenece el inmueble, la nomenclatura catastral, la descripción del inmueble, por debajo cuatro columnas que refieren la primera de ellas a la titularidad registral y sus sucesivas transferencias. La segunda a los gravámenes sobre el bien, tales como hipotecas, embargos y demás medidas cautelares. La tercera columna se encuentra dedicada a la cancelación de los gravámenes anotados en la columna previa. Por último, la cuarta columna lleva el asiento de los certificados con reserva de prioridad emitidos para los respectivos escribanos. A todo ello queda una fila inferior destinada a registrar los informes que se soliciten sobre la matrícula en cuestión.

En los comienzos de la utilización de la figura uno de los aspectos que estuvo en cuestión en el ámbito registral es como efectuar la registración del dominio fiduciario.

Una de los sistemas propuestos fue el de asentar la titularidad del bien a nombre del fiduciario en la columna de titulares y en la columna de gravámenes dejar asentado que se trata de un dominio fiduciario. Este sistema de registración que pareciera ser bastante ordenado para su análisis, ya que en el estudio de las matrículas se analiza la titularidad de dominio y obviamente los gravámenes, al efectuar el análisis de la columna de gravámenes se desprendería la naturaleza fiduciaria del dominio. Esta concepción no fue tomada por una clara y sencilla razón lo fiduciario del dominio no es un gravámen, sino que es un dominio en si mismo, con la propia característica de la revocabilidad, limitando su duración en el tiempo. Por ello la columna de gravámenes debía ser reservada exclusivamente a los asientos precedentemente indicados es decir a los de hipoteca y medidas cautelares.

Otra de las posibilidades analizadas fue la de asentar el dominio fiduciario en la columna de titularidades, pero consignando como titular a la denominación del fideicomiso. Esta variante no corresponde de ser aplicada, por cuanto el fideicomiso no tiene personería jurídica

independiente de la del fiduciario y por lo tanto no corresponde que se asiente como titular al fideicomiso en sí con su denominación.

Por último, el sistema adoptado consiste en asentar la titularidad del dominio, en la columna de titularidades, consignando el nombre en caso de ser persona física o la denominación en caso de ser persona jurídica, del fiduciario, con sus respectivos datos y se establece en esta misma columna que el dominio es fiduciario, con la leyenda respectiva. De esta manera se establece con claridad quien es el titular de dominio y que el dominio que posee tiene naturaleza fiduciaria.

Todo parece estar claramente establecido, pero veamos algunos aspectos que se han suscitado con motivo de esta práctica registral en la faz práctica.

Por motivos ajenos al análisis del presente trabajo he tenido la oportunidad de presenciar personalmente un error en la registración del dominio fiduciario. Dicho caso se trataba de una transferencia que efectuaba un fiduciario, titular del dominio de parcelas afectadas a conjunto inmobiliario, que vendía una de las parcelas y la adquiría otro fiduciario, representado en dicho acto por un apoderado. Al momento de practicar el asiento registral de la transferencia, por un error registral se consignó como titular dominial, la denominación del fideicomiso y se inscribió en forma definitiva el instrumento de tal manera. Ante esta situación detectada en estudio de títulos y antecedentes se procedió a obtener la rectificación del asiento y se consignaron en forma correcta las informaciones correspondientes la titularidad de dominio a nombre del fiduciario como tal.

2.5. Los informes registrales

Otra situación que merece ser analizada y que es siempre materia de preocupación por parte del suscripto es el análisis de los informes registrales. A fin de determinar si una persona es titular de algún bien inmueble, se puede solicitar al registro la expedición de un informe. En la solicitud del informe solo basta consignar nombre y número

de documento para el caso de las personas físicas o denominación y número de cuit para las personas jurídicas. Además de ello debe adicionarse el objeto por el cual se solicita el informe, teniendo distintas posibilidades, trámites administrativos o judiciales. Una vez ingresado el mismo, el registro de la propiedad inmueble se expide en el plazo previsto a tal fin y el informe brinda la totalidad de los inmuebles que se registran a nombre de la persona física solicitada por su documento o de la persona jurídica por su cuit, sin emitir en forma separada lo que pertenezca a un dominio fiduciario. La anotación de dominio fiduciario si se encuentra en el asiento registral, pero por su ubicación pueda pasar inadvertida, confundiéndose con los demás datos personales del titular registral.

Dicho informe es el comúnmente solicitado por los abogados en forma previa al petitorio de una medida cautelar y podría suceder que pase inadvertido la pertenencia al dominio fiduciario y se trabe el gravámen sobre el patrimonio fideicomitado en lugar del patrimonio propio del fiduciante. Bien se podría pensar que el fiduciario tiene todo el derecho de peticionar judicialmente su levantamiento, lo cual es totalmente acertado, puesto que este derecho le asiste, pero lo que es igualmente cierto es que esta situación puede ser al menos causante de inconvenientes, gastos y honorarios.

71 /

2.6. El plazo de treinta años

Tanto la ley 24441 como el Código Civil y Comercial Argentino disponen que el fideicomiso tiene una duración máxima de treinta años como regla general, vencido el cual el fideicomiso no puede continuar y debe liquidarse. El plazo que es una disposición legal no puede ser modificado por voluntad de las partes lo cual puede ser atendible, pero lo que a todas luces es una falta de previsión legal es la introducción de la opción de prórroga si todos los sujetos intervinientes están de acuerdo. La norma obliga a la liquidación del patrimonio y si las partes desean continuar deben conformar uno nuevo, con todos los

consecuentes gastos y honorarios que ello implique. Establecer legalmente la posibilidad de prórroga pondría fin a este inconveniente.

2.7. La incompatibilidad fiduciante – fiduciario

Otra nota característica de nuestra legislación en materia de fideicomisos está dada por la incompatibilidad de revestir en el mismo contrato el carácter de fiduciante y fiduciario. Esta prohibición proviene de la definición misma del contrato de fideicomiso al establecer el artículo 1666 que “hay contrato de fideicomiso cuando una parte, llamada fiduciante, transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes a otra persona denominada fiduciario.” Toda vez que para que la figura contractual se configure se requiere la transferencia de una persona a otra determinando de esta manera que el contrato debe contar con los dos sujetos para poder conformarse. En la práctica y especialmente en materia de fideicomisos de planificación familiar patrimonial muchas veces se ha valido el fiduciante de una persona jurídica, conformada por el o los mismos fiduciantes, para que se dé por cumplido el requisito de la doble existencia de personas para la contratación.

Esta solución al impedimento se vino aplicando por muchos años en la jurisdicción local, sin ningún tipo de inconvenientes. En el transcurso de este año 2024, se ha dado la particularidad a algunos colegas de sus trámites de inscripción de los contratos de fideicomiso ante la Inspección General de Personas Jurídicas de la Provincia de Corrientes, fueron observados, por cuanto los mismos fiduciantes son los integrantes del contrato social de la persona jurídica designada como fiduciario. De esta manera se interpreta que hay unanimidad de sujetos y no se cumple con la dualidad de personas prevista por la legislación.

Frente a esta situación cabe analizar que no es irracional el planteo efectuado por la Inspección: son los mismos sujetos los integrantes de ambos contratos, en conclusión no hay tercera persona en el fiduciario.

No obstante, siempre cabe aclarar las circunstancias que llevan a tal situación. En el ámbito de los fideicomisos de planificación patrimonial hay que entender una realidad inherente a la utilización de la figura, se trata de proteger el patrimonio de la familia y determinar las reglas que se van a seguir al momento de su liquidación, evitando que los bienes ingresen a un costoso y muchas veces innecesario proceso sucesorio. No hay que dejar de ver también que las familias son especialmente reservadas en cuanto a su situación patrimonial y no se sienten seguras teniendo la administración de los bienes en manos de un tercero. Por tal motivo es perfectamente razonable entender que se pretenda que no integren el contrato, terceros ajenos a la familia. Teniendo este pensamiento en mente creo conveniente afirmar que para estos supuestos debe ser mantenido el criterio histórico y determinar que se da por cumplida la dualidad de personas entre la de los fiduciantes y la persona jurídica administradora, aunque haya identidad de sujetos.

73 /

3. Particularidades acontecidas en torno a los fideicomisos

3.1. Las decepciones tributarias

En materia fiscal se estableció en materia de fideicomisos cuando el fiduciante revistió el carácter de beneficiario el fideicomiso no es sujeto al gravámen del impuesto a las ganancias siempre y cuando el fideicomiso no fuese financiero (art. 69 Ley de impuestos a las Ganancias). Sin embargo en un momento de la historia los fiduciarios se vieron afectados por una resolución de la A.F.I.P que determinó que deba practicarse una retención del 3% al momento de escriturarse un inmueble en concepto de pago a cuenta del impuesto a las ganancias. Se suscitó entonces un problema para las empresas constructoras el momento de efectuar la escrituración, toda vez que dicho importe

no se encontraba contemplado en el presupuesto de obra y por otra parte el fideicomiso conformado de esta manera, es decir con la unidad de fiduciante y beneficiario no tributa dicho impuesto bajo la cuit del fideicomiso.

La indignación no solo es económica, sino también legal, ya que por medio de una resolución virtualmente se modificó una disposición de origen en la ley. Como es sabido toda controversia tributaria puede tardar varios años en tener su fallo definitivo en la Argentina, con lo cual las empresas tuvieron distintas opciones en ese momento o bien afrontar el pago o en su defecto ampararse en determinados dictámenes de la administración para no efectuar la retención.

En materia tributaria provincial, el Código Fiscal de la Provincia de Corrientes establece que se encuentra exenta de impuesto de sellos la transferencia en aporte inmobiliario que se efectúe a un fideicomiso en construcción. Algunos colegas interpretaron la normativa entendiendo que la exención contemplaba el ingreso de los bienes como así también las transferencias a título de adjudicación en los fideicomisos de construcción, o bien que no se encontraban sujetos al impuesto por tratarse de un acto neutro, es decir no revestir el acto el carácter ni de oneroso ni gratuito. No fue el caso del suscripto, pero quienes así lo hicieron incurrieron en un error interpretativo con las correlativas consecuencias toda vez que la Dirección General de Rentas determinó que deben tributar.

3.2. La presunción de los fideicomisos de ser un sistema de evasión o de lavado de activos.

Hubo también durante este lapso de tiempo analizado la presunción de que los fideicomisos se constituían con el fin de evadir impuestos o en su caso de producir un lavado de activos de origen ilícito. Frente a esta afirmación cabe bien resaltar la explicación que a tal efecto siempre sostuve, que las herramientas legales tales como las sociedades o los fideicomisos tienen un carácter neutro en sí mismas, lo que

los operadores hagan con las mismas puede estar ajustado a derecho o dedicarse a la ilicitud, pero la decisión es propiamente humana y no un elemento característico de las mismas.

Conclusiones

Durante el desarrollo del presente trabajo se han descripto distintas situaciones relativas a la figura del fideicomiso. Por las consideraciones esgrimidas considero que debería la ley contemplar la posibilidad de que los fideicomisos tengan su propia personería jurídica independiente de la del fiduciario y ello sería de muchísimo más claridad, especialmente en el aspecto registral.

Los errores incurridos en materia registral tienen a demostrar que el sistema del patrimonio de afectación induce a confusiones, tales como asientos mal practicados, inhibiciones que no se sabe con claridad a quien afectan, gravámenes que pueden asentarse en el patrimonio incorrecto.

Habiendo considerado la problemática de las inhibiciones estimo conveniente que los registros de la propiedad inmueble de las distintas jurisdicciones dicten sus propias disposiciones técnico registrales a fin de que determinen que el registro de inhibiciones, se llevará por separado las correspondientes a personas físicas o jurídicas de las correspondientes a los fiduciarios, discriminando el criterio por la respectiva Clave Única de Identificación Tributaria.

Por otra parte, la imposibilidad de prórroga del plazo contractual, es sin lugar a dudas una cuestión que debe ser revisada por la legislación a fin de evitar que se incurra en una innecesaria liquidación del patrimonio fiduciario.

Las observaciones formuladas por la Inspección General de Personas Jurídicas a los fideicomisos con identidad de sujetos entre los fiduciantes y los integrantes de la sociedad fiduciaria es un punto que debe ser considerado favorablemente, determinando la posibilidad

de utilización de estas figuras en el caso de los fideicomisos familiares especialmente.

El fundamento que a mi criterio debe ser atendido es el hecho de tratarse de patrimonio familiar, de la necesidad de que el control del mismo no dependa de un tercero y que se ponga preponderancia el fundamental aspecto a ser contemplado, el interés familiar.

Las decepciones tributarias no son propias de los fideicomisos, sino que han constituido, en mi opinión, una constante prácticamente en los últimos cien años de historia de la República Argentina.

La imperiosa necesidad de contar con reglas claras, simples, racionales y cumplibles en materia tributaria, conforman un tema mayoritariamente común en las opiniones vertidas por los clientes en el ámbito de mi labor profesional. La realidad indica que se ha caído en una suerte de círculo vicioso en el cual el estado aumenta la carga tributaria fundándose en que el contribuyente evade y el particular evade porque las cargas son excesivamente altas.

La racionalidad debe imperar en materia fiscal, debe poder encontrarse el punto de equilibrio entre la razonabilidad recaudatoria y la viabilidad económica de los proyectos particulares.

El intentar opacar la imagen de los fideicomisos atribuyéndoles maniobras expúreas, es completamente injusta a la figura. Tal como se explicara en los párrafos precedentes, las figuras son neutras, depende de los humanos que hagan uso de ellas el que se utilicen para fines lícitos o ilícitos.

Para finalizar, he sido un ferviente seguidor e impulsor de esta figura, habiéndole dedicado muchos años a su estudio, análisis y aplicabilidad práctica. Considero que ha sido una grandiosa incorporación a la legislación argentina, que permitió y lo sigue haciendo, el desarrollo inmobiliario, el acceso a la vivienda y el financiamiento de la misma.

Por otra parte, en el ámbito de los fideicomisos de planificación familiar considero que mejor herramienta que ofrece el sistema jurídico para que proyecte una eventual sucesión, sin necesidad de que

la misma se tramite judicialmente, ahorrando significativamente los muchas veces innecesarios costos de las mismas.

En estos años que han transcurrido, en el ámbito del tipo de fideicomisos citados en el párrafo anterior, se han suscitado entiendo la totalidad de las variantes posibles. Fallecimiento de fiduciantes, sustitución de fiduciantes, inhibición de fiduciarios, liquidaciones anticipadas, por nombrar algunas de ellas. Lo que puedo aseverar en base a mi experiencia es que en todos los casos la respuesta ha sido ampliamente satisfactoria y siempre se ha llegado a buen puerto, con lo cual, queda para mi demostrada la alta eficacia de la utilización del fideicomiso.

El presente trabajo ha sido elaborado de manera autorreferencial, es decir teniendo como base de investigación las contrataciones efectuadas en mi actividad como escribano público titular de registro, con asiento en la Ciudad de Corrientes y compilan la experiencia y opiniones adquiridas durante los años de ejercicio, que se ponen a disposición de la comunidad académica para su utilización.

77 /

Bibliografía

- Ley 24.441
- Código Civil Argentino
- Código Civil y Comercial Argentino
- Contratos de fideicomisos contenidos en los protocolos notariales del Escribano Norberto Julián Simón, Titular Registro 514, con asiento en Bella Vista Corrientes, años 2001 a 2007
- Contratos de fideicomisos contenidos en los protocolos notariales del Escribano Norberto Julián Simón, Titular Registro 556, con asiento en Corrientes Capital, años 2007 a 2024.

\ 78

Diplomatura Superior
en Transformación Digital
y Derecho

Firma.
Firma digital.
Firma electrónica.

| Clarivel Erguy |

1.Introducción

Una firma es el *“nombre y apellidos escritos por una persona de su propia mano en un documento, con o sin rúbrica, para darle autenticidad o mostrar la aprobación de su contenido”*¹; por su parte Miguel Ángel Robles Llorente² la define como *“cualquier rasgo o signo personal distintivo hecho con la intención de expresar el consentimiento o la manifestación de voluntad realizada en un documento”*.

Desde los albores de la Humanidad los hombres han querido dejar su impronta materializada en imágenes, dibujos o, incluso huellas de manos, como una suerte de firma primitiva para sus pinturas rupestres. Asimismo, lo largo de la historia, las firmas han evidenciado la necesidad humana de adaptarse a cada momento histórico y han sido, y de hecho lo son, una forma de autenticación y reconocimiento, por lo cual evolucionaron desde simples y sencillas marcas a expresiones artísticas únicas que constituyen un el rasgo personal que todos utilizamos para dar validez o demostrar nuestra aprobación de los documentos.

81 /

1. RAE, definición de “firma”.

2. ROBLES LLORENTE, Miguel Ángel; “La escritura y la firma manuscrita como elementos coadyuvantes de a seguridad documental” Tesis doctoral, Universitat Autònoma de Barcelona. Departament de Dret Públic i de Ciències Historicojurídiques. Programa de Doctorado en Seguridad y Prevención; Barcelona, Junio 2015; ISBN 9788449053689

Desde tiempo remotos los gobernantes, funcionarios e, incluso quienes ejercían el comercio, utilizaron marcas, rasgos y señas personales para autenticar documentos y transacciones³, surgiendo así las primeras formas de “firma”, que representaban la autoridad y la identidad de sus emisores.

Con el transcurso de los siglos estas marcas o señas fueron adquiriendo diferentes estructuras y composiciones, aunque conservaron el mismo sentido y finalidad: asegurar, dar firmeza a algo⁴, tal como le demuestra la misma palabra proveniente del latín: “firmare”.

Así, las primeras firmas fueron las insertadas sobre papel y hechas con tinta, es decir la firma tradicional, clásica de puño y letra u ológrafa. Pero como ya se indicara precedentemente, el ser humano vive en una constante adaptación a sus circunstancias históricas, económicas y, para el caso que no ocupa, tecnológicas.

El joven Internet, quien aún no ha cumplido los treinta años,⁵ trajo consigo todo un nuevo mundo virtual, que aunque inmaterial, resulta de poderosa influencia en todos los ámbitos de la vida de la Sociedad, por lo cual la firma también tiene su representación virtual, intangible y, desde el año 2001, normativamente recepcionada en nuestra legislación.

3. Por ejemplo, los cartuchos empleados en la escritura jeroglífica egipcia, no son sino la representación esquemática de una cuerda anudada que rodea el nombre del faraón, protegiéndolo para la eternidad; también servían para evitar una lectura equívoca, delimitando dónde empezaba y terminaba el nombre; es decir: una suerte de firma y sello real a la vez.

4. RAE

5. Si bien entre 1975 y 1985 se crearon varias redes de comunicación de datos con distintas fuentes de financiación, recién en 1990, el Departamento de Defensa de los EEUU desmanteló ARPAnet, sustituyéndola por la red NSFNET, que se popularizó en todo el mundo con el nombre de Internet.

2. Desarrollo

Surgieron entonces las firmas electrónica y digital, las cuales difieren en las siguientes características:

Firma digital	Firma electrónica
Es la versión digital con idéntico valor que la firma manuscrita;	No tiene valor idéntico a la firma manuscrita;
Se presume verdadera (presunción de autoría); quien cuestione su validez tendrá que presentar pruebas;	No se presume verdadera
Se presume íntegra; si alguien no cuestiona la firma, pero sí el documento, también tendrá que presentar pruebas.	No se presume íntegra.

83 /

Corresponde entonces definir cada una de ellas, destacando su aplicación y efectos jurídicos.

El marco legal regulatorio de ambas se encuentra en la Ley 25.506 de Firma Digital.⁶

La **firma electrónica**, se encuentra definida en el Artículo 5 de dicha norma el cual indica que *“Se entiende por firma electrónica al conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizado por el signatario como su medio de identificación, que carezca de alguno de los requisitos legales para ser*

6. Sancionada el 14/11/2001, promulgada de hecho en diciembre del mismo año.

considerada firma digital. En caso de ser desconocida la firma electrónica corresponde a quien la invoca acreditar su validez.

Como puede verse esta firma consiste en un valor numérico encriptado que contiene información que identifica a un sujeto determinado; es decir que a través de un grupo integrado de datos electrónicos que se asocian de una forma lógica a otros datos electrónicos son utilizados por una persona como medio para su propia identificación. En definitiva, puede decirse que es cualquier método que permita identificar a una persona en relación con un mensaje o documento⁷; por ejemplo, la contraseña de los correos electrónicos.

El art.7 de la Ley 25.506 establece una presunción *iuris tantum* sobre la autoría de la firma electrónica, siendo esta característica la que la diferencia de la Firma digital en lo que a validez se refiere, ya que según la citada norma la validez de la misma se presume “salvo prueba en contrario”.

La **Firma Digital**, a su vez, se encuentra definida en el Art 2° de la Ley N° 25506 de “Firma Digital Argentina” el cual afirma que “*Se entiende por Firma Digital al resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose ésta bajo su absoluto control. La Firma Digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma*”; un procedimiento tecnológico que nos permite firmar documentos electrónicos con la misma validez que la firma ológrafa de modo seguro, confiable y rápido.⁸

La integridad de la firma digital implica la garantía de que la información se originó en el firmante y que no fue alterada, por lo que

7. <https://www.viafirma.com/es/faqs/firma-electronica-en-argentina/>

8. JARA, Miguel Luis, “Guía para la Firma Digital en la Abogacía Bonaerense”, Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, pág. 4

el receptor del mensaje o documento: identifica al firmante de forma inequívoca: lo cual da a la firma digital el carácter de “Autenticidad”, y a su vez también asegura que su contenido no fue modificado o alterado, por lo cual esta firma tiene carácter de “Integridad”.

Como se indicara la ya mencionada Ley N° 25.506 de Firma Digital, reconoce y define ambas firmas, establece las condiciones para el empleo de las mismas así como su eficacia jurídica; pero también resulta de fundamental importancia el Art. 288 CCyC cuyo texto expresa: *“en los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitadamente la autoría e integridad del instrumento”*

La aplicación de ambas normas mencionadas precedentemente, el corpus normativo de la ley 25.506 y el At. 288 CCyC, “permiten asegurar la autoría de un documento o mensaje y verificar la integridad del contenido del mismo, garantizando de esta manera el NO repudio de los documentos firmados digitalmente.”⁹

Este autor entiende que la firma digital resulta una herramienta electrónica con características técnicas y normativas propias, procedimientos técnicos que permiten crear y verificar firmas digitales, que si bien son intangibles, al estar comprendidas en los textos legales mencionados (especialmente en el CCyC que las incorpora al plexo normativo civil) resultan tener idéntica validez que las firmas ológrafas.

Asimismo, la Ley 250506 creó la Infraestructura de Firma Digital de la República Argentina (IFDRA), entidad pública descentralizada que tiene como función administrar el registro público de firmas digitales, otorgar certificados digitales a los solicitantes, supervisar a los certificadores licenciados y brindar asistencia técnica a los usuarios.

El Capítulo II de la mencionada normativa, se refiere a los certificados digitales, a los que define en su Art. 13 indicando que *“Se entiende por certificado digital al documento digital firmado digitalmente por un*

9. JARA, M.L.; ob. cit; pág. 4

certificador, que vincula los datos de verificación de firma a su titular.”, estableciendo a continuación los requisitos de validez de los mencionados certificados (Art. 14, incs. 1 al 5), de tal forma la ley acuerda a dicho documento el carácter de único título habilitante, para que un usuario de Firma Digital pueda elaborar documentos digitales firmados digitalmente.¹⁰

Ahora bien, para que el mencionado Certificado Digital cumpla la función para la cual fue creado debe ser emitido por un Certificador Licenciado por el Estado Nacional a través de Autoridad Certificante Raíz de la República Argentina (ACRAIZ), único ente habilitado para otorgar a los documentos digitales la necesaria seguridad jurídica.

3. Conclusiones

a.- El nuevo CCyC, al tratar sobre Forma y Prueba del Acto Jurídico, en la Sección III, Libro I, incorpora dentro del desarrollo de la normativa referida a la forma del acto jurídico, la extensión del concepto de expresión escrita a la contenida en cualquier soporte. Por su parte el artículo 286, bajo el título “Expresión escrita”, recepta de una forma más explícita la posibilidad de considerar como tal a aquella contenida en cualquier soporte, *“siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos”*. Vale decir que no pierde su calidad de instrumento por el hecho de que para acceder a su contenido deban emplearse herramientas que exceden a la simple lectura visual.

b.- Desde el punto de vista notarial el Art. 286 CCyC, que contiene el principio de admisibilidad de pluralidad de soportes, se complementa con lo expresado en el segundo párrafo del Art. 288 y según lo regulado por el artículo 3 de la ley 25506, confiriendo equivalencia

10. JARA, M.L, ob. cit. pág. 4.

entre firma ológrafa y firma digital al expresar “que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento.”. Por su parte y a los efectos señalados en el segundo párrafo del artículo 288 del Código Civil y Comercial, la firma digital debe cumplir con los requisitos señalados en el artículo 9 de la ley 25506; por lo cual sólo la firma digital con el alcance del artículo 2 de la ley 25506 puede contar con los efectos previstos en los artículos 7, 8 y 10 de la ley 25506, o sea: presunción de autoría, presunción de integridad y presunción de identidad del remitente.

c.- La Ley N° 25.506 determina que la Firma Digital funciona sobre dos bases esenciales: un método que imposibilita la alteración de la firma y una infraestructura que permite certificar la identidad del firmante.

d.- Puede decirse que la firma digital presenta:

1.- Validez jurídica: los documentos electrónicos firmados digitalmente tienen la misma validez jurídica que aquellos firmados de forma hológrafa.

2.- Autenticidad e integridad

3.- Seguridad: condición garantizada por la criptografía asimétrica.

4.- Múltiples usos: permite realizar trámites en entidades públicas y privadas, suscribiendo cualquier tipo de archivo.

87 /

Bibliografía

Diccionario RAE (Real Academia Española. –

JARA, Miguel Luis, “Guía para la Firma Digital en la Abogacía Bonariense”, Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Lomas de Zamora

PEREZ, Marcelo Eduardo y CONSENTINO J. Giralt Font, “La firma digital en el nuevo Código Civil y Comercial, en Consejo Federal del Notariado Argentino. I Asamblea Ordinaria. Córdoba; 201

ROBLES LLORENTE, Miguel Ángel; “La escritura y la firma manuscrita como elementos coadyuvantes de la seguridad documental” Tesis doctoral, Universitat Autònoma de Barcelona. Departament de Dret Públic i de Ciències Historicojurídiques. Programa de Doctorado en Seguridad y Prevención; Barcelona, Junio 2015; ISBN 9788449053689

Viafirma, en <https://www.viafirma.com/es/faqs/firma-electronica-en-argentina/>

Sistema fintech en Argentina
Soluciones legales
Abogacia y regulacion legal

| Marcelo Jesus Tajés |

1. Introducción

Desde ya hace un tiempo el sistema Fintech avanza a grandes pasos, pero en los últimos tiempos, su desarrollo es más vertiginoso producto de hechos mundiales como la pandemia Covid 19, que ha dado lugar a su aceleración. Entre los objetivos principales que persiguen las empresas fintech es mejorar y automatizar la entrega y el uso de los servicios financieros, haciendo que estos sean más accesibles, eficientes y personalizados para los usuarios ya sea en áreas de transporte, de innovación tecnológica, de diversión y esparcimiento, entre otras.

Vemos así, empresas como Uber, Didi, Netflix, Youtube, Spotify, AirBnB, etc., todas en sus distintos ámbitos tiene el desafío de abordar los objetivos en un complejo marco regulatorio operando de manera legal, ética y segura garantizando la protección de los usuarios y a su vez la estabilidad del sistema financiero.

2. Sistema fintech en Argentina

Si referimos a la industria fintech, lo hacemos respecto del conjunto de empresas tecnológicas que ofrecen soluciones financieras innovadoras, basadas en nuevas tecnologías aplicables tanto a personas individuales como a empresas, que operan concretamente en el mundo

de los mercados financieros con infraestructura tecnológica basada en hardware, software, con personal especializado y demás componentes necesarios para llevar adelante los sistemas informáticos o TIC.

Al hablar de comercio electrónico, estamos hablando de todo tipo de transacciones de bienes o servicios que son realizados por medios electrónicos y/o informáticos realizado de manera online por dos o más partes.

Al hablar de las empresas fintech y su desarrollo en las Argentina, podemos decir que nuestro país cuenta con un ecosistema fintech muy dinámico y en expansión. El país ha visto un crecimiento significativo en el número de empresas fintech:

1. Crecimiento del Número de Empresas:

- La Cámara Argentina de Fintech ha reportado un aumento constante en la cantidad de empresas fintech en el país. Según informes recientes, hay más de trescientas (300) empresas fintech operando en Argentina, cubriendo diversas áreas del sector financiero.

91 /

2. Principales Categorías y Ejemplos de Empresas:

- Pagos y Transferencias: Esta es una de las categorías más grandes y dinámicas. Empresas como Mercado Pago y Ualá son líderes en este sector, ofreciendo soluciones de pagos digitales y billeteras electrónicas.
- Préstamos y Créditos: Plataformas como Moni y Afluenta proporcionan servicios de préstamos personales y financiación, facilitando el acceso al crédito de manera rápida y sencilla.
- Inversiones y Ahorros: Empresas como InvertirOnline y Mercado Fondo permiten a los usuarios invertir en el mercado de valores y otros instrumentos financieros con facilidad.
- Seguros (Insurtech): Startups como 123Seguro están innovando en la venta y gestión de seguros, haciendo que el proceso sea más accesible y transparente.

- Tecnología Blockchain y Criptomonedas: Bitso y Ripio son ejemplos de empresas que ofrecen servicios relacionados con criptomonedas y tecnología blockchain, incluyendo intercambio y custodia de activos digitales.

3. Innovación y Diversificación:

- Muchas fintech en Argentina no solo se centran en servicios financieros tradicionales, sino que también exploran áreas como la IA, el análisis de big data y la automatización de procesos para ofrecer soluciones más eficientes y personalizadas.
- La diversidad de servicios ofrecidos abarca desde la gestión de finanzas personales y empresariales hasta soluciones de pagos internacionales y remesas.

4. Atracción de Inversión:

- El ecosistema fintech argentino ha atraído una cantidad significativa de inversión, tanto nacional como internacional con fondos de capital de riesgo y grandes inversores.

3. Soluciones fintech

El sistema fintech global ofrece una serie de soluciones innovadoras que transforman la manera en que los servicios financieros se proporcionan, aumentando la eficiencia, accesibilidad y seguridad. Estas soluciones abarcan diversas áreas:

1. Inclusión Financiera:

- Acceso a Servicios Financieros: Las fintech proporcionan acceso a servicios financieros básicos a poblaciones no bancarizadas o sub bancarizadas, especialmente en regiones con infraestructuras bancarias limitadas.
- Microfinanzas y Préstamos P2P: Plataformas de microfinanzas y préstamos entre pares (P2P) ofrecen opciones de crédito a individuos y pequeñas empresas.

2. Pagos y Transferencias Digitales:

- **Billeteras Electrónicas y Pagos Móviles:** Soluciones como PayPal, Alipay y Mercado Pago permiten realizar pagos y transferencias de dinero de manera rápida y segura a través de dispositivos móviles.
- **Remesas Internacionales:** Servicios como TransferWise (ahora Wise) y Remitly facilitan el envío de remesas internacionales con menores costos y tiempos.

3. Inversiones y Gestión de Activos:

- **Robo-Advisors:** Plataformas como Betterment y Wealthfront ofrecen servicios automatizados de asesoría financiera, permite invertir y gestionar activos eficientes.
- **Crowdfunding y Crowdfunding:** Plataformas como Kickstarter y Seedrs permiten a startups, proyectos innovadores, financiamiento de inversionistas individuales.

93 /

4. Préstamos y Créditos:

- **Plataformas de Préstamos Online:** Empresas como LendingClub y Prosper facilitan el acceso a préstamos personales y empresariales con solicitud y aprobación en línea.
- **Crédito Rápido y Alternativo:** Soluciones que utilizan algoritmos y análisis de datos para evaluar la solvencia del solicitante de crédito con acceso rápido a financiamiento.

5. Seguros (Insurtech):

- **Digitalización de Seguros:** Startups como Lemonade y 123Seguro están digitalizando la contratación y gestión de seguros, ofreciendo procesos más rápidos y transparentes.
- **Seguros Personalizados y Basados en Uso:** Insurtechs que utilizan datos para ofrecer pólizas personalizadas y basadas en el uso, como para conductores ocasionales.

6. Tecnología Blockchain y Criptomonedas:

- **Transacciones Seguras y Transparencia:** El uso de blockchain garantiza la seguridad y transparencia en las transacciones financieras, reduciendo el riesgo de fraude.
- **Criptomonedas y Activos Digitales:** Plataformas como Coinbase y Binance permiten la compra, venta y custodia de criptomonedas, con oportunidades de inversión.

7. Protección de Datos y Ciberseguridad:

- **Seguridad en Transacciones:** Tecnologías como la autenticación biométrica y la encriptación protegen las transacciones y los datos personales de los usuarios.
- **Gestión de Identidades Digitales:** Soluciones que aseguran la identidad digital de los usuarios, facilitando la verificación y autenticación en línea.

8. Automatización e Inteligencia Artificial:

- **Automatización de Procesos Financieros:** El uso de AI machine learning para automatizar procesos, evaluación de riesgos, detección de fraudes y atención clientes.
- **Análisis Predictivo:** Utilización de big data y análisis predictivo para ofrecer servicios financieros más personalizados y mejorar la toma de decisiones.

9. Compliance y RegTech:

- **Cumplimiento Automatizado:** Soluciones de tecnología regulatoria (RegTech) que ayudan a las instituciones financieras a cumplir con las normativas y regulaciones de manera más eficiente.

4. La abogacía y las fintech

El auge del sector fintech ha abierto numerosas áreas de especialización para los abogados que pueden especializarse dentro del campo fintech:

1. Regulación Financiera:

- Cumplimiento Normativo (Compliance): Asesorar a las fintech con las regulaciones locales e internacionales, licencias, requisitos de capital y reportes regulatorios.
- Relaciones con Reguladores: Facilitar la interacción y comunicación con autoridades regulatorias como el Banco Central de la República Argentina (BCRA).

2. Protección del Consumidor:

- Derechos del Consumidor: Garantizar que las fintech cumplan con las leyes de protección al consumidor, asesorando sobre transparencia, términos y condiciones.
- Marketing y Publicidad: Asegurar que las campañas de marketing y publicidad de las fintech cumplan con las normativas legales y sean transparentes

95 /

3. Prevención de Lavado de Dinero (AML) y Financiamiento del Terrorismo (CFT):

- KYC (Know Your Customer): Implementación de políticas y procedimientos de identificación y verificación de clientes.
- Monitoreo de Transacciones: Desarrollo de sistemas y procedimientos para detectar y reportar actividades sospechosas.

4. Protección de Datos y Privacidad:

- Cumplimiento con la Ley de Protección de Datos Personales (Ley 25.326): Asesorar sobre el manejo de datos personales, de las normas de protección de datos.

- Seguridad de la Información: Implementación de políticas y medidas de ciberseguridad para proteger la información sensible.

5. Contratos y Documentación Legal:

- Redacción y Revisión de Contratos: Crear y revisar contratos específicos del sector fintech, como acuerdos de servicios, términos de uso, y contratos de préstamos.
- Contratos Inteligentes (Smart Contracts): Asesorar en la redacción y ejecución de contratos inteligentes basados en blockchain.

6. Asesoría Corporativa y Financiera:

- Estructuración Corporativa: Asesorar sobre la creación y reestructuración de empresas fintech, incluyendo fusiones y adquisiciones.
- Financiación y Capital Riesgo: Asistir en negociaciones con inversores.

7. Resolución de Disputas:

- Litigios Comerciales: Representar a las fintech en disputas contractuales y comerciales.
- Arbitraje y Mediación: Facilitar la resolución de disputas a través de métodos alternativos como el arbitraje y la mediación.

8. Innovación y Tecnología:

- LegalTech: Implementar tecnologías legales para mejorar la eficiencia de los servicios jurídicos, como la automatización de documentos y el análisis predictivo.
- Blockchain y Criptomonedas: Asesorar sobre regulación de tecnologías blockchain

El auge de las fintech en Argentina requiere adaptarse a las nuevas realidades del sector financiero y las tecnologías emergentes que los afecta con su crecimiento:

1. Especialización y Capacitación:

- **Nuevas Áreas de Práctica:** Los abogados necesitan desarrollar expertise en áreas específicas como fintech, blockchain, criptomonedas, ciberseguridad y protección de datos
- **Capacitación Técnica:** Entender las tecnologías subyacentes que utilizan las fintech, como los contratos inteligentes y el blockchain, para asesorar adecuadamente.

2. Asesoramiento Regulatorio y Cumplimiento:

- **Cumplimiento Normativo:** Los abogados ayudan a las fintech a cumplir con las regulaciones financieras, de protección de datos y de prevención de lavado de dinero.
- **Interacción con Reguladores:** Representar a las fintech ante las autoridades reguladoras y facilitar la comunicación con entidades como el BCRA.

3. Contratos y Documentación Legal:

- **Redacción de Contratos:** Deben redactar y revisar contratos específicos del sector fintech, acuerdos de prestación, términos, condiciones de uso y de financiamiento.
- **Smart Contracts:** La implementación de contratos inteligentes requiere conocimientos técnicos y legales para asegurar su validez y ejecución correcta.

97 /

4. Protección de Datos y Privacidad:

- **Compliance en Protección de Datos:** Asesorar a las fintech en el cumplimiento de las leyes de protección de datos personales y diseñar políticas de privacidad.
- **Ciberseguridad:** Deben abordar cuestiones de ciberseguridad, preparación de planes de respuesta ante incidentes y los riesgos asociados con la tecnología.

5. Litigios y Resolución de Disputas:

- **Disputas Comerciales:** Representar a las fintech en disputas comerciales, litigios relacionados con propiedad intelectual, competencia desleal y conflictos contractuales.
- **Arbitraje y Mediación:** La resolución alternativa de disputas a través de arbitraje y mediación en el sector fintech, requiere abogados con habilidades en estos métodos.

6. Innovación Legal:

- **Legaltech:** La integración de tecnologías legales (legaltech) en la práctica de la abogacía, como la automatización de documentos y la inteligencia artificial para la investigación jurídica, está cambiando trabajar y prestan servicios a las fintech.

5. Regulación legal del sector fintech

Algunos de los principales aspectos legales y regulatorios que afectan a las fintech son:

1. Regulación Financiera:

- **Licencias y Autorizaciones:** Las fintech deben cumplir con una serie de requisitos legales y obtener las licencias necesarias para operar. Esto incluye la autorización del Banco Central de la República Argentina para realizar ciertas actividades financieras.
- **Cumplimiento Normativo:** Las fintech deben adherirse a regulaciones financieras específicas que buscan garantizar la transparencia, la integridad y la estabilidad del sistema financiero.

2. Protección del Consumidor:

- **Derechos del Consumidor:** Las fintech deben garantizar que los derechos de los consumidores estén protegidos. Esto incluye la claridad en la información proporcionada, la transparencia en los términos y condiciones y resolución de disputas.

- **Prácticas Justas y Transparentes:** Las regulaciones exigen que las fintech adopten prácticas justas y transparentes, especialmente en la fijación de tarifas, la gestión de datos y la comunicación con los clientes.

3. Privacidad y Seguridad de los Datos:

- **Protección de Datos Personales:** Las fintech deben cumplir con las leyes de protección de datos, como la Ley de Protección de Datos Personales (Ley 25.326) implica garantizar la privacidad y la seguridad de la información personal de usuarios.
- **Ciberseguridad:** La protección contra ciberataques y la implementación de medidas de seguridad robustas son esenciales para las fintech, dado el manejo de información financiera sensible.

4. Prevención de Lavado de Dinero (AML) y Financiamiento del Terrorismo (CFT):

- **KYC (Know Your Customer):** Las fintech deben implementar procedimientos de KYC para verificar la identidad de sus clientes y prevenir actividades ilícitas.
- **Reportes y Monitoreo:** Las fintech están obligadas a reportar transacciones sospechosas a las autoridades y a implementar sistemas de monitoreo para detectar y prevenir el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo.

99 /

5. Innovación y Nuevas Tecnologías:

- **Blockchain y Criptomonedas:** La regulación de tecnologías emergentes como el blockchain y las criptomonedas es un desafío continuo. Las autoridades están desarrollando marcos legales para abordar estos avances tecnológicos.
- **Smart Contracts:** Los contratos inteligentes (smart contracts) presentan nuevas consideraciones legales en cuanto a su validez, ejecución y cumplimiento.

6. Competencia y Mercado:

- **Regulación Antimonopolio:** Las fintech deben operar en un entorno competitivo justo y pueden estar sujetas a regulaciones antimonopolio para prevenir prácticas comerciales desleales.
- **Colaboración con Bancos Tradicionales:** Las alianzas y colaboraciones entre fintech y bancos tradicionales sujetas a supervisión regulatoria para asegurar que no se distorsione el mercado.

6. Conclusiones:

En conclusión, el sistema fintech global ofrece soluciones innovadoras que mejoran significativamente la accesibilidad, eficiencia, seguridad y personalización de los servicios financieros. Estas soluciones no solo benefician a los consumidores y empresas, sino que también impulsan la inclusión financiera y la innovación en el sector financiero a nivel mundial.

El crecimiento del sector fintech está redefiniendo la práctica de los abogados, quienes deben adaptarse rápidamente a nuevas áreas de especialización, tecnologías emergentes y un entorno regulatorio en constante cambio. Esto presenta tanto desafíos como oportunidades para los profesionales del derecho ya que el sector fintech ofrece una amplia gama de oportunidades pues es incipiente todo lo relacionado al campo de las fintech.

Bibliografía consultada:

*Aproximación al Mundo de las Fintech en América. Soledad Giudicci, Natalia Otero y Aníbal Pelufo. Octubre 2021.

Ventura *et al.*, 2015.

*web, IA, entre otros,

Rojas, 2016; Carballo & Dalle-Nogare, 2019.

*Fintech en el Mundo “La Revolución Digital de las Finanzas ha llegado a México”.

Agenda Fintech Rumbo a 2025.

101 /

"Implementación de la Inteligencia Artificial Generativa en la Industria Aerocomercial"

| Pablo Gabriel Maccarini Muchnik |

Introducción

La industria aerocomercial se encuentra en una constante evolución tecnológica, buscando siempre optimizar operaciones, mejorar la experiencia del pasajero y reducir costos operativos. En este contexto, la inteligencia artificial generativa (IAG) surge como una herramienta disruptiva capaz de transformar diversos aspectos del sector. Este trabajo explora las aplicaciones prácticas de la IAG en la industria aerocomercial, considerando los beneficios y desafíos legales que plantea su adopción.

103 /

Áreas de Aplicación de la IAG en la Industria Aerocomercial

A lo largo de esta sección del trabajo iré mencionado las distintas áreas donde se puede aplicar la IAG en el ámbito aeronáutico e indicando brevemente cual sería su aporte respectivo.

Optimización de Operaciones

- **Mantenimiento predictivo:** Los modelos generativos pueden analizar datos en tiempo real de sensores de aeronaves para prever

fallas antes de que ocurran, generando recomendaciones sobre piezas o sistemas que requieren atención.

- **Diseño de rutas:** La IAG puede simular escenarios complejos para optimizar rutas aéreas, considerando factores como el clima, el tráfico aéreo y el consumo de combustible.
- **Gestión del tráfico aéreo:** Implementar sistemas avanzados basados en IAG que colaboren con la Empresa Argentina de Navegación Aérea (EANA) para prever y resolver congestiones en aeropuertos como Ezeiza o Aeroparque.

Mejora de la Experiencia del Pasajero

- **Asistentes virtuales avanzados:** Basados en IAG, estos pueden responder de manera más humana y personalizada a consultas de pasajeros, desde la reserva hasta el embarque.
- **Entretenimiento a bordo personalizado:** Generar contenido adaptado a las preferencias individuales de los pasajeros podría elevar los estándares del servicio en vuelos.

\ 104

Diseño y Manufactura de Aeronaves

- Los algoritmos generativos pueden crear diseños aerodinámicos innovadores y optimizados, reduciendo el peso de las aeronaves y mejorando la eficiencia energética. Esto no solo impacta en los costos operativos, sino también en la sostenibilidad ambiental de la industria.

Gestión de Crisis y Seguridad

- La IAG puede contribuir en la simulación de escenarios de emergencia para la formación de tripulaciones y el diseño de protocolos de seguridad más eficaces. Asimismo, podría fortalecer sistemas de ciberseguridad al identificar y mitigar amenazas en tiempo real.

Gestión de Infraestructura Aeroportuaria

- En aeropuertos clave administrados por el Sistema Nacional de Aeropuertos (SNA), la IAG podría optimizar la logística, simulando escenarios de alta demanda y proponiendo soluciones para mejorar la experiencia del pasajero y los tiempos de operación.

Como todo avance que se produce e interrumpe de una forma tan cambiante, genera interrogantes de como abarcarlos desde un punto de vista jurídico/legal, por eso es importante recalcar que se generan desafíos tanto legales como regulatorios, entre los que se pueden mencionar los siguientes ejemplos:

- **Propiedad Intelectual:** Una cuestión central es determinar la titularidad de las creaciones generadas por la IAG, como diseños de aeronaves o modelos predictivos. ¿Debe considerarse al desarrollador del sistema, al operador o a la propia empresa?
- **Regulación Aeronáutica Internacional:** La integración de la IAG debe alinearse con normativas globales como las establecidas por la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI), que actualmente carecen de un marco específico para estas tecnologías.

105 /

Para afrontar estos desafíos que plantea la IAG , en este caso en la industria aerocomercial civil argentina, es importante remarcar los subsiguientes puntos para dar claridad al uso de la IAG:

- **Adaptación de la Regulación Aeronáutica:** La Administración Nacional de Aviación Civil (ANAC) deberá actualizar su normativa para integrar la IAG de manera segura y eficiente. Esto incluye regulaciones específicas sobre el uso de sistemas autónomos en la planificación, mantenimiento y operación de aeronaves.

- **Privacidad y Protección de Datos:** El uso de IAG requiere manejar grandes volúmenes de datos personales. En Argentina, la Ley de Protección de Datos Personales (Ley 25.326) exige que las aerolíneas y entidades aeronáuticas aseguren la privacidad de la información recopilada, adaptando sus procesos a las exigencias de la Agencia de Acceso a la Información Pública (AAIP)
- **Soberanía Tecnológica y Acceso a Infraestructura:** Argentina deberá equilibrar la adopción de tecnologías avanzadas con la protección de su soberanía tecnológica, fomentando la capacitación local en inteligencia artificial para reducir la dependencia de proveedores extranjeros.

Para que la IAG sea utilizada de manera segura y por todos los actores de la industria aerocomercial, es necesario realizar ciertas actividades que deriven en la aceptación de la IAG, como a saber:

\ 106

- **Colaboración Público-Privada:** Es crucial fomentar alianzas entre la ANAC, empresas privadas y universidades para desarrollar soluciones basadas en IAG adaptadas a las necesidades locales.
- **Programas Piloto y Certificación:** Iniciar proyectos piloto en aerolíneas nacionales y aeropuertos clave para evaluar el impacto de la IAG, con criterios claros de certificación por parte de la ANAC y la EANA.
- **Capacitación de Personal Técnico y Operativo:** La capacitación en IAG debe incluir tanto a técnicos encargados del mantenimiento como a operadores y controladores aéreos. Esto garantizará una transición segura y efectiva hacia la adopción de estas tecnologías.
- **Incentivos para la Sostenibilidad y la Innovación:** El gobierno podría ofrecer incentivos fiscales y regulatorios para promover la inversión en sistemas basados en IAG que contribuyan a la sostenibilidad y la modernización del sector.

Peligros de la Inteligencia Artificial Generativa en la Industria Aerocomercial

Hasta ahora se han listado los beneficios, los desafíos que nos enfrentamos con la IAG y recomendaciones para su correcto uso. No obstante, a continuación, listaré desventajas o peligros respecto de la implementación de la inteligencia artificial generativa en la industria aerocomercial argentina que pueden ser agrupadas en distintas categorías, a saber:

Seguridad Operacional y Técnica

- **Errores en sistemas generativos:** Los modelos de IAG pueden generar soluciones o recomendaciones incorrectas o inadecuadas debido a sesgos en los datos de entrenamiento o interpretaciones erróneas de la información. Esto podría derivar en decisiones peligrosas, como rutas subóptimas o fallas en mantenimiento predictivo.
- **Falta de transparencia:** Los algoritmos generativos suelen ser cajas negras, lo que dificulta la comprensión de cómo se generan ciertas decisiones. En un contexto donde cada fallo puede tener consecuencias fatales, esta opacidad es inaceptable.

107 /

Impacto en el Empleo

- **Reducción de empleos técnicos:** La adopción de sistemas de mantenimiento predictivo o automatización en la gestión aeroportuaria podría reducir la necesidad de personal técnico y operativo.
- **Conflictos laborales:** En un país con un fuerte marco sindical, como la Argentina, la implementación de tecnología que sustituya empleos podría generar tensiones significativas y conflictos con los gremios.

Falta de Regulaciones Específicas

- **Normativas desactualizadas:** Las regulaciones de la ANAC y la normativa de la OACI, aunque avanzadas en términos de seguridad, no contemplan los riesgos específicos que introduce la inteligencia artificial generativa.
- **Retrasos en la implementación:** La adopción de tecnologías de vanguardia suele estar limitada por la lentitud en la actualización normativa, lo que puede generar incertidumbre jurídica.

Privacidad y Protección de Datos Personales

- **Riesgos de filtraciones de datos:** La falta de infraestructuras robustas en ciberseguridad en el país podría exponer a las aerolíneas argentinas a ciberataques y filtraciones de información confidencial.
- **Cumplimiento normativo insuficiente:** Aunque Argentina cuenta con la Ley de Protección de Datos Personales (Ley 25.326), esta normativa podría resultar insuficiente para regular el uso de datos masivos en sistemas avanzados de IAG, dejando a las aerolíneas expuestas a sanciones internacionales o demandas colectivas.

Exclusión de Actores Nacionales

- **Soberanía tecnológica:** La falta de desarrollo local en inteligencia artificial puede colocar a las aerolíneas y autoridades locales en una posición de vulnerabilidad frente a empresas internacionales que monopolizan el acceso a estas tecnologías.
- **Costos elevados:** La adquisición y mantenimiento de sistemas de IAG desarrollados en el extranjero pueden ser prohibitivos para muchas aerolíneas locales, especialmente considerando el contexto económico inestable de Argentina.

Vulnerabilidades en la Seguridad Nacional

- **Ataques cibernéticos:** Los sistemas generativos podrían ser vulnerables a manipulación por actores maliciosos, comprometiendo tanto la seguridad operacional como la privacidad de los usuarios.
- **Interferencias externas:** El uso de tecnología extranjera no auditada podría exponer infraestructuras críticas, como los sistemas de navegación aérea, a riesgos de espionaje o sabotaje.

Proyección normativa

Por último, antes de encarar la conclusión de este trabajo, quisiera mencionar que aspectos se debería modificar en la normativa aplicable para el correcto uso de la IAG.

Código Aeronáutico Argentino (Ley 17.285)

109 /

- **Incorporar disposiciones sobre sistemas de inteligencia artificial:** Regular el uso de tecnologías autónomas en operaciones críticas, como mantenimiento predictivo, gestión del tráfico aéreo y planificación de rutas.
- **Actualizar los capítulos sobre responsabilidad civil:** Especificar cómo se asigna la responsabilidad en incidentes o accidentes vinculados a fallos de sistemas basados en IAG, considerando la participación de terceros, como desarrolladores de software.

Normativa sobre Protección de Datos Personales (Ley 25.326)

- **Actualizar la ley para contemplar el tratamiento masivo de datos (big data):** Esto incluye prever cómo se manejan los datos recopilados por sistemas de IAG, garantizando el cumplimiento de estándares internacionales como el GDPR europeo.

- **Reglamentar específicamente el uso de datos de pasajeros:** Incluir disposiciones que aseguren el consentimiento informado, la anonimización de datos y la transparencia en el procesamiento de información por sistemas automatizados.

Integración con Normativa Internacional

- **Actualizar la normativa nacional para reflejar las recomendaciones de la OACI:** Especialmente en áreas como seguridad operacional
- (Anexo 19) y gestión del tránsito aéreo (Anexo 11), que deberán contemplar el uso de tecnologías avanzadas basadas en inteligencia artificial.
- Incorporar estándares técnicos internacionales: Como los establecidos por la **Asociación Internacional de Transporte Aéreo (IATA)** y la **Federal Aviation Administration (FAA)**, adaptados al contexto local.

Capacitación y Licencias del Personal Aeronáutico

- **Requisitos de capacitación en sistemas basados en IAG:** Pilotos, técnicos de mantenimiento, controladores aéreos y personal administrativo deberán recibir formación específica para operar y supervisar estas herramientas.
- **Certificación de competencias en tecnologías de inteligencia artificial:** Incluir pruebas específicas en los procesos de certificación y revalidación de licencias.

Conclusión

La inteligencia artificial generativa representa una oportunidad única para modernizar la aeronáutica civil argentina, mejorando la

eficiencia operativa, la experiencia del pasajero y la sostenibilidad. Sin embargo, su implementación debe estar respaldada por un marco normativo sólido y políticas que garanticen la seguridad, la equidad y la protección de datos. Al adoptar un enfoque estratégico y colaborativo, Argentina puede posicionarse como líder regional en la integración de tecnologías emergentes en el sector aeronáutico

Los peligros relacionados con la seguridad, la privacidad, la soberanía tecnológica y la responsabilidad jurídica requieren un enfoque regulatorio robusto y adaptado a las particularidades del contexto argentino. Un marco normativo claro, acompañado de inversiones en infraestructura local y capacitación, será esencial para mitigar estos riesgos y garantizar que la implementación de la IAG beneficie al sector sin comprometer su seguridad ni su sostenibilidad.

Se requiere de una actualización integral del marco normativo existente, liderada por la ANAC en coordinación con otros organismos como EANA y la Secretaría de Transporte dependiente del Ministerio de Economía. Además, debe promoverse la creación de normativas específicas sobre ciberseguridad, soberanía tecnológica y manejo de datos personales, para garantizar una transición segura, eficiente y sostenible hacia el uso de estas tecnologías avanzadas.

III /

Bibliografía

Capaldo, G. (2021). *Desafíos jurídicos planteados al Derecho Internacional Aéreo por las aeronaves totalmente autónomas (o conducidas por inteligencia artificial)*. Presentado en el XXXII Congreso Argentino de Derecho Internacional. Disponible en **C.E.D.A.E. Online**.

Jara, M. L. (2021). *Inteligencia artificial y derecho: Un abordaje preliminar*. Repositorio Institucional Universidad Nacional de Lomas de Zamora.

Instituto Nacional de Derecho Aeronáutico y Espacial (INDAE). (s.f.). *Derecho Aeronáutico, Espacial y Aeroportuario en Argentina*. Buenos Aires: Fuerza Aérea Argentina.

Thomson Reuters. (2021). *Derecho aeronáutico y su interacción con tecnologías emergentes*. Publicaciones legales La Ley.

UBA - Facultad de Derecho. (2021). *Cambio climático, aviación comercial y mercado de bonos de carbono: Aspectos legales y técnicos*. Buenos Aires: Editorial de la Facultad de Derecho.

<https://www.argentina.gob.ar/anac/raac-dnar-regulaciones-argentinas-de-aviacion-civil/raac>

<https://www.icao.int/Pages/default.aspx>

<https://aeroespacio.com.ar/index.php/2024/04/16/hacia-una-aviacion-comercial-inteligente/>

<https://www.quantion.com/es/como-se-usa-la-inteligencia-artificial-en-las-aerolineas/>

<https://www.360aviationlife.com/inteligencia-artificial-en-la-aviacion-2/>

Laboratorio: Notebook LM en el estudio jurídico

| Claudio Fabián Sussini |

Introducción

\ II4

Lo que llamamos “Inteligencia Artificial” en realidad son varias tecnologías que confluyen y nos dotan de herramientas diversas. Podemos elegir entre modelos distintos que nos aportan soluciones más o menos complejas para resolver tareas relacionadas tanto a texto como a audio, imagen o video e incluso algunos posibilitan la creación de estos mediante la llamada IA Generativa.

He decidido abordar la preparación del presente trabajo a través de una primera aproximación a algunas herramientas de IA, registrando el proceso experimental y luego extrayendo conclusiones de esta praxis. En lo que respecta a la actividad abogadil creo central enfocarme en los modelos de IA dedicados al análisis, síntesis y creación de textos, ya que juzgo que la tarea primordial del abogado descansa general y eminentemente sobre el uso de las palabras (tanto en forma oral como escrita). Por ello es que los modelos de lenguaje profundo enfocados en trabajar con texto me parecen más útiles y transformadores en la actividad del abogado que otras herramientas de IA.

En este camino experimental quise centrarme en herramientas de uso libre y gratuito. Hoy existe una profusión de proyectos de desarrollo de IA, ofrecidos como servicio en línea al público en general

(SaaS¹). Prácticamente todo el universo digital está integrando herramientas de IA como servicio o complemento de servicios.

Si bien muchas de estas tecnologías de IA ya existían y eran utilizadas principalmente por las empresas que las desarrollaban para mejorar sus procesos internos o para el mercadeo de productos o servicios (por ejemplo Google² o Amazon³). Lo revolucionario del fenómeno actual es que estas compañías han “liberado” y hecho accesibles estas capacidades computacionales y de procesamiento de datos para los usuarios particulares con una interface fácil de utilizar.

De todas las herramientas puestas a prueba he decidido enfocarme mayormente en el modelo que ofrece la empresa Google (Alphabet), llamado “Gemini 1.5”. Este modelo tiene una versión de pago y otra (limitada) de uso gratuito. Accediendo desde una cuenta de Gmail (el servicio de correo electrónico proveído por la compañía) se puede utilizar el modelo limitado sin costo. Hace escaso tiempo se habilitó una aplicación que utiliza ese modelo, cuyo nombre es “Notebook LM”⁴. Mediante la cual se permite que el propio usuario le proporcione al modelo una base de datos para generar salidas (“outputs”) referenciadas a esa base de datos. Esto se logra mediante las llamadas “Técnicas de RAG”⁵. Si bien Notebook LM se encuentra en fase de prueba y desarrollo, ofrece diversas ventajas que se estarán analizando seguidamente. Estas ventajas, a mi criterio son centrales en cuanto al uso profesional que podemos darle los abogados. Por ello es que gran parte de este trabajo se centrará en describir el proceso experimental seguido con la mencionada herramienta.

115 /

1. https://es.wikipedia.org/wiki/Software_como_servicio

2. <https://www.google.com/?hl=es>

3. <https://www.amazon.com/-/es/>

4. <https://notebooklm.google/>

5. <https://www.promptingguide.ai/es/techniques/rag>

Desarrollo: registro del proceso experimental con “Notebook LM”

Acciones preliminares para el uso de la herramienta:

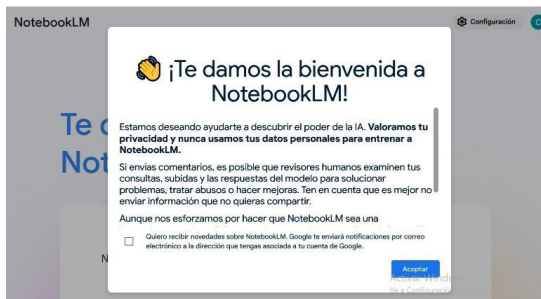
1.-En primer lugar se debe ingresar al siguiente sitio web: <https://notebooklm.google/>. Una vez ingresado a la *landing page* del servicio, nos encontramos con breves descripciones acerca de las características y funciones del modelo. Podemos destacar que se menciona:

-“*La herramienta definitiva creada con Gemini 1.5 para comprender la información que más te interesa*”. Esta herramienta utiliza el modelo de inteligencia artificial que viene desarrollando la empresa Google

-“*Sube archivos PDF, sitios web, videos de YouTube, archivos de audio, documentos de Google o presentaciones de Google, y NotebookLM los resumirá y establecerá conexiones interesantes entre los temas, todo con la ayuda de las capacidades de comprensión multimodal de Gemini 1.5.*”. En principio, este modelo no está tan centrado en generar texto creativo (como ocurre en Chat GPT), sino en el análisis de datos, ordenando y generando resúmenes y relaciones a partir de las fuentes.

-“*Confía en cada respuesta gracias a que NotebookLM proporciona citas claras de su trabajo y te muestra las citas exactas de tus fuentes.*” Esta última es una característica muy importante a la hora de integrar la herramienta al despacho del abogado, pues otros modelos muchas veces “inventan” fuentes o citas doctrinarias para elaborar una respuesta para el usuario.

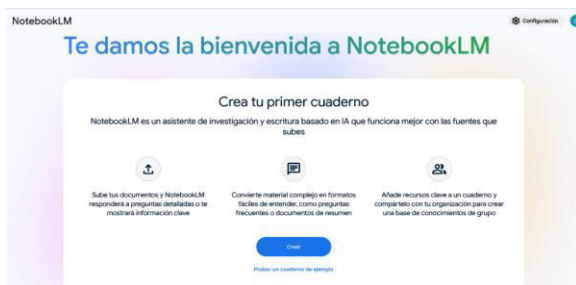
2.-Al pulsar en el botón “Probar Notebook LM”, ingresamos a la página de inicio del servicio, donde nos encontramos con este aviso de bienvenida:



Aquí se nos informa que no se usan nuestros datos personales para entrenar al modelo. Existe la posibilidad, sin embargo, de que si enviamos comentarios, revisores humanos examinen consultas y respuestas intercambiadas con el modelo. Luego nos hace saber que, en ocasiones, la herramienta podría igualmente proporcionarnos información imprecisa. Lo que nos hace reflexionar que siempre se deberán tomar medidas de resguardo de la información sensible, así como controlar y contrastar las respuestas con las fuentes

117 /

3.-Hacemos clic en el botón “Aceptar”. Ahora nos encontramos en la página de inicio, como puede verse en la captura siguiente:



Oprimimos el botón “Crear” y se nos solicita que carguemos las fuentes para el cuaderno. Podríamos decir que un cuaderno es un asistente de IA que interactúa con el contenido de los documentos,

audios, o enlaces que se le suministren y nos otorga salidas (“outputs”) que extrae del análisis, resumen, cruzamiento y búsqueda en dichas fuentes. Se pueden crear varios cuadernos sobre distintas temáticas que delimitaremos de acuerdo a las fuentes de información que se le suministren. Por lo cual en este punto advertimos que debemos tener previamente clara y delimitada la materia en la cual nos asistirá el modelo. Además, antes de crear el cuaderno, deberíamos tener seleccionados, saneados y ordenados los datos a cargarse como fuentes (base de datos). Esto es fundamental para lograr resultados satisfactorios.

Cuaderno introductorio

A.- Notebook LM viene con un cuaderno creado por defecto llamado “*Introduction to NotebookLM*”. Donde pone a disposición ocho documentos (como fuentes del cuaderno) que contienen indicaciones respecto al modo de funcionamiento de la herramienta. Entre otras cuestiones, se informa que este modelo no comparte la información con servidores externos.

B.- Estos documentos están en idioma inglés, por lo cual se le solicitó que los tradujera y explicara en español. De esta información se pueden extraer los eventuales usos así como las recomendaciones básicas para tener una mejor experiencia con el modelo.

C.-Aprovechando la existencia de este cuaderno se le solicitó la elaboración de un protocolo básico de utilización de la herramienta. Lo cual fue proveído en pocos segundos, tomando como base para la respuesta la documentación antes referida, creando un protocolo paso a paso sobre la utilización del modelo para analizar datos cargados al libro.

Fuentes

Una vez establecido un “protocolo de uso” por el mismo agente IA, conociendo ahora las posibilidades que brinda y el modo adecuado de uso, continuamos con el objeto del experimento. Queremos crear un asistente virtual (cuaderno) que facilite la búsqueda y consulta de información legal contenida en varios documentos (sentencias, leyes o doctrina jurídica). Además queremos que nos proporcione información en formato de texto a utilizarse en la formulación de peticiones jurídicas escritas u orales. Asimismo nos dé la posibilidad de generar citas y referencias a las fuentes que conforman su base de datos.

¿Qué información contendrán las fuentes?

Teniendo presente que el modelo funciona mejor cuanto más específica y acotada a un marco conceptual sean las fuentes, deberemos dedicar cada cuaderno creado a materias específicas. Además es necesario poner de relieve que la cantidad de fuentes está limitada a cincuenta.

119 /

Muestras de cuadernos creados en Notebook LM

*Para compartir el cuaderno, el propietario debe conceder acceso a un usuario con cuenta de Gmail. Luego de concedido el acceso, el usuario debe ingresar a través de dicha cuenta a los enlaces de abajo para utilizar los cuadernos. Solicite acceso a los cuadernos en el siguiente link: <https://forms.gle/w91bkwPYGZDGWXR8>

- **Cuaderno:** Consultor sobre Ética profesional, normativa y procedimiento disciplinario para abogados de la Provincia de Corrientes: Enlace: <https://acortar.link/6alePh>

- **Cuaderno:** Consultor sobre Normativa Urbanística y Planificación Urbana de Paso de los Libres (Corrientes): Enlace: <https://acortar.link/bxUzHU>

Observaciones realizadas durante la fase experimental:

- Ante preguntas que se salen del contenido de las fuentes hace notar que dicha consulta excede el contenido del cuaderno.
- No hay posibilidad de cambiar la “temperatura”⁶ del modelo (tal como sí ocurre con otras herramientas similares). Se presume que es para resguardar la exactitud y contracción del modelo a las fuentes dadas, reduciendo el margen de “alucinaciones”.
- La correcta nomenclatura de las fuentes es importante para poder ir segregando la base de datos a utilizarse para cada consulta. Dado que las fuentes se ordenan lateralmente a la izquierda en un listado, visualizándose por sus nombres de archivo. Pudiendo “activarlas” o “desactivarlas” para otorgarle o negarle acceso a la herramienta al contenido de determinado/s documento/s y así poder condicionar las respuestas a una fracción de las fuentes. Por ejemplo, si utilizáramos un cuaderno con 50 fallos jurisprudenciales: podemos buscar jurisprudencia sobre un criterio dado, o bien en la generalidad de los fueros o bien acotar más la búsqueda al fuero federal, dejando activadas como fuentes solo las sentencias de tribunales federales.

6. https://gpt.space/blog_es/temperatura-mundo-ia-guia-usar-parametro-temperatura-openai-respuestas-chatgpt-gpt-3-gpt-4

- El modelo anuncia que acepta enlaces a páginas web y videos de Youtube como fuentes. Siempre que estos últimos tengan subtítulos generados automáticamente por la plataforma, pues el modelo no interpreta los videos sino que simplemente lee su subtítulo automático. Algunos videos de Youtube presentaban inconvenientes para agregarlos como fuente pese a que poseían subtítulos automáticos. Por ello es que para utilizar estos videos como fuente debí acceder a la transcripción automática de los mismos y volcarla en un archivo de texto que se utilizó como fuente del cuaderno⁷. Esa transcripción no es de óptima fidelidad, por lo que a veces requiere de una etapa adicional de corrección, orden y limpieza del texto antes de colocarlo como fuente para el cuaderno.
- Notebook LM permite compartir el uso de un cuaderno creado, con un tercero e incluso transferirle la propiedad, siempre que posea un usuario de “gmail”. Lo cual abre un abanico de posibilidades interesantes en cuanto a la creación de herramientas de uso compartido.

121 /

Recaudos para el uso profesional: espíritu crítico, ética e iteración:

La cuestión referida al uso profesional ético de esta y otras herramientas de IA es crucial para los abogados. El profesional usuario deberá extremar los cuidados, no solo en cuanto a no suministrarle al modelo datos sensibles (propios o de terceros), sino que también deberá emplear siempre el espíritu crítico respecto de las respuestas

7. https://www.youtube.com/watch?v=IX6NH2NhcCQ&ab_channel=AcademyTotem-Guard-MeritxellV&i%3C%B1as

que obtenga. La formulación correcta de los prompts (preguntas/peticiones) incide sensiblemente en los resultados y es una temática cuyo análisis haría excederme en la extensión del presente trabajo (en este punto me limito a recomendar el uso de vocabulario técnico legal cuando la petición así lo amerite, eso mejora la especificidad de la búsqueda y la calidad del output). Por otra parte, la “iteración” (repregunta) decididamente puede mejorar esas salidas del modelo. Será necesario, además, corroborar siempre las fuentes y evitar, tanto los plagios (omitir la cita) como los parafraseos (realizar citas inexactas) en los escritos que se formulen apoyados en esta herramienta. Se debe tener presente que la exactitud de las respuestas dependerá también en gran medida de la precisión, limpieza, orden y actualización de las fuentes que se le suministren al cuaderno. Por lo cual ser criterioso en la etapa de carga de fuentes será crucial para lograr mejores resultados. Como letrados, además, no podemos dejar de considerar que a la presentación (administrativa o judicial), al informe o al argumento que utilicemos apoyándonos en la información suministrada por esta herramienta, estará sujeta nuestra responsabilidad profesional.

Conclusiones

La idea de abordar el presente trabajo surge de la necesidad de experimentar con herramientas de IA para evaluar la conveniencia o interés en su adopción para la labor diaria en el estudio jurídico. Sin embargo terminó generando una serie de interrogantes y reflexiones. Ante los cuales solo puedo bosquejar ensayos de respuesta y más que nada más interrogantes que surgen de una primera impresión.

¿Los avances de la “inteligencia artificial” van a implicar en algún momento la extinción (total o parcial) de los abogados? ¿Se viene la “auto gestión” del conflicto social por parte de los propios ciudadanos interactuando con una IA que reemplace a todo el sistema de

justicia? O, por el contrario, al facilitar y mejorar el trabajo de los profesionales, ¿Se potenciarán y nivelarán los servicios jurídicos de los letrados en beneficio de la ciudadanía, haciendo ahora relevantes las habilidades blandas de los profesionales? ¿Habrá un aumento de la productividad de los abogados? ¿El aumento de la conflictividad social-digital generará más trabajo para los abogados que se adapten y especialicen en el funcionamiento y uso de las nuevas tecnologías?.

Creo que esta y otras tecnologías no reemplazarán a los abogados sino que potenciarán a los servicios jurídicos. Al mismo tiempo que nivelarán la calidad de estos en un estándar alto para los profesionales que adopten -con criterio- las posibilidades técnicas que se ofrecen. No obstante debo señalar que, para algunas actividades que hasta ahora desarrollamos los abogados, no queda otro destino que la extinción. Sobre todo si tenemos en cuenta que, en breve, el dinero será totalmente digital y programable. Un cobro por ejecución podría no tardar más que minutos. Dentro de los propios expedientes judiciales, varios pasos procesales, se harán automáticamente, como notificaciones u oficios. Las resoluciones serán - en algunos casos- ejecutivas *per se* en aquello que dispongan. Imaginemos un pedido de informes que se emita desde la misma providencia que lo ordena, de forma automatizada. Incluso podríamos abreviar todo el proceso de comunicación y petición digital si se otorgan permisos directamente a la judicatura para acceder a las bases de datos públicas o privadas e incluso modificarlas. Imaginemos una sentencia de divorcio que se inscribe sola. Las regulaciones de honorarios, por ejemplo, se harán de forma automática en el expediente sin necesidad de solicitarlas y describir las labores desarrolladas por el letrado. Estamos muy cerca de esto y de cuestiones aun más disruptivas.-

Volviendo al objeto del presente trabajo, la herramienta analizada me parece adecuada para el despacho de abogados. Por un lado porque la plataforma asegura no compartir la información con terceros ni para entrenar al modelo. Lo cual pone como garante a la misma ante una eventual filtración de los datos. Es de las pocas que nos

otorga este reaseguro. Por otra parte la poca creatividad del modelo es una ventaja. Si bien la creatividad es un atributo valioso a nivel humano, lo cierto es que, cuando se trata de maquinas o algoritmos no siempre es bueno. En algunas ocasiones queremos que la IA tenga cierta dosis de libertad para agregar, mezclar o “generar contenido” y hasta sorprendernos con los resultados. Pero cuando se trata de leyes, doctrina o jurisprudencia, debemos ceñirnos al texto legal.

Otro motivo por el cual la herramienta analizada es recomendable para asistir a un letrado es que otorga la posibilidad de acotar las fuentes de las que se alimenta, garantizando que las respuestas tengan como antecedente únicamente los documentos que se le indiquen

Por otra parte hasta cincuenta fuentes es un número razonable de documentos legales, si se atiende a la recomendación de acotar cada cuaderno a una materia del derecho y no pretender crear un asistente legal “multi-especializado”. De todas formas se estima que el tamaño máximo de cada archivo PDF que se puede cargar como fuente seria comparable a un libro de 500 páginas. Con lo cual evalúo que es un potencial de carga de información más que suficiente.

Desde donde abordar el uso de la ia como asistente legal

Con la incipiente oralización de los procesos, tanto en el ámbito penal como en el ámbito civil, la adopción de lenguaje claro en los procesos y asimismo con la mayor participación de los justiciables en el proceso. Avizoro que en lo siguiente serán cada vez de menor incidencia los escritos judiciales y cobraran aun mayor relevancia la estrategia procesal, la especialización y los conocimientos del abogado de la praxis jurídica de su área de incumbencia. Por otra parte serán aun más relevantes las habilidades blandas como la oratoria, la negociación, la empatía, el pensamiento lateral y la credibilidad. Las tareas más sencillas, mecánicas o repetitivas del abogado claro que

tenderán a desaparecer. La redacción de escritos de mero trámite, la confección y diligencia de comunicaciones judiciales y la procuración serán enteramente automatizadas. Ya no serán tan habituales y en algunos casos innecesarios cierto tipo de juicios.

Por ese motivo es que creo que el uso y abordaje de las herramientas de inteligencia artificial que están surgiendo, no solo deben ajustarse a un uso ético, sino que ese uso y aprendizaje debe hacerse con cierta perspectiva. Ya que la transformación que estamos empezando a transitar implicará un cambio de paradigma respecto al ejercicio de nuestra profesión. No podemos pensar estas herramientas en un contexto actual que tiende a desaparecer. Por lo cual recomiendo utilizar estas nuevas tecnologías para, por un lado, automatizar y abreviar todo aquello que ética y técnicamente sea posible. Y por otro lado propongo utilizar estas herramientas de modo que nos permitan dedicarle tiempo y esfuerzo a avanzar y mejorar nuestras habilidades blandas. A hacer más ordenado, eficiente y práctico el estudio de un caso. No evitárnoslo. A hacer más eficiente y rápida la búsqueda de información legal y luego analizar, contrastar y citar adecuadamente esas fuentes. No simplemente copiar y pegar. Alguien dijo que la IA debiera concebirse como el “copiloto” de un “piloto” humano. Y así, creo, debe ser. El fenómeno tecnológico, debe impactar en la calidad del servicio de justicia como una mejora, no como una precarización. Debe volverlo más inteligente y eficiente, no mas impersonal y menos justo.

125 /

Bibliografía utilizada

- Artículo: "IA GENERATIVA" Tech Report-Septiembre 2023, Publicación del BID (Banco Interamericano de Desarrollo)
- Artículo: "Implementando inteligencia artificial generativa en estudios jurídicos y departamentos legales. Resultados, impacto, guías de uso y directrices", Marzo 2024, IALAB- UBA Derecho, Global LegalTech Hub.
- Artículo: "La democracia en la era de la inteligencia artificial generativa. ¿Cómo afrontar los riesgos y aprovechar las oportunidades?", IRI (International Republican Institute).
- López del Castillo, F. L. (2024). Inteligencia artificial generativa: determinismo tecnológico o artefacto construido socialmente. Palabra Clave, 27(1), e2719. <https://doi.org/10.5294/pacla.2024.27.1.9>
- Maximiliano Campos Ríos, "Cadenas de Valor Público y ecosistema digital", © Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe (SELA), 2023 Torre Europa, República Bolivariana de Venezuela, Caracas 1010-A. URL: www.sela.org.
- Ruano Maria Candela, "El ABC de la inteligencia artificial a partir de una óptica de derechos humanos. Desde las personas y para las personas", Ed. La Ley, 14 de Junio de 2024, Buenos Aires, Argentina, AÑO LXXXVIII N° 103, TOMO LA LEY 2024-C

Otras fuentes y recursos técnicos

- Artículo periodístico sobre IA: <https://www.iprofesional.com/tecnologia/410565-inteligencia-artificial-por-que-es-necesaria-su-regulacion>

-SaaS de la empresa Google “NotebookLM”: <https://notebooklm.google/>

-Google Docs y Google Drive: me permitió ordenar todo el material coleccionado en formato digital, esbozar la idea, estructurar el contenido y luego enriquecer ese esquema con enlaces a las fuentes bibliográficas almacenados en la nube de Google y enlaces a servicios web.

-PDF24: Aplicación local para unir y recortar archivos PDF.

*METODOLOGIA: En la elaboración de la presente monografía no se utilizó ningún tipo de herramienta de Inteligencia Artificial para redactar, ordenar o editar ninguna parte del texto que constituye el presente trabajo monográfico. Sí fue utilizado el servicio “Notebook LM”, que funciona con el modelo “Gemini 1.5” de la empresa Google (Alphabet), con fines experimentales para evaluar y extraer conclusiones derivadas de su utilización para tareas de asistencia legal, tal como se fue detallando en el proceso descrito supra. Se citan los textuales de respuestas del modelo, señalándolos adecuadamente al abordar la fase experimental.

127 /

“El delegado de protección de datos en el comercio electrónico”

| Eduardo Arturo Claudiani |

Introducción

En el presente trabajo se pretende realizar un breve análisis de lo que implican los datos en el comercio electrónico. Sus características y particularidades. La importancia de los mismos. El manejo, tratamiento, resguardo y protección de datos. Su regulación local e internacional. El sistema europeo de datos. Y en especial, la figura del Delegado de Protección de Datos, recientemente implementado por la AFIP en nuestro país.

129 /

Sabemos que la información es la principal protagonista de los enormes cambios socioeconómicos que estamos experimentando. Estamos asistiendo a una revolución tecnológica que viene transformando el modo de vida de millones de personas y provocando cambios muy significativos en la comunidad global. Lo que se llama la Cuarta Revolución Industrial. Y que está cambiando la forma de vivir, trabajar y relacionarnos entre las personas, y que por su magnitud y complejidad es algo inédito en la experiencia de la humanidad.

Esta cuarta etapa está caracterizada por la interrelación de avances tecnológicos que abarcan una gran cantidad de campos, incluyendo inteligencia artificial, robótica, internet de las cosas, tecnología blockchain, nanotecnología, biotecnología, computación cuántica, impresión 3D, la ciencia de materiales, el almacenamiento de energías y vehículos autónomos. Se tiene dicho que tanto la Tercera, como la Cuarta Revolución Industrial comparten el mismo recur-

so estratégico: la información y el conocimiento. La materia prima de la industria 4.0 son entonces los datos, siendo la información el motor de la economía, y como tal, uno de los activos más importantes de las organizaciones.

Pero, al mismo tiempo que podemos mencionar muchísimos aspectos positivos de la relevancia que tiene la información para la vida moderna, también es imperioso prestar especial atención a los aspectos negativos que su uso intensivo, descontrolado y desmedido puede llegar a implicar. Tales desarrollos tecnológicos, que por un lado generan enormes beneficios para la sociedad, por otro lado, traen también nuevos desafíos a la privacidad, obligando a redefinirla, protegerla y reglamentarla. La enorme capacidad de procesar datos es tanto una bendición como una maldición, ya que permite encontrar soluciones casi instantáneas a los problemas, pero al mismo tiempo inmiscuirse con la misma facilidad en la intimidad de las personas. Y eso lleva a un tercer aspecto negativo que es el déficit de confianza que genera el uso irresponsable de los datos en la opinión pública, lo que también merece atención y tratamiento.

Veremos a continuación algunos aspectos vinculados a tales cuestiones, y concretamente la figura del Delegado del Protección de Datos, como objetivo del presente trabajo.

Desarrollo

Regulación Local en Materia de Datos:

En nuestro país está vigente la Ley Nro. 25.326 referente a la protección de datos personales, que como principal crítica está el hecho de que fue sancionada hace 24 años, por lo cual merecería una urgente actualización. La misma establece una clasificación acerca de los datos, viendo que existen los: a) datos personales; y b) datos sensibles. Los primeros refieren a la información de cualquier tipo referidas a personas físicas o de existencia ideal, resultando que el dato personal

se formará de un dato informático procesado para extraer la información que éste contiene. Los datos sensibles, por su parte, son los que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual. Siendo el dato personal el género y el sensible la especie.

Según el art. 1 de la ley su objeto es la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, públicos o privados, destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre estas se registre, conforme lo establecido por el art. 43, párrafo tercero de la Constitución Nacional.

El Reglamento Europeo de Protección de Datos, y en los países de Latinoamérica:

131 /

En Europa, por su parte, comenzó a regir en el año 2018 el Reglamento General de Protección de Datos, que tiene como característica su aplicación obligatoria a cualquier compañía, persona o empresa que se encuentre tanto en la Unión Europea, como fuera de ella, y que afecte a algún ciudadano europeo. Por lo tanto, si una plataforma de comercio electrónico situada en nuestro país, obtiene, registra y procesa datos de algún ciudadano europeo, debería cumplir con el RGPD.

En el marco de ese reglamentó, en Europa se creó la figura del Delegado de Protección de Datos, que es la persona o ente encargado o responsable de supervisar cómo se tratan los datos personales, y de informar y aconsejar a los que tienen dicha tarea, sobre las obligaciones legales vigentes. Teniendo previstas multas muy significativas para el caso de incumplimiento. Esta figura no estaba contemplada en nuestra reglamentación, pero recientemente fue implementada por el AFIP mediante Disposición Nro. 173/2024, que se analizará más adelante.

Otra característica que diferencia al sistema europeo con el existente en nuestro país, es la plena vigencia y operatividad del derecho al olvido, como obligación de las plataformas de borrar aquella información perteneciente a la vida privada de las personas. En nuestro país tuvimos el resonante caso “De Negri”, que si bien tuvo acogida favorable en Primera y Segunda Instancia, luego la CSJN se expidió priorizando el “derecho a la información”, por sobre el “derecho al olvido”. Y con ello, abriendo un debate en cuanto a la posible responsabilidad de las plataformas por el uso o manipulación de los datos.

El Reglamento General produjo un impacto en Latinoamérica llevando a un proceso de reformas de las legislaciones vigentes para adecuarlas al nuevo estándar europeo. Ya que el Reglamento establece trabas para exportar datos de ciudadanos comunitarios a países con regulaciones de privacidad que no sean consideradas adecuadas, compeliendo a los mismos a mantener un estándar similar al europeo en dicha materia. Argentina, Chile, Costa Rica y Uruguay comenzaron con sendos procesos de reformas con distintos grados de avance. Brasil, por su parte, sancionó la Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, que es considerada como la legislación latinoamericana más similar al reglamento europeo.

La Responsabilidad Proactiva:

Una de las contribuciones más importante del reglamento europeo es la creación del concepto de *accountability* al mundo del *compliance* en protección de datos, que está siendo replicado por la mayoría de las regulaciones más modernas. El concepto de *accountability* es de difícil traducción en una sola palabra al español, pero puede entenderse como “responsabilidad”, “rendición de cuentas” y “compromiso”, al mismo tiempo.

La legislación Colombiana lo denomina “responsabilidad demostrada”, los proyectos de reforma de Argentina, Chile y Uruguay, “responsabilidad proactiva”, mientras que en Brasil se la denomina

“responsabilización y prestación de cuentas”. Más allá del nombre, el accountability implica un cambio de paradigma en el campo del cumplimiento regulatorio en privacidad. La responsabilidad proactiva obliga a las organizaciones a adoptar medidas que le permitan demostrar que no solo “cumple” con la ley, sino también “cómo” lo hace; debe poder demostrar “la manera” en que cumple la ley. Y los beneficios para los titulares de los datos. Demostrar “cómo” el cumplimiento de la ley beneficia al interesado es mucho más importante que simplemente cumplir con la obligación. En el ámbito de Latinoamérica se está comenzando a incorporar el principio de la responsabilidad proactiva de a poco.

Y esa tarea, de incorporar responsabilidad proactiva al programa de privacidad por parte de una organización, se traduce en: 1) demostrar cómo se cumple; 2) inventario de actividades de procesamiento de datos; 3) privacidad desde el diseño; 4) evaluación de impacto en la protección de datos; 5) reportes de incidentes de privacidad; y finalmente 6) designar un delegado de protección de datos.

133 /

El Delegado de Protección de Datos:

Este funcionario no es directamente responsable por el cumplimiento de la ley, sino que es el asesor de la organización, la persona que facilita el cumplimiento regulatorio. La responsabilidad por el cumplimiento de la regulación de protección de datos pesa sobre toda la organización, en la que cada colaborador es responsable por cumplir con la ley en cada procesamiento de dato que realice para la misma.

El DPO tiene a su cargo coordinar la actividad y los procesos de la organización para alcanzar la adecuación a las regulaciones de protección de datos. En la práctica, debe ser un aliado estratégico de todas las áreas de la organización, que desarrolla soluciones pragmáticas y sostenibles que respetan la protección de la información personal al tiempo que apoyan la innovación y el cumplimiento de los objetivos de la organización.

También debe constituirse en un administrador de riesgos estratégicos, que crea estándares y controles simples y efectivos que le permiten a la organización seguir los principios de privacidad y cumplir con las reglas de protección de datos. Promover una sólida cultura de privacidad dentro de la organización que genere compromiso y sensibilización sobre su importancia.

Las habilidades y características que debe reunir el DPO son: a) experticia legal en materia de protección de datos; b) conocimiento de tecnología, para detectar los desafíos a la privacidad que pueden provocar; c) pensamiento innovador para permitir el cumplimiento de los objetivos de la organización y al mismo tiempo garantizar el cumplimiento regulatorio; d) gestión de riesgos, que le permita identificar los mismos, medir la efectividad de los controles y evaluar el riesgo residual; e) capacidad pedagógica para fomentar una cultura de protección de datos; f) sensibilidad cultural y habilidades comunicacionales para generar compromiso interno sobre privacidad; g) coraje profesional para oponerse a aquellos procesos o iniciativas que impliquen un riesgo inaceptable a la privacidad de los titulares de los datos.

El Delegado de Protección de Datos en la Argentina:

Como dijimos, nuestra Ley de Datos Personales Nro. 25326, que data del año 2000, no incorpora la figura del Delegado de Protección de Datos, figura que no se estaba aplicando ni incorporando en los distintos organismos.

Recientemente, sin embargo, la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) mediante el dictado de la Disposición Nro. 173/2024 designó un Delegado de Protección de Datos, convirtiéndose así en el primer organismo público del país en introducir un avance tan significativo y necesario para el cumplimiento y control de la normativa de protección de datos personales.

En nuestro país son conocidos y tratados con honda preocupación los constantes incidentes de seguridad y filtraciones de información

sensible que sufre el sector público, afectando gravemente los derechos de las personas cuyos datos constan en ellos. Por lo que, era largamente reclamada la necesidad urgente de implementar la figura del DPO en nuestro país. La Disposición Nro. 173/2024, en su parte dispositiva, designa en la persona del abogado Eduardo Hernán Címato la función de “delegado de protección de datos personales” de dicho organismo (art. primero); encomendar al mismo a impulsar, con intervención de las áreas competentes, la implementación de la Política de Protección de Datos Personales, y entender en su difusión y en el control de su cumplimiento. Entre sus considerandos menciona que en su artículo segundo de la Ley 25.326 define al archivo, registro, base o banco de datos, como el conjunto organizado de datos personales que sean objeto de tratamiento o procesamiento, electrónico o no, cualquiera que fuere la modalidad de su formación, almacenamiento, organización o acceso.

Que la Agencia de Acceso a la Información Pública, como autoridad de control y aplicación de la Ley 25.326, de acuerdo con lo prescripto por el artículo 19 de la Ley Nro. 27.275, a través de la Resolución Nro. 40 del 04 de julio de 2018 (AAIP) aprobó el documento intitulado “POLITICA MODELO DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES PARA ORGANISMOS PÚBLICOS”, como pauta básica sugerida para el diseño del documento que publicite la protección que a tales datos les confieren los organismos públicos titulares de bases de datos personales. Que en la citada resolución, la Agencia recomendó a los organismos estatales titulares de bases de datos titulares la implementación de una política de protección de datos personales, su difusión en forma permanente y actualizada y la designación de un delegado de datos personales.

Así, la AFIP, en su condición de titular de base de datos personales, y en atención a la recomendación efectuada por la AAIP, entendiendo que un DPO contribuirá a fortalecer la transparencia en la gestión de los datos personales, consideró conveniente designar a un agente de planta permanente en tal carácter, encomendándole ocuparse de los cometidos previstos por la Resolución Nro. 40/18 (AAIP).

Los beneficios en tal sentido pueden enumerarse en: mayor transparencia y confianza de los ciudadanos en el manejo de su información tributaria; prevención y mitigación de posibles brechas de seguridad; ubica al organismo a la vanguardia en el cumplimiento de las normativas de protección de datos; promover una cultura en tal sentido dentro de la organización.

Naturalmente, dado el carácter novedoso de la implementación de dicho instituto, el mismo no estará exento de grandes desafíos, continua capacitación y actualización para estar a la altura de las novedades y evoluciones tecnológicas y normativas en dicho campo.

Sin embargo, la designación de un primer DPO en un organismo público argentino marca un hito en la historia de protección de datos en el país, que a mi criterio y además de cumplir con expectativas altamente esperadas y establecer un estándar para otras instituciones, implicará un mayor grado de seguridad y confianza en los titulares de datos, personas físicas y jurídicas, sumamente necesario en los tiempos actuales. Se celebra grandemente dicha novedosa incorporación, y se espera sea emulada rápidamente.

Conclusiones

Dentro del contexto que se viene tratando, en lo referente a la necesidad imperiosa de una protección adecuada, eficiente y constante de los datos, considero que debe mencionarse los siguientes aspectos particulares, que en criterio del suscripto revisten mucho valor en la consideración de los particulares y empresas. Ellos, como herramientas coadyuvantes y de implementación conjunta con el DPO: La landing de privacidad, el panel de control de privacidad (que entre otras funciones permita contactar con el DPO), configuración de las preferencias de comunicaciones, gestión del consentimiento de “cookies”, registro del historial de publicaciones visitadas; preferencias de recepción de publicidad personalizada. Por razones de extensión del

trabajo, me limito a mencionar estas herramientas, a las que les atribuyo suma importancia, a modo de apreciación personal, luego de haber estudiado el tema.

De todo lo visto, puede extraerse que tanto en nuestro país como a nivel mundial existe cada vez más concientización de la necesidad de incorporar prácticas y comportamientos que permitan a las organizaciones utilizar las tecnologías de una manera social, económica y ambientalmente responsable.

Ello no solo protege los derechos de los usuarios, sino que les da mayor seguridad y tranquilidad al momento de interactuar con dichas nuevas tecnologías. Y desde el otro extremo, implica un beneficio para las empresas, organismos y corporaciones que pretenden mantenerse competitivas y sustentables. Por ello es fundamental la implementación de un programa de privacidad que no se limite únicamente al cumplimiento de los postulados de la ley, sino que se gestione de manera continua y permanente para mejorar dinámicamente su eficacia.

En ese cometido, la función del DPO es primordial. Y por ello, celebramos su reciente incorporación según reglamentación mencionada, por parte de la AFIP, uno de los organismos más importantes como titular de bases de datos personales. Y entendiendo y esperando que a la brevedad sea imitado cada vez más por los distintos entes y organismos estatales, empresas y corporaciones que administren datos personales.

Bibliografía

- 1.-E-commerce. Aspectos Legales – Fernando Branciforte – La regulación y evolución de Internet. Consideraciones jurídicas completas, importantes para la actuación profesional. Ediciones dyd – innovación profesional – Año 2023.
- 2.- Daños en los Entornos Digitales – Jorge Mario Galdós – Ezequiel Valicenti – Tomo II – Santa Fe – Rubinzal – Culzoni - Año 2023.
- 3.- La Disposición Nro. 173/2024.

Cibercrimen y Delitos Informáticos

| Claudio Cesar Dalmao |

Introducción

Los ciberdelitos engloban una amplia gama de actividades ilícitas que se llevan a cabo utilizando medios electrónicos o digitales. Desde el hackeo de cuentas hasta la difusión de contenido ilegal, pasando por estafas en línea y el robo de identidad, la variedad de delitos cibernéticos es extensa y en constante crecimiento.

En Argentina, al igual que en el resto del mundo, los ciberdelitos son una problemática que va en aumento. La creciente digitalización de la sociedad y el uso masivo de internet han convertido a nuestro país en un blanco atractivo para los ciberdelincuentes.

A finales de los años 70, del siglo XX, nacen los delitos informáticos y los cibercrímenes: que comprenden los daños informáticos, transferencias no consentidas de activos, obstaculización de datos e infraestructura informáticos, etc., que demostraron la existencia de una serie de factores dogmáticos y criminales que obligan a repensar e incluso replantear muchas de las nociones y categorías típicas tradicionales.

Son delitos que lesionan o ponen en peligro efectivo la confiabilidad(confidencialidad), la integridad y la disponibilidad de los datos, los sistemas y las infraestructuras informáticas necesarias para el adecuado funcionamiento social.

Se trata de conductas punibles, que tienen lugar en el ciberespacio, que existe como una realidad simulada y que, si bien favorece la ges-

tión social globalizada en aspectos políticos, sociales y económicos, también fortalece nuevos riesgos delictivos que se reproducen en una sociedad hiperconectada, mediática y altamente vulnerable por su analfabetismo digital.

Desarrollo

El cibercrimen como modalidad criminal sitúa a la doctrina moderna frente a las transformaciones sustantivas del delito y de la pena. En primer lugar se advierte la existencia de una definición del delito más compleja y especializada que la noción de los delitos realizados en el mundo físico porque no solo abarca nuevas realidades como el ciberespacio, o por la exigencia del empleo de nuevas técnicas especializadas (como medio) y de objetos de protección prevalentemente inmateriales, sino también porque los comportamientos involucran una compleja transformación de los elementos típicos objetivos y subjetivos sobre todo de la acción y de sus resultados.

En segundo lugar, porque la sociedad moderna, devenida a una sociedad digitalmente modificada, tiene como base de funcionamiento la gestión de la información, los datos y las infraestructuras informáticas necesarias para la subsistencia e interacción de sus miembros.

En tercer lugar, porque los avances tecnológicos hacen cada vez más compleja la delimitación de las categorías de la conducta punible, como estructuras jurídicas que permiten explicar mejor estas nuevas formas de criminalidad.

Diferencia entre delito informático y ciberdelito.

El 1° se vale de elementos informáticos para su perpetración, mientras que el 2° se refiere a una posterior generación delictiva vinculada a las tecnologías de la información y comunicaciones.

En este sentido la criminalidad informática consiste en la realiza-

ción de un nuevo tipo de actividades que reúnen los requisitos que delimitan el concepto de delito, y son llevados a través de un elemento informático.

El Convenio de Budapest sobre Ciberdelincuencia es un tratado internacional creado en el año 2001 impulsado por el Consejo de Europa, con el objetivo de incrementar la cooperación internacional y generar marcos legales y armónicos entre las naciones para hacer frente a los delitos informáticos y a la actividad criminal en internet.

El objetivo principal de este instrumento, es “*establecer una política común y alineada entre países, orientada a la protección de la sociedad contra la ciberdelincuencia*”. Esto se alcanza tipificando los delitos informáticos de forma similar en todas las naciones, unificando normas procesales y a través de una cooperación internacional armónica. Pretende ser una guía para que los países desarrollen políticas nacionales integrales y alineadas contra el cibercrimen.

En el Convenio de Budapest sobre la ciberdelincuencia (2013) se agruparon los delitos informáticos en los siguientes grupos:

1. *Delitos contra la confidencialidad, integridad y disponibilidad de datos y sistemas informáticos (acceso e interpretación ilícita, así como la interferencia de datos).*
2. *Delitos por su contenido*, tales como la pornografía infantil y xenofobia.
3. *Delitos relacionados con la informática*, como la falsificación y fraude.
4. *Delitos relacionados con las infracciones a los derechos de propiedad.*

Los países que firmaron el Convenio fueron, entre ellos Argentina,, se comprometieron a modificar la legislación penal, seguido a

esto, los países de Brasil, Chile, Colombia y Venezuela introdujeron leyes específicas.

Estados Unidos, en cuanto al concepto de “delito cibernético”, fue el primero en acuñar el concepto de cibercrimen, utilizando una acepción amplia del mismo, que comprende aquellas situaciones en que el elemento informático se encuentra en el objeto de la conducta penada, por ej. Intromisión ilegal a bancos de datos, y aquellas en que dicho elemento es el medio para realizar un fin ilícito por ej. Una estafa por internet.

La legislación norteamericana tipifica bajo la denominación genérico de ciberdelitos, figuras como el terrorismo (Ley USA Patriot), obscenidades, diversas figuras de pornografía, prohibición de dominios engañosos, prohibición de uso de recursos públicos para adquisición de ordenadores sin filtros, reducción de menores para propósitos sexuales, protección de copyright: difamación, amenazas y acoso cibernético, etc., todos ellos cometidos por medios informáticos.

Se considera ciberataques puros, a un conjunto de conductas ilícitas, de infracciones que pueden considerarse totalmente nuevas al estar caracterizadas por dirigirse contra los nuevos servicios y solo es posible producir la ilicitud de estas infracciones en el ciberespacio.

Entre estas infracciones encontramos:

a. *El hacking*, que consiste en la forma de destrucción, modificación o acceso a datos de empresas o de particulares. Según estudios realizado en Estados Unidos, casi el 50% de este tipo de ataques se realiza por medio de una acción desleal, generalmente de un insider que aprovecha su posición en la empresa para dañarla o vender su información a otros.

En sentido estricto se trata de una conducta que conlleva a la violación de una esfera de exclusividad reservada al titular del sistema, haya o no en él información privada o confidencial.

El hacking, es siempre un acceso remoto, esto es, realizado a distancia por el sujeto, que normalmente a través de Internet, se entromete en un sistema sin tener contacto físico con él.

Todo hacking implica la intromisión no autorizada y por ello es un acto de negación de la esfera de decisión de sujetos privados cuya seguridad es esencial para que internet se convierta en un medio de comunicación y de transmisión universal.

- b. *Infecciones de malware y otras formas de sabotaje cibernético*.; consiste en el envío de redes telemáticas de virus informáticos que aprovechan la inmensidad de la red para multiplicarse y acceder a miles de terminales, como cualesquiera otras formas de destrucción de archivos o datos terminales concretos y determinados, con fines industrial o e daño individual.

Representa un autentica amenaza en la actualidad, ya que, al fin y al cabo, es el hecho de que los sistemas informáticos están conectados entre si en un ciberespacio trasnacional y universalizado, lo que acrecienta los riesgos de que se produzcan daños al sistema o a los datos contenidos en él.

El sabotaje cibernético puede afectar bien a los propios sistemas informáticos y demás elementos de hardware que lo conforman y que son evaluables económicamente; bien a la información contenida en los citados sistemas y que puede tener un valor económico o personal, en el sentido sentimental y relacionado con su propia dignidad, para el sujeto pasivo; o bien a la propia funcionabilidad del sistema informático en el marco de la actividad económica de que se trate.

Hoy en día, ya no solo es posible la destrucción de la información, sino también la paralización de la difusión de la misma, lo cual obviamente supone la neutralización de los servicios relacionados.

- c. *Malware*. Es la más popular de las formas de sabotaje cibernético, se lleva a cabo mediante la infección de virus destructivos, destinados a dañar, controlar o modificar el sistema informático.

No solo aumentan los virus, sino que al igual que el ente biológico, también cambian adaptándose a las nuevas necesidades.

Los riesgos de la información devienen en gran parte de la amenaza de tal forma de malware destructivo; son millones de personas e instituciones que han perdido informaciones valiosas (personal o económicamente) a causa de un archivo enviado remotamente y en muchos casos de forma aleatoria y expansiva. De este modo, los primeros infectados y afectados reenvían involuntariamente a otros por medio del correo electrónico el malware malicioso, creándose una cadena destructiva que puede causar pérdidas millonarias.

El envío de malware, en la actualidad no es más que un comportamiento inicial necesario para la realización del ataque final consistente en una agresión dirigida al patrimonio o bien a la intimidad de los usuarios.

d. Los ciberfraudes. En. En este grupo, entrarían los fraudes de internet, en los que las redes telemáticas se convierten en un instrumento para lograr un beneficio patrimonial derivado de un perjuicio patrimonial a una víctima.

Son muchas las formas en las que se puede lograr acceder al patrimonio de terceros, utilizando las múltiples formas de relación comercial existente en el ciberespacio, así como las propias debilidades de seguridad de los sistemas informáticos que dan acceso al patrimonio, o indirectamente a él, al contener las claves o datos bancarios de los usuarios. Algunos de los más conocidos son: los distintos fraudes de tarjeta de crédito, los fraudes de cheques, las estafas de inversión, las conocidas estafas de la lotería, las ventas online defraudatorias en las que no se envía el producto comprado (o se envía con otras características), entre otros.

145 /

e. *El robo de identidad o phishing*. Es un delito grave, tiene lugar cuando una persona utiliza la información de identificación personal como, nombre, número de seguro social o la tarjeta de crédito de otra persona sin permiso para cometer fraude u otros delitos. Que podemos hacer, en un caso como este, la clave es desconfiar, si alguna de las siguientes situaciones se presenta en un mail: a) Solicitud de datos personales o información de la cuenta o contraseña.; b) Si informan cambios o problemas de seguridad de algunas de las cuentas del usuario; c) El mensaje requiere una acción urgente o inmediata del usuario; d) El mensaje no está dirigido explícitamente, no está personalizado; e) El tono de la comunicación no está a la altura del emisor aparente, ni presenta la calidad necesaria para la ocasión, por ej. El mensaje contiene faltas de ortografía, errores gramaticales o incoherencias f) El mensaje no proviene de un contacto conocido o no lleva firma del remitente.

\ 146

f. *Delitos informáticos contra la integridad sexual*. El Código Penal sanciona las siguientes conductas en el art.128” producir, financiar, ofrecer, publicar, facilitar, divulgar o distribuir cualquier representación de una persona menor de 18 años dedicada a actividades sexuales explícitas o de sus genitales”

“Tener representaciones de personas menores de edad de actividades sexuales explícitas o de sus partes genitales para distribuir las o comercializarlas”.

También sanciona el ciberacoso a personas menores de edad(-grooming). Este delito consiste en tomar contacto con una persona menor de edad a través de medios de comunicación electrónica (redes, mail, chat, etc.) para cometer alguno de los delitos contra la integridad sexual.

Conclusiones

“La mejor estrategia es sin dudas LA EDUCACIÓN y LA PREVENCIÓN” La Realidad Argentina. La Ley 26.388

La ley 26.388, denominada de delitos informáticos, cubrió un importante vacío legal que hasta ese momento existía.

En los inicios de internet, no se buscaba su regulación legal, ya que se trataba de una red mundial de consultas y comunicación, su esencia era la libertad de acción.

¿Qué es la Ley 26.388?

Esta ley, sancionada en 2008, introdujo una serie de modificaciones al Código Penal Argentino, incorporando figuras delictivas específicas para combatir los delitos informáticos. Su principal objetivo fue actualizar el sistema penal para hacer frente a la creciente incidencia de los ciberdelitos y brindar herramientas legales para perseguir a los responsables.

147 /

Impacto de la Ley 26.388

La Ley 26.388 ha tenido un impacto significativo en la legislación argentina, ya que:

- *Tipificó nuevos delitos:* Introdujo nuevos tipos penales como el acceso ilegítimo a sistemas informáticos, la interceptación de datos, la falsificación informática y la estafa informática, entre otros.
- *Actualizó figuras delictivas preexistentes:* Adaptó figuras delictivas tradicionales, como el robo y la estafa, a la realidad digital.

- *Estableció penas:* Definió las penas correspondientes a cada delito informático, permitiendo así una mayor eficacia en la persecución y sanción de estos actos ilícitos.
- *Brindó herramientas a los jueces:* Proporcionó a los jueces las herramientas necesarias para interpretar y aplicar la ley en casos concretos.
- *Fomentó la investigación:* Impulsó la investigación y persecución de los ciberdelitos, al establecer mecanismos de cooperación entre las fuerzas de seguridad y los organismos judiciales.

¿Cuáles son algunos de los desafíos que aún persisten?

A pesar de los avances introducidos por la Ley 26.388, aún existen desafíos a superar:

- *Evolución constante de la tecnología:* La rápida evolución de la tecnología hace que los ciberdelitos se adapten constantemente, lo que exige una actualización continua de la legislación.
- *Complejidad de las investigaciones:* La investigación de ciberdelitos suele ser compleja y requiere de conocimientos técnicos especializados, lo que puede dificultar la obtención de pruebas.
- *Jurisprudencia en desarrollo:* La jurisprudencia en materia de ciberdelitos aún se encuentra en desarrollo, lo que genera cierta incertidumbre en la aplicación de la ley.

En resumen, la Ley 26.388 representa un paso fundamental en la lucha contra los ciberdelitos en Argentina. Sin embargo, es necesario continuar trabajando para actualizarla y adaptarla a los nuevos desafíos que plantea el mundo digital.

Bibliografía

ALMENAR Schurjin, Daniel. Delitos Informáticos en Argentina. Revista Pensamiento Penal, 2022

ABOSO, Gustavo E. (2022). Ciberdelitos

Doctorado

Algunos adelantos sobre la dimensión sociológica del derecho disciplinario¹

I Sergio Paulo Pereyra² I

1. Tesis Doctoral dirigida por el Prof. Dr. Luis Eduardo Rey Vázquez. Adelantos de investigación en el marco de la Carrera de Doctorado en Derecho dirigida por la Prof. Dra. Dora Ayala Rojas.

2. Abogado, doctorando en derecho de la Sexta Cohorte e investigador en el G.I.C. “Deodoro Roca” por la Universidad Nacional del Nordeste (UNNE); Especialista en Ejecución Penal y Derecho Penitenciario por la Universidad de Barcelona (UB-UCI); Profesor Adjunto e investigador por la Universidad de la Cuenca del Plata (UCP); coordinador y docente en la Diplomatura en Derecho de Ejecución Penal por la Universidad Nacional del Chaco Austral (UNCAus); y Delegado Inspector Judicial en la Dirección de Control y Asistencia de Ejecución Penal del Poder Judicial de la Nación. Correo electrónico: paulopereyra1987@gmail.com.

Introducción

En el presente adelanto de preguntas de investigación doctoral, problematizamos desde un marco teórico y enfoque trialista, las asignaciones y los repartos competenciales del poder disciplinario desde el nacimiento del Estado nación y moderno.

\ 152 Ello, en torno a cómo la ubicación temporal entre los siglos XVII al XXI el Estado occidental produjo y produce normatividad disciplinaria, derivando de ello qué es el derecho disciplinario.

En esta propuesta de indagación, abordamos al derecho disciplinario como especificidad en las permanentes relaciones y ejercicios de poderes entre otros saberes -la filosofía, la sociología, la psicología, por caso- que produce y reconoce prácticas regladas disciplinarias correctivas, preventivas y reparatorias desde el Estado hacia con quienes este plantea una relación de especial interacción jurídica: organización – personas – bien común o interés público.

No existiendo en tal cuestión acuerdo, en la doctrina que investigó el objeto de estudio desde posiciones *iusnaturalistas* e *iuspositivistas*, sobre el distingo entre el derecho disciplinario y el derecho penal, y entre otros componentes del sistema jurídico, como ser el derecho privado.

Tampoco se ha puntualizado en tanto necesaria dimensión ética con las que deben contar las decisiones de las autoridades y entidades que despliegan y controlan el poder disciplinario.

Como dijimos, el objeto de indagación propuesto será examinado desde un marco teórico Trialista. Desarrollaremos, entonces, en los presentes adelantos la dimensión sociológica del derecho disciplinario.

Lo novedoso del planteamiento sobre el objeto de investigación (derecho disciplinario) desde un marco teórico trialista

La visión trialista (Ciuro Caldani, 2020; Ciuro Caldani et al., 2007; Goldschmidt, 2005) sobre qué es el derecho disciplinario como componente integrado al sistema jurídico (Bobbio, 2002), necesariamente provoca la crítica al marco conceptual fragmentario que denotan los paradigmas *iuspositivitas* e *iusnaturalistas* que estudiaron al derecho disciplinario.

Es decir, el derecho disciplinario no agotó su comprensión analítica desde un enfoque jurídico trialista.

El trialismo aportará, desde su dimensión sociológica, la comprensión jurídica de las asignaciones de potencias e impotencias por medio de hechos: en tanto las relaciones y ejercicios competenciales del Estado moderno (siglo XIX).

También, desde su dimensión normológica, se indagará el grado de captación lógica del reparto de potencia e impotencia por parte de reglas integradas a un orden jurídico: las interacciones normativas entre las organizaciones, las personas disciplinables y el bien común o interés público.

Ello, para edificar pautas de corrección que tienda a que las decisiones de autoridades resulten equitativas: establecer y medir la construcción de un horizonte de justicia aplicada a su control y contención de la materia disciplinaria.

Entonces, indagar sobre qué es el derecho disciplinario desde el trialismo, es reeditar la problematización en relación a qué es el derecho. Problematización del orden de la filosofía de la ciencia jurídica,

que significó que juristas, con sus divergencias, dotaran de entidad a la ciencia jurídica y a su objeto de estudio: el derecho y sus implicancias culturales (Aftalión et al., 2004).

El Estado y su ideario de justicia son derecho. Correspondiendo a dicho campo científico examinarlas, sea cual fuera el ámbito de aquellas relaciones: derecho público, privado, derecho internacional, por caso.

Teniendo presente las consideraciones político-académicas sobre el saber jurídico desde la teoría crítica, egológica y estructuradora del derecho, entendemos que estos paradigmas son optimizados en el marco de un diseño teórico y metodológico trialista de comprensión del derecho.

¿Qué significa esto? Significa que colocar al trialismo a examinar al derecho disciplinario, deriva en el análisis desde la dimensión sociológica -aspecto predominantemente de hechos y relaciones de poder- de los hitos históricos con relevancia jurídica por el cual el Estado nación asignó entre los siglos XVII y XIX potencias e impotencias a la administración para normalizar y controlar conductas de aquellas personas que estaban en organizaciones que desplegaban dominio territorial y corporal. Desde las prisiones hasta las fuerzas armadas y policías.

Ya que, con una adecuada ubicación de esas prácticas disciplinarias regladas -y su consecuente reconocimiento de las relaciones de poder de la modernidad-, podrá operar el pasaje de la dimensión sociológica a la dimensión normológica (aspecto predominantemente lógico y hermenéutico) del derecho disciplinario. Es decir, el análisis de la producción de la normatividad disciplinaria y cómo la misma está o no integrada al ordenamiento jurídico.

Para luego, consolidada esa captación lógica -de la proyección de asignación de potencias e impotencias por parte de determinados diseños de Estado-, abordar el objeto de estudio desde la dimensión dikélogica (aspecto predominantemente valorativo) del trialismo jurídico. Esto es, cómo se edifica el valor justicia; tomado este, como

pauta de corrección para re-repartir la asignación de potencias e impotencias.

Ello, en búsqueda de decisiones sistémicamente equitativas de las autoridades, como mandato de racionalidad y razonabilidad republicana y deliberativa.

Una renovada estrategia metodológica y la dimensión sociológica del trialismo jurídico aplicada al derecho disciplinario

Habíamos adelantado que la investigación en curso es cualitativa, exploratoria e interdisciplinaria (Barrios, 2015; Pérez Ripossio, 2015); y parte de un posicionamiento humanista, integrativista y realista del derecho, con un modelo metódico trialista (Ciuro Caldani, et al., 2007; Robledo Rodríguez, 2008).

De ese marco teórico y modelo metódico, es que se examinará la muestra indicada en el acápite anterior.

La dimensión sociológica, indagará la producción de Michel Foucault para corroborar la adecuada ubicación de los antecedentes en los repartos y relaciones del poder disciplinario y el poder punitivo en el nacimiento del Estado nación, relevando la genealogía de las relaciones de poder excluyente y normalizador que propone la obra de Foucault, confrontándola con el conocimiento jurídico.

155 /

Algunos antecedentes computables y significativos para la dimensión sociológica del derecho disciplinario

El estado de la cuestión, repercute en la dificultad por parte de la doctrina de ubicar las asignaciones y los repartos de potencias e impotencias del derecho disciplinario en la conformación del Estado moderno (Berdugo et al., 2013; Gusman, 2022).

Amén del postulado que ve cierta identidad entre el poder punitivo (castigo en función a la privación cronológica del tiempo vital de una persona), y el disciplinario (relación estricta entre las instituciones y las personas con la función de corregirla y normalizarla), con su coincidencia a nivel producción de conocimiento jurídico (Pfahl, 2024); posicionamiento desde el enfoque de la teoría egológica puesto sobre el derecho represivo, definido tempranamente con sus matices por la doctrina argentina (Aftalión et al., 1955, 1971). En similar sentido, también existen aproximaciones a lo planteado, desde la teoría crítica y realista (Uslenghi, 2009; Zaffaroni et al., 2014).

Cronológica y genealógicamente, las normas y prácticas disciplinarias son vistas de modo diferencial en relación con las del puro castigo corporal y temporal. Originadas tales reglas, desde el siglo XVII y XVIII.

Sin embargo, en contraste con lo indicado, la mutación del Estado moderno normalizador de conductas, se registra su origen en el siglo XIX (Foucault, 2011; López, 1979).

Origen genético del derecho disciplinario indicado (Díaz Couselo, 2006) que, de momento, tiene su correlato desde el plano jurídico *iustnaturalista* (Licht, 2024; Ossa Arbeláez, 2009).

Ello no obsta que, de acuerdo a las producciones bibliográficas desde la dimensión normativa, podamos situar provisionalmente las más relevantes manifestaciones del objeto de estudio en el siglo XVIII (Nieto García, 1994; Ivanega, 2013).

Las implicancias para el derecho en un Estado democrático de derecho distan en tanto, sea uno u otro modelo de Estado (el desarrollo del Estado nación, el Estado burgués, social y constitucional hasta llegar al Estado democrático y deliberativo de derecho) que provoque la conformación de un determinado derecho público sobre el que estribará el objeto de la presente investigación: el derecho disciplinario.

En esa ubicación, se computa en relación al origen de una especie de derecho disciplinario anterior a los centenarios referidos (Villar Palasí, 2001), solo que tales *prótoiure* fueron recuperados en buena

medida en los siglos XIV y XV, de la mano de los glosadores y posglosadores (Giannini, 1980). Juristas, que redescubrieron los orígenes del derecho público romano, extendiendo tal sistematización por toda Europa (Zaffaroni, 2021).

Visión *foucaultina* sobre el derecho. Otro posible abordaje epistémico desde la dimensión sociológica del trialismo jurídico:

Desde la dimensión sociológica de nuestro marco teórico y estrategia metodológica trialista, hemos relevado inicialmente que Michel Foucault (2011) ha tenido en sus obras descriptivas y analíticas de las relaciones de poder: poder normalizador-disciplinario, una conceptualización insuficiente vista desde el mundo jurídico (Benente, 2018).

¿Por qué? Por el impacto de las reglas en la transición entre el Estado que por medio de la pena excluía a las personas de su comunidad; hacia el nacimiento de otro diseño estatal en el siglo XIX, que sentó las bases para normalizar las conductas por medio de la asignación de competencias a instituciones específicas: hospitales, prisiones, policías y fuerzas armadas.

En esas instituciones, necesariamente se produjeron una relación jurídica entre los entes y las personas que instrumentaban sus fines; siendo necesaria -para su funcionamiento- una nueva modulación sancionatoria que no fuera la pena tal como se la conocía y se la conoce. Aquellos fines, estaban alineados con el diseño del Estado moderno del siglo XIX.

¿Qué es esa nueva modulación sancionatoria que se consolidó en el siglo XIX?

Foucault (2011), distingue en su descripción la penalidad de la sociedad del siglo XVIII excluyente de personas, citando a Beccaria y

recuperando de este, el principio que no habría castigo sin una ley y un comportamiento explícito que violara esa ley; de aquella penalidad del siglo XIX, que pretende con la sanción establecer un criterio de defensa general de la sociedad con una proyección de control y reforma psicológica y moral de la actitud de los individuos.

Para esa pretensión de control y reforma, era necesaria una novedosa forma de relación jurídica; entre, las instituciones y los individuos a controlar y normalizar. Esa relación, es una interacción jurídica.

Volviendo al autor francés que traemos a nuestro análisis, el mismo refiere que este tránsito de una penalidad excluyente hacia una penalidad de control, provocó un cuestionamiento a la separación de poderes -atribuida por Montesquieu- entre el poder judicial, poder ejecutivo y el poder legislativo.

Según Foucault, este nuevo control no podía ser efectuado por el poder judicial, sino por poderes al margen de la justicia: la policía, instituciones psicológicas, psiquiátricas, médicas, criminológicas y pedagógicas para la corrección de los individuos (Foucault, 2011).

Uno de los problemas de insuficiencia jurídica que plantea la posición del autor analizado, es que, en su producción, y específicamente en “La verdad y las formas jurídicas”, afirma sobre el tópico que venimos estudiando, que:

“Esta forma de penalidad aplicada a las virtualidades de los individuos, penalidad que procura corregirlos por medio de la reclusión y la internación, no pertenece en realidad al universo del derecho, no nace de la teoría jurídica del crimen ni se deriva de los grandes reformadores como Beccaria. La idea de una penalidad que intenta corregir metiendo en prisión a la gente es una idea policial, nacida paralelamente a la justicia, fuera de ella, en una práctica de controles sociales o en un sistema de intercambio entre la demanda del grupo y el ejercicio del poder.” (p.117).

Precisamente, donde el autor francés, no vislumbra teoría jurídica por entender que esta nueva modalidad punitiva es por fuera del derecho criminal, nosotros entendemos que estamos en presencia de una modalidad de derecho represivo (Aftalión *et al*, 1955). Distinto al penal propiamente dicho, sí, pero no fuera del ámbito jurídico.

No pretendemos socavar el valor epistémico del aporte descriptivo de Foucault. Sí, el punto decisivo para confrontar con su posición es que, esa nueva forma de ejercicio de potencia por parte del Estado del siglo XIX: el poder disciplinario, es a través de reglas y prácticas (que el propio autor reconoce y describe); y ello, necesaria e ineludiblemente nos reconduce al derecho.

Un derecho imperfecto, seguramente, pues habrá que indagar con qué pautas de coherencia y de corrección contaba y cuenta. Pero, lo cierto es que para nuestro marco teórico trialista, la dimensión sociológica es derecho. Explicaremos en lo sucesivo el porqué de la afirmación.

Concretamente nos enseña Ciuro Caldani (2020), que:

“Las otras ciencias se convierten en juridicidad cuando las tematizamos con conceptos del derecho; en esa dimensión, como adjudicaciones de potencia e impotencia. Si nos referimos a las clases sociales estamos en el campo de la sociología; si atendemos a las adjudicaciones que surgen de ellas, nos encontramos en el ámbito de la dimensión sociológica del mundo jurídico.” (p.93).

Para el trialismo, decíamos, la dimensión sociológica es una categoría propia del mundo jurídico. Algo que Foucault, no logra mencionar suficientemente. Y con él, gran parte de la comunidad jurídica que traslada, tal conocimiento, al ámbito del derecho sin contemplar los marcos teóricos con los que éste cuenta, y que merecen ser respetados cuando de objeto jurídico se trata.

Vale decir que, el posicionamiento frente a las relaciones de poder disciplinario-normalizador que desarrolla el pensador francés, es abonado por el realismo antinormativista norteamericano -por ejemplo-, que niega la existencia de una realidad normativa ontológicamente distinta del mundo de los hechos (Zucchi, 2021).

Ese paradigma realista, a su vez es confrontado por el tridimensionalismo desarrollado por Miguel Reale, para quien, el elemento jurídico decisivo entre el hecho y la norma, es la norma.

Lo dicho es respondido por la propia escuela trialista. Werner Goldschmidt, fija que lo decisivo entre el hecho y la norma, es el valor justicia (la dimensión dikélogica).

La prevalencia de los hechos sobre las normas o reglas, o de estas últimas sobre los hechos es, para esta tesis, uno de los ejes centrales. Pues, ¿cuando hablamos de poder disciplinario (hecho y asignación de potencias e impotencias) es equivalente a hablar de derecho disciplinario (norma o regla que capten lógicamente aquel reparto inicial)?

Para nosotros, es equivalente referir al poder disciplinario (hechos) y al derecho disciplinario (reglas).

Bien explica Ciuro Caldani siguiendo a Goldsmith que, la centralidad del derecho no está en el hecho ni la conducta, si no en la adjudicación de potencia o impotencia. Esto es, importa más que la conducta, lo que la gente debe recibir para vivir en plenitud. Más que la conducta es lo que resulta de esta (Zucchi, 2021).

Pretender distinguir, entonces, el poder disciplinario del derecho disciplinario es, proseguir en la dirección incorrecta en el mundo jurídico para describir este fenómeno (el poder disciplinario y el derecho disciplinario) que está ubicado prevalentemente en la conformación del Estado en el siglo XIX.

Desde este enfoque epistémico, adherimos a la posición que sostiene Mauro Benente (2018), al afirmar que:

“... el gran problema de la caja de herramientas de Foucault, se explica por la incapacidad de ajustar su conceptualización

de la ley a las prácticas descritas y analizadas. En los ejemplos históricos que ha usado, a los que pueden sumarse otros contemporáneos, el derecho tiene un papel constitutivo de las prácticas disciplinarias y biopolíticas, pero esto no fue debidamente conceptualizado. Por un lado, a causa del mismo problema, al analizar las tecnologías gubernamentales, aunque podía esperarse cierta recuperación del derecho, como no advirtió que estaba describiendo prácticas gubernamentales establecidas por leyes, el derecho se mantuvo relegado. Si el mérito de Foucault fue ajustar los diseños conceptuales a las prácticas bajo análisis, esa fue su gran falla al conceptualizar el derecho: en algunos casos por presentar una errónea descripción de las prácticas, en otros, a pesar de su prolífica exposición.” (p. 617).

Benente, da cuenta de la carencia que representa solo describir prácticas disciplinarias sin analizar la regulación jurídica en ellas. Así, luce inacabada la obra de Foucault para la dimensión sociológica del trialismo jurídico. Desembocando en confusiones entre el objeto de estudio de las ciencias sociales en general, y el apartado que le es propio a nuestra ciencia jurídica.

La obra de Foucault, decíamos, se esfuerza por indagar sobre el poder, en lo que aquí nos interesa el poder-saber. Y, en esa búsqueda, sí coincidimos con López (1979), cuando al analizar la obra “Vigilar y castigar” de Michel Foucault, nos explica que:

“Foucault, en cambio, nos ofrece una tercera dimensión a través de la cual se expresaría el poder, la disciplinaria o microfísica, que parece encontrarse entre lo coercitivo y lo ideológico, sin ser primaria e inmediatamente tales, pero que tampoco se desentiende por completo de ambos. Afirmar que lo disciplinario “puede muy bien ser violento” no significa clausurar la posibilidad de la coerción; por otra

parte, no deja de reconocer que lo disciplinario repica al fin, también sobre el “alma”. Para Foucault “la penalidad perfecta que atraviesa todos los puntos y controla todos los instantes de las instituciones disciplinarias, compara, diferencia, jerarquiza, homogeneiza, excluye. En una palabra, normaliza” (p. 188). A lo que se podría agregar una conclusión que nos presenta anticipadamente: “En suma, el arte de castigar en el régimen del poder disciplinario, no tiende ni a la expiación ni aun exactamente a la represión.” (p. 187).” (p.1423).

Concordamos con López, en que Foucault, descubre una forma de sanción distinta al pensamiento *beccariano* de exclusión y represión por medio de la privación de tiempo vital: el poder disciplinario. Una asignación diferenciada de potencia e impotencia a los órganos del Estado para cumplir con los fines de este novedoso diseño estatal. La cual, merecerá su propia indagación desde la dimensión sociológica del mundo jurídico.

Es decir, el poder disciplinario entraña una sanción *prebeccariana* (Gusman, 2022) que es recuperada por el Estado del siglo XIX para mejorar la utilidad social de sus instituciones. Y, para ello refuerza su presencia reglada en la interacción *intrañeus* de sus entes: prisiones, hospitales, hospicios, policías, fuerzas armadas.

Prosiguiendo con el pensamiento de López, este autor nos enseña en relación a Foucault que:

“... aunque su preocupación central es exponer y analizar esta dimensión específica del poder, no se agota allí el texto foucaultiano. En efecto, si el desentrañamiento de por qué y cómo es microfísica esta dimensión del poder y de cuáles son sus efectos sobre la vida social ocupa un lugar de privilegio, *Vigilar y castigar* también contiene un conjunto de proposiciones que, sin conformar un *corpus* expositivo

sistemático, se refieren a los macroprocesos que fundan el poder y a los nexos entre lo micro y lo macro. Y aunque no sea este un territorio que el autor aborde con rigurosidad analítica, no resulta impertinente internarse en él. Pues si Foucault nos descubre una perspectiva novedosa del poder y la expone convincentemente de sus fronteras hacia adentro, la vitalidad de su hallazgo reclama desarrollar una discusión que tienda a esclarecer su relación con el “afuera”. Quizá un ejercicio que contemple esto último constituya un forzamiento indebido del texto. Acaso, la intención de contribuir a la comprensión de la naturaleza del poder disciplinario y de los problemas que lo circundan, justifique el riesgo del exceso.” (p. 1423).

Aquí, lo que venimos apuntando de la obra de Foucault. El autor francés, en su meticuloso análisis de esta nueva relación de poder (el disciplinario) surgida a los albores del siglo XIX, no visualiza el diseño de un Estado que provoca por medio de reglamentos novedosas dinámicas de interacción *micro*, pero fundamentalmente *macrosocial*. Interacciones que dan la siguiente ecuación: diseño del Estado – propósito – regulación – producción de prácticas disciplinarias.

Aquello que toma como muestra, por ejemplo, el funcionamiento de las prisiones, los hospitales y las policías, está dado por una modelo de Estado. Un modelo de Estado que refuerza la regulación de cara a la sociedad. Esa asignación de potencias e impotencias para la regulación, es derecho.

Robustece nuestra posición, lo dicho el autor traído al referir, que:

“Cuando las disciplinas penetran los cuerpos para analizarlos, individualizarlos, descomponerlos y recomponerlos, se “abre” un espacio de conocimiento.

La microfísica del poder demanda un “saber del cuerpo que no es exactamente la ciencia de su funcionamiento” y que

apunta a “un dominio de sus fuerzas” (p. 33). Sin embargo, el vínculo entre poder y saber no es de mero servicio o de utilización de este (el saber) por parte de aquel. No existe relación de poder que no suponga la correlativa constitución de un campo de saber; y a la inversa, no hay saber que no constituya relaciones de poder. Poder y saber se implican el uno al otro.

Productividad del poder y relación de implicaciones entre el poder y el saber: los dos soportes de la dimensión microfísica.”

\ 164

En este apartado discrepamos con la derivación propuesta por López, pues donde Foucault y López, visualizan una relación de poder en función a un nuevo saber y un ámbito novedoso de incumbencia relacional, como lo es la acentuación de la microfísica en las instituciones reseñadas; nosotros observamos, nuevas relaciones nacidas a partir de la regulación por parte del Estado, es decir un hecho dado por el derecho. Y, el poder-saber que se redefine en ese contexto, es objeto de estudio de la ciencia jurídica: el derecho disciplinario.

Desde el Estado se produjeron y producen reglamentos, que generan nuevas dinámicas de “sujeción estricta” (López, 1979) entre los sujetos destinatarios de la regulación naciente y el cuerpo social. Y ello, no se agota en los descriptivo de las relaciones, sino que demandó y demanda un estudio sistematizado de las asignaciones de potencias e impotencias a través de reglas por parte del Estado.

Podemos dar cuenta que tanto López (1979) como cuatro décadas después Benente (2018), con sus modulaciones, revelan la insuficiencia de la tesis *foucaultiana* en relación al poder disciplinario para ser aplicada directamente sobre el objeto jurídico. Ya que el filósofo francés siquiera ve allí un *infraderecho*, sino que catalogó aquello directamente como un *contraderecho* (López, 1979).

Lo cual, es erróneo, pues aquellas prácticas fueron recogidas e incrementadas por los reglamentos del Estado desde el siglo XVII hasta su consolidación en el siglo XIX.

Apoyamos nuestra posición en Goldschmidt (2005). El autor afirma a este respecto, que:

“(...) en el derecho flexible ad hoc se tiene cuenta los acontecimientos y los casos concretos, como hace el derecho que gobierna el funcionamiento interno de todas las organizaciones, por ejemplo, el derecho de todas las administraciones y servicios públicos, en especial el derecho discrecional y disciplinario.” (pp. 187-188).

Es que, como nos explica Goldschmidt, una tesis como la de Foucault ingresaría en el mejor de los casos en el campo de la sociología jurídica, ya que a esta disciplina no le interesa siquiera valorar los fenómenos sociales. Menos valorarlos desde el punto de vista de relaciones entre agrupaciones sociales y tipos de derecho; adjudicaciones de potencia e impotencias.

También habíamos adelantado que importar posiciones de las demás ciencias sociales a la ciencia jurídica sin respetar nuestro marco de referencia específico (la asignación de potencias e impotencias que reglan conductas), es un error que tiene como consecuencia no solo la mutación de nuestro objeto de indagación (el derecho) si no también que, con ello, por ejemplo, se decide qué es el derecho y su alcance por fuera de las reglas que les son propias.

Por más precisa que sea la descripción de los hechos, estos por sí solos no deciden. Deciden, quienes ostentan potencia asignada en función a determinados hechos que su vez se conducen con reglas.

No debemos pensar al Estado sin analizar su diseño desde el derecho; y cómo este, desde un determinado diseño (hablamos hasta aquí del siglo XIX), reparte nuevas reglas. Para esta investigación, reglas que se corresponden al estudio sobre el poder disciplinario y el derecho disciplinario.

Conclusión

Al comienzo de estos adelantos de investigación, anunciamos que, desde la dimensión sociológica se indagaría la producción que propone la obra de Michel Foucault para corroborar la adecuada ubicación de los antecedentes en las asignaciones y los repartos y relaciones del poder disciplinario y el poder punitivo en el nacimiento del Estado nación, relevando la genealogía de las relaciones de poder excluyente y normalizador confrontándola con la producción de juristas.

Subsiste, entonces, las siguientes preguntas de investigación: **¿en qué siglo ubicamos al nacimiento del derecho disciplinario?** De lo dicho hasta aquí, podemos afirmar que la ubicación temporal del derecho disciplinario es en el siglo XIX **¿Qué relevancia científica tiene ello?** Entendemos, que la de comprender que el derecho en general y el derecho disciplinario en particular, son fenómenos jurídicos y no solo una simple derivación acumulativa historicista.

Esto reafirma la identidad epistémica del derecho frente a las otras ciencias.

\ 166

Referencias bibliográficas

- Aftalión, E. R. (Ed.). (1971). *Tratado de derecho penal especial*. La Ley S.A.
- Aftalión, E. R. (Ed.). (1955). *Derecho penal administrativo*. Depalma, S.A.C.I.
- Aftalión, E. R. (1963). *El juez Marshall, la Historia del Derecho Argentino y la creación judicial de Derecho*. Temas Jurídicos núm. 8, Publicaciones Movimiento Humanista de Derecho.
- Aftalión, E. R. (Ed.). (2004). *Introducción al derecho*. 4a ed. Abeledo Perrot.
- Barrios, B. E. (2015). Tres momentos críticos de la Teoría Fundamentada Clásica. *Revista Universitaria de Investigación*, 16(31-47).
- Benente, M. (2018). *El concepto de derecho y las prácticas del poder: un diálogo crítico con Foucault, Agamben y Esposito*. 1a ed. Editores del Sur.
- Berdugo A. (Ed.). (2013). La imputación objetiva en el Derecho Disciplinario. *Derecho Penal y Criminología*, 34(97), 113-157. <https://doi.org/> Universidad Externado de Colombia
- Bobbio, N. (2002). *Teoría General del Derecho*. 2a ed. Temis S.A.
- Ciuro Caldani, M. Á. (2020). *Una teoría trialista del derecho. Comprensión iusfilosófica del mundo jurídico*. 2a ed. Astrea.
- Ciuro Caldani, M. A. (Ed.). (2007). *Dos filosofías del Derecho argentinas anticipatorias: homenaje a Werner Goldschmidt y Carlos Cossio*. Fundación para las Investigaciones Jurídicas.

Díaz Couselo, J. M. (2006). Enrique R Aftalión y la Historia del derecho. *Revista de historia del derecho*(34), 31-65.

Díaz, E. (2014). *La filosofía de Michel Foucault*. 1a ed. Biblos.

Foucault, M. (2011). *La verdad y las formas jurídicas*. Editorial Gedisa.

Goldschmidt, W. (2005). *Introducción filosófica al derecho: la teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*. 7a ed. LexisNexis Argentina S.A.

Gusman, A. S. (2022). *Las sanciones administrativas*. 1a ed. Ad-Hoc.

Ivanega, M. M. (2013). *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*. RAP.

Licht, M. N. (2024). *Teoría del ilícito administrativo. La sustantividad de la sanción administrativa, tomo I*. 1a ed. La Ley.

López, E. (1979). El poder disciplinario en Foucault. *Revista Mexicana de Sociología*, 41(4), 1421-1432.

Nieto García, A. (1970). Problemas capitales del derechos disciplinario. *Revista de administración pública*(63), 39-84.

Nieto García, A. (1994). *Derecho administrativo sancionador*. 2a ed. Editorial Tecnos.

Ossa Arbeláez, J. (2009). *Derecho administrativo sancionador. Una aproximación dogmática*. Legis Editores S.A.

Pérez Ripossio, R. (2015). La importancia de las hipótesis en la investigación cualitativa: tipos e implicancias en la construcción del diseño. *La importancia de las hipótesis en la investigación cualitativa: tipos e implicancias en la construcción del diseño*. Costa Rica: XXX Congreso ALAS.

Pfahl, M. J. (2024). Algunas consideraciones sobre la aplicación de la doctrina del fruto del árbol envenenado en el derecho disciplinario, a la luz de un precedente del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chaco. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, 55-69.

Retortillo Baquer, S. M. (2018). *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y sus instituciones*. Editorial Universidad de Sevilla.

Robledo Rodríguez, A. (2008). Metodología jurídica trialista y hermenéutica en la construcción del derecho. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*(11), 269-279.

Villar Palasí, J. L. (2001). *Técnicas remotas del derecho administrativo*. Lerko Print S.A.

Zaffaroni, R. E. (2021). *Malleus Maleficarum. Heinrich Kramer y Jacobs Sprenger*. 2a ed. Remanso Editor.

Zaffaroni, R. E. (Ed.) (2014). *Derecho penal: parte general*. 2a ed. Ediar.

Zucchi, H. A. (2021). *El derecho como objeto tridimensional*. 2a ed. Advocatus.

Pautas objetivas de valoración
Probatoria. Pauta objetiva de
postulación de los hechos.

| Joaquín Jorge Sebastián Romero |

Doctorando 4ª Cohorte, Derecho UNNE

Palabras Claves

Valoración probatoria, hechos, toma de decisión

Resumen

En este ensayo adelantamos algunas ideas centrales sobre un proyecto en el que trabajamos la construcción de un concepto para el razonamiento probatorio. En esta oportunidad profundizaremos algunas ideas en torno a la conveniencia de una pauta objetiva de análisis probatorio vinculado a las postulaciones de las partes en juicio, es decir a los hechos que se presentan y que constituirán el programa que será el objeto del litigio, lo que podríamos denominar “pauta objetiva de postulación de los hechos”. Esta pauta permitirá guiar el razonamiento de la prueba para optimizar la toma de decisiones.

171 /

Introducción

Este trabajo tiene por finalidad resumir las ideas centrales sobre una de las posibles pautas objetivas de valoración probatoria que forma parte de nuestro proyecto de investigación.

En ese proyecto investigativo, la hipótesis de trabajo indica que un conjunto de pautas objetivas de análisis probatorio facilitará la

actividad valorativa (del juez o jurado popular) para la toma de decisiones racionales, justificadas y controlables al momento del dictado del veredicto.

Somos conscientes de las limitaciones del conocimiento humano (Dennis, 2002, pág. 3), por ese motivo nuestro encuadre epistemológico es realista, y tomando como base la idea de que podemos hacer predicciones o profecías sobre la toma de decisiones en actividades bien conocidas, pensamos, al igual que Oliver Wendell Holmes Jr., que “los agravios de los que nuestros tribunales se ocupan hoy son fundamentalmente el resultado de tareas bien conocidas (Holmes, 2012, pág. 71). Esto nos llevó a toda una construcción conceptual sobre la idea de “pautas objetivas de valoración probatoria”, diferenciando esta nueva categoría de la idea de principios y reglas de la que se ocupan los códigos de procedimientos criminales en Argentina cuando se regula el sistema de la sana crítica racional.

La conceptualización de eso que llamamos pautas objetivas de valoración probatoria, nos permite una nueva construcción y clasificación de aquellas “pautas” o “guías” sobre las que venimos trabajando para asignarle contenido a cada una de ellas y es en ese sentido que ahora proponemos un *approach* sobre una de ellas, la que denominamos “pauta objetiva de los hechos” para la valoración en la toma de decisión, que creemos optimizará el examen de la prueba desde una elección epistemológica de construcción de la verdad.

Método

Para acercarnos al contenido y entendimiento de esto que consideramos una “guía rectora, flexible y organizativa”, desde un enfoque cualitativo partiendo de un análisis e interpretación de los textos normativos, específicamente el texto correntino (Ley 6518) y la bibliografía específica, sin ánimos de clausurar debates pues aún nos resta un trabajo de *focus group* para precisar mejor los datos que proc-

esamos, comenzaremos por abordar: a) la verdad en el proceso penal; b) construcción de los hechos y carga del acusador; c) intangibilidad de los hechos y d) conclusiones.

Resultados y discusión.

La verdad en el proceso penal

No podemos avanzar sobre la noción de hechos que se considera probado sin hablar de la “verdad” y el valor de ella en el proceso penal.

Es Ferrajoli quien destaca que la verdad es el problema central y, a la vez el, el más difícil de la teoría del proceso (Ferrajoli, 2016).

Los debates sobre qué es la verdad, cuáles son los criterios de verdad, distinción entre verdad y verdadero son esenciales, sin embargo, no es el cometido de nuestra investigación profundizar estas discusiones que harían desorientar o confundir nuestro norte.

Aquí lo relevante es significar que la búsqueda de la verdad es una carga (exigencia) de los acusadores (públicos o privados) por aplicación del principio de inocencia (art. 18 CN). Jamás la búsqueda de la verdad es una obligación del juez porque es una obligación del acusador (Binder, 2021, pág. 187) (Postigo, 2019, pág. 106).

173 /

La construcción de los hechos

La exigencia de verdad no cumple su papel si no se conecta con un hecho preciso y concreto. Los hechos de la acusación están constituidos por afirmaciones o proposiciones y esas proposiciones fácticas no son aisladas, sino que constituyen la narración de un suceso, de algo que aconteció en la vida real y, por lo tanto, se debe probar su existencia u ocurrencia (Binder, 2021, pág. 291). Por lo tanto, la verdad es algo que se predica de una afirmación que estará contenida en la teoría del caso de los litigantes.

Esta pauta, permite analizar y ponderar los hechos presentados por las partes en el juicio de conocimiento siguiendo algunos linea-

mientos. Recordemos que los hechos que postulan los litigantes, son aquellos que han trabajado a lo largo de la investigación a través de su versión del caso. En el test de superposición¹ es importante distinguir aquellos casos donde se plantean defensas positivas o negativas (Lopardo, 2021, pág. 95 y ss.) ya que ellas pueden hacer variar las guías de análisis pero en modo alguno invierten la exigencia de verdad a cargo del acusador. Por lo que en definitiva, una de las recomendaciones para el análisis es tener presente “los hechos relevantes” siempre refiriéndonos a lo que en realidad es un enunciado o afirmación fáctica (Binder, 2024, pág. 33) y es en esos hechos donde se podrá observar lo que se halla o no controvertido.

Por otra parte, los hechos que se postulan en debate pueden presentar convenciones probatorias, es decir cuestiones que no requieren prueba porque las partes ya han acordado la verdad sobre su ocurrencia, lo que disminuye el trabajo valorativo.

Aunque existan estipulaciones probatorias, una de las recomendaciones es centrarse siempre en los puntos controvertidos, y, por otra parte, precisar aquellas afirmaciones que, aunque no se controviertan, sí precisan acreditación en juicio pues ello también será materia de valoración.

La carga de verdad en el acusador

El principio de inocencia nos advierte sobre las cargas de los acusadores, lo que significa que no pueden ser suplidas por la actividad de los jueces, o que puedan ser levantadas o aligeradas por la actividad de la defensa. Por lo tanto, las cargas sobre los acusadores tienen tres dimensiones (Binder, 2021, pág. 253):

- a. La primera hace referencia a los postulados fácticos. Toda afirmación de la existencia de un hecho o una circunstancia del hecho

1. Test que permite evaluar la calidad de una proposición fáctica (Duce, 2018, pág. 85)

que funda la acusación debe ser verificado por los acusadores y el acusado no se encuentra obligado a probar ninguna afirmación de hecho contenida en la acusación.

- b. La segunda dimensión de la carga de los acusadores se vincula con el derecho. Esto pone en cuestión el viejo principio del *iura novit curia*, vinculado con la imparcialidad del juez.
- c. La tercera dimensión de las cargas tiene que ver con el deber de postulación o iniciativa. Los actos de postulación son aquellos que introducen una petición gravosa para el imputado (v.g.: petición de una medida cautelar) y es claro que las consecuencias de esta falta de impulso las sufre la acción pública.

Intangibilidad de los hechos

La experiencia y análisis de datos indica que es preciso preservar el hecho acusado (Binder, 2022, pág. 355), ya que lo que no se encuentra en la acusación no podrá ser tomado en cuenta en la sentencia como elemento fáctico que funde una condena. Si el juez modifica los hechos base de la acusación pone en riesgo el derecho de defensa, que es una de los presupuestos sin los cuales no hay debido proceso, afectando así la congruencia, la intangibilidad de hechos, la contradicción y el *iura novit curia* (Ledesma, 2019, pág. 29 y ss.).

175 /

Conclusiones

- a. Observar las postulaciones (hechos);
- b. Observar la presencia de estipulaciones para comprimir el esfuerzo valorativo;
- c. Concentrarse en afirmaciones controvertidas con relevancia típica; La exigencia de verdad es una carga del acusador por el principio de inocencia;
- d. Los tipos de defensas son importantes, pero nunca invierten la carga del acusador por imperio del art. 18 CN;
- e. Los hechos no pueden ser modificados por el juez.

Bibliografía

- Binder, A. M. (2021). *Derecho Procesal Penal. Tomo V. Teoría del juicio de conocimiento. Verdad y proceso penal. Principio de inocencia. El concepto de hecho. Requisitos de verificabilidad y teoría del delito*. Buenos Aires: Ad-hoc.
- Binder, A. M. (2022). *Derecho Procesal Penal. Tomo VI. Teoría del juicio de conocimiento. Condiciones de verificación. Juicio imparcial*. Buenos Aires: Ad-hoc.
- \ 176 Binder, A. M. (2024). *Derecho Procesal Penal Tomo VII. Teoría del juicio de conocimiento. Teoría de la prueba. Legalidad de la prueba. Medios de prueba. Admisibilidad*. Buenos Aires: Ad-hoc.
- Dennis, I. (2002). *The law of evidence (2° ed.)*. London: Sweet & Maxwell.
- Duce, A. B. (2018). *Litigació Penal Juicio Oral y Prueba (reimp.)*. Bogotá, Colombia: Ibañez.
- Ferrajoli, L. (2016). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal (2° reimp.)*. Madrid: Trotta.
- Holmes, J. O. (2012). *La senda del Derecho. Traducción y estudio preliminar de José Ignacio Solar Cayón*. Madrid: Marcial Pons.
- Ledesma, Á. (2019). Lineamientos generales sobre el debido proceso. En Á. E. (Dir.), *EL debido proceso penal. Doctrina. Análisis jurisprudencial. Fallos fundamentales* (págs. 21-48). Buenos Aires: Hammurabi.

Lopardo, L. L. (2021). *Los caminos de la prueba*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editores del Sur.

Postigo, L. G. (2019). *Justicia Penal Adversarial*. Buenos Aires: Ad-hoc.

Filiación

PI 20G001

Implementación del Aprendizaje Basado en Problemas en la Enseñanza de la Economía Política en el Derecho: Enfoque para la Formación de Posgrado en la UNNE

| Facundo David Barrios¹ |

1. Magister en Derecho. Doctorando en Derecho de la Universidad Nacional del Nordeste. Miembro del Grupo de Investigación consolidado *Deodoro Roca* – UNNE. Profesor Jefe de Trabajos Prácticos de Cátedra B de Economía Política, Derecho, UNNE. Doctorando 6ª Cohorte de la Carrera de Doctorado de la UNNE.

Introducción a la propuesta desarrollada

El trabajo aborda la implementación del Aprendizaje Basado en Problemas (ABP) en la enseñanza de la Economía Política en el Derecho, como disciplina de estudio de la Universidad Nacional del Nordeste (UNNE) en Argentina. Este enfoque pedagógico se presenta como una metodología pertinente para desarrollar habilidades críticas y analíticas en los estudiantes de posgrado, esenciales para su la práctica profesional.

179 /

En este trabajo, se explora el fundamento del uso del ABP en la de Economía Política desde su dimensión científica. Se destaca cómo esta metodología permite a los estudiantes; especialmente aquellos que se forman en posgrado para desarrollar la profesión que ejercen; construir activamente su conocimiento, facilitando una comprensión profunda de los conceptos económicos y su aplicación en contextos jurídicos reales. Se menciona que el ABP fomenta el desarrollo de competencias transversales como el pensamiento crítico, la resolución de problemas complejos y el trabajo en equipo, todas ellas cruciales en la práctica del derecho. Además, se subraya la importancia de incorporar perspectivas locales y regionales para que los estudiantes comprendan mejor la realidad económica y jurídica de su entorno inmediato.

Finalmente, la propuesta incluye una autoevaluación, identificando fortalezas del método propuesto. Se destacan aspectos positivos como

el enfoque centrado en el estudiante, la integración teoría-práctica, el desarrollo de habilidades transversales y la evaluación integral. También se señalan áreas de mejora como la gestión del tiempo, la formación docente, la disponibilidad de recursos y materiales, el seguimiento individualizado, la interdisciplinariedad, la contextualización regional y la inclusión de perspectivas diversas. Se concluye que la implementación del ABP es un proceso iterativo que requiere una evaluación y ajuste continuos para mejorar la formación de los abogados y estudiantes de posgrado de la UNNE.

Fundamento del Uso de ABP en el posgrado de Derecho

El Aprendizaje Basado en Problemas (ABP) se presenta como una metodología pedagógica pertinente para la enseñanza de la Economía Política en las diferentes propuestas de posgrado de Derecho de la Universidad Nacional del Nordeste (UNNE) en Argentina. Esta estrategia didáctica permite a los estudiantes desarrollar habilidades críticas y analíticas fundamentales para su práctica profesional con centro en la realidad social y ambiental cotidiano con fuerte contenido teórico y desarrollo de destrezas prácticas.

El ABP fomenta la construcción activa del conocimiento por parte del estudiante, facilitando la comprensión profunda de los conceptos económicos y su aplicación en contextos jurídicos reales. Como señala Litwin (2008), *“el ABP propone una forma de enseñanza en la que los estudiantes aprenden en pequeños grupos a partir de un problema, buscan la información que necesitan para comprender el problema y obtienen una solución bajo la guía de un tutor”* (p. 100).

En el contexto específico de la Economía Política para abogados, el ABP permite abordar la complejidad de las relaciones entre el derecho y la economía. Los estudiantes pueden analizar casos prácticos que reflejen problemáticas económicas actuales de Argentina, como la inflación, la deuda externa o las políticas de desarrollo, y examinar sus implicaciones legales y sociales.

Además, esta metodología promueve el desarrollo de competencias transversales esenciales en la formación jurídica. Según Pérez Lindo

(2012), “*el ABP favorece la adquisición de habilidades como el pensamiento crítico, la resolución de problemas complejos y el trabajo en equipo, todas ellas cruciales en la práctica del derecho*” (p. 78).

La implementación del ABP para entender la Economía Política y su importancia dentro de la malla curricular del Derecho puede enriquecerse con la incorporación de perspectivas locales y regionales. Esto permite a los estudiantes comprender mejor la realidad económica y jurídica de su entorno inmediato, preparándolos para enfrentar los desafíos específicos de su práctica profesional en el nordeste argentino, valiéndose de los recursos disponibles.

El uso del ABP en la enseñanza del posgrado representa una oportunidad valiosa para formar profesionales del Derecho con una comprensión sólida de los fenómenos económicos y su interrelación con el marco jurídico, preparados para abordar los complejos desafíos de la sociedad argentina contemporánea.

La Economía Política, estudiada a través del ABP, se revela como una disciplina fundamental para comprender la complejidad de las interacciones entre los sistemas económicos y las estructuras sociales y políticas. Este enfoque pedagógico permite a los estudiantes abordar de manera crítica y contextualizada los fenómenos económicos, superando la visión reduccionista de la Economía como una ciencia puramente técnica.

Como señala Ferrer (2010), “*la Economía Política nos brinda las herramientas para analizar cómo las decisiones económicas están incrustadas en un entramado de relaciones de poder y estructuras institucionales*” (p. 45). El ABP, al plantear problemas reales y complejos, facilita que los estudiantes exploren estas interconexiones, comprendiendo cómo las políticas económicas impactan en la distribución del poder y los recursos en la sociedad.

La importancia de la Economía Política radica en su capacidad para develar las raíces históricas y sociales de los fenómenos económicos y jurídicos; el ABP fomenta de esta manera el pensamiento crítico, permitiendo a los estudiantes cuestionar paradigmas establecidos y proponer soluciones innovadoras a problemas económicos persistentes.

Además, la incorporación de la Economía Política, estudiada a través del ABP, promueve una comprensión interdisciplinaria del Derecho a través de la Economía y a su vez en el sentido contrario. Dice en esa línea argumental Aronskind (2013), “*la Economía Política nos obliga a considerar factores sociológicos, políticos y culturales en el análisis económico, enriqueciendo nuestra comprensión de los fenómenos económicos*” (p. 78). Esta visión holística es crucial para formar profesionales capaces de abordar los complejos desafíos económicos del siglo XXI.

En el contexto argentino, la Economía Política adquiere especial relevancia para entender las recurrentes crisis económicas y los debates sobre modelos de desarrollo. El ABP permite a los estudiantes analizar casos concretos de la historia jurídica y económica argentina, facilitando la comprensión de cómo las decisiones económicas pasadas han moldeado la realidad presente del país.

Entonces, el estudio de la Economía Política a través del ABP en las diferentes propuestas de posgrado, incluidas las maestrías y el Doctorado en Derecho, enriquece significativamente la comprensión de la Economía como ciencia, proporcionando a los estudiantes una visión crítica, contextualizada e interdisciplinaria de los fenómenos jurídicos, esencial para enfrentar los retos económicos contemporáneos.

La enseñanza tradicional de la Economía como Ciencia en la carrera de abogacía de la UNNE, suele basarse en clases magistrales. En este modelo, el docente expone conceptos fundamentales como el objeto de estudio de la economía, sus métodos y su evolución histórica. Los estudiantes, generalmente, asumen un rol pasivo, tomando apuntes y ocasionalmente participando con preguntas.

Esta modalidad, aunque eficiente para transmitir grandes cantidades de información, presenta limitaciones. Como señala Camilloni (2007) señala que, aunque las clases magistrales son efectivas para la transmisión de conocimientos, no siempre promueven el desarrollo del pensamiento crítico ni la aplicación práctica de los conceptos (p. 26). En el caso de la Economía, esto puede resultar en una comprensión superficial de su naturaleza como ciencia.

La incorporación del Aprendizaje Basado en Problemas (ABP) surge como respuesta a estas limitaciones. El ABP promueve un aprendizaje activo y contextualizado. Según Davini (2015), “el ABP permite a los estudiantes construir su conocimiento a partir de situaciones problemáticas reales, fomentando la reflexión crítica y la aplicación práctica de los conceptos teóricos” (p. 113).

Las razones para incorporar el Aprendizaje Basado en Problemas (ABP) en la enseñanza de la Economía como Ciencia son múltiples. En primer lugar, promueve el pensamiento crítico, ya que los estudiantes analizan problemas económicos reales, cuestionando supuestos y metodologías. Además, fomenta la interdisciplinariedad, permitiendo abordar la economía en su relación con otras ciencias sociales. También desarrolla habilidades de investigación, dado que los alumnos buscan y evalúan información para resolver problemas. Asimismo, mejora la retención de conceptos, favoreciendo un aprendizaje significativo al aplicar los conocimientos a situaciones concretas. Finalmente, prepara a los estudiantes para la práctica profesional, enfrentándolos a problemas similares a los que encontrarán en su futuro laboral.

Como argumenta Narodowski (2018), “*el ABP en economía permite a los estudiantes comprender la complejidad de los fenómenos económicos y desarrollar un pensamiento económico propio, superando la mera memorización de teorías*” (p. 87). Entonces, mientras las clases magistrales ofrecen una base teórica sólida, el ABP complementa esta formación, proporcionando un entorno de aprendizaje activo que prepara mejor a los estudiantes para comprender y abordar la complejidad de la Economía como ciencia en el mundo real.

La transición desde una enseñanza tradicional hacia el Aprendizaje Basado en Problemas (ABP) en la unidad “La Economía como Ciencia” del programa de Economía Política representa un cambio paradigmático en la forma de abordar esta disciplina fundamental. Este cambio no solo afecta la metodología de enseñanza, sino que también transforma la comprensión misma de la economía como ciencia o disciplina científica.

En el enfoque tradicional, la enseñanza de la Economía como Ciencia suele centrarse en la presentación de definiciones, teorías y modelos económicos de manera abstracta. Bernasconi Mariana (2023) menciona que Popper introduce el concepto de individualismo metodológico en las ciencias sociales, sugiriendo que la labor de estas ciencias es describir los “modelos sociológicos” basándose en las actitudes, expectativas y relaciones de los individuos. Esta visión, que se relaciona con un análisis económico-social, se fundamenta en el comportamiento individual, considerando a los individuos como los responsables y creadores de las instituciones sociales. En contraste, el holismo metodológico argumenta que los macrofenómenos sociales no pueden explicarse simplemente sumando observaciones individuales, ya que estudiar lo social implica explorar las complejas redes de relaciones dentro de la estructura social. Esta aproximación, aunque proporciona una base teórica sólida, puede llevar a una comprensión descontextualizada y poco crítica de la disciplina.

\ 184 El ABP, en cambio, propone un acercamiento más dinámico y contextualizado. Según Rozenwurcel (2022), *“el ABP en economía permite a los estudiantes comprender que la ciencia económica no es un conjunto de leyes inmutables, sino un campo de conocimiento en constante evolución, influenciado por factores históricos, sociales y políticos”* (p. 89). Esta metodología fomenta que los estudiantes examinen problemas económicos reales y actuales, analizando cómo diferentes teorías y enfoques pueden aplicarse para comprenderlos y abordarlos.

Narodowski y Naidorf (2023) argumentan que *“el ABP en la enseñanza de la economía como ciencia no solo mejora la comprensión de los conceptos, sino que también desarrolla habilidades críticas esenciales para interpretar y cuestionar las políticas económicas”* (p. 112). Este enfoque ayuda a los estudiantes a entender que la economía no es una ciencia exacta, sino una disciplina social que requiere un análisis crítico y contextualizado.

Además, el ABP facilita la comprensión de la interdisciplinariedad de la economía. Como señala Aronskind (2021), *“la economía como*

ciencia no puede entenderse de forma aislada; su estudio debe integrar perspectivas de otras ciencias sociales como la sociología, la ciencia política y la historia” (p. 76). El ABP permite explorar estas conexiones de manera orgánica, a medida que los estudiantes abordan problemas complejos que requieren un enfoque multidisciplinario.

En resumidas cuentas, la transición hacia el ABP mediante el análisis de la Economía Política en la enseñanza del Derecho en general y como Ciencia en particular, representa una oportunidad para formar abogados y profesionales más críticos, capaces de entender la complejidad de los fenómenos jurídicos, sociales y económicos, así como su interrelación con otros aspectos de la realidad regional en un contexto global. Este enfoque no solo mejora la comprensión de los conceptos jurídicos fundamentales, sino que también prepara a los estudiantes para abordar los desafíos económicos del mundo real con una perspectiva más amplia y reflexiva.

185 /

Conclusión

En conclusión, la implementación del Aprendizaje Basado en Problemas (ABP) en el Derecho a través de las mociones de la Economía Política dentro de las propuestas de posgrado de la Universidad Nacional del Nordeste (UNNE) representa una innovación pedagógica significativa que puede transformar la forma en que los profesionales comprenden y aplican los conceptos económicos en su práctica profesional cotidiana. Esta metodología no solo promueve un aprendizaje activo y contextualizado, sino que también fomenta el desarrollo de habilidades críticas y analíticas esenciales para los futuros abogados.

El ABP permite a los estudiantes abordar problemas económicos reales y actuales, facilitando una comprensión profunda y práctica de la interrelación entre la economía y el derecho. Al trabajar en pequeños grupos y bajo la guía de un tutor, los estudiantes desarrollan

competencias transversales como el pensamiento crítico, la resolución de problemas complejos y el trabajo en equipo, todas ellas cruciales en la práctica del derecho.

Además, la incorporación de perspectivas locales y regionales en la enseñanza de la Economía Política a través del ABP enriquece la formación de los estudiantes, preparándolos para enfrentar los desafíos específicos de su entorno inmediato. La metodología del ABP también promueve una comprensión interdisciplinaria de la economía, integrando factores sociológicos, políticos y culturales en el análisis económico, lo cual es fundamental para abordar los complejos desafíos económicos del siglo XXI.

La propuesta de didáctica y pedagogía basada en el ABP, con actividades como el análisis de casos históricos, debates sobre metodologías económicas, proyectos de investigación y simulaciones, proporciona un entorno de aprendizaje dinámico y participativo que mejora la retención de conceptos y prepara a los estudiantes para la práctica profesional. La evaluación integral, que incluye evaluación continua, autoevaluación y coevaluación, asegura una valoración completa del proceso de aprendizaje.

Finalmente, la articulación del ABP con otras asignaturas de la carrera de Abogacía permite a los estudiantes desarrollar una comprensión más holística y crítica de los fenómenos socio-jurídicos, fortaleciendo su formación integral. La autoevaluación del proyecto destaca tanto las fortalezas como las áreas de mejora, ofreciendo oportunidades para refinar y fortalecer la propuesta, potenciando su impacto en la formación de los futuros abogados de la UNNE.

En resumen, la transición hacia el ABP desde la Economía Política en la enseñanza del Derecho en posgrado no solo mejora la comprensión de los conceptos económicos fundamentales, sino que también prepara a los estudiantes para abordar los desafíos económicos del mundo real con una perspectiva más amplia y reflexiva, contribuyendo así a la formación de profesionales del derecho más críticos y competentes capaces de analizar casos complejos desde los recursos disponibles.

Referencias Bibliográficas

Aronskind, R. (2013). Paradigmas económicos y sociedad: La necesidad de una mirada integral. Eudeba.

Aronskind, R. (2021). Repensar la economía en tiempos de crisis: Desafíos y oportunidades para la enseñanza universitaria. *Revista de Economía Política Argentina*, 15(2), 67-82.

Bernasconi, M. S. (2023). Popper y el individualismo metodológico en las ciencias sociales. *Revista de Ciencias Sociales*, 12(3), 45-67. https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/206076/CONICET_Digital_Nro.7bd175f4-f339-4144-867c-825c4af63562_B.pdf?sequence=2&isAllowed=y

187 /

Camilloni, A. R. (2007). Las clases magistrales y su efectividad. En CIECIBA 2017: Trabajos completos. Universidad del Norte. http://www.unorte.edu.uy/sites/default/files/CIECIBA2017_trabajos_completos.pdf

Ferrer, A. (2010). El futuro de nuestro pasado: La economía argentina en su segundo centenario. Fondo de Cultura Económica.

Litwin, E. (2008). El oficio de enseñar: Condiciones y contextos. Paidós.

Morales, P. y Landa, V. (2021). Implementando el aprendizaje basado en problemas en la educación superior latinoamericana: Lecciones aprendidas. *Revista Iberoamericana de Educación Superior*, 12(33), 124-142.

Narodowski, M. y Naidorf, J. (2023). Innovación pedagógica en las ciencias sociales: El caso del ABP en economía. *Revista Argentina de Educación Superior*, 12(1), 103-120.

Pérez Lindo, A. (2012). Competencias docentes para el siglo XXI. Tinta Fresca.

Rozenwurcel, G. (2022). Nuevos paradigmas en la enseñanza de la economía: El rol del ABP en la formación de economistas críticos. FLACSO Argentina.

Especialización en derecho administrativo

Administración, transparencia y
derechos humanos: el acceso a la
información pública para los
y las correntinas

| Juan Manuel Cubilla Podestá |

“Scientia potentia est”

Thomas Hobbes. “De Homine” (1658)

Introducción

“El conocimiento es poder”, es un apotegma de enorme trascendencia para el ser humano social y democrático. Su atribución es discutida entre filósofos que apuntan a Francis Bacon algunos, o a su circunstancial y no menos ilustre secretario, Thomas Hobbes, otros.

Lo cierto es que, en sus diversas interpretaciones, esta idea no deja de destacarse como sustancial, por cuanto la información devenida en conocimiento es un verdadero presupuesto del poder en manos de nuestra especie, el *“homo-democraticus”*, es decir, los y las ciudadanas de las democracias modernas.

Fue el gran Alexis de Tocqueville, quién en pleno el siglo XIX, precisamente en 1835, sostuvo con ilusión: *“Poco a poco, la ilustración se difunde. El talento llega a ser una condición del éxito. La ciencia es un medio de gobierno, la inteligencia una fuerza social y los letrados tienen acceso a los negocios públicos”*¹

Más allá de la concepción tecnócrata, propia de la era de la ilustración, discutible hoy en día, el valor qué esos autores le daban al conocimiento y la información como fundamento esencial del sistema

1. De Tocqueville, Alexis. *“La democracia en América I”*. Alianza Editorial. Madrid. 2006, pág. 31, citado en Aramayo, Roberto R. *“Alexis de Tocqueville y su daguerrotipo del homo democraticus”*. Revista “ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura”. Vol. 750. Julio-Agosto 2011, Pág. 666.

republicano y democrático de gobierno, resulta trascendente hasta nuestros días.

Mal puede pensarse en republica o democracia representativa o participativa, sin transparencia, sin información sobre la *res* pública y, claro está, sin el conocimiento efectivo de los sujetos democráticos del accionar estatal ejercido por sus representantes.

Así, revive con fuerza el adagio de James Madison, propio de la tradición democrática norteamericana, incluido en su famosa carta a William Barry en 1822, *un gobierno popular, sin información al alcance de todos, o los mecanismos para hacerla asequible, no es sino el prólogo de una farsa o una tragedia; o quizá ambos. El conocimiento siempre gobernará sobre la ignorancia; y un pueblo que pretende erigirse en su propio gobernante debe armarse a sí mismo con el poder que el conocimiento brinda*².

Esta idea, originaria de la ilustración, forma parte de la base institucional y fundacional de nuestra patria, hoy mismo y de forma impensada adquiere relevancia en la era de la información ante el auge de las denominadas, justamente, tecnologías de la información y comunicación (TICs).

En pleno siglo XXI, a más de trescientos cincuenta años de las ideas de Hobbes, Montesquieu y Rousseau, los debates no han perdido fuerza, se siguen reeditando, adaptados a la realidad diaria de nuestras instituciones modernas.

Tal es la vigencia de la discusión en nuestro país, qué en 2019, el Banco Mundial emitió un informe de política sobre el acceso a la información pública en Argentina³, sus lamentables resultados fueron y son motivadores del presente trabajo.

2. Madison, James. “Carta dirigida a William T. Barry” del 4 de agosto de 1822. Citada y traducida en Lavalle Cobo, Dolores. “Derecho de acceso a la información pública”. Ed. Astrea. Bs.As. 2009. Pág. Pág. 4.

3. Índice de Acceso a la Información Pública en las Provincias Argentinas: un análisis de la calidad normativa. Consultado el 25 de febrero de 2023 y disponible en el siguiente enlace: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/indice_de_acceso_a_la_informacion_publica_en_las_provincias_argentinas_un_analisis_de_la_calidad_normativa-web.pdf

El informe hace especial énfasis en el carácter federal de la Argentina, con un análisis de la calidad normativa que abarcó las distintas provincias y la ciudad autónoma de Buenos Aires.

En este sentido, el estudio analizó trece indicadores que le permitieron evaluar la calidad de la normativa vigente a nivel provincial, accediendo a la determinación de un índice que permite este diagnóstico cruzado o comparativo.

Los indicadores utilizados fueron definidos especialmente por el equipo conformado por expertos de la Unidad Global de Gobernanza del Banco Mundial y la Agencia de Acceso a la Información Pública. Todo ello, producto de una simplificación del Índice Global RTI⁴ que consta de sesenta y un indicadores.

Así, se midieron los siguientes aspectos, a saber: derecho de acceso, legitimación activa, sujeto obligado, plazos de tiempo, gratuidad, excepciones, requisitos para la negatoria, apelaciones, órgano garante, presupuesto órgano, responsable de acceso, transparencia activa y estándares mínimos de transparencia activa.

193 /

El estudio terminó posicionando a la provincia de Corrientes, como la de peor calidad normativa, con un índice de 3.6 sobre 13, dejando a entrever una clara y contundente deficiencia institucional incompatible con el sistema republicano y democrático de gobierno que imponen tanto la Constitución Nacional como la de la provincia.

Lo llamativo es que, Corrientes, es de las jurisdicciones que reformó su Constitución luego de 1994, más precisamente en 2007, otorgándose una norma fundamental de las más jóvenes del país, sin que ello repercuta en su calidad institucional y normativa, al menos en cuanto a la información pública y la publicidad de los actos de gobierno, como base del sistema republicano de rendición de cuentas.

Este trabajo pretende abordar la problemática detallada, haciendo un análisis cualitativo de las fuentes jurídicas vigentes y aplicables a

4. Del inglés: Global Right to Information Rating o “Índice Global de Derecho a la Información” de la Organización Internacional “*Centre for Law and Democracy*”.

nivel provincial, intermunicipal y municipal que sirva como parámetro de arranque en un proceso de génesis o reforma integral.

En este menester, será necesario desarrollar un estudio preliminar de los estándares internacionalmente convenidos como mínimos indispensables y que, junto a la legislación y jurisprudencia nacionales, integran la definición de parámetros propuestos para las futuras normas.

Ante la gravísima deficiencia institucional, desnudada por el informe referenciado, también se incluirán en el análisis, diversos y novedosos fallos de la jurisdicción correntina que, de forma pretoriana, intentan avanzar en la consagración e instrumentalización de este fundamental derecho.

Desde esa perspectiva jurídica integradora, tomando como fuentes tanto las normas convencionales, nacionales, provinciales y locales, como la jurisprudencia de las instancias interamericana, nacional y provincial, se buscará la definición clara y precisa de parámetros requeridos para una ley provincial de presupuestos mínimos de acceso a la información pública de la administración en todos sus niveles.

Por otro lado, se propondrán cuestiones esenciales que deberán integrar los procedimientos administrativos para la requisitoria y respuesta de información, como también los estándares mínimos en la organización de la publicación de la información de forma proactiva.

Finalmente, definidos que fueran los parámetros indispensables de la instrumentalización del derecho humano de acceso a la información de la administración pública, se intentará trazar algunas directrices en el sentido de las nuevas discusiones en el marco de la transparencia.

Desplazándose la discusión cuantitativa, se abordará sucintamente la calidad o cualidad de la información suministrada al ciudadano como nuevo paradigma para una sociedad de la información.

La formulación de propuestas se limitará a determinar parámetros o

recomendaciones para tener en cuenta en el diseño normativo y técnico de la norma que dé solución a la grave problemática del sistema democrático representativo y participativo correntino.

Teniendo presente la profundidad del tema y su trascendental importancia, sumado a los requerimientos de extensión que se imponen en esta instancia académica, el trabajo pretende ser un humilde e inicial aporte a una discusión postergada por nuestras autoridades.

“Es justo que los pueblos esperen todo bueno de sus dignos representantes; pero también es conveniente que aprendan por sí mismos lo que es debido a sus intereses y derechos.”

Mariano Moreno. “Sobre las miras del Congreso que acaba de convocarse, y constitución del Estado” (1810)

195 /

1. Cuestiones preliminares

a. La información pública como objeto del derecho.

Es indudable que la información pública, es objeto y razón de este estudio y, por tanto, aproximar una definición que permita identificarla y delimitarla nos permite un mayor y mejor entendimiento del fenómeno y sus etapas evolutivas.

Conviene así, iniciar por el sustantivo de la expresión, es decir, la palabra información qué, aunque parezca obvia, es importante para delimitar el alcance del derecho que estamos estudiando.

Por un lado, la mismísima RAE impone al menos ocho acepciones a la palabra información⁵, siendo la más ajustadas a nuestro menester, la número cinco, a saber: *comunicación o adquisición de conocimientos que permiten ampliar o precisar los que se poseen sobre una materia determinada*.

Lavalle Cobos, por su parte, dirá que la información es, a los fines que nos interesan, un conjunto organizado de datos recopilados, procesados y plasmados en un soporte⁶.

Asimismo, en ciencias jurídicas se define a la información como: conocimiento, noticia, relación; exposición, averiguación jurídica y legal sobre un hecho o acerca de un delito⁷; entre otras variadas acepciones.

En definitiva, la intrínseca relación entre información y conocimiento es de naturaleza teleológica, es decir, la primera es sin duda el presupuesto básico del segundo, es decir, no puede escindirse la naturaleza de la información como dato, noticia o comunicación de su fin inmediato y razón de ser, el conocimiento humano.

En definitiva, tomando como base las definiciones antes expuestas, resulta claro que información será para nosotros la transmisión o comunicación de conocimiento humano, tendiente a generar justamente eso mismo, es decir, mayor conocimiento en el receptor.

Definido el sustantivo, se impone la determinación de sus cualidades, en este caso determinadas por la palabra pública, es decir, no es cualquier dato o conocimiento el que se busca, sino aquel que responde a esta premisa, a esta cualidad.

5. Diccionario de la Real Academia Española. Definición de información, disponible en <https://dle.rae.es/informaci%C3%B3n>.

6. Lavalle Cobo, Dolores. "Derecho de acceso a la información pública". Ed. Astrea. Bs.As. 2009. Pág. Pág. 6.

7. Cabanellas de Torres, Guillermo. "Diccionario Jurídico Elemental". Ed. Heliasta SRL. 1993. Disponible en: <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/01/doctrina34261.pdf>

Mientras que en el ámbito privado el conocimiento o la información resulta mercancía, un bien intangible cuyo valor importa al mercado y puede ser intercambiado, en el ámbito público democrático tiene otra entidad.

El gran Norberto Bobbio definía la democracia como *el gobierno del poder público en público*, redundancia simplemente aparente que explicaba con genialidad, distinguiendo con claridad ambas cualidades.

Por un lado, el carácter público, como contraposición al ámbito privado, *ius publicum vs. ius privatum*, distinción proveniente del viejo derecho romano, que delimita el ámbito de la *res* pública, en el que se ejerce la democracia y los actos del gobierno. Por otro, la naturaleza pública, como contraposición a lo secreto, es decir, lo manifiesto, evidente o, en definitiva, lo visible, palabra, esta última, que le dio título a un capítulo de su excelente obra.

La democracia, como régimen impone un ejercicio del poder visible, como rememoraba Bobbio de la antigua Atenas, ejercido en el “ágora” (plaza central), en la “ekklesia” (asamblea), es decir, por ante el *demos* o con la participación de los ciudadanos⁸.

Si usamos esta doble faceta de *lo público en público*, que ensayó hace tanto tiempo el maestro referenciado, resulta mucho más fácil acercarnos a una delimitación justa de lo que debe entenderse por información pública, en una concepción moderna.

La naturaleza pública de la información o, de esos datos sistematizados, no encuentra límite ni contención en el basal principio de publicidad de los actos de gobierno, más bien, esa es su más básica o rudimentaria expresión.

No caben dudas que el sistema republicano importa la necesaria publicidad y, si se quiere, visibilidad de los actos del gobierno, algo

197 /

8. Bobbio, Norberto. “El futuro de la democracia”. Ed. Fondo de Cultura Económica. México. 1986. Pág. 65-66.

tan básico como muchas veces incumplido. Ahora bien, el accionar y la detentación del poder deben ser, al decir de Bobbio, en público, ante el público o, mejor dicho, visible para la ciudadanía.

Es en esta otra dimensión analizada donde la definición de lo público se afianza con mayor amplitud, es decir, lo relacionado a la *res pública*, al interés público, al interés de la comunidad democrática, o hasta incluso a la significancia o importancia.

En esta línea de pensamiento amplía se inscribe la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, más concretamente su Relatoría especial para la libertad de Expresión, que define a la información publica como aquella *que está bajo custodia, administración o tenencia del Estado; la información que el Estado produce o que está obligado a producir; la información que está bajo poder de quienes administran los servicios y los fondos públicos, únicamente respecto de dichos servicios o fondos; y la información que el Estado capta, y la que está obligado a recolectar en cumplimiento de sus funciones*.⁹

\ 198

En este sentido, puede avanzarse con respeto al principio de reserva (art. 19 CN) que es el que delimita el más claro y profundo ámbito de privacidad de los ciudadanos, generando una determinación amplia de lo público y por clara y excepcional contraposición a lo estrictamente privado.

Así, será información pública en el sentido detallado, todo dato sistematizado en diversos soportes, que tenga relación con la cosa pública, el interés público y de la comunidad, que tenga relevancia para la sociedad democrática y que, no esté estrictamente amparado por el derecho a la privacidad de los y las ciudadanas.

Si bien se ahondará más adelante en el análisis de la realidad interamericana, conviene citar al Comité Jurídico Interamericano, que

9. CIDH. "Informe Anual 2009 de la Relatoría especial para la libertad de expresión". Pág. 310. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/Informe%20Anual%202009%201%20ESP.pdf>

ha definido como pública *toda información significativa, cuya definición debe ser amplia, incluyendo toda la que es controlada y archivada en cualquier formato o medio*¹⁰.

De esta forma, como veremos más adelante, existe información que incluso se encuentra en poder de entes no estatales, o que no ha sido producida por el estado en su sentido más amplio, pero que resulta de interés y relevancia pública y, por tal, adquiere esta naturaleza.

b. El contenido y el alcance del derecho de acceso a la información pública.

Precedentemente pudimos caracterizar el objeto *información pública*, es decir, lo que conformará junto a otros elementos el contenido del derecho constitucional y convencional de acceso a la información pública.

Ahora bien, a lo largo del tiempo y la evolución del pensamiento humano democrático y republicano, o en palabras más sencillas, a lo largo de la experiencia adquirida por la ciudadanía en el ejercicio de organizaciones institucionales democráticas y republicanas; tanto el contenido, como el alcance del derecho, han sufrido sustanciales variaciones.

Estas transformaciones estuvieron acompañadas, claro está, de la evolución de aspectos pragmáticos y de la técnica documental y jurídica, envuelta en un constante e infinito desarrollo.

Por ello, se entiende necesario abordar ciertas etapas que marcaron cambios de paradigma en el contenido del derecho, desde su correlación con las técnicas fundacionales, como el confiable pero ineficiente Boletín Oficial, pasando por los balances e información

199 /

10. Comité Jurídico Interamericano (CJI). Resolución N°147. LXXIII-O/08. “Principios sobre el derecho de acceso a la información”. Disponible en http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso_informacion_Principios_CJI.pdf

financiera procesada del Estado, hasta nuestros días con posibilidad de acceso digital y procesamiento electrónico de los datos de compras y contrataciones.

Si bien es el mismo derecho, que debatimos desde Montesquieu hasta hoy, su contenido y su alcance evolucionó y evoluciona todos los días, siempre en estrecha relación con las posibilidades fácticas y técnicas de mayor y mejor cumplimiento de los sujetos obligados.

En definitiva, la mejora en las capacidades de la administración y de los sujetos obligados a brindar mayor y mejor información, moviliza el espectro de lo que es jurídicamente razonable en el ejercicio del poder, ampliando el nivel de exigencia ante la ciudadanía, y por tal el contenido y el alcance de su derecho.

Digo razonable, porque en definitiva la razonabilidad como principio rector del ejercicio del poder estatal o no estatal, importa sin dudas ampliar el deber de rendición de cuentas en miras a la mayor y mejor técnica disponible en el momento histórico determinado.

Debe destacarse que, el derecho de acceso a la información pública no es sino la contracara de los deberes institucionales de rendición de cuentas y responsabilidad, mismos que en el mundo anglosajón, al que a veces miramos con admiración, tienen hasta término específico: *accountability*¹¹.

Difícilmente se pueda pedir a una administración pública del siglo XVIII más información que la disponible en documentos y boletines escritos con las limitaciones materiales y económicas que ello importaba.

11. Cambridge Dictionary. Accountability: "The fact of being responsible for what you do and able to give a satisfactory reason for it, or the degree to which this happens" (El hecho de ser responsable de lo que haces y capaz de dar una razón satisfactoria para ello, o el grado en que esto sucede). En palabras de Aguilar, Octavio: El estado de tener el deber de hacer lo que sea necesario para completar la tarea se conoce como responsabilidad. La condición, en la que se espera que una persona tome posesión de sus acciones o decisiones, es accountability. Disponible en <https://www.linkedin.com/pulse/qu%C3%A9-es-accountability-octavio-aguilar/> y <https://octavioaguilar.com>

En nuestros, días la digitalización o el manejo electrónico de la información amplía de sobremanera las posibilidades de acceso inmediato, gratuito o muy barato a datos que en otros momentos eran impensados.

Por ello, el alcance y el contenido de este derecho están sometidos a una evolución constante e infinita, vinculados al desarrollo técnico de la humanidad y la aplicación de estas novedades tecnológicas a las ciencias de la administración.

Así, sostengo infinita, por la limitación que me impone la finitud existencial y la enorme esperanza que despierta la raza humana y su demostrada sed de conocimiento.

Más allá de todo, se intentará una breve reseña de momentos paradigmáticos en los siguientes apartados, claro está, muy lejana a la exhaustividad y precisión de una obra de otro tinte científico.

Respecto del futuro, al menos el no inmediato, se vuelve objeto ajeno al presente, pues como bien resaltaba Bobbio, es tan difícil la tarea del profeta como incompatible con la naturaleza de la ciencia.

201 /

i. Perspectivas clásicas. La democracia representativa.

Dicho anteriormente, las ideas clásicas sobre acceso a la información pública están estrechamente vinculadas con el principio de publicidad de los actos de gobierno, basamento del sistema republicano y la participación ciudadana en el gobierno como fundamento del sistema democrático, ambos que imperan en la mayoría de los estados modernos.

Como bien se destacó con la rememoración de las formas democráticas de la antigua Grecia, el tratamiento de los temas públicos por y ante el público en la plaza central o en asambleas, resulta la etapa embrionaria de lo que hoy entendemos como un derecho humano tan trascendental, como instrumental.

Lo público se exteriorizaba y expresaba ante el ciudadano, que participaba así del gobierno, de la conformación de las decisiones que

luego se le impondrían en autoridad, escuchando los fundamentos y argumentos de los pretensores y opositores de cada iniciativa.

Esta primitiva manifestación del derecho fue enterrada por muchos años desde el ocaso de la antigua Grecia, pero encontró un renacimiento en el pensamiento de quienes forjaron las bases teóricas de los gobiernos republicanos y democráticos, al punto que Bobbio sostendrá con claridad la enorme fuerza sugestiva de la democracia antigua en la revolución francesa.¹²

Desde el pensamiento republicano originario, el sistema impone aquellos principios relacionados con la obligación de los gobernantes de rendir cuentas de sus acciones ante los gobernados, al decir de Oyhanarte: los principios de publicidad en los actos de gobierno y de transparencia en la administración sirven de fundamento lógico y jurídico a este derecho, pues el desconocimiento sobre el accionar estatal impide el ejercicio de la *accountability vertical* en tanto instancia electoral en la que los representados premian o castigan a los representantes según su desempeño¹³.

Por su parte Basterra sostiene que, en el diseño institucional clásico, la división de poderes permitía la fiscalización de un departamento por otro, por ejemplo, el ejecutivo controlado por el legislativo, pero ese sistema resultaba a todas luces débil e insuficiente.

Es así como el sistema de contrapesos también depende de la capacidad de los ciudadanos de distinguir y juzgar las políticas públicas, la que además se verá condicionada por las posibilidades de tener acceso a información para formar su propia opinión de la gestión estatal¹⁴.

12. Bobbio, Norberto. op. cit. Pág. 67.

13. Oyhanarte, Marta y Kantor, Mora. "El derecho de acceso a la información pública en la Argentina. Un análisis de su situación normativa y su efectividad". Libro Poder Ciudadano. Fundación Poder Ciudadano. Pág. 254. Disponible en https://poderciudadano.org/wp-content/uploads/2016/04/Libro_PoderCiudadano_CapVII-Acceso-a-la-informacion-publica.pdf

14. Basterra, Marcela I. "Acceso a la información pública y transparencia". Ed. Astrea. Bs.As. 2018. Pág. 1.

En este estadio el derecho de acceso a la información pública importaba, sin más, la posibilidad de acceder vía técnica escrita, a los actos del gobierno, del Estado, como administrador monopólico de la cosa pública.

Aún en el caso de la democracia representativa clásica, el carácter público del poder, entendido como no secreto, como abierto al público, permanece como uno de los criterios fundamentales para distinguir el estado constitucional del estado absolutista¹⁵.

El democratizar la información, haciéndola accesible a todos, implica conforme el ideal republicano, fragmentar el poder-posición y acortar la distancia entre el Estado y la sociedad, sin embargo, tiene un efecto amplificador del poder-autoridad, en tanto es un interpretado por la sociedad como un poder que atiende sus requerimientos¹⁶.

Esta concepción clásica ha impuesto muchas técnicas o vías de publicidad de los actos que permitieron su acceso a los ciudadanos interesados en los negocios públicos, todo acorde a la disponibilidad tecnológica de la época.

Si bien es cierto que los registros oficiales de las resoluciones, decretos y actos de gobierno ya existían desde la época absolutista, también es importante destacar que fueron antecedentes históricos y jurídicos necesarios para la publicidad.

Así, la utilización de la forma escrita como mecanismo de garantizar la seguridad jurídica y, claro está, el principio de formalismo de la administración, son primordial basamentos de la posterior comunicación de los actos.

En definitiva, surgió el Boletín Oficial, como la más rudimentaria y primigenias de las herramientas, emblema de la publicidad de los actos de gobierno en los albores del estado constitucional republicano y democrático, y claro instrumento de comunicación oficial de las decisiones hacía el público.

15. Bobbio, Norberto. op. cit. Pág. 68.

16. Lavalle Cobo, Dolores. op. cit. Pág. 3.

Esta solución, se ha impuesto en la mayoría de las constituciones de repúblicas democráticas al punto de ser la publicación en sus paginas requisito *sine qua non* de vigencia de las normas jurídicas y de presunción *iure et de iure* de conocimiento de las normas por la ciudadanía.

Desde sus primeras versiones constitucionales, hasta la más moderna reforma constitucional de 2007, la provincia de Corrientes ha receptado esta técnica o vía de comunicación oficial, tanto a nivel provincial como municipal, creándose sendos boletines oficiales en las distintas jurisdicciones.

La histórica sistematización del boletín oficial, su orden cronológico y jerárquico de normas y actos, se mantuvo por siglos, al punto que el boletín oficial de la provincia, hoy digital, es simplemente el documento escrito digitalizado, una extrapolación de su forma centenaria a un soporte electrónico.

En consecuencia, puede verse la falta de evolución en la provincia de Corrientes en materia de transparencia y gestión del conocimiento de lo público en sus ciudadanos. Así las cosas, a la fecha, no existen siquiera digestos completos o sistematizaciones normativas o de actos que utilicen las herramientas tecnológicas disponibles, v.g. infoleg o similares.

Todo esto redunda en la grave deficiencia institucional de la provincia, incluso en un retroceso acaecido en pleno siglo XXI, a saber, la inconducta de las autoridades provinciales, impropia del sistema republicano de gobierno, de abreviar o resumir transcripciones de decisiones públicas y administrativas en el boletín oficial, obstaculizando el acceso del público a sus textos.

ii. Perspectivas modernas. La democracia participativa.

Como es dable entender y lo enseña la historia, la democracia directa, como utopía, solo es imaginable en pequeñas organizaciones humanas del tipo ciudad-estado, pero incompatible con los modelos de estado territoriales de nuestros días.

Ello, no fue excusa para que el sistema democrático representativo clásico, ingresara en una verdadera crisis de legitimidad a lo largo del tiempo y la *complejización* de las sociedades modernas. Me permito recordar en esto a John Stuart Mill: *cuando un pueblo no estima lo necesario a sus instituciones representativas, tiene pocas probabilidades de conservarlas*.

El pensador inglés fue preciso cuando sostuvo que los ciudadanos debían librar verdaderas batallas para sostener sus instituciones representativas, puesto que lo ejecutivo tendía naturalmente a reducir a la obediencia o dejar de lado a las instituciones representativas sin respaldo del pueblo.

En palabras claras, sentenció proféticamente que cuando no hay personas en cantidad suficiente para formar opinión pública que se encuentren preocupadas e involucradas en los asuntos públicos, los electores pondrán su sufragio al servicio de intereses particulares¹⁷.

Dirá Boron, ya en sus términos, que la democracia pagó un precio muy elevado por su respetabilidad: tuvo que abandonar sus banderas igualitarias y liberadoras y, transformarse en una forma inocua de organización del poder político. Atrás quedaron los intentos de transformar la distribución de poder y riquezas como proyecto emancipatorio, se limitó simplemente a darle una nueva legitimidad a lo ya establecido¹⁸.

Así, de esta crisis de representación surge, sin dudas la democracia participativa como modelo que busca, ya en la modernidad, la legitimación perdida por las instituciones representativas de las democracias.

17. Stuart Mill. John. "El Gobierno Representativo". Biblioteca Científico-Literaria de Sevilla. 1878. Traducción de Siro García del Mazo. Pág. 103-105.

18. Boron, Atilio A. "Crisis de las democracias y movimientos sociales en América Latina: notas para una discusión" en: OSAL, Observatorio Social de América Latina, año VII, no. 20. CLACSO (Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales) Argentina. 2006. Pág. 290-291.

Su concepto, superador de la democracia representativa, es una expresión de lo que conocemos como democracia directa, pues amplía los espacios de representación y participación ciudadana a un rol más protagónico en el proceso deliberativo. En la democracia participativa, es la ciudadanía la que delibera y decide, mientras que los representantes electos son relegados la función de ejecutar y rendir cuentas sobre la gestión pública¹⁹.

En estos tipos de democracias, la lógica participativa hace primar mecanismos participativos e inclusivos que ponen en valor y resignifican el ejercicio pleno de la ciudadanía, por contraposición a la postura de la delegación propia de la democracia representativa, donde no existe un mecanismo de *accountability*²⁰.

Nuestro constituyente de 1994, ha modificado los alcances y matizado, si se quiere, la representación popular clásica establecida en el art. 1° de la Carta Magna como mandato que algunos constitucionalistas incluso lo entienden un contenido pétreo, inmodificable.

Como bien destaca Gelli, la incorporación de los institutos de la iniciativa legislativa (art. 39°) y la consulta popular vinculante y no vinculante (art. 40°) como excepciones a la regla general de la representatividad han ampliado los horizontes de la participación popular en la toma de decisiones políticas²¹.

Ahora bien, resalta la maestra de constitucional, que el uso de estas herramientas de participación, pese a su sanción en la mayor

19. Bin, Elisa. "Algunas reflexiones para el debate acerca de la construcción de la Democracia Participativa" en Romero, Ricardo (Compilador). "Democracia participativa, una utopía en marcha: reflexiones, experiencias y un análisis del caso porteño". Proyecto anual: presupuesto participativo porteño. Grupo de Estudios sobre Democracia Participativa. Carrera de Ciencia Política, Facultad de Ciencias Sociales. UBA. Bs. As. 2004. Disponible en <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/otros/20111211055033/gedep.pdf>

20. Ibidem.

21. Gelli, María Angelica. "Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada" 4ta. edición. Tomo I. Ed. La Ley. Bs.As. 2011. Comentario al art. 39. Disponible en <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/laley/2008/30070207/v1/document/03E4B-DD2-C069-E750-9B6A-4A6E872C3F5D/anchor/877D5636-C6B1-20ED-6617-181BF5B734C6>

norma formal positiva de la Nación, no han tenido un ejercicio activo, muy por el contrario, no han sido utilizadas siquiera en sus términos previstos.

En este sentido, surge la preocupación de que la democracia participativa o, semidirecta, surgida como respuesta a la crisis de legitimidad de las democracias estrictamente representativas, termine reducida conceptualmente a las técnicas de participación o, peor aún, legitime la dominación por la utilización aparente de la convocatoria social.

En línea con Ruiz Moreno, entiendo *que la democracia participativa es, ante todo, una convicción sobre la organización política y sobre cómo el ejercicio de los derechos posibilita el acceso a la emancipación humana*²², no es moda, ni maquillaje, es una profunda esencia del sistema social y político de nuestra era.

En esta línea de pensamiento, como resaltaba Oyhanarte, al incorporar otro elemento intrínseco del sistema democrático en tanto autogobierno del pueblo, como es el derecho de las personas a participar en los asuntos públicos, que suele cristalizarse con mecanismos de participación directa o semidirecta, que carecen de sentido si los ciudadanos no tienen información adecuada para tomar decisiones o fundar las tomadas²³.

La mayor inserción de la ciudadanía en los procesos políticos, sociales y culturales que lo afectan o pueden ser de su interés a través,

207 /

22. Ruiz Moreno Sylvia. "Silvio Frondizi y los primeros ensayos de Democracia Participativa en la Argentina" en Romero, Ricardo (Compilador). "Democracia participativa, una utopía en marcha: reflexiones, experiencias y un análisis del caso porteño". Proyecto anual: presupuesto participativo porteño. Grupo de Estudios sobre Democracia Participativa. Carrera de Ciencia Política, Facultad de Ciencias Sociales. UBA. Bs. As. 2004. Disponible en <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/otros/20111211055033/gedep.pdf>

23. Oyhanarte, Marta y Kantor, Mora. "El derecho de acceso a la información pública en la Argentina. Un análisis de su situación normativa y su efectividad". Libro Poder Ciudadano. Fundación Poder Ciudadano. Pág. 254. Disponible en https://poderciudadano.org/wp-content/uploads/2016/04/Libro_PoderCiudadano_CapVII-Acceso-a-la-informacion- publica.pdf

por ejemplo, de audiencias públicas, iniciativa legislativa, elaboración normativa participada, etc., sólo se puede materializar con seriedad si la sociedad civil cuenta con la información necesaria para participar activamente de ellos, de lo contrario se transforma en una falacia²⁴.

En Corrientes, esta profundización tanto en el rol de la ciudadanía y su acción de gobierno, como también en el nivel y calidad de la información que se le debe brindar, surge expresamente receptada en la Constitución provincial, incluso para el ámbito municipal el régimen participativo es declarado textualmente (arts. 219° y 226°).

Entiendo, más allá de que esto será mejor analizado, que el constituyente correntino de 2007, consagró no un derecho ya, sino una expresa garantía al ciudadano o ciudadana correntina, a través del deber positivo de las autoridades, de difundir por los medios de comunicación masiva y brindar información como acceso al conocimiento oportuno, actualizado, completo y gratuito (art. 21°).

Si luego sumamos la manda expresa del art. 232° *in fine*, que garantiza la respuesta positiva ante cualquier tipo de requisitoria de información, claro está, que las normas conforman la verdadera garantía constitucional de acceso a la información pública.

Lo cierto es que, en concierto con la observación de Gelli, en la provincia de Corrientes no se han hecho uso o ejercicio de los institutos de participación democrática ciudadana, es decir, si bien están consagrados, a saber, iniciativa (art. 37°), consulta popular (art. 38°), presupuesto participativo (art. 225°, inc. 6, ap. Q), planificación territorial democrática y participativa (art. 62°, inc. 2), revocatoria popular de mandato municipal (Art. 220°), destitución supeditada a consulta popular (art. 224°), al día de hoy no se han ejecutado en la medida prevista.

Párrafo aparte merece la ejecución de la consulta popular vinculante por la destitución del Intendente municipal de Santa Rosa, Marcelo

24. Lavalle Cobo, Dolores. op. cit. Pág. 7.

Otazo, que efectivamente fue realizada y consagró la decisión democrática de la revocatoria²⁵, justamente por razón del incumplimiento de deberes de rendición de cuentas municipales.

En consecuencia y, conforme lo antes explicado, la garantía de acceso a la información y los institutos de participación ciudadana, propios de una democracia moderna, son efectivamente norma escrita pero muerta de la Constitución de Corrientes.

La reforma del año 2007 es, sin dudas, un salto a la modernidad en el texto constitucional, salvo importantes excepciones como la reelección indefinida de una anquilosada clase funcional provincial, que importan diferencias entre los regímenes republicanos impuestos al estado provincial y a los estados municipales en un mismo texto. Las instituciones y reglas existen, pero sin uso y ejercicio real.

iii. Nuevos debates. Lo cuantitativo vs. lo cualitativo.

En mayo de 2013, una serie documental y periodística española llamada Salvados²⁶, emitía su programa número treinta de la sexta temporada en la televisión española, su título: “Sin Transparencia”²⁷.

En ese capítulo el mayor atractivo era, sin dudas, la entrevista final realizada por el periodista Jordi Évole²⁸ a Julian Assagne, el fundador de WikiLeaks²⁹ y activista por la transparencia radical que, en

209 /

25. Como puede leerse en notas periodísticas del 2015. Radio Sudamericana (Corrientes). Notas del 10 de mayo de 2015. Disponibles en <https://www.radiosudamericana.com/nota/politica/123950-santa-rosa--gan%E1%BF%BD-el-si-a-la-destituci%E1%BF%BDn-de-marcelo-otazo-5.htm>

26. Salvados: Es un programa de televisión español de reportajes de actualidad. Desde sus inicios hasta 2019 estuvo presentado por Jordi Évole, quien también es el productor. Fue múltiples veces premiado.

27. Salvados: Sin Transparencia. Programa N° 30. 6ta. Temporada. Mayo 2013. https://www.lasexta.com/temas/sin_transparencia-1. Consultado el 03 de abril de 2023.

28. Évole Requena, Jordi. Es un comunicador español, presentador y guionista de televisión. https://es.wikipedia.org/wiki/Jordi_%C3%89vole

29. WikiLeaks: es una organización mediática internacional sin ánimo de lucro que publica

ese momento, estaba asilado en la embajada ecuatoriana en Reino Unido.

Las entrevistas publicadas en el programa televisivo, que aún puede visibilizarse online, transcurren en momentos de discusión pública del proyecto de ley de transparencia española.

Así, mientras que en estados como el correntino actualmente y, el español de 2013 sorprendentemente, se siguen discutiendo estándares mínimos de acceso y las formas de instrumentarse, las discusiones ya habían avanzado en otros lugares del mundo e incluso de la misma Argentina.

Traigo a colación, un programa televisivo, porque de las reflexiones que surgieron de las entrevistas se evidencia el nuevo paradigma en lo que a la información pública respecta, en la nueva sociedad de las TIC's.

Por ejemplo, el diputado galés Chris Bryant, defensor de la normativa británica de transparencia, esta última que disponibiliza al ciudadano información sensible de los funcionarios, ponía de relieve que la simple acumulación de información pública sin sistematización o procesamiento, importan *tapar los árboles con el bosque*. Reflexionaba, el parlamentario británico, que si bien es un avance que la información esté disponible, sin sistematización o análisis ello es insuficiente.

Por su parte, el periodista Borja Bergareche³⁰ realizó una verdadera demostración del potencial que tiene la información pública cuando es procesada por aplicaciones tecnológicas, permitiendo al ciudadano, la toma de decisiones informadas, desde el representante que vota, hasta la escuela o el centro de salud al que llevar a sus hijos.

a través de su sitio web informes anónimos y documentos filtrados con contenido sensible en materia de interés público, preservando el anonimato de sus fuentes. Su nombre es una conjunción de la palabra Wiki (del hawaiano rápido y que alude a un proyecto colectivo) y la palabra Leaks (del inglés leak, fuga, goteo o filtración). Más info en <https://www.infobae.com/americatecno/2019/04/15/de-donde-viene-el-termino-wiki-de-wikipedia/>

30. Borja Bergareche Sainz de los Terreros. Es un periodista español y consultor en comunicación multimedia y digital.

Así, surge un nuevo paradigma en lo que a la transparencia gubernamental importa, elevándose lo cualitativo por sobre lo cuantitativo, es decir que, el estándar, ya no se alcanza con más datos o información, sino con la mejor calidad informativa de esta.

La publicidad del accionar de la administración entra en una nueva y compleja etapa que nos hace preguntarnos ¿bastan los medios tradicionales para entender públicos los actos y el ejercicio de la administración? ¿La publicidad es formalismo o sustancia? ¿Sirve la publicación sin sistematización accesible? ¿Sirve la comunicación sin lenguaje claro y entendimiento?

Lejos de los estándares mínimos quedaron las antiguas formas, a saber, el boletín oficial no sistematizado, los estados o informes contables inentendibles, las normas, actos de gobierno o actos administrativos redactados con sacralidades incompatibles con el lenguaje claro, en fin, herramientas útiles en su tiempo pero que, por obsolescencia resultan obstáculos, primero al entendimiento o conocimiento y luego a la participación ciudadana.

211 /

No podemos dejar de tener en cuenta que, tanto la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, como la Convención Interamericana contra la Corrupción, ambas suscriptas por la Argentina, entienden el libre acceso a información pública como un medio de prevención de este flagelo social, por cuanto posibilita la verdadera participación ciudadana.

Así las cosas, el acceso a la información pública resulta medio instrumental, destinado a lograr la mayor y mejor participación ciudadana en la sociedad en que vivimos, a través claro está, del control social que, en definitiva, previene la corrupción e impone los objetivos comunes y sociales.

En consecuencia, el interrogante teleológico que el nuevo paradigma impone es: ¿Qué características debe reunir la información pública para producir más interés social y, por ende, mayor control, compromiso y participación ciudadana?

Conviene resaltar que la relación estrecha entre la información pública suministrada (por medición de indicadores de la gestión pública) y la vida cotidiana resulta eficiente para el cumplimiento del objetivo de alcanzar, no solo el interés, sino también la respuesta del tejido social.

Si a ello sumamos herramientas tecnológicas y el análisis científico de datos (big data) es posible generar informes mucho más asequibles al ciudadano común desde una postura proactiva, más acorde a nuestro sistema republicano, democrático y participativo de gobierno.

La inteligencia artificial, surge como herramienta inmejorable para el manejo, clasificación y presentación de la información. Un recurso inestimable que permite el análisis sistemático de información referida a la administración pública en sus diversos estamentos, que con mecanismos clásicos generarían un desgaste financiero y organizacional impensado.

Asimismo, la emergencia de *bots*³¹ o software de interfaz para los ciudadanos y usuarios, hacen mucho más accesible los procedimientos de requisitoria o indagación en la información pública disponible, tan sencillo como preguntarle libremente a una inteligencia artificial los datos requeridos para que la busque en las inmensas bases de datos.

La información pública, como medio destinado a la participación de los correntinos y correntinas requiere una reforma sustancial, que permita en una primera etapa retroalimentarse de las inquietudes de la sociedad.

Este desafío, no puede superarse sino a través de la conformación de equipos multidisciplinarios especializados en la recopilación, conformación, exposición, comunicación y pedagogía de la información

31. Bot (aféresis de robot). Es un programa informático que efectúa automáticamente tareas reiterativas mediante Internet a través de una cadena de comandos o funciones autónomas previas para asignar un rol establecido; y que posee capacidad de interacción, cambiando de estado para responder a un estímulo.

pública, con el fin de generar interés, compromiso, entendimiento y participación cívica.

Por otro lado, la información pública como los datos relacionados a la administración y la ejecución de los planes que, como sociedad y Estado tenemos, además de ser un derecho humano esencial, es sin dudas, una labor encomiable, necesaria para la existencia de una verdadera democracia moderna, participativa y plural.

En este sentido, el contexto en el que se debe desarrollar la participación ciudadana, evidencia cambios sustanciales más visibles con el desarrollo tecnológico y la revolución de las comunicaciones, todo con repercusiones claras en la educación, en las relaciones familiares, en el trabajo y hasta en el Estado³².

Proyectos de investigación internacionales como el denominado: *Procesos que Influyen en la Participación y la Apropiación Democrática* financiado por la Comisión Europea desde 2009 a 2012, indican que los ciudadanos más jóvenes a menudo optan por no comprometerse con los canales políticos tradicionales, al sentir que no son escuchados o no tienen los recursos o competencias necesarias para involucrarse políticamente³³.

Como se ha dicho antes, la voluntad de participación ciudadana tiene como base la confianza en las instituciones, cuestión que está lejos de darse al no presentarse las condiciones mínimas, resultando imposible demandar a la población la participación necesaria en consecuencia³⁴.

Ahora bien, además de la especialidad de los miembros del equipo multidisciplinario, su organización, financiamiento y estructura

213 /

32. Sandoval M., Mario. "La relación entre los cambios culturales de fines de siglo y la participación social y política de los jóvenes" en Balardini, Sergio (Compilador), "La participación Social y política de los jóvenes en el horizonte del nuevo siglo". Clacso. Bs.As. 2000. Pág. 152. <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/gt/20101023014828/balardini.pdf>

33. PIDOP Processes Influencing Democratic Ownership and Participation (Procesos que Influyen en la Participación y la Apropiación Democrática) disponible en el siguiente enlace: <https://cordis.europa.eu/project/id/225282/reporting/es>.

34. Sandoval M. Mario. op. cit. Pág. 151.

importan otro gran desafío, pues es esencial que se sostenga con criterios objetivos e independientes que lo hagan confiable, evitando volverse aparato de propaganda de las autoridades de turno.

En este sentido, debe discutirse su ubicación dentro del sistema republicano de gobierno, donde han fracasado sendos intentos de generar órganos de control eficaces en lograr la confianza pública, ya sean internos (SGN, Of. Anticorrupción, etc.) o externos (AGN, Defensor del Pueblo, etc.).

Así, es una necesidad garantizar que los tres poderes del estado en Corrientes sean controlados social y democráticamente por los y las correntinas, brindando acceso a información entendible, accesible y científicamente objetiva que permita la opción democrática y la toma de decisiones sociales eficientes y efectivas para el desarrollo.

Urge la articulación con diversos organismos técnicos o académicos, con asociaciones de la sociedad civil que representen intereses sociales diversos y, claro está, las distintas formas que asume el cuarto poder (periodismo o prensa) en el mundo de las redes sociales.

En conclusión, más allá del análisis del presente trabajo, junto a las propuestas que en el capítulo final humildemente se esbozaran, en conjunto no permiten sino delinear los parámetros generales de un debate en eterna evolución en una sociedad moderna atravesada por la revolución tecnológica de la información.

Para garantizar el derecho humano y político de los correntinos y correntinas de acceder a la información pública para participar activamente de la democracia, es necesario primero generar información accesible, entendible, interesante y confiable como medio para alcanzar la participación cívica y el compromiso social necesario para nuestro futuro.

c. Las vías de acceso a la información pública.

Estudiado que fuera el objeto del derecho, es decir, la información pública o información de interés general en poder del Estado, corresponde avanzar en otro elemento esencial, como lo es la vía de acceso.

Una discusión que encierra un verdadero análisis evolutivo de las sociedades democráticas en el mundo moderno por su estrecha relación con la mejor o peor participación ciudadana.

Para ello, usaremos una categorización que no pretende ser exhaustiva, sino meramente didáctica, pero que nos permite transitar el debate del acceso a la información pública como un derecho en constante progreso, estrechamente relacionado a la mejora de las tecnologías de la información y el saber humano.

Tendremos como fuente de esta categorización, la clasificación de transparencia receptada por el 3° Plan de acción nacional de gobierno abierto³⁵, plasmada en la Guía de buenas prácticas para Municipios de la provincia de Buenos Aires³⁶, aunque con nuestro agregado.

Así, para categorizar las vías de acceso trabajaremos en la instrumentalización jurídica de la relación bilateral entre el sujeto obligado a brindar información (legitimado pasivo) y la persona con derecho a acceder (legitimado activo).

En este menester, surge inmediatamente en el pensamiento la petición de información, es decir, la formalización de esta relación jurídica bilateral a través de una requisitoria ya sea un escrito papel o digital, aplicación electrónica o, incluso, de forma oral.

A esta vía la conoceremos como **vía pasiva o reactiva administrativa**, por cuanto, posicionados en el sujeto obligado, se delega la iniciativa en manos del peticionante, es decir, que la administración es instada a reaccionar ante la acción de una persona. En palabras más claras, espera pasivamente y reacciona.

Decimos administrativa, por cuanto, mientras exista esta relación jurídica bilateral, sujeto obligado y sujeto activo, en materia de derecho

215 /

35. 3° Plan de Acción Nacional de Gobierno Abierto de la República Argentina (2017-2019) Disponible en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/digital_-_tercer_plan_de_accion.pdf

36. Acceso a la información pública. Guía de buenas prácticas para municipios. Disponible en https://www.gba.gob.ar/static/gobierno/docs/Guia_de_Acceso_al_Informacion_Publica_par_a_Municipios.pdf

de acceso a información siempre se está ante un procedimiento formal y materialmente administrativo.

Esta primera vía es tal vez la más discutida en doctrina y jurisprudencia, porque despierta la curiosidad científica y jurídica el alcance que pueden tener estas peticiones desencadenado justamente los conflictos jurídicos administrativos y judiciales.

En el derecho argentino, esta vía garantizada avalada sin dudas por el derecho constitucional de acceso a la información pública, pero al mismo tiempo por el derecho constitucional de peticionar a las autoridades.

A lo largo de este trabajo, en el ámbito jurisprudencial de lo municipal, justamente analizaremos casos relacionados a esta vía de acceso con mayor profundidad.

Ahora bien, no todo en el Estado es respuesta o reacción, es por ello por lo que debemos reconocer esta vía tan esencial e importante para las democracias modernas, como lo es y ha sido la **vía activa o proactiva administrativa**.

Desde la posición del sujeto obligado importa por activa, la iniciativa o la acción de informar, transmitir o diseminar el conocimiento de lo público, es decir, aquí no hay una petición formal, sino un mandato constitucional, legal o, costumbre que la imponen.

El sujeto obligado está determinado en la norma, pero el sujeto activo o receptor es un sujeto colectivo, mejor dicho, un sujeto individual no determinado, en fin, la sociedad misma o el público general, subjetivamente hablando o más sencillo, cada uno de los y las ciudadanas.

En consecuencia, es importante destacar que no existe relación jurídica como la conocemos o, en realidad, existe un deber unilateral normativamente dispuesto exigible por la o el beneficiario, en definitiva, función administrativa formal y material.

Esta vía, ha tomado enorme dimensión en la discusión actual de la transparencia a la luz de las nuevas tecnologías de la información,

pero es tan antigua como la república misma, con formas o tecnología más rudimentaria.

Desde el medieval heraldo, pasando por el histórico boletín oficial y hasta las modernas oficinas de prensa o información pública, son formas que ha asumido esta vía de acceso a la información pública a largo del tiempo, sin dudas, la más atravesada por el desarrollo tecnológico actual.

La internet con sus sitios webs o portales han abaratado casi a la inexistencia los costos de transmisión o comunicación de la información pública, dejando una vara realmente alta en lo que es posible y razonable poner a disposición de la ciudadanía sin necesidad de requerimiento expreso.

Así, la competencia por prestigio entre los sujetos obligados impone alcanzar más y mejor transparencia, lo que conlleva este segundo adjetivo destinado a describir la vía, es decir, lo proactivo, no solo actividad, sino además previsión, evolución y progresividad.

Sin dudas, esta vía es la se encaró *supra*, en cuanto a los nuevos debates, pues teniendo claro y presente el alcance del derecho, hoy el elemento teleológico del mismo, lograr mayor participación ciudadana, nos impone la discusión de hasta donde debe avanzar el Estado.

Dirá Basterra que la vía activa o proactiva resulta entonces una obligación estatal de poner en conocimiento de la ciudadanía, por imperio legal o *motu proprio* la información, acrecentando la participación ciudadana en los asuntos públicos y transparencia gubernamental³⁷.

Una idea sencilla, pero al mismo tiempo ejemplificadora, son las cuentas oficiales en redes sociales, es decir, el avance del accionar del sujeto obligado, muchas veces lastimosamente propagandístico, pero que denota esta vía de acceso a lo público.

Las discusiones actuales nos llevan a la Inteligencia Artificial y el Big Data, como una nueva revolución en el acceso a la información

217 /

37. Basterra, Marcela I. op. cit. Págs. 307-308.

pública que demuestra la constante evolución de este derecho constitucional, base del sistema republicano.

Finalmente, como no podía ser de otra forma, no siempre la acción y la reacción son las esperadas y ello acarrea el conflicto, en este caso surge el aporte propio a la clasificación, a saber, la **vía contenciosa o compulsiva (jurisdiccional)**.

En este caso, esta vía está dada por la introducción de una autoridad jurisdiccional interna o internacional en el conflicto suscitado entre el sujeto obligado y el sujeto activo del derecho.

Dejo en claro que el conflicto puede surgir de cualquiera de las dos vías antes reseñadas, verbigracia la petición denegada u omitida o, incluso, el deber de publicidad no cumplido.

En este último caso, el sujeto activo indeterminado o colectivo, justamente se determina al iniciar la acción ante la jurisdicción, por lo que podemos hablar de una verdadera relación jurídica con sujetos determinados y específicos en conflicto, de ahí su adjetivación contenciosa.

Así, la vía importa ejercicio de función jurisdiccional material y formal, ejecutada en procesos judiciales ante Jueces naturales e imparciales de la República o de los Tribunales Internacionales, en palabras sencillas, el proceso judicial como vía de acceso.

De su calidad jurisdiccional surge su naturaleza compulsiva, de la obligatoriedad y coercibilidad de las decisiones, sentencias o fallos de los órganos judiciales, en palabras de procesalistas clásicos, la vía se caracteriza por los elementos coertio, iudicium y executio.

d. Los titulares del derecho a la información pública.

En este título, referimos la mentada legitimación activa del derecho de acceso a la información pública, es decir, la aptitud jurídica de ejercer este derecho fundamental ya sea ante los sujetos obligados o exigiendo su cumplimiento en una vía contenciosa jurisdiccional.

Como resalta Lavalle Cobo, en la protección de interés difusos o de incidencia colectiva, como el que nos convoca, el panorama no es tan sencillo, pues no siempre es posible identificar al grupo de personas que pueden verse afectados, lo que impulsa la flexibilización de la legitimación en los ordenamientos vigente.

En este sentido, la titularidad o legitimación activa, es definida por la autora como la aptitud que tiene una persona para presentar pedidos de información ante las dependencias públicas y obtener respuesta a tales solicitudes en debido tiempo y forma³⁸.

En este sentido, conviene resaltar la postura de la Corte IDH en el caso *Claude Reyes* infra abordado y, esta doble dimensión del derecho de acceso a la información, a saber, la individual y la social.

Así podemos enumerar, al menos estos sujetos legitimados, conforme doctrina y jurisprudencia objeto de análisis en este trabajo, sin que sea exhaustiva, sino más bien metodológica.

i. El humano, la persona o el ciudadano.

219 /

El ser humano o la persona es sin dudas, por definición jurídica, el titular por excelencia del derecho de acceso a la información pública, entendida claro está, como información de interés general en poder del Estado.

Su calidad de tal surge naturalmente cuando resulta el beneficiario, como individuo, de la protección del sistema republicano y democrático de gobierno, algo que efectivamente fue abordado supra y a lo largo de este trabajo.

Pero bien, sin perjuicio de su reconocimiento como derecho humano fundamental, lo cierto es que la legitimación exige algo más que la humanidad en su contenido, Días Cafferata, hablará que, por su

38. Lavalle Cobo, Dolores. op. cit. Pág. 134.

relación con el sistema de gobierno, esta prerrogativa humana resulta un derecho político³⁹.

Conclusión que entiendo adecuada, pero un tanto restrictiva, por cuanto limita la legitimación al sujeto político, es decir, al ciudadano o ciudadana, como sujeto activo del derecho.

En este sentido conviene recordar que la Corte IDH, justamente en el precedente *Claude Reyes* impone una concepción más amplia, al sostener la legitimación de *las personas que se encuentran bajo la jurisdicción* del Estado obligado.

Esta postura convencional, coloca al derecho como clara consecuencia del sometimiento del humano al poder público, del que teóricamente forma parte a través de su participación democrática, al decir de la Corte Suprema en caso *ADC* infra desarrollado: la habilidad del individuo de participar en la toma de decisiones que lo afecten.

\ 220

Ahora bien, como lo señala Basterra, cuando la corrupción y la falta de transparencia aparecen como las mayores dificultades para el desarrollo, es esencial que se otorgue una legitimación más amplia para ejercer el control sobre los gobiernos de turno, dotando de la mayor transparencia posible al Estado⁴⁰.

Esta postura fue receptada en la expresión: *toda persona*, usada en la Ley Nacional 27.275, mientras que la Constitución de Corrientes ha optado por una visión más restricta como: *el ciudadano y el vecino*.

Como bien se analizará más adelante, jurisprudencialmente y luego normativamente, la legitimación activa en este derecho se desprendió del requisito del interés legítimo o la afectación personal directa, en palabras de la Corte Suprema en el caso *CIPPEC*, no se exige un *interés calificado del requirente*.

39. Díaz Cafferata. Santiago. "El derecho de acceso a la información pública: situación actual y propuestas para una ley". Revista Lecciones y Ensayos N°86. UBA. 2009. Pág. 154.

40. Basterra, Marcela I. op. cit. Pág. 60.

i.i. La persona jurídica, la ONG, la empresa privada y el medio de prensa.

Harto discutida ha sido la exclusión de la persona jurídica del sistema regional de protección de derechos humanos, en tanto como ficción jurídica instrumental, no tiene el mismo nivel de protección que el ser humano, persona humana o persona física.

Ahora bien, lo cierto es que la legitimación activa se extiende a las personas jurídicas, ya no como ejercicio del derecho humano en su dimensión individual, pero sí como instrumento del ejercicio del derecho en su dimensión social.

La persona jurídica como herramienta de acceso público y social a la información, en definitiva, el ejercicio de la dimensión social del derecho a través de la organización humana no estatal.

Así, la legitimación activa se extiende sobre la base del elemento teleológico del derecho, en palabras de la Corte Suprema en *CI-PPEC*: el propósito de coadyuvar el ejercicio del derecho a saber de los miembros de la sociedad.

221 /

Las organizaciones de la sociedad civil sin de fines de lucro, vulgarmente conocidas como ONG, sin importar su forma, son el producto del ejercicio de uno o varios derechos constitucionales de sus miembros, como asociarse con fines útiles, entre otros; y, a la vez, el instrumento de ejercicio de otros derechos esenciales, legales y constitucionales para los cuales el acceso a la información pública resulta un presupuesto infranqueable.

En tal sentido, es claro que, la legitimación activa amplia, las incluye en la medida de garantizar la activa participación social y democrática en el debate de lo público, pues no dejan de ser instrumentos jurídicos que formalizan el accionar de un colectivo determinado de personas.

Por su parte, la empresa privada, aparece también protegida con el mismo alcance que la ONG, pues la finalidad de lucro no la excluye, es más, resulta protegida en el derecho constitucional a ejercer industria lícita y a trabajar, sea cual sea la forma escogida por sus miembros.

Así las cosas, nada obsta la legitimación activa de la empresa privada para requerir información pública en orden a la consecución de sus fines o, el mejor ejercicio de sus derechos constitucionales garantizados.

Conclusiones, las antes esbozadas, que nos llevan sin dudas, a entender que los medios de comunicación e información efectivamente encuentran una doble protección constitucional y convencional por su rol esencial en el sistema republicano y democrático.

Por tal esta la libertad de buscar y recibir información resulta un presupuesto necesario del ejercicio de la libertad de expresión y de prensa, aspectos básicos de un sistema republicano de gobierno, que en palabras de la Corte en *ADC*, también importa, en esta faz social, el derecho colectivo de los ciudadanos a recibir información y a conocer el pensamiento ajeno.

Tales circunstancias hacen entender la protección constitucional del derecho de acceso para las personas jurídicas, sin importar su objeto con o sin fines de lucro y, especialmente la doble protección de las personas jurídicas medios de comunicación o información, por su conexión teleológica base de la república democrática.

i.i.i.Los Estados, los órganos estatales, los funcionarios públicos.

Por su lado, los estados, los órganos estatales o los funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones, estén o no relacionadas funcionalmente con el acceso a la información pública o el control interno o externo del Estado, tienen un régimen jurídico distinto.

Lo cierto es que, fruto de las relaciones y técnicas aplicadas a las organizaciones administrativas, la prerrogativa de acceso a información para los órganos o funcionarios públicos en ejercicio de su función encuentra andamiaje en otras fuentes jurídicas públicas, mas no en los derechos humanos, constitucionales y convencionales de los particulares.

Así el deber de informar y la prerrogativa de exigir la información surgen de las normas que reglamentan el accionar de la administración pública, y más que respeto a derechos constitucionales, hablamos del respeto al principio de juridicidad que debe observar la administración en su accionar.

Por otro lado, en una forma de estado federal, como la nuestra, el derecho de los estados que conforman los diversos estamentos, a saber, el nacional, provincial o municipal de exigirse mutuamente información, se sustenta, además de las leyes, en la necesaria concertación y coordinación federal, presupuesto de la unidad nacional y el respeto mutuo exigido por los constituyentes nacional, provinciales y municipales.

En definitiva, la legitimación de estados, órganos estatales o funcionarios públicos para exigir información surge del derecho público y administrativo, sin andamiaje en el sistema de protección de derechos humanos convencionales y constitucionalizados.

Cabe agregar que el pedido de información en estos casos debe tener estrecha relación con la función desempeñada por el funcionario, el interés general perseguido por el órgano y, en caso de estados, una necesaria utilidad pública que exija la concertación federal.

223 /

e. Los obligados a brindar información pública.

Definidos como legitimados pasivos o sujetos obligados, son las personas jurídicas estatales o no estatales obligadas a cumplir con el deber de brindar información ante una petición o informar al público en general.

En la Ley Nacional se hablará de ámbito *de aplicación*, específicamente en su art. 8, pero no es sino un listado no taxativo de sujetos obligados a cumplir el deber contracara del derecho de acceso a la información.

Lavalle Cobo detalla claramente el abordaje que, en la experiencia, han hecho las distintas normativas o criterios, a saber, formular una

regla amplia donde toda oficina publica este obligada, establecer una enumeración de dependencias no taxativa o, enumerar taxativa y excluyentemente los órganos sometidos al deber.⁴¹

i. El estado, el órgano y el funcionario.

En este sentido, conviene iniciar claramente por el principal legitimado pasivo u obligado a suministrar información que, no es otro que el mismo Estado argentino.

Esta obligación, que surge como hemos visto de su norma fundacional y el sistema de gobierno republicano y democrático elegido por el constituyente, no es sino una obligación autoimpuesta, que se suma por sus propios actos, a las obligaciones asumidas a nivel internacional a través de las convenciones y pactos.

Ahora bien, no son menos obligados los Estados provinciales, que por clausula federal, se ven obligados, pese a ser preconstituyentes, a sostener el mismo sistema republicano y democrático como lo han hecho, en mayor o menor medida, en sus propias constituciones.

Finalmente, los Estados municipales, no son la excepción pues el respeto de su autonomía está estrechamente vinculado al cumplimiento de los principios del sistema republicano y democrático. En sus cartas orgánicas y las leyes orgánicas vigentes, así se ha cumplido.

Al decir de Díaz Cafferata, el primer sujeto pasivo y principal obligado a informar a los ciudadanos sobre la marcha de la cosa pública es, el mismo Estado, en sus tres poderes y en todos sus órganos centralizados y descentralizados.⁴²

i. Las empresas públicas y con participación estatal.

Fuera de la estructura estatal tradicional, surgen también, con origen legal, jurisprudenciales y hasta convencional, sujetos obligados que se

41. Lavalle Cobo, Dolores. op. cit. Pág. 194.

42. Díaz Cafferata, Santiago. op. cit. Pág. 161.

encuentran en el mundo jurídico privado.

En primer lugar, se encuentran las empresas públicas propiedad de los Estados, estos instrumentos o ficciones jurídicas que asumen formas o técnicas del derecho privado, son sin dudas una clara manifestación de la acción estatal en pos del interés general y, por tanto, la información en su poder y de su funcionamiento, no es sino información pública trascendente.

Ahora bien, Díaz Cafferata sostiene que además deben sumarse otros actores de la vida pública, a saber, las personas jurídicas mixtas, cuyo capital sea en parte privado y en parte privado.⁴³

Por su parte la Ley Nacional impone la obligación a las empresas y sociedades del Estado, abarcando: las empresas y sociedades del Estado, las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, las sociedades de economía mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias.

En el caso *YPF* que abajo se desarrolla, la Corte, sostuvo que el Estado tiene la facultad de recurrir a figuras empresariales del derecho privado, en pos de ciertos cometidos públicos, agilizando la obtención de objetivos comerciales sin las limitaciones procedimentales de la Administración, pero ello no permite sustraerla de la obligación informativa.

Ahora bien, por otro lado, la Ley Nacional prevé como sujeto obligado incluso las sociedades con participación minoritaria de los Estados, aunque circunscribiendo el acceso a la información referida a esa participación y sus efectos, verbigracia las empresas cuyas acciones forman parte del fondo de sustentabilidad de la ANSES.

En consecuencia, el accionar del estado en todas sus formas, por regla, debe ser sometido al escrutinio público, por cuanto asiste a los sujetos activos el derecho a censurar la actividad estatal de sus repre-

43. Ibidem.

sentantes, tanto en el ámbito público como privado, como forma de participar democráticamente de la dirección de los asuntos públicos que importan la dirección de los intereses generales que representa el Estado.

i.i.i. Las personas jurídicas públicas no estatales.

Como destaca Basterra, las personas publicas no estatales manifiestan una organización insertable en el mundo público, pero ajena al Estado, originada o vinculada, con el mundo privado no Estatal.⁴⁴

La Corte Suprema en el caso *ADC* es contundente al señalar que sin perjuicio de que estas personas jurídicas se encuentran fuera del Estado, los intereses generales y públicos que se les encomendó, las introducen dentro de la legitimación pasiva, pues los datos que reúnen son de indudable interés y trascendencia para los ciudadanos.

Ingresa también a la legitimación pasiva en cuanto ejerzan funciones administrativas delegadas en razón de su naturaleza, por ejemplo los colegios profesionales que regulan la colegiación obligatoria y ejercen superintendencia y control del ejercicio profesional.

iv. Las personas jurídicas privadas de trascendencia pública.

Finalmente, bajo esta caracterización personas jurídicas de trascendencia pública, he decidido abordar la situación de instituciones o empresas privadas, sin participación accionaria, ni dirección de ningún Estado, pero que, por distintos aspectos, ingresan a la lista de los obligados a brindar información.

Conviene iniciar con los concesionarios, permisionarios, y licenciatarios de servicios públicos o del dominio público, algo que podrá ahondarse en el fallo TASA (Telefónica Argentina S.A.) infra analizado.

Lo cierto es que, el interés general reconocido en la declaración

44. Basterra, Marcela I. op. cit. Pág. 102.

legal de algunos servicios como públicos, no es sino la extracción de esa actividad del sector privado sometiéndola, *publicatio* mediante, al control o incluso el ejercicio del Estado.

Su concesión o licencia de manera alguna pueden alterar el espíritu público intrínseco en su naturaleza, pues es servicio público por cuanto interesa a la sociedad y, como tal, es elevado al régimen exorbitante.

En consecuencia, quien lo ejerza, sea el Estado o un particular debido a un contrato o un acto administrativo, resulta obligado con la sociedad por ese régimen exorbitante y el interés general encomendado.

Asimismo, las licencias o permisos de uso del dominio público, extraordinariamente tratadas en el fallo *TASA* referenciado, nos ponen en igual situación, los bienes del dominio público no pertenecen al Estado, sino al pueblo, por cuanto, las actividades, industrias o ejercicio de derechos sobre ellos tienen intrínsecamente un valor social superlativo.

En consecuencia, la estrecha vinculación de los intereses públicos, en estos casos, justifican sin más el debido interés social en la información generada o en poder de estas personas jurídicas privadas.

Finalmente, en este mismo grupo, como señala Díaz Cafferatta, se introducen las personas jurídicas privadas que reciban subsidios o aportes provenientes del sector público, aunque es razonable limitar el ámbito de la información a proporcionar con la relacionada con dichos subsidios o aportes.⁴⁵

Ilustrativos de este criterio, son los fallos *ADC* y *YPF* de la Corte Suprema, sumando argumentos a la legitimidad pasiva ante la constatación de los aportes y subsidios recibidos, independientemente de las naturaleza jurídica de las personas jurídicas condenadas.

227 /

45. Díaz Cafferatta. Santiago. op. cit. Pág. 162

f. Los principios que rigen el derecho a la información pública.

Los principios que a continuación se desarrollan, surgen de diversas fuentes normativas, jurisprudenciales y convencionales, como forma de dar una imagen adecuada de la entidad del derecho de acceso a la información pública.

i. Máxima divulgación.

El principio de máxima divulgación resulta medular en lo que al derecho en análisis importa, por cuanto ha sido reconocido no solo en el sistema interamericano, sino también en nuestro sistema legal argentino.

Puede resumirse en la premisa que toda información en poder del Estado, se presume pública y debe estar disponible para conocimiento de quien la solicite.⁴⁶

La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH⁴⁷, recuerda que como principio rector impone la presunción de que toda la información que esté en posesión, custodia o control de cualquier autoridad es pública y accesible, sometida a un régimen limitado de excepciones.

La publicidad y transparencia son la regla y, por tanto, las limitaciones son verdaderamente excepcionales, previa y legalmente consagradas, con objetivos legítimos y en atención a la necesidad que las motivaron y estricta proporcionalidad.

46. Basterra, Marcela I. op. cit. 28.

47. CIDH. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. “El derecho de acceso a la información pública en las Américas, Estándares Interamericanos y comparación de marcos legales”. 2012. CIDH/RELE/INF.7/12. Pág. 5-6

i.i. Buena Fe.

Conviene recordar que por más clara y justa que sea la norma, de nada sirve si al momento de ejecutarla las autoridades, por medio de su conducta, buscan frustrar o eludir su fin.

Es así de esencial el principio de buena fe, puesto que su observancia implica que los sujetos obligados interpreten y ejecuten la norma de manera que cumpla con los fines perseguidos, es decir, garanticen el ejercicio de acceso, brinden asistencia a los requirentes, promuevan la cultura de la transparencia, actuando con diligencia, profesionalidad y lealtad institucional.⁴⁸

En este sentido la Relatoría especial para la libertad de expresión de la CIDH, es clara al recomendar a los países parte que el principio de buena fe sea acogido expresamente en la norma para garantizar de manera inequívoca su cumplimiento por las autoridades.⁴⁹

i.i.i. Carga invertida de la prueba del daño.

229 /

Como derivación lógica del principio de máxima divulgación, es decir, la publicidad y accesibilidad presunta de la información y la imposición de un régimen excepcional de limitaciones, surge la carga de prueba en el sujeto obligado del supuesto de reserva o excepción.

La Relatoría de la CIDH ya citada, es clara al incluirla como una de las consecuencias del principio de máxima divulgación, mas precisamente como la segunda consecuencia, sintetizándola en la imposición de la carga probatoria que justifique la negativa de acceso justamente al órgano al cual le fue solicitada, evitándose al máximo la actividad discrecional y arbitraria en las restricciones.

48. Basterra, Marcela I. op. cit. 22.

49. CIDH. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. “El derecho de acceso a la información pública en las Américas, Estándares Interamericanos y comparación de marcos legales”. 2012. CIDH/RELE/INF.7/12. Pág. 162

Es así que si bien la información reservada es sin dudas una necesidad en un Estado moderno, como bien lo ha dicho la Corte IDH en caso *Claude Reyes* analizado en este trabajo, la legitimidad y compatibilidad de la excepción debe ser acreditada.

iv. Informalidad a favor del requirente.

Este principio se presenta como una clara extrapolación del principio de informalismo o formalismo relativo a favor del ciudadano, impuesto en el ordenamiento jurídico del derecho administrativo, y por tal, tiene un contenido análogo con la especificidad del derecho bajo tratamiento.

Nuestra ley nacional impone el principio bajo la idea que las reglas de procedimiento deben facilitar el ejercicio del derecho, por lo que su inobservancia no podrá constituir obstáculo para ello. Los sujetos obligados no pueden fundar su rechazo a una solicitud amparados en el incumplimiento de requisitos formales o reglas de procedimiento.

Este principio importado del derecho administrativo se complementa con los principios de gratuidad e *in dubio pro petitor*.

v. No discriminación.

Como su nombre lo indica, y claramente lo determina la ley nacional, la información debe ser entregada a todas las personas que lo soliciten en condiciones de igualdad, excluyendo cualquier tipo de discriminación sin expresión de causa o motivo.

El derecho de acceso a la información es un derecho humano universal, por tanto, toda persona, sin consideración de fronteras, tiene derecho a solicitar información sin que sea necesario acreditar interés directo o afectación personal.⁵⁰

50. CIDH. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. “El derecho de acceso a la información pública en las Américas, Estándares Interamericanos y comparación de marcos legales”. 2012. CIDH/RELE/INF.7/12. Pág. 32.

v.i. Gratuidad.

Consagrado en la ley, así como también derivado de la interpretación convencional de la CIDH, el acceso a la información pública, como derecho humano fundamental, no puede someterse a una restricción de tipo económica que lo desvirtúe.

En definitiva, en el derecho convencional el principio de gratuidad o bajo costo, implica una materialización de la tutela administrativa efectiva, es decir, el derecho de los seres humanos a tener un recurso administrativo eficaz para garantizar su derecho.

A nivel nacional la ley recepta este principio, lo mismo hace la Constitución de Corrientes en su art. 21 a establecer una verdadera garantía constitucional de acceso y conocimiento de lo público.

v.i.i. Oportunidad.

Al igual que el principio anterior, este principio es receptado en la Constitución de la Provincia de Corrientes, en el art. 21. Por otro lado, la Ley Nacional en su lugar habla del principio de máxima premura, que ordena la respuesta con la mayor celeridad posible y en tiempos compatibles con la preservación del valor de la información.

Los plazos claros y razonables son a nivel convencional, la manifestación del derecho a la tutela administrativa efectiva y la existencia de recursos eficaces que garanticen el derecho tutelado.

En el ámbito constitucional argentino, la respuesta oportuna es parte esencial del derecho constitucional de peticionar a las autoridades, por lo que también tiene una clara incidencia en este derecho.

Podemos decir, entonces que este principio impone que el plazo y tiempo de cumplimiento de la petición, deben ser los más cortos posibles y son tan importantes como la sustancia misma de la información requerida.

231 /

v.i.i.i. Accesibilidad e integridad.

Este principio es recepcionado en la legislación nacional a través de tres subprincipios, a saber, máximo acceso, apertura y disociación. En la provincia de Corrientes su constitución resalta el acceso debe ser actualizado y completo.

En definitiva, lo que importa este principio es que la información suministrada de oficio o a petición de parte, debe ser completa y con el mayor nivel de desagregación posible y por la mayor cantidad de medios o soportes disponibles.

Los soportes deben ser accesibles, en formatos libres que faciliten su procesamiento, permitan su reutilización y su distribución a terceros.

Finalmente, como conjunción de la máxima divulgación y buena fe, se requiere que en caso de que existan datos reservados en parte de la información a suministrar, esto no sea óbice para entregarla con las tachas, ocultamientos o disociaciones de esas partes cumpliendo ambos fines en el mismo acto.

\ 232

i. x. In dubio pro petitor.

Nuevamente, este principio se extrapola del derecho administrativo, pues el acceso a la información pública, en casi todas sus vías no es sino una actividad administrativa del sujeto obligado, por lo que la duda debe siempre favorecer a la persona.

Tanto a nivel convencional, como a nivel nacional, el principio implica que la interpretación de las normas debe ser efectuada en favor de la mayor vigencia y alcance del derecho.

En caso de duda, debe siempre estarse a la regla de la máxima divulgación, interpretando restrictivamente los casos de excepción o reserva, lo único que resulta compatible con el sistema interamericano de derechos humanos.

*“una sociedad que no está bien informada
no es plenamente libre”*

Corte IDH. “opinión Consultiva OC-5/85” (1985)

3. La información pública en la realidad jurídica Interamericana

a. El acceso a la información pública en la Convención Americana de Derechos Humanos.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, expresamente consagra este derecho en su artículo 13°.

Así, bajo la forma de los derechos “buscar” y a “recibir” “informaciones”, protege el derecho que tiene toda persona a acceder a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el estricto régimen de restricciones establecido en dicho instrumento.

233 /

Debe tenerse en cuenta también, que la tutela judicial y administrativa efectiva como derecho humano previsto en la Convención (art. 25°) atraviesa aspectos instrumentales de este derecho humano fundamental.

Para mayor profundidad este tema es tratado en conjunto en el análisis del caso *Claude Reyes* infra desarrollado.

b. La CIDH y la relatoría de libertad de expresión.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos creó la Relatoría Espacial para la Libertad de Expresión en octubre de 1997, contando desde su creación con un fuerte respaldo de los Estados miembros de la OEA.

Este organismo busca promocionar el derecho a la libertad de expresión y pensamiento en todas sus dimensiones, incluyendo el derecho de acceso a la información, preparando informes temáticos y regionales, realizando visitas oficiales, conferencias y seminarios, y asistiendo técnicamente en casos, medidas cautelares y otros.

Su sitio web contiene enorme cantidad de informes doctrinarios, jurídicos y jurisprudenciales que han servido en mucho a la realización de este trabajo, y están disponibles en <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/index.asp>.

b. El Comité Jurídico Interamericano.

Es uno de los principales órganos de la Organización de Estados Americanos encargado de promover el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional y de estudiar la posibilidad de uniformar las legislaciones de los países del Continente.

En materia de Derecho de acceso a la información pública ha dictado la Resolución CJI/RES. 147 (LXXIII-O/08), donde determina los principios sobre el derecho de acceso a la información, disponible en http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso_informacion_Principios_CJI.pdf

c. Fallos trascendentes de la Corte IDH.

i. Caso Claude Reyes y otros vs. Chile (2006)

Es una sentencia⁵¹ dictada por la Corte IDH en septiembre de 2006 y constituye, sin duda alguna, un fallo esclarecedor del enfoque que el sistema regional de derechos humanos le otorga al derecho de acceso a la información pública.

51. Corte IDH. En “Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile”. Petición N° 12.108. Sentencia Serie C No. 151 del 19 de septiembre de 2006. Ficha técnica disponible en https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=332

Ha sido fuente doctrinaria, como se verá más adelante, del criterio que sentó la Corte Suprema de Justicia de la Nación en varios fallos emblemáticos sobre la cuestión.

Resumen Fáctico:

Un grupo de organizaciones no gubernamentales chilenas, peruana y argentinas⁵², presentaron una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 17 de diciembre de 1998.

La denuncia iba dirigida al Estado de Chile como responsable de la violación de derechos humanos de Marcel Claude Reyes, Sebastián Cox Urrejola y Arturo Longton Guerrero, a quienes el demandado se había negado a través de su Comisión de Inversiones Extranjeras, a brindarle información sobre Forestal Trillium y el Proyecto Río Condor, que implicaba una deforestación en la decimo segunda región de Chile.

La Corte IDH condenó al Estado chileno por la violación de los derechos humanos de las víctimas del caso, y le ordenó la entrega de la documentación o decisión debidamente fundada de la negativa, la publicación de la Sentencia, adoptar medidas de derecho interno para garantizar el derecho, capacitar órganos, autoridades y agentes públicos al respecto y finalmente el pago de gastos y costas.

235 /

Fundamentos de la sentencia del caso (Ratio decidendi):

Para decidir de esta forma, la Corte IDH, realizó varias consideraciones relacionadas a los aspectos del caso, iniciando por la violación del derecho a la libertad de pensamiento y expresión (Art. 13).

52. Clínica Jurídica de Interés Público de la Universidad Diego Portales, ONG FORJA, Fundación Terram y la Corporación la Morada todas de Chile; el Instituto de Defensa Legal del Perú; la Fundación Poder Ciudadano y la Asociación para los Derechos Civiles ambas de Argentina; y los señores Baldo Prokurica Prokurica, Oswaldo Palma Flores, Guido Girardo Lavín y Leopoldo Sánchez Grunert.

En primer lugar, se resaltó de los hechos, que la información requerida guardaba relación con un contrato con intervención del Estado y tres empresas, dos de ellas extranjeras, que generó gran discusión pública por el impacto ambiental que pudiera tener.

En ese sentido, también se destacó que la información guardaba estrecha relación con la verificación del adecuado actuar y cumplimiento de funciones por parte de un órgano estatal, abundando en su calidad de pública.

Por otro lado, la calidad de víctima de la violación fue adquirida por la simple prueba de que solicitó información, que no fue entregada en su totalidad, es decir, una negativa parcial de la información como objeto de la controversia.

Adentrándose en el derecho de libertad de pensamiento y expresión, la Corte destaca sus dimensiones individual y social, de las que se desprenden una serie de derechos protegidos en el artículo 13 de la Convención.

\ 236 Así, el derecho de libertad de pensamiento y expresión incluye la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, también es garantizado en otros instrumentos internacionales como la Declaración Internacional de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en definitiva, un derecho positivo a buscar y recibir información.

Es por este derecho de toda persona a solicitar acceso a la información bajo el control del Estado, que consecuentemente se consagra la obligación positiva de éste de suministrarla, de forma tal que el solicitante pueda conocer esa información o reciba una respuesta fundada cuando por un motivo permitido el Estado limitar el acceso a la misma.

Por otro lado, la entrega de la información debe realizarse sin necesidad de acreditar interés directo para su obtención o una afectación de tipo personal, salvo caso en los que opere una legítima restricción, pues el acceso de una persona puede permitir que esta circule en la sociedad para que se conozca y se valore.

El deber del Estado es respetar y hacer respetar el derecho, así como promover la adopción de legislación necesaria para asegurar su reconocimiento y aplicación efectiva.

La Corte IDH sostiene que la democracia representativa es determinante al punto de ser un principio fundamental del Sistema Interamericano, y el acceso a la información pública es un requisito indispensable para su funcionamiento, una mayor transparencia y una buena gestión pública.

En un sistema democrático, representativo y participativo, la ciudadanía ejerce sus derechos constitucionales, a través de una amplia libertad de expresión y del libre acceso a la información. El fallo recuerda que la libertad de expresión es un elemento fundamental para la existencia de una sociedad democrática, indispensable para la opinión pública y condición para que la comunidad al momento de ejercer sus opciones este suficientemente informada. Una sociedad que no esté bien informada no es plenamente libre.

En relación con el Estado, sostiene que su actuar debe regirse por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, permitiendo que las personas que están bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de la gestión estatal, cuestionando, indagando y considerando si se está dando un adecuado cumplimiento de la función.

Es, para la Corte IDH, el acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, lo que puede permitir la participación ciudadana en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso.

En definitiva, para que las personas puedan ejercer el control democrático es esencial que el Estado garantice el acceso a la información de interés público bajo su control, fomentando mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad, la transparencia de la actividad estatal y la responsabilidad de los funcionarios.

Consecuentemente, el fallo desentraña una verdadera teoría sobre los requisitos de validez y compatibilidad convencional de las restricciones o reglamentaciones del derecho de acceso a la información pública.

Como toda restricción a una libertad, resulta esencial sea fijada por una ley previa, como medio de asegurar que no quede al arbitrio del poder público y, por razones de interés general y en la medida del propósito para la cual han sido establecidas. Así, destaca la Corte IDH, que el bien común como elemento teleológico de la ley es, además elemento integrante del orden público del Estado democrático.

Asimismo, se destaca que los objetivos que la Convención admite son restrictos y expresos, a saber, el respeto de los derechos y la reputación de las personas, la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas.

La razonabilidad, entendida como adecuación fines-medios de la restricción también es abordada en el fallo. Se considera como requisito que deben ser: necesarias para satisfacer un interés público imperativo en el marco de una sociedad democrática, al mismo tiempo que, proporcionales al interés que las justifiquen y conducentes para alcanzar ese legítimo objetivo, siempre interfiriendo o restringiendo en la menor medida posible el efectivo ejercicio del derecho.

Así surge, sin lugar a duda, el principio de máxima divulgación que implica la presunción de que toda información es accesible, dejando las excepciones en un ámbito restringido cuyos supuestos y extremos deben ser acreditados por el Estado.

Lo contrario, destaca la Corte IDH, sería admitir la creación de un campo fértil para la actuación discrecional y arbitraria del Estado en la clasificación de la información como secreta, reservada o confidencial, y se genera inseguridad jurídica respecto de este derecho y las facultades del Estado para restringirlo.

Finalmente, con relación a otros aspectos de este trabajo, la Corte IDH, también aborda la tutela administrativa y judicial del derecho de acceso a la información bajo poder del Estado.

En este sentido, señala con certeza que las garantías dispuestas por la Convención, no se aplican solamente a tribunales y jueces, sino que deben ser observadas en los distintos procedimientos en los que los órganos estatales adopten decisiones sobre la determinación y alcance de los derechos.

Es, en el fallo, donde se determina el alcance del deber estatal en su función administrativa, a saber, la autoridad estatal administrativa debe tomar decisiones escritas y debidamente fundamentadas, que permitan conocer cuáles fueron los motivos y normas en las que se basó para no otorgar información en el caso concreto y determinar si la restricción es convencionalmente compatible.

Por su parte, en relación con el accionar jurisdiccional del Estado, la Corte IDH ha sido clara al imponer a los jueces el deber de dictar decisiones justas y en cumplimiento del debido proceso, otorgando recursos efectivos para garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos a toda persona bajo su jurisdicción. En fin, *un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales*.

Ello así, puesto que la salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público es el objetivo primordial de la protección internacional de los derechos humanos, por tal, además de existir los recursos en la formalidad, deben ser efectivos restableciendo el imperio del derecho cuando ha sido quebrantado por actos u omisiones arbitrarias o ilegales.

239 /

i. Caso Gomes Lund y otros vs. Brasil

La sentencia⁵³ aborda una compleja situación de violación sistemática de derechos humanos por la República Federativa del Brasil, durante el régimen militar dictatorial que dirigió el Estado brasilero entre 1964 y 1985.

Si bien, su principal importancia como fallo radica en la protección de otros derechos humanos, le dedica un título entero al derecho de

53. Corte IDH. En “Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil”. Petición N° 11.552. Sentencia N° Serie C No. 219 del 24 de noviembre de 2010. Ficha técnica disponible en https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=342

las personas de obtener la información sobre el destino y la veracidad de los hechos por parte del Estado represor.

Resumen Fático:

En los años setenta se formó un grupo de resistencia conformado por miembros del partido comunista y campesinos de la región amazónica del Brasil que desarrolló su actividad a lo largo del Río Araguaia.

Este movimiento guerrillero tomó como denominación *Guerrilha do Araguaia*, y fue combatido por el ejército brasileiro, el que llevó adelante represión y erradicación de sus integrantes, hasta el día de hoy desaparecidos.

En 1979 el Estado Brasileiro dictó una ley de amnistía que hizo que el Estado no investigara los hechos, mucho menos procesado o sancionado a los culpables de las violaciones a los derechos humanos cometidas por el régimen militar.

Así en 1995, más precisamente un 07 de agosto, el Grupo Tortura Nunca Más de Río de Janeiro, la Comisión de familiares de Muertos y Desaparecidos Políticos del Instituto de Estudios de la Violencia del Estado y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (Cejil) iniciaron la petición ante la Comisión.

Las víctimas reconocidas en la sentencia fueron justamente los desaparecidos miembros del Partido Comunista de Brasil y campesinos de la región, como también sus familiares.

Fundamentos de la sentencia del caso (Ratio decidendi):

En enorme perjuicio del valor doctrinario y jurisprudencial de este fallo, *brevitatis causae* me exijo cercenar su análisis al estricto tópico que aboca a este trabajo, puesto que impone una interpretación sumamente amplia del deber de información del Estado.

Entre las consideraciones se destacan que: a) no hay ningún interés legítimo en reservar información relativa a la violación masiva de derechos humanos;

b) el desconocimiento de la verdad por parte de familiares y la falta de información es una situación equiparable a la tortura;

c) el Estado no puede negar información a jueces y organismos autónomos de investigación; d) la libertad de expresión y el acceso a información contribuyen a garantizar los derechos a la verdad, justicia y reparación.

Así se reputa una violación a este derecho, no solo la negativa a entregar documentos sino también, la falla de las autoridades en comprobar y evitar la destrucción de estos. Las limitaciones de los mecanismos del Estado, las ineficacias de las acciones civiles (judiciales) para acceder y de las mismas misiones estatales, como las normas que limitan legislativa y administrativamente el acceso a información reputada secreta, en conjunto han impedido la reconstrucción y esclarecimiento de los hechos.

Conviene aclarar que la destrucción de los documentos oficiales se ordenó en 1977 por un decreto 79.099, por lo que se volvió casi irremediable el perjuicio consumado a la verdad.

241 /

Es, en el párrafo 200, donde el fallo introduce una dimensión de este derecho que resulta novedosa por su alcance, dice la Corte IDH, que toda persona tiene derecho a conocer la verdad, especialmente en el caso de familiares de las víctimas de graves violaciones a derechos humanos.

Los familiares y la sociedad toda deben ser informados de todo lo sucedido respecto de esas lamentables violaciones, conforme lo reconoce este derecho a la verdad, como ya lo reconoció la misma Corte IDH en el caso *Velásquez Rodríguez*⁵⁴ y otros precedentes posteriores.

En este caso, el deber del Estado de dar acceso se transforma, en un deber positivo de investigar y dar respuestas como una forma de reparación, no pudiendo el Estado ampararse en mecanismos como el secreto de estado o la seguridad nacional para negarle a los jueces

54. Corte IDH. En “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”. Petición N° 7.920. Sentencia Serie C 4 del 29 de julio de 1988.

acceso, pues la calificación de secreta no puede depender justamente del órgano estatal a cuyos miembros se le atribuye la comisión de los delitos.

“la publicidad debe atravesar todas las etapas del accionar público y decantar desde la norma general a todo lo que hace a su instrumentación particular ya que solo así es posible prevenir en forma efectiva la configuración de nichos de impunidad”

CSJN. Caso CIPPEC (2014)

4. La información pública en la realidad jurídica nacional y federal

\ 242

a. El derecho en la Constitución Nacional (implícito).

Conviene iniciar resaltando que si bien nuestra Constitución Nacional carece de cláusula expresa que disponga el derecho de acceso a la información pública, lo cierto es que, como bien se analizará en los fallos de la Corte, este derecho es uno de los implícitos en el texto constitucional conforme lo autoriza el art. 33 de la misma.

Así, a través de la forma republicana y representativa (democrática) declarada en el art. 1, el constituyente introduce el principio de publicidad de los actos de gobierno, la participación ciudadana en las decisiones públicas a través de sus representantes, todo lo que implica sin dudas el reconocimiento implícito a este derecho.

El art. 14 reconoce los derechos a la libertad de prensa tiene este derecho como presupuesto necesario y el de peticionar a las autoridades de clara incidencia conforme lo detallado precedentemente.

El art. 38 pone en cabeza de los partidos políticos el derecho a

requerir y tener acceso a la información pública para el desenvolvimiento de su función democrática.

Por otro lado, las expresiones de la democracia participativa (art. 39 y 40) se tornan ilusorias si se carece de este derecho esencial para el desarrollo democrático de los individuos.

Finalmente, el artículo 75. Inc. 22 al incorporar al bloque constitucional los derechos humanos consagrados en convenciones internacionales, no hace sino incorporar el derecho expresamente reconocido en los instrumentos internacionales.

b. La ley nacional de acceso a la información pública (Ley 27.275).

Esta ley fue sancionada el 14 de septiembre de 2016 y publicada el día 22 de septiembre de 2016, cuenta con cuarenta artículos y esta dividida en cuatro título que abarcan, conforme Basterra:

En su **título preliminar** precisa el objeto y cada uno de los principios del derecho de acceso a la información; en su **título primero** delimita el contenido y alcance del derecho de acceso a la información, sus excepciones, las vías de acceso y reclamo, y la creación de la agencia de acceso a la información; en su **título segundo** impone la transparencia activa e impone la vía proactiva de acceso; finalmente en su **título tercero**, contiene cláusulas transitorias e invita a las provincias a adherirse.

Esta norma nacional ha sido fuente de este trabajo y, al mismo tiempo, fue un reclamo social y jurisdiccional de muchos años, brindando seguridad jurídica y reglamentando en un marco jurídico moderno este derecho humano fundamental.

b. El decreto nacional 1172/03.

Antecedente normativo de la Ley Nacional y una de las bases normativas de los precedentes jurisprudenciales que se analizan en este

capítulo, es el reglamento general de acceso a la información pública para el poder ejecutivo dictado por el Presidente Néstor Carlos Kirchner.

Entre sus mayores destacados, se establece una legitimación pasiva amplia, incluyendo al poder ejecutivo nacional ya sea que se trate de organismos, empresas, entidades, sociedades, dependencias y todo otro ente que funcione bajo su jurisdicción.

Extiende la obligación a organizaciones privadas que reciban fondos del erario nacional, bajo la forma de subsidios o aportes y aquellas instituciones o fondos cuya administración, guarda o conservación esté a cargo del Estado nacional, como también las empresas que presten servicios públicos o exploten un bien del dominio público.

c. Fallos trascendentes en la Justicia Federal:

i. ADC contra PAMI (2012)

A principios del mes de diciembre del año 2012, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó una sentencia⁵⁵ por medio de la cual se confirmó la condena al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados, en adelante PAMI, a que brinde información precisa respecto al presupuesto e inversión publicitaria durante el año 2009.

Cabe recordar que, desde la primera instancia, la suerte le fue adversa al PAMI, pues la Jueza Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal impuso condena y la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal la sostuvo rechazando la apelación interpuesta.

55. CSJN. En Autos "Asociación Derechos Civiles c. EN-PAMI (dto.1172/03) s. amparo ley 16.986". Sentencia del 04 de diciembre de 2012. Disponible en: <https://www.cij.gov.ar/adj/pdfs/ADJ-0.759089001354635680.pdf>

El fallo en sí tiene varios aspectos relevantes respecto del tema *sub examine* que pueden observarse en el sucinto análisis que sigue:

Resumen Fáctico:

La Asociación de Derechos Civiles⁵⁶ inició una acción de amparo contra el PAMI, a fin de que se le hiciera entrega de la información relativa al presupuesto de publicidad oficial del año 2009, a saber, el detalle de la inversión presupuestaria realizada en los meses de mayo y junio de 2009, discriminada por rubros y medios de comunicación, el tipo de campaña al que corresponde la asignación de la pauta, y los procesos de contratación utilizados.

Además de denunciar la violación de las normas convencionales vigentes, solicitó la aplicación del Decreto 1172/03 de acceso a la información pública, entendiendo que el PAMI está incluido en los sujetos obligados de la norma, pese al planteo del instituto de tener personalidad jurídica propia e individualidad financiera que surge de la ley de creación de este.

La Cámara de Apelaciones, por su parte, confirmó la condena entendiendo arbitraria la denegatoria del PAMI a brindar la información requerida, por contrariar el principio de publicidad de los actos de gobierno, pese a reconocer su naturaleza no estatal.

245 /

Fundamentos de la sentencia del caso (Ratio decidendi):

Si bien la sentencia analizada es la dictada por la Corte Suprema, justicia obliga detallar la caracterización de la legitimación pasiva que hizo la Cámara de Apelaciones resumida también en la citada.

Así, el fundamento de la Cámara para condenar al PAMI a la entrega de la información, aún ante el expreso reconocimiento de su

56. Asociación Derechos Civiles. <https://adc.org.ar/sobre-la-adc/>

naturaleza no estatal, fue conformado por los siguientes criterios: a) el carácter público de los intereses que gestiona, lo que conlleva b) su creación como persona de derecho público, c) la injerencia estatal en su gobierno, control y financiación, y finalmente, d) la recepción de subsidios o aportes del sector público nacional.

Adentrándonos ya en el fallo de la Corte Suprema, se destaca la consolidación de un criterio amplio de acceso, que se sienta en la relación existente entre la información y el interés público desarrollado.

Así, sostendrá la máxima Jurisdicción federal, que las especiales características del PAMI, los importantes y trascendentes intereses públicos involucrados en su accionar, pese a no tener naturaleza estatal, convierten su negativa de información en un acto arbitrario e ilegítimo, contrario al derecho de todo ciudadano, en tanto se traten de datos de indudable interés público, que hagan la transparencia y publicidad de la gestión de gobierno, pilares fundamentales de una sociedad democrática.

\ 246

El fallo reconoce la jerarquía convencional y constitucional del derecho de buscar y recibir información, destacándolo como contenido amplio del derecho a la libertad de pensamiento y expresión en sus dimensiones, individual y social.

Se dice, en la sentencia, que el derecho de acceso a la información encuentra fundamento en el derecho de toda persona de conocer la manera en que sus gobernantes y funcionarios se desempeñan, asignándole un carácter instrumental.

Por su parte, refiriéndose a la legitimación pasiva o lo que aquí llamamos sujetos obligados, se dice que se debe adecuar la normativa vigente a fin de garantizar el derecho no solo en el ámbito puramente administrativo o del Poder Ejecutivo, sino en todos los órganos del poder público, como única forma de regular y fiscalizar las instituciones, públicas o privadas, que ejercen funciones de carácter público.

Así, la naturaleza pública de la información deja de tener estrecha relación con la naturaleza del sujeto, para centrarse en el servicio o

función que el mismo ejerce, es decir, no solo los órganos estatales en todas sus ramas y niveles, sino también instituciones de otra índole, no estatales o privadas con capacidad estatal o ejercicio de funciones públicas.

Con cita al fallo Reyes, se destaca la instrumentalidad del derecho *sub examine*, que hace posible a las personas que se encuentran bajo la jurisdicción ejercer el control democrático de las gestiones estatales, cuestionando, indagando y considerando si es adecuado o no, en definitiva, instrumento esencial del control social de la gestión de intereses públicos.

Asimismo, se recordó el sentado criterio de que este derecho es también presupuesto básico del derecho a la libertad de prensa, en cuanto brinda el derecho no solo de dar, sino también de recibir información de especial relevancia en asuntos atinentes a la cosa pública o de trascendencia al interés general.

En esa profunda incidencia que se le reconoce en el sistema democrático, la Corte destaca su rol en la existencia de un debate plural de los asuntos públicos y su naturaleza indivisible con la libertad de pensamiento y expresión.

Así, surge entonces una caracterización del derecho como contracara del derecho a la libertad de expresión, por cuanto importa en esta faz social, el derecho colectivo de los ciudadanos a recibir información y a conocer el pensamiento ajeno.

También, al analizar la aplicación del Decreto 1172/03, resalta que el ejercicio de este derecho es una instancia de participación ciudadana consistente en requerir, consultar, y recibir información entendida como toda constancia que obre en poder o bajo control del sujeto obligado, o cuya producción haya sido financiada por el erario.

Por otro lado, también se destacó la trascendencia del derecho como oxígeno de la democracia, entendida ésta como la habilidad del individuo de participar en la toma de decisiones que lo afecten. Se promueve así la transparencia y la rendición de cuentas, procurando un debate público sólido e informado como condición de una democracia sana.

i.i. CIPPEC contra Min. Desarrollo Social (2014).

En 2014, siguiendo la línea del fallo ADC antes referido, la Corte Suprema hizo lugar al pedido de CIPPEC⁵⁷ una ONG que había requerido al Ministerio de Desarrollo Social, información referida a los planes sociales de asistencia a la comunidad que administraba.

En este sentido, la Corte Suprema en su sentencia⁵⁸, convalidó la sentencia de la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, que había revocado la sentencia denegatoria de la primera instancia.

Resumen Fáctico:

La ONG referenciada, inició un amparo contra el Estado nacional, específicamente, el Ministerio de desarrollo social, a fin de obtener respuesta en un pedido de información precisa sobre ayuda social otorgada a personas físicas y jurídicas, los padrones, las transferencias y subsidios otorgados, como también, su alcance territorial durante los años 2006 y 2007.

En el fallo, se destacan las posiciones de la Defensoría del pueblo de la Nación, el Instituto nacional contra la discriminación, xenofobia y racismo (INADI) y la Subsecretaría para la reforma institucional y fortalecimiento para la democracia (SRIyFD) que argumentaban que la información de identificación personal de los beneficiarios de ayudas sociales importaba un menoscabo a su intimidad y una verdadera estigmatización.

Por su parte, la Oficina Anticorrupción, señaló en un criterio contrario que no podía incluirse estos datos en la categorización de sensibles

57. Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento. <https://www.cippec.org/nosotros/>

58. CSJN. En autos "CIPPEC c. EN-Min. Desarrollo Social - dto.1172/03 s. amparo ley 16.986" Sentencia del 26 de marzo de 2014. Disponible en: <https://www.cij.gov.ar/adj/pdfs/ADJ-0.569225001395848223.pdf>

y que por tanto no podía vedarse su acceso al público por el interés social que acarreaba.

Estos órganos estatales establecen en definitiva las posiciones que sientan la base de discusión del fallo que, en definitiva, determinó la naturaleza de los datos requeridos y el alcance de la protección de los datos personales sensibles.

Finalmente, la Corte Suprema confirma la sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones en un fallo con votos concurrentes de todos los magistrados intervinientes, sosteniendo la condena al Ministerio de Desarrollo Social a entregar la información requerida.

Fundamentos de la sentencia del caso (Ratio decidendi):

El fallo en análisis tiene una especial redición de fundamentos análogos al caso ADC c. PAMI, antes desarrollado, así en ambos casos, se hizo una expresa mención y relación con el sistema internacional y regional de derechos humanos, destacando su enorme incidencia en lo que a este derecho respecta.

Dirán en consonancia ambos fallos, que la información no es propiedad del Estado, sino que pertenece a las personas, por ello su acceso no es una gracia o favor de las autoridades, sino su esencial obligación.

Por otro lado, la Corte vuelve a resaltar el carácter amplio de la legitimación activa, es decir que, cualquier persona tiene el derecho a requerir información sin alegar o explicitar interés directo o afectación personal, con el propósito de coadyuvar el ejercicio del derecho a saber de los miembros de la sociedad.

Ahora bien, sostiene el voto mayoritario que este derecho solo encuentra limite en un régimen limitado y expreso de excepciones acordes con una sociedad democrática y solo con el alcance proporcional de los intereses que los justifican.

En este sentido, en el aparente conflicto entre el acceso a la información y la protección de los datos personales, la Corte admite que

el dilema requiere una interpretación armónica de las disposiciones existentes dilucidando que las restricciones de interés legítimo vigentes para los datos personales, no se aplican cuando los mismos forman parte de la gestión pública y tienen un especial interés público como en el caso.

Así, la Corte entendió que el derecho de acceso a la información pública obra, en el supuesto y respecto de cualquier ciudadano, como el interés legítimo requerido para acceder a los datos, dejando circunscripto el debate a si el acceso a los datos de los beneficiarios afectaría sus derechos a la intimidad y dignidad.

En este sentido, el voto de la mayoría es contundente al afirmar que resulta indiscutible que para asegurar la publicidad que caracteriza el sistema republicano y garantizar el derecho a la información, el acceso debe atravesar todas las etapas del accionar público y decantar desde la norma general hasta su total instrumentación particular, como única forma de prevenir nichos de impunidad.

\ 250

Asimismo, los cortesanos condenan la *suerte de paternalismo* alegada por el Estado, cuando justamente del control social del accionar público de esos datos se podrían constatar los criterios empleados y la existencia de arbitrariedad o desigualdad, lo que redundaría en protección y no desmedro del colectivo vulnerable.

Es importante que se destaque que la máxima jurisdicción nacional, deja a resguardo la responsabilidad ulterior de quien procesa los datos o quien los utiliza con fines discriminatorios o estigmatizantes.

Concluye así, el voto mayoritario, que es medular la transparencia en el manejo de los fondos públicos y la participación ciudadana, como garantías indispensables para hacer efectivo el progreso y la protección de las personas. El control social en punto a la razonabilidad, eficacia y eficiencia de la instrumentación de políticas estatales permite definir si el accionar público contribuye o es disfuncional a los fines perseguidos.

También en línea con la propuesta de este trabajo, la Corte señala e íntima con claridad a los legisladores, en su responsabilidad de brindar

las pautas generales, uniformes que aseguren la previsibilidad en el ejercicio de este derecho a través de una ley estandarizada y razonable, como lo reclaman la sociedad y la comunidad internacional.

Destaco las apreciaciones vertidas en el voto concurrente de Petracchi, Argibay y Highton en cuanto a que, es la transparencia -y no la opacidad- la que beneficia a los vulnerables, se hacen así accesibles las ayudas y se garantiza que lleguen a quienes tienen derecho a ellas.

i.i.i. Giustiniani contra Y.P.F. S.A. (2015)

El 10 de noviembre de 2015, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó sentencia⁵⁹ en un caso emblemático, haciendo lugar al amparo presentado por, el entonces senador por la provincia de Santa Fe, Héctor Rubén Giustiniani.

De esta manera, se ordenó a YPF S.A., empresa con participación social estatal, que haga públicas las cláusulas del acuerdo de proyecto de inversión suscripto con Chevron Corporation para la explotación de hidrocarburos no convencionales en las áreas de Lomas de la Lata Norte y Loma Campana de la Provincia del Neuquén.

251 /

Resumen fáctico:

El 13 de julio de 2013, YPF y Chevron firmaron un acuerdo de proyecto de inversión para la explotación de hidrocarburos no convencionales en el yacimiento conocido públicamente como “Vaca Muerta”.

El acuerdo contaba con expresas cláusulas reservadas en las que se incluían cuestiones relacionadas a los flujos de dólares a *holdings*⁶⁰ en

59. CSJN. En autos “Giustiniani, Rubén Héctor c. Y.P.F. S.A. s. Amparo por mora”. Sentencia del 10 de noviembre de 2015. Disponible en <https://www.cij.gov.ar/adj/pdfs/ADJ-0.951412001447165194.pdf>

60. RAE. Diccionario. Holding: Sociedad financiera que posee o controla la mayoría de las acciones de un grupo de empresas. <https://dle.rae.es/holding>

otros países, contratos con proveedores y cuestiones geológicas estratégicas.

La intervención de Chevron en Argentina generó polémica ante la existencia de antecedente de grave daño ambiental que se tramitaba en una causa judicial en Ecuador.

Estos aspectos señalados motivaron al Senador Giustiniani a iniciar una acción judicial para acceder al contenido integral del acuerdo, la demandada por su parte alegaba ser una empresa privada no alcanzada por la obligación de publicidad y la existencia de secretos comerciales, científicos e industriales estratégicos.

Fundamentos de la sentencia del caso (*Ratio decidendi*):

Es conveniente iniciar destacando que, este fallo, resulta una reiteración de fundamentos de los antes desarrollados, a saber, *ADC* y *CIPPEC*, pero avanza en una interpretación mas amplia e integral del derecho.

En este sentido, las dos cuestiones esenciales que dilucida el fallo son: por un lado, si YPF es sujeto obligado y, por otro lado, si la información comercial estratégica resulta una excepción al deber de publicidad.

Respecto de este primer punto, ha destacado la Corte que la participación estatal en YPF fue obtenida por un proceso de expropiación por causa de utilidad pública mediante Ley 26.741 y que, conforme dicha norma, el Poder Ejecutivo Nacional, por sí u organismo designado al efecto, ejercerá los derechos políticos de la totalidad de las acciones designando incluso a los directores en representación de su participación.

También señaló que fue la misma presidenta quien, por Dto. 676/12 designó al Gerente Comercial de la empresa, Miguel Matías Galuccio y luego, a Axel Kicillof como director titular Dto. 536/13.

Estos aspectos permitieron entender que YPF S.A. funciona bajo la órbita del Poder Ejecutivo Nacional, pues es éste que ejerce los derechos políticos sobre la totalidad de las acciones expropiadas y despliega un control sobre ella capaz de determinar de manera sustancial los asuntos que requieran mayoría de accionistas, en línea con el objetivo de interés público de lograr el autoabastecimiento, exploración, explotación, industrialización, transporte y comercialización de hidrocarburos para el desarrollo económico con equidad social, creación de empleo e incremento de la competitividad de los sectores económicos nacionales y regionales.

Asimismo, fue tenido presente el reconocimiento que el mismo Poder Ejecutivo realizó en el dto. 1189/12 de regulación de provisión de combustibles y lubricantes donde se entendió a la firma como integrante del Sector Público Nacional, equiparándola a las empresas o sociedades del Estado.

Según la Corte, el Estado tiene la facultad de recurrir a figuras empresariales del derecho privado, en pos de ciertos cometidos públicos, agilizando la obtención de objetivos comerciales sin las limitaciones procedimentales de la Administración, pero ello no permite sustraerla de la obligación informativa.

El control democrático supone el acceso a la información pública, y que pueda realizar cualquier ciudadano para vigilar la marcha de los asuntos de interés general.

Adentrándose en la naturaleza de la información del caso, la Corte, admite que el derecho de acceso a la información no es absoluto y que admite limitaciones razonables, que deben perseguir objetivos legítimos y ser necesarias para una finalidad perseguida, así el secreto solo puede asegurarse para proteger un interés igualmente público.

En consecuencia, los obligados solo pueden rechazar una requisitoria de información solo cuando expongan, describan y demuestren que la entrega causara un daño, no alcanzando las afirmaciones genéricas e imprecisas para obstaculizar la divulgación de la información.

En tal sentido, señala, con gran acierto la Corte que convalidar este tipo de posiciones de vaguedad, significaría dejar librada la garantía de acceso al arbitrio discrecional del obligado, reduciendo la actividad del magistrado a conformar, sin posibilidad de revisión, el obrar lesivo.

Argumentos complementarios (Obiter Dictum):

Es interesante destacar, pues fue materia de disidencia, el argumento utilizado por el voto mayoritario para descartar la necesidad de un litisconsorcio pasivo, o la integración de la litis con Chevron en el caso.

A diferencia de lo sostenido por Highton, la Corte mayoritariamente sostuvo que el tercero (Chevron), más allá de su interés, al momento de suscribir el contrato revelado por la sentencia, conocía o debía conocer el régimen de publicidad al que se encontraba sometida la actuación de la sociedad con la que concluyó su negocio jurídico.

i.v. CoDIUNNE contra UNNE e ISSUNNE (2022)

A finales del año 2022, la Corte Suprema de Justicia dictó sentencia⁶¹ haciendo lugar a la queja y el recurso extraordinario federal por arbitrariedad interpuesto por *CoDIUNNE*⁶² ordenando a la Cámara de Apelaciones de Corrientes, el dictado de una nueva resolución.

La sentencia realiza una remisión al dictamen de la Procuradora, Laura Monti, quien con criterio entiende que la jurisdicción preinterviniente obró con excesivo rigor formal, sopesando el valor del derecho

61. CSJN. En autos: “Recurso de hecho deducido por la parte actora en la causa CO-DIUNNE c/ (ISSUNNE) - y/o Universidad Nacional del Nordeste s/ amparo por mora de la administración”. Sentencia del 8 de noviembre de 2022.

62. Consejo de Docentes e Investigadores de la Universidad Nacional del Nordeste. <https://codiunne.org.ar/institucional/>

de acceso a la información pública en relación con cuestiones procesales instrumentales.

Resumen fáctico:

La actora se presentó ante el Juez federal de primera instancia de Corrientes requiriendo se intime a las demandadas a brindar una respuesta a una requisitoria de información pública oportunamente realizada, a través de un amparo por mora.

Específicamente, se pidió a *ISSUNNE*⁶³ información vinculada a las empresas y personas físicas que prestan servicios o son proveedoras de dicho instituto, a saber, nombre o denominación social, DNI o CUIT, domicilio, copia del contrato celebrado con dicho proveedor y montos abonados a cada persona y/o proveedor en los últimos 2 (dos) años.

Conviene resaltar que antes de la sustanciación el Instituto contestó negativamente el pedido, aduciendo no ser de los sujetos obligados a brindar información pública por no recibir fondos del Estado Nacional.

255 /

Fundamentos de la sentencia del caso (Ratio decidendi):

La decisión, que destacó correcta, esta embebida en el dictamen de la Procuradora, que sostiene que si bien es cierto que la vía procesal elegida (amparo por mora) tiene por objeto una respuesta de la administración, el accionante había impugnado la denegatoria de acceso a la información, pidiendo que sea brindado el acceso por orden jurisdiccional.

63. Instituto de Servicios Sociales de la Universidad Nacional del Nordeste. <https://issunne.unne.edu.ar/quienes-somos>

En consecuencia, exigir al actor el inicio de un nuevo procedimiento para atacar el acto denegatorio, trasunta un injustificado rigor formal, ni pudiéndose perder de vista que la norma vigente consagra una vía rápida y expedita para impugnar las decisiones que denieguen acceso a información pública, sin necesidad de agotar la vía administrativa, ni se aplican supuestos de inadmisibilidad formal del amparo.

v. ACIJ contra Telefónica de Argentina S.A. (2021).

En diciembre de 2021, la Cámara Federal de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, dictó sentencia⁶⁴ en una causa iniciada por ACIJ contra la empresa Telefónica Argentina Sociedad Anónima (TASA).

\ 256

En este caso, tanto la Jueza federal de primera instancia como la Cámara le dieron la razón a la accionante y ordenaron a la empresa a brindar información referida al mismo. El fallo es interesante por cuanto es un precedente de la legitimación pasiva de las empresas privadas como sujetos obligados de esta prerrogativa del ciudadano argentino.

Resumen fáctico:

En 2019 la empresa TASA se negó a brindar información sobre la provisión de sus servicios en villas y asentamientos del área metropolitana de Buenos Aires, conforme lo había pedida ACIJ para revertir la discriminación que sufren quienes habitan en dichos barrios para acceder al servicio de Internet.

La empresa, justamente se había negado argumentando que no podía brindar información geo-referenciada de sus servicios de

64. Cám.Cont.Adm.Fed. Sala III. En autos “Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia C/Telefónica de Argentina Sa s. Amparo Ley 16.986”. Sentencia del 02 de diciembre de 2021.

telefonía y, que no se encontraba obligada a brindar datos de sus servicios de internet por no ser un servicio público. Asimismo, sostuvo que la información requerida no era de naturaleza pública y por tanto accesible para la accionante.

Fundamentos de la sentencia del caso (Ratio decidendi):

El argumento de TASA, respecto de que internet no resultaba un servicio público cuya explotación por la demandada importaba la obligación de informar, hizo a la Jueza sostener que había dos tipos de obligados del sector privado, a saber, los concesionarios, permisionarios o licenciatarios de servicios públicos y, los concesionarios y permisionarios de uso del dominio público, en la medida que cumplen servicios de interés público.

En este sentido, destacó la primera instancia que TASA, además de ser licenciataria del servicio público de telefonía, es una empresa licenciataria de tecnología de las comunicaciones (TIC) cuyo desarrollo fue declarado de interés público permitiendo a los usuarios el acceso a la información de prestación del servicio.

También destacó la magistrada que la georreferenciación de sus usuarios era una actividad propia de la empresa, que publicaba y mantenía la guía telefónica actualizada y pública incluso disponible de forma online, desbaratando la objeción de la empresa.

Consecuentemente, la Cámara de Apelaciones, introduce el concepto de legitimación pasiva amplia como coherente respuesta ante el principio de máxima divulgación y el *in dubio pro petitor* que rigen la materia, no surgiendo cuestionable que se obligue a TASA en su carácter tanto de prestadora del servicio público de telefonía, como prestadora del servicio de internet usuaria del dominio público estatal (espectro radioeléctrico).

En consecuencia, los hechos de desarrollar una actividad en el espectro radioeléctrico del Estado y la declaración de interés público

257 /

de las TIC, hacen a la legitimación pasiva de TASA y a la naturaleza pública de la información referida a sus servicios de internet.

Argumentos complementarios (Obiter Dictum):

Si bien forma parte de la sentencia y la condena a TASA, lo cierto es que esta argumentación escapa al fondo esencial del caso, pero resulta interesante a los fines de delimitar el alcance del derecho y sus principios.

La norma que establece que el sujeto pasivo debe entregar la información como está, sin procesarla o clasificarla, debe interpretarse con armonía con el principio *in dubio pro petitor*, es decir, siempre en favor de la mayor vigencia y alcance del derecho a la información.

Así el fallo también flexibiliza la posición estricta respecto a la clasificación y procesamiento de la información, imponiendo un horizonte de transparencia activa que importa también un miramiento adecuado con los principios del derecho en pugna.

“las autoridades competentes están obligadas a difundirlos... garantizando al ciudadano el acceso al conocimiento... de manera oportuna, actualizada, completa y gratuita”

Constitución Provincial. (2007)

1. La información pública en la realidad jurídica provincial

a. La garantía de acceso en la Constitución de Corrientes.

La Constitución de Corrientes contiene expresamente consagrado el derecho de acceso a la información pública, así como sendas ga-

rantías constitucionales que lo no solo lo resguardan, sino que imponen la forma de instrumentarlos.

En principio, como la Constitución Nacional, lo consagra implícitamente en sus artículos 1°, 3°, 6°, 27°, y 31° al declarar lo forma representativa republicana para su gobierno local, la soberanía popular, la libertad de expresión, examen y censura de autoridades, razonabilidad, existencia de derechos implícitos.

Asimismo, en su art. 21° reconoce expresamente el principio de publicidad de los actos de gobierno, impone la forma del boletín oficial, y la difusión en medios de comunicación e información. Consagra la garantía de acceso a la información y conocimiento del ciudadano de manera oportuna, actualizada, completa y gratuita.

Finalmente, en su art. 232°, vuelve a reconocer el principio de publicidad, esta vez en el ámbito municipal, concluyendo con una manda expresa que reza *“La petición de información formulada por los vecinos en ningún caso puede serle negada”*

259 /

b. Ley provincial de derecho a la información y derecho de acceso a documentos administrativos (Ley 5.834).

La ley es una norma vetusta de 2008, que ha quedado totalmente desactualizada, por cuanto no se condice con los parámetros y principios convencionales, constitucionales y jurisprudenciales vigentes.

En principio, la legitimación activa, lejos de ser amplia requiere acreditación o invocación de un interés legítimo contradiciendo el sistema interamericano de derechos humanos.

La legitimación pasiva es confusa, por cuanto su articulado habla de órganos públicos de la provincia, pero la ley se auto circunscribe al ámbito del poder ejecutivo provincial.

La determinación de información publica es adecuada, aunque su acceso gratuito solo se aplica al examen y no a las copias o reproducciones.

El plazo de treinta días dispuesto es un plazo que atenta contra el principio de oportunidad, salvo casos donde la información no este disponible fundadamente.

c. *Sentencia Pelozo y otros*. La falta de transparencia y el delito de incumplimiento deberes de funcionario público

Durante el mes de septiembre de 2022, el Tribunal Oral Penal⁶⁵ de la ciudad de Goya, dictó la Sentencia N° 250 en la que juzgo varios hechos cometidos por otrora autoridades de la Municipalidad de San Roque.

Entre esos hechos investigados, entendió configurado el delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público, justamente ante la gravísima omisión dolosa de publicar los actos de gobierno en el boletín oficial.

\ 260 A lo largo de sus páginas, es interesante la visión integral que desarrolla el Tribunal sobre la importancia y el nivel de afectación de la comunidad por la conducta de los condenados.

Se lo trae a colación como fuente jurisprudencial para este trabajo, por cuanto al tratar la naturaleza de orden público y republicano que tiene el deber de publicar y suministrar la información pública, el análisis de este caso se hace esencial.

i. Resumen fáctico:

Se condenó a prisión a Orlando Raúl Pelozo y Carlos Guillermo Pelozo, ambos intendentes municipales de San Roque sucesivamen-

65. T.O.P. Goya. En autos “Pelozo Marcelo Fabian y Pelozo Carlos Guillermo p. Incumplimiento de los deberes de funcionario público - San Roque (T.O.P. N° 9517)” Expte. PXG 27801/18. Sentencia 250 del 14 de septiembre de 2022. Disponible en: <https://www.juscorrientes.gov.ar/wp-content/uploads/sin-categoria/pdf/2022/S.-250.ExptePXG27801-TOP-GOYA.pdf>

te electos desde 2001 hasta 2017, por el delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público conforme el art. 248° del Código Penal Argentino.

La conducta punible descripta en la sentencia, entre otros varios hechos imputados, fue la omisión de publicar los actos de gobierno en el boletín oficial, llevada adelante con pleno conocimiento de las obligaciones legales, la voluntad de no ejecutarlas y, sin ninguna justificación legal admisible.

El tribunal entendió que el hecho cometido por Orlando Raúl Pelozo y Carlos Guillermo Pelozo durante sus mandatos de omitir deliberadamente dar a publicidad sus actos de gobierno, dejó en un estado de incertidumbre total a las gestiones venideras sobre la manera en la que administraron la comuna.

Los Jueces, por unanimidad, sostuvieron que el daño causado era imposible de remediar por el extenso lapso temporal de desidia y autoritarismo con el que los condenados condujeron los designios del municipio de San Roque, luego de ser votados por su pueblo para que los represente, traicionando su voluntad con sus manejos imposibles de ser medidos o evaluados.

261 /

e. Fundamentos de la sentencia del caso (Ratio Decidendi):

En la sentencia entendieron que, como intendentes, los encartados eran los funcionarios públicos obligados, reglamentaria y jurídicamente, a cumplir con la obligación de dar a publicidad los actos de gobierno.

Dijeron que la omisión de ejecución de leyes, cuyo cumplimiento les estaba impuesto en su calidad de funcionarios, como si no existieran configura el delito mediante conductas omisivas de rehusar hacer o retardar algún acto de su oficio.

Así en calidad de funcionarios públicos jerárquicos, obviamente obligados a sujetarse a las leyes que regulan el funcionamiento de los organismos estatales, omitieron dolosamente a su arbitrio y sin

sujeción a las normas locales y provinciales, substrayendo su accionar al control y vigilancia de otros funcionarios que pedían informes, sin dejar registros, auditorías y, en definitiva, de la comunidad toda, generado perjuicio a la comunidad y a los particulares que debieron accionar judicialmente.

En este caso, consideraron que el tipo penal protege la transparencia, buen servicio y sobre todo que la administración pública se halle ceñida a la legalidad, que es la base, las discrecionalidades se pueden dar solo dentro de la ley. Haciendo hincapié en ese principio que la ley provincial consagra, en la faz subjetiva hubo dolo de los imputados, tuvieron oportunidades, conocían la ley y era una facultad del intendente y secretario, cumplir.

Se advirtió que en el caso se discutieron cuestiones que exceden el interés individual, pues se proyectan sobre instituciones básicas del sistema republicano de gobierno, tratándose de un tema que reviste trascendencia jurídica o comunitaria, configurado una hipótesis de alteración del orden público que compromete valores sociales.

Valoraron, los magistrados, que los imputados eran entonces titulares de la cartera ejecutiva municipal, los bienes jurídicos afectados, trascendencia de las maniobras pesquisadas, la posición asumida por los imputados, la vulneración del deber público, la ausencia de la acción esperada y la posibilidad de realizarla, el riesgo de la integridad de la población, que no se pudo dilucidar destino de los fondos; todo lo cual permite aseverar que la actuación de los encausados se encuentran comprendido en la calificación jurídica asignada en la presente.

Por su parte el Dr. Carbone, resaltó que *no puede perderse de vista que, estos hechos investigados se relacionan con conductas consideradas especialmente graves y así se promueve su prevención y el Estado Nacional se ha comprometido a perseguirlas, tanto por la “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción” (ley N° 26097) como la “Convención interamericana contra la Corrupción” (ley N° 24759) debiendo aplicarse políticas coordinadas y eficaces, la obligación de rendir cuentas así como,*

en definitiva, combatir la corrupción en todas sus formas incluida la recuperación de activos, la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos; siendo responsabilidad de los Estados la erradicación de la impunidad, decidiendo hacer todos los esfuerzos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y en los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio, en su la participación como autor, coautor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refieren dichos instrumentos, remarcándose la malversación y enriquecimiento ilícito, entre otros.

De esta manera, concluyeron que se había conculcado el bien jurídico protegido en la norma del art. 248° del C.P.A., lisa y llanamente, el correcto, normal y recto funcionamiento y desarrollo de la administración pública, recayendo la conducta sobre el sujeto pasivo: la administración pública municipal de San Roque.

Así, el no acatamiento de las normas, omitiendo la ejecución de las leyes cuyo cumplimiento les estaba impuesto en su calidad de funcionarios públicos al frente del municipio sanroqueño, no exige malicia, ni pretensión de daño en el sujeto activo; sí un dolo directo, más allá de querer no acatar la manda discernida en cabeza y dentro del ámbito de incumbencia funcional del agente público, la omisión de la publicación de los actos de gobierno desde el año 2008 al 2017, previsto por la Ley N° 6042, Constitución Provincial en orden a la publicación de los actos de gobierno en el Boletín Oficial.

263 /

“los ejercicios confidenciales de rendiciones de cuentas a puertas cerradas carecen de credibilidad ya que la falta de publicidad las convierte en farsas, en caricaturas de rendiciones de cuentas”

Roberto Ulises Candas. Juez. “Caso Hadad” (2017)

1. La información pública en la realidad jurídica municipal

a. El acceso a la información pública municipal en la Constitución de Corrientes.

Conforme ya fue detallado supra, el art. 232° de la Constitución de la provincia es una verdadera garantía de acceso para los vecinos de las distintas municipalidades de Corrientes. Por razones de brevedad me remito a ese apartado antes desarrollado.

b. Ley provincial orgánica de municipalidades (Ley 6042).

La Ley provincial orgánica de municipalidades es un cuerpo normativo de aplicación supletoria e interpretativa en el ámbito municipal, se aplica en Municipalidades sin carta orgánica sancionada y, en las que tienen tiene una función de suplir silencios y lagunas.

Asimismo, es una ley que dispone los principios y reglas del régimen municipal de la provincia, así como todo lo relacionado a las relaciones intermunicipales, y con el estado provincial.

En su texto, hay varios reconocimientos expresos del principio de publicidad de los actos de gobierno, así el art. 18 habla de la publicidad de los actos en el Boletín Oficial municipal o provincial en caso de no existir, imponiendo claramente la causal de destitución ante la omisión de autoridad de publicar.

En el art. 19 se impone una transparencia activa, es decir, una vía proactiva de acceso, como es la difusión por medios masivos de difusión de los datos de la marcha financiera y económica del municipio.

Finalmente, el art. 20° consagra el derecho de acceso a la información publica completa, veraz, adecuada, gratuita y oportuna, de cualquier órgano perteneciente a la administración pública de la Municipalidad y de todas las empresas privadas prestatarias de servicios públicos.

Esta reglamentación legal, es clara contundente y se corresponde con los principios y bases convencionales del derecho, demostrando que esta ley pase haber sido sancionada en 2011 ya receptaba adecuadamente las responsabilidades estatales.

b. El acceso a la información pública en Cartas Orgánicas Municipales.

Las Cartas Orgánicas Municipales más modernas, como la de Corrientes, San Roque, Virasoro y Santa Lucía consagran expresamente el derecho de acceso a la información, como también el principio de publicidad de actos de gobierno.

Ahora bien, como se detalló *supra*, en casos donde la Carta Orgánica no los recepte, lo cierto es que la aplicación supletoria de la Ley provincial 6042 y la manda constitucional provincial del art. 232 conforman la garantía y el derecho de acceso sin importar el Municipio.

c. Fallos trascendentes de acceso a información pública municipal

i. Aromi c. Municipalidad de Mburucuyá.

Este caso comprende varias sentencias que son de sumo interés por cuanto importa un caso que actualmente se encuentra tramitando

ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación y, en consecuencia, tiene potencialidad de volverse un precedente Nacional.

Resumen fáctico:

Durante el año 2016, el concejal de Mburucuyá, José Gustavo Aromi, presentó notas al Intendente municipal, Cristian Sebastián Guastavino y a la Presidenta del Concejo Deliberante, Sonia Ramírez, requiriendo copias certificadas del balance y memoria anual 2015, nomina de empleados públicos del Estado y los balances del Concejo Deliberante del primer y segundo trimestre 2016.

Ninguna de sus requisitorias fue contestada y el 08 de marzo de 2017 inició un amparo por mora contra la Municipalidad requiriendo se ordene a los departamentos legislativo y ejecutivo la entrega de la documentación incoada.

La demanda se radico en el Juzgado en lo Contencioso Administrativo 2 de la ciudad de Corrientes, a cargo de la Dra. María Belén Güemes, donde tuvo una sentencia parcialmente favorable.

Luego por apelación de la demandada, intervino la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Electoral de Corrientes, que confirmó la sentencia de primera instancia, lo que motivó la interposición del recurso extraordinario que elevó la causa al Superior Tribunal de Justicia.

Fue en el máximo órgano jurisdiccional de Corrientes, donde sorpresivamente para el actor, se acogió la defensa de la Municipalidad, revocando las sentencias anteriores y rechazando la acción del amparista.

Sentencia⁶⁶ esta ultima que será objeto de crítica en el presente trabajo y que se encuentra bajo análisis de la Corte Suprema de Jus-

66. STJ Ctes. En autos: "Aromi Jose Gustavo c. Municipalidad De Mburucuya s. Amparo Por Mora" Expte. EXP 147271/17. Sentencia 18 del 05 de junio de 2019.

ticia de la Nación, por medio de un Recurso extraordinario de hecho deducido por el actor.

Fundamentos de las sentencias de instancias inferiores (Ratio decidendi):

Comenzando por la sentencia⁶⁷ de primera instancia, cabe decir que la Jueza analiza la naturaleza del amparo por mora, determinando que ante la omisión de la autoridad en un expediente administrativo quien es parte en el expediente puede requerir una orden de pronto despacho para emitir dictamen, o la resolución de mero trámite o de fondo que requiera el interesado

En el caso, la Jueza entendió que además arcaba el derecho a acceder libremente a la información existente en archivos y documentos del Estado, garantía fundamental de la democracia en cuanto asegura la participación ciudadana en la discusión y decisión de los asuntos comunes.

267 /

Entendió que el actuar del Estado debía estar ajustado a los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, por cuanto el derecho deriva de la forma republicana de gobierno conforme el texto constitucional y el derecho a peticionar a las autoridades.

Con respecto a la legitimación activa del concejal resaltó que el derecho a la información resulta una excepción por cuanto la sola condición de vecino alegada resultaba suficiente para justificar la solicitud.

Consideró que había operado una demora no razonable en brindar respuestas al concejal, y en consecuencia entendió procedente el amparo por mora contra el Ejecutivo Municipal ordenando la puesta a disposición de la documentación requerida.

67. Juzg.Cont.Adm. 2. Ctes. En autos "Aromi Jose Gustavo c. Municipalidad De Mburucua s. Amparo Por Mora" Expte. EXP 147271/17. Sentencia 24 del 8 de agosto de 2017.

En orden a lo requerido al Concejo Deliberante, entendió que no se integró adecuadamente la litis, pese a haber sido demandada la Municipalidad como persona de derecho público, por cuanto pretendía que el Concejo Deliberante como órgano sea citado a juicio de forma autónoma conforme criterio del Superior Tribunal.

Este fallo fue confirmado por la Cámara de Apelaciones, que desestimó el recurso interpuesto por la Municipalidad en su sentencia⁶⁸ con voto de la Dra. Nidia Alicia Billinghamurst y adhesión de la Dra. María Herminia Puig.

Las juezas entendieron que el recurso solo contenía meras expresiones de desacuerdo que no se erigían como crítica seria, concreta y razonada, así como tampoco acreditaba el menoscabo que le causa la orden judicial, ni la gravedad de poner a disposición del actor información pública.

Destacó que la información requerida debía necesariamente existir en el registro del Municipio, no generándole mayor inconveniente en la marcha de la administración.

La revisora entendió que obraban acreditadas las demoras injustificadas, el transcurso de plazo más que razonable en una conducta municipal en abierta contradicción con los derechos y garantías constitucionales invocados por el accionante, los que merecen especial tutela por una decisión judicial justa y equitativa.

Fundamentos de la sentencia del Superior Tribunal (Ratio decidendi):

Así las cosas, fue en instancia extraordinaria que la posición de la Municipalidad encontró sorpresivo acogimiento en una sentencia basada en el voto del presidente, Dr. Luis Eduardo Rey Vázquez, que luego compartieron sus colegas.

68. Cám.Apel.Cont.Adm. Ctes. En autos “Aromi Jose Gustavo c. Municipalidad De Mburucuyá s. Amparo Por Mora” Expte. EXP 147271/17. Sentencia del 01 de junio de 2018.

En el fallo en cuestión se decidió revocar las sentencias dictadas precedentemente, argumentando una incongruencia entre la pretensión sustancial de acceso a información pública y la vía de amparo por mora que solo autoriza ordenar un pronto despacho.

Pese a la posibilidad de reconducir la causa o declarar una nulidad para ordenar un nuevo proceso, el Superior Tribunal, en instancia extraordinaria, ingresa a la jurisdicción positiva rechazando la acción con costas.

En este sentido, conviene criticar alguna de las consideraciones vertidas, a saber, por un lado, sostienen los Jueces que pese haberse acreditado la presentación de notas en el Ejecutivo municipal, no se observa la existencia de un procedimiento en que la administración tuviera que pronunciarse.

Por otro lado, sostuvo la sentencia que el deber de publicidad exige la publicación en el boletín oficial y en medios de comunicación e información, no que se le suministre personalmente acceso al actor conforme lo requirió.

269 /

Crítica al Fallo:

El fallo ha sido puesto en crisis por un recurso extraordinario federal y un recurso de hecho federal ante la Corte Suprema de Justicia que ha requerido el expediente actualmente en trámite ante esa máxima jurisdicción nacional, como se recalcó supra.

Ahora bien, debemos decir que es acertado el fallo en cuanto detecta la existencia de una incongruencia entre la finalidad de un amparo por mora con la pretensión sustancial esgrimida por el actor.

La discusión se centrará en, sí el Superior Tribunal de Justicia tiene facultades en instancias extraordinarias de hacer prevalecer una cuestión formal en defensa de un Estado por encima un derecho fundamental del ser humano, como lo venimos sosteniendo hasta aquí.

En principio, la respuesta a la luz de los principios que rigen el derecho de acceso a la información pública manifiestamente aparece como contraria a la validez de la sentencia escrita por el Dr. Rey Vázquez.

Así, los derechos a la tutela judicial efectiva y las garantías constitucionales que se le reconocen al Sr. Aromi, como vecino y concejal, no pueden ser soslayadas o vueltas ineficientes por un error material del justiciable.

Abona esta postura la introducción del Superior Tribunal en la jurisdicción positiva, pese a ser una instancia extraordinaria, y la decisión de rechazar una acción tendiente a obtener información pública.

La abierta contradicción de la sentencia con el artículo 232 de la Constitución provincial denota la profundidad del agravio constitucional que importa un fallo de esta naturaleza.

Finalmente, surge abrumador el cuestionamiento de qué debe ordenarse en un amparo por mora donde la Constitución y la Ley ordenan sin hesitación alguna la respuesta debida.

Es decir, si bien el amparo por mora importa el requerimiento judicial de decisión sin importar el sentido, lo cierto es que en el supuesto *sub examine* la Constitución provincial prohíbe denegar el pedido de información de un ciudadano (art. 232 *in fine*), por lo que la decisión de primera y segunda instancia aparecen claramente razonables.

i.i. Hadad c. Municipalidad de San Roque (2017).

La sentencia⁶⁹ bajo análisis resulta la primera de una serie de precedentes judiciales que importaron el reconocimiento judicial del derecho de acceso a la información pública en el ámbito municipal de por parte de la Justicia de Corrientes.

Resumen fáctico:

El entonces concejal de la localidad, Raúl Eduardo Hadad, se presentó ante el Departamento Ejecutivo de la Municipalidad de San

69. Juzg.Civ.yCom. 1. Goya. En Autos “Hadad Raúl Eduardo c. Municipalidad De San Roque (Ctes.) s. Amparo” Expte. GXP 30427/17. Sentencia N° 3 del 07 de Agosto de 2017.

Roque, requiriendo en su doble carácter (legislador y ciudadano) por nota, copias de los balances o memorias anuales 2015, informes de ejecución presupuestaria de nueve meses de 2016 y un detalle del estado de una obra pública (peatonal Berón de Astrada).

Ante la falta de respuesta de la administración por más de treinta días, inició la acción de amparo ante el Juzgado con competencia en lo contencioso administrativo de Goya.

El Juez, Roberto Ulises Candas, hizo lugar a la acción de amparo y condenó a la Municipalidad de San Roque, más precisamente a su Intendente, Carlos Guillermo Pelozo, a la entrega de la información requerida, asimismo exhortó a las autoridades a retomar el dialogo institucional y ajustar sus conductas a la Carta Orgánica Municipal y las Constituciones provincial y nacional.

Fundamentos de la sentencia del caso (Ratio decidendi):

El magistrado para tomar la decisión detallada comienza rechazando excepciones previas interpuestas por la Municipalidad que desconocía el carácter de concejal del accionante, cuestión que fue desvirtuada por cuanto la jurisdicción entendió, con acierto, que la calidad de concejal en una localidad pequeña, donde solo hay siete, es del dominio público conocido por todos o casi todos los vecinos, imposible de ser desconocido por quien se desempeñaba como Intendente.

Asimismo, el sentenciante destacó que Hadad, tanto en sus notas como en su rol de concejal, dejó acreditada su calidad de vecino de la localidad y, conforme los arts. 40 inc. 8 y 48 de la Carta Orgánica Municipal, en adelante COM, *tendrá acceso a la información pública y legitimación sustancial activa procesal, para exigir el cumplimiento de lo reconocido por dicho cuerpo normativo.*

En este sentido, se entendió que el proceder del Ejecutivo Municipal de pretender excusarse en omisiones formales como la negación del carácter de concejal o el desconocimiento de la identidad del

271 /

peticionante, con el único fin de no brindarle la información requerida, resultó a todas luces injustificado, arbitrario y, sin dudas, una actividad ilegítima.

Luego, en orden a la admisibilidad de la vía de amparo el Juez entendió que acreditada que fuera la petición de información y la falta de respuesta oportuna del Ejecutivo Municipal, se configura una omisión ilegítima que habilita la acción de amparo.

En cuanto a la urgencia, la entendió configurada por el plazo que el Ejecutivo municipal omitió resolver las peticiones requeridas e incluso el tiempo que sumaría y conllevaría una acción ordinaria o de conocimiento para lograr la finalidad buscada.

Respecto de la caducidad para iniciar la acción, el magistrado sostuvo que, en principio, los urgimientos o escritos de pronto despacho interrumpieron el plazo, pero que en estos supuestos existe ilegalidad continuada, que habilita la instancia judicial para garantizar la tutela judicial efectiva.

\ 272 Resaltó por otro lado que la situación de hecho que el amparista denunciaba se proyectaba de forma directa sobre garantías que hacen al sistema republicano adoptado por la Constitución nacional y provincial.

Dijo, además, con gran acierto y lo cito textualmente que: *encontrándose en juego en el presente proceso el derecho de acceso a la información pública, el que puede ser ejercido permanentemente y no en un acto único, daré preeminencia a la garantía de acceso a la Justicia, la que no puede ser retaceada legalmente de manera arbitraria, y rechazaré la defensa en examen.*

Adentrándose en el fondo de la cuestión, sostuvo que la normativa citada por el amparista no dejaba resquicio alguno para la duda, es clara y contundente, el Ejecutivo debe cumplir con el principio de publicidad de los actos de gobierno, fiel expresión de la forma republicana adoptada por los constituyentes, como se desprende de la Carta Orgánica (art. 10) y de conformidad con los principios, derechos y garantías consagrados en las Constituciones provincial y Nacional.

Con cita a autores el Juez refirió que una consecuencia inmediata de la democracia representativa y la propiedad colectiva sobre las finanzas del Estado es el derecho del ciudadano de acceder a la información de los asuntos públicos, por principio de transparencia democrática.

Destacando las normas de la COM que establecían el claro y manifiesto deber del Ejecutivo Municipal de publicar en el boletín oficial, en medios de comunicación masiva y, disponibilizar en lugares publico la información que era requerida en el amparo, el magistrado entendió que la conducta asumida por el Intendente al contestar el informe de ley es contraria a las normas y al principio de buena fe que debe reinar los procesos judiciales.

En clara conclusión, el sentenciante sostuvo que el intendente no puede excusarse de entregar la información al concejal, por haberla remitido al Concejo Deliberante, pues dicha conducta contraria el derecho de información y la amplia legitimación que reconoce la COM.

273 /

La sentencia tambien destaca que la presentación de obstáculos formales para conseguir lo pretendido por el actor, es contraria no solo al principio de buena fe procesal, sino tambien contrario al rol institucional que le cabe como Intendente Municipal y al derecho-deber de información que debe asumir como funcionario público y máximo referente de la localidad. Responsabilidad que la ciudadanía aspira sumida por sus representantes.

Reconoce el Juez que el Código Iberoamericano de Buen Gobierno de 2006 destaca que *la responsabilización y la transparencia deben ser particularmente válidas para el alto escalafón gubernamental, de tal manera que los patrones de calidad y comportamiento ético deben ser respetados por todos aquellos que ocupan cargos públicos y no solo por los funcionarios de carrera.*

En este sentido, resalta el art. 232 de la Constitución provincial, en cuanto dispone que la petición de información formulada por los vecinos en ningún caso podrá serle negada, por la sencilla razón que los

ejercicios confidenciales de rendiciones de cuentas a puertas cerradas carecen de credibilidad ya que la falta de publicidad las convierte en farasas, en caricaturas de rendiciones de cuentas. Por eso deben estar sujetas a estándares de transparencia, austeridad y eficiencia.

Por su parte, si bien no era norma vigente por falta de adhesión de la provincia de Corrientes, cito la Ley Nacional 27.275 destacando y detallando sus principios, como presunción de publicidad, transparencia y máxima divulgación, informalismo, máximo acceso, apertura, disociación, no discriminación, máxima premura, gratuidad, control, responsabilidad, alcance limitado de las excepciones, *in dubio pro petitor*, facilitación y buena fe.

También destacó la innecesaria acreditación de interés legítimo o derecho subjetivo en lo que a la petición de información pública refiere, como manifestación del derecho a buscar, acceder, solicitar, recibir, copiar, analizar, reprocesar, reutilizar, y redistribuir la información en custodia del Estado.

Concluyó el magistrado que, *en orden a la amplia legitimación reconocida por la Carta Municipal, del derecho de acceso a la información que es inherente al sistema republicano y a la publicidad de los actos de gobierno, que permiten auditar en forma permanente y libre la gestión pública de los gobernantes, admitiré el reclamo y ordenare a la Municipalidad de San Roque que haga entrega al amparista de la información requerida.*

Argumentos complementarios (Obiter Dictum):

Si bien no hacen al derecho de acceso a la información, en sí mismos, es interesante revisar algunos argumentos que de manera clara flexibilizaron lo formal del proceso judicial en beneficio del peticionante de información.

Así, sostuvo el Juez que los plazos en el procedimiento administrativo -salvo el de los recursos- no son perentorios, y el archivo de las actuaciones administrativas debe ser la última alternativa, ya que además

del interés particular que invocó el peticionante, siempre se encuentra comprometido el interés público, aunque sea indirectamente.

Asimismo, sostuvo que la existencia de otras vías procesales como la acción contenciosa administrativa, por sí misma, no es causal de inadmisibilidad del amparo, pues comporta un planteo dogmático cuando el recurrente no alega cual ha sido la defensa o prueba que el proceso sumarísimo le hubiese impedido deducir o producir.

Ambos criterios que denotan una tutela judicial efectiva en casos como el de análisis, donde se conculcan derechos humanos debidamente reconocidos.

i.v. Magaldi c. Municipalidad de Pago de los Deseos (2019).

En sentencia⁷⁰ de octubre de 2019, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Electoral de la provincia de Corrientes, revocó el fallo dictado por la Jueza en lo Contencioso Administrativo N° 1 de la ciudad de Corrientes haciendo lugar a la acción de amparo y ordenando la entrega de un informe de ejecución presupuestaria a la entonces concejala Sintia Magaldi.

275 /

Resumen fáctico:

Durante el año 2016, la concejala Sintia Soledad Magaldi se había presentado por escrito ante el Departamento Ejecutivo de la Municipalidad de Pago de los Deseos, requiriéndole a su Intendente, Eduardo Ramón González, una copia certificada del informe de ejecución presupuestaria del primer trimestre de 2006.

Ante la falta de respuesta en un lapso prolongado, la funcionaria decidió iniciar una acción de amparo contra la Municipalidad de

70. Cám.Apel.Cont.Adm.yElec. Ctes. En autos “Magaldi Sintia Soledad c. Municipalidad De Pago De Los Deseos s. Amparo (Contencioso)” Expte. EXP 140653/16. Sentencia 378 del 10 de octubre de 2019.

Pago de los Deseos ante el Juzgado con competencia contenciosa administrativa de la ciudad de Corrientes.

La sentencia de primera instancia le fue adversa, conforme los argumentos esgrimidos en esa instancia por la magistrada, María Gabriela Romero Feris.

La Jueza sentenció que la actora, como concejal no podía desconocer las normas que regían su función y la del Concejo deliberante, debiendo haber formulado un proyecto resolución de pedido de informe que una vez aprobado obligaba al intendente y no una simple nota en el departamento ejecutivo.

Así la magistrada correntina entendió que no existía para la concejala peticionante un derecho cierto ni líquido por omisión de los procedimientos esenciales del Concejo Deliberante para petición de información al titular del Ejecutivo.

\ 276

Cabe recordar también, por alarmante, que la magistrada sostuvo que al no haber ordenanza de presupuesto municipal sancionada por el Concejo, no se podían requerir o solicitar el informe de su ejecución.

En fin, la petición fue acogida por el recurso de apelación impetrado por la actora que dio lugar al fallo bajo análisis, construido sobre el voto de la Dra. Martha Helia Altabe y la adhesión de la Dra. Nidia Alicia Billinghamurst.

Fundamentos de la sentencia del caso (Ratio decidendi):

Para así resolver, la Cámara de Apelaciones recordó que conforme el art. 21 de la Constitución provincial todos los actos de gobierno deben ser publicados y las autoridades competentes están obligadas a difundirlos a través de los medios masivos de comunicación e información, garantizando al ciudadano el acceso al conocimiento de los mismos de manera oportuna, actualizada, completa y gratuita.

También resaltó la jurisdicción el art. 232 de la misma norma fundamental correntina, el que dispone la publicación de la información sobre movimientos de fondos, imputaciones presupuestarias y

demás datos económicos o financieros en medios de difusión disponibles, como también la regla que una petición de información de un vecino no puede serle negada.

Por su lado, también se referenció la ley orgánica de municipios⁷¹ y la exigencia impuesta en su art. 134 respecto de los informes de ejecuciones presupuestarias trimestrales y el 18 que impone el deber de publicar mensualmente el estado de ejecución de los presupuestos.

Asimismo, se destacó el art. 20 de la norma provincial de aplicación municipal, que reconoce el derecho de toda persona de solicitar y recibir información completa, veraz, adecuada, gratuita y oportuna de cualquier órgano de la Municipalidad.

Se tuvo en cuenta que el Concejo Deliberante informó adentrado 2019, que aún no habían sido presentados los informes de ejecución presupuestaria requeridos de 2016, ni sus correspondientes documentaciones respaldatorias.

La Cámara, sostuvo que el derecho en estudio comprende la información que hace a los asuntos de la comunidad, considerada como un todo y no con cada uno de sus ciudadanos individualmente. Así, la legitimación activa deriva del derecho de toda persona de conocer la manera en que sus gobernantes y funcionarios se desempeñan, la sola condición de integrante de la comunidad resulta suficiente para justificar la solicitud.

La amparista había invocado su calidad de concejala, pero también de vecina de Pago de los Deseos, por lo que, para la Alzada, tenía legitimación sustancial activa procesal para exigir el cumplimiento del derecho que no puede someterse a un proceso administrativo burocrático, propio del Concejo Deliberante como pretendía la primera instancia, pues con ello perdería eficacia.

277 /

71. Ley provincial N° 6042.

v.i.i.i. Franco c. Municipalidad de Mariano I. Loza (2021).

La sentencia⁷² es un precedente dictado por la Jueza Teresa del Niño Jesús Oria que condena a la Municipalidad de Mariano I. Loza para que otorgue y actualice la información requerida por el concejal José Nolberto Franco.

Resumen fáctico:

El 15 de enero de 2021, el entonces concejal de la localidad de Mariano I. Loza, también conocida como Solari, presentó en su doble carácter de vecino y legislador local un pedido para que se le informara una nómina completa de empleados (de planta permanente y temporaria), su afectación en la administración general y sus remuneraciones por un lado, e inventario general de los bienes municipales y los balances correspondientes a los períodos 2017, 2018 y 2019, por el otro.

Luego de ello, promediando el mes de marzo el concejal presentó sendos urgimientos de pronto despacho de las solicitudes de información presentada, sin que al momento de interponer la acción las mismas hayan sido contestadas.

Motivado por lo cual inicio acción de amparo contra la Municipalidad a fin de obtener las copias e informaciones requeridas y tácitamente negadas por la administración municipal.

La sentencia de primera instancia hizo lugar a la acción de amparo ordenando la información sea entregada por el departamento ejecutivo municipal, declaró abstracto parte del pedido que había sido cumplido al momento del traslado, y exhorto a que se confeccionara y publicara en un plazo dos meses el inventario municipal.

72. Juzg.Civ.Com.yCont.Adm. Curuzú Cuatíá. En autos “Franco, Jose Nolberto c. Municipalidad de Mariano I Loza s. Amparo (Contencioso)” Expte. CXP 14946/21. Sentencia del 06 de septiembre de 2021.

Fundamentos de la sentencia del caso (Ratio decidendi):

La sentencia comienza analizando la admisibilidad formal del amparo y, en ese menester, reconoce la calidad de vecino del actor y su condición de concejal conforme el público conocimiento, acordándole legitimación activa, toda vez que se trataba de una afectación de un interés concreto y directo a su respecto.

Lo entendió así, ya que la información que requería era pública e indispensable para ejercer las funciones que ostentaba en la Municipalidad, lo que resultaba suficiente para justificar su pedido.

Resaltó la Jueza, en consonancia con la Corte Suprema, que en materia de acceso a la información pública la legitimación para presentar solicitudes es amplia y no exige un interés calificado del requirente, la información no pertenece al Estado, sino al pueblo.

Respecto de la admisibilidad formal de la vía, sostuvo que la claridad o lo evidente que surge la antijuricidad de la conducta y la lesión constitucional, es lo que permite resolverla sin necesidad de un estudio profundo de los hechos en un marco amplio de debate, es decir, debe poder resolverse en el reducido marco cognoscitivo del amparo.

De manera acertada la jueza, relaciono el acceso oportuno a la información pública, entre otras características del derecho, como razón por la cual la acción de amparo se transforma en una vía idónea. La vía ordinaria impone esperar el silencio o la negativa tácita y luego una demanda ordinaria, lo que no le pareció ser idóneo ante la importancia del derecho a la información.

Por otro lado, el derecho adquiere, para ella, especial relevancia con relación a la función propia del actor (concejal) que le impone la necesidad de conocer como marcha la administración, como se compone el patrimonio municipal y quienes son los agentes públicos que trabajan en el Municipio.

Las conductas omisivas de las autoridades municipales resultaron para la Jueza, evidentemente contrarias al orden jurídico, en especial a los principios de publicidad de los actos de gobierno y transparencia.

Para sostener ello, la magistrada recuerda que la Constitución Nacional, adopta para el gobierno de la Republica la forma representativa, republicana y federal, con lo cual el derecho a la información deriva de esos postulados, pues la forma republicana requiere la publicidad de los actos.

Por su parte, tambien cita el art. 232 de la manda provincial destacando que conforme a esa norma, cualquier persona puede pedir información y se le debe suministrar en la forma detallada en la Constitución.

Tampoco consideró que existiera impedimento alguno para las autoridades para brindar la información publica requerida por el actor, en las notas oportunamente presentadas en mesa de entradas.

En síntesis, sostuvo que *el actor en su carácter de vecino y concejal tiene derecho a acceder a la información veraz y de forma oportuna (art. 20 L.O.M.), todo lo cual es de suma importancia para saber cómo se desempeña la administración municipal y cuál es el destino de los fondos públicos, todas cuestiones que atañen a la función de concejal y que sin la información adecuada resultan de imposible cumplimiento.*

Finalmente, respecto a la información que la Municipalidad manifestó no tener confeccionada (inventario de bienes), la Jueza entendió que era indispensable para la función del actor, los demás concejales, los vecinos que tienen derecho como ciudadanos a conocer el patrimonio municipal y hasta para la demandada y su correcta administración.

Así, la Jueza exhorto a las autoridades del Ejecutivo Municipal para que, en un plazo prudencial de dos meses desde notificación de sentencia, terminen de confeccionar el inventario de bienes, lo publiquen en el boletín oficial y medios de publicidad pertinentes.

Concluyó entonces, la sentenciante, que la omisión antijurídica de proveer la información es manifiestamente arbitraria e ilegal y torna además de admisible, procedente la presente acción de amparo.

i.x. Echevarría c. Municipalidad de Alvear (2021).

La sentencia⁷³ es fue dictada por la Jueza María Dionicia Zovac, quién condenó a la Municipalidad de Alvear a la entrega de información pública presupuestaria requerida por el concejal Gilberto Echevarría.

Resumen fáctico:

El 06 de junio de 2019, el concejal de la localidad correntina de Alvear, requirió por nota en su doble carácter de vecino y edil un pedido para que se le brindara copia de los balances y memorias anuales 2017 y 2018, nómina de trabajadores municipales, inventario de bienes e informe de ejecución presupuestaria primer trimestre 2019.

El departamento ejecutivo municipal no dio respuesta alguna a las requisitorias planteadas, motivando el inicio de acción de amparo contra el Estado local a fin de obtener las copias e informaciones requeridas y tácitamente negadas por la administración municipal.

La sentencia de primera instancia hizo lugar a la acción de amparo ordenando la información sea entregada por el departamento ejecutivo municipal y declaró abstracto parte del pedido que había sido cumplido al momento del informe de ley, pese a condenar en costas por considerar que fue la perdidosa la que ocasiono la necesidad de acción judicial.

281 /

Fundamentos de la sentencia del caso (Ratio decidendi):

Para tomar esta decisión, la Jueza consideró que la arbitrariedad como presupuesto del amparo, supone una conducta injusta, capri-

73. Juzg.Civ.Com.Men.yFam. Santo Tomé. En autos “Echevarría Gilberto c. Municipalidad de Alvear s Amparo (Fuero Civil)” Expte. TXP 10631/21. Sentencia 02 del 29 de septiembre de 2021.

chosa, la sustitución de la voluntad de la ley por la del funcionario, porque prescinde de la norma o no tiene en cuenta los hechos, o porque carece de fundamentación o no sigue el procedimiento lógico.

Por su parte, la ilegalidad fue entendida en el fallo como el proceder en franca contradicción con el ordenamiento jurídico vigente al que la administración debe subordinarse.

En el caso el actor acreditó ser concejal y vecino, por lo que la magistrada recordó que la legitimación para solicitar acceso a información debe ser considerada amplia pues, al igual que los fallos precedentes, entendió que la información no es del Estado, sino que pertenece al pueblo.

En este sentido son todos los integrantes de la sociedad los que ejercen el derecho a saber, por lo que no puede, al decir de la Juez, depender de la acreditación de un interés legítimo ni de la exposición de motivos.

Así en cuanto al fondo de la cuestión, sostuvo que la Constitución garantiza el principio de publicidad de los actos de gobierno y el derecho de acceso a la información pública a través de su artículo 1, de los artículos 33, 41, 42 y concordantes del capítulo segundo -que establece nuevos derechos y garantías- y del artículo 75 inciso 22, que incorpora con jerarquía constitucional diversos tratados internacionales.

Por su parte, a nivel provincial destacó el art. 21 de la Constitución, que impone que todos los actos de gobierno deben ser publicados en la forma que la ley determine, especialmente aquellos relacionados con la percepción e inversión de los fondos públicos y con la enajenación y afectación de bienes pertenecientes al Estado Provincial y a las Municipalidades. También rescató que las autoridades están obligadas a difundir la información por medios masivos de comunicación e información garantizando el conocimiento del ciudadano de forma oportuna, actualizada, completa y gratuita.

Resaltó también el art. 232 en su parte final que prohíbe que toda petición de información formulada por vecinos pueda ser rechazada

por la Municipalidad, en línea con los arts. 18, 19 y 20 de la Ley orgánica de municipalidades que enmarcan el deber de publicidad y el derecho de acceso a la información.

Luego de las consideraciones realizó un cotejo de la documentación aportada al momento de contestar informe de ley la Municipalidad y sostuvo que respecto del balance y la memoria anual 2017 la demandada omitió presentarla incumpliendo la obligación de presentarla de forma oportuna, resultando procedente la acción de amparo pues entendió le asistía el derecho al accionante de acceder a la información solicitada, siendo manifiesta la omisión de las autoridades ante las notas presentadas.

En conclusión, la Jueza sentenció que *la conducta de la demandada, contraria a la ley, cercena el derecho de acceso a la información pública que posee el actor como vecino de la localidad de Alvear y como concejal, pues la información requerida se vincula con la función pública que desempeña y resulta relevante para el ejercicio de esa función.*

Al momento de la imposición de costas, la magistrada también fundó su decisión en argumentos relevantes, pues si bien entendió que parte de la documentación requerida fue presentada un tanto antes de la promoción de la demanda, otro tanto al contestar el informe de ley y otro tanto fue objeto de la condena, lo cierto es que la conducta de la Municipalidad fue la que generó la acción judicial.

283 /

x. Díaz c. Municipalidad de Garruchos (2021).

Esta sentencia⁷⁴ al igual que la anterior, fue dictada por la Jueza María Dionicia Zovac, quién condenó en costas, esta vez, a la Municipalidad de Garruchos por la entrega inoportuna de información pública presupuestaria requerida por el concejal Néstor Fabian Díaz.

74. Juzg.Civ.Com.Men.yFam. Santo Tomé. En autos “Díaz Néstor Fabian C/ Municipalidad de Garruchos -Ctes. S/ Amparo” Expte. TXP 10594/20. Sentencia 03 del 13 de octubre de 2021.

Resumen fáctico:

El 08 de septiembre de 2020, el entonces edil de la localidad de Garruchos, hizo sendas presentaciones por ante el Intendente municipal, José Alejandro Minigozi, solicitando en su doble carácter de vecino y concejal copia de los balances y cuentas de inversión 2018 y 2019, inventario de bienes de la Municipalidad y documentación respaldatoria.

Ante la omisión de respuesta por parte de la administración local, el 15 de diciembre de 2020 se inició una acción de amparo a fin de lograr el acceso a la información la que fue aportada en el Juzgado referenciado.

Fundamentos de la sentencia del caso (Ratio decidendi):

Conviene resaltar que el fallo *sub examine* resulta análogo al caso Echevarría, arribando, con acierto, a las mismas conclusiones la sentenciante, basándose en las mismas normas y argumentos, aunque resalta artículos de la Carta Orgánica de Garruchos, a saber, los arts. 13, 22 inc. 12, 161 incs 21 y 40.

Así sostuvo la Jueza que la información requerida *es de suma importancia para saber cómo se desempeña la administración municipal y cuál es el destino de los fondos públicos, todas cuestiones que atañen a la función del Concejo Deliberante y que sin la información adecuada resultan de imposible cumplimiento*.

Finalmente, pese a que el Ejecutivo municipal cesó su omisión durante la tramitación de la acción de amparo, entregando en el Juzgado la documentación requerida, lo hizo luego de presentado el informe de ley, por lo que la condenaron en costas.

x.i. Andersson c. Municipalidad de Tatacuá (2021).

Esta sentencia⁷⁵ fue dictada por la Jueza María Marcela Oviedo, quién condenó en costas a la Municipalidad de Tatacuá por la entrega inoportuna de información pública presupuestaria requerida por el concejal Cesar Antonio Andersson.

Resumen fáctico:

El 03 de septiembre de 2020, el legislador de la localidad de Tatacuá, presento notas ante el Intendente municipal, Sergio Ramirez, solicitando en su doble carácter de vecino y edil copia de los balances y cuentas de inversión 2018 y 2019, inventario de bienes de la Municipalidad y ejecuciones presupuestarias del primer trimestre 2020.

Ante la falta deliberada de respuesta por del Intendente, el 04 de febrero de 2021 se inició impetro un amparo a fin de lograr el acceso a la información, acción que tuvo acogida en el Juzgado referenciado y entregada antes de la sentencia.

285 /

Fundamentos de la sentencia del caso (Ratio decidendi):

Conviene iniciar resaltando que la Municipalidad, al momento de contestar el informe aportó la mayor parte de la documentación requerida por el amparista, pero ello no obsta que la Jueza llevara adelante sus fundamentos sobre la viabilidad y procedencia de la acción y condenara en costas a la demandada.

Así sostuvo la Jueza que, si bien tiene dicho que los concejales solo tienen legitimación procesal cuando los actos les ocasionan un perjuicio hacia ellos como individuos, o como legisladores sufran un

75. Juzg.Cont.Adm. 2. Corrientes. En autos “Andersson Cesar Antonio c. Municipalidad de Tatacuá s. Amparo (Contencioso)” Expte. EXP 209626/20. Sentencia 315 del 29 de noviembre de 2021.

daño en sus prerrogativas o sean privados de sus atribuciones, resulta excepción a esta regla el derecho de acceso a la información donde la sola condición de vecino justifica la solicitud.

También adujo la sentenciante que la información era requerida por el amparista resultaba indispensable para el ejercicio adecuado del cargo que desempeñaba, lo que justificaba las solicitudes de informes requeridos.

En su razonamiento incluso la Jueza desestimo como inatendible la excusa del ejecutivo respecto a que la pandemia había retrasado el desenvolvimiento de la administración, por considerar de información que debe estar en los registros municipales sin excusas.

Entendió, con acierto, que *el acceso a la información pública no se refiere al mero conocimiento de datos, por el contrario, se trata del reconocimiento de un derecho que tiende a promover la participación ciudadana y que se convierte en una herramienta fundamental a fin de controlar posibles desvíos de poderes*

Finalmente, pese a que el Ejecutivo municipal cesó su omisión durante la tramitación de la acción de amparo, entregando al Juzgado la documentación requerida, la jueza entendió que debía haberlo hecho oportunamente en el ámbito interno de la administración, por lo que condenó a la Municipalidad en costas.

x.i.i. Romero c. Municipalidad de San Lorenzo (2022).

En una sentencia⁷⁶ más novedosa, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Electoral de la provincia de Corrientes, reitera fallo en idénticas condiciones el fallo dictado en *Magaldi*, supra analizado.

76. Cám.Apel.Cont.Adm.yElec. Ctes. En autos “Romero Vicente Adrián c. Municipalidad De San Lorenzo s. Amparo (Contencioso)” Expte. EXP 140530/16. Sentencia 84 del 28 de junio de 2022.

En el caso se vuelve a revocar una decisión de la Jueza en lo Contencioso Administrativo N° 1 de la ciudad de Corrientes, y en consecuencia se hace lugar a la acción de amparo y se ordena la entrega de la información requerida por el entonces concejal Vicente Adrián Romero.

Resumen fáctico:

En similar supuesto que el de Magaldi, durante el año 2016, el concejal Vicente Adrián Romero se había presentado por escrito ante el Departamento Ejecutivo de la Municipalidad de San Lorenzo, requiriéndole a su Intendente, Rufino Acevedo, una copia de los informes de ejecución presupuestaria del primer y segundo trimestres de 2006.

Ante la falta de respuesta en un lapso prolongado, el Edil decidió iniciar una acción de amparo contra la Municipalidad de San Lorenzo ante el Juzgado con competencia contenciosa administrativa de la ciudad de Corrientes.

La sentencia de primera instancia le fue adversa, conforme los argumentos esgrimidos en esa instancia por la magistrada, María Gabriela Romero Feris.

La Jueza volvió a sentenciar, como en Magaldi, que el actor no podía desconocer las normas que regían su función y la del Concejo deliberante, debiendo haber formulado un proyecto resolución de pedido de informe que una vez aprobado obligaba al intendente y no una simple nota en el departamento ejecutivo.

Así la magistrada correntina reitero su criterio errado de que no existía para el concejal peticionante un derecho cierto ni líquido por omisión de los procedimientos esenciales del Concejo Deliberante para petición de información al titular del Ejecutivo.

Cabe recordar nuevamente, por alarmante, que la magistrada adujo que al no haber ordenanza de presupuesto municipal sancionada por el Concejo, no se podían requerir o solicitar el informe de su ejecución.

En fin, la petición fue acogida por el recurso de apelación im-
pedido por la actora que dio lugar al fallo bajo análisis, construido
sobre el voto de la Dra. Martha Helia Altabe y la adhesión de la Dra.
María Herminia Puig.

Fundamentos de la sentencia del caso (Ratio decidendi):

Debido a la brevedad requerida para el presente trabajo, cabe desta-
car la identidad de fundamentos con la causa Magaldi antes reseña-
dos, por cuanto resulta una idéntica situación y respuesta jurisdic-
cional, pero que empieza a marcar jurisprudencialmente un criterio
en la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y
Electoral.

x.i.i.i. Bizarro c. Municipalidad de El Sombrero (2022).

\ 288

Esta sentencia⁷⁷ nuevamente la Cámara de Apelaciones en lo Con-
tencioso Administrativo y Electoral, reitera su criterio en análogas
condiciones al fallo dictado en Magaldi y Romero, *supra* analizados.

En el caso se vuelve a revocar una decisión de la Jueza en lo Con-
tencioso Administrativo N° 1 de la ciudad de Corrientes, y en conse-
cuencia se hace lugar parcialmente a la acción de amparo y se ordena
la entrega de la nómina de trabajadores requerida por el entonces
concejal Eduardo Javier Bizarro.

Resumen fáctico:

En un nuevo caso análogo al de Magaldi y Romero, durante el año
2018, el concejal Eduardo Javier Bizarro presentó notas al Depart-
amento Ejecutivo de la Municipalidad de El Sombrero, requiriéndole

77. Cám.Apel.Cont.Adm.yElec. Ctes. En autos “Bizarro Eduardo Javier c. Municipalidad de El Sombrero s. Amparo (Contencioso)” Expte. EXP 180239/19. Sentencia 63 del 31 de mayo de 2022.

a su Intendente, Raúl González, copia del balance anual y memoria 2017, el informe de ejecución presupuestaria del primer trimestre de 2008 y nómina de trabajadores.

El Intendente notificó al concejal requirente, un dictamen legal de la Asesora del Municipio, la Dra. Piragine Niveyro, donde entendía que el pedido era improcedente y se recomendaba su rechazo, sin que se dicte acto administrativo final.

Con la omisión de respuesta extendida en un lapso prolongado, el legislador local inició un amparo contra la Municipalidad de El Sombrero ante el Juzgado con competencia contenciosa administrativa de la ciudad de Corrientes.

La sentencia de primera instancia le fue adversa, conforme los argumentos esgrimidos en esa instancia por la magistrada, María Gabriela Romero Feris.

La Jueza insistió, pese a las distintas revocatorias sufridas en sus sentencias con el criterio de que el concejal debía formular su reclamo por las vías de un proyecto resolución de pedido de informe que una vez aprobado obligara al intendente y no una simple nota en el departamento ejecutivo.

Así, la magistrada correntina también consideró que el Tribunal de Cuentas como órgano había aprobado las cuentas del Municipio, por lo que el amparista carecía de derecho cierto a acceder a la información como lo pretendía.

En fin, la petición fue parcialmente acogida por el recurso de apelación impetrado por la actora que dio lugar al fallo bajo análisis, construido sobre el voto de la Dra. Nidia Alicia Billinghamurst y la adhesión de la Dra. Martha Helia Altabe.

Fundamentos de la sentencia del caso (Ratio decidendi):

Es dable destacar que los argumentos del caso son análogos a los fallos dictados en Magaldi y Romero, pero introduce un análisis interesante en lo que respecta al fundamento de la imposición de costas.

Así la sentencia que la jurisdicción debe apartarse del principio general de la derrota y las costas, toda vez que obedece al compromiso ciudadano que implica el ejercicio del derecho de acceso a la información pública y la necesidad de fomentar la participación de la sociedad civil en los asuntos públicos, pues coadyuva a brindar transparencia y sirve como herramienta contra la corrupción.

x.i.v. Amaro c. Municipalidad de San Carlos (2022).

El fallo⁷⁸ tiene como sentenciante a la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Electoral, que reitera su criterio en análogas condiciones al fallo dictado en Magaldi, Romero y Bizarro, *supra* analizados.

En esta oportunidad la sentencia revocada corresponde a la Jueza en lo Civil, Comercial y Laboral de la ciudad de Santo Tome, Dra. Gabriela Catalina Borgo y, en consecuencia, se hace lugar parcialmente a la acción de amparo y se ordena la entrega de la nómina de trabajadores y documentación respaldatoria requerida por el entonces concejal Roberto Carlos Amaro.

Resumen fáctico:

El concejal Amaro realizó presentaciones el 24 de septiembre de 2020 ante la Intendente municipal, Graciela Cristina del Rosario Larraburu a fin de requerir copia de los balances y memorias anuales 2018 y 2019, copia del inventario de bienes y la nomina de trabajadores, con documentación respaldatoria.

78. Cám.Apel.Cont.Adm.yElec. Ctes. En autos “Amaro Roberto Carlos c. Municipalidad De San Carlos s. Amparo (Fuero Civil)” Expte. TXP 10649/21. Sentencia 85 del 28 de junio de 2022.

La Jueza de primera instancia terminó por rechazar la acción entendiendo que cuando el departamento ejecutivo presentó las documentaciones ante el Concejo Deliberante, el concejal tuvo o debió tener acceso, rechazando las copias requeridas.

En fin, la petición fue parcialmente acogida por el recurso de apelación impetrado por la actora que dio lugar al fallo bajo análisis, construido sobre el voto de la Dra. Nidia Alicia Billinghamurst y la adhesión de la Dra. Martha Helia Altabe.

Fundamentos de la sentencia del caso (Ratio decidendi):

Si bien los argumentos que llevan a tomar la decisión, pueden decirse idénticos a los fallos que venimos analizando previamente, en este caso conviene resaltar la consagración de los precedentes señalados.

En definitiva, la sentencia resulta la primera vez que, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Electoral, hoy Cámara de Apelaciones con Competencia Administrativa y Electoral, reconoce y explica el criterio jurisprudencial alcanzado y sentado en los fallos relatados.

Lo hacen las juezas al sostener que los fundamentos *resultan suficientes para modificar la solución de origen, siguiendo los lineamientos expuestos en casos análogos* (“BIZARRO”, “ANDERSSON CLARISA AVIGAIL”, entre otros).

291 /

7. Conclusiones y propuestas

a. Aspectos para normar a nivel provincial, intermunicipal y municipal. Ley de presupuestos mínimos.

Es importante destacar que la actual ley provincial no se condice con los presupuestos básicos del derecho y las garantías que sí se encuentran debidamente reconocidas en la Constitución de la Provincia.

En este sentido es conveniente proponer a la Legislatura provincial el dictado de una nueva ley o, simplemente, la adhesión a la ley nacional a fin de instaurar un régimen legal compatible con el sistema interamericano y constitucional de derechos humanos.

A nivel intermunicipal y municipal, lo cierto es que la norma detallada, a saber, la Ley provincial 6042 es una norma de avanzada que se ajusta a los parámetros constitucionales y convencionales, aunque su cumplimiento actualmente no es controlado.

En consecuencia, el dictado de una ley provincial que establezca los principios antes desarrollados e incluso invite a las Municipalidades a sumarse aparece realmente como esencial a los fines de consolidar una verdadera democracia republicana y participativa como declara nuestra Constitución.

b. Aspectos para reglamentar un procedimiento administrativo de acceso a información pública constitucional y convencional viables.

El procedimiento administrativo dispuesto por la Ley vigente a nivel provincial impone requisitos inadmisibles en un sistema republicano y representativo de gobierno moderno, afecta la participación ciudadana de los y las correntinas.

Resulta esencial avanzar en la reglamentación de un proceso ágil y expedito de acceso a la información pública con legitimación pasiva amplia, así como una legitimación activa que no requiera otros intereses o derechos que la participación democrática del ciudadano.

Es importante destacar que pese a existir una dirección de información pública, la naturaleza de los datos que se publican resultan de índole propagandísticos incompatibles con el verdadero espíritu de control social y transparencia que debieran cumplir.

Así es necesario contar con un órgano público estatal, con autonomía presupuestaria y personal de carrera con designación calificada, que lleve adelante como órgano de aplicación, la normativa, recopilan-

do, sistematizando, publicando y brindando acceso a la información pública correntina.

b. Aspectos esenciales para la estandarización de información pública proactiva en todos los niveles de las administraciones provinciales y municipales. La decadencia del Boletín Oficial en la sociedad de la información.

El Boletín Oficial como herramienta histórica ha perdido su utilidad como mecanismo de publicidad, aún en sus versiones digitales, no cumple con el fin propuesto de poner en conocimiento de la sociedad la realidad de la gestión gubernamental del Estado.

La falta de sistematización normativa, la inexistencia de digestos jurídicos provinciales y municipales, del tipo *infoleg* o *saij* repercuten en la calidad institucional de la provincia y los municipios.

Es necesario crear sistemas de información actualizados y completos, así como documentos entendibles para las y los ciudadanos correntinos.

En definitiva, la aplicación de los principios desarrollados supra, y la adecuación de la provincia al rol proactivo que las nuevas tecnologías de la información nos lo hacen posible.

293 /

Propuesta de regularización
dominical en barrios públicos
chaqueños con antecedentes
históricos de denuncias de
usurpación

| Andrea Raquel Fortín |

- **Acto administrativo:** es la “declaración emitida por un órgano estatal o un ente no estatal en ejercicio de función administrativa, bajo un régimen jurídico exorbitante, productora de efectos jurídicos directos e individuales respecto de terceros.” (COMADIRA, J.)
- **Apropiador:** persona que toma para sí, la vivienda social, haciéndose dueña de ella sin derecho alguno.
- **Avocación administrativa:** Decisión de asumir los órganos superiores, cuando esté previsto en las leyes, el conocimiento de un asunto cuya resolución corresponda ordinariamente o por delegación a sus órganos administrativos dependientes, cuando circunstancias de índole técnica, económica, social, jurídica o territorial lo hagan conveniente.
- **Buena fe:** persona que cree poseer una cosa debidamente, ignorando los vicios de su adquisición.
- **Contrato de obra pública** es un contrato administrativo que constituye una especie dentro del género de los contratos, caracterizado por elementos especiales... que una de las partes intervinientes es

una persona jurídica estatal, que su objeto está constituido por un fin público o propio de la Administración y que llevan insertas explícita o implícitamente cláusulas exorbitantes del derecho privado (FAYT).

- **Década perdida:** período de estancamiento económico en países de Latinoamérica, debido a la carga agobiadora de una deuda que limitaba el acceso a los mercados financieros internacionales, a una reducción del 9% del ingreso per cápita entre 1980 y 1990, y a la inflación que sobrepasó en algunos países al 1.000%.
- **Discrecionalidad:** es la posibilidad de escoger válidamente entre dos o más alternativas. **Dominio público:** bienes de propiedad del Estado y, en el caso, destinados al fin público de viviendas sociales.
- **Ente autárquico:** es una entidad descentralizada de derecho administrativo con personalidad jurídica, creada para una función de interés común, con cierta libertad e independencia, con sus propios recursos y con capacidad para nombrar y remover empleados.
- **Interés público:** es el conjunto de aspiraciones surgidas de las necesidades colectivas de una comunidad y protegidas mediante la intervención directa y permanente del Estado.
- **Interinstitucional:** dos o más instituciones, en el caso administrativa y judicial, relacionadas entre sí coordinan su labor conforme su competencia.
- **Locación de obra:** es aquel contrato por el cual una de las partes, denominada locador de obra (contratista), se compromete a alcanzar un resultado eficaz, material o inmaterial, reproducible o

susceptible de entrega, asumiendo el riesgo técnico o económico, sin subordinación jurídica y la otra parte, denominada locatario de obra (comitente), se obliga a pagar un precio determinado o determinable en dinero. Tiene duración hasta la finalización del resultado determinado.

- MDS: Ministerio de Desarrollo Social de la Nación.
- MDTyH: Ministerio de Desarrollo Territorial y Hábitat.
- Obra pública: para el sistema jurídico argentina es la cosa mueble o inmueble construida para utilidad” o comodidad común, que pertenece a una entidad estatal. Para la doctrina se refiere sólo a inmuebles.
- Planes habitacionales: determinan las metas y objetivos propuestos, en reducir la brecha de desigualdad habitacional entre los habitantes de un territorio, dentro de un periodo determinado, generalmente a mediano plazo.
- Poder de policía: el Poder de Policía es la atribución que tiene el Estado, en ejercicio de su función legislativa, de reglamentar el ejercicio de los derechos de las personas mediante razonables limitaciones impuestas por la ley, a fin de promover el bienestar general y mejorar la convivencia en sociedad. CSJN, Estrada. Id SAIJ: FA05000211
- Poder exorbitante: desde la perspectiva jurídica argentina, es una opinión común que el término “exorbitante” no puede ser entendido como indicativo de un régimen cuya definición deriva de un ámbito regulatorio residual, por oposición al principal o central constituido por el derecho privado ... se considera que la exorbitancia del derecho administrativo deriva hoy de la especificidad

297 /

de su contenido equilibrado de prerrogativas y garantías, tanto sustanciales como procesales; y de su carácter de derecho común de la Administración, ámbito, en principio, excluido de la órbita propia del derecho privado (COMADIRA, 2012).

- Policía administrativa: la policía es la función administrativa que realizan los órganos de la Administración, que consiste en ejecutar las normas dictadas en ejercicio del poder de policía, con el fin de tutelar los bienes generales como el orden, la seguridad, moralidad y salubridad pública, a través hechos, actos o reglamentos administrativos. CSJN, Estrada. Id SAIJ: FA05000211
- Política pública: “(...) un conjunto de acciones u omisiones que manifiestan una determinada modalidad de intervención del Estado en relación con una cuestión que concita la atención, interés o movilización de otros actores de la sociedad civil” (OSZLAK Y O’DONNELL) Las decisiones u omisiones deberían proyectarse a largo plazo, como parte del plan de cada Estado, y no del gobierno de turno
- Prescripción adquisitiva corta: La prescripción adquisitiva de derechos reales con justo título y buena fe se produce sobre inmuebles por la posesión durante diez años... Si la cosa es registrable, el plazo de la posesión útil se computa a partir de la registración del justo título (artículo 1898CCyCN).
- Prescripción adquisitiva larga: Si no existe justo título o buena fe, el plazo es de veinte años. No puede invocarse contra el adquirente la falta o nulidad del título o de su inscripción, ni la mala fe de su posesión (artículo 1899CCyCN).
- Prescripción adquisitiva: es el modo por el cual el poseedor de una cosa adquiere un derecho real sobre ella, mediante la posesión durante el tiempo fijado por la ley (artículo 1897CCyCN).

- Principio de Progresividad: El fundamento del principio de la realización progresiva de los derechos es que los gobiernos tienen la obligación de asegurar condiciones que, de acuerdo con los recursos materiales del Estado, permitan avanzar gradual y constantemente hacia la más plena realización de tales derechos (artículo 19CN).
- Programas habitacionales: son las acciones orientadas a alcanzar las metas y objetivos propuestos en cuestiones de viviendas y mejoramientos de las existentes.
- Progreso: implementar políticas económicas y sociales que logren el aumento de la riqueza y bienestar general de todos los ciudadanos
- Proporcionalidad: sometimiento del acto administrativo al fin que lo justifica, por eso tiene prohibido perseguir fines distintos y debe adecuar los medios o procedimiento a los fines perseguidos por el propio ordenamiento jurídico.
- Razonabilidad: La Corte Suprema argentina, aplica el criterio de la razonabilidad de las leyes: la interpretación de la norma administrativa debe ser armónica y conectada con las demás normas que integran el ordenamiento jurídico.
- Regularización dominial: significa el cumplimiento de las etapas previas y necesarias para la obtención de la escritura de propiedad registral de la vivienda, con la seguridad jurídica que ello implica.
- Título oneroso: adquirir algo bajo contraprestación, normalmente un precio.

Introducción

¿Se preguntó alguna vez, cómo es posible que, en la provincia del Chaco, con una organización gubernamental que incorpora una estructura jurídica y de gestión en permanente proceso de modernización, en el mercado inmobiliario sigue existiendo un importante porcentaje de irregularidades dominiales urbanas y déficits habitacionales de relevancia? Históricamente, es una de las tres provincias argentinas que ostenta mayor irregularidad dominial de inmuebles, especialmente urbanos.¹ Su impacto social negativo es evidente.

Una de las modalidades de apropiación indebida de dichas propiedades es la usurpación. Incluso en el período de la pandemia a raíz del Virus del Covid 19, este delito, fue el único que no se redujo a raíz del aislamiento social obligatorio², siendo incluso expresamente excepcionados los procedimientos de desalojo, junto a otras causales que habilitan este trámite judicial.

En los años de ejercicio de mi profesión liberal de abogada y como personal de planta del Instituto Provincial de Desarrollo Urbano y Vivienda de la Provincia del Chaco (IPDUV)³ he detectado un incansable intento de reducir a través de políticas públicas, la informalidad en la posesión de los inmuebles urbanos. Esta situación afecta directamente a un amplio sector de los habitantes de esta Provincia, que no logra encontrar estabilidad patrimonial formal en lo que respecta a la titularidad del inmueble donde reside con su familia,

1. URL: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/plan_estrategico_territorial_de_la_provincia_de_chaco_publicacion_provincial_septiembre_de_2013_.pdf

2. URL: <https://www.lanacion.com.ar/seguridad/adn-del-crimen-usurpaciones-un-delito-que-no-se-detuvo-en-pandemia-nid05112022/> Diario La Nación, CABA, 5/11/2022

3. Este Instituto es una entidad autárquica de derecho público creada por la ley provincial N° 318-K con capacidad para actuar en forma privada y pública, para actuar a todos los efectos previstos en la Ley Nacional 24.464. Su vinculación con el Poder Ejecutivo Provincial es a través del Ministerio de Desarrollo Urbano y Territorial.

situación que incluso habilita el estudio de varias redes de actores involucrados, tanto en la esfera pública como privada.

Por otra parte, dentro del espacio de la obra pública del Instituto antes mencionado, también existe este inconveniente, por lo que, para solucionar esta cuestión, deviene un trabajo integral y su análisis puede ser materia de varios trabajos de investigación administrativa, jurídica y política.

Dentro de estas posesiones irregulares, particularmente serán objeto de la presente investigación, el caso de las soluciones habitacionales ejecutadas en inmuebles públicos, a través del IPDUV que fueron objeto de denuncias de usurpación, y cuyos apropiadores ilegales los comercializaron ni bien advirtieron que no los desalojarían en la inmediatez, engañando o abusando de la confianza de otras personas que necesitan acceder a estas posesiones por precios bajos, incluso engañándolos al mencionar que son beneficiarios de las mismas.

Estas obras públicas, que no alcanzan a obtener el cierre definitivo de la obra, no cuentan con planos de mensuras aprobados y las causas judiciales iniciadas por los Contratistas, por cuestiones de conductas omisivas de éstos y por cuestiones procesales en la justicia penal, terminan remitiéndose al archivo de las Fiscalías actuantes.

Los ocupantes, habitan estos barrios intentando pasar inadvertidos, mientras año a año residen en un espacio con cierta dignidad con la esperanza de regularizar en el futuro ante el IPDUV. No pagan impuestos y tasas, y obviamente tampoco la cuota de amortización de la construcción de su hogar. También son beneficiarios de infraestructura urbana privilegiada respecto a otros ciudadanos, por el crecimiento propio de la ciudad, sin haber aportado para ello y deviniendo paulatinamente un incremento de costos que afecta tanto al gobierno municipal como provincial, y desde allí al mercado.

Pasan los años y el problema surge cuando los organismos, especialmente de servicios de infraestructura, inician juicios de cobranzas o conexiones clandestinas en dichos barrios, donde sus ocupantes no son los titulares legítimos de la deuda, sino el mismo Instituto por ser el titular registral del inmueble.

Por otra parte, los beneficiarios que residen en dichos espacios, habilitados de hecho para residir en esas viviendas por la ausencia de desalojo, al no aportar a la sociedad con una legitimación de posesión, le será muy difícil en el futuro plantear una prescripción adquisitiva, porque lo único que eventualmente pueden aportar como prueba de su añosa residencia, es algún pago de una empresa de telefonía, video-cable o internet, no pudiendo probar ante la justicia que, de hecho, cumplen con los pagos de impuestos y tasas a título de dueños, aunque no lo sean registralmente. El Estado, si mantiene esta conducta pasiva, no recupera la amortización de la ejecución de la vivienda construida y corre el riesgo de posibles y cuantiosas demandas en su contra.

Esta problemática, genera una situación que ni el mercado ni la justicia penal que archivara el caso tiempo atrás, lo van a solucionar. Tiene que transcurrir al menos veinte años y luego de engorrosos trámites judiciales, con altos costos económicos que ello implica, algunos de ellos lo logren; el Instituto será demandado sin recupero de la inversión.⁴ El Estado, habilitado por el derecho administrativo, debe intervenir en el marco de sus potestades exorbitantes⁵ y, sobre todo, evitar que en el futuro se vuelva a producir.

El fin del Estado es operativizar el cumplimiento de los derechos de jerarquía constitucional y otorgar soluciones concretas y sustentables, en el marco de los principios propios del derecho administrativo y el derecho en general. Por otra parte, la Administración Pública si no lo soluciona, como titular registral y Comitente de los contratos de obra pública, producirá un perjuicio económico en el desarrollo sostenible del suelo urbano formal, y en el presupuesto público, que cada vez cuenta con menos dinero en términos reales de inversión

4. Artículo 1899. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Prescripción larga.

5. RODRÍGUEZ, M.J. (2022) La atmósfera de derecho público de la contratación administrativa: el régimen exorbitante. URL:https://cijur.mpba.gov.ar/files/bulletins/Dra._Mar%C3%ADa_Jos%C3%A9_Rodr%C3%ADguez_La_Atmosf%C3%A9ra_MES_10-2022.pdf

para viviendas sociales, especialmente en lo que va del año 2023.⁶ (ver ANEXO I)

Para entender el contexto social, económico, político y administrativo en el que está inmersa esta investigación, se reflexiona primero y brevemente sobre las ideas del estado y el mercado como institutos políticos y económicos por excelencia y su impacto en el sistema democrático actual globalizado. La interrelación de estas organizaciones, impactan directamente en la cuestión social, los derechos individuales, y particularmente sobre el derecho a la propiedad.

Se dará relevancia en esta investigación, a la demanda habitacional desproporcionada a la oferta de viviendas, especialmente para acceder a la primera vivienda. Esta posibilidad, se torna cada vez más difícil debido al aumento de las brechas de desigualdad, resultando insuficiente las acciones estatales y del mercado, para revertir esta situación a niveles óptimos.

El Ejecutivo Provincial, como ejecutor de la política pública habitacional, que en la Provincia del Chaco se realiza a través del IPDUV, ente autárquico de dicho poder gubernamental, debe seleccionar los beneficiarios de viviendas, conforme los baremos que reglamentariamente se consideran como prioritarios, así como establecer un equilibrio presupuestario para la devolución de las inversiones a fin de ejecutarse nuevas obras. Bajo esta proyección, se analizará la intervención del Estado, sobre los temas que se consideran centrales para el caso problemático, avanzando sobre como los contratos de obras públicas con el Estado, con poderes de exorbitancia otorgados por la misma ley, como Comitente y el dominio público.

Lamentablemente, la real demanda social, sobre todo de los sectores de menos recursos económicos va en aumento, generando un conflicto de intereses colectivos e individuales, públicos y privados. En este contexto incluso, algunas personas utilizan la usurpación

303 /

6. http://acij.org.ar/wp-content/uploads/2022/11/Habitat-y-vivienda_-_Semana_-_Presupuesto-y-Derechos_- 2022.docx-1.pdf

como un modo de incrementar ilegalmente sus propios ingresos. Aprovechan la buena fe de algunas familias necesitadas, que cuentan con un pequeño ahorro y que están urgidas de acceder de manera inmediata a una vivienda propia. Los sujetos apropiadores, entregan una posesión que en apariencia sería legal cuando lejos está de serlo.

Este trabajo pretende sugerir soluciones para esas históricas irregularidades de posesión de los barrios usurpados, lo que permitirá relevantes beneficios público-privados. También se brinda una posible solución de coordinación interinstitucional para evitar nuevos sucesos similares.

Problema a analizar

A la fecha y a futuro, estos predios serán un problema cada vez mayor para el Estado en todos sus niveles de gobierno y para los ocupantes que residen en la actualidad y que de buena fe, viven en dichos espacios sin poder capitalizar las inversiones que hagan en esa residencia familiar ni transmitirlos a sus futuras generaciones.

En este contexto, considero de relevancia también advertir el compromiso que se genera al Estado. No contará con estas obras públicas, para sortear entre los postulantes inscriptos. ¿Cómo debe actuar, entonces, en sus áreas de gobierno, para dar solución a esta situación?, pero por, sobre todo, ¿cómo prevenir que la usurpación no se convierta en un comercio reiterado?

Tema

El tema de investigación, es la regularización dominial de soluciones habitacionales urbanas ejecutadas en inmuebles del Estado, a través de obras públicas de la provincia del Chaco, y que tuvieron denuncias de usurpación y comercialización posterior, transmitiéndolas en forma engañosa y abusiva.

Los apropiadores advierten que no los desalojan en un tiempo inmediato por lo que proceden a engañar y abusar de personas necesitadas de viviendas, entregándoselas a título oneroso, por convenios particulares de cesiones de derechos o renunciaciones de posesión que aquéllos legalmente no las tenían. Los adquirentes son impulsados a suscribir estos acuerdos por la oportunidad de recibir un techo de entrega inmediata y a un costo accesible a sus ingresos.

Objetivo

1. Incorporar al suelo formal de la provincia del Chaco, barrios ejecutados por el Estado que cuentan con denuncias de usurpación pasadas a archivo.
2. Evidenciar lo significativo que sería para la Administración, el recupero de la inversión pública construida y el beneficio de incorporar inmuebles que respondan al pago de impuestos y tasas de servicios de infraestructura.
3. Demostrar lo beneficioso que sería para los ocupantes de buena fe que cumplan con los requisitos del Fondo Nacional de Viviendas (FO.NA.VI.), el otorgar la seguridad jurídica para una posterior transferencia registral de las viviendas, brindando al mercado inmobiliario un movimiento económico, por años estancado.
4. Sugerir posibles soluciones administrativas inmediatas que evitarían en el futuro las demandas judiciales contra el Estado, con concretos perjuicios económicos al erario público.
5. Recuperar puntualmente las viviendas cuyos ocupantes, en evidente trasgresión al derecho a habitarlas, no cumplan con los requisitos para regularizar.

305 /

Enfoque metodológico

El proyecto que se presenta, es de tipo descriptivo-explicativo, con análisis de datos obtenidos en el Instituto Provincial de Desarrollo Urbano y Vivienda de la Provincia del Chaco y el aporte del Ministerio Público Fiscal del Poder Judicial, en la persona del Sr. Procurador General.

El trabajo se hace, en base a la experiencia personal y profesional de la autora, especialmente como Jefa del Departamento Operativo de la Dirección Legal de Obras Públicas, perteneciente a la Gerencia Legal y Técnica del IPDUV. También se efectúan consultas a la Municipalidad de Resistencia, Barranqueras, Puerto Tirol y Fontana como las más afectadas, y a la Dirección de Catastro de la Provincia.

La recolección de datos surge de fuentes de carácter mixto (primario y secundario) derivadas de publicaciones de la Facultad de Arquitectura y Urbanismo de la Universidad Nacional del Nordeste (UNNE), del Colegio de Escribanos de la Provincia, del Consejo Profesional de Ingenieros de la Provincia del Chaco, doctrinarias jurídicas y periodísticas, de organismos internacionales, nacionales y locales, y del análisis de la normativa a nivel nacional y provincial vigente respecto al tema.

Este trabajo pretende vincular en su desarrollo, los aportes que le brindan el derecho constitucional y el derecho político al derecho administrativo, incorporando los nuevos paradigmas de éste, en el marco de un sistema jurídico integral razonado, proporcional y eficiente en beneficio del administrado.

Capítulo I

Aproximación al contexto institucional político y económico en democracias modernas y contemporáneas

La representatividad democrática y sus instituciones tienen, por sí, la esencia de legalidad y legitimidad. La primera, por la estructura jurídica que razonablemente los respalda, y la segunda, por el consenso social que los avala. En este último aspecto se puede recordar la visión de Rosanvallon: legitimidad de imparcialidad en la puesta en acción, la legitimidad de reflexividad vinculado al trabajo de pluralización de las expresiones de la soberanía social y la legitimidad de proximidad relacionado a atender en igualdad jurídica a los casos particulares que lo demanden.⁷

307 /

Las instituciones, entendidas como orden social que reducen la incertidumbre y el riesgo para los comportamientos individuales, como también los costes de transacción, serán la cuestión central para iniciar el análisis. Ellas pueden ser: formales, como las políticas y las económicas, e informales como los códigos de conducta, valores y normas. En el campo gubernamental, el instituto por excelencia es

7. ROSANVALLON P. (2009) Traducción Cardoso Heber. La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad, proximidad. Ed. Manantial, Buenos Aires. p. 26/32.

el Estado y en lo económico es el mercado. Las mismas se analizarán insertas en el sistema democrático moderno y contemporáneo argentino y regional latinoamericano, para entender la estructura del sistema jurídico y administrativo actual.

Las instituciones otorgan credibilidad a las personas y a la sociedad en general, porque determinan los incentivos de inversión (capital físico y humano) y con ello, las posibilidades de crecimiento agregado (crecimiento macroeconómico coherente con el de la microeconomía). En el caso latinoamericano, sus instituciones son el producto de los procesos de colonización, de la inserción en la economía internacional y de su desarrollo a largo plazo.⁸

Lo importante en una institución, es que sea capaz de propiciar un cambio social, adaptándose a la realidad de la población y encaminándola a mejorar su calidad de vida. Incluso, en algunos casos, la perseverancia de las instituciones informales, tornan ineficaces a las formales. Algunos autores, como Alonso, concluyen interpretando que la *“causa del atraso económico podría estar no tanto en las instituciones coloniales en sí, cuanto en la resistencia de las instituciones informales al cambio”*.⁹ No existe una fórmula única de institución óptima, por la variedad de realidades existentes, pero sí se puede afirmar que aquella lo será cuando sea la mejor de las posibilidades alternativas socialmente factibles.¹⁰

Se debería lograr que el mercado y el Estado, como estructuras organizadas, competencias específicas y diseños definidos, interactúen en el contexto económico, social y político de cada jurisdicción, por cuanto de sus surgimientos, interacción, sus aportes y debilidades dependerá el desarrollo del Estado en sus distintos niveles.

8. ALONSO J.A. (2007) “Desigualdad, instituciones y progreso: Un debate entre la historia y el presente”, Revista N° 93 LC/G.2347-P. (CEPAL)

9. ALONSO J.A. (2007) “Desigualdad, instituciones y progreso: Un debate entre la historia y el presente”, Revista N° 93 LC/G.2347-P. (CEPAL)p. 71.

10. Óp. Cit p.74.

El Estado como instituto político

La formación del Estado tiene un carácter histórico, con un desarrollo y evolución institucional y que puede, por ende, también podría desaparecer en su potestad territorial, en el mundo globalizado donde ocurren cambios de relevancia política y administrativa.¹¹ En el contexto actual, lo fundamental de esta formación de Estado es que sea formador de orden y que respete la propiedad privada, teniendo esta última, una visión más funcionalista respecto a la clásica de absolutismo y exclusivismo.

Una corriente ideológica más reciente, incluso se permite definir una nueva corriente de Estados con estructuras jurídicas internacionalizadas, y manifiestan que se encuentra en necesaria construcción la idea de un derecho administrativo globalizado, dado que el centro de la cuestión del Estado, es la dignidad del ser humano que lo habita, sus derechos fundamentales y las exigencias de desarrollo, pilares formadores de un Estado social y democrático de Derecho. El respeto efectivo de los derechos humanos habilita la construcción civil y política del progreso humano y social.¹²

El Estado entendido como bien público fundamental para algunos autores es el orden (Hobbes) - pero implica un costo producirlo. Este costo se financia con el impuesto y se organiza con el presupuesto. Así, en su estructura, tiene un costo fijo, sin importar a cuántos beneficia o cuántos lo usan, y otro costo variable, que aumenta a medida que los usan más personas. Lo apropiado sería lograr una contribución mayor de personas para que sea menor el costo per cápita.¹³

11. SOTELO DE ANDREAU, M. (2016) El nuevo paradigma del estado. Su impacto en el derecho interno. La globalización, las normas supranacionales y el derecho administrativo. A&C Revista de Derecho Administrativo y Constitucional. ISSN 1516-3210 | e-ISSN 1984-4182. Curitiba-PR, Brasil, CEP 80730-060 URL: <http://www.revistaaec.com>.

12. RODRÍGUEZARANA MUÑOZ, J. (2012) Aproximación al Derecho Administrativo Constitucional. Editorial Novum, México

13. MAZZUCA S. (2021) "Latecomer State Formation. Political Geography and Capacity Failure in Latin America". EE. UU., Yale University Press. ISBN: 978-0-300-24895-1.

Otros autores en cambio, con una mirada más constitucionalista, definen al Estado como una estructura jurídicamente organizada que se manifiesta a través de sus órganos: Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial; la relación que tengan éstos con su ciudadanía, configurará su derecho administrativo y constitucional diseñando con ello su propia organización.¹⁴

El mercado como instituto económico. Su interrelación con el Estado

El mercado, como instituto económico por excelencia, es definido por casi todos los autores como un intercambio voluntario que distribuye recursos y servicios. El intercambio libre del producto lo otorga justamente el beneficio de cada parte en función del valor de la utilidad que le asigna al mismo.¹⁵

En el mercado desaparece el elemento fundamental de coerción que tiene el Estado. Ello hace eficiente al mercado. Ambos institutos tienen lógicas territoriales distintas: uno tiende a la parcialización y el otro a la universalización y la globalización. De igual manera, así como muchas veces el Estado avanza en su protagonismo en cuestiones económicas por las fallas de mercado, también el mercado avanza cuando existen fallas del Estado. Su interacción es tan consistente que se puede afirmar que no hay mercado sin Estado, y ello impacta directamente en otras instituciones como las jurídicas, especialmente, en la del derecho de propiedad y en el campo del derecho que nos ocupa, en el derecho administrativo. Los analistas económicos por su

14. GORDILLO, A. (s/f) Bases del derecho administrativo. T.1 URL: https://www.gordillo.com/pdf_tomo9/libroi/capitulo1.pdf

15. Universidad Nacional de la Plata. WEBER, M. (2020) URL: <https://perio.unlp.edu.ar/catedras/pypp/wp-content/uploads/sites/64/2020/04/max-weber.pdf>

parte, le otorgan a la propiedad, el valor de ser un elemento indispensable para el desarrollo económico.¹⁶

El desarrollo económico dentro de un Estado, donde sus habitantes tengan la posibilidad de superarse en bienes y servicios como en su formación personal y familiar, es la meta perseguida, al menos debería serlo, por los gobernantes de los poderes del Estado y del mercado mismo. Cuando las políticas públicas no arrojan los resultados esperados en el mercado, comienzan los intentos del ejecutivo, primer receptor de la demanda poblacional en la cultura latinoamericana, de intervenir para generar cambios que disminuyan o solucionen los problemas de relaciones de propiedad. El Poder Legislativo, por su parte, debería revisar más detenidamente las asignaciones de recursos y rendiciones de su labor, para que sean aplicados con eficiencia.

Los estados latinoamericanos, desde su época colonialista, no supieron intervenir eficientemente para generar su crecimiento económico. La escasa calidad de las instituciones explica en parte el desarrollo lento y poco equitativo de la región.¹⁷ Esta debilidad institucional condiciona la brecha de desigualdad que afecta negativamente al desarrollo hasta la actualidad.¹⁸

311 /

16. HOSKINS, L y O' DRISCOLL Jr., G. (2006) "Derechos de propiedad: La clave del desarrollo económico", Traducido del Policy Analysis N° 482 publicado por el C. Institute el 7/08/2003. Washington D.C. URL: <http://www.elcato.org/derechos-de-propiedad-la-clave-del-desarrollo-economico>

17. ALONSO J.A. (2007) "Desigualdad, instituciones y progreso: Un debate entre la historia y el presente", Revista N° 93 LC/G.2347-P. (CEPAL)

18. ALONSO, J.A., Op. Cit. p.63.

Capítulo II

Las instituciones democráticas argentinas. Democracia delegativa

\ 312

En la Argentina, si bien existen numerosos autores que investigan las instituciones democráticas, resalto la figura del contemporáneo Guillermo O'Donnell, que expresa que la democracia ideal nace con un sentido de nacionalidad que, luego se extiende con la democratización, a prácticamente toda la población adulta de un Estado. “*Un régimen democrático es uno en el cual el acceso a las principales posiciones gubernamentales (con la excepción del poder judicial, fuerzas armadas y bancos centrales) se determina mediante elecciones limpias*”. En la democracia la ciudadanía política es potencialmente facultante; cada individuo es visto como una persona legal y portadora de derechos subjetivos (civiles, sociales y políticos). Sus gobernantes están limitados a tres delegaciones (*accountability* según el autor): 1) vertical electoral (elecciones limpias e institucionalizadas) 2) vertical societal (individuos y grupos con el fin de movilizar el sistema legal) 3) horizontal (instituciones estatales actúan para prevenir, compensar y/o condenar acciones u omisiones presumiblemente ilegales de otras instituciones o funcionarios estatales).

Los países que no cumplen con las condiciones de “*democratización*” de la democracia, practican democracias delegativas, donde se aprecia un ejercicio del poder político ejecutivo, avalado por un porcentaje

mayoritario de la opinión pública y de los demás poderes del Estado, donde aquél no acepta límites constitucionales/legales para el ejercicio de su gestión; por lo que transgrede o extra-limita las fronteras institucionales legalmente establecidas, especialmente en períodos de crisis. El líder delegativo asume interpretar los intereses de la población y tomar las decisiones, que supone, son las mejores, con una auto-concepción de la gestión pública. El sector de la ciudadanía, que se dice desplazado de ella, presiona al líder y habilita estas prácticas y hasta las encuentra políticamente alienada.

Veinte años después O'Donnell analiza las nuevas ideas y políticas públicas, y agrega que, en los países latinoamericanos que incluye a la Argentina, a pesar del avenimiento de los cambios sistémicos con mayores controles gubernamentales, el poder político insiste en esta estructura delegativa¹⁹. La conclusión que puede hallarse de las ideas de este autor a través de sus últimas obras, es una reafirmación de volver a la democracia representativa, pero se debe hacer una “*crítica democrática a la democracia*” para corregir sus debilidades estructurales, institucionales, morales y ciudadanas. La representación así recuperará su esencia.

313 /

19. O'DONNELL, G., IAZZETTA, O. y QUIROGA, H. (2011) Democracia Delegativa. Ed. Prometeo. Buenos Aires.

Capítulo III

El paradigma clásico y la modernización del Estado

La crisis de los 80, recordada por algunos autores como la “*década perdida*”²⁰ para los países latinoamericanos especialmente, generó una crisis financiera mundial debido a las grandes deudas externas impagables para estos Estados, y rearticuló la relación Estado-sociedad, comenzando la liberación del mercado en oposición al Estado céntrico. Se demandó el inicio de un proceso de transparencia y publicidad institucional exigida por los Organismos Internacionales— la CEPAL, el ILPES y la OEA—, impulsando un nuevo paradigma de gestión pública para el desarrollo.²¹

Surgen así dos cuestiones problemáticas centrales a nivel institucional estatal: los resultados ineficientes de las políticas públicas, dado que cada vez alcanza menos el presupuesto que no se invierte en tiempo y forma (reglada), y la necesidad de contar con actos administrativos que cuenten con transparencias legal y moral.

Se precisa entonces, un cambio estructural en las instituciones po-

20. BRIEGER, Pedro. De la década perdida a la década del mito neoliberal. Neoliberalismo. Economía. Globalización. América Latina; URL:<https://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/gt/20101004010308/21.pdf>

21. QUINTIN, A. “Paradigmas emergentes de la reforma administrativa: La nueva gestión pública. Cap. VI

líticas y en las administraciones públicas, es decir, se demanda un proceso por el cual los gobiernos, reorientan sus acciones, objetivos y fiscalizaciones; reorganizan sus procesos de producción institucional, sus sistemas organizativos y sus tecnologías de gestión para hacer frente de un modo diferente a transformaciones cualitativas del entorno, nuevas demandas, o crisis sistémicas.²²

Será entonces necesario, que las organizaciones gubernamentales que inicien determinados cambios, a saber: 1) La primera etapa es la modernización, como adopción de políticas, procesos, sistemas y tecnologías gerenciales originadas en los modelos administrativos, políticos y de gestión de los países del capitalismo avanzado (en el actual contexto, postindustrial). Se sustituye el clásico pensamiento weberiano.²³ Los países de Latinoamérica, como la Argentina, incorporaron masivamente tecnologías de información, nuevos *know how* técnicos y profesionales, y nuevas tecnologías de gestión. 2) La segunda es la adaptación, como proceso de aprendizaje donde los gobiernos producen cambios estructurales variando los modelos externos a las producciones internas teniendo en cuenta la cultura y la conducta de sus actores involucrados; descentraliza las responsabilidades²⁴. La tercera etapa es la innovación, cuando el gobierno

315 /

22. SCHWEINHEIM, Gu. Revista Estado y Políticas Públicas. FLASCO Argentina, Revista N° 10. CABA

23. En "La política como vocación" (1919), Weber definió el Estado como una entidad que ostenta el monopolio de la violencia legítima y los medios de coacción. Su teoría de la burocracia, es una forma de organización jerárquica del trabajo basada en el poder de las clases; es un instrumento de dominación y otorga eficacia en el trabajo y la organización, resolviendo así los problemas de la sociedad y, por ende, los de la empresa. LÓPEZ ZAMORA, Paula. Aproximación a la figura y obra de Max Weber Compañía Española de Reprografía y Servicios S.A. 1ª ed., 1ª imp. octubre de 2006.

24. CEPAL, (2006) MEDINA VÁSQUEZ, Javier y ORTEGÓN Edgar. Manual de prospectiva y decisión estratégica: bases teóricas e instrumentos para América Latina y el Caribe. Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social (ILPES) Área de Proyectos y Programación de Inversiones. Serie Manuales N°51. Santiago de Chile, septiembre de 2006.

es capaz *de producir una novedad* en la gestión según los objetivos, metas, misiones, estrategias, procesos, actividades, tareas, recursos, tecnologías, sistemas y tecnologías que se buscan. Si las innovaciones se conservan en el tiempo, se institucionalizarán²⁵. Cuando ocurre esta última situación, estamos en presencia de un deuteroaprendizaje, que es la cualidad que tienen los gobiernos para aprender a aprender, formando ambientes políticos, culturales y de civilidad que favorezcan la creatividad y la novedad.

El Estado argentino y la nueva mirada constitucional globalizada.

Vinculación con el mercado

\ 316 El sistema jurídico del Estado argentino se organizó con una estructura de normas que, básicamente, respeta la pirámide kelseniana²⁶, apoyándose en la libertad de los particulares, protegido desde el Preámbulo de la Constitución Nacional (CN) y especialmente en el art. 31CN. Por ende, la iniciativa económica o economía de mercado puede desenvolverse en la medida que no exista una normativa que se lo impida. Sin embargo, en lo que respecta a la función administrativa, a los fines de dar transparencia y límites al poder exorbitante que el derecho público ostenta, la normativa es la que va a determinar su competencia para actuar, fiscalizar, contratar, o sancionar, por nombrar algunas de las actividades, que determinarán la legalidad, legitimidad y ejecutoriedad, presunciones jurídicas propias de un acto administrativo.²⁷

25. Op. Cit. p.92

26. URL: <https://conceptodefinicion.de/piramide-de-kelsen/>

27. COMADIRA, J. Derecho administrativo: acto administrativo (2003), 2 ed. Buenos Aires. Abeledo Perrot.

A partir de las modificaciones constitucionales del año 1994, se incorporan los tratados internacionales a la jerarquía constitucional, sin alterar el sistema autónomo precitado. Se reconoce esta jerarquía supralegal y que, por su contenido, también bregan por los derechos fundamentales que deben ser respetados por la universalidad de los Estados que se comprometieron a hacerlo. Algunos autores los clasifican en categorías por la materia que tratan: a) tratados sobre derechos humanos (artículo 75, inc. 22, párr. 2° y 3°); b) tratados de integración (artículo 75, inc. 24); c) tratados no incluidos en los ítems anteriores celebrados con otras naciones o con organizaciones internacionales (artículo 75, inc. 22, párr. 1°); d) concordatos con la Santa Sede (artículo 75, inc. 22, párr. 1°); y, e) convenios celebrados por las provincias con conocimiento del Congreso Nacional (artículo 124).²⁸

También los clasifican por jerarquía normativa: a) tratados con jerarquía constitucional (artículo 75, inc. 22, párr. 2°); b) tratados con jerarquía superior a la ley; que a su vez pueden sub-clasificarse en: i) tratados que pueden alcanzar la jerarquía constitucional (artículo 75, inc. 22, párr. 3°); y, ii) tratados que no pueden alcanzar la jerarquía constitucional (artículo 75, inc. 22, párr. 1° y artículo 75, inc. 24).

Consecuentemente, es relevante dejar establecido que esta nueva jerarquía también exige la adecuación del derecho internacional a los principios insertos en la Constitución Nacional argentina, es decir, a: *“a) la forma representativa, republicana y federal de gobierno (artículo 1); b) el principio de juridicidad y el de reserva (artículo 19); c) el principio de igualdad (artículos 15, 16, 75, inc. 23, y concordantes); d) el carácter no absoluto de los derechos y la pauta de razonabilidad para su reglamentación (artículos 14, 28, 99, inc. 2, y concordantes); e) el debido proceso legal (artículo 18 y concordantes); y f) las medidas de emergencia adoptadas para garantizar la existencia misma de la Nación”*²⁹. Por otra parte,

317 /

28. URL: <https://juezrosatti.com.ar/doctrina-judicial?l=92>

29. Fallos 344:2175. Molinos Río de la Plata S.A. c/ Dirección General Impositiva s/ re-

deviene relevante remarcar que el ejercicio de los derechos evoca el principio de razonabilidad y el de proporcionalidad. Nuestro sistema jurídico, habilita la posibilidad de reglamentar el ejercicio de tales derechos, los cuales no son absolutos ni excluyentes de otros con similar jerarquía.³⁰ Los derechos por los que los Estados deben bregar e intervenir en el campo de los particulares quedaron expresamente establecido, habilitando con ello a los Organismos Internacionales, de los que la Argentina es parte, a ser materia de investigación, análisis y de recomendación³¹.

Asimismo, a partir del art. 79 inc. 19 se le permite su injerencia estatal en el plano social y con la incorporación de los tratados internacionales también se habilita la intervención en el plano económico. Todo ello, siempre garantizando el bien general sin coartar la libertad de la iniciativa particular. El Estado, no escapa a la lógica del mercado; es el receptor y administrador principal de las necesidades infinitas del particular y de los recursos limitados que pudiera obtener, tanto a nivel nacional como provincial en el marco del artículo 5CN.

Es relevante mencionar el artículo 14 de la Constitución chaqueña, que incorpora como suyos los derechos, deberes, declaraciones y garantías establecidos en la Constitución Nacional como los receptados a través de los tratados internacionales por el artículo 75, inc. 22CN; en este sentido afirma la plena operatividad en sede administrativa o jurisdiccional, sin que *“su ejercicio pueda ser menoscabado por ausencia o*

curso directo de organismo externo, fallado el 2 de setiembre de 2021; voto conjunto con el juez Maqueda, Considerando 9)

30. Artículos 14,19, 37 y 75 inc. 22 CN argentina. Fallos 344:2175 cit., considerandos 7), 8) 9) y 10)

31. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Documentos Básicos. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (OEA) URL: <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp> CEPALSTAT. Bases de Datos y Publicaciones Estadísticas. URL: <https://statistics.cepal.org/portal/cepalstat/perfil-regional.html?theme=2&lang=es>

insuficiencia de reglamentación". En el mismo marco del sistema representativo, republicano y federal de gobierno, y conforme lo establece el artículo 5 de la Carta Magna provincial, se reafirma la autonomía de los poderes públicos. Ellos no pueden "*delegar*" las atribuciones específicas de su competencia, bajo pena de nulidad de ellas.

Así, el Ejecutivo, debe diseñar conforme su estructura organizacional, con eficiencia, respetando las prioridades axiológicas de su sociedad para tornar operativos los derechos constitucionales protegidos. Necesita entonces, contar con la mayor información posible, para corregir o redistribuir sus recursos previamente aprobados por el poder legislativo con la ley de presupuesto, generalmente obtenidos con intercambios forzados –impuestos– y reducir el gasto público y empréstitos que tengan que mitigar a futuro. Con ello, los costes de transacción tienen mayor certidumbre, asumiendo riesgos mitigables, evitando riesgos económicos. Desafortunadamente, la realidad histórica ha mostrado en los distintos gobiernos, un camino oscilante e ineficiente con difícil retorno.³²

319 /

El trabajo integral de los tres poderes del gobierno deviene fundamental, por cuanto es el poder ejecutivo el que cuenta con la información de las necesidades y urgencias de la población, pero es el poder legislativo el que controla el presupuesto y cuenta con la legitimación de las decisiones porque sus integrantes son los representantes de la República. Cuando se pretende una regulación, es decir, la restricción, en mayor o menor medida de un derecho reconocido constitucionalmente, se debe analizar que ese coste de transacción sea la decisión más óptima, luego de analizar su coste/beneficio. En el contexto de crisis económica expuesto, el Estado argentino diseña muchas veces cambios sustanciales normativos, con repercusión directa en los distintos fallos jurisprudenciales, produciendo modificaciones

32. URL: <https://www.iprofesional.com/economia/353497-20-anos-de-riesgo-pais-asi-esta-argentina-en-el-> ranking URL: <https://www.puentenet.com/cotizaciones/riesgo-pais>

sustanciales en los paradigmas de las reglas de intercambio. Ello genera incertidumbre en el mercado porque el riesgo no alcanza a ser mitigado con el aporte de los terceros necesaria en esa relación económica. Desde su lugar, el mercado no arriesga, no invierte, provocando recesión y/o fuga de precios si la normativa/Estado no se lo impide. Por su parte, el art. 968 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) es claro al respecto, y el Estado, en uso de las facultades exorbitantes no puede ejercer su regulación de manera abusiva. La regulación, para que sea constitucional debe bregar por su carácter social (art. 75 inc.19) y por proteger la economía (art. 42 CN). El Estado debe contar con una estructura jurídico-institucional clara y coherente, y con planes de gobierno a mediano y largo plazo que marquen el sendero al gobierno de turno. La intervención estatal en el mercado implica el ejercicio de su poder de policía, ³³respetando la defensa del consumidor y la protección de los derechos de los particulares, que incluyen la defensa de la competencia y la lealtad comercial como fundamentales. Las instituciones, como reglas que habiliten el intercambio de recursos con competitividad retaría de Energía y Puertos, 05/04/05, LA LEY 2005-D, 439 eficiente -calidad y precio-, deben generar una transferencia de riquezas a favor del consumidor.³⁴

Así surge la economía de regulación³⁵. Se protege el bien público (bienestar social), donde interviene el Estado armonizando la oferta y la demanda y evitando, en lo posible, altos costos de transacción.³⁶

33. CSJN, Ángel Estrada y Cía. Vs. Secretaría de Energía y Puertos, 05/04/05, LA LEY 2005-D, 439

34. BIANCHI, A. (1984) en "La declaración de utilidad pública como causa de la expropiación irregular". Revista ED 107-983, la denomina a esta intervención como "expropiación irregular".

35. VISCUSI, K. y otros (2000) Economía de la Regulación y Monopolio, Fourth Taurus, The MIT Press, Nueva York.

36. VISCUSI, K., VERNON J. y HARRINGTON, J. (2005) Economía de la Regulación y Monopolio, Fourth Taurus, The MIT Press, Nueva York.

El actuar o el no hacerlo, como una posible decisión, por parte del Estado, demanda un análisis técnico en profundidad, que tiene como vector el principio de proporcionalidad.³⁷ Este enfoque iuspublicista permite al Estado, proyectar (planificar) con anticipación (ex - ante) los impactos en los actores involucrados de una regulación. La razonabilidad por sí sola, que es el principio tradicional de aplicación, deviene insuficiente, más en un contexto de emergencia real, como es el caso que se analiza en el presente trabajo.³⁸ Este nuevo enfoque paradigmático habilita evaluar si la regulación proyectada es la más óptima respecto a los costes de transacción, permitiendo incluso evaluar si corresponde o no, una intervención diferente.³⁹

La estructura delegativa de la Argentina, arraigada en las instituciones y la sociedad misma, generalmente compromete al Estado para que asuma los costes a través del gasto público, lo que repercutirá en impuestos o empréstitos. La regulación, para que sea constitucional debe bregar por su carácter social (art. 75 inc. 19) y por proteger la economía (art. 42 CN).

La ley 27.442 de Defensa de la Competencia (LDC) como ejercicio del poder de policía en materia de defensa de la competencia y sus derivaciones en las relaciones de consumo, en la práctica deviene compleja porque el comportamiento eficaz y racional perfecto no existe, y el control estatal, demanda una importante presencia fiscalizadora. El mercado inmobiliario que nos ocupa en el presente trabajo no escapa a esta lógica. Consecuentemente, el juicio de necesidad se vincula íntimamente al juicio de eficiencia. Esa eficiencia en

321 /

37. CIANCIARDO, J. (2009). "El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad". Segunda edición. Ábaco. Buenos Aires.

38. COVIELLO, P.J.J. (2009) "El Control judicial de la emergencia", *Jurisprudencia Argentina*, t. 2009-1, p. 1086.

39. AGUILAR VALDEZ Ó.R. (2016) ¿Regular o competir? El caso de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual de la República Argentina y el Principio de Proporcionalidad como Criterio Delimitador. *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho* N° 76. p. 307. URL: <http://dx.doi.org/10.18800/derechopucp.201601.013..>

el mercado también contribuye con su eficacia, al desarrollo del bien común. La CSJN justamente aplicando el principio de subsidiaridad, consideró que el Estado se encuentra facultado para encontrar el justo medio (la proporcionalidad) entre el interés del particular y los medios para ese fin, vulnerando en la menor medida posible el derecho de propiedad de la persona objeto de restricción.⁴⁰

El alcance del derecho administrativo argentino actual en el marco de las reformas constitucionales del año 1994

El derecho administrativo es “*la rama de la ciencia del derecho público que estudia el ejercicio de la función administrativa y la protección judicial existente contra ésta.*”⁴¹ La función administrativa puede ser ejercida por un órgano estatal o un ente no estatal con funciones administrativas bajo un régimen jurídico exorbitante.⁴² Otros autores resaltan en su definición, algunos aspectos relevantes que sirven para entender su alcance: “*es la rama del derecho público interno que determina la organización y funcionamiento de la administración pública, tanto centralizada como paraestatal*”.⁴³ Cabe aclarar que la función administrativa puede ser ejercida por cualquiera de los tres poderes del Estado - Ejecutivo, Legislativo y Judicial⁴⁴, como por los entes privados que cumplen funciones de poder público -de policía-, propio del derecho administrativo.

40. (CSJN 2008, número 63; 2012, número 222)

41. GORDILLO, A.(s/f) El Derecho Administrativo, t.5, cap.4 URL: https://www.gordillo.com/pdf_tomo5/01/01-capitulo4.pdf

42. FRAGA, G. Derecho administrativo, Méjico, 1958.

43. GARRIDO FALLA, F. (1961) Tratado de Derecho Administrativo, t. I. Madrid.

44. GORDILLO, A. (2013) Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas, t. 8. Teoría General del Derecho Administrativo. I.S.B.N.: 978-950-9502-51-2. Copyright by Fundación de Derecho Administrativo. 2da. edición, Buenos Aires.

Este derecho administrativo tendrá en la Argentina, características bien determinadas, especialmente después de las reformas constitucionales del año 1994; su carácter local, reglamentario y procesal como regla general, dado la estructura federal de gobierno⁴⁵, las fuentes históricas de la Constitución Nacional como fuente axiológica de los institutos⁴⁶ y, por último, el modelo del control judicial con el rol de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que se expide y determina los reconocimientos y alcances de los derechos protegidos en esa Ley Suprema.⁴⁷

Ahora bien, esta situación garantista del derecho administrativo con vectores en el Estado de Derecho, donde se advierte cierta subordinación de los gobernantes ante la ley en todas sus jerarquías, nos lleva a tener que estudiar este marco dogmático al del campo práctico, especialmente en un país como en de la República Argentina, donde la crisis y fallas económicas, han determinado los designios del país, impactando en lo socio-político.

Esta estructura jurídica entra en crisis, particularmente en la implementación organizacional y práctica consuetudinaria, especialmente cuando se vincula con un mercado, como el argentino, que ahonda cada vez más las brechas de igualdad y del ejercicio de los derechos fundamentales, con fallas que el mismo no los resuelve.

Los principios propios del derecho administrativo, son la base de la

323 /

45. Los gobernadores son agentes naturales del Gobierno Federal y deben velar por el cumplimiento de la Constitución Nacional-art. 128 CN-. Ello no implica que existen poderes de derecho administrativo delegados a Nación-art. 126 CN- y otros que los ejercen de manera concurrente- art. 125 CN-.

46. La Constitución Nacional, sigue la estructura básica en lo político institucional a la norteamericana, y el sistema jurídico de derecho administrativo se basó en la doctrina francesa y española, con aportes de la italiana y la alemana, otorgándoles características propias.

47. IVANEGA, M. (2021) Reflexiones acerca del Derecho Administrativo en la República Argentina. Garantías Jurídicas en el Procedimiento, el Control Judicial y la Responsabilidad del Estado. URL:https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-B-2021-10001700022

legitimidad de los actos de la administración y uno de los vectores de su sistema de fuentes. Son sus principios específicos: 1) la oficialidad, es un órgano del poder público responsable desde el inicio hasta la culminación del proceso con el dictado del acto administrativo, sin necesidad de instancias de partes; 2) la legalidad objetiva, el acto de este órgano debe ser razonable y en concordancia a su jurisdicción; 3) informalismo a favor del administrado, el administrado, cuenta con el respeto de sus derechos fundamentales y puede ser juzgado sin el cumplimiento estrictos de las formas, para otorgar una solución acorde a su caso; 4) de garantía de la defensa, donde el Estado debe respetar los derechos consagrados en la norma, especialmente las de jerarquía constitucional; se resalta el derecho a la información en forma clara y oportuna, para el ejercicio de los demás derechos que le pudieran corresponder al administrado como defensa.

Complementan estos principios, los correspondientes a los generales del derecho, por tener raíces constitucionales. Se pueden enunciar como aplicables en el derecho administrativo: 1) el del interés general, por cuanto toda la actividad administrativa tiene dicho fin pues el bien común y el interés colectivo tienen supremacía sobre los individuos; 2) el de la separación de poderes, donde el ejecutivo es el órgano con funciones administrativas y no puede ejercer los otros poderes del Estado; 3) el de legalidad, mencionado anteriormente; 4) el de la descentralización, donde el Estado moderno gestiona con distribución de funciones y responsabilidades;

5) el de moralidad, para que la Administración, se desenvuelva dentro de una rigurosa ética, cumpliendo sus deberes, responsabilidades, incompatibilidades, inhabilidades, por mencionar algunos aspectos; 6) el de economía procesal, para que los actos se resuelvan con el menor trámite posible, respetando el espíritu de la norma; 7) el de celeridad, con la que la Administración debe impulsar de oficio el proceso iniciado; 8) el de eficacia, para que el proceso sea el apropiado para cumplir el fin proyectado, evitando ociosidades; 9) el de imparcialidad, donde la Administración garantiza el ejercicio de los

derechos fundamentales, sin discriminaciones; 10) el de publicidad de las decisiones de la Administración, debiendo tener informado al administrado de cuestiones que le incumban en lo particular y como ciudadano; y 11) el de contradicción, para que la Administración garantice al administrado la posibilidad de controvertir sus actos para ser revisados por las autoridades judiciales.

El derecho administrativo actual, no se limita a una estructura jurídica pública específica por sus propios principios y materia⁴⁸, sino que abarca todas las situaciones jurídicas que un sujeto puede tener frente a la Administración⁴⁹.

La buena administración será entonces, el principio general que presida la relación jurídico administrativa, como también el deber estatal, *que se le impone respecto a los intereses generales o individuales del administrado que surgen de las relaciones jurídicas concretas*,⁵⁰ correlativo del derecho de los administrados, como base de un Estado de Derecho, repercutiendo en una enriquecedora convivencia social, comprendiendo resultados positivos en el campo político como el económico.

325 /

La discrecionalidad en la función administrativa

La actividad de la administración pública, tal como se expuso más arriba, en sus funciones administrativas, es principalmente reglada por un ordenamiento jurídico con normas establecidas específica-

48. Los conceptos clásicos enuncian: “El Derecho Administrativo es el conjunto de reglas relativas a la organización y al funcionamiento de los servicios públicos y a las relaciones de estos con los particulares” Primeros conceptos de GORDILLO.

49. DELPIAZZO, C. E. (2013) Derecho Administrativo General, A.M.F., Montevideo, vol.2, p. 241 y ss.

50. GARCÍA DE ENTRERRÍA E. y FERNÁNDEZ T. R. (2004) Curso de Derecho Administrativo, tomo II, 9ª edición.

mente desde las declaraciones de los derechos fundamentales en la jerarquía constitucional, hasta la actividad de alcance general y actos administrativos resueltos en los casos concretos que cada órgano resuelve. De igual manera, la actividad de los órganos emisores de actos administrativos puede consistir en actividades no regladas por ausencia de norma escrita, pudiendo incluso optar por dos o más soluciones jurídicamente válidas.

Se puede dar la situación que no existan reglas específicas o que se esté, ante una situación con ausencia de reglas. Consecuentemente, el acto administrativo dictado en estas circunstancias será efectuado en el marco de las facultades discrecionales que la Administración posee, como manifestación concreta de las facultades otorgadas por ley por el régimen exorbitante que conserva el Estado respecto al régimen de derecho privado.

Los actos discrecionales, en la actualidad, no son instrumentos legales que habiliten a su órgano emisor la reducción de los elementos fundamentales que daba contener todo acto administrativo: 1) sujeto, 2) la voluntad, 3) objeto, 4) motivo, 5) el fin y 6) la forma. Todo lo contrario, son actos que deben instrumentarse con mayor autosuficiencia y validez formal y sustancial, siendo relevante la motivación del mismo.

La doctrina y jurisprudencia han analizado en profundidad la diferenciación de concepto entre motivo y motivación del acto administrativo discrecional.⁵¹

El acto administrativo discrecional que razonablemente enuncie el marco normativo existente, los antecedentes fácticos del caso, las opciones posibles de resolución de la cuestión y el interés público en concreto que se protege con la decisión administrativa, cumplirá con

51. CASARINI, L.(s/f) La motivación como instrumento de control de la discrecionalidad administrativa. URL: <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la-actividad-estatal/cae-casarini-motivacion.pdf>

las reglas de oportunidad, mérito y conveniencia como motivadores del acto. Otorga al mismo, los efectos jurídicos propios de cualquier acto fundado en norma escrita de presunción de legitimidad y ejecutoriedad.

Acota también, conforme al principio de juridicidad del debido proceso adjetivo que otorgue una tutela judicial efectiva, derivada del artículo 18 y 116CN⁵², la posibilidad que el acto administrativo, la posibilidad de revisión y modificación en los tribunales, por vicios sustanciales que habiliten una sentencia de nulidad del mismo, absoluta o relativa.⁵³

Se reduce así, con técnicas jurídicas de interpretación del sistema jurídico que contienen unidad de criterios razonados, la posibilidad de utilizar la discrecionalidad para actos arbitrarios y desproporcionados, con ilegalidad manifiesta.

327 /

52. MERTEHIKIAN E. (2010) Cuestiones de Control de la Administración Pública. Breves anotaciones acerca del alcance del control judicial sobre la oportunidad, mérito o conveniencia de las conductas de la Administración. Ed. Rap S.A. p. 211d SAIJ: DACF130326

53. CASSAGNE J.C.(s/f) La discrecionalidad administrativa URL:http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_discrecionalidad_administrativa.pdf

Capítulo IV

La cuestión social en el derecho a la propiedad sobre inmuebles

Reconocimiento constitucional. Evolución del pensamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN)

La expansión política y económica en Latinoamérica mencionada anteriormente tuvo como consecuencia, entre otras cuestiones, el aumento del valor de las tierras y sus pertinentes gastos de transferencia para el registro pertinente. Ello nos lleva a formular que el desarrollo económico y el derecho de propiedad privada son conceptos inseparables. El Estado a través de su sistema institucional administrativo, reglamentará el ejercicio de dicho derecho, influyendo directamente en la economía de la región.

La propiedad privada, en todas sus manifestaciones, es un derecho fundamental⁵⁴ que se encuentra jerarquizada en una

54. Naciones Unidas. Declaración Universal de los Derechos Humanos. Su artículo 17 dice: “1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. 2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad”. URL: http://www.un.org/es/documents/udhr/index_print.shtml

categoría inmediatamente posterior al derecho a la vida para algunos autores como Nicolás Perrone (2013).⁵⁵ De igual forma, no es sencilla su definición, por cuanto depende de cada Estado las especificaciones y la función social que se le atribuya a este derecho⁵⁶. Se puede enunciar que el derecho a la propiedad privada *“es una facultad jurídica de derecho real sobre un bien que otorga a su titular la posibilidad de usar, gozar y disponer del mismo, conforme a las normas que establecen su ejercicio”*.⁵⁷

Originariamente, la CSJN expresa el alcance del derecho de propiedad a través del caso “Bourdieu” en 1925, y manifiesta que es la institución jurídica que comprende *“todos los intereses apreciables que el hombre pueda poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley (...) a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce, así sea el Estado mismo”*. El fallo, bajo esta perspectiva es una proyección de lo normado en la Constitución Nacional de 1853 y sobre todo se vinculaba a las propiedades sobre inmuebles. El objetivo de esta protección al derecho de propiedad, se plasmó como instrumento legitimante de un nuevo modelo de sociedad elitista. Los Artículos 14 y 17 CN eran la forma de garantía contra el uso abusivo del poder expropiatorio que poseían los colaboradores del gobierno nacional en la historia argentina, cuyas tierras eran entregadas, como recompensa de colaboración y espacio de explotación económica con mano de obra que comprendía a la nueva población inmigrada. Esta concepción absolutista fue norma-

329 /

55. ALONSO REGUEIRA, E. (Coord.) (2013) La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino. Autor de la publicación PERRONE, Nicolás M. Ed. La Ley, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, p. 355.

56. MARX, C. explica en el año 1842, la “lógica del interés privado” en desmedro de la idea de una “res publica” con el relato del robo de la leña; atribuye que una apropiación será o no desposesión ilegal, a partir de si el bien en cuestión, es un bien común o privado.

57. Elaboración propia.

da también en el Código Civil de 1871 habilitando por otra parte, la formación de poderosos monopolios y oligopolios ligados al nuevo modelo económico nacional, y que subsiste en alguna medida hasta la actualidad.

Esta inmigración poblacional, habilitó la incorporación de nuevas ideologías que cuestionan el desequilibrio en el reparto de la propiedad privada de las tierras, generando una reacción social.⁵⁸ También los cambios ideológicos ingresan a través de la Universidad de Buenos Aires con la visita en el año 1911 de León Duguit, reconocido autor francés y uno de los pioneros en las transformaciones del derecho público.

De igual manera, esta estructura de poder económico agrario mantiene su derecho de propiedad absolutista, hasta la Constitución del año 1949 que plasma la nueva corriente socialista de la doctrina internacional, consagrando la función “social” de la propiedad, junto a otros derechos sociales y laborales y la intervención estatal en algunas cuestiones de la economía. Dice que “*la organización de la riqueza y su explotación tienen por fin el bienestar del pueblo, dentro de un orden económico conforme a los principios de la justicia social*”. Desde esta Constitución, los servicios públicos pasan a ser pertenencia originaria del Estado y no pueden ser enajenados o concedidos para su explotación sin indemnización previa y cuando la ley lo determine. Con esta mirada se socializan los medios de producción con un impacto directo y determinante en el mercado, naciendo un nuevo actor político y clase social, el del trabajador. El Estado incluye en su agenda de gobierno un nuevo paradigma de distribución de la riqueza, un cambio en la producción de bienes y servicios.

58. Cito a modo de ejemplo, la “Huelga de inquilinos” y la “Marcha de las escobas” de 1907 que cuestionaban los derechos de propiedad, así como el Grito de Alcorta de 1912, como rebelión de pequeños agroganaderos ante el poder oligárquico de los latifundistas.

El Código Civil y Comercial argentino (CCyCN), articula la propiedad en los artículos 1.941 al 1.945; define al dominio perfecto como el “*derecho real que otorga todas las facultades de usar, gozar y disponer material y jurídicamente de una cosa, dentro de los límites previstos por la ley. El dominio se presume perfecto hasta que se pruebe lo contrario*”. Así, tiene una proyección de perpetuidad no dependiendo incluso de su ejercicio efectivo, salvo que se den las condiciones de propiedad por prescripción adquisitiva, corta o larga. Su titular también ostenta la exclusividad de su ejercicio, pudiendo elegir o excluir este uso y goce por parte de terceros, siempre respetando las normas locales que lo regulen. Este derecho, otorga a su beneficiario la posibilidad de evaluar los costos y beneficios sobre un bien determinado, permitiendo conservarlo si le resulta ventajoso o descartarlo si lo perjudica, y su decisión impacta directamente en la sociedad y en el mercado.⁵⁹

La CSJN por su parte, modifica su postura en el año 1922 a través del caso Ercolano, Agustín contra Lanteri de Renshaw, Julieta que, si bien es una cuestión de congelamiento de alquileres por una ley nacional, la N°11.157, a causa de una emergencia mundial, también define cuestiones como que esta norma es una reglamentación válida y razonable sobre el derecho de usar y disponer de la propiedad, conforme el artículo 14CN advirtiendo incluso que “*un derecho ilimitado sería una concepción antisocial*”. También expresa que no implica una privación de su ejercicio, en contra del artículo 17CN. Valida la intervención estatal en el ejercicio de este derecho por las circunstancias “*muy especiales*” y de “*un intenso interés público*” y por las condiciones en que los inquilinos eran explotados. La convivencia social impone un límite al interés individual. El Estado tiene la obligación de proteger la seguridad, la salud y la moralidad en el marco de su

331 /

59. O' DRISCOLL JR., GERALD P. y HOSKINS Lee (2006) Derechos de propiedad. La clave del desarrollo económico. El Cato Institute -Washington, D.C.-URL: <http://www.elcato.org/publicaciones/ensayos/ens-2006-04-05.pdf>

“poder de policía” y como protector de *“intereses económicos”*, pronunciados en los artículos 14 bis, 42 y 75 inc. 22CN.

El artículo 17CN, luego de la modificación incorporada en el año 1994 sobre el artículo 14CN, también incluye al derecho de propiedad, que se bien resulta inviolable, su ejercicio será conforme a las leyes reglamentarias vigentes reforzando su mirada social. En concordancia, el artículo 40 de la Constitución del Chaco (CPOCH) lo enuncia de manera similar que la propiedad es inviolable y su ejercicio está subordinado al interés social. Su restricción por expropiación debe fundarse en el interés social o en la utilidad pública. Esta declaración normativa la dicta la legislatura a través de una ley luego de haber indemnizado en efectivo a su propietario.

Ambas constituciones mencionadas, establecen la superioridad de la utilidad pública al derecho individual del propietario, más debe ser razonada, fundada y siempre sobre inmuebles determinados específicamente (art. 5 ley 21499). Esta restricción sobre el bien, puede ser de forma total o parcial, y deberá ser reparada previamente teniendo en cuenta el valor del bien más los daños directos e inmediatos que se le generen a su propietario por causa de la expropiación (art. 10 ley 21499). La CPOCH en su art. 37, incluso reconoce la preexistencia de la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas, estableciendo incluso en sus cláusulas transitorias la transmisión de las tierras que dichos pueblos ocupan en la actualidad, determinando que esas reservas son adjudicadas como reparación histórica, a título gratuito, y son inembargables, imprescriptibles, indivisibles e intransferibles.

La propiedad, con la reforma constitucional del año 1994, también considera una perspectiva funcional en lo social y ambiental⁶⁰, en pos de un desarrollo sostenible. Asimismo, con la incorporación de las declaraciones y los tratados internacionales con jerarquía constitu-

60. MIDON, M.A.R. (1997) Manual de derecho constitucional argentino, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, p.242.

cional, el uso y goce de la propiedad se subordina al interés social, así como prohíbe “*toda forma de explotación del hombre por el hombre*”⁶¹(art. 21). También surgen garantías en identidad y organización para los pueblos indígenas y sus comunidades y, por ende, a sus derechos de propiedad comunitarios, con una lógica jurídica muy diferente a la propiedad tradicional existente (art. 75 inc. 17 CN).

La cuestión social de la región en las agendas de gobierno.

Globalización y el Derecho Administrativo

Según muchos autores, la formación del Estado es un proceso de construcción social, donde los gobiernos diseñan sistemas de redistribución popular, debilitando la acumulación de los sectores económicos dominantes.⁶² De este modo, la agenda de gobierno no es una yuxtaposición de elementos que surgen históricamente, sino que tiene elementos elaborados a partir de problemas relativos al “orden” y al “progreso” de determinados actores. El Estado evalúa los temas que devienen como prioritarios y los incluyen, en su agenda de gobierno.⁶³

En el proceso de formación estatal debe analizarse como manifiesta O'Donnell, la vinculación entre el proceso y la constitución de clases sociales. Ahí residirá la habilidad del gobernante en articular y

333 /

61. Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 21.

62. O'DONNELL, G. (1977) Apuntes para una Teoría del Estado, Documento CEDES/g.e. CLACSO, 9. Buenos Aires.

63. OSZLAK, O. (2011) Lecturas sobre el Estado y las políticas públicas: Retomando el debate de ayer para fortalecer el actual. Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación. Proyecto de Modernización del Estado. Ciudad Autónoma de Buenos Aires - República Argentina. URL: http://www.jefatura.gob.ar/archivos/pme/publicaciones/libro_acuna.pdf

garantizar las relaciones sociales capitalistas.⁶⁴ La historia argentina de las provincias, justamente, marca situaciones gubernamentales de control y reacción social, a raíz de intereses económicos y políticos, pero lo cierto es que, a través de estos procesos, el Estado argentino fue formándose a partir de derrotas de unos y consagraciones de otros, lucha que deja de estar en el campo de batalla para trasladarse a las instituciones construidas.⁶⁵

Desde la contemporaneidad, y cada vez en mayor medida, el Estado transforma su estructura tradicional del período moderno. La globalización del mercado y la tecnología, modifican sus vinculaciones y a su sistema jurídico interno. Como consecuencia también repercute en el ejercicio del poder público en las normas y su vinculación con los habitantes, por citar algunas cuestiones. Así nacen las comunidades supranacionales, creando un ordenamiento jurídico propio, supranacional, y una fuerza unificadora que se constituye en puente para el acuerdo de pactos y tratados internacionales, donde los Estados sientan los principios fundamentales, especialmente en derechos humanos. Algunos autores manifiestan incluso, que, de esta manera, se delega soberanía; otros, en cambio, encuentran que se habilitan las garantías y máximas que velarán sobre la unión y fortalecimiento de sus países miembros, unificando cuestiones básicas en su legislación interna para cumplir aquellos acuerdos, y con ello avanzar progresivamente a su desarrollo. El Estado es concebido como orden jurídico, como Estado de Derecho.

El derecho supranacional globalizado influye directamente en el derecho administrativo⁶⁶, en lo que respecta a su relación con los

64. O'DONNELL, Op. Cit

65. SABATO, J.F. (1979) Notas sobre la formación de la clase dominante en la Argentina Moderna" (1880- 1914) CISEA. Buenos Aires.

66. Derecho Administrativo es el "conjunto de reglas relativas a la organización y al funcionamiento de los servicios públicos y a las relaciones de estos con los particulares" GORDILLO, A. (2013). Tratado de Derecho Administrativo. 5ª ed. Astrea. F.D.A. Buenos Aires.

administrados, a la creación de normas administrativas generales que se complementan con la norma nacional en obras públicas compartidas, en cuestiones aduaneras, en derechos individuales como los de propiedad⁶⁷, salud, vivienda⁶⁸ y seguridad, e incluso en tribunales para ejercer funciones jurisdiccionales en los temas vinculados a sus tratados y acuerdos internacionales.⁶⁹

67. El artículo 17, Declaración Universal de Derechos Humanos, garantiza el derecho a la propiedad.

68. La vivienda es un derecho, no una mercancía (2019) Naciones Unidas. Derechos humanos. Oficina del Alto Comisionado. URL: <https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-housing/human-right-adequate-housing#:~:text=La%20vivienda%20es%20un%20derecho%2C%20no%20una%20mercanc%C3%ADa&text=E n%20virtud%20del%20derecho%20internacional,del%20hogar%20o%20la%20tierra>

69. SOTELO de ANDREAU, M. G. (2000) “El nuevo paradigma del Estado, su impacto en el Derecho interno”, publicado en AeDP N° 6, Ed. Ad. Hoc, Buenos Aires.

Capítulo V

El derecho al acceso a la vivienda digna – adecuada –. El alcance del concepto

La consideración de los derechos fundamentales analizados ut supra, constituyen el sustento para desarrollar la cuestión principal que motiva este trabajo, que es el derecho al acceso a una vivienda digna, con un reconocimiento constitucional expreso en los arts. 14bis y 75, inc. 22 CN, este último, a través de los instrumentos internacionales de derechos humanos. En este contexto de derecho internacional incorporado con jerarquía constitucional, enuncia a la vivienda digna con distintos alcances según los casos que aborden y el momento en la historia en que se pronuncien.⁷⁰

70. Los Documentos Oficiales de la Asamblea General ONU, Sesión 43, supl. N° 8, edición (A/43/8/Add.1). También la abordan las Resoluciones 1986/36 y 1987/22 de la Comisión de Derechos Humanos; los informes del Sr. Relator Especial de la Subcomisión Danilo Türk, (E/CN.4/Sub.2/1990/19, párr. 108 a 120; E/CN.4/Sub.2/1991/17, párrs. 137 a 139); también la Resolución 1991/26 de la Subcomisión; el art. 25, párr. 1 de la Declaración Universal de DDHH; el art. 5 párr. e), ap. iii) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; el art. 14, párr. 2 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; el art. 27 párr. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño; el art.10 de la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social; la secc. III, párr. 8 de la Declaración de Vancouver sobre los Asentamientos Humanos, 1976 (Informe de Hábitat: Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.76.IV.7, y corrección); el cap. I),

A nivel provincial, el artículo 35 CPCH, menciona la protección de la familia, como célula formadora de la sociedad, le otorga el derecho al resguardo de su intimidad y le asegura las condiciones necesarias para su desarrollo, enunciando expresamente el acceso a la vivienda digna y al bien de familia. Aunque esta Ley Suprema se encuentra desactualizada, al especificar el alcance del término familia únicamente a la unión de un hombre con una mujer. Por el contrario, los tratados internacionales vigentes consideran la conformación de grupos familiares en un sentido más amplio. Sí es relevante mencionar que la constitución establece otras cuestiones facilitadoras de acceso a la vivienda, cuando enumera el destino de la tierra pública en el artículo 42, la reducción o eliminación de impuestos en el artículo 59 y los derechos del trabajador en el artículo 29 del mismo cuerpo normativo.

La acepción digna se refiere a un espacio edilicio con las comodidades de habitabilidad que le otorgue a la familia, protección, salud y seguridad, con una infraestructura mínima para desarrollar una vida. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir pacíficamente en un lugar seguro. Su acceso, aunque suene algo utópico, debe estar garantizado a todas las personas sin interesar sus ingresos o su acceso a recursos económicos. Es decir, se aplica a todos los grupos de personas en la actualidad, en su condición de ser humano, independientemente de la edad, la situación económica, la afiliación de grupo o de otra índole, la posición social o de cualquier otro factor. Estas familias comprenden también a grupos monoparentales o cualquier otro grupo con trato de familia, incluyendo al formado por una sola persona.

La erogación que demande el derecho de acceso a la vivienda digna, no debe impedir o menoscabar los gastos que determinen el

337 /

art. 8, el párr.1 del de la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo; y la Recomendación N° 115 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la Vivienda de los Trabajadores, 1961.

logro y satisfacción de otras necesidades básicas.⁷¹ Debe, por lo tanto, ser asequible a los grupos sociales que se encuentran en desventaja de tener su acceso y sostenibilidad, por lo que debe considerarse grupo prioritario de intervención a los grupos desfavorecidos, adultos mayores, grupos con niños, discapacitados físicos, los enfermos terminales o con enfermedades que no les permiten laborar por sus problemas médicos persistentes, enfermos mentales y víctimas de desastres. Las Resoluciones internacionales referenciadas, resaltan que estas situaciones deben estar previstas en la normativa como en las políticas habitacionales de los Estados, dado que son necesidades especiales, por lo que se deben asumir obligaciones concretas en este sentido.

Por otra parte, la vivienda, debe ubicarse en un espacio que permita opciones de trabajo, transporte, atención de salud y educación, como también en una localización sin riesgo de contaminación e inundabilidad. Por último, debe respetar la identidad cultural del beneficiario a la que está dirigida, adecuando esa utilización conforme sus costumbres en equilibrio con la modernización del espacio donde residen. Como ejemplo, en la Provincia del Chaco, se construyen viviendas destinadas a grupos étnicos originarios y cada prototipo a ejecutarse es provisto de un fogón individual externo sobre el suelo, además de la cocina.

La estructura jurídica y organizacional público-privada, en materia habitacional, no debe destinarse a beneficiar a los grupos sociales y económicos ya beneficiados con la estructura existente y que marcan la brecha de inaccesibilidad a la vivienda propia con suelo formal, sino que deberá más bien dirigirse a reducirlas.⁷² Es consecuente-

71. Incluso estos acuerdos internacionales comprometen como obligación del Estado, el garantizar la adopción de medidas que aseguren un porcentaje de los gastos sean, en general, una proporción de los niveles de ingresos, y no confiscatorios de ellos.

72. Estrategia Mundial de Vivienda. URL: <https://onuhabitat.org.mx/index.php/vivienda-inviable-para-la-mayoria>. La Nueva Agenda Urbana en español. URL: <https://onuhabitat.org.mx/index.php/la-nueva-agenda-urbana-en-espanol>

mente necesaria una estrategia nacional de vivienda que determine una clara distribución de responsabilidades y rendición de cuentas de su ejecución para que los resultados sean eficientes. También se deben adoptar medidas con transparencia institucional para asegurar la coordinación intra e interinstitucional público-privada, y la participación real de los actores involucrados. Es una compleja red de actividades para el cumplimiento de los objetivos trazados. Las recomendaciones internacionales determinan como fundamentales, la fiscalización y vigilancia eficaz, especialmente en el relevamiento de los grupos sociales sin hogar o alojados inadecuadamente, aunque la experiencia demuestra que el Estado cada vez tiene menos capacidad para solucionar esta problemática.

La estructura jurídica de protección del derecho a la vivienda adecuada comprende según la ONU en: *“a) apelaciones jurídicas destinadas a evitar desahucios planeados o demoliciones mediante la emisión de mandatos de los tribunales; b) procedimientos jurídicos que buscan indemnización después de un desahucio ilegal; c) reclamaciones contra acciones ilegales realizadas o apoyadas por los propietarios (sean públicos o privados) en relación con los niveles de alquiler, mantenimiento de la vivienda y discriminación racial u otras formas de discriminación; d) denuncias de cualquier forma de discriminación en la asignación y disponibilidad de acceso a la vivienda; y e) reclamaciones contra los propietarios acerca de condiciones de viviendas insalubres o inadecuadas..”* Incluso, algunos sistemas jurídicos habilitan el control judicial cuando se da un gran aumento de personas sin hogar, como alerta de una posible mala gestión de los recursos asignados.

En este sentido, el derecho a la vivienda se circunscribirá no sólo a lo edilicio sino a la seguridad jurídica en la posesión efectiva y sustentable. Ella normalmente, no cuenta con un seguimiento y fiscalización efectivos, provocando conflictos producidos por esa falta de continuidad del trámite de registro del beneficio.

Cuando se proyecta una obra pública de viviendas en la Provincia, la coordinación de las áreas involucradas recae casi en exclusividad en

el Poder Ejecutivo. En la urgencia de no perder los presupuestos asignados desde el gobierno nacional, se diseñan proyectos con mucha improvisación que extienden los tiempos de ejecución de las obras, modificando sustancialmente las ecuaciones económico-financieras de las Contratistas. Todo ello conlleva a tener posibles problemas futuros que serán juzgados más de una vez, con el duro martillo de la justicia. Esta situación que se circunscribe a manejo de información integral por parte de los gobiernos involucrados, generalmente puede preverse con un trabajo integral, moderno y coordinado, teniendo especialmente en cuenta el marco normativo que los habilita y que no se utiliza apropiadamente por falta de protocolos o reglamentaciones acordes a las nuevas tecnologías de la información digital.

El caso Q. Su legado respecto a la vivienda digna para una situación con grave vulnerabilidad

\ 340

La CSJN y luego de una audiencia pública informativa⁷³, tuvo su fallo emblemático en la cuestión de vivienda digna en “*Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo*”, revocando la resolución de los Tribunales inferiores. La actora litiga contra la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) argumentando su imposibilidad de trabajar para atender a su hijo menor discapacitado y que los ingresos recibidos del Estado son insuficientes para el acceso a una vivienda digna y atención del menor; expone que se le niega el acceso a una vivienda, en virtud del subsidio que recibía para salir de su situación de calle. Esta madre se encuentra en una situación de extrema precariedad económica. La Corte determinó que su recurso era considerado

73. La Corte reguló estas audiencias por Acordada N° 30/2007 para elevar la calidad institucional y el estado constitucional de derecho, garantizando la participación ciudadana y la difusión de los procesos donde ejerce jurisdicción.

por sus efectos jurídicos al de un caso definitivo, porque agotaba la instancia del planteo en las jurisdicciones donde reclamara, y que el punto a debatir se refiere a “*procurarse los medios para acceder a un lugar para vivir, con las condiciones mínimas de salubridad, higiene y seguridad necesarias para preservar su integridad física, psíquica y moral*” declarando al caso como de competencia concurrente a la normativa federal, provincial y municipal⁷⁴.

Enuncia el sistema de fuentes normativas constitucionales, nacionales y locales de protección al acceso a la vivienda digna como derecho humano, a la familia, a la minoridad y a la discapacidad; resalta el deber de protección por parte del Estado en los casos de desamparo extremo otorgando los beneficios de la seguridad social de manera “*integral e irrenunciable*”. Agrega que esos derechos humanos y deberes no son meras declaraciones, sino que deben ser decisiones efectivas y operativas. La Ley Suprema con las reformas del año 1994, en el marco del artículo 14 bis, obliga al Estado a tutelar la protección a la familia y a las situaciones de vulnerabilidad social como el caso. Pertenecen a esas características, los niños y discapacitados - art. 75, inc. 23 CN-. En el Considerando 8º expresa que es el legislador federal, el primer responsable gubernamental, por la misma división de poderes de esta democracia constitucional, de diseñar un régimen de seguridad social, especial e integral para proteger al niño desamparado, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental.

El fallo cita las fuentes internacionales con jerarquía constitucional aplicables al caso: la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Internacional sobre los Derechos del

341 /

74. Cuestión fundamental en gobiernos, con costumbres y organizaciones de democracia delegativa.

Niño y la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Expresa que el Estado debe adoptar las “medidas apropiadas” en sus tres poderes del gobierno y todas las instituciones públicas o privadas de bienestar social concernientes a los niños, ayudando a los padres o personas responsables de ellos con la asistencia material y programas de apoyo, como nutrición, educación, vestuario y vivienda (artículos 7, ap. 1 y 2 y 28, ap. 2 pto. d).

La CSJN cita el artículo 31 de la Constitución de CABA que reconoce el derecho a la vivienda digna y un hábitat adecuado, donde el Estado tiene claros deberes de “asegurar la progresividad de su reconocimiento” por medio de “políticas especiales”. También cita las leyes y programas de la ciudad, dictados en consecuencia, donde se procura la protección integral de los derechos humanos de las personas en situación de calle o en riesgo de ello. Por lo tanto, el control de convencionalidad de la CSJN es expreso en el caso, y si bien ordena que el gobierno dé solución concreta y definitiva al desamparo de la actora también es cierto que no determina cual plan concreto debe desarrollar el gobierno. Si la Corte ordena directamente la entrega de una vivienda a la actora, invadiría la competencia del Ejecutivo en contradicción con lo normado por la misma CN, y sentaría un precedente para que todos los ciudadanos judicialicen su solicitud de acceso a ella. Esto último, colapsaría el presupuesto y alteraría la misma normativa administrativa prevista para la selección de los beneficiarios. La misma justicia debe respetar las reglamentaciones de acceso a los beneficios, así como la administración debe operativizar las normas que prioricen la atención a los más vulnerables.

Resalta la Corte que la misma ley que goza de presunción de legitimidad se torna arbitraria, cuando los medios que adopta son desproporcionados a los fines perseguidos o a las causas que los motivaron.⁷⁵ El fin protector de los sectores excluidos debe ser respetado por los

75. Fallos 90:20; 147:402; 171:348; 200:450; 249:252; 256:241; 263:460; 288:325; 299:428

que diseñan las políticas públicas con una garantía mínima a esos derechos fundamentales. Su omisión implica una amenaza de gravedad en la existencia misma de la persona.

La falta de recursos no puede ser fundamento para el Estado del incumplimiento del Pacto, y lo obliga a fundar la necesidad de la mejor utilización de los recursos disponibles, inclusive recurriendo a soluciones de “*bajo costo*”; el problema surge de la mala administración presupuestaria; incluso ordena la intervención de la asistencia social con la misma estructura que el Estado ya tiene para acompañar a la madre en la atención del menor para que ella pueda trabajar y desarrollarse como persona.

El fallo deviene relevante porque fortalece los preceptos constitucionales con las declaraciones de derechos fundamentales establecidos en los acuerdos internacionales de los que el país es parte, reafirmando los criterios de garantía de una tutela judicial efectiva ante la ausencia de la tutela administrativa. Los tres poderes del Estado en todas sus jerarquías deben atender las garantías mínimas indispensables para las personas de extrema vulnerabilidad.

343 /

Capítulo VI

La obra pública en el Chaco aplicada a la vivienda. Potestades administrativas normadas y discrecionales

\ 344

Una de las herramientas con que cuenta el Estado para invertir sus recursos presupuestarios en soluciones a la problemática habitacional es el diseño de políticas públicas. Cuanto más eficiente es la política pública, mayor interacción público (Estado)-privada(mercado) existe logrando sociedades más igualitarias. El Estado tiene un papel activo y estratégico para lograr el bienestar y progreso de todos, protegiendo a las personas de las asimetrías del mercado, y para ello requiere de políticas en varios frentes para un mayor y mejor mercado.⁷⁶

El derecho administrativo es el campo jurídico más vinculado a los cambios institucionales políticos, sociales y económicos de las distintas realidades. En su espacio se encuentra permanentemente en puja una compleja red de actores involucrados. La realidad demuestra que se genera un complejo sistema jurídico, a veces con conflictos y otras, con contradicciones.⁷⁷

76. BÁRCENA A., Secretaría Ejecutiva; PRADO A., Secretario Ejecutivo Adjunto (2010) La Hora de la Igualdad. Brechas por cerrar, caminos por abrir. Trigésimo tercer período de sesiones. Brasilia. Distr. General. LC/G.2432 (SES.33/3). Original: español. Naciones Unidas. Impreso en Santiago (CEPAL).

77. BARNES, J Conferencia XI Congreso Internacional de Derecho Administrativo, “El

El trabajo avanza sobre uno de estos lineamientos de implementación de políticas públicas habitacionales, a través de la construcción de viviendas sociales por parte del Estado, que se constituye en Comitente en los acuerdos que suscribe para sus ejecuciones con los municipios de la Provincia o con Contratistas (empresas, cooperativas o asociaciones civiles).

Esos acuerdos son denominados contratos de obras públicas y en la República Argentina, por su naturaleza, contiene los siguientes elementos: a) Es una locación de obra, b) referido a inmuebles, muebles, u objetos incorpóreos (en el derecho comparado sólo se refiere a inmuebles); c) no requiere necesariamente un fin público especial (la doctrina opina lo contrario); d) es celebrado por la administración pública nacional, centralizada o descentralizada, en nombre y cuenta propia (es decir, con fondos del tesoro de la Nación).⁷⁸

Se diseñan así, los Planes y Programas habitacionales que se ejecutarán conforme a la demanda social y presupuesto disponible, generalmente enviado por Nación. La estructura normativa se encuentra establecida en las leyes de obras públicas de la Nación y de las Provincias, por ser facultades concurrentes de ambas administraciones. En la administración nacional, rige la ley N°13.064 y la ley de procedimientos administrativos N°19.549. A nivel provincial chaqueño la de obras públicas N°1182-K y la de procedimientos administrativos N°179-A.

Las funciones administrativas se encuentran principalmente regladas, aunque incorpora en algunos temas centrales algunas potestades no regladas, y que la doctrina las designa como discrecionales. La historia justamente enseñó que los gobernantes, representantes del Estado, fueron controlados en sus posibles abusos políticos a

345 /

Derecho administrativo como el verdadero derecho de la sociedad, desafíos y consecuencias para el siglo XXI"

78. GORDILLO A. (1964) Obra pública y contrato de obra pública T.11 Secc.6

través del control normado, con una estructura procedimental rígida, que evitaba los desvíos de poder. La normativa citada regula las cuestiones fundamentales para el procedimiento de selección de los Contratistas, fiscalización de la ejecución de las obras de viviendas y su infraestructura y/o nexos, hasta la culminación de ellas o la aplicación de sanciones por incumplimientos que incluyen la rescisión contractual y devolución de los importes no invertidos en la obra pública, pero que fueran cobrados para ese fin.

El nuevo paradigma del derecho administrativo, pretende revertir las fricciones entre la administración, muchas veces denunciada por abuso de poder o corrupción, y el administrado. En la actualidad, las instituciones deben brindar transparencia en su gestión a los fines de lograr mejores resultados de sus gestiones con la correspondiente legitimación ciudadana. Para ello, se dicta la ley nacional N° 27.275 de acceso a la información pública, así como en la Provincia del Chaco la ley N° 2486-A crea la Oficina de Transparencia y Acceso a la Información Pública en el ámbito del Poder Ejecutivo.

El Chaco no escapa a la desigualdad de las provincias argentinas y tiene profundas raíces históricas con causales que persisten en menor o mayor grado, como son la concentración de la tierra, el control de la propiedad de los recursos económicos, las desigualdades en el capital humano acumulado, un sistema de captación de rentas inequitativo, las diferencias de género y el acaparamiento de los bienes productivos (ver ANEXO II). Con el tiempo, también se incorporaron las desigualdades relacionadas al uso de la tecnología, el acceso al conocimiento, a los servicios corporativos avanzados, a las innovaciones financieras, a los servicios de asesoramiento en la toma de decisiones y las ambientales. La organización burocrática actual, a pesar de intentar actualizar su gestión, conserva un diseño de jerarquía y controles verticales, sustento de la administración pública clásica.

La legitimidad y legalidad de los actos administrativos depende del cumplimiento del procedimiento normado, sea o no eficiente, o se cumpla en mayor o menor medida, el objetivo previsto⁷⁹.

Conforme el principio de legalidad antes expuesto, el marco normativo para la función administrativa de ejecución de viviendas sociales del Chaco se conforma con:

- Constitución de la Provincia del Chaco

El artículo 67 enuncia que toda adquisición o enajenación de bienes provinciales o municipales, contratación de obras o servicios y cualquier otro acuerdo celebrado por la Provincia o los municipios con personas privadas y que sean susceptibles de subasta o licitación pública, deberán respetar dichos procedimientos bajo sanción de nulidad, y sin perjuicio de las responsabilidades emergentes. Exceptúa esta regla si una ley u ordenanza establecen lo contrario.

Los controles internos de la Administración y externo constitucional de la contratación, es efectuada por el Contador General que registra la gestión económica, financiera y patrimonial del sector público provincial (artículo 175 CPCh). El Tribunal de Cuentas, también participa fiscalizando externamente al sector público provincial y municipal y a las entidades privadas beneficiarias de la gestión de los aportes estatales recibidos (artículo 178).

- Las leyes y decretos provinciales son cuantiosas (ANEXO III) en lo que se vincula a la obra pública habitacional, muchas de ellas operativas, por lo que deviene un complejo sistema jurídico, siendo relevantes analizar en este trabajo específicamente la ley de obras públicas N° 1182-K, la N° 318-K de creación del IPDUV y la ley de procedimientos administrativos aprobada bajo el N°179-A.

79. QUINTÍN, A. Paradigmas emergentes de la reforma administrativa: la nueva gestión pública. Cap. VI.

De igual manera no todas las cuestiones problemáticas a resolver encuentran una normativa concreta que determine la resolución de todos los conflictos existentes para cumplir con el fin público social de ejecutar viviendas en la Provincia a costos accesibles o con precios condonados para el beneficiario.

La obra pública habitacional tanto a nivel nacional como provincial del Chaco, se rigen de manera similar; más el trabajo se avoca a analizar el marco normativo provincial, por lo que me circunscribiré a éste.

Capítulo VII

Contexto provincial chaqueño como formador de centros urbanos

El territorio chaqueño, en el período colonial del siglo XIX, fue parte de la Gobernación del Paraguay, y recibió desde entonces la inmigración semipermanente, por parte de paraguayos, santiagueños, correntinos y santafesinos con sus intereses económicos centrados en la explotación del monte.⁸⁰ La permanencia de la población en el Chaco, comienza en el período entre 1878 a 1890, con las ofertas gubernamentales en Europa, especialmente en Italia y España, de acceder a la propiedad de la tierra para la explotación agraria. Resistencia se convierte entonces, en el centro de la economía de la región por su acceso a los ríos conectados al Paraná. La explotación del quebracho para la extracción del tanino, de la caña de azúcar y el algodón, fueron estímulos para el asentamiento de muchas empresas dando lugar a la formación de centros urbanos como Presidencia Roque Sáenz Peña, Villa Ángela, General José de San Martín, Juan José Castelli, Las Palmas, entre otros. Cuando decae la producción en los años 60, se genera el desplazamiento forzado de la población

349 /

80. INDEC (2000) Situación Demográfica de la provincia del Chaco. INDEC (2002) Censo Nacional Agropecuario 2002.

hacia los principales polos urbanos de la Provincia, en busca de trabajo.⁸¹ También se instaló históricamente, un polo metalúrgico en Puerto Vilelas, proveniente de minas jujeñas, pero tuvo una regresión considerable, no recuperada hasta la fecha.⁸² Las industrias alimentarias, químicas –alcohol etílico–, papeleras, mobiliarias, carboníferas y ladrilleras, esa última en Taco Pozo, subsisten hasta la fecha, pero en escalas que no cubren el excedente de oferta laboral de la Provincia. El comercio se concentra principalmente en la ciudad de Resistencia, aunque algunas empresas nacionales de electrodomésticos, de supermercados y de ferreterías han abierto sucursales en algunas de las capitales de Departamentos más pobladas.⁸³

Esta concentración poblacional en los centros urbanos, no pudo ser revertido. Surgen así, concentraciones de población con posesiones de tierras o locaciones informales de lotes que no cuentan con la infraestructura básica, ni cubren las necesidades mínimas para sus habitantes. Muchos de sus habitantes viven bajo la línea de pobreza. Esta situación afecta directamente a la salud y educación de estos habitantes marginados, que repercutirá indudablemente, en sus posibilidades de trabajo, generalmente empleados en la informalidad o con registro parcial de horas realmente trabajadas.⁸⁴

81. ROFMAN, A.; MANZANAL, M. (1989). Las economías regionales de la Argentina, Crisis y políticas de desarrollo. Centro de Estudios Universitarios; Bibliotecas Universitarias, Centro Editor de América Latina.

82. MARQUES, A.P. (2010) La desindustrialización en Puerto Vilelas Editorial: Universidad Nacional del Nordeste. Facultad de Ciencias Económicas. Revista de la Facultad de Ciencias Económicas. ISSN: 1668-6365. Repositorio Institucional. CONICET Digital:URL <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/8610>

83. MARTÍNEZ, O.; MERLINO, D. (1992) Familia, Trabajo y Producción en una comunidad del Norte Argentino. CIPES.

84. BRAIER, G. (2002) Colab. ESPER, N.; CORINALDESI, L. Estudio de tendencias y perspectivas del sector forestal en América Latina al año 2020. Informe nacional complementario Argentina. Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable; Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentos de la Nación; O.N.U. para la agricultura y la alimentación.

En los planes de la Provincia, se advierten proyectos de industrialización para volver a poblar el interior, desconcentrando la población de los grandes polos urbanos⁸⁵ y se acompaña a los productores para que se organicen en consorcios de producción y servicios rurales asistidos. Desafortunadamente, a nivel nacional no se vislumbra el acompañamiento a la Provincia para poblar su interior e industrializarlo, apuntando a mantener principalmente la actividad de manufactura. El mercado internacional incluso se convierte en una utopía a pesar que la constitución provincial lo habilita⁸⁶. El comercio exterior, sigue sin avanzar y el circuito comercial depende de la Aduana de Buenos Aires, a pesar de la cercanía geográfica de la Provincia con los países limítrofes.

Otra cuestión medular que desincentiva nuevos polos urbanos y que marca el contexto chaqueño, radica en la falta de infraestructura básica para la instalación de una industria hacia el interior de la Provincia. Hacia el Impenetrable Chaqueño, la disponibilidad de agua entubada en algunas épocas, no supera las tres horas, con cortes de luz frecuentes durante todo el día. El sector terciario en el producto bruto geográfico (PBG) de la provincia se desarrolla más por una oferta excedente de trabajadores en la ciudad, que por la demanda creciente de servicios concentrando más personas en las urbes existentes. En este contexto, continúa con la aglomeración hacia las ciudades capitales de Departamentos y en especial en la región que comprende el Gran Resistencia.⁸⁷

351 /

85. CAPITANICH J. M (2022) Provincia del Chaco Plan Quinquenal 2023 -2027 Políticas para el Crecimiento Económico, la Inclusión Social y la Sostenibilidad Ambiental; 1a ed. - Resistencia: ConTexto Libros, ISBN 978- 987-730-799-3 CDD 352.14 URL:<https://gobiernoabierto.chaco.gob.ar/wp-content/uploads/2023/02/plan-quinquenal.pdf>

86. Artículo 53 C.P.Chaco: El Estado Provincial promoverá acuerdos y tratados e integrará organizaciones nacionales, interprovinciales e internacionales sobre materia impositiva, producción, explotación de recursos naturales, servicios y obras públicas, y de preservación ambiental, propendiendo al desarrollo e integración regional.

87. ALBERTO, J. A. (2001) Geografía, Crecimiento Urbano, Ambientes, Paisajes y Pro-

La realidad es que, el ingreso de fondos del Chaco, corresponde principalmente a las remesas enviadas desde Nación, por la Ley de Coparticipación Federal N° 23.548; es una de las provincias que mayor importe recibe, por lo que el sector público es generador de actividades y obras que repercuten directamente en el mercado.⁸⁸ A pesar de ello, algunas pocas empresas chaqueñas, en virtud de su cadena de producción, formularon acuerdos con empresas del sur brasileño.

De esta manera, la provincia del Chaco, no supera el atraso fiscal en relación al resto del país y su producción está lejos de ser la apropiada para el desarrollo. La crisis del trabajo y la economía, generalmente recae en demandas al poder ejecutivo, donde se delegan los problemas y soluciones (democracia delegativa), como usualmente fue la historia argentina. Los representantes del poder legislativo, pasan a un segundo plano.

\ 352

blemas El Área Metropolitana del Gran Resistencia (A.M.G.R.). Departamento e Instituto de Geografía Facultad de Humanidades. UNNE. Resistencia "...El Área Metropolitana del Gran Resistencia –AMGR- como la conocemos hoy, es un conurbano ubicado en la provincia del Chaco, en el nordeste de la República Argentina, sobre la margen derecha del río Paraná, implantado en el ambiente pluvio lacustre y palustre que integra su valle, está conformado por cuatro ciudades y sus respectivos y sus respectivos municipios, Resistencia, capital de la provincia, Barranqueras, Puerto Vilelas y Fontana..." URL: <http://observatoriogeograficoamericalatina.org.mx/cgal12/Geografiasocioeconomica/Geografiaurbana/279.pdf>

88. Diario Ámbito Financiero; 22 de octubre 2022. Economía. Presupuesto 2023 Cómo se distribuirán los recursos nacionales entre las provincias en 2023. "Respecto al Presupuesto 2023, el Estado nacional transferirá más de \$11 billones. El foco estará puesto en las provincias y en Ciudad de Buenos Aires... Cómo se distribuirán los recursos nacionales entre las provincias... La provincia de Buenos Aires encabeza la nómina con 2 billones 647.291 millones, seguida por Santa Fe (\$992.675 millones), Córdoba (\$965.835 millones), Chaco (\$549.768 millones)..." URL: <https://www.ambito.com/economia/presupuesto-2023/como-se-distribuiran-los-recursos-nacionales-las-provincias-2023-n5565202#:~:text=El%20Estado%20nacional%20transferir%C3%A1%20en,de%20Coparticipaci%C3%B3n%20Federal%20de%20Impuestos>

Chaco urbano: viviendas y aglomerados poblacionales. Problema que demanda revertirse y evitarse

El problema socio-económico expuesto repercute en el aglomeramiento urbano en busca de trabajo. El Instituto Nacional de Estadísticas y Censo de la Nación (INDEC) informó como resultado provisorio del Censo Nacional 2022, la alta concentración poblacional urbana en la provincia del Chaco, donde el 45% de un total de 1.142.963 habitantes, residen en los Departamentos San Fernando con 423.380 personas y Comandante Fernández con 102.086 individuos, a pesar de los 25 Departamentos que componen la misma.

También se relevaron en la provincia, unas 401.658 viviendas particulares y 443 viviendas colectivas (cuarteles; hogares religiosos, de ancianos, de menores o de estudiantes; hospitales, colegios o internados; hoteles turísticos; paradores; refugios o campamentos). La población en situación de calle, está en el Gran Resistencia, con 56 personas formalmente detectadas. De las viviendas relevadas, la cantidad de viviendas individuales creció en mayor proporción que la población, lo que significa la modificación de las organizaciones familiares en la Provincia, pero este análisis debe cotejarse con la calidad y condiciones de habitabilidad de dichos hogares, información que se encuentra con dificultad. Esta investigación es complementada con los aportes de las revistas científicas de la Facultad de Arquitectura de la UNNE, donde el Gran Resistencia, crece con aglomerados hacia los límites de las ciudades, de manera desorganizada, con la irregularidad jurídica de la posesión y sin la infraestructura básica para considerarla digna.⁸⁹ La gestión de los recursos, lejos está

353 /

89. BREST I. (2006) Folia Histórica del Nordeste, Nº 16 IIGHI, CONICET - IH, UNNE, Nº225 Diferenciación espacial de los niveles de pobreza en el Gran Resistencia en la actualidad, Resistencia.

ALCALÁ, L., PELLÍ, M.B., CERNO L., LEDESMA, E. y OLMEDO R. (2018) Caracterización urbano-ambiental de una Selección de áreas periféricas del Gran Resistencia. Re-

de reducir las brechas estructurales de desarrollo para la totalidad de la Provincia y de ésta respecto al país. Explican que la estructura urbana, tiene “*diferentes niveles y manifestaciones espaciales de pobreza*”, incrementándose la pobreza e insania hacia los límites de la ciudad.⁹⁰

\ 354

vista Arquitectura y Diseño del Noreste Argentino, N° 6, FAU-UNNE y CONICET, ISSN: 2347-1107.

90. BREST I. (2006) Diferenciación espacial de los niveles de pobreza en el Gran Resistencia en la actualidad. Folia Histórica del Nordeste, N° 16 IIGHI, CONICET - IH, UNNE.

Capítulo VIII

El Instituto Provincial de Desarrollo Urbano y Vivienda del Chaco (IPDUV)

El principal organismo provincial estatal encargado de construir viviendas sociales o primera vivienda para sectores de ingresos bajos o medios⁹¹, es el Instituto Provincial de Desarrollo Urbano y Vivienda del Chaco creado por la ley provincial 318-K, autónomo en su estructura y organización. Fue creado en el marco de la ley nacional N° 24.464 e integra el Sistema Federal de la Vivienda junto a las demás provincias argentinas y la CABA. El Sistema tiene como objeto principal el posibilitar el acceso a la vivienda digna a la población de recursos insuficientes, en cumplimiento del artículo 14CN. Sus recursos provienen del Fondo Nacional de la Vivienda (FO.NA.VI.) y coordinan los planes y programas a través del Consejo Nacional de la Vivienda.

355 /

Sus obras públicas se regulan por la ley provincial N° 1182-K, la que tiene como regla general, la contratación a través de la licitación pública, con características similares a las de nivel nacional.

91. Medición de la pobreza y distribución del ingreso. SIEMPRO. Consejo Nacional de Coordinación de Políticas Sociales. Presidencia de la Nación. URL:https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/iv_informacion_social_medicion_de_la_pobreza_y_la_desigualdad.pdf

El circuito tradicional de proyectar una obra pública de viviendas hasta su construcción total con la entrega del título de propiedad correspondiente. Se inicia con la demanda del financiamiento para la construcción de las soluciones habitacionales, identificando las posibles regiones o localidades y el perfil socio-económico al que estaría destinado. Paralelamente, se debe elegir el suelo apto para su construcción e identificar los postulantes que cumplen el perfil para el Programa a ejecutarse.

La ley provincial de obras públicas N°1182-K, establece el procedimiento para elaborar los proyectos de licitación, publicar las invitaciones a ofertar para ejecutar la obra pública, la modalidad de selección de la Contratista, como también el control de ejecución de la obra con sus pertinentes sanciones en caso de incumplimiento contractual. Como norma específica se diseñan las bases generales y cláusulas particulares del pliego licitatorio, previendo las cuestiones esenciales y específicas de la misma, estableciendo sus derechos y obligaciones, la rendición de cuentas de la labor de la Contratista para su posterior certificación y pago, como también las consecuencias jurídicas del incumplimiento contractual, remitiéndose a lo normado en la legislación antes enunciada. Respecto a las formas de crear los expedientes de obra, así como de efectuar las presentaciones con requerimientos ante la Administración, y recurrir de corresponder, se encuentran establecidas en la ley de procedimiento administrativo N° 179-A, que a la fecha se complementa con la ley provincial N°3203-A que establece la obligatoriedad de la realización de los trámites administrativos con el uso de la tecnología de la información. Esto es aplicado también en todo organismo autárquico y entes descentralizados, normativa a su vez complementada con decretos, resoluciones ministeriales y disposiciones de áreas específicas avocadas al expediente electrónico y la información digital, para tornarla operativa.

Este proceso explicado, en la práctica, deviene complejo y lento a pesar de los avances tecnológicos. Ante esta realidad, y la urgente

demanda político- social, persisten las improvisaciones de gestión de los trámites generada por los agentes públicos no siempre formados convenientemente y que, a pesar de contar con el afán de acelerar los procesos, generan inconvenientes que hasta entorpecen la culminación de la obra conforme lo proyectado. La obra no ejecutada con la inversión proyectada en los tiempos establecidos, genera pérdida financiera para ambas partes contratantes, además de habilitar el ingreso de intrusos a la misma, porque la Contratista a cargo de la custodia minimiza los costos de seguridad en ella reduciéndolos a lo mínimamente obligatorio.

El sistema de selección de beneficiarios de viviendas del IPDUV

Los habitantes chaqueños que cumplan con el perfil socio-económico para su primera vivienda, podrán ser tenedores, adjudicatarios y posteriormente propietarios de su inmueble⁹². Deben registrarse y actualizar su información de datos para estar en condiciones de acceder a los sorteos que el mismo Instituto efectúa con intervención notarial del Registro del mismo Organismo, para determinar los postulantes que se encontrarían en condiciones de presentar la documentación condicionante para ser beneficiarios de una vivienda social construida por el Estado. Sus requisitos socio-económicos surgen de la normativa nacional enunciada para acceder al financiamiento del FO.NA.VI.

Las áreas técnicas, notarial, social y financiera, conformadas por el Decreto Provincial N°194/10 y modificatorias, son las que informan sobre la no objeción para ser beneficiario de la solución habitacional,

357 /

92. Los requisitos exigidos se encuentran establecidos en el marco de la normativa dictada por el Fondo Nacional de Vivienda (FO.NA.VI) URL: <https://ipduv.chaco.gob.ar/viviendas/>

que incluye no haberlo sido titular o parte de un grupo familiar ya intervenido.⁹³

Una vez que el o la titular de la vivienda, cuentan con la Resolución del Directorio de adjudicación, que beneficia a todo el grupo familiar declarado al momento de inscribirse o al grupo actualizado antes del sorteo donde fuera seleccionado, deben cumplir dos obligaciones básicas: la de ocupación efectiva y el pago de cuotas de amortización de la vivienda o mejora. Consecuentemente, el beneficiario que no cumpla con ambos requisitos, podrá ser despojado de su derecho posesorio por este Organismo, quien lo efectiviza en su calidad de propietario del inmueble en cuestión. Culminada dicha desadjudicación y en el marco de la ley provincial N° 3383-K, este Instituto puede recuperar administrativamente la posesión de la vivienda vacía, iniciar un proceso judicial de desalojo, o bien, si el actual ocupante lo solicita y cumple con los requisitos establecidos para ser beneficiario FONAVI, puede regularizar administrativamente su posesión y, por ende, la situación jurídica de ocupación con la adjudicación y su posterior propiedad registral. Este poseedor regularizado, deberá contar con un mínimo de ocupación pública, pacífica e ininterrumpida de seis meses para iniciar sus trámites y el inmueble no deberá estar vinculado a algún antecedente judicial de su anterior beneficiario.

Los barrios urbanos marginales, también son parte de la agenda del gobierno provincial, generalmente ocupados en tierras del Estado, adquiridos por compras, dación en pago, donación de particu-

93. Además de existir a través de la historia institucional del IPDUV, numerosas Resoluciones de Directorio de distintas gestiones que adherían al Organismo para los protocolos de selección de beneficiarios, a los fines de otorgar transparencia a la gestión pública, se encuentran en permanente elaboración y perfeccionamiento sistemas informáticos de cruzamiento de datos de los diferentes registros públicos para la selección de las personas que se encuentran en condiciones de acceder al acompañamiento del Estado para la adquisición de su primer vivienda familiar. URL: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/avanza-el-sistema-sigebe-para-que-las-viviendas-lleguen-quienes-realmente-lo-necesitan>

lares o expropiación. En estos casos, se complementa la ejecución de la vivienda, con la labor de regularización del inmueble, a través del Departamento de Abordaje Territorial y Registro Único de Beneficiarios del Hábitat (RUBH), área perteneciente a la Dirección de Planificación Urbana de la Subsecretaría de Ordenamiento Territorial del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Territorial Sostenible de la Provincia. Estos inmuebles, generalmente, carecen de viviendas dignas y de seguridad jurídica de su espacio habitacional, además de no contar con infraestructura en ellas (sin agua entubada ni baños accesibles y seguros para sus habitantes). Las mejoras precarias en las que habitan, muchas veces se encuentran en condiciones de hacinamiento e insania. La pobreza extrema se incrementó, y con ello, la situación crítica en este sector social, que no intenta mejorar su espacio de residencia (por la informalidad de la ocupación y sus bajos ingresos) ni es direccionado a modificar su actual situación. La realidad supera la letra del sistema jurídico existente, dado que el artículo 35 de la Constitución Provincial ya citado, prevé la protección a los sectores vulnerables de la población, así como las leyes provinciales dictadas en consecuencia. Se cita a modo de ejemplo, la Ley de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes N° 2.086-C que obliga a los órganos de la administración a comunicar la afectación de sus derechos para un abordaje integral de protección; la ley N° 1826-J, aprueba el Protocolo de actuación policial ante situaciones de violencia contra las mujeres en el marco de la ley nacional N° 26.485; la ley N° 1.794-B que aprueba el Régimen integral para la inclusión de las personas con discapacidad, en adhesión a las leyes nacionales N° 24.901 y N° 26.378; la ley N° 2.553-B de Promoción y protección integral de las personas adultas mayores y, la más reciente, ley N° 3.695-C de Asistencia, abordaje e intervención de familias y personas en situación de calle.

En el contexto de crisis habitacional y económico explicado, este sistema de adquisición de viviendas familiares a través de la administración pública, es el único accesible a la generalidad de la población

chaqueña, especialmente para los sectores sociales menos favorecidos en su economía familiar. Los costos de adquisición del suelo formal en la Provincia, devienen cada vez más elevados y, consecuentemente, son menos las personas que pueden acceder a la bancarización de un crédito para la compra de su inmueble familiar.⁹⁴ El inicio de una obra pública de viviendas, va en simultáneo con la tensión de las empresas contratistas, de una posible usurpación de la misma.

Es relevante explicar, que las viviendas en ejecución, hasta el momento del acta de entrega provisoria de la obra por parte de la Contratista al IPDUV, se encuentran bajo su custodia, por lo que los grupos de ilegales esperan que la empresa comience a culminar la obra, para ingresar clandestinamente en las viviendas construidas. Las usurpaciones generalmente se hacen en estos casos de manera masiva, involucrando a mujeres, muchas embarazadas y niños, a los fines de evitar el uso de la fuerza por los grupos de seguridad.

La cuestión social se convirtió muchas veces, en la oportunidad de ejercicios abusivos de derechos y prerrogativas, desvirtuando en fin del Estado de invertir en los que realmente necesitan, de un acompañamiento para recuperar una vida en un espacio digno. Algunos grupos de personas incluso, con cierta organización previa, se apropian de barrios completos, cuyas viviendas ejecutadas todavía no fueron sorteadas a los beneficiarios inscriptos, aprovechando que la obra se encuentra en la esfera del dominio público. El argumento de los ilegales consiste, en que es ese mismo Estado, el que construye a otros y se olvidó de ellos, siendo éste el que debe solucionarle sus problemas económicos, habitacionales y laborales, siguiendo la estructura

94. Esta cuestión problemática es compleja y conlleva el estudio en profundidad para nuevas investigaciones, como ser la normativa rígida e inflexible para la aprobación de planos de mensura catastrales, además del excesivo tiempo que transcurre hasta su aprobación definitiva, por nombrar una de las causales, causado incluso por reiterados paros gremiales en dicho Organismo o en el Registro de la Propiedad Inmueble, ambos del Chaco.

de la democracia delegativa al principio mencionada. Lo cierto es que, muchas veces los usurpadores, bajo la máscara de marginados sociales, se aprovechan de la situación de crisis para comercializar esas soluciones habitacionales, o bien, bajo la misma lógica de coacción intentan beneficios de toda índole, sin esperar ni respetar los procedimientos establecidos por ley, especialmente el de la espera.

La labor judicial de la Provincia ante las denuncias de usurpación de barrios

La toma de barrios expuesto más arriba, configura una conducta tipificada en el Código Penal Argentino, la usurpación. En su artículo 181, se expresa que reprime con prisión de seis meses a tres años al que *“por violencia, amenazas, engaños, abusos de confianza o clandestinidad despojar a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes”*; o bien, *“que, para apoderarse de todo o parte de un inmueble, destruyere o alterar los términos o límites del mismo”* como también *“el que, con violencias o amenazas, turbar la posesión o tenencia de un inmueble.”* La conducta principal es el despojo, conforme lo definen los artículos 225 y 226 del CCyCN. La invasión del inmueble se produce bajo las formas descriptas en el artículo transcrito, se evita la posesión por su dueño o legitimado por la ley o acuerdo para poseerlo.⁹⁵ Los mismos tribunales sostienen que la situación de no contar con posibilidad de uso y goce del inmueble, es suficiente para denunciar esta situación.⁹⁶

361 /

95. ROBERT J. (s.f.) Usurpación. Código Penal Comentado. Asociación Pensamiento Penal. URL: <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpcomentado/cpc37804.pdf>

96. Cfr. JA, 1985- IV- 225.

\ 362

Conforme lo establecido, y retomando el caso que nos ocupa, es la Contratista, la que se encuentra legitimada para denunciar judicialmente la usurpación de una obra pública en ejecución, como también para comunicarlo al IPDUV, como responsable hasta el momento de su entrega formal mediante el acta pertinente a suscribirse en ese sentido. Esa carga surge del contrato de obra pública⁹⁷ suscripto con el IPDUV y el pliego licitatorio que forma parte de la normativa que establecen los derechos y obligaciones de las partes contratantes, Comitente (Estado) y Contratista (empresa, cooperativa de trabajo o asociación), siempre en el marco de la ley de obras públicas citada. La denuncia generalmente se efectúa ante la Policía de la Provincia, según la sede del domicilio del barrio. Este órgano administrativo de seguridad y prevención, actúa como auxiliar del Poder Judicial⁹⁸, y remitirá la denuncia a la Mesa Única de Ingreso de Intervención Temprana (MUIT), correspondiente al equipo Fiscal Penal de la Provincia perteneciente al Poder Judicial. Conforme al trámite de rito, se envía el expediente iniciado, a la Fiscalía Penal que en turno corresponda.

El delito de usurpación está dentro de la esfera de los calificados como de instancia pública con una condena máxima de tres años, comprendiéndolo la regla general incluso del art 71 CP que habilita el inicio de oficio de una acción penal por parte del Ministerio Público Fiscal, aunque la realidad es otra, dado el colapso de casos que ostentan estos órganos judiciales. En concordancia con ello, el artículo 7 del Código de Procedimientos Penal de la Provincia, explica la intervención de oficio de este Ministerio, aunque el artículo

97. CSJN, 29/03/1990, Fallo: 313:376. Consid 8. Voto Dr. Fayt.

98. El artículo 312 del Código Procesal Penal del Chaco-Ley provincial 965-N - prevé que toda persona que pretenda formular una denuncia, puede hacerlo ante las oficinas del Poder Judicial instaladas para ello dependientes del MUIT, el Fiscal de investigación, el ayudante fiscal, las unidades descentralizadas de atención a la víctima y al ciudadano o a la policía judicial (que en la práctica y a la fecha, es la policía del poder ejecutivo, es la que auxilia a la justicia).

8 del mismo cuerpo normativo expone las situaciones de excepción en las que este equipo fiscal puede abstenerse de ejercer la acción penal pública, desistir de la iniciada, o limitar sólo su labor sobre algunas de las personas que intervinieron en el hecho. Ello acontece cuando se produce el hecho que se transcribe y se aplica a este caso: “... 3) Cuando se emplee cualquier sistema alternativo para la solución del conflicto, previsto en la presente ley, en la ley 1181-N y sus modificatorias o en otras leyes especiales dictadas a tal efecto, ... Para su aplicación se considerará especialmente la composición con la víctima, reparando el daño ...” El mismo cuerpo normativo reza en el artículo 343, que el Fiscal a cargo de la MUIT, dispondrá por resolución fundada, el archivo de las actuaciones. También podrá archivar la causa cuando el Fiscal que tenga a cargo la investigación decida aplicar uno de los criterios de disponibilidad de la acción del artículo 8º del Código Procesal. La decisión, en todos los casos deberá comunicarse fehacientemente a la víctima-denunciante (Contratista) en el término de diez días hábiles, aun cuando no se hubiese constituido en querellante. Las partes podrán oponerse a la decisión del Fiscal u optar por ejercer la conversión de la acción pública en privada. En la práctica, el trámite de archivo no contaba generalmente con una intervención efectiva del IPDUV.

363 /

Son los casos comprendidos en el trabajo de esta investigación, las situaciones de usurpación donde los ilegales que se apropiaron de la obra, ocuparon por tiempos extensos las viviendas públicas. Por su parte, los Contratistas no denunciaron oportunamente ni lo informaron al IPDUV en la inmediatez, o bien, denunciaron penalmente pero no activaron continuar con la acción penal. En ambos casos, es decisión del Comitente, rescindir los contratos de obra pública, por culpa de estos Contratistas incumplidores de sus obligaciones normadas y, en el marco de los artículos N° 80 a 82 de la ley provincial N° 1182-K.

Ocurrieron algunos casos, donde la Fiscalía Penal actuante, citó al IPDUV, exigiendo para materializar el desalojo, un abordaje integral

efectivo del Ejecutivo Provincial para evaluar la situación de cada uno de los apropiadores para poder desalojarlos sin desprotección. Esta postura judicial, mucho antes que la Corte se expida a través de sus fallos jurisprudenciales, implicó un requerimiento que superaron las previsiones presupuestarias de emergencia de las áreas de la Administración involucradas. La ocupación ilegal de los barrios se prolongó en el tiempo, y fueron objeto de instrumentos particulares de transmisión de actos posesorios. Los apropiadores defraudaron a terceros, adquirentes de buena fe, que recibían a precios accesibles la disponibilidad inmediata de su vivienda familiar, solucionando efectivamente su carencia habitacional.

Transcurrieron los años, las causas judiciales se archivaron y el delito penal prescribió por transcurrir en exceso el tiempo de la posible condena, tal como le prevé la misma norma penal. Por otra parte, el IPDUV cuenta en la actualidad, con inversiones presupuestarias no recuperadas por parte del erario público, y poseedores que cuentan en sus hogares con servicios básicos de infraestructura que no aportan por el uso de los mismos, por la irregularidad misma de su posesión.

Considero relevante aclarar, ante tal situación problemática expuesta, que el presente trabajo, no pretende legitimar una ilegalidad que ni siquiera fue considerado por el órgano judicial competente tipificado como delito. La solución administrativa, generaría mayor incertidumbre jurídica, económica y social que lo que solucionaría. Sí se pretende avanzar en la regularización de la posesión y posterior propiedad que ostentan los poseedores de buena fe que residen por más de diez años en dichas obras, con el mismo sentido jurídico de la prescripción corta del CCyCN.

La propuesta no contradice a lo normado por la ley provincial N°3383-K que aprueba el Procedimiento y régimen de sanciones por irregularidades cometidas sobre viviendas adjudicadas por el IPDUV, aplicado en viviendas entregadas en tenencia precaria o adjudicación a personas que no cumplen a posteriori con las dos condiciones que el Organismo exige para ser propietario a futuro de la vivienda social,

a saber: pagar las cuotas de amortización de la vivienda construida y residir efectivamente con el grupo familiar declarado como beneficiarios de la misma.

La discrecionalidad como propuesta para abordar una solución oportuna, necesaria y urgente

Existen cuestiones centrales para analizar a los fines de determinar la competencia del IPDUV para resolver la cuestión problemática de la irregularidad de posesión en barrios ejecutados por el Organismo, con antecedentes históricos de denuncia de usurpación.

Desde el punto de vista socio-económico, estamos en presencia de barrios que superan los diez años de posesión irregular por parte de sus ocupantes. En dicho lugar viven efectivamente familias que deviene evidente que eligieron dicho espacio para residir en ellas con destino a hogar. Los dos últimos censos nacionales nos brindan dos conceptos centrales aplicables al caso; el del año 2010 define el término hogar como *“grupo de personas que viven bajo un mismo techo y comparten los gastos de alimentación. De esta forma, se considera también como un hogar a las personas que viven solas”*; el del año 2022 enuncia como vivienda particular a la *“destinada a alojar a personas que viven bajo un régimen de tipo familiar, sean parientes o no...”*

Por otro lado, desde el punto de vista de la propiedad del inmueble de la obra, estamos ante barrios que pertenecen a la Administración (al IPDUV) porque fueron ocupados antes de ser finalizada la obra y entregados a los beneficiarios que serían los sorteados de la lista de espera. Los mismos fueron ejecutados por Contratistas seleccionados bajo las modalidades establecidas por la ley de obras públicas de la Provincia, con financiamiento nacional y con obras de infraestructura ejecutadas con fondos propios del Organismo o de la Provincia, según los casos.

365 /

Otra cuestión central a analizar se refiere a la responsabilidad de la Contratista como responsable de la custodia del barrio a su cargo, en el marco del contrato de obra pública oportunamente suscripto. La Contratista, denuncia la usurpación ante la Policía de la Provincia de la localidad de la obra, tornándose a futuro imposible, la terminación de la construcción. Comunican este delito al Organismo administrativo y la obra se paralizada por esta cuestión. Ocurren dos tipos de casos, en lo que se refiere a la denuncia penal, pero todos con el mismo final de archivo de la denuncia impetrada. En algunos casos, las empresas, a los fines de no efectuar inversiones en asesoramiento legal letrado, a pesar de ser los custodios, no activan las denuncias penales como querellantes, abandonando la causa penal, por lo cual estos contratos de obras, son rescindidos por culpa de la Contratista-artículo 80-, con las consecuencias legales determinadas y específicas de la ley de obras públicas de la Provincia N° 1182-K. En otros casos, la Contratista impulsó el proceso de recupero de la obra, pero la Fiscalía interviniente, impuso a la Administración provincial, en las áreas de desarrollo social, cuantiosos requisitos específicos, determinantes y absolutos, como condicionantes del desalojo, en una clara invasión a la competencia administrativa y habilitando la permanencia de la posesión ilegal. Luego de expedirse la CSJN en el caso Q, la postura de las Fiscalías fueron diferentes.

En definitiva, el Instituto, como propietario de los inmuebles, y por depender del actuar de órganos ajenos a su competencia, se ve afectado hasta la fecha con obras ocupadas por ilegales desde hace más de diez años sin recuperar hasta la fecha la inversión pública.

Después de residir mucho tiempo los actuales residentes de las obras analizadas, e incluso convocados por las mismas invitaciones que el Instituto hace a la población para regularizar la posesión, toman conocimiento de la imposibilidad legal solucionar esta situación irregular de las viviendas donde residen por períodos que superan ampliamente a los establecidos por la ley 3383-K (antes 810-A).

Hasta la fecha el Organismo, no le da una solución en concreto, por ser un caso no comprendido en la normativa usualmente.

Si no hay una pronta solución administrativa, estos ocupantes irregulares, estarían en breve, en condiciones de adquirir la propiedad por prescripción adquisitiva larga, con los mayores costos y condenas judiciales que afectarían a la Administración: al IPDUV y al Gobierno de la Provincia representado por la Fiscalía de Estado (administrativa), demandados solidariamente.

Las apropiaciones ilegales y posteriores posesiones irregulares, nunca entraron en el ámbito del delito de usurpación. La Fiscalía Penal, no dictó la Resolución de elevación a juicio y mandó la causa a archivo por diferentes causas ya mencionadas. Pasaron los años y los archivos provisorios se convirtieron en definitivos, sin modificarse la situación de conflicto.

Por otra parte, después de distintas gestiones de gobierno, el área legal del Instituto no tiene una decisión jerárquica concreta y suficiente respecto a los pasos a seguir para solucionar esta cuestión. Los funcionarios temen solucionar estos casos por temor a que se conviertan en una modalidad coactiva y reiterada de adquisición de viviendas sociales. Tampoco el Estado cuenta con un presupuesto para abordar una relocalización masiva de todos los barrios en esta situación. Esto incluso podría generar tensiones de dimensiones inesperadas en la opinión pública.

En la actualidad, con un estancamiento político y jurídico en lo que respecta a la toma de decisiones, el Instituto, en el marco de sus facultades discrecionales de oportunidad, fundada causa y conveniencia para el erario público, debería abordar una solución definitiva de la irregularidad de estos barrios con antecedentes de denuncia de usurpación. Se propone en concreto el dictado de una Resolución de Directorio, o por avocación de competencia⁹⁹, dado que el Poder

367 /

99. <https://dpej.rae.es/lema/avocaci%C3%B3n-de-las-competencias>

Ejecutivo por un Decreto Provincial, como acto administrativo de jerarquía superior, pueden resolver estas irregularidades de posesiones que quedaron desplazadas de la norma escrita, pero que su solución estaría fundada en los mismos principios jurídicos administrativos con sustento constitucional y en el sistema de fuentes del derecho administrativo. Puede incluso resolverse la coordinación integral de las áreas involucradas para resolverlo, a saber:

1. Instruir a la regularización de estas posesiones para un posterior registro de propiedad, en la medida que se verifique la buena fe de los miembros del hogar.
2. Actualizar el registro de ocupantes mediante un relevamiento con informe inmediato a producirse por la Gerencia de Asuntos Socioeconómicos del IPDUV, y verificar si los mismos cumplen con los requisitos normadamente requeridos para ser beneficiarios de viviendas FO.NA.VI. o si pertenecen a grupos vulnerables que ameriten activar otro protocolo de contención específica.
3. Instruir a la Gerencia de Desarrollo Urbano del IPDUV, a confeccionar los planos de mensura y subdivisión, de los lotes de cada solución habitacional, por ser la documental imprescindible para registrar en el futuro próximo, la transferencia de la propiedad por escritura pública a través del Registro Notarial Especial del Organismo.
4. Habilitar a la Dirección de Procuración de la Gerencia Legal y Técnica del Instituto, a recuperar por medio del desalojo ante los juzgados civiles y comerciales, las viviendas puntuales cuyos ocupantes no se encuentran en condiciones de ser merecedores de la solución habitacional, conforme a las normas vigentes.

1. Operativizar las comunicaciones pertinentes a Desarrollo Social, para que intervenga de manera expedita y efectiva, en los casos de relevante vulnerabilidad, tal como la CSJN ya lo tiene resuelto.¹⁰⁰
2. Ordenar la entrega formal de las viviendas recuperadas, a las familias que se encuentran en lista de espera, para que accedan a su casa propia, seleccionadas de acuerdo a las prioridades reglamentarias vigentes.

Este acto administrativo, que considera la regularización de los barrios con posesiones irregulares por tener antecedentes históricos de denuncia de usurpación, se encuentra en el ámbito de las funciones pertenecientes al campo del derecho público, en ejercicio de sus poderes exorbitantes, haciendo uso de sus facultades discrecionales, debidamente razonadas y acordes a la estructura normativa administrativa existente.

La decisión administrativa tiene que acontecer, antes que transcurran los veinte años de ocupación, contados desde el momento de la apropiación original, cuya fecha se encuentra determinada por la misma denuncia de la Contratista, a los fines de evitar defensas y acciones judiciales de prescripción adquisitiva larga contra el Estado, con los costos y complejidades económicos y administrativos extraordinarios que ello demandaría.

Considero relevante enfatizar, que tampoco habría una población potencialmente afectada por el acto administrativo discrecional propuesto, por cuanto también fue decisión de este Directorio, el priorizar sorteos de barrios recientemente culminados, entre las familias

369 /

100. Existen antecedentes jurisprudenciales justamente en casos de viviendas particulares, que el Juzgado dio intervención a los órganos administradores de seguridad social, previo al desalojo para no generar desamparo a los ocupantes con características de vulnerabilidad social. Fallo: "Ferraro, María Eugenia c/Tejerina, Raúl José y otros s/Desalojo: Intrusos. CNCiv, sala I, 05/05/2020. LA LEY 14/05/2020,9. AR/JUR/15016/2020.

que se encontraban adecuadamente inscriptas y que demandaban una vivienda por más de diez años. Esta decisión, que también devino discrecionalmente razonada, produjo una aprobación generalizada y pública, considerada como justa.

Por último, recalco que las situaciones como las expuestas no deberían reiterarse. La crisis económica sigue e incluso, va en aumento, pero también se vislumbra una actitud espontánea, coordinada e inmediata, desde la voluntad y coordinación de los poderes públicos judiciales y administrativos para reducir los intentos de usurpaciones masivas de barrios del Estado.

A la fecha del presente trabajo, no existe siquiera una resolución ministerial en el Poder Judicial ni resoluciones Ministeriales administrativas definidas y coordinadas que obliguen un actuar inmediato, conjunto y eficiente de ambos poderes del gobierno.

\ 370

Reflexiones finales y desafíos por alcanzar

Actualmente, existe en la Provincia, un número significativo de barrios sin regularización dominial que, por distintos motivos, no se transfirieron a sus ocupantes legítimos. Afortunadamente, este abanico de situaciones problemáticas se encuentra en vías de soluciones, menos el abordado en el presente trabajo.

Esta situación de descoordinaciones y retrasos administrativos y judiciales es captada por el común de la ciudadanía, que demanda soluciones habitacionales, especialmente por los sectores que no cuentan con un trabajo formal estable, organizados por algunos referentes de movimientos sociales, y usurpan obras de manera masiva, intentando acceder a la ocupación de una vivienda social sin cumplir con todos los procesos previos de su selección, junto a otros postulantes que sí lo hacen y que accederían por sorteo, a su adquisición.

En el caso de las usurpaciones de barrios, existe una variable fundamental al momento del análisis, que es la postura adoptada por el

Ministerio Público Fiscal en lo Penal (provincial) que debe actuar de oficio en los casos que detecte conductas reincidentes y de grupos vulnerables, dando participación a las Defensorías Oficiales para que, en este último caso, se asegure el seguimiento estatal de acompañamiento a estas personas indefensas.

Es inminente la necesidad de un Convenio de Colaboración Interinstitucional entre el Poder Judicial y el Ejecutivo, para prevenir situaciones como las históricas acontecidas. También debe considerarse el uso de las tecnologías de información para un desarrollo endógeno y manejo en tiempo real de la misma información en las áreas de los distintos poderes involucrados.

Por otra parte, se debe incrementar el sistema de seguridad de la obra con protecciones más efectivas, expresando esos requisitos en los pliegos licitatorios. Un sereno únicamente en este escenario deviene insuficiente porque al llegar la policía es demasiado tarde.

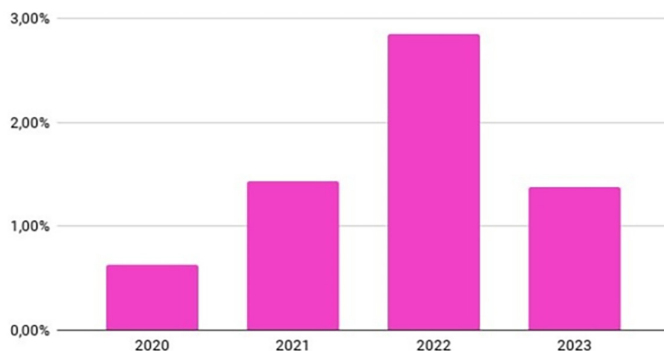
Es presente trabajo intenta aportar para la solución de una situación de excepción y en lo que implica un abordaje integral de intervención para prevenir esta situación de posibles usurpaciones. Es responsabilidad de los poderes del Estado que así sea. No se puede poner en riesgo de inaccesibilidad indeterminada a la primera vivienda, a las personas que respetuosamente actualizan sus datos de demanda habitacional y esperan ser beneficiados en los sorteos del IPDUV, cumpliendo la normativa establecida.

371 /

Anexo I

Presupuesto	Año 2020	Año 2021	Año 2022	Año 2023
MDS	371 (0,3%)	9.082 (2,57%)	6.183 (1,03%)	11.213 (2,81%)
MDTyH	123.116 (99,70%)	344.373 (97,43%)	592.449 (98,97%)	387.237 (97,19%)
Total DC	123.488 (100%)	353.455 (100%)	598.633 (100%)	398.450 (100%)
Total Nación	19.463.665	24.702.692	21.013.102	28.954.031

Participación % Programas Derecho a la Ciudad (DC) dentro del presupuesto total de la Nación.



Fuente: http://acij.org.ar/wp-content/uploads/2022/11/Habitat-y-vivienda_-_Semana_-_Presupuesto-y-Derechos_-2022.docx-1.pdf

Anexo II

Cuadro 1.4. Provincia del Chaco. Viviendas particulares, viviendas colectivas, población en viviendas particulares, población en viviendas colectivas y población en situación de calle (vía pública), por departamento. Año 2022

Departamento	Total de viviendas particulares	Total de viviendas colectivas	Total de población	Población en viviendas particulares	Población en viviendas colectivas ⁽¹⁾	Población en situación de calle (vía pública)
Total	401.658	443	1.142.963	1.137.027	5.877	59
Almirante Brown	14.421	11	38.408	38.384	24	///
Bermejo	10.095	17	28.354	28.239	115	///
Chacabuco	12.806	19	34.674	34.569	105	///
Comandante Fernández	37.425	42	102.086	101.133	953	///
12 de Octubre	8.205	9	23.794	23.715	79	///
2 de Abril	3.608	7	9.336	9.326	10	///
Fray Justo Santa María de Oro	4.161	7	10.673	10.646	27	///
General Belgrano	4.190	-	12.822	12.822	-	///
General Donovan	5.290	2	15.515	15.506	9	///
General Güemes	25.634	59	68.341	67.875	466	///
Independencia	7.703	6	22.168	22.089	79	///
Libertad	4.385	7	13.639	13.769	70	///
Libertador General San Martín	21.589	33	65.588	65.242	346	///
Maipú	9.615	6	26.486	26.418	68	///
Mayor Luis J. Fontana	22.784	25	61.561	61.385	176	///
9 de Julio	11.754	8	30.630	30.586	44	///
O'Higgins	7.812	9	22.069	22.026	43	///
Presidencia de la Plaza	5.032	11	14.003	13.982	21	///
1º de Mayo	5.538	5	14.484	14.469	15	///
Quitilipi	11.397	13	32.605	32.373	232	///
San Fernando	142.311	104	423.380	420.621	2.700	59
San Lorenzo	6.207	5	16.235	16.218	17	///
Sargento Cabral	6.733	13	18.788	18.701	87	///
Tapenagá	1.595	9	4.166	4.158	8	///
25 de Mayo	11.368	16	32.958	32.775	183	///

⁽¹⁾ Incluye la población en situación de calle censada en refugios o paradores.

Fuente: INDEC, Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2022. Resultados provisionales.

Anexo III

Normativa local vinculada a la obra pública habitacional Leyes provinciales

- 1) L. 1794-B RÉGIMEN INTEGRAL PARA LA INCLUSIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.
- 2) L. 1826-J ROTOCOLO DE ACTUACIÓN POLICIAL ANTE SITUACIONES DE VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES.
- 3) L. 2086-C PROTECCIÓN INTEGRAL DE DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES.
- 4) L. 2553-B PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN INTEGRAL DE LAS PERSONAS ADULTAS MAYORES.
- 5) L. 3695-C ASISTENCIA, ABORDAJE E INTERVENCIÓN DE FAMILIAS Y PERSONAS EN SITUACIÓN DE CALLE.
- 6) L.1058-A “COMPRESO CHAQUEÑO”. COMISIÓN QUE CONTROLA PREVIO A UNA ADJUDICACIÓN DE OBRA PÚBLICA, EL COMPROMISO DE LAS OFERENTES PARA LA COMPRA DE PRODUCTOS LOCALES

- 7) L.1092-A “ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN FINANCIERA DEL SECTOR PÚBLICO PROVINCIAL”
- 8) L.1182-K “LEY DE OBRAS PÚBLICAS”
- 9) L.172-C CREA DIRECCION DE PROMOCION Y DESARROLLO DE SOCIEDADES COOPERATIVAS
- 10) L.179-A CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS
- 11) L.2821-K TITULO EJECUTIVO PARA EL COBRO DE ACREENCIA DEL IPDUV.
- 12) L.2873-K ADHESIÓN LEY NACIONAL N° 27.397 - DETERMINA PRECIOS EN CONTRATOS DE OBRAS PÚBLICAS -VIVIENDAS-.
- 13) L.3006-F LEY DE CRÉDITO PÚBLICO.
- 14) L.3025-G EMERGENCIA SOCIAL POR VIOLENCIA DE GÉNERO.
- 15) L.3053-A DÉBITO AUTOMÁTICO DE CUOTAS DEL IPDUV.
- 16) L.3100-W CENSO PROVINCIAL DE PUEBLOS ORIGINARIOS.
- 17) L.3108-A LEY DE MINISTERIO - DEROGA LEY 2420-A Y L.3333.A MODIFICA ARTS.
- 1º, 4º INCS.C) Y E), 11º, 20º, 22º INC. 24, 35º E INCORPORA AL ART. 18º INC. 14, 21º INC.12),
- 25º INCS. 12 Y 13 Y DEROGA ARTS. 24 Y 29 DE LA LEY 3108 – A.

375 /

- 18) L.3165-F TRANSFERENCIA O AFECTACION DE BIENES INMUEBLES.
- 19) L.3174-C DEL VOLUNTARIADO SOCIAL.
- 20) L.3201-K EMERGENCIA HABITACIONAL Y DE INFRAESTRUCTURA SOCIAL BASICA.
- 21) L.3204-F CONTABILIDAD GUBERNAMENTAL. PRESENTACION DE ESTADOS CONTABLES DEL SECTOR PÚBLICO.
- 22) L.3268-K ETIQUETADO DE EFICIENCIA ENERGÉTICA DE INMUEBLES DESTINADOS A VIVIENDA.
- 23) L.3331-A CREA BANCO PROVINCIAL DE TIER-RAS URBANAS.
- 24) L.3331-A CREA BANCO PROVINCIAL DE TIER-RAS URBANAS.
- 25) L.3383-K PROCEDIMIENTO Y RÉGIMEN DE SANCIONES POR IRREGULARIDADES COM-ETIDAS SOBRE VIVIENDAS ADJUDICADAS POR EL IPDUV. ABROGASE LA LEY 810- A.
- 26) L.3441-C LEY DE PROTECCION INTEGRAL PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA DISCRIMINACION EN RAZON DE LA EDAD EN TODOS LOS AMBITOS SOCIALES DE LA PROVINCIA.
- 27) L.3464-A INSTITUTO CHAQUEÑO DE CIEN-CIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN (ICHCTI). ABRÓGASE LA LEY 1637-I -LEY DE CIENCIA,

\ 376

TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN. ADHIERE A
LEYES 25.467; 26.270; 27.570 Y 27.614.

- 28) L.3677-A ESTABLECE LINEAMIENTOS PARA EL DESARROLLO TERRITORIAL UN HÁBITAT ADECUADO.E INCORPORA INC.H DEL ARTÍCULO 20 CAPÍTULO II- RECURSOS MUNICIPALES DE LA LEY 854-P (ANTES LEY 4233).
- 29) L.3677-A ESTABLECE LINEAMIENTOS PARA EL DESARROLLO TERRITORIAL UN HÁBITAT ADECUADO.E INCORPORA INC.H DEL ARTÍCULO 20 CAPÍTULO II- RECURSOS MUNICIPALES DE LA LEY 854-P (ANTES LEY 4233).
- 30) L.3696-L MODIFICACIONES A LA LEY 2148.L RÉGIMEN DE CONSORCIOS LADRILLEROS.
- 31) L.3752-R PROGRAMA CONECTIVIDAD VIAL Y AMBIENTAL.
- 32) L.487-A NORMAS PARA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE PROVEEDORES DEL ESTADO
- 33) L.744-A CREACIÓN DE LA UNIDAD DE ORDENAMIENTO Y SUPERVISIÓN DE ADQUISICIÓN Y CONTRATACIONES (UOSAC).
- 34) L.945-N CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENAL DE LA PROVINCIA.

377 /

Decretos Provinciales

- 1) DECRETO 1038/00 “PUBLICACIONES EN INTERNET DE ANUNCIOS DE LICITACIONES”
- 2) DECRETO 1090/00 “SISTEMA DE COMPRAS Y CONTRATACIONES DEL ESTADO PROVINCIAL”
- 3) DECRETO 1241/02 – 1242/02 (CAJA DE AHORRO-INSCRIPCIÓN PROVEEDORES)
- 4) DECRETO 2417/18 MONTOS CONTRATACIONES RÉGIMEN GENERAL
- 5) DECRETO 256/17; 346/17 MONTOS OBRAS PÚBLICAS
- 6) DECRETO 3100/18 CONTRATACIÓN DE SEGUROS DE LA PROVINCIA
- 7) DECRETO 365/19 MODIFICA PUBLICACIONES EN BO PROVINCIA
- 8) DECRETO 680/10 CONTRATACIONES ESTRATÉGICAS
- 9) DECRETO 692/01 RÉGIMEN DE CONTRATACIONES

\ 378

Bibliografía

- AGUILAR VALDEZ Ó.R. (2016) ¿Regular o competir? El caso de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual de la República Argentina y el Principio de Proporcionalidad como Criterio Delimitador. Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho N° 76. p. 307.
- AGUILAR, Luis F. (2009) Marco para el análisis de las políticas públicas. En MARÍÑEZ, F. y VIDAL GARZA, C. (2009) Política pública y democracia en América Latina del análisis a la implementación. Porrúa, Méjico, D. F.
- ALBERTO, J. A. (2001) Geografía, Crecimiento Urbano, Ambientes, Paisajes y Problemas El Área Metropolitana del Gran Resistencia (A.M.G.R.). Departamento e Instituto de Geografía Facultad de Humanidades. UNNE. Resistencia
- ALCALÁ, L., PELLI, M.B., CERNO L., LEDESMA, E. y OLME-DO R. (2018) Caracterización urbano-ambiental de una Selección de áreas periféricas del Gran Resistencia. Revista Arquitectura y Diseño del Noreste Argentino, N° 6, FAU-UNNE y CONICET, ISSN: 2347-1107.
- ALONSO J.A. (2007) “Desigualdad, instituciones y progreso: Un debate entre la historia y el presente”, Revista N° 93 LC/G.2347-P. (CEPAL)
- ALONSO J.A. (2007) “Desigualdad, instituciones y progreso: Un debate entre la historia y el presente”, Revista N° 93 LC/G.2347-P. (CEPAL)
- ALONSO REGUEIRA, E. (Coord.) (2013) La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino. Autor de la publicación PERRONE, Nicolás M. Ed. La Ley, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho.

Bañón R. y CARRILO E. (comp.) (1997) Cap. 11 TAMAYO SAEZ M. El Análisis de las Políticas Públicas. Alianza Editorial SA, Madrid. ISBN: 84-206-8162-8.

BÁRCENA A., Secretaria Ejecutiva; PRADO A., Secretario Ejecutivo Adjunto (2010) La Hora de la Igualdad. Brechas por cerrar, caminos por abrir. Trigésimo tercer período de sesiones. Brasilia. Distr. General. LC/G.2432 (SES.33/3). Original: español. Naciones Unidas. Impreso en Santiago (CEPAL).

BARNES, J Conferencia XI Congreso Internacional de Derecho Administrativo, “El Derecho administrativo como el verdadero derecho de la sociedad, desafíos y consecuencias para el siglo XXI”

BIANCHI, A. (1984) en “La declaración de utilidad pública como causa de la expropiación irregular”. Revista ED 107-983, la denomina a esta intervención como “expropiación irregular”.

BRAIER, G. (2002) Colab. ESPER, N.; CORINALDESI, L. Estudio de tendencias y perspectivas del sector forestal en América Latina al año 2020. Informe nacional complementario Argentina. Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable; Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentos de la Nación; O.N.U. para la agricultura y la alimentación.

BREST I. (2006) Diferenciación espacial de los niveles de pobreza en el Gran Resistencia en la actualidad. Folia Histórica del Nordeste, N° 16 IIGHI, CONICET - IH, UNNE.

BREST I. (2006) Folia Histórica del Nordeste, N° 16 IIGHI, CONICET - IH, UNNE, N°225 Diferenciación espacial de los niveles de pobreza en el Gran Resistencia en la actualidad, Resistencia.

BRIEGER, Pedro. De la década perdida a la década del mito neoliberal. Neoliberalismo. Economía. Globalización. América Latina;

CAPITANICH J. M (2022) Provincia del Chaco. Plan Quinquenal 2023 -2027 Políticas para el Crecimiento Económico, la Inclusión Social y la Sostenibilidad Ambiental; 1a ed. - Resistencia: ConTexto Libros, ISBN 978-987-730-799-3 CDD 352.14

CASARINI, L.(s/f) La motivación como instrumento de control de la discrecionalidad administrativa. URL: <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la-actividad-estatal/cae-casarini-motivacion.pdf>

CASSAGNE J.C.(s/f) La discrecionalidad administrativa URL:http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_discrecionalidad_administrativa.pdf

CEPAL, (2006) MEDINA VÁSQUEZ, Javier y ORTEGÓN Edgar. Manual de prospectiva y decisión estratégica: bases teóricas e instrumentos para América Latina y el Caribe. Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social (ILPES) Área de Proyectos y Programación de Inversiones. Serie Manuales N°51. Santiago de Chile.

381 /

CEPALSTAT. Bases de Datos y Publicaciones Estadísticas.

CIANCIARDO, J. (2009). “El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad”. Segunda edición. Ábaco. Buenos Aires.

Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

Código Procesal Penal del Chaco de la Provincia del Chaco

COHEN E. y FRANCO R. (2005) Evaluación de proyectos sociales. Siglo Veintiuno Argentina Editores. Buenos Aires.

COMADIRA, J. (2003) Derecho administrativo: Acto administrativo 2 ed. Buenos Aires. Abeledo Perrot.

COMADIRA, J.P. (2020) Presunción de Legitimidad, Ejecutoriedad y Suspensión Judicial de los Efectos del Acto Administrativo. Tesis Doctoral para optar al título de Doctor en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad Austral. Buenos Aires.

Constitución de la Nación Argentina Constitución de la Provincia del Chaco Convención Americana de Derechos Humanos.

COVIELLO, P.J.J. (2009) El Control judicial de la emergencia, Jurisprudencia Argentina, t. 2009-I, p. 1086.

CSJN Acordada N° 30/2007.

DELPIAZZO, C. E. (2013) Derecho Administrativo General, A.M.F., Montevideo, vol.2, p. 241 y ss.

Diario Ámbito Financiero; 22 de octubre 2022. Economía. Presupuesto 2023 Cómo se distribuirán los recursos nacionales entre las provincias en 2023.

DYE T. (2008) “Entendiendo las políticas públicas”, América ed. Argentina.

Estrategia Mundial de Vivienda. La Nueva Agenda Urbana en español. URL:<https://onuhabitat.org.mx/index.php/vivienda-inviable-para-la-mayoria>.

Fallo Bourdieu, 1925. CSJN.

Fallo CSJN 2008, número 63; 2012, número 222)

Fallo Ferraro, María Eugenia c/Tejerina, Raúl José y otros s/Desalojo: Intrusos. CNCiv, sala I, 05/05/2020. LA LEY 14/05/2020,9. AR/JUR/15016/2020.

Fallo: 344:2175. Molinos Río de la Plata S.A. c/ Dirección General Impositiva s/ recurso directo de organismo externo

Fallo: JA, 1985- IV- 225.

Fallo: Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo. CSJN 2012 Nro. Interno:Q.64. XLVI. Id SAIJ: FA12000045

Fallos 90:20; 147:402; 171:348; 200:450; 249:252; 256:241; 263:460; 288:325;

383 /

FRAGA, G. (1958) Derecho administrativo, Méjico.

GARCÍA DE ENTRERRÍA E. y FERNÁNDEZ T. R. (2004) Curso de Derecho Administrativo, tomo II, 9ª edición.

GARRIDO FALLA, F. (1961) Tratado de Derecho Administrativo, t. I. Madrid.

GORDILLO, A. (2013) Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas, t. 8. Teoría General del Derecho Administrativo. I.S.B.N.: 978-950-9502-51-2. Copyright by Fundación de Derecho Administrativo. 2da. edición, Buenos Aires.

HOSKINS, L y O' DRISCOLL Jr., G. (2006) "Derechos de propiedad: La clave del desarrollo económico", URL: <http://www.elcato.org/derechos-de-propiedad-la-clave-del-desarrollo-economico>. Traducido del

Policy Analysis N° 482 publicado por el C. Institute el 7/08/2003. Washington D.C.

INDEC (2000) Situación Demográfica de la provincia del Chaco. INDEC (2002) Censo Nacional Agropecuario 2002.

INDEC (2010) Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas de la Argentina.

INDEC (2022) Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas de la Argentina. Resultados provisionales del CENSO 2022

Instituto Provincial de Desarrollo Urbano y Vivienda de la Provincia del Chaco. URL:<https://ipduv.chaco.gob.ar/viviendas/>

\ 384
IVANEGA, M. (2021) Reflexiones acerca del Derecho Administrativo en la República Argentina. Garantías Jurídicas en el Procedimiento, el Control Judicial y la Responsabilidad del Estado.

LÓPEZ ZAMORA, P. (2006) Aproximación a la figura y obra de Max Weber Compañía Española de Reprografía y Servicios S.A. 1ª ed., 1ª imp.

MARQUES, A.P. (2010) La desindustrialización en Puerto Vilelas Editorial: Universidad Nacional del Nordeste. Facultad de Ciencias Económicas. Revista de la Facultad de Ciencias Económicas. ISSN: 1668-6365. Repositorio Institucional. CONICET Digital.

MARTÍNEZ, O.; MERLINO, D. (1992) Familia, Trabajo y Producción en una comunidad del Norte Argentino. CIPES.

MARX, C. (1842) El Capital. T.1. Digitalizado: LIBROdot.com URL:<http://biblio3.url.edu.gt/Libros/CAPTOM1.pdf>

MAZZUCA S. (2021) "Latecomer State Formation. Political Geography and Capacity Failure in Latin America". EE. UU., Yale University Press. ISBN: 978-0-300-24895-1.

MAZZUCA S. (2021) "Latecomer State Formation. Political Geography and Capacity Failure in Latin American". EE. UU., Yale University Press. ISBN: 978-0-300-24895-1.

MERTEHIKIAN E. (2010) Cuestiones de Control de la Administración Pública. Breves anotaciones acerca del alcance del control judicial sobre la oportunidad, mérito o conveniencia de las conductas de la Administración. Ed. Rap S.A. p. 21Id SAIJ: DAF130326

MIDON, M.A.R. (1997) Manual de derecho constitucional argentino, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, p.242.

O.E.A. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Documentos Básicos. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre 299:428

385 /

O' DRISCOLL JR., GERALD P. y HOSKINS Lee (2006) Derechos de propiedad. La clave del desarrollo económico. El Cato Institute -Washington, D.C.-

O'DONNELL, G. (1977) Apuntes para una Teoría del Estado, Documento CEDES/g.e. CLACSO, 9. Buenos Aires.

O'DONNELL, G., IAZZETTA, O. y QUIROGA, H. (2011) Democracia Delegativa. Ed. Prometeo. Buenos Aires.

ONU. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. ONU. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer.

ONU. Convención sobre los Derechos del Niño.

ONU. Declaración de Vancouver sobre los Asentamientos Humanos, 1976 (Informe de Hábitat: Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.76.IV.7, y corrección).

ONU. Declaración sobre el Derecho al Desarrollo.

ONU. Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social.

ONU. Declaración Universal de los Derechos Humanos. URL:http://www.un.org/es/documents/udhr/index_print.shtml

\ 386

ONU. Derechos humanos. Oficina del Alto Comisionado. La vivienda es un derecho, no una mercancía (2019)

ONU. Informes del Sr. Relator Especial de la Subcomisión Danilo Türk, (E/CN.4/Sub.2/1990/19, párr. 108 a 120; E/CN.4/Sub.2/1991/17, párrs. 137 a 139).

ONU. Los Documentos Oficiales de la Asamblea General, Sesión 43, supl. N° 8, edición (A/43/8/Add.1).

ONU. Recomendación N° 115 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la Vivienda de los Trabajadores, 1961.

ONU. Resolución 1991/26 de la Subcomisión n de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías.

ONU. Resoluciones 1986/36 y 1987/22 de la Comisión de Derechos Humanos.

OSZLAK, O. (2011) Lecturas sobre el Estado y las políticas públicas: Retomando el debate de ayer para fortalecer el actual. Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación. Proyecto de Modernización del Estado. Ciudad Autónoma de Buenos Aires - República Argentina.

Presidencia de la Nación. SIEMPRO. Consejo Nacional de Coordinación de Políticas Sociales. Medición de la pobreza y distribución del ingreso. URL:<https://www.argentina.gob.ar/politicassociales/siempro>

QUINTIN, A. "Paradigmas emergentes de la reforma administrativa: La nueva gestión pública. Cap. VI

REPETTO, F. (2012), director del Programa de Protección Social de CIPPEC. WAISGRAIS S., Especialista en Monitoreo y Evaluación de UNICEF. FERNÁNDEZ ARROYO, N., Planificación de políticas, programas y proyectos sociales / FERNÁNDEZ ARROYO N. y SCHEJTMAN L. - 1a ed. Fundación CIPPEC. 125 p.; 23x23 cm. ISBN 978-987-1479-36-8. 1. Políticas Públicas. I. SCHEJTMAN, Lorena II. Título CDD 320.6. Buenos Aires.

387 /

REPETTO, F. y FERNÁNDEZ, J.P. (2012). Coordinación de políticas, programas y proyectos sociales. Buenos Aires: CIPPEC y UNICEF, p. 14.

ROBERT J. (s.f.) Usurpación. Código Penal Comentado. Asociación Pensamiento Penal. URL:<https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpcomentado/cpc37804.pdf>

RODRÍGUEZARANA MUÑOZ, J. (2012) Aproximación al Derecho Administrativo Constitucional. Editorial Novum, México.

ROFMAN, A.; MANZANAL, M. (1989). Las economías regionales de la Argentina, Crisis y políticas de desarrollo. Centro de Estudios Universitarios; Bibliotecas Universitarias, Centro Editor de América Latina.

ROSANVALLON P. (2009) Traducción Cardoso Heber. La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad, proximidad. Ed. Manantial, Buenos Aires. p. 26/32.

SABATO, J.F. (1979) Notas sobre la formación de la clase dominante en la Argentina Moderna” (1880-1914) CISEA. Buenos Aires.

SCHWEINHEIM, Gu. Revista Estado y Políticas Públicas. FLASCO Argentina, Revista Nº 10. CABA

SOTELO DE ANDREAU, M. (2016) El nuevo paradigma del estado. Su impacto en el derecho interno. La globalización, las normas supranacionales y el derecho administrativo. A&C Revista de Derecho Administrativo y Constitucional. ISSN 1516-3210 | e-ISSN 1984-4182. Curitiba-PR, Brasil, CEP 80730-060 URL: <http://www.revistaaec.com>.

SOTELO de ANDREAU, M. G. (2000) “El nuevo paradigma del Estado, su impacto en el Derecho interno”, publicado en Ae DP Nº 6, Ed. Ad. Hoc, Buenos Aires.

Universidad Nacional de la Plata. WEBER, M. (2020) URL: <https://perio.unlp.edu.ar/catedras/pyp/wp-content/uploads/sites/64/2020/04/max-weber.pdf>

URL: <http://dx.doi.org/10.18800/derechopucp.201601.013>. URL: <https://datos.bancomundial.org/pais/argentina?view=chart> URL: https://www.gordillo.com/pdf_tomo8/capitulo03.pdf

URL:<http://observatoriogeograficoamericalatina.org.mx/egal12/Geografiasocioeconomica/Geografia urbana/279.pdf>

URL:<http://www.elcato.org/publicaciones/ensayos/ens-2006-04-05.pdf>

URL:http://www.jefatura.gob.ar/archivos/pme/publicaciones/libro_acuna.pdf

URL:<https://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/gt/20101004010308/21.pdf>

URL:<https://conceptodefinicion.de/piramide-de-kelsen/>

URL:<https://gobiernoabierto.chaco.gob.ar/wp-content/uploads/2023/02/plan-quinquenal.pdf>

URL:<https://juezrosatti.com.ar/doctrina-judicial?l=92>

URL:<https://onuhabitat.org.mx/index.php/la-nueva-agenda-urbana-en-espanol>

URL:<https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/8610>

URL:<https://statistics.cepal.org/portal/cepalstat/perfil-regional.html?theme=2&lang=es>

URL:<https://www.ambito.com/economia/presupuesto-2023/como-se-distribuiran-los-recursos-nacionales-las-provincias-2023-n5565202#:~:text=El%20Estado%20nacional%20transferir%C3%A1%20en,de%20Coparticipaci%C3%B3n%20Federal%20de%20Impuestos>

URL:<https://www.argentina.gob.ar/noticias/avanza-el-sistema-sigebepara-que-las-viviendas-lleguen-quienes-realmente-lo-necesitan>

URL:https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/iv_informacion_social_medicion_de_la_pobreza_y_la_desigualdad.pdf

URL:https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/plan_estrategico_territorial_de_la_provincia_de_chaco_publicacion_provincial_septiembre_de_2013_.pdf

URL:https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-B-2021-10001700022

URL:<https://www.diariocastelli.com/familias-origenarias-usurparon-viviendas-en-construccion-en-el-espinillo/>

URL:<https://www.iprofesional.com/economia/353497-20-anos-de-riesgo-pais-asi-esta-argentina-en-el-ranking>

URL:<https://www.lanacion.com.ar/seguridad/adn-del-crimen-usurpacio->

nes-un-delito-que-no-se-detuvo-en-pandemia-nid05112022/ Diario La Nación, CABA, 5/11/2022

URL:<https://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>

URL:<https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-housing/human-right-adequate-housing#:~:text=La%20vivienda%20es%20un%20derecho%2C%20no%20una%20mercanc%C3%ADa&text=En%20virtud%20del%20derecho%20internacional,del%20hogar%20o%20la%20tierra.>

URL:<https://www.puentenet.com/cotizaciones/riesgo-pais>

VISCUSI, K. y otros (2000) Economía de la Regulación y Monopolio, Fourth Taurus, The MIT Press, Nueva York.

VISCUSI, K., VERNON J. y HARRINGTON, J. (2005) Economía de la Regulación y Monopolio, Fourth Taurus, The MIT Press, Nueva York.

Desafíos actuales en la interpretación
y aplicación de las normas y criterios
jurisprudenciales en las modalidades
transitorias de empleo público de la
municipalidad de Curuzú Cuatiá

| Leonardo Ezequiel Martínez |

Introducción

\ 392

Dentro de mi escueta pero intensa experiencia en el sector público, específicamente en la Asesoría Legal de la Municipalidad de Curuzú Cuatiá, Provincia de Corrientes, he analizado, trabajado, intervenido y dictaminado sobre una amplia diversidad de materias, debido a que los Departamentos Jurídicos Municipales son áreas multipropósito, pero ninguna de ellas tan dinámica, debatida y controvertida como la de “empleo público” y las modalidades de contratación transitorias o no permanentes.

Mi trabajo, desde la humilde posición de mi función, se remitirá exclusivamente a lo atinente a las modalidades transitorias o no permanentes de contratación en el ámbito del Municipio de Curuzú Cuatiá, su realidad, efectos, alcances, consecuencias y criterios jurisprudenciales vigentes, todo ello en el marco de la Ordenanza Municipal de Curuzú Cuatiá N° 610/89 que constituye el “ESTATUTO o RÉGIMEN PARA EL PERSONAL MUNICIPAL” (como su artículo primero así lo indica), sin inmiscuirme en lo relativo a los agentes municipales de la planta permanente que gozan de estabilidad propia o “*estabilidad del empleado público*” como lo consigna el art. 14 bis de nuestra Constitución Nacional y el Estatuto citado¹.

1. Ordenanza Municipal N° 610/89, Artículo N° 37. La Estabilidad es el derecho del Personal Permanente a conservar el empleo y el nivel escalafonario alcanzado, así como también

En función del contexto socio-cultural de nuestra región el tema escogido es un nervio muy delicado, que requiere un estudio y tratamiento específico y particularizado, dada la autonomía de que gozan las Municipalidades conforme al diseño de nuestra Constitución Nacional².

La específica problemática jurídica del tema encuentra su génesis en el marco de regulaciones que se han dado en el ámbito local, donde contamos con el régimen normativo aplicable (Ordenanza Municipal de Curuzú Cuatía N° 610/89 del Régimen General del empleo público municipal y la Resolución del Departamento Ejecutivo Municipal N° 360/92 que crea la figura del “Personal Jornalizado”) así como diversos fallos del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes y la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que, honestamente, no otorgan precisión y/o certeza de actuación, en principio, al agente municipal y, en segunda medida, a la administración comunal.

Creo relevante estudiar sobre la presente cuestión, por el motivo que, a mi entender, analizando el marco normativo aplicable, como así también el valioso aporte jurisprudencial, se pueda obtener, al menos, un atisbo de solución que aporte a la técnica legislativa de nuestros representantes que componen el Honorable Concejo Deliberante, el cual otorgue seguridad jurídica a la administración (Departamento Ejecutivo) y, principalmente, a los agentes municipales que se encuentran desarrollando tareas bajo diversas modalidades de contratación local no permanentes, que actualmente en la Municipalidad de Curuzú Cuatía son dos, los denominados “Contratados” y “Jornalizados”, exceptuando al personal de planta permanente.

393 /

la permanencia en la zona donde desempeña sus funciones, siempre que las necesidades del servicio lo permitan.

2. Constitución Nacional, Artículo N° 123. Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el Artículo 5° asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero.

El presente trabajo transitará un derrotero que irá desde el estudio del cuadro normativo local concerniente al empleo público, como el análisis y evolución de los fallos jurisprudenciales más relevantes sobre la cuestión, muchos de ellos atinentes directamente a procesos donde la Municipalidad de Curuzú Cuatía se encontraba involucrada como demandada y sus consecuencias en el ámbito municipal, el régimen indemnizatorio, antigüedad, la deficiencia actual en materia de datos laborales de los agente municipales, una conclusión y para finalizar una propuesta de *lege ferenda*, desde mi humilde lugar de especializando, donde se pueda otorgar límites concretos de actuación y seguridad jurídica a una cuestión hasta ahora sometida a un cono de sombras jurídico como consecuencia de las imprecisiones generadas por la práctica, el cuadro normativo y jurisprudencial.

Capítulo primero: contexto normativo de empleo público de la municipalidad de Curuzú Cuatiá

Para comenzar, debemos partir de la situación, conocida por todos, que el empleado público goza de la protección especial que le otorga nuestra Constitución Nacional, es decir, la estabilidad propia o literalmente “...*estabilidad del empleado público...*” como lo consigna el art. 14 bis de nuestra Constitución Nacional.

La estabilidad propia o absoluta, como nos ilumina Aquino Britos, *“es aquella donde está prohibido el despido sin causa o arbitrario. Siempre el despido debe ser con causa y previo sumario administrativo que implique la defensa del trabajador estatal”*³, caso contrario, se debe reincorporar al agente arbitrariamente desvinculado.

En la Municipalidad de Curuzú Cuatiá, ello sólo opera para los empleados que ostentan la calidad de agentes de la denominada “planta permanente”, categorización que funciona como una suerte de manto protector ante el despido arbitrario por parte del Estado. Pero tal resguardo no alcanza a aquellos agentes estatales que se desempeñan bajo las diversas figuras o modalidades de contratación pública transitorias.

Entonces, como primera cuestión debemos establecer cuál es el

3. AQUINO BRITOS, Armando Rafael, Elementos de teoría y derechos constitucionales 2, Ed. ConTexto Libros, edición 2019, Resistencia, 2019, pag. 197.

marco normativo aplicable para los casos de empleo público en el ámbito de la Municipalidad de Curuzú Cuatiá, ya que, siguiendo a Grisolia, la ley ha “establecido órdenes normativos diferenciados, en función de los cuales el vínculo que relaciona a la administración con sus empleados resulta ajeno al ámbito del derecho laboral, propia del derecho público”⁴.

Reafirma ello el art. N° 2 de la Ley de Contrato de Trabajo que ha especificado que “...las disposiciones de esta ley no serán aplicables: a) A los dependientes de la Administración Pública Nacional, Provincial o Municipal, excepto que por acto expreso se los incluya en la misma o en el régimen de las convenciones colectivas de trabajo...”.

Asimismo, Rey Vázquez, acertadamente, sostiene que “ante la previsión contenida en la LCT, no es posible expandir su aplicación al personal de la Administración Pública Nacional, Provincial o Municipal, sin acto expreso que incluya a su personal en el régimen de dicha Ley, tanto para la pretensión indemnizatoria, como para la solidaridad contenida en su art. 30. Siendo una relación de empleo público regida por el Derecho Administrativo, la solución debe encararse dentro de este ámbito, en ausencia de una expresa sujeción a un régimen diferente.”⁵.

Para lo cual, Balbín concluye que “...en principio, no debe aplicarse la LCT a los agentes públicos, sin perjuicio de las excepciones – sea por mandato legal o por vía de los convenios colectivos de trabajo –.”⁶.

La Constitución de la Provincia de Corrientes, en el Título Ter-

4. GRISOLIA, Julio Armando, Manual de Derecho Laboral, Ed. Abeledo Perrot, edición 2019 C.A.B.A., 2019, pag. 140.

5. REY VÁZQUEZ, Luis E., “La Existencia de Acto Expreso como requisito plausible en el Empleo Público”, publicado en De Bianchetti, Alba Ester (Compilación), XVI Jornadas y VI Internacional de Comunicaciones Científicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la UNNE, Moglia Ediciones, Corrientes, Noviembre de 2020, pag. 341. https://repositorio.unne.edu.ar/bitstream/handle/123456789/29746/RIUNNE_FDCSP_AC_Rey_V%C3%A1zquez_LE.pdf?sequence=1&isAllowed=y

6. BALBÍN, Carlos, Manual de Derecho Administrativo, Ed. La Ley, edición 2020, C.A.B.A., 2020, pag. 338.

cero “Del Gobierno Municipal”, Capítulo Tercero “De la Materia y Competencia Municipal” delimita cuales son las materias y/o cuestiones en las que son competentes las Municipalidades de la Provincia. Es así que una de las primeras materias que delega en cabeza de los municipios es la de *“nombrar y remover a los agentes de la administración municipal, garantizando la estabilidad laboral, la capacitación continua y la carrera administrativa, y procurando el establecimiento de condiciones de trabajo y salariales adecuadas”*⁷ (nótese que impone a las Municipalidades garantizar la estabilidad laboral sin distinciones).

Entonces, es facultad de la Municipalidad de Curuzú Cuatía ejercer las facultades reglamentarias autónomas institucionales, entendido como un poder de legislación⁸, en todo lo concerniente a la regulación del régimen de los agentes públicos dentro de la esfera de su competencia.

La autonomía municipal en lo institucional implica la facultad de dictar su propia carta orgánica municipal, lo que reglara todas aquellas materias que no le son vedadas, pero ajustadas a los principios contenidos en la carta magna provincial⁹.

Consecuentemente, en ejercicio de la distribución de competencias normativas establecida en el artículo N° 219 de la Constitución Provincial¹⁰, la Municipalidad sancionó su propia Carta Orgánica

7. Constitución de la Provincia de Corrientes, Artículo N° 225. Los municipios tienen las atribuciones expresas e implícitas que se derivan de la Constitución, de la ley y de la naturaleza institucional de su competencia local. Son atribuciones y deberes específicos del municipio: 5) Nombrar y remover a los agentes de la administración municipal, garantizando la estabilidad laboral, la capacitación continua y la carrera administrativa, y procurando el establecimiento de condiciones de trabajo y salariales adecuadas.

8. ZUCCHERINO, Ricardo Miguel, Teoría y Práctica del Derecho Municipal, Ed. Depalma, edición 1986, B.A., 1986, pag. 280.

9. MONZÓN WYNGAARD, Álvaro, Derecho Público Provincial y Municipal, Ed. Con-Texto Libros, edición 2018, Resistencia, 2018, pag. 573.

10. Constitución de la Provincia de Corrientes, Artículo N° 219. Los municipios tienen el derecho de establecer su propio orden normativo mediante el dictado de Cartas Orgánicas sancionadas por una Convención Municipal, que deben asegurar los principios del régimen

Comunal, que erige como deber funcional de la administración pública local *“nombrar y remover los Agentes Municipales, garantizando su estabilidad, escalafón, derechos y obligaciones, previsión y seguridad social, sin discriminaciones de ninguna naturaleza”*¹¹, en sentido idéntico que la Constitución Provincial. Pero la máxima norma Municipal, en la sección “Del Personal Municipal”, ya nos señala una marcada diferencia entre el personal de planta permanente y no permanente¹², por lo que, se puede advertir a primera vista que la Carta Orgánica admite las modalidades de contratación transitorias.

Es así, que en ejercicio de la autonomía funcional, en el ámbito local de la Municipalidad de Curuzú Cuatíá, contamos con la Ordenanza Municipal N° 610/89 denominada “Régimen para el personal de la Municipalidad de Curuzú Cuatíá”.

El art. 6° de la mencionada normativa establece que *“...El personal se clasifica en permanente y no permanente...”*, delimitando las categorías de empleados municipales que gozan de estabilidad propia y las que no, conceptualizando que el *“Personal permanente: comprende al agente designado en un cargo vacante previsto en el Presupuesto de Gastos y que goza de la estabilidad prevista en la presente Ordenanza. El personal que reviste como permanente será organizado conforme a los principios de estabilidad en el empleo, capacitación y carrera administrativa”*.

democrático, representativo y participativo, y demás requisitos que establece esta Constitución. Mientras los municipios no dicten sus Cartas Orgánicas se rigen por la Ley Orgánica de Municipalidades.

11. Carta Orgánica Municipalidad de Curuzú Cuatíá, Artículo N° 23. Son funciones de la Municipalidad, además de las establecidas en la Constitución Provincial, las siguientes: 9) Nombrar y remover los Agentes Municipales, garantizando su estabilidad, escalafón, derechos y obligaciones, previsión y seguridad social, sin discriminaciones de ninguna naturaleza.

12. Carta Orgánica Municipalidad de Curuzú Cuatíá, Artículo N° 153. Los deberes y derechos de los agentes municipales, permanentes y no permanentes, se establecerán por Ordenanzas, las que organizarán la carrera administrativa municipal sobre las siguientes bases: Acceso mediante concurso público que contemple la idoneidad, fijando las incompatibilidades, establecimiento de un escalafón, con reglamentación de las estabilidades, de la capacitación, y creando el régimen disciplinario. También se podrán sancionar ordenanzas que establezcan la negociación colectiva entre la Administración pública y los empleados municipales.

El “Estatuto del Empleado Municipal” que venimos analizando define a la estabilidad del personal de planta permanente de la siguiente manera:

“Artículo N° 37. La Estabilidad es el derecho del Personal Permanente a conservar el empleo y el nivel escalafonario alcanzado, así como también la permanencia en la zona donde desempeña sus funciones, siempre que las necesidades del servicio lo permitan”.

Ahora bien, dicho ello, nos adentraremos a la sección controvertida y problemática, donde encontramos al denominado “Personal Contratado” en los arts. N° 7° y 8° de la Ordenanza Municipal N° 610/89:

“Art.7º.- El Personal Contratado es aquel cuya relación laboral está regida por un Contrato y que presta servicios en forma personal y directa. Se contratará solamente para la realización de trabajos específicos o determinados, y cuando las razones de servicios lo exigiera.”

“Art.8º.-. El contrato que regirá la relación laboral podrá asumir alguna de las siguientes modalidades:

- a. Para obras o actividades de carácter transitorio.
- b. Para obras o actividades de carácter permanente.

En el primer caso, que comprenderá también al personal contratado para cubrir las suplencias, se celebrarán contratos de hasta 12 meses, que podrá renovarse una vez, cuando la obra o actividad de que se trate, requiera la continuidad del agente.

En el segundo caso los contratos se celebrarán también por un máximo de 12 meses.

Los contratados, en todos los casos, deberán serlo en la clase inicial de la Categoría a la que pertenezcan, según el trabajo a efectuar.- (Texto según Ord. N° 717 y Ord. N° 898).-“

Aquí podemos advertir que legislación local admite la modalidad del “Personal Contratado” (más adelante analizaremos los plazos y/o términos de renovación de los mismos a la luz del fallo “*Ramos*” de la CSJN, entre otros).

Recapitulando, hasta este punto advertimos que la Municipalidad de Curuzú Cuatiá admite dos modalidades de personal, el Personal de Planta Permanente y el Personal Contratado, conforme el Estatuto Municipal de Empleo Público aplicable (Ordenanza Municipal N° 610/89).

En la misma Ordenanza Municipal N° 610/89 nos encontramos con un artículo que otorga facultades muy amplias y discrecionales al Departamento Ejecutivo Municipal, se trata del art. N° 12 que reza de la siguiente manera:

Art.12°.- El Departamento Ejecutivo queda facultado para disponer la creación de otras modalidades de relación laboral, la que en ningún caso podrá incluirse en la clasificación de Personal Permanente.

Ergo, el Departamento Ejecutivo dispone de la facultad expresa de crear diferentes modalidades de relación laboral, sin que ello implique la inclusión en planta permanente, por lo que, en nuestro Municipio se pueden crear diferentes modalidades de empleo público, directamente a través de un acto administrativo expreso del Departamento Ejecutivo, siempre y cuando sean diferentes a las ya establecidas en la Ordenanza Municipal N° 610/89, situación de la cual no estoy en desacuerdo, pero sí deberían establecerse criterios específicos y límites temporales de contratación, es decir reglar aún más la discrecionalidad otorgada.- Ello así en función del principio republicano de gobierno y su derivación de legalidad del sistema administrativo que restringe a marcos muy acotados las facultades discrecionales.

Digo que es necesario un acto administrativo expreso, en el caso de los Municipios una Resolución del Departamento Ejecutivo, porque el acto administrativo es la forma de exteriorizar la verdadera voluntad de la Administración Municipal, luego de cumplir acabadamente con los requerimientos que impone el ordenamiento jurídico vigente¹³.

13. MORALES LENCINAS, Carlos W., El acto administrativo en la Ley N° 3460 de la Provincia de Corrientes, Ed. MAVE Editora, edición 2013, Corrientes, 2013, pag. 21.

Idéntica situación establece el art. 17° de la Ley Provincial N° 4067 “Estatuto del Empleado Público de la Provincia de Corrientes”, el cual dispone:

ARTÍCULO 17.- El Poder ejecutivo queda facultado para disponer la creación de otras modalidades de relación laboral la que en ningún caso podrá incluirse en la clasificación de personal permanente.

Pero circunscribiéndonos al marco normativo local, que es el tema de estudio del presente trabajo, en la Municipalidad de Curuzú Cuatiá, aparte de las modalidades de Personal de Planta Permanente y Personal Contratado, existe la modalidad, muy utilizada en la práctica, del “Personal Jornalizado”, que encuentra su origen en el uso de la facultad delegada por el art. 12° de la Ordenanza Municipal N° 610/89.

Es así que la administración local cuenta con la Resolución Municipal del Departamento Ejecutivo N° 360/92, vigente a la fecha, que crea el régimen que rige la relación laboral *“del personal jornalizado de la Municipalidad de Curuzú Cuatiá de acuerdo en lo establecido en el art. 12 de la Ordenanza N° 610/89”*¹⁴.

401 /

Con este panorama, y recapitulando a grandes rasgos, nos encontramos que en la Municipalidad de Curuzú Cuatiá existen tres modalidades de empleo público, a saber: 1. Los empleados de planta permanente, 2. Los Contratados y 3. Los Jornalizados.

Como antes indiqué, este trabajo se remite a estudiar las modalidades transitorias de contratación pública que tienen el singular carácter de NO PERMANENTES. En consecuencia, los agentes municipales denominados “CONTRATADOS” y “JORNALIZADOS”. Por supuesto, desde una perspectiva estrictamente local, conforme la realidad del Municipio de Curuzú Cuatiá.

14. Resolución del D.E.M. N° 360/92, Artículo N° 1. ESTABLECESE el presente régimen que regirá la relación laboral del personal jornalizado de la Municipalidad de Curuzú Cuatiá de acuerdo a lo establecido en el Art. 12 de la Ordenanza 610/89.

Capítulo segundo: análisis de las modalidades no permanentes de contratación municipal

\ 402 Para analizar las dificultades en la interpretación y aplicación de los fallos jurisprudenciales en cuanto a las diferentes modalidades de empleo público local, reitero, excluyendo a los agentes municipales de planta permanente que gozan de un “*status*” especial, debemos enfocarnos, pormenorizadamente, en las clases de contratación municipal que no gozan de la peculiar posición de pertenecer al “*staff*” estable de la Municipalidad de Curuzú Cuatiá.

La norma local genérica aplicable, es decir la Ordenanza Municipal N° 610/89, se encarga de establecer esa clara y necesaria diferencia, mencionando que los empleados municipales se dividen en PERMANENTE Y NO PERMANENTES¹⁵.

Entonces, el REGIMEN PARA EL PERSONAL DE LA MUNICIPALIDAD DE CURUZU CUATIA, en la parte referente a la “PLANTA DE PERSONAL”, lo primero que intenta es distinguir que el personal municipal se divide o clasifica en personal

15. Ordenanza Municipal N° 610/89, Artículo N° 1. La presente Ordenanza será el instrumento legal que regulará las relaciones de los agentes comprendidos en la Administración de la Municipalidad de Curuzú Cuatiá y del H.C.D., en cuanto fuere aplicable. Agentes Municipales son los funcionarios y empleados municipales. Los primeros son los agentes que tienen la representación y capacidad de dirección del órgano a cuyo frente se encuentran. Los segundos son los agentes que prestan servicios con carácter habitual (permanentes y no permanentes) mediante retribución y jerarquización dirigidos por los funcionarios. Ambos actúan dentro del marco de las normas legales vigentes que regulan la función de la Administración Municipal.

permanente y no permanente¹⁶, es decir, como primera cuestión, la ordenanza comunal de empleo público define a los empleados de planta permanente. Nótese que expresa lo siguiente:

“Artículo N° 6. Ordenanza Municipal N° 610/89.- El personal se clasifica en permanente y no permanente: a) Personal permanente: comprende al agente designado en un cargo vacante previsto en el Presupuesto de Gastos y que goza de la estabilidad prevista en la presente Ordenanza. El personal que reviste como permanente será organizado conforme a los principios de estabilidad en el empleo capacitación y carrera administrativa...”.

Si bien el artículo antes citado, explícitamente, expresa que el empleado de planta permanente goza de la estabilidad prevista en la ordenanza, hace referencia a la estabilidad propia del empleado público que tiene su génesis en el art. 14 Bis de la Constitución Nacional. Es decir que constituye una derivación genérica y obligatoria de un mandato constitucional pues, como establece José Luis Correa, *“la estabilidad es una garantía constitucional inmediatamente operativa, que no requiere de reconocimiento legal o estatutario”*¹⁷.

Sin perjuicio de ello, la Ordenanza Municipal N° 610/89 se ocupa de establecer el alcance de esa estabilidad a que hace referencia, lo que nos remite a los artículos N° 37 y 38 de la misma, los cuales disponen que:

Artículo N° 37. La Estabilidad es el derecho del Personal Permanente a conservar el empleo y el nivel escalafonario alcanzado, así como también la permanencia en la zona donde desempeña sus funciones, siempre que las necesidades del servicio lo permitan.

Artículo N° 38. El personal que gozare de estabilidad, la retendrá cuando fuere designado para cumplir otras funciones sin dicha ga-

16. Artículo N° 6. Ordenanza Municipal N° 610/89.- “El personal se clasifica en permanente y no permanente...”.

17. CORREA, JOSÉ LUIS, Estabilidad del empleado público. El personal contratado. En Rev. LA LEY 15/07/2009, 1, LA LEY 2009-D, 1061, Cita Online: AR/DOC/2416/2009.-

rantía, la estabilidad solo se perderá por las causales establecidas en la presente Ordenanza.

Es así que sólo se perderá esa estabilidad “*ipso iure*” por las causales previstas en el artículo N° 65 de la ordenanza de empleo público municipal¹⁸.

2.1. Los “contratados” en la ordenanza municipal de Curuzú Cuatiá N° 610/89

Ahora, definido el alcance y protección que gozan los empleados municipales de planta permanente, debemos abocarnos a lo que nos interesa en este trabajo, que son los denominados “CONTRATADOS”, que, como en otros sectores estatales, la reglamentación Municipal de Curuzú Cuatiá también los contempla.

La modalidad de *contratados* implica a aquellos empleados cuyo vínculo laboral se encuentra regido por un contrato, pero sólo para la realización de trabajos específicos y determinados. Si bien dicha figura es necesaria para el buen funcionamiento de la administración pública local, entiendo que sus alcances deben interpretarse con carácter restrictivo, para no desvirtuar el marco general constitucional ya reseñado en que se inserta el empleo público así como el espíritu de esta categoría que está diseñada para supuestos específicos.

18. Ordenanza Municipal N° 610/89, Artículo N° 65. El cese del agente que será, dispuesto por el Departamento Ejecutivo, se producirá por las siguientes causas: a) La situación prevista en el Art.11°. b) Renuncia aceptada. c) Fallecimiento. d) Haber agotado el máximo de licencia por razones de enfermedad. e) Por pérdida de las condiciones psicofísicas necesarias para el desempeño laboral, la que será determinada por una Junta Médica, integrada en la forma prevista por el Artículo 163 y concordantes de esta Ordenanza. f) Supresión del cargo por la situación prevista en el Art.27°. g) Estar comprendido en disposiciones que le creen incompatibilidad o inhabilidad. h) Automáticamente a partir del momento que el agente haya alcanzado las condiciones exigidas por las leyes jubilatorias o previsionales. i) Exoneración o cesantía según las causales previstas en la presente Ordenanza.

Como antes manifesté, la figura analizada se encuentra incluida en los artículos N° 7 y 8 de la Ordenanza Municipal N° 610/89, dentro de la categoría del personal no permanente.

Artículo N° 7. El Personal Contratado es aquel cuya relación laboral está regida por un Contrato y que presta servicios en forma personal y directa. Se contratará solamente para la realización de trabajos específicos o determinados, y cuando las razones de servicios lo exigiera.

Guillermo Casaro Lodoli, analizando la figura de los contratados a nivel provincial en Corrientes, expone que *“el personal contratado ya sea “por plazo fijo” o “eventual”, es formalmente un empleado público. Si bien no tiene derecho a la estabilidad ni los derechos propios de ese régimen (igualdad de oportunidades en la carrera, capacitación permanente, entre otros), goza del resto de los derechos previstos en la ley y pesan sobre él todas las obligaciones comunes a los empleados públicos”*¹⁹.

Por lo cual, es sabido que los denominados contratados no gozan de esa protección especial de la estabilidad absoluta que otorga el art. 14 bis de nuestra Constitución Nacional, pero, su estudio en el ámbito local resulta ineludible, ya que no sólo emerge del plexo jurídico específico, sino que también, pragmáticamente, en la actualidad es una modalidad muy utilizada en la gestión de la administración comunal.

Dicho ello, nuestra Ordenanza Municipal N° 610/89 establece dos formas de contratación, una para *“obras o actividades de carácter transitorio”* y otra para *“obras o actividades de carácter permanente”*, lo que nos impone elaborar una interpretación que delimite el alcance de cada modalidad, permitiendo su deslinde y el correcto encuadramiento legal en cada caso concreto.

Art.8º.-. El contrato que regirá la relación laboral podrá asumir alguna de las siguientes modalidades:

19. CASARO LODOLI, GUILLERMO A., El empleo público en la Provincia de Corrientes. En Rev. LLLitoral 2012 (mayo), 357, Cita Online: AR/DOC/864/2012.-

a. Para obras o actividades de carácter transitorio.

b. Para obras o actividades de carácter permanente.

En el primer caso que comprenderá también al personal contratado para cubrir las suplencias se celebrarán contratos de hasta 12 meses, que podrá renovarse una vez, cuando la obra o actividad de que se trate, requiera la continuidad del agente.

En el segundo caso los contratos se celebrarán también por un máximo de 12 meses.

Los contratados, en todos los casos, deberán serlo en la clase inicial de la Categoría a la que pertenezcan, según el trabajo a efectuar.- (Texto según Ord. N° 717 y Ord. N° 898).

Por tanto y como se manifestó, resulta importante establecer una diferencia, ¿cuál es el alcance de los contratados para obras o actividades transitorias y de los contratados para obras o actividades permanentes?, pues allí radica la diferencia entre ambas formas de contratación, ya que el alcance de uno u otro no se encuentra especificado y tampoco da lugar a una interpretación certera.

Creo más acertada la técnica legislativa utilizada por la Ley de Empleo Público Provincial de Corrientes N° 4067 donde en su artículo N° 12 establece las modalidades de contratación.

El Dr. Casaro Lodoli explica que el *“Personal Contratado: Conforme lo establece el artículo 12 de la Ley 4067, es aquél cuya relación laboral se encuentra regida por un contrato y que debe prestar servicios en forma personal y directa. Aclara la norma que, solamente debe contratarse para la realización de trabajos específicos o determinados y cuando las razones de servicio lo exigiera. Así, el Contrato puede tener las siguientes modalidades (20): a) Plazo Fijo: a celebrarse por un plazo no mayor de doce (12) meses. Vencido el término del contrato el agente cesará en sus funciones, salvo que medie renovación del mismo. b) Eventual: a celebrarse para la satisfacción de resultados concretos en relación a servicios extraordinarios, determinados de antemano o exigencias extraordinarias y transito-*

*rias. Los términos de duración del Contrato estarán dados por el comienzo y finalización de la obra, la realización del acto o la prestación del servicio, para el cual fue contratado.*²⁰, es decir que existen dos modalidades bien definidas, que en ese caso no dejan lugar a dudas, sin perjuicio de que no es concluyente con el plazo de los mismos y/o la posibilidad de renovación, situación por la que me detendré más adelante.

En nuestro marco jurídico municipal, contamos actualmente con esas dos formas de contratación, los contratados para obras o actividades transitorias y los contratados para obras o actividades permanentes. Para el primer caso la norma cuenta con un límite expreso de renovación, es decir que delimita en forma precisa el alcance de la modalidad y su exclusión del principio general, pues textualmente reza que “...se celebrarán contratos de hasta 12 meses, que podrá renovarse una vez, cuando la obra o actividad de que se trate, requiera la continuidad del agente...”, nótese que la misma permite la renovación por un período de otros 12 (doce) meses sólo cuando la actividad u obra así lo requiera o precise, lo que implica a las claras que la habilitación de esta contratación requiere delimitar específicamente la obra o actividad involucrada. Ahora bien, para los contratados para obras o actividades permanentes, sólo se establece que “...en el segundo caso los contratos se celebrarán también por un máximo de 12 meses...”, no estableciendo límite explícito de renovación, lo cual, se colige que, a priori, no excluye la posibilidad de renovación.- Esta tesitura se basa en el hecho de tratarse de obras y servicios que presta el estado de forma ininterrumpida y como parte esencial de sus funciones, es decir no sujetas a eventualidades aleatorias o temporales.

En una causa en la cual la Municipalidad de Curuzú Cuatíá era parte interviniente, nuestro Máximo Tribunal de Justicia Provincial, haciendo un análisis exegético del artículo N° 8 de la Ordenanza

407 /

20. CASARO LODOLI, GUILLERMO A., El empleo público en la Provincia de Corrientes. En Rev. LLLitoral 2012 (mayo), 357, Cita Online: AR/DOC/864/2012.

Municipal N° 610/89 sentó la postura de que “...conforme lo probado en autos no cabe duda de la naturaleza transitoria del vínculo jurídico que unió a las partes desde el inicio, sin perjuicio que algunas de las tareas que ha cumplido el actor para el municipio hayan sido de carácter permanente como las de inspector de tránsito y los artículos pertinentes del Régimen para el Personal de la Municipalidad de Curuzú Cuatíá aprobado por ordenanza 610/89, en particular, los arts. 7, 8 y 12 que regulan la contratación para la realización de tareas específicas por un plazo determinado con posibilidades de renovar y habilitan al Departamento Ejecutivo a crear otras modalidades que en ningún caso, aclara la norma, podrán incluirse en la planta de personal permanente...”²¹.

Entonces, podemos decir que para el caso de los contratados para obras o actividades de carácter permanente, la administración se encontraría habilitada para renovar sucesivamente los contratos en la medida que el mérito del poder administrador racionalmente aplicado indique la necesaria continuidad.

Concluyendo el presente acápite, hasta aquí establecimos las dos formas de contratación, sin estabilidad propia, que habilita la Ordenanza Municipal N° 610/89: los contratados para obras o actividades transitorias y los contratados para obras o actividades permanentes.

El polémico artículo N° 12 de la ordenanza municipal de Curuzú Cuatíá n° 610/89

El Estado, en este caso el Municipal, goza de lo que conocemos en derecho administrativo como régimen exorbitante, por lo que “... el accionar del empleador estatal está sujeto al derecho público adminis-

21. STJ de Corrientes, “AGUIRRE, PEDRO FRANCISCO C/ MUNICIPALIDAD DE CURUZU CUATIA S/ ACCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA”, sentencia del 25/03/2022, Sentencia N° 29, disponible en: www.juscorrientes.gov.ar

trativo, el cual, así como se lo limita por el principio de legalidad – por el que debe necesariamente sujetarse a ley –, es alcanzado por un régimen de “exorbitancia”, las llamadas “facultades exorbitantes” de la administración pública, que le otorga un margen mayor para introducir modificaciones unilaterales en el contrato que exceden las facultades que el ordenamiento laboral reconoce al empleador privado.”²².

Un claro ejemplo de las facultades o régimen exorbitante de la administración municipal es el artículo N° 12 de la Ordenanza Municipal N° 610/89, que otorga amplias facultades al Departamento Ejecutivo Municipal para crear modalidades de relación laboral, sin que ello implique pertenecer a la planta permanente del Municipio local ²³.

El mentado artículo deja en manos del Ejecutivo Municipal un amplio margen de discrecionalidad en perjuicio de la expectativa laboral de los empleados municipales, dado que los legisladores optaron por no reglar criteriosamente dicha facultad o posibilidad.

Como enseña Carlos Balbín, *“en el marco de la discrecionalidad, cualquiera de las soluciones posibles, es jurídicamente correcta y, consecuentemente, válida”²⁴*, por lo que la facultad no deja de ser válida y operativa para el Departamento Ejecutivo Municipal.

Esta situación o posibilidad puede generar situaciones o modalidades de relación laboral precarias o reñidas con los estándares constitucionales de protección del trabajo en todas sus formas²⁵ y los

409 /

22. FERA, Mario S., El derecho del Trabajo en los fallos actuales de la Corte Suprema, Ed. La Ley, edición 2013 C.A.B.A., 2013, pag. 294.

23. Ordenanza Municipal N° 610/89, Artículo N°12. El Departamento Ejecutivo queda facultado para disponer la creación de otras modalidades de relación laboral, la que en ningún caso podrá incluirse en la clasificación de Personal Permanente.

24. BALBÍN, Carlos, Manual de Derecho Administrativo, Ed. La Ley, edición 2020, C.A.B.A., 2020, pag. 203.

25. Constitución Nacional, Artículo N° 14 bis. El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario;

fallos de la CSJN en materia de empleo público, dada la amplísima discrecionalidad que le otorga al Ejecutivo Municipal en ese sentido.

Por lo que creo necesario optar por una discrecionalidad reglada, sin que ello implique eliminar o dejar sin efecto la norma en cuestión, ya que resulta útil para las exigencias reales de la administración municipal, pero si establecer pautas concretas y estrictas en la creación de otras modalidades de empleo público por parte del Departamento Ejecutivo Municipal, como también ser específico en los plazos de duración y renovación de los mismos.- Ello tenderá a prevenir las prácticas de fraude laboral y compatibilizar su ejercicio con los principios del derecho administrativo y laboral, en el entendimiento que facultades discrecionales absolutas no existen en un sistema jurídico republicano.

2.3.Los denominados “Jornalizados” municipales (Resolución del D.E.M. N° 360/92)

Como antes manifesté, el art. N° 12 de la Ordenanza Municipal N° 610/89 otorga amplias facultades discrecionales al Departamento Ejecutivo Municipal, para crear otras modalidades de empleo público sin que ello implique pertenecer a la planta permanente. Esta facultad es el origen de la Resolución Municipal del Departamento Ejecutivo N° 360 del año 1.992 (hasta hoy en día aplicable y vigente) que crea el marco normativo que nuclea la relación laboral del personal denominado “jornalizado” de la Municipalidad de Curuzú Cuatiá.

En la actualidad, esta modalidad de relación laboral es muy utilizada en ámbito local, equiparable cuantitativamente al personal con-

estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática reconocida por la simple inscripción en un registro especial...”.

tratado, por lo que su estudio y análisis deviene de gran relevancia, dada su trascendencia práctica y las recientes líneas jurisprudenciales.

El personal municipal denominado “jornalizado” encuentra su marco legal en la Resolución Municipal del Departamento Ejecutivo N° 360 del año 1.992, que en su artículo segundo establece que se entiende incluido en dicha categoría aquel que desarrolla tareas de carácter transitorio y eventual y en ningún caso podrá considerárselo como contratado o de planta permanente conforme las previsiones de la Ordenanza Municipal N° 610/89²⁶.

Observo y puntualizo que la norma en cuestión, específicamente, se refiere a “tareas”. Lo que quiero señalar es que no debemos confundir el espíritu del marco regulatorio, lo que aquí se establece como eventual y transitorio son las tareas, no otra cosa, sin entrar en el debate si es correcta o no la terminología utilizada.

Ahora, el artículo noveno de la Resolución en estudio, establece la “precariedad” del vínculo laboral; precariedad, interpreto, entendida dentro de los parámetros de la caducidad del acto precario del Código de Procedimiento Administrativo de la Provincia de Corrientes Ley Provincial N° 346027²⁷, dado que el artículo establece que el Departamento Ejecutivo Municipal podrá rescindir la relación

411 /

26. Resolución del D.E.M. N° 360/92, Artículo N° 2. Se entiende por personal jornalizado aquel que desempeña tareas de carácter transitorias y eventuales y en ningún caso se incluye dentro de las clasificaciones de personal permanente o contratado establecido en el Título I, Capítulo III, de la Ordenanza N° 610/89.

27. Código de Procedimiento Administrativo de la Provincia de Corrientes Ley Provincial N° 3460, Artículo N° 167. Los actos que reconozcan a un administrado un derecho expresa y válidamente a título precario, pueden ser revocados por razones de oportunidad o conveniencia en cualquier momento; pero la revocación no debe ser intempestiva y arbitraria y debe darse en todos los casos un plazo prudencial para el cumplimiento del acto de rescisión. Código de Procedimiento Administrativo de la Provincia de Corrientes Ley Provincial N° 3460, Artículo N° 168. La aceptación de la concesión de un derecho a título precario importa, por parte del administrado, la admisión por parte de él, de que no corresponde ningún tipo de indemnización en caso de revocación por causa de oportunidad o conveniencia, sin que esta sea revisable, en ningún caso por autoridad judicial.

o vínculo laboral cuando desaparezcan las condiciones de carácter transitorias y eventuales que dieron origen al ingreso del personal “jornalizado”, sin derecho a indemnización alguna²⁸. Aclaro que la Resolución del D.E.M. N° 360/92 en ningún lugar establece alguna limitación al plazo y/o término para la contratación así como no prevé limitaciones para la continuidad de la relación laboral o renovación del acto primigenio de inicio de la misma.

Es importante destacar que al ser una modalidad muy utilizada en el ámbito municipal local, debemos establecer criterios concretos, precisos y claros al momento de reglamentar la situación de estos agentes, reiterando que tenemos el importante desafío de otorgar certeza a los agentes municipales y limitar la discrecionalidad para que no se desvíe hacia la arbitrariedad en menoscabo de derechos e intereses individuales y colectivos.

En la actualidad el presente resulta un tema muy polémico y debatido dentro del ámbito municipal, ya que luego del reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re “Sánchez”²⁹ del año 2.022, se obligó a modificar el criterio hasta entonces sostenido por el Superior Tribunal de nuestra Provincia, que establecía el carácter precario de los “jornalizados” y/o “jornaleros”, considerando que, al no gozar de estabilidad tampoco eran merecedores de una indemnización, situación que será analizada posteriormente con más detenimiento.

Entonces, repasando lo antes manifestado, los “jornalizados” son una modalidad de relación laboral en el ámbito local de empleo municipal, claro que, de difícil interpretación, pero al ser una realidad,

28. Resolución del D.E.M. N° 360/92, Artículo N° 9. El Departamento Ejecutivo Municipal podrá rescindir la relación laboral cuando desaparezcan las condiciones de carácter transitorias y eventuales que motivaron el ingreso del personal jornalizado no generándose por este motivo derechos indemnizatorios a favor del personal.

29. “Sánchez, Oscar Vicente c/ Municipalidad de Esquina (Corrientes) y otro y/o quien resulte responsable s/ acción contencioso administrativa” 1748/2018/RH1.

merece un estudio, análisis, y de ser posible, una adecuación a los criterios jurisprudenciales recientes en materia de empleo público.

2.4. El programa municipal de emergencia laboral (PROMUNI)

Hace aproximadamente unos cuatro años, en el ámbito de la Municipalidad de Curuzú Cuatíá se encontraba en vigencia la Ordenanza Municipal N° 1785 del año 2.000. Por el mismo se creaba en el ámbito de la comuna el PROGRAMA MUNICIPAL DE EMERGENCIA LABORAL (PROMUNI) que consistía en otorgar ayudas económicas de carácter no remunerativas a personas en situación de desempleo, debiendo cumplir como contraprestación tareas comunitarias o sociales. El referenciado plan se regía bajo los mismos requisitos de los PLANES NACIONALES “TRABAJAR”, “SERVICIOS COMUNITARIOS” o lo que los sustituyeran³⁰.

413 /

El referido programa (actualmente sin vigencia), creado para una situación de emergencia social y económica, se extendió en el tiempo y agrupaba un número importante de personas que cumplían tareas en el ámbito de la Municipalidad de Curuzú Cuatíá.

En la actualidad existen agentes municipales que eran beneficiarios del “PROMUNI” y continuaron ligados al municipio bajo otras modalidades de empleo, por lo cual su mención en el presente trabajo reviste importancia a efectos de evaluar las consecuencias jurídicas que plantea dicho origen.

30. Ordenanza Municipal N° 1785/00, Artículo N° 1. CREASE el “PROGRAMA MUNICIPAL DE EMERGENCIA LABORAL “ (PROMUNI) consistente en el otorgamiento de ayudas económicas no remunerativas a personas en situación de desempleo condicionadas al cumplimiento de tareas comunitarias o sociales, con los mismos requisitos y características de los PLANES NACIONALES “TRABAJAR”, “SERVICIOS COMUNITARIOS” y aquéllos que los sustituyan; cuya normativa completa integra la presente Ordenanza.

Nuestro Superior Tribunal de Justicia Provincial, en una causa en la cual se veía involucrado un beneficiario del PLAN DE EMERGENCIA LABORAL MUNICIPAL (PROMUNI) ha establecido que *“la realización de tareas como contraprestación dentro del marco del PROMUNI no reviste carácter de empleo público, tratándose de una prestación de naturaleza asistencial, propia de la seguridad social, establecida en el caso concreto con el objetivo de brindar ayuda económica a personas desempleadas, previéndose la obligación del beneficiario de cumplir una contraprestación en tareas comunitarias porque no se trata de meros subsidios. Dicha contraprestación consiste en la realización de tareas de colaboración y asistencia a los vecinos, limpieza y mantenimiento de espacios públicos como calles, plazas y cementerios, refacción y pintura de edificios y lugares públicos, entre otras. La jurisprudencia se ha pronunciado reiteradamente en tal sentido, diciendo que, en principio, la situación de las personas que brindan contraprestaciones en el marco de planes y programas sociales diseñados para paliar diversas emergencias no puede considerarse vínculo laboral con los órganos ejecutores del orden nacional, provincial o municipal, sin perjuicio de los seguros que puedan contratarse para la cobertura de eventuales contingencias y que quedan a cargo de diversos órganos conforme el plan de que se trate.”*³¹.

En consecuencia, conforme el criterio de nuestro máximo órgano de justicia, los beneficiarios de esta ayuda social no revisten carácter de empleados públicos.

Ahora bien, en el año 2.019 nuestro Departamento Legislativo Comunal (H.C.D.), atinadamente derogó la Ordenanza Municipal N° 1785/00 que creaba el mencionado programa³², por lo que no

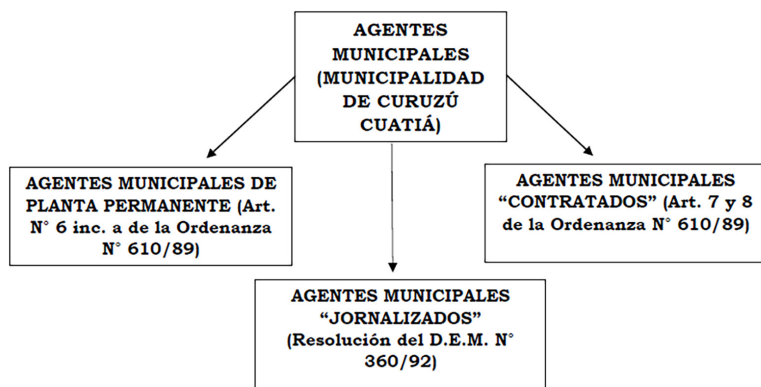
31. STJ de Corrientes, “MARTINEZ, RAMON EDUARDO C/ MUNICIPALIDAD DE CURUZU CUATIA S/ ACCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA” Expte. N° 10332/18, sentencia del 8/11/2022, Sentencia N° 63, disponible en: www.juscorrientes.gov.ar

32. Ordenanza Municipal N° 3173, Artículo N° 1. DEROGAR la Ordenanza N° 1785/00, Programa Municipal de Emergencia (PROMUNI).

existen más beneficiarios del “plan social” PROMUNI dentro del ámbito municipal.

Sin lugar a dudas es un tema debatible y controvertido, pero al encontrarse derogada la Ordenanza Municipal que dio origen al “PROMUNI”, no es relevante para el tema del presente trabajo.

2.5. Cuadro ilustrativo



415 /

Capítulo tercero: criterios jurisprudenciales

En el presente capítulo analizaremos los principales fallos relacionados con la materia en examen, tanto de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes, y su trascendencia para la elaboración de un marco normativo acorde a sus postulados.

\ 416 Desde ya, existen fallos recientes de nuestro cimero tribunal provincial que involucran a la Municipalidad de Curuzú Cuatiá como parte, por lo cual mi estudio hará especial foco en ellos, ya que se trata de decisiones y criterios que se ajustan a medida al tema en estudio.

Principales fallos y criterios de la corte suprema de justicia de la nación en materia de empleo público

En fecha 06/04/2010, la Corte Suprema de Justicia, en las conocidas causas “Ramos” y “Sánchez” ha establecido una novedosa y protectoria doctrina concerniente a la contratación temporal del personal por parte del Estado Nacional, pero que, a priori, resulta aplicable en

el ámbito provincial y municipal³³, lo que necesariamente contribuye a analizar e interpretar, a luz de los mentados fallos, los distintos regímenes de empleo público, ya sea nacional, provincial y municipal.

En la decisión adoptada en “Ramos”, la CSJN se sustentó en la protección que otorga ante el despido arbitrario el art. N° 14 Bis de la Constitución Nacional³⁴. Por supuesto, resulta necesario conocer las particularidades propias de la causa y los fundamentos más importantes (“*holding*”) explicitados en el fallo en cuestión.

En la causa “Ramos José Luis c/ Estado Nacional (Min. De Defensa – A.R.A.) S/ indemnización por despido”³⁵³⁵, la CSJN se expidió sobre la indemnización que le asistía a un contratado por la Armada Argentina ante la ruptura intempestiva del contrato conforme art. 17 del decreto 4381/1973³⁶. Aquí, la Corte sostuvo que la demandada contrató por el lapso de 21 (veintiún) años ininterrumpidos al agente, en evidente y abierta violación del plazo máximo establecido en la norma, mientras recibía un trato acorde al del personal permanente, con el principal fundamento de que las tareas de Ramos no guardaban relación con la exigencia de transitoriedad que supone el mencionado régimen de excepción, encubriendo la relación de empleo público permanente bajo el ropaje de contratos por tiempo determinado y sucesivos (voto de la mayoría, cons. 5)³⁷.

Nótese que la Corte hace hincapié en la violación de los límites legales establecidos y las tareas que excedieran el marco de la transitoriedad que exige la norma en cuestión evidenciando la “desviación

417 /

33. DE LA FUENTE, HORACIO H., La Corte ante el personal contratado. En Rev. LA LEY 22/07/2010, 1, LA LEY 2010-D, 1087, Cita Online: AR/DOC/4766/2010.

34. FERA, Mario S., El derecho del Trabajo en los fallos actuales de la Corte Suprema, Ed. La Ley, edición 2013 C.A.B.A., 2013, pag. 321.

35. Fallos: 333:311.

36. FERA, Mario S., El derecho del Trabajo en los fallos actuales de la Corte Suprema, Ed. La Ley, edición 2013 C.A.B.A., 2013, pag. 320.

37. DE LA FUENTE, HORACIO H., La Corte ante el personal contratado. En Rev. LA LEY 22/07/2010, 1, LA LEY 2010-D, 1087, Cita Online: AR/DOC/4766/2010.

de poder”, situaciones que crearon en el trabajar una “legítima expectativa de permanencia laboral” que es merecedora de la protección que otorga el art. N° 14 Bis de la Constitución Nacional.

La protección constitucional antes referida sólo alcanzó el derecho a una indemnización justa por los perjuicios ocasionados, utilizando analógicamente como parámetro el art. N° 11 de la ley 25.164. Pero la Corte rechazó la petición a la reincorporación en el cargo, ya que entendió que se “*vulneraría el régimen legal de la función pública, y el principio constitucional que prevé que corresponde al Congreso autorizar anualmente el presupuesto general de gastos de la Administración Pública, y que toda erogación que se aparte de estos límites resulta ilegítima*”³⁸.

Ahora bien, en la misma fecha del fallo “Ramos”, la CSJN también se expidió sobre la causa “Sánchez, Carlos Prospero c/ Auditoría General de la Nación s/ despido”³⁹, aquí nuestro máximo tribunal nacional estableció los mismos criterios que en “Ramos”, pero arribando a una solución diferente, debido a las particularidades fácticas del caso.

La Corte textualmente dijo, en el voto de la mayoría, que “*en función de las consideraciones precedentes, cabe destacar que las circunstancias de este caso difieren sustancialmente de las discutidas y resueltas en la causa R.354.XLIV ‘Ramos, José Luis c/ Estado Nacional (Min. de Defensa) A.R.A. s/ indemnización por despido’, fallada en la fecha, porque en el sub examine la actora no ha logrado acreditar que la Auditoría General haya utilizado figuras jurídicas autorizadas legalmente para casos excepcionales con la desviación de poder consistente en encubrir una designación permanente bajo la apariencia de un contrato por tiempo determinado*”⁴⁰.

Entiendo que aquí la Corte ha establecido un criterio acertado, ya que utilizar la doctrina del fallo “Ramos” como una especie de bolsa

38. FERA, Mario S., El derecho del Trabajo en los fallos actuales de la Corte Suprema, Ed. La Ley, edición 2013 C.A.B.A., 2013, pag. 321.

39. Fallos: 333:335.

40. CSJN, “Sánchez, Carlos Próspero c/ Auditoría General de la Nación s/ despido” sentencia del 6 de abril de 2010, Fallos: 333:335.

negra donde se pueden colocar todos los casos de empleo público de modalidad no permanente, desembocaría en una peligrosa inseguridad jurídica a la vez que generaría dificultades para la legítima gestión de la administración estatal. Por ello, atinadamente, establece que debe interpretarse y valorarse cada caso en particular y ello requiere también un análisis de la normativa aplicable a cada contexto.

Ahora bien, el 19 de abril 2011, en los autos “Cerigliano, Carlos Fabián c/ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. U. Polival. De Inspecciones ex Direc. Gral. De Verif. y Contro”⁴¹, la CSJN reafirmó la doctrina sentada en “Ramos”.

Cerigliano se desempeñó en la Dirección de Verificación y Control del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por siete años ininterrumpidos como operario, mediante la suscripción de contratos sucesivos de locación de servicios, razón por la cual, al ser desvinculado sin indemnización alguna, interpone demanda contra el Estado al considerar vulnerado su derecho protectorio emergente del art. N° 14 Bis de la C.N. y plantea la inconstitucionalidad del art. N° 2 de la Ley N° 24.774 (Ley de Contrato de Trabajo).

A la hora de resolver, la Corte Suprema de Justicia de la Nación señala que *“la doctrina establecida en la causa “Ramos” es de indiscutible aplicación al presente caso, de modo tal que a la luz de sus enunciados deberán ser valoradas las cuestiones de hecho y pruebas propias de este pleito”*⁴².

Aquí la Corte Suprema mantiene con firmeza la doctrina del fallo “Ramos” sustentada en la protección ante el despido arbitrario del art. N° 14 Bis de la C.N., pero a la vez establece un criterio importante en cuanto al parámetro o marco normativo que debe tenerse en cuenta al momento de establecer una indemnización que garantice

41. Fallos: 334:398

42. CUARTANGO, GONZALO, La doctrina de la Corte Suprema respecto de los contratados por la administración pública. En Rev. Publicado en: DT 2011 (junio), 1353, Cita Online: AR/DOC/1553/2011.

suficiencia. Es por ello que en dicho contexto sostuvo que *“la ratio decidendi del caso Ramos alcanza a todos los trabajadores que se encuentran ligados por un vínculo como el que se daba en el caso en examen, ya sea con la Administración Pública Nacional, provincial, municipal o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por lo que en este supuesto el modo de reparar los perjuicios que se hubieran podido irrogar al actor debe encontrarse en el ámbito del derecho público y administrativo...”*⁴³.

Entonces, nos encontramos que la Corte establece que la doctrina de “Ramos” es de aplicación para todos los estamentos del Estado, ergo, de aplicación directa para los municipios y también que la solución en cuanto a la indemnización debe buscarse y encontrarse en el ámbito del derecho público.

Más próximo en el tiempo, el 21 de junio 2022, en una causa caratulada “Sánchez, Oscar Vicente c/ Municipalidad de Esquina (Corrientes) y otro y/o quien resulte responsable s/ acción contenciosa administrativa”⁴⁴, donde fue demandada la Municipalidad citada de nuestra provincia, la CSJN vuelve a validar y ratificar la doctrina sostenida en “Ramos”, por lo que me parece de relevante importancia para este trabajo.

Oscar Vicente Sánchez se desempeñaba como “jornalero” o empleado “en negro” (según el STJ de Ctes.) durante 11 (once) años, sin demostrarse el encuadramiento válido en alguna figura vigente para contrataciones eventuales y temporarias, desarrollando diferentes tareas, como la de recolección de residuos, colocación de adoquines y limpieza de desagües, percibiendo remuneraciones en forma quincenal mediante la suscripción de planillas.

La CSJN estableció que *“por otra parte, más allá de que no se alegó ni, menos todavía, se demostró que la relación pudo haber sido válidamente*

43. FERA, Mario S., El derecho del Trabajo en los fallos actuales de la Corte Suprema, Ed. La Ley, edición 2013 C.A.B.A., 2013, pag. 325.

44. Fallos 345:477

encuadrada en alguno de los supuestos que las normas locales vigentes para la época preveían para contrataciones temporarias o eventuales, lo cierto es que el municipio la mantuvo de modo precario, “en negro” en palabras del propio superior tribunal provincial. Esa circunstancia pone en evidencia una actuación, con respecto al actor, que exhibe una evidente desviación de poder, al encubrir una designación que debió haber revestido carácter permanente bajo el ropaje de una supuesta actividad precaria y eventual. Esa actuación irregular no pudo derivar en un beneficio para la administración al momento de disponer la desvinculación, pues había generado en el agente una legítima expectativa de permanencia laboral que merecía la protección que el artículo 14 bis de la Constitución Nacional otorga al trabajador contra el “despido arbitrario”. Así lo advirtió esta Corte en los casos “Ramos” (Fallos: 333:311) y “Cerigliano” (Fallos: 334:398), cuya ratio decidendi ha sido soslayada por el a quo.”⁴⁵

Nótese que se remite nuevamente a los fallos “Ramos” y “Cerigliano” y la doctrina allí sentada, lo que conlleva a asumir dicha línea jurisprudencial en función del principio de leal acatamiento, por lo que, debe tomarse como criterio rector el concepto de la legítima expectativa de permanencia del trabajador, y ello es merecedor del manto protector que le otorga el art. N° 14 Bis de la C.N. contra el despido arbitrario.

En el fallo “Sanchez”, parafraseando a Carlos Rubín, la “CSJN, dando razón a la Cámara, recuerda sus precedentes RAMOS y CERIGLIANO, y podemos citar por nuestra parte a MADORRÁN, donde el criterio es la aplicación de los principios constitucionales del artículo 14 BIS (la protección del trabajo en todas sus formas, protección contra el despido arbitrario), aún en el caso que el trabajador del Estado carezca de la estabilidad de la planta permanente”⁴⁶.

45. CSJN, “Sánchez, Oscar Vicente c/ Municipalidad de Esquina (Corrientes) y otro y/o quien resulte responsable s/ acción contenciosa administrativa”, sentencia del 21 de junio de 2022, Fallos 345:477.

46. RUBIN, Carlos Gustavo, Indemnización contratados de la Administración Pública:

Es indudable que hasta la fecha la CSJN mantiene vigente la doctrina jurisprudencial sostenida “Ramos”, pero creo acertada la postura establecida en “Cerigliano”, en la cual debe analizarse cada caso en particular, con su marco normativo propio, con el material probatorio de cada pleito y con las particularidades de cada “*litis*”, pero siempre a la luz y considerando la doctrina protectoria contra el despido arbitrario del fallo “Ramos” que nos obliga a encuadrar la problemática en función del respeto a los principios y garantías constitucionales.

3.2. Fallos y criterios recientes del Superior Tribunal de Justicia de Corrientes

En el presente acápite, expondré los fallos recientes de nuestro máximo tribunal provincial en materia de empleo público, pero sólo aquellos en los cuales la Municipalidad de Curuzú Cuatía se encontraba como parte en los diferentes procesos.

Decidí establecer este criterio para analizar concretamente la interpretación sostenida por el STJ de la Provincia sobre el marco normativo de empleo público de nuestra comuna, que es en definitiva lo que interesa al presente trabajo.

Es por ello que dividiré en tres los criterios sostenidos, uno para los casos de los denominados “CONTRATADOS”, luego los “JORNALIZADOS” para finalizar con el programa denominado “PRO-MUNI”, lo que nos permitirá apreciar con exactitud y detenimiento la exégesis realizada de las diferentes modalidades de contratación y el cuadro legal que se encuentra vigente en la Municipalidad de Curuzú Cuatía.

Vicisitudes Jurisprudenciales, Revista Jurídica “Abogados al día”, Curuzú Cuatía, Ctes., Agosto de 2022, pag. 9 y 10.

a. Interpretación de los “contratados” por parte del Superior Tribunal de Justicia de Corrientes

En el capítulo segundo, se analizaron las diferentes modalidades de contratación en el ámbito municipal local, una de ellas, los denominados “CONTRATADOS”, que encuentra su regulación normativa en los art. N° 7 y 8 de la Ordenanza Municipal N° 610/89. Durante los últimos años, la Corte Provincial se ha expedido en diversos casos en cuanto a los contratados municipales, su renovación sucesiva, el límite legal y la aplicación de la doctrina sentada en “Ramos” por la CSJN, entre otros puntos.

En fecha 21 de marzo de 2022 en los autos caratulados “CABRERA, DARIO SEBASTIAN C/ MUNICIPALIDAD DE CURUZU CUATIA S/ ACCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA” Expediente N° CXP 11046/18, el STJ de Ctes. ha interpretado el alcance del art. N° 8 de Ordenanza Municipal N° 610/89, estableciendo que *“el art. 8º establece que el contrato puede ser para obras o actividades de carácter transitorio – incluidas las suplencias – o permanente. En el primer caso, se celebran hasta un máximo de doce (12) meses y aclara la norma que podrá renovarse una vez cuando la obra o actividad requiera la continuidad del agente y en el segundo, solo se regula la duración máxima, doce meses también pero omite limitar su renovación. Ahora bien, ello significa que cada contrato debe celebrarse como máximo por un año, es decir, doce meses, pero dicha limitación no alcanza a las renovaciones o nuevas contrataciones por igual período en caso de persistir la necesidad de cubrir ciertas tareas, resultando entonces, irrelevante la aducida prestación de tareas normales para borrar el título que dio origen a su nombramiento como transitorio. La designación de agentes contratados es una facultad reglada por la ordenanza 610/89 del H. C. D. de la Municipalidad demandada, no observándose en su accionar apartamiento inequívoco del mismo.”*⁴⁷.

423 /

47. STJ de Corrientes, “CABRERA, DARIO SEBASTIAN C/ MUNICIPALIDAD

De la misma forma ratifica el mismo criterio en los autos Expediente N° CXP 8360/16, caratulados “LOPEZ, WALTER GERMAN C/ MUNICIPALIDAD DE CURUZU CUATIA Y/O QUIEN RESULTE RESPONSABLE S/ ACCION CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA” Expediente N° CXP 8360/16⁴⁸ y “AGUIRRE, PEDRO FRANCISCO C/ MUNICIPALIDAD DE CURUZU CUATIA S/ ACCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA” Expediente N° CXP 12408/19⁴⁹.

Aquí se puede advertir que nuestro STJ entiende que no se vulnera o viola límite legal alguno, prohibición de renovación y/o plazo determinado, por el hecho de que en los contratos para “obras o actividades de carácter permanente” no existe límite explícito de renovación, como sí lo establece explícitamente para el caso de obras y actividades transitorias⁵⁰.

Entonces, los “contratos” para obras o actividades permanentes, conforme la interpretación de nuestro máximo cuerpo judicial

\ 424

DE CURUZU CUATIA S/ ACCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA” Expte. N° 11046/18, sentencia del 21/03/2022, Sentencia N° 27, disponible en: www.juscorrientes.gov.ar

48. STJ de Corrientes, “LOPEZ, WALTER GERMAN C/ MUNICIPALIDAD DE CURUZU CUATIA Y/O QUIEN RESULTE RESPONSABLE S/ ACCION CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA” Expte. N° 8360/16, sentencia del 25/03/2022, Sentencia N° 28, disponible en: www.juscorrientes.gov.ar

49. STJ de Corrientes, AGUIRRE, PEDRO FRANCISCO C/ MUNICIPALIDAD DE CURUZU CUATIA S/ ACCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA” Expte. N° 12408/19, sentencia del 25/03/2022, Sentencia N° 29, disponible en: www.juscorrientes.gov.ar

50. Ordenanza Municipal N° 610/89, Artículo N° 8. El contrato que regirá la relación laboral podrá asumir alguna de las siguientes modalidades: a) Para obras o actividades de carácter transitorio. b) Para obras o actividades de carácter permanente. En el primer caso que comprenderá también al personal contratado para cubrir las suplencias se celebrarán contratos de hasta 12 meses, que podrá renovarse una vez, cuando la obra o actividad de que se trate, requiera la continuidad del agente. En el segundo caso los contratos se celebrarán también por un máximo de 12 meses. Los contratados, en todos los casos, deberán serlo en la clase inicial de la Categoría a la que pertenezcan, según el trabajo a efectuar.- (Texto según Ord. N° 717 y Ord. N° 898).

provincial, pueden renovarse sucesiva, continua e indefinidamente, siempre y cuando sean para obras o actividades de carácter permanente. Ergo, lo importante a definir aquí es la “permanencia” de la obra y/o actividad.

La Real Academia Española, nos ilustra que permanente es algo “que permanece” o “sin limitación de tiempo”, “dicho de una comisión: Que en el seno de una institución u organización asegura la continuidad de sus funciones”⁵¹, ergo, las obras y/o actividades para los cuales se contrata deben permanecer en el tiempo, verbigracia los servicios públicos, es decir que no son transitorias o eventuales y hacen a la gestión ínsita al servicio público brindado. Por lo cual, apegado a una interpretación estricta del artículo en estudio, esas contrataciones pueden ser renovadas en el tiempo sin limitación alguna.

En los decisorios de los fallos antes mencionados, el STJ sostiene cual es la diferencia entre la doctrina sentada en “Ramos” por la CSJN y nuestro marco normativo, por lo que da relevante importancia a la inexistencia de prohibición de renovación o ausencia de limitación legal para no encuadrar en la solución adoptada en “Ramos”, explicando lo siguiente *“Veamos, en primer lugar, que sucedió en “Ramos”. Allí la demandada contrató al actor en el marco del decreto 4381/73 por el lapso de veintiún años, en abierta violación al plazo máximo de renovación de estos contratos, de cinco años, previsto en los artículos 26 de dicho decreto y 17 inciso a) de su reglamentación; violación que sumada a un conjunto de circunstancias fácticas relativas a la prestación de servicios en sí misma le permitieron concluir al Máximo Tribunal que la demandada utilizó figuras jurídicas autorizadas legalmente para casos excepcionales, con una evidente desviación de poder que tuvo como objetivo encubrir una designación permanente bajo la apariencia de un contrato por tiempo determinado, no sin aclarar, en forma expresa, que ello no obstaba lo sostenido en el precedente “Gil”, según el cual el voluntario sometimiento a un*

425 /

51. <https://dle.rae.es/permanente>

régimen, sin reservas expresas, comporta un inequívoco acatamiento que determina improcedencia de su impugnación ulterior (Fallos: 312:245) porque en el caso la procedencia de la demanda no se funda primordialmente en el cuestionamiento del régimen aprobado por el decreto 4381/73, sino en el incumplimiento de los límites temporales en él establecidos y la consiguiente obligación de responder que cabe al trasgresor.”⁵².

Asume notable entidad la limitación legal expresa y su vulneración para encuadrarla en la doctrina sentada en “Ramos” y así poder demostrar la “desviación de poder” utilizando figuras autorizadas por tiempo determinado en evidente “fraude a ley”, cuestiones que como antes mencionamos, no se advierten en el marco regulatorio de los contratados (art. N° 8 de la Ordenanza Municipal N° 610/89) para obras y/o actividades de carácter permanente en tanto el ordenamiento jurídico local prevé expresamente la modalidad en cuestión.

En síntesis, con lo descripto se logra advertir la postura e interpretación de nuestro cívico tribunal provincial, en cuanto a los “contratados” de la Municipalidad de Curuzú Cuatía y su marco regulatorio, por supuesto sin olvidar que debe analizarse cada caso y cuestión de forma particular y diferenciada.

b. Interpretación de los “Jornalizados Municipales” por parte del Superior Tribunal de Justicia de Corrientes

Hemos dicho que los “JORNALIZADOS” en la Municipalidad de Curuzú Cuatía encuentran sustento en el art. N° 12 de la Ordenanza Municipal N° 610/89 y la Resolución del D.E.M. N° 360/92 que crea el régimen laboral del mencionado personal en el ámbito local.

52. STJ de Corrientes, “LOPEZ, WALTER GERMAN C/ MUNICIPALIDAD DE CURUZU CUATIA Y/O QUIEN RESULTE RESPONSABLE S/ ACCION CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA” Expte. N° 8360/16, sentencia del 25/03/2022, Sentencia N° 28, disponible en: www.juscorrientes.gov.ar

El STJ de Ctes. se ha expedido en reiteradas oportunidades sobre dicho personal en el ámbito de la Municipalidad de Curuzú Cuatiá, sentenciando que *“la utilización de esta figura precaria se halla habilitada por el artículo 12 de la ordenanza 610/89, en tanto autoriza al Departamento Ejecutivo Municipal a crear otras modalidades de relación laboral y, claramente, el personal que preste servicios como jornalero reviste la calidad de personal de planta no permanente, asimilándose al personal con contrato para actividades transitorias, finalizando la relación al cumplirse la tarea específica para la cual fue convocado, retribuida además, en tiempo y forma, sin generar derecho alguno en su favor”*⁵³.

Si bien no hace mención a la Resolución del D.E.M. N° 360/92, establece que esta figura precaria se encuentra habilitada y autorizada por la facultad conferida en el art. N° 12 de la Ordenanza Municipal N° 610/89, estableciendo la transitoriedad de la tarea y negándole derecho indemnizatorio alguno a su favor por su inestabilidad laboral, es decir que se mantiene un criterio similar al de los contratados, ya que la norma específica (Resolución del D.E.M. N° 360/92) no determina una prohibición legal de renovación o límite temporal de contratación.

De igual modo, ratificando el criterio anterior, la Corte Provincial dijo *“los artículos pertinentes del Régimen para el Personal de la Municipalidad de Curuzú Cuatiá aprobado por ordenanza 610/89, en particular, los arts. 7, 8 y 12 que regulan la contratación para la realización de tareas específicas por un plazo determinado y habilitan al Departamento Ejecutivo a crear otras modalidades que en ningún caso, aclara la norma, podrán incluirse en la planta de personal permanente.”*⁵⁴.

53. STJ de Corrientes, “FLORES, MIRIAN LUJAN C/ MUNICIPALIDAD DE CURUZU CUATIA S/ ACCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA” Expte. N° 10957/18, sentencia del 21/02/2022, Sentencia N° 14, disponible en: www.juscorrientes.gov.ar

54. STJ de Corrientes, “ESTIGARRIBIA, NATALIA CAROLINA C/ MUNICIPALIDAD DE CURUZU CUATIA Y/O QUIEN RESULTE RESPONSABLE S/ ACCION

Sin lugar a dudas, el Superior Tribunal de Justicia de nuestra Provincia mantuvo una interpretación estricta en fiel apego a la literalidad de las normas que regulan el empleo público local, ya que, como sostiene en diversas sentencias, en un sistema de hermenéutica legal la primera interpretación debe provenir de la misma letra de la ley⁵⁵, en nuestro caso de la ordenanza municipal y normas complementarias de empleo público que ostentan virtualidad de ley⁵⁶.

c. Impacto del fallo “Sánchez” de la CSJN en las decisiones del Superior Tribunal de Justicia de Corrientes

La irrupción en la escena provincial del fallo de la CSJN en los autos “Sánchez, Oscar Vicente c/ Municipalidad de Esquina (Corrientes) y otro y/o quien resulte responsable s/ acción contenciosa administrativa” de fecha 21 de junio 2.022, no hace más que ratificar y reafirmar una vez más la doctrina sentada en “Ramos”, pero con impacto directo en nuestro ámbito provincial, y específicamente municipal, generando un “sacudón” jurisprudencial en materia de empleo público no permanente.

Si bien la doctrina protectoria contra el despido arbitrario con sustento en el art. N° 14 Bis de la Constitución Nacional afianzada en “Ramos” ya tiene varios años y otros precedentes donde se vuelve a sostener tal postura, el fallo en cuestión, en principio, involucra a una Municipalidad de la Provincia de Corrientes, en el caso el Municipio de Esquina, pero no sólo ello, revierte y rebate una sentencia emana-

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO”, sentencia del 07/03/2022, Sentencia N° 22, disponible en: www.juscorrientes.gov.ar

55. STJ de Corrientes, “CABRERA, DARIO SEBASTIAN C/ MUNICIPALIDAD DE CURUZU CUATIA S/ ACCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA” Expte. N° 11046/18, sentencia del 21/03/2022, Sentencia N° 27, disponible en: www.juscorrientes.gov.ar

56. Artículo N° 17 inc. 1). Carta Orgánica de la Municipalidad de Curuzú Cuatía. “Serán atribuciones y deberes del H. Concejo Deliberante: 1) Sancionar ordenanzas y dictar resoluciones y declaraciones. Las ordenanzas son disposiciones con virtualidad de leyes...”.

da de nuestro Superior Tribunal de Justicia, por lo que su implicancia es totalmente vinculante para nuestros jueces, siempre y cuando se interprete y aplique conforme las particularidades y especificidades de cada caso.

Ya nos detuvimos, capítulos atrás, en comentar el reciente fallo “Sánchez”, pero, específicamente en lo que respecta a la Municipalidad de Curuzú Cuatíá, el STJ de Ctes., comenzó a aplicar la doctrina allí sostenida, singularmente, en un proceso donde la Municipalidad de Curuzú Cuatíá se encontraba demandada.

Es importante destacar que la aplicación del fallo “Sánchez” sólo trata la modalidad de “jornalero” pero sin enmarcarlos jurídicamente o al menos *“no se alegó ni, menos todavía, se demostró que la relación pudo haber sido válidamente encuadrada en alguno de los supuestos que las normas locales vigentes para la época preveían para contrataciones temporarias o eventuales, lo cierto es que el municipio la mantuvo de modo precario en ‘negro’ en palabras del propio superior tribunal provincial”*⁵⁷.

Me permito hacer una salvedad. El caso en análisis es muy diferente a la situación de la Municipalidad de Curuzú Cuatíá, ya que los denominados “jornalizados” se encuentran válidamente contenidos y contemplados por la Resolución del D.E.M. N° 360/92⁵⁸ (normativa local), ergo, no se encuentran “en negro”.

Recapitulando, en los autos “ACUÑA, MARIANA ITATI C/ MUNICIPALIDAD DE CURUZU CUATIA S/ ACCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA” Expediente N° 13653/20, cercano en el tiempo, precisamente el 31 de octubre de 2.022, el STJ de Ctes., por la implicancia e influencia del fallo “Sán-

429 /

57. CSJN, “Sánchez, Oscar Vicente c/ Municipalidad de Esquina (Corrientes) y otro y/o quien resulte responsable s/ acción contenciosa administrativa”, sentencia del 21/06/2022, Fallos 345:477.

58. Artículo N° 1. Resolución N° 360/92. ESTABLECESE el presente régimen que regirá la relación laboral del personal jornalizado de la Municipalidad de Curuzú Cuatíá de acuerdo a lo establecido en el Art. 12 de la Ordenanza 610/89.

chez”, ha mutado su criterio sostenido en cuanto a los “jornalizados” municipales exclusivamente.

Veamos que dijo al respecto el STJ: *“Empero, no obstante el convencimiento del suscripto en tal sentido, debido a la influencia moral e institucional que tienen los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, estimo prudente aplicar la doctrina por ella sentada en la causa “Sánchez, Oscar Vicente c/ Municipalidad de Esquina (Corrientes) y otro y/o quien resulte responsable s/ acción contenciosa administrativa” 1748/2018/RH1, 21/06/2022 (Fallos 345:477), evitando el dispendio jurisdiccional que importaría insistir con el criterio por ella revocado.”*⁵⁹.

Por lo que, en la causa antes indicada, se condena a la Municipalidad de Curuzú Cuatía a indemnizar a la parte actora, pero sólo por el período en que la actora se desempeñó como “jornalizada municipal”.

Recalco que el fallo “Sánchez” de la CSJN y “Acuña” del STJ de Ctes., sólo hacen mención de “jornaleros” y “jornalizados” respectivamente, no hacen referencia alguna a los “contratados” municipales, es decir, los contemplados en arts. N° 7 y 8 de la Ordenanza Municipal 610/89, por lo que, *“a priori”*, entiendo que mantiene su vigencia la postura e interpretación sostenida por nuestro máximo tribunal provincial en las causas indicadas en el título A. INTERPRETACIÓN DE LOS “CONTRATADOS” POR PARTE DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE CORRIENTES en cuanto al límite legal y/o prohibición de renovación.

Evidentemente, esta situación nos obliga a asumir el desafío de adaptarnos y acatar los criterios jurisprudenciales, al margen de posturas y convicciones personales, pero ello debe emerger de una decisión estrictamente institucional de avanzar en una modificación

59. STJ de Corrientes, “ACUÑA, MARIANA ITATI C/ MUNICIPALIDAD DE CURUZU CUATIA S/ ACCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA” Expte. N° 13653/20, sentencia del 31/10/2022, Sentencia N° 61, disponible en: www.juscorrientes.gov.ar

y/o implementación de modalidades legales de empleo público temporario y/o eventual, que vayan de la mano con los criterios jurisprudenciales actuales, como ser, plazo cierto, específico y razonable de contratación, tareas determinadas, prohibición de renovaciones sucesivas, entre otras.

Capítulo cuarto: la protección constitucional ante el despido arbitrario del personal transitorio traducida en un reconocimiento indemnizatorio

\ 432

Como se desprende de la doctrina establecida en “Ramos”, al personal transitorio o temporario, en los casos en que el empleador (Estado) no los ha contratado por tiempo determinado con arreglo a las normas de empleo público que rigen su actuación, de ninguna manera se les reconoce el derecho a la estabilidad del empleado público o estabilidad propia consagrada en el art. N° 14 Bis nuestra Constitución Nacional.

La estabilidad propia se debe interpretar como un derecho fundamental del agente público. Como nos enseña Marienhoff *“entiéndese aquí por ‘estabilidad’ el derecho a no ser privado o separado del empleo o cargo, privación o separación que se concretan en la ‘cesantía’ del funcionario o del empleado”*⁶⁰.

Ahora bien, en nuestro ámbito municipal sólo gozan de estabilidad aquellos empleados que ostentan la calidad de agentes de planta permanente, y son aquellos que por acto expreso de la administración municipal les ha sido otorgada esa calidad. Pero ello no culmina ahí.

60. MARIENHOFF, Miguel S, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III B, Contratos de la Administración Pública. Teorías general y de los contratos en particular, pag. 129. Disponible en http://www.ejuridicosalta.com.ar/files/TRATADO_DE_DERECHO_ADMINISTRATIVO_Tomo_IIIB.pdf

Para adquirir el ropaje protector de la estabilidad propia se debe cumplir un período inicial de prueba y *“adquirirá automáticamente la estabilidad luego de haber cumplido seis meses de servicios efectivos, si no mediare previamente causales debidamente fundadas y notificadas por Autoridad competente, en cuyo caso cesará en sus funciones automáticamente”*⁶¹.

Es decir que, para los casos del personal transitorio o temporario, donde el empleador (Estado) manifiesta su voluntad o intención de excluir arbitraria e ilegítimamente al agente de las normas de empleo público o que viola los requerimientos establecidos por las normas específicas que regulan la actuación⁶², en los términos de la doctrina de “Ramos”, sólo se le reconoce un derecho indemnizatorio a su favor, en consecuencia goza de una especie de estabilidad impropia contra el despido arbitrario.

Como antes manifestamos, la Corte es restrictiva en cuanto a la aplicación de Ley de Contrato de Trabajo a quienes trabajan en la Administración Pública en los casos en que no existe acto expreso que los incluya en la norma laboral. Ante ello, veremos cuáles son los criterios o referencias jurisprudenciales al momento de establecer la

433 /

61. Ordenanza Municipal N° 610/89, Artículo N° 11. El Personal que ingrese como permanente adquirirá automáticamente la estabilidad luego de haber cumplido seis meses de servicios efectivos, si no mediare previamente causales debidamente fundadas y notificadas por Autoridad competente, en cuyo caso cesará en sus funciones automáticamente.

El jefe inmediato del personal designado, exclusivamente deberá elevar un informe fundado en el que se detalla el cumplimiento de sus funciones por el agente, las condiciones y aptitudes demostradas y recomendará la confirmación o exclusión del cargo en el que fuere designado.

El informe mencionado deberá ser elevado a la autoridad competente a más tardar dentro del quinto mes del desempeño del agente en el cargo.

El servicio efectivo señalado deberá entenderse como prestación efectiva y real, con exclusión de licencia de cualquier naturaleza.

Quedan confirmados todos los agentes que a la fecha de la presente tengan cumplidos seis meses de servicio efectivo en la Planta permanente de la Administración Municipal.

62. FERA, Mario S., El derecho del Trabajo en los fallos actuales de la Corte Suprema, Ed. La Ley, edición 2013 C.A.B.A., 2013, pag. 330.

reparación de aquellos agentes arbitrariamente desvinculados bajo alguna modalidad contractual transitorio o no permanente.

4.1. Referencia para establecer la indemnización o reparación de agentes públicos desvinculados

Cuando el Estado es condenado al pago de una indemnización ante el despido arbitrario bajo los términos de “Ramos” la judicatura debe establecer cuál es la referencia o marco normativo aplicable para estimar o calcular la indemnización del empleado desvinculado de la administración.

La CSJN, desde “Ramos” y “Sánchez”, por el principio de especialidad del derecho administrativo, ha analizado con criterio restrictivo la aplicación de la Ley de Contrato de Trabajo para los trabajadores del Estado en los casos particulares en que no exista acto administrativo expreso que los acoja bajo el régimen laboral común⁶³.

Es decir que el Máximo Tribunal Nacional interpreta fielmente el art. N° 2 de la Ley de Contrato de Trabajo que en su “ámbito de aplicación”, de manera diáfana establece que: *“Las disposiciones de esta ley no serán aplicables: a) A los dependientes de la Administración Pública Nacional, Provincial o Municipal, excepto que por acto expreso se los incluya en la misma o en el régimen de las convenciones colectivas de trabajo”*.

Por lo que, para establecer suficientemente el importe de la reparación, debemos aplicar las normas de derecho público, siempre y cuando no exista acto expreso que se incluya al ámbito laboral común (LCT).

63. CERESA DE CASTIÑEIRA DE DIOS, Ariadna, Contratados en la Administración Pública. Marco legal aplicable - Régimen indemnizatorio. En Rev. DJ 03/04/2014 , 17, Cita Online: AR/DOC/444/2014.-

En “Ramos” para determinar el importe de la reparación a favor del trabajador, *el máximo Tribunal afirmó que las partes no tuvieron la intención de someter el vínculo a un régimen de derecho privado; afirmación que se basó en el modo en que se desarrolló la relación, el tipo de tareas y las figuras contractuales utilizadas. Por ello, ‘a falta de previsiones legislativas específicas’, acudió a la aplicación analógica del art. 11 de la ley 25.164, pues entendió que resultaba una medida equitativa para reparar los perjuicios demostrados por el actor en el caso*⁶⁴.

La solución es nítida, la misma LCT pone una barrera para encuadrar a los trabajadores de la administración pública sin acto expreso. Además, aplicando el principio laboral de primacía de la realidad, otorgando prioridad a los hechos, es decir, a lo que sucedió en la realidad por sobre las formas o apariencias⁶⁵, se deriva que el vínculo laboral y desempeño de los trabajadores estatales se desarrolla en el ámbito público, bajo sus propios regímenes y normas legales.

Por lo que la solución en estos casos debe buscarse y encontrarse en las normas de derecho público y administrativo para situación en particular, y en el caso de la reparación y/o indemnización de los empleados públicos, debe establecerse bajo los criterios de las normas jurídicas que enmarcaron el vínculo laboral con la administración estatal.

La CSJN acudió a la aplicación de la “Ley marco de regulación de empleo público nacional” (ley 25.164) por lo que en función de la aplicación analógica de dicho criterio, en consonancia con el régimen de autonomía, debe recurrirse a la aplicación de las normas locales que regulan el empleo público para mensurar los montos indemnizatorios.

64. FERA, Mario S., *El derecho del Trabajo en los fallos actuales de la Corte Suprema*, Ed. La Ley, edición 2013 C.A.B.A., 2013, pag. 321.

65. GRISOLIA, Julio Armando, *Manual de Derecho Laboral*, Ed. Abeledo Perrot, edición 2019 C.A.B.A., 2019, pag. 82.

4.2. Referencia indemnizatoria para los casos de empleados de la municipalidad de curuzú cuatíá

El juzgado de primera instancia con competencia administrativa de Curuzú Cuatíá, al momento de sentenciar en los casos en los cuales la Municipalidad de Curuzú Cuatíá se encontró involucrada como parte procesal demandada, utiliza idéntico criterio que el sostenido en “Ramos” para establecer la reparación de los agentes municipales desvinculados.

En la Municipalidad de Curuzú Cuatíá contamos con la Ordenanza Municipal N° 610/89 que establece el “REGIMEN PARA EL PERSONAL DE LA MUNICIPALIDAD DE CURUZU CUATIA”, el cual contiene un sistema o régimen indemnizatorio para los casos de empleados de planta permanente en situación de disponibilidad⁶⁶. Como ya se indicara, este régimen sólo es aplicable a los agentes de planta permanente, en consecuencia aquellos que lucen la estabilidad propia del empleado público.

El mentado régimen indemnizatorio se encuentra plasmado en el artículo N° 30 de la Ordenanza Municipal N° 610/89:

Artículo N° 30. Ordenanza Municipal N° 610/89.- Las indemnizaciones a que se refieren los artículos 27° y 28°, se calcularán sobre el total de las remuneraciones y asignaciones de carácter regular y permanente correspondiente al último mes; y serán conforme a las siguientes condiciones y escalas acumulativas:

66. Ordenanza Municipal N° 610/89, Artículo N°24. El Personal que goce de estabilidad podrá ser puesto en situación de disponibilidad. No afectará su foja de servicio. El goce de sus derechos ni la percepción de haberes y será de carácter transitorio por los plazos establecidos en la presente Ordenanza. Artículo N° 25. Ordenanza Municipal N° 610/89. La disponibilidad es la situación del agente cuyo cargo ha sido eliminado como consecuencia de la reestructuración de la repartición o de la supresión de las funciones o tareas propias del cargo del agente.

a. *Un mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de 3 (tres) meses cuando la antigüedad no supere los 5 (cinco) años de servicio.*

b. *Un incremento sobre el importe que resultare de la aplicación del inciso anterior, que se calculará según la siguiente escala:*

Del 25% (veinte por ciento), cuando la antigüedad fuere de 5 (cinco) a 10 (diez) años.

Del 20% (veinte por ciento), cuando la antigüedad fuere mayor de 10 (diez) años y hasta 15 (quince) años.

Del 15% (quince por ciento), cuando la antigüedad fuere mayor de 15 (quince) años y hasta 20 (veinte) años.

Del 10% (diez por ciento), cuando la antigüedad fuere mayor de 20 (veinte) años. (Modificado por Ord. N° 674).

Del artículo transcrito “*ut supra*” el Juzgado Civil y Comercial N° 1 con competencia administrativa de Curuzú Cuatía estableció en reiteradas oportunidades que *“a fin de establecer el importe, y a falta de previsiones legislativas específicas, debe acudirse a una solución que, por analogía, repare debidamente los perjuicios sufridos por el actor en este caso, tal como lo efectivizó el máximo tribunal en “Ramos”. De ahí que entiendo se debe aplicar la indemnización prevista en el art. 30 de la ordenanza 610/89, pues resulta una medida equitativa para reparar los perjuicios demostrados por la actora en este caso”*⁶⁷. Sostuvo dicha solución en los autos “RODRIGUEZ, ERNESTO MARIO C/ MUNICIPALIDAD CURUZU CUATIA S/ ACCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA” Expte. N° 13785/20⁶⁸ y “ESTIGARRIBIA,

437 /

67. Juz. 1a Inst. en lo Civil y Comercial con competencia administrativa de Curuzú Cuatía, Ctes., “BRITES, PABLO JOSE C/ MUNICIPALIDAD DE CURUZU CUATIA S/ ACCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA” Expte. N° 13796/20, sentencia del 10/02/2023.

68. Juz. 1a Inst. en lo Civil y Comercial con competencia administrativa de Curuzú Cuatía, Ctes., “RODRIGUEZ, ERNESTO MARIO C/ MUNICIPALIDAD CURUZU CUATIA S/ ACCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA” Expte. N° 13785/20, sentencia del 13/03/2023.

NATALIA CAROLINA C/ MUNICIPALIDAD DE CURUZU CUATIA Y/O QUIEN RESULTE RESPONSABLE S/ ACCION CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA”

Expte. N° 12128/19⁶⁹, entre otros.

Se puede observar que la judicatura ha utilizado el criterio establecido en “Ramos” para cuantificar en forma analógica la indemnización o reparación del agente municipal, lo que entiendo razonable, proporcionado y equitativo. Lo creo así porque las remuneraciones de los empleados municipales “contratados” y “jornalizados” se rigen por el básico salarial establecido en el régimen de clases y categorías propias del escalafón municipal.

El sistema de “clases” establecido en la Ordenanza Municipal N° 610/89, es la forma de asignar a los agentes municipales un “status” remunerativo y salarial dentro de la planta de empleados de la administración pública local.

Artículo N° 219. Ordenanza Municipal N° 610/89.- Las clases son los sucesivos grados correlativamente enumerados de uno (1) a veinticuatro

(24). Cada clase establece el nivel resultante de la suma de factores determinados para la evaluación de las tareas. Y permite a los efectos remunerativos, el agrupamiento de las tareas semejantes.

Ahora bien, las “categorías” son las divisiones establecidas por la norma que agrupan al personal municipal conforme las tareas, actividades, nivel de estudios alcanzados y/o funciones que se nuclean en la Municipalidad de Curuzú Cuatía.-

Artículo N° 219. Ordenanza Municipal N° 610/89.- Las categorías son las divisiones primarias en que se agrupa el personal permanente comprendido en este Escalafón. Cada categoría estará constituida por

69. Juz. 1a Inst. en lo Civil y Comercial con competencia administrativa de Curuzú Cuatía, Ctes., “ESTIGARRIBIA, NATALIA CAROLINA C/ MUNICIPALIDAD DE CURUZU CUATIA Y/O QUIEN RESULTE RESPONSABLE S/ ACCION CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA” Expte. N°12128/19, sentencia del 17/09/2020.

el conjunto de agentes que realizan actividades afines o correlativas en cuanto a

Clases	Profesional		Técnico		Administrativo		Mantenimiento y Producción	Servicio y Maestranza	
	5 años	3 años	Calificado	Semicalificado	Calificado	Semicalificado		Calificado	Semicalificado
24	6/9 a 10	11/9 a 10							
23	3/7 a 8	9/8 a 9			2/8 a 10				
22	I - C	7/8 a 9	12/8 a 10		18/8 a 10		24/8 a 10		
21		5/7 a 8	10/8 a 10		16/7 a 9		22/8 a 10		
20		3/2 a 8	8/7 a 9		14/7 a 9	2/8 a 10	20/8 a 10		
19		I - C	6/7	12/8 a 10	12/7 a 9	18/8 a 10	18/7 a 9		
18			4/6	10/8 a 10	10/6 a 8	16/7 a 9	16/7 a 9		
17			2/6	8/7 a 9	8/6 a 8	14/7 a 9	14/7 a 9		
16			I - C	6/7 a 9	6/6 a 8	12/7 a 9	12/7 a 9		
15				4/6 a 8	4/6 a 8	10/6 a 8	10/7 a 9	20/08 a 10	
14				2/6 a 8	2/6 a 8	8/6 a 8	8/6 a 8	18/8 a 10	
13				I - C	I - C	6/6 a 8	6/6 a 8	16/7 a 9	
12						4/6 a 8	4/6 a 8	14/7 a 9	
11						2/6 a 8	2/6 a 8	12/a	
10						I - C	I		
09									
08									
07									
06									
05									
04									
03									
02									
01									

En el caso de los contratados municipales, el art. N° 8 de la Ordenanza Municipal N° 610/89 establece que *“los contratados, en todos los casos, deberán serlo en la clase inicial de la Categoría a la que pertenezcan, según el trabajo a efectuar”*, por ende, le asigna una clase dependiendo de la categoría que va a ocupar, lo que repercute directamente en la remuneración o salario que va a percibir, que será bajo la misma escala que un empleado de planta permanente.

Los jornalizados municipales, en cambio, se rigen por la Resolución del D.E.M. N° 360/92 que en su art. N° 5 dice que *“los haberes del personal jornalizado se abonarán por jornada de trabajo efectivo; computándose como jornada laboral la establecida en el art. N° 54 de la Ordenanza N° 610/89 para el personal de la categoría maestranza y servicio”*, por lo que, la norma que regula al personal jornalizado vuelve a remitir al sistema de categorías y clases.

Sin perjuicio de las diferencias entre contratados y jornalizados, lo evidente es que cada una de las modalidades de trabajos transitorias y eventuales en el ámbito municipal de Curuzú Cuatiá, toman como

referencia remunerativa y salarial el régimen de clases y categorías que establece la Ordenanza Municipal N° 610/89.

Es especialmente por ello que considero acertado y razonable el criterio de buscar la solución resarcitoria en el instrumento que constituye el marco legal de todas las modalidades de empleo público local, ya sean, permanente o no permanentes, es decir, la Ordenanza Municipal N° 610/89, aplicando la doctrina indemnizatoria por analogía sentada en “Ramos” y en función de la especialidad del derecho administrativo que contempla una relación en el ámbito laboral con connotaciones diversas a las que rigen en la actividad privada.

Capítulo quinto: consideraciones sobre la antigüedad de los agentes municipales

Un tema que merece especial tratamiento es el de la antigüedad de los agentes del sector público municipal. Dado que, en el ámbito de la Municipalidad de Curuzú Cuatiá, todavía existen empleados activos que han sido beneficiarios del denominado PROMUNI (Ordenanza Municipal N° 1785/00) desarrollado en el título “2.4 EL PROGRAMA MUNICIPAL DE EMERGENCIA LABORAL (PROMUNI)”, para luego ser vinculados como agentes municipales mediante alguna de las modalidades de contratación municipal transitoria o planta permanente.

441 /

Ello repercute en la expectativa real de muchos agentes públicos debido a que su antigüedad en el servicio puede verse alterada o afectada a los efectos previsionales, adicionales remunerativos y/o por reclamos judiciales, etc.

Por ello, veremos qué establece la norma local de empleo público (Ordenanza Municipal N° 610/89) y la interpretación jurisprudencial, para determinar el alcance de cada uno a los efectos de la antigüedad.

5.1. Análisis de la antigüedad laboral en el ámbito municipal.

Puede decirse que la antigüedad en el servicio, en términos concretos, es la cantidad exacta de tiempo que se computa en términos de días, meses y años desde que se inició la relación laboral⁷⁰.

Como señala Grisolia, para efectuar el cálculo de la antigüedad el punto de partida debe establecerse desde la fecha de iniciación de la relación laboral, hasta la fecha efectiva de notificación fehaciente del despido, es decir, desde que ha sido recibida por el destinatario⁷¹.

Nuestro “Estatuto del Empleado Municipal” (Ordenanza Municipal N° 610/89) se encarga de tratar la ANTIGÜEDAD de los agentes municipales en el Título I, Capítulo XII.

El art. N° 71 de la Ordenanza Municipal N° 610/89 prescribe que para determinar la antigüedad municipal se tomarán no sólo los servicios prestados en la administración comunal, sino también los provenientes de actividades en la Administración Nacional, Provincial, como así también en las Empresas del Estado Nacional, Provincial y Municipal⁷².

Por “servicios” se entiende que hace especial referencia a servicios remunerados en dependencias de la Municipalidad de Curuzú Cuatía⁷³ o los provenientes en otras administraciones públicas o empresas del Estado.

70. RAINOLTER, Milton A. - GARCÍA VIOR, Andrea E. - ALIMENTI, Jorgelina F, Capítulo: Parte II - El contrato de trabajo, Título de la Obra: Curso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Director: Goldín, Adrián, ISBN: 978-987-03-1491-2.

71. GRISOLIA, Julio Armando, Manual de Derecho Laboral, Ed. Abeledo Perrot, edición 2019 C.A.B.A., 2019, pag. 676.

72. Ordenanza Municipal N° 610/89, Artículo N° 71. Para la determinación de la antigüedad del personal de la Administración Municipal, se computarán no sólo los servicios prestados en ella, sino también los que provinieren de actividades en la Administración Nacional, Provincial, como así también en las Empresas del Estado Nacional, Provincial y Municipal. (Modificado por Ord. 1054/93).

73. Ordenanza Municipal N° 610/89, Artículo N° 4. La presente Ordenanza comprende a las personas que en virtud de acto administrativo, emana de autoridad competente prestan servicios remunerados en dependencias de la Municipalidad de Curuzú Cuatía.

Entonces, queda claro que lo que debe tenerse en cuenta para la determinación de la antigüedad laboral en la Municipalidad de Curuzú Cuatiá es el tiempo efectivo de los servicios remunerados en dependencias de la Municipalidad de Curuzú Cuatiá o los provenientes en otras administraciones públicas o empresas del Estado.- La puesta a disposición del empleador de la fuerza laboral del trabajador y el cumplimiento específico y regular de las prestaciones resultan ser los parámetros decisivos para la conceptualización de los servicios remunerados.

5.2. Antigüedad de la modalidades transitorias o no permanentes en la municipalidad de Curuzú Cuatiá

La situación del personal de planta permanente no deja lugar a dudas, ya que su modalidad es privilegiada ante las demás catalogadas de contratación temporal o no permanente, por el hecho de contar con la estabilidad propia del empleado público.

443 /

Pero, en el ámbito municipal de Curuzú Cuatiá, como antes detallé, existen otras modalidades de contratación no permanentes o transitorias, es el caso de los denominados “contratados” y “jornalizados”, que fácticamente prestan servicios remunerados en la municipalidad de Curuzú Cuatiá.

El art. N° 76 de la Ordenanza Municipal N° 610/89 se encarga de esa particular situación, estableciendo lo siguiente:

“Al Personal no Permanente que sea designado como Personal Permanente le será computado el tiempo de prestación de servicios a los fines establecidos en el Art.71° de la presente Ordenanza.”

Lo que se interpreta, en un análisis estrictamente legal es que sólo se reconoce la antigüedad del personal no permanente si luego adquiere la calidad de personal permanente, en consecuencia, existe una unión del tiempo de los servicios prestados en ambas modalidades.

Pero creo que, a la luz de la doctrina de la CSJN sostenida en “Ramos”, si la administración pública encubrió una designación

permanente en evidente fraude a la ley, bajo el ropaje de una modalidad transitoria, debe darse un tratamiento diferente del establecido en el art. N° 76 de la Ordenanza Municipal N° 610/89, ya que la antigüedad desde el comienzo de la relación operaría como factor determinante para establecer la reparación judicial. No obstante, debe entenderse que la doctrina de “Ramos” debe aplicarse sólo cuando exista una “desviación de poder” o apartamiento de requisitos o límites legales que establece la normativa de cada modalidad no permanente, no para los casos en los cuales la Municipalidad contrata bajo las normas vigentes de contratación transitoria y actúa en leal apego a los requerimientos y límites que imponen las mismas.

Para lo cual, para evitar estas situaciones interpretativas de difícil aplicación, creo conveniente, a través de la técnica legislativa, otorgar una discrecionalidad aún más reglada, estableciendo límites temporales y prohibiciones de renovación expresas, concretos y razonables, situación que analizaré más adelante.

\ 444

5.3. Situación de los beneficiarios del “PROMUNI”

Dije anteriormente que hay una cierta cantidad de trabajadores municipales que fueron beneficiarios del PROGRAMA LABORAL DE EMERGENCIA LABORAL “Ordenanza Municipal N° 1785/00” (actualmente derogada), que a la fecha se encuentran prestando servicios en el ámbito de la Municipalidad de Curuzú Cuatiá bajo otras modalidades de empleo (es decir que se verifica una conversión de la relación primigenia).

La jurisprudencia de nuestro más alto tribunal provincial es determinante en considerar que los beneficios o planes sociales y asistenciales no se consideran empleo público, así lo ha sostenido en reiteradas oportunidades analizando, particularmente, la Ordenanza Municipal N° 1785/00.

En dicho sentido el STJ de Ctes. ha dicho que *“asiste razón a la municipalidad demandada al negar la existencia de la relación laboral*

pues, la realización de tareas como contraprestación dentro del marco del PROMUNI no reviste carácter de empleo público, tratándose de una prestación de naturaleza asistencial, propia de la seguridad social, establecida en el caso concreto con el objetivo de brindar ayuda económica a personas desempleadas, previéndose la obligación del beneficiario de cumplir una contraprestación en tareas comunitarias. La jurisprudencia se ha pronunciado reiteradamente en tal sentido, diciendo que, en principio, la situación de las personas que brindan contraprestaciones en el marco de planes y programas sociales diseñados para paliar diversas emergencias no puede considerarse vínculo laboral con los órganos ejecutores del orden nacional, provincial o municipal, sin perjuicio de los seguros que puedan contratarse para la cobertura de eventuales contingencias y que quedan a cargo de diversos órganos conforme el plan de que se trate.”⁷⁴.

Asimismo, con respecto a otros programas de emergencia similares, nuestro máximo tribunal provincial ha establecido que “...asiste razón al municipio al negar la existencia de la relación laboral pues, la realización de tareas como contraprestación dentro del marco del Plan Jefes y Jefas de Hogar Desocupados no reviste carácter de empleo público, tratándose de una prestación de naturaleza asistencial, propia de la seguridad social, establecida por la Nación con el objetivo de brindar ayuda económica a personas en situación de vulnerabilidad social, con carga de familia y desocupadas, previéndose la obligación del beneficiario de cumplir una contraprestación en tareas comunitarias o de capacitación, cuya determinación corresponde a los efectores local del programa. (Decreto PEN N° 565/02 y su reglamentación).”⁷⁵.

445 /

74. STJ de Corrientes, “GALARZA, ROMUALDO C/ MUNICIPALIDAD DE CURUZU CUATIA S/ ACCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA” Expte. N° 10959/18, sentencia del 18/02/2022, Sentencia N° 13, disponible en: www.juscorrientes.gov.ar

75. STJ de Corrientes, “SANCHEZ, FELIX RICARDO C/ MUNICIPALIDAD DE CURUZU CUATIA CORRIENTES S/ ACCION CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA” Expte. N° 15/7, sentencia del 29/09/2020, Sentencia N° 19, disponible en: www.juscorrientes.gov.ar

Visto ello, es importante reiterar, que conforme los criterios jurisprudenciales del Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, el PROGRAMA LABORAL DE EMERGENCIA LABORAL “Ordenanza Municipal N° 1785/00” (actualmente derogada), no reviste carácter de empleo público. Entonces, a los efectos de la antigüedad, el tiempo en que los beneficiarios gozaron del plan asistencial y social no debe considerarse o computarse para la antigüedad como agente municipal, en la medida en que efectivamente se verifique que la persona fue beneficiaria de una ayuda asistencial del Estado en el marco del respectivo plan y siempre tomando en consideración los conceptos ya reseñados y explicitados por la CSJN en lo relativo a la desviación de poder y simulación en fraude a las legítimas expectativas.

Capítulo sexto: el camino a la “digitalización” en el ámbito de contrataciones de empleo público municipal

En el ámbito del empleo público local, más allá de un sinceramiento o modificación estructural del marco normativo, en cuanto a la incorporación y/o modificación de las modalidades de contratación pública de agentes municipales a la luz de los criterios jurisprudenciales que nos iluminan, se debería comenzar con un plan de modernización y/o actualización de los arcaicos sistemas sostenidos en formato papel, lo cual contribuiría en mejorar el tratamiento administrativo y estadístico de la situación de las personas que forman parte de la planta de agentes, tanto estable como temporaria o transitoria (permanente y no permanente). Por ello, creo necesario e imperante la decisión de avanzar con la implementación de las TICs (Tecnologías de la Información y Comunicación) progresivamente, en un principio, en lo que concierne a la digitalización de la información referida a los empleados de la Municipalidad de Curuzú Cuatiá.

447 /

A la hora de hacer un análisis pormenorizado de cada legajo de los agentes municipales, que excede un mero recuento, nos encontramos con diferentes situaciones, como ser, contratos sin firma de alguna de las partes, ausencia de los contratos por diferentes motivos (perdida o extravío), datos incompletos, incertidumbre en la modalidad de contratación y en el peor de los casos, la inexistencia de legajo por cuestiones diversas.

Es aquí donde se plantean un sin número de situaciones disímiles, que complican la labor administrativa, teniendo en cuenta que en la gestión municipal el Departamento Ejecutivo se renueva, *a priori*, cada cuatro años, por lo que llevar un control ordenado y actualizado de los datos fehacientes (datos personales, situación de revista, categoría, clases, escalafón, contratos, resoluciones, sanciones firmes, etc.) es de relevante importancia para la optimización, control y encauzamiento racional de las relaciones laborales.

Ahora bien, las dificultades y problemas que anteriormente se referenciaron, lamentablemente, son una realidad cotidiana, pero no es mi intención cargar con la responsabilidad a los encargados directos de esa tarea, ya que, en todo caso, la misma es compartida con quienes tienen las facultades de dirigir y tomar decisiones. Digo ello, porque en el momento en el cual vivimos, no podemos dejar de observar lo avances tecnológicos (TICs) que la modernidad nos brinda, máxime en el ámbito de la administración pública, donde obliga a los funcionarios o servidores públicos a ejecutar o desempeñarse eficientemente.- El acceso y tratamiento de la información en forma eficaz y tiempo oportuno resulta clave para la eficiente gestión en todos los ámbitos del trabajo contemporáneo, a tal punto que la innovación y perfeccionamiento en tales campos marcan el liderazgo de Estados y empresas.

Pero con esto no estoy refiriéndome a ambiciosos emprendimientos a gran escala, para una Municipalidad como la de Curuzú Cuatiá, tales como Inteligencia Artificial sin cortapisas. Se trata de avanzar en un proceso de simplificación y eficacia (que incluye dejar atrás la *“cultura del papel”* tan ligada a la añeja burocratización paralizante), reformulando el soporte y tratamiento de los legajos personales de los agentes municipales, sin perjuicio que también debería abarcar un plan general que contemple todas las tramitaciones administrativas, pero tal cuestión debe ser gradual, entendiendo las limitaciones de nuestra organización comunal.

Dicho proceso contribuiría, en principio, a un ahorro de recursos y una mayor eficiencia administrativa, lo cual tiene implicancias económicas e incluso ambientales. Asimismo, estaríamos descomprimiendo espacios físicos, que cada vez escasean más, a la vez que se genera un acceso a la información en forma óptima para todas las partes.

Lo que deseo expresar concretamente es que se debe ejecutar con firmeza un proceso de *digitalización y entrecruzamiento de datos* de los legajos personales de los agentes municipales, eliminando los legajos en formato papel (sólo para situaciones excepcionales), crear una base de datos exclusiva y obligatoria para tal cuestión, por lo que el documento principal sea el archivo digital. De esa forma se avanzaría en relación y concordancia con otros ámbitos y organismos como ser el Poder Judicial de la Provincia de Corrientes, donde el proceso se elabora sobre la base de un expediente electrónico⁷⁶, e incluso se solicitan informes digitales a la Municipalidad local lo cual debemos contestar en el mismo formato.

Pero para avanzar en un proyecto de digitalización en lo que res-
pecta a los legajos y/o expedientes de los agentes municipales, requiere, entre otras muchas cosas, capacitación del personal que llevará adelante esa ingente labor, ergo, se debe afectar personal idóneo tanto para los cargos directivos como administrativos, siendo la condición

449 /

76. Acdo. Extraordinario del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes N°08/21 - pto. 1ro - apartados 1), 2). 1°) Disponer la aplicación del nuevo Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Corrientes aprobada -Ley N° 6.556- (publicada en el Boletín Oficial Provincial N° 28.296, de fecha 13 de mayo de 2021).), -en todo el territorio Provinciala partir del 1° de diciembre del año 2021. 2°) Aprobar el "RÉGIMEN DE GESTIÓN ELECTRÓNICA PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA PROVINCIA DE CORRIENTES" que como Anexo I, forma parte del presente Acuerdo y que empezará a regir, a partir del 1° de diciembre de 2021, para todos los Juzgados y Tribunales: Civiles y Comerciales; Concursos, Quiebras y Sociedades; Familia, Niñez y Adolescencia; Laborales, Contenciosos Administrativos, Justicia de Paz, Centros Judiciales de Mediación y otras Áreas del Poder Judicial de la Provincia de Corrientes de las cinco Circunscripciones.

indispensable que nuestra constitución nacional exige para todo empleo⁷⁷, sin lo cual, la digitalización e implementación progresivas de nuevas tecnologías no cumplirá con las expectativas esperadas.-

Es así que todo debe partir de una firme decisión política de incorporación de nuevas tecnologías, para cual no soy el indicado para desarrollar o desmenuzar el tema ya que carezco de los conocimientos técnicos y específicos, pero sí puedo aseverar que su implicancia en materia administrativa conllevará una serie de beneficios para la agilización de los trámites administrativos, otorgará celeridad, economía, sencillez y eficacia como lo establece la Ley Provincial N° 3460 “Procedimiento Administrativo de la Provincia de Corrientes”⁷⁸.-

La propuesta planteada no emerge de un capricho propio ni mucho menos. Constituye un requerimiento que se impone como deber desde nuestra norma provincial en materia de procedimientos administrativos, como antes referenciamos, es decir, que la ley que aplicamos en nuestro municipio por adhesión (cfr. Ordenanza Municipal de Curuzú Cuatiá N° 1923)⁷⁹, incentiva a los funcionarios públicos a propiciar la implementación de nuevas tecnologías que contribuirán al mejor trámite y desarrollo de los procedimientos administrativos.

Es importante recordar que la norma local de empleo público

77. Constitución Nacional, Artículo N° 16. La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.

78. Ley Provincial N° 3.460 Artículo N° 4 inc d). Celeridad, Economía, Sencillez y Eficacia: En sus trámites; (texto agregado por ley 6250) a los efectos de la aplicación práctica del principio de celeridad en los trámites administrativos, las autoridades incentivarán el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, a los efectos de que los procedimientos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas.

79. Ordenanza Municipal de Curuzú Cuatiá N° 1923 Artículo N° 2. La presente resolución es reglamentaria de la Ley Provincial de Procedimientos Administrativos N 3460.- En caso de duda se deberá recurrir a los principios y normas de la mencionada ley y a los principios y normas del derecho público provincial y nacional.

es la Ordenanza Municipal N° 610/89, que regula lo relativo a los agentes de la Municipalidad de Curuzú Cuatía⁸⁰. Por ello, entiendo ineludible que la propuesta de incorporar la digitalización de los legajos personales de los agentes municipales debe tener su génesis con el debido tratamiento y respaldo legislativo, por lo cual, su implementación debe establecerse en el Estatuto de Empleo Público ya citado.

Lógicamente que, como se puede observar, la ordenanza de empleo público municipal tiene ya varios años, habiéndose sancionado en el año 1.989, sin perjuicio de las diferentes modificaciones que ha sufrido, pero en materia de la implementación de digitalización y creación de una base de datos de los legajos personales no se ha “aggiornado” a los tiempos que corren.

Nótese que el artículo N° 58 de la Ordenanza citada en su parte pertinente establece lo siguiente:

“...Todo personal municipal tendrá en su legajo personal una ficha donde se dejará constancia, desde su ingreso hasta su egreso, de todos los aperebimientos, suspensiones, inasistencias, ascensos de categorías, gratificaciones y toda otra modalidad que el D.E. establezca por vía reglamentaria; antecedentes éstos que deberán tenerse en cuenta para su calificación anual...”

451 /

Por lo cual, debemos establecer de forma imperativa y exigir desde la norma comunal pertinente la incorporación de legajos digitales, para evitar que los diferentes órganos ejecutores, que se van sucediendo, puedan evadir esta iniciativa, que brindará transparencia y sinceridad con respecto a los datos de los agentes municipales.

80. Ordenanza Municipal N° 610/89 Artículo N° 1. La presente Ordenanza será el instrumento legal que regulará las relaciones de los agentes comprendidos en la Administración de la Municipalidad de Curuzú Cuatía y del H.C.D., en cuanto fuere aplicable. Agentes Municipales son los funcionarios y empleados municipales. Los primeros son los agentes que tienen la representación y capacidad de dirección del órgano a cuyo frente se encuentran. Los segundos son los agentes que prestan servicios con carácter habitual (permanentes y no permanentes) mediante retribución y jerarquización dirigidos por los funcionarios. Ambos actúan dentro del marco de las normas legales vigentes que regulan la función de la Administración Municipal.

Con respecto al tema central de este trabajo, creo necesaria la incorporación de esta propuesta, ya que en el corto pero intenso tiempo que me he desempeñado en la administración pública, resulta muy difícil, a veces imposible, tener certezas sobre los datos reales y concretos de empleados municipales, por diferentes cuestiones que no van al caso, pero complican al momento de contar con información asertiva y certera del personal municipal, con lo que se torna imposible elaborar estadísticas reales para poder armar estratégicamente propuestas concretas en materia laboral.

Pero crear una base de datos específica, resguardada y respaldada legislativamente, con un seguimiento y control serio, responsable y constante, otorgaría, en principio, seguridad jurídica, tanto a la administración municipal y órganos ejecutores que se sucedan y, especialmente, a los tan abatidos empleados y/o agentes municipales, quienes son los que más padecen tan precaria situación, por ejemplo al momento de iniciar o reclamar sus antecedentes en materia previsional para dar un ejemplo.

Para finalizar, no cuestiono los métodos que se vienen llevando adelante hasta la fecha que en su tiempo cumplieron su función en el marco de sus posibilidades, pero sí creo que establecer una meta o visión superadora y moderna llevará a mejorar el desempeño administrativo beneficiando notablemente a los agentes municipales en forma directa y a la gestión estatal en forma indirecta (lo que también implica a la comunidad en general).

Conclusión

No obstante compartir los criterios adoptados por nuestro Superior Tribunal de Justicia de Corrientes en los fallos mencionados en el presente trabajo, ya que interpreto que en el ámbito local del Municipio de Curuzú Cuatiá no se actúa en “fraude a la ley”, tanto por el principio de presunción de legalidad de la actuación de la adminis-

tración como por el hecho que las normas de empleo público local no establecen prohibiciones de renovación expresa para la mayoría de las modalidades, entiendo y creo necesario reglar en forma más precisa la discrecionalidad otorgada a los órganos ejecutores de la administración, para evitar que la norma jurídica permita situaciones reñidas con el fin transitorio de las modalidades no permanentes.

Balbín realiza una diferenciación estableciendo que es necesario distinguir entre la interpretación jurídica (Ordenanza Municipal N° 610/89 y Resolución del D.E.M. N° 360/92) de las potestades discrecionales (facultad de escoger por el D.E.M. entre varias soluciones válidas). Por lo que, el ejercicio de potestades por parte del Ejecutivo con arbitrio y libertad supone que las normas jurídicas le permiten al órgano que debe ejecutarlas, ante los casos concretos, elegir entre dos o más caminos posibles igualmente válidos⁸¹.

Entiendo que las facultades discrecionales que el ordenamiento jurídico local de empleo público otorga al Departamento Ejecutivo son amplísimas, por cuanto sin ser completamente ilegales le conceden un gran marco de actuación para renovar indefinidamente contratos laborales.

Podemos concluir que los estrictos criterios actuales que nos impone la jurisprudencia de máximo tribunal nacional y por imperio de ellos, el Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, desde la doctrina sostenida en “Ramos” en el año 2010, hasta el reciente fallo del año pasado “Sánchez”, donde particularmente se condena a un Municipio de nuestra Provincia, nos deja un importante desafío, que entiendo debe ser asumido a la brevedad.

Es evidente que la cuestión es muy sensible, pero debemos adoptar una visión que otorgue seguridad jurídica a ambas partes de la relación laboral. Dado el carácter tuitivo del derecho específicamente

453 /

81. BALBÍN, Carlos, Manual de Derecho Administrativo, Ed. La Ley, edición 2020, C.A.B.A., 2020, pag. 203.

laboral, al no existir igualdad entre las partes, debemos establecer criterios aún más protectorios para con el trabajador⁸² municipal.- Ello así en tanto no podemos soslayar que los principios fundantes del derecho laboral enraizan en la concepción de la dignidad ínsita a la naturaleza humana y como tales también resultan operativos en el ámbito del empleo público por mandato emergente de la normativa de derechos humanos de origen convencional internacional y con rango constitucional (art 75 inc. 22 C.N.).

De tal manera, no repudio las figuras contractuales transitorias o no permanentes, ya que son necesarias por las amplias y numerosas necesidades y actividades que debe cumplir el Municipio en aras del interés general. Pero ello no puede desvirtuar el carácter de transitoriedad y/o eventualidad de la contratación para que no exceda de lo razonable y a la postre desemboque en una tergiversación de su fin original.

Evidentemente nos encontramos con un escenario jurisprudencial que nos conmina a reflexionar y rever las modalidades de contratación no permanentes actuales en la Municipalidad de Curuzú Cuatía, imponiendo una barrera o límite ineludible para no desvirtuar el espíritu de transitoriedad y eventualidad erigido por fuertes cimientos sostenidos en el art. 14 Bis de la Constitución Nacional.

Propuesta

Con lo analizado en el presente trabajo, podemos concluir que nuestra “Estatuto del Empleado Municipal” (Ordenanza Municipal N° 610/89) requiere una revisión y reordenamiento, cuanto mínimo en las modalidades de contratación no permanente y en el art.

82. GRISOLIA, Julio Armando, Manual de Derecho Laboral, Ed. Abeledo Perrot, edición 2019 C.A.B.A., 2019, pag. 7.

N° 12 de la misma. Es imposible seguir sosteniendo un sistema que permite interpretar que las contrataciones no permanentes pueden ser renovadas indefinidamente, amparados en que no se cuenta con previsión legal expresa en contrario.

Ya dijimos que la modalidad transitoria o no permanente de empleo público se encuentra reconocida en nuestra Carta Orgánica Municipal⁸³, además de ser insoslayable su necesidad para la correcta administración del sector público.

Como se explicó en el capítulo pertinente del presente trabajo, la modalidad contractual del “Personal Jornalizado” (Resolución del D.E.M. N° 360/92) es una realidad en el ámbito comunal de Curuzú Cuatiá, por lo que creo conveniente y prioritario incluirlos formalmente como modalidad en empleo no permanente en la Ordenanza Municipal N° 610/89. Ello otorgaría seguridad jurídica a los trabajadores jornalizados que, en principio, se verían amparados por el régimen laboral de empleo público municipal al incorporar dicha modalidad al régimen legal marco del empleo público municipal.

Pero, la situación del personal jornalizado creada para tareas o condiciones de carácter transitorias o eventuales⁸⁴ debe contar con un lapso o límite temporal expreso, tomando como referencia los contratos para obras o actividades de carácter transitorio (art. 8 inc. a de la Ordenanza Municipal N° 610/89) que prevé un plazo, y que

455 /

83. Carta Orgánica Municipal de Curuzú Cuatiá, Artículo N° 153. Los deberes y derechos de los agentes municipales, permanentes y no permanentes, se establecerán por Ordenanzas, las que organizarán la carrera administrativa municipal sobre las siguientes bases: Acceso mediante concurso público que contemple la idoneidad, fijando las incompatibilidades, establecimiento de un escalafón, con reglamentación de las estabilidades, de la capacitación, y creando el régimen disciplinario. También se podrá sancionar ordenanzas que establezcan la negociación colectiva entre la Administración pública y los empleados municipales.

84. Resolución del D.E.M. N° 360/92, Artículo N° 9. EL Departamento Ejecutivo Municipal podrá rescindir la relación laboral cuando desaparezcan las condiciones de carácter transitorias y eventuales que motivaron el ingreso del personal jornalizado no generándose por este motivo derechos indemnizatorios a favor del personal.

también es aplicable para cubrir las suplencias, de hasta 12 meses, que podrá renovarse una sola vez, cuando la obra o actividad de que se trate requiera la continuidad del agente. Es decir, con la particularidad propia del régimen del personal jornalizado, establecidas correctamente en la Resolución del D.E.M. N° 360/92, que prescribe como dato diferenciador, entre otras cosas, que al personal se abonará por los días trabajados efectivamente⁸⁵, se los incluirá legislativamente en la Ordenanza N° 610/89, pero con un plazo máximo de contratación de hasta 12 meses, que podrá renovarse una sola vez, cuando la obra o actividad de que se trate requiera la continuidad del agente.

Ahora bien, la situación del personal jornalizado, más allá que mi propuesta encuentre o no respaldo legislativo, puede volver a suscitarse mediante la creación de otra modalidad similar. Digo ello, porque el art. N° 12 de la Ordenanza Municipal N° 610/89⁸⁶ de continuar de la misma forma, otorga una licencia amplia al Departamento Ejecutivo Municipal para crear otras modalidades de empleo público sin que ello implique pertenecer a la planta estable del Municipio.

Si bien no estoy en contra de la facultad conferida al D.E.M., por el motivo de que resulta sumamente útil la creación de figuras laborales para objetivos concretos y específicos que la administración debe cubrir, tal atribución no puede desvirtuar el fin de la figura, que es estrictamente transitoria o eventual. Sin embargo, estoy en desacuerdo con la redacción o técnica legislativa utilizada, creyendo pertinente y acertado limitar o reglar esa vasta facultad otorgado al Departamento Ejecutivo Municipal, tal como se fundamentara más arriba.

85. Artículo N° 9. Resolución del D.E.M. N° 360/92. Para el pago de los haberes del personal jornalizado se tomará como base la clase 08 del Escalafón Municipal, proporcional a los días de trabajo efectivo de acuerdo a lo establecido en el art. 5 de la presente.

86. Artículo N°12 Ordenanza Municipal N° 610/89.- El Departamento Ejecutivo queda facultado para disponer la creación de otras modalidades de relación laboral, la que en ningún caso podrá incluirse en la clasificación de Personal Permanente.

Por ello, el artículo debe permitir al D.E.M. la creación de otras modalidades de relación laboral, la que en ningún caso podrá incluirse en la clasificación de Personal Permanente, pero esa facultad debe ser efectivizada agregando al artículo en cuestión, mediante resolución expresa y utilizando el plazo máximo de los contratos para obras o actividades de carácter transitorio (art. 8 inc. a de la Ordenanza Municipal N° 610/89), plazo también propuesto para el personal jornalizado. En ambos casos, el plazo debe ser general, independientemente que las tareas, obras y/o actividades sean de carácter transitorio o permanente, ya que lo importante aquí es la transitoriedad o eventualidad de la figura o modalidad laboral a crear.

Entonces, cualquier figura de relación laboral que pretenda crear discrecionalmente el Departamento Ejecutivo, contará con el mandato explícito de que, primero deberá emitir el debido acto administrativo (Resolución), pero además, deberá limitarse a la eventualidad de la figura, que no podrá exceder los 24 (veinticuatro) meses, teniendo en cuenta la posibilidad de una sola renovación, sin excepción, para cada trabajador vinculado.

Ahora, creo que el tema más complicado es el inc. b) del artículo N° 8, es decir, los contratados para obras o actividades de carácter permanente, para quienes la norma sólo establece que los contratos se celebrarán también por un máximo de 12 (doce) meses, pero a diferencia de las obras o actividades de carácter transitorio no establece prohibición o límite expreso de renovación.

Encuentro lógica la redacción, porque al tratarse de obras o actividades de carácter permanente (obras, servicios y/o actividades cotidianas y regulares que debe prestar el municipio) el plazo para los mismos debe ser mayor, por la continuidad y obligatoriedad que implica la actividad a desarrollar (no olvidemos que se trata de obras y/o servicios públicos). Pero ello no puede convertirse en un dispositivo de perpetuidad en la transitoriedad de la contratación en beneficio de la Municipalidad.

Por eso creo adecuado, conforme el carácter de permanencia de las actividades y/u obras, que debe contar con un plazo máximo y/o límite legal de renovación de forma expresa, pero este debe ser mayor al de obras y/o actividades de carácter transitorias. Un plazo máximo de 36 (treinta y seis) meses, es decir que los contratos se celebraran por un plazo de 12 (doce) meses pudiendo ser renovados 2 (dos) veces más por el mismo plazo. Para estos casos me parece el indicado, para que los contratado no excedan el mandato de un periodo de 4 (cuatro) años de las autoridades electas para el Departamento Ejecutivo Municipal⁸⁷. - A la vez que dicha limitación evitaría incurrir en las ilegitimidades señaladas por la CSJN en los casos reseñados más arriba.

Las posibilidades de renovación de contratación hacen referencia a la continuidad sucesiva, pero para evitar “fraudes a ley”, haciendo saltar de modalidad en modalidad a los agentes municipales no permanentes para valerse de los diferentes términos o plazos de cada figura, un empleado que ha sido contratado bajo alguna de las figuras habilitadas (jornalizados, contratados para obras o actividades de carácter transitorio y contratados para obras o actividades de carácter permanente) no podrá serlo sucesivamente en alguna de las otras, bajo una prohibición manifiesta en la Ordenanza Municipal N° 610/89, salvo la posibilidad del pase a planta permanente bajo la decisión del órgano executor de la administración municipal.

Asimismo, un agente que ha sido contratado bajo alguna modalidad transitoria y/o eventual (no permanente), que ha agotado los términos legales de renovación de dicha modalidad, no podrá ser contratado posteriormente bajo ninguna figura transitoria, sin que hayan transcurrido 06 (seis) meses corridos desde la finalización de

87. Carta Orgánica Municipal de Curuzú Cuatiá, Artículo N° 59. El Intendente Municipal y el Vice Intendente son elegidos por el Cuerpo Electoral del Municipio, en distrito único, en, forma directa y a simple pluralidad de sufragios. Durarán cuatro (4) años en sus mandatos y podrán ser reelectos por un sólo período consecutivo.

su vínculo no permanente. Ello implantará otro límite a la administración evitando desvirtuar la intención de transitoriedad de la norma, además de otorgar oportunidades laborales a un universo más amplio de personas.

En el caso de los contratados (art. N° 8 de la Ordenanza Municipal N° 610/89) que dispone dos modalidades de contratación (para obras o actividades de carácter transitorio y para obras o actividades de carácter permanente), para evitar “malos entendidos” o interpretaciones disvaliosas, ya que la norma de empleo público local establece que el personal contratado es aquel cuya relación laboral está regida por un Contrato⁸⁸, en ese mismo contrato particular para cada agente y en el legajo respectivo, como imperativo legal, debe plasmarse la obra o actividad específica para la que se celebra el contrato y bajo qué modalidad de contratación se encuadra el mismo, es decir si se realiza: a) para obras o actividades de carácter transitorio o b) para obras o actividades de carácter permanente.

Con ello, eliminaríamos cualquier inconveniente en establecer bajo qué modalidad se contrató o ingreso a la Municipalidad de Curuzú Cuatiá. Tal imposición se debe hacer extensiva al caso del personal jornalizado, debiendo consignarse su calidad y demás datos de relevancia para la contratación.

Ello se podrá efectivizar de una forma más eficaz, precisa y transparente, con la implementación de los legajos y su base de datos digital y accesible a todos, como antes estudiamos.

Todos estos imperativos legales o discrecionalidad estrictamente reglada, son y deben ser obligatorias para los funcionarios públicos, que en caso de vulnerarlas o utilizarlas con fines u objetivos distintos al espíritu de la misma, deberán responder por su transgresión.

88. Ordenanza Municipal N° 610/89, Artículo N° 7. El Personal Contratado es aquel cuya relación laboral está regida por un Contrato y que presta servicios en forma personal y directa. Se contratará solamente para la realización de trabajos específicos o determinados, y cuando las razones de servicios lo exigiera.

Nuestra Carta Orgánica Municipal hace personalmente responsables a los funcionarios por las transgresiones a las ordenanzas municipales en ejercicio de sus funciones⁸⁹, por lo cual debería hacerse operativo, de pleno derecho, esa particular advertencia.

Sin lugar a dudas que este tema traerá nuevos desafíos y cuestiones a debatir, ya que la solución propuesta es meramente una intención de contribuir a la seguridad jurídica de todas las partes. Por ello creo conveniente hacernos eco de los criterios jurisprudenciales que tienen ya varios años de vigencia y poder avanzar en brindar “límites concretos y razonables” para las contrataciones laborales no permanentes del Municipio, por lo que no debemos olvidar que su verdadero carácter es la TRANSITORIEDAD, pues de otra forma se incurre en el riesgo de generar desviación de poder y violación a las legítimas expectativas del agente.

\ 460

89. Carta Orgánica Municipal de Curuzú Cuatiá, Artículo N° 124. El Intendente, el Vice Intendente, los Funcionarios y Empleados Municipales cuando en el ejercicio de sus funciones, incurrieren en transgresiones a las Constituciones de la Nación o de la Provincia, a la Ley, la presente Carta Orgánica y las Ordenanzas Municipales, responderán personalmente por los, daños y perjuicios que causaren.

Bibliografía

AQUINO BRITOS, Armando Rafael, *Elementos de teoría y derechos constitucionales* 2, Ed. ConTexto Libros, Resistencia, 2019.

BALBÍN, Carlos, *Manual de Derecho Administrativo*, Ed. La Ley, C.A.B.A., 2020.

CASARO LODOLI, Guillermo A., *El empleo público en la Provincia de Corrientes*, En Rev. LLLitoral 2012 (mayo), 357, Cita Online: AR/DOC/864/2012.-

CERESA DE CASTIÑEIRA DE DIOS, Ariadna, *Contratados en la Administración Pública. Marco legal aplicable - Régimen indemnizatorio*, En Rev. DJ 03/04/2014, 17, Cita Online: AR/DOC/444/2014.

461 /

CORREA, José Luis, *Estabilidad del empleado público. El personal contratado*, En Rev. LA LEY 15/07/2009, 1, LA LEY 2009-D, 1061, Cita Online: AR/DOC/2416/2009.

CUARTANGO, Gonzalo, *La doctrina de la Corte Suprema respecto de los contratados por la administración pública*, En Rev. Publicado en: DT 2011 (junio), 1353, Cita Online: AR/DOC/1553/2011.

DE LA FUENTE, Horacio H., *La Corte ante el personal contratado*, En Rev. LA LEY 22/07/2010, 1, LA LEY 2010-D, 1087, Cita Online: AR/DOC/4766/2010.

FERA, Mario S., *El derecho del Trabajo en los fallos actuales de la Corte Suprema*, Ed. La Ley, C.A.B.A., 2013.

GRISOLIA, Julio Armando, *Manual de Derecho Laboral*, Ed. Abeledo Perrot, C.A.B.A., 2019.

MARIENHOFF, Miguel S, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III B, Contratos de la Administración Pública. Teorías general y de los contratos en particular. Disponible en http://www.ejuridicosalta.com.ar/files/TRATADO_DE_DERECHO_ADMINISTRATIVO_Tomo_IIIB.pdf

MONZÓN WYNGAARD, Álvaro, *Derecho Público Provincial y Municipal*, Ed. ConTexto Libros, Resistencia, 2018.

MORALES LENCINAS, Carlos W., *El acto administrativo en la Ley N° 3460 de la Provincia de Corrientes*, Ed. MAVE Editora, Corrientes, 2013.

RAINOLTER, Milton A. - GARCÍA VIOR, Andrea E. - ALIMEN-
TI, Jorgelina F, Capítulo: Parte II - *El contrato de trabajo, Título de la Obra: Curso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Director: Goldín, Adrián, ISBN: 978-987- 03-1491-2.

\ 462

REY VÁZQUEZ, Luis E., “*La Existencia de Acto Expreso como requisito plausible en el Empleo Público*”, publicado en De Bianchetti, Alba Ester (Compilación), XVI Jornadas y VI Internacional de Comunicaciones Científicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la UNNE, Moglia Ediciones, Corrientes, 2020. Disponible en https://repositorio.unne.edu.ar/bitstream/handle/123456789/29746/RIU_NNE_FDCSP_AC_Rey_V%C3%A1zquez_LE.pdf?sequence=1&isAllowed=y

RUBIN, Carlos Gustavo, *Indemnización contratados de la Administración Pública: Vicisitudes Jurisprudenciales*, Revista Jurídica “Abogados al día”, Curuzú Cuatía, Ctes., Agosto de 2022.

ZUCCHERINO, Ricardo Miguel, *Teoría y Práctica del Derecho Municipal*, Ed. Depalma, B.A., 1986.

Acceso a la Información Pública y
Participación Ciudadana
“Impacto de la Convencionalidad
en el Derecho Administrativo Local”

| Georgina Vanesa Pereyra Ibarra |

Tabla de acrónimos y referencias

C.N Constitución Nacional

C.Ch Constitución de la Provincia del Chaco

CIDH Comisión Interamericana de Derechos Humanos Corte Interamericana- Corte Interamericana de Derechos Humanos

PSJCR – Convención Americana sobre Derechos Humanos.

RELE – Relatoría Especial para la Libertad de Expresión.

SIDH Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

CSJN Corte Suprema de Justicia de la Nación

STJ- Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chaco.

CCA- Cámara Contencioso Administrativas.

FIA Fiscalía de Investigaciones Administrativas

IP - Información Pública.

C.O.M. - Carta Orgánica Municipal Rcia.

A.A.I.P - Agencia de Acceso de Información Pública

M.A - Medida Autosatisfactiva

O.T.I.A.P - Oficina de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

Introducción

\ 466

Desde la Reforma Constitucional de 1994, se ha otorgado rango constitucional a Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos -Art. 75 Inc. 22 CN-, generando múltiples efectos jurídicos en el derecho interno. Entre los instrumentos internacionales se destacan: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención Americana sobre los Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-, Convención Belén do Pará entre otros.

El presente trabajo, tendrá como objetivo materializar el impacto de los Informes producidos por la CIDH, las Opiniones Consultivas y Fallos de la Corte Interamericana, en la Jurisprudencia y Doctrina de la CSJN, con reseña de fallos de la Cámara Contencioso Administrativa de la Provincia del Chaco.

A los fines de pragmatizar el efecto del Derecho Internacional del SIDH en el derecho administrativo local, desarrollaré la regulación normativa del Acceso a la Información Pública, Transparencia y Participación Ciudadana como herramienta de control social, como nuevo paradigma; en el Estado Constitucional y Convencional, describiré su concepto, alcance, caracteres, legitimaciones, vías de reclamo, responsabilidades administrativas, civiles y penales, Autoridad de Aplicación, y su reconocimiento jurisprudencial.

Con el abordaje de estos derechos, se dimensionará el impacto de la convencionalidad en el derecho interno, en los principios del de-

recho administrativo, en las adecuaciones normativas y en las nuevas estructuras orgánicas de la administración, centralizando el abordaje en los nuevos paradigmas generados por aplicación de los criterios de interpretación y estándares internacionales fijados por la Corte Interamericana.

Para concluir, se identificará de qué manera incide el SIDH en el derecho interno, de qué manera se producen estas transformaciones y adecuaciones normativas y estructurales, se determinará si este impacto, es un procedimiento reglado en el Derecho Argentino? ¿Como las Administraciones Provinciales y Municipales reciben los estándares internacionales? ¿Existe un trabajo coordinado y articulado entre estos Organismos Internacionales y las Administraciones Nacional, Provinciales y Municipales? Existe algún Organismo de carácter Nacional, Provincial o Municipal con competencias específicas para analizar y proponer adecuaciones normativas, estructurales, promoviendo el cumplimiento de los derechos y garantías consagrados los diversos Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos?

467 /

En este sentido, para ubicarnos en contexto la República Argentina, suscribió la Convención Americana de Derechos Humanos el 2 de febrero de 1984 en la Secretaría General de la OEA y el 1 de Marzo del mismo año el Congreso de la Nación sancionó la Ley N° 23.054 por medio de la cual aprueba la Convención, y reconoce la Competencia de la C.I.D.H por tiempo indefinido y de la Corte Interamericana sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de dicha convención, bajo condiciones de reciprocidad.

Posteriormente, en 1994 el PSJCR adquiere jerarquía constitucional en el Art. 75 inc. 22 de la CN, de esta manera los derechos y garantías consagrados adquieren exigibilidad y obligatoriedad de cumplimiento dentro del Régimen Jurídico Argentino, norma que debe articularse con lo establecido por los Arts. 27 y 31 de la CN, de esta manera las opiniones emitidas por los Organismos Internacionales

del SIDH comienzan a influir con mayor incidencia como fuente al derecho interno.

A su vez, en el régimen local de la Provincia del Chaco su Constitución recepciona con mayor extensión los derechos y garantías convencionales y prevé en el Art. 14 de la CCh, que: *“Los derechos, deberes, declaraciones, los acuerdos y tratados mencionados en el Art. 75, inc. 22 enumerados en la Constitución Nacional que esta Constitución incorpora a su texto dándolos por reproducidos, y los que ella misma establece, no serán entendidos como negación de otros no enumerados que atañen a la esencia de la democracia, al sistema republicano de gobierno, a la libertad, la dignidad y la seguridad de la persona humana. Los derechos y garantías establecidos expresamente o implícitamente en esta Constitución, tienen plena operatividad en sede administrativa o jurisdiccional, sin que su ejercicio pueda ser menoscabado por ausencia o insuficiencia de reglamentación”*.

A su turno, siguiendo la prelación definida en el Art. 31 de la CN, la C.O.M de la ciudad de Resistencia, establece en su Art. 11: *Prelación Normativa: “El orden de prelación de las normas que se aplican en el Municipio de Resistencia será el siguiente: La Constitución de la Nación Argentina; los tratados internacionales con jerarquía constitucional; los restantes tratados; las leyes nacionales; la Constitución de la Provincia del Chaco, Las Leyes provinciales y esta Carta Orgánica; y las Ordenanzas que en su consecuencia se dicten”*.

Delo expuesto, se puede inferir que la Convencionalidad es un fenómeno que genera un Impacto en el Derecho Interno, y tal como lo expresa la Dra. Gelli produce una *“transformación sustancial que impacta en el derecho interno de los Estados y genera tensiones en un proceso no consolidado. Por lo pronto, puede afirmarse que las opiniones Consultivas de la Corte Interamericana constituyen una fuente del derecho interno a la que recurren los tribunales y, en especial, la Corte Suprema”*.¹

1. María Angelica Guelli, Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada

De esta manera, la CSJN ha comenzado a citar como fundamento de sus fallos criterios de interpretación sentados en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana para resolver los casos concretos sometidos a su jurisdicción, como ocurrió inicialmente en A. 917 XLVI “Asociación Derechos Civiles En-PAMI -(dto. 1172/03 S/Amparo Ley N° 16.986” del 4 de diciembre del 2012. Cita la Jurisprudencia de la Corte Interamericana el caso “Claude Reyes y otros v. Chile” sentencia del 19 de Septiembre del 2006, Serie C, 151, párr. 77.

Como también lo hace, al citar como fundamento la Resolución No 2252 (XXXVI-O/06) de la Asamblea General de la OEA, en referencia a Informes de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, por medio del cual se insta a los Estados a que respeten el acceso a la información a todas las personas.

Por ello, otro objetivo consiste en identificar de qué manera, el Estado Argentino implementa las recomendaciones, opiniones consultivas, criterios de interpretación y Estándares Internacionales determinados por los Organismos Internacionales creados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, aquí debemos incluir a las Relatorías Especiales en el ámbito de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los fallos de Corte Interamericana.

Una vez efectuada la identificación, se puede realizar una cuantificación del impacto de la Convencionalidad, desde la legislación nacional, provincial y municipal, diseño de políticas públicas, programas y diseño institucional, determinar si existe un trabajo coordinado entre las reparticiones públicas, en definitiva, será un trabajo descriptivo de cómo el derecho internacional ha marcado un camino en las Administraciones Nacionales, Provinciales y municipales, es por ello que se afirma que el principio juridicidad actualmente integra la dimensión de convencionalidad².

4ta. edición Ampliada y Actualizada. Tomo II. Editorial la Ley. pág. 223

2. Pablo Gutierrez Colantuono. Control de Convencionalidad en la Administración Pública, pág. 139

Este efecto, coloca a los funcionarios en una posición activa al momento de confeccionar proyectos de leyes, políticas públicas y administrar justicia, se deben tener presente no solo el derecho positivo local, sino también los criterios de interpretación definidos por el Derecho Internacional, también resulta importante identificar si los remedios jurídicos actuales son idóneas para lograr la efectividad de los derechos y garantías.

Para concluir se tratará de responder a la preguntas de cómo ha influido la Convencionalidad en la Provincia del Chaco, como adecuó sus estructuras orgánicas, hay resistencias en las estructuras a cumplir con la normativa vigente, como se adecuaron a los cambios, desde las administraciones se garantiza la Tutela administrativa Efectiva ante el ejercicio de alguno de los derechos mencionados? Existe un trabajo coordinado y articulados entre las distintas dependencias para lograr la efectividad de los derechos? Existen datos estadísticos que reflejen los casos tramitados por afectaciones? Existe una autoridad administrativa responsable de promover el cumplimiento de las normas?

Sin perjuicio de lo descrito, puedo advertir que a veintinueve años de la reforma Constitucional se produjo una reconfiguración del Estado, desde sus estructuras orgánicas y normativas, en pos de pasar del reconocimiento de los derechos y garantías a la operatividad de los mismos.

Capítulo I

1. Impacto de la Convencionalidad en las Administraciones Públicas

La jerarquización de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos en el Art. 75 Inc. 22 de la CN, produce un impacto en el derecho interno, en los ordenamientos jurídicos y en la propia organización y estructura del Estado.

471 /

El 2 de febrero de 1984 Argentina, suscribió ante la Secretaría General de la OEA, la Convención Americana de Derechos Humanos, denominada PSJCR, la cual fue aprobada por Ley Nacional N° 23.054 el 1 de marzo del mismo año, bajo las siguientes premisas: Art. 2, *“Reconócese la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido, y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta convención,..”*.

De esta manera, Argentina adhiere al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, comprometiéndose a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna (Art. 1° 1. PSJCR)

Asimismo, asumió el deber de adoptar disposiciones legislativas o de otro carácter que fueran necesarias, en el ámbito de su dere-

cho interno y conforme a sus procedimientos constitucionales, a los fines de hacer efectivos los derechos y libertades consagrados (Art. 2 PSJCR).

De este último articulado, surge la obligación de los Estados a garantizar legislativamente o con medidas de otro carácter los derechos y libertades de la convención, así es como Argentina ha trabajado en una progresiva recepción y armonización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Sistema Jurídico Argentino, de esta manera, los principios de interpretación y aplicación de los derechos y garantías convencionales fue permeando y modificando las legislaciones internas, actualmente el derecho internacional de los derechos humanos ha producido una transformación constitucional y el derecho interno de los Estados.³

Determinar la recepción normativa del derecho de acceso a la información y la participación ciudadana en el ordenamiento jurídico local, identificar los institutos jurídicos utilizados en sede administrativa y judicial para hacerlos efectivos y exigir su cumplimiento, como identificar los Organismos Públicos Locales vinculados a su promoción y protección, constituye el objetivo principal del trabajo.

2. Organismos Internacionales

a) Comisión Interamericana de Derechos Humanos - CIDH

La CIDH, es el Organismo Principal y Autónomo de la Organización de los Estados Americanos -OEA, compuesto por siete miembros, encargado de la promoción y protección de los derechos humanos en el

3. Cfr. Albanese, “La Internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional”, en Albanese (coord.), El Control de Convencionalidad.

continente americano, fue creada por la OEA en 1959 y en forma conjunta con la Corte Interamericana instalada en 1979, es una Institución del SIDH.

Su función principal es promover la observancia y la defensa de los derechos humanos en las Américas. De conformidad con el artículo 106 de la Carta de la Organización,

“Habrá una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tendrá, como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia.”

En el marco de estas facultades:

- Recibe, analiza e investiga peticiones individuales
- Observa la situación general de los Derechos Humanos de la Región.

- Elabora y publica Informes especiales sobre cada Estado Miembro.

- Organiza y celebra visitas, conferencias, seminarios con representantes de gobiernos, instituciones académicas, entidades no gubernamentales.

- Solicita a los Estados Miembros la adopción de Medidas Cautelares.

- Solicita Opiniones Consultivas a la Corte Interamericana

- Estimula la conciencia pública respecto de los derechos humanos en las Américas.

Entre otras funciones, publica los datos estadísticos en formato multimedia, de todo lo actuado por cada Estado Miembro por año.

A su vez, cuenta con los siguientes aplicativos:

1. Simore

Es una herramienta informática en línea, que sistematiza las recomendaciones formuladas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a través de sus diferentes mecanismos: acuerdos de

solución amistosa aprobados, informes anuales, informes de fondo publicados, informes de país, informes temáticos y medidas cautelares otorgadas.⁴

Es un mecanismo de rendición de cuentas, transparencia, participación y acceso a la información, que facilita el seguimiento de las recomendaciones, fortalece capacidades para la supervisión de medidas y la promoción del cumplimiento de obligaciones internacionales, e informa sobre los avances y desafíos para la protección de los derechos humanos en los países de la región.

Utilidad:

-Permite buscar y organizar recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos según distintos criterios: por mecanismo, por tema/derecho, por población, por alcance geográfico, por año, por tipo de medida recomendada, y por nivel de cumplimiento.

-Facilita el seguimiento de recomendaciones por parte de los distintos usuarios del sistema interamericano de derechos humanos.

\ 474

2. Observatorio de Impacto

El 22 de septiembre de 2019, CIDH aprobó por Resolución N° 2/2019 la creación de un “Observatorio de Impacto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, con el objeto de mapear y sistematizar los impactos generados por la CIDH en las Américas, como también fomentar las sinergias con otras iniciativas similares, y promover el diálogo y articulaciones con actores estratégicos y comunidades interesadas en la efectividad del SIDH.⁵

El reciente Informe del 2023, denominado “Mecanismos Nacionales de Implementación de Recomendaciones de Derechos Humanos”, en relación a Argentina, se concluyó que:

4. <https://www.oas.org/ext/es/derechos-humanos/simore/>

5. <https://www.oas.org/es/cidh/jsForm/?File=/es/cidh/observatorio/default.asp>

“(...) El Estado aseguró que a la fecha no se ha establecido un procedimiento o mecanismo general para implementar las decisiones de órganos internacionales de derechos humanos. En cambio, indicó que estas suelen ser implementadas a través de procedimientos ad hoc. ...”

“Pese a la inexistencia de un mecanismo formal de implementación, el Ministerio de Relaciones Exteriores canaliza caso a caso la implementación interna de las decisiones de órganos internacionales de derechos humanos, ya sea con la intervención Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos o de otras agencias de la rama ejecutiva, legislativa o judicial involucradas en las violaciones, incluidas autoridades provinciales. En el caso de estas últimas, las autoridades federales son intermediarias y no asumen un rol activo en la implementación de las decisiones”.

Cuando las decisiones conciernen a otro tipo de cuestiones en el ámbito del poder judicial, su implementación suele facilitarse en algunos casos por las agencias públicas que se involucraron en el proceso internacional o en la tramitación doméstica del caso”.

475 /

En general el poder ejecutivo es el responsable de canalizar las decisiones a las autoridades competentes, mientras que la Corte Suprema de Justicia y el Congreso de la Nación han regulado algunas dimensiones de la implementación de decisiones internacional.”⁶

3. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión - RELE

La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión fue creada en octubre de 1997, durante el 97º Período de Sesiones de la CIDH, por decisión unánime de sus miembros. Fue establecida como una Oficina Permanente e Independiente que actúa dentro del marco y con el apoyo de la CIDH. Con ello, buscó estimular la defensa

6. CIDH- Informe 26/3/23 “Mecanismos Nacionales de Implementación de Recomendaciones de Derechos Humanos” Pág. 44-45.

hemisférica del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, considerando su papel fundamental en la consolidación y desarrollo del sistema democrático, así como en la protección, garantía y promoción de los demás derechos humanos. En su 98º Período de Sesiones, celebrado en marzo de 1998, la CIDH definió de manera general las características y funciones de la Relatoría Especial y decidió crear un fondo voluntario para su asistencia económica.

La iniciativa de la CIDH de crear una Relatoría Especial de carácter permanente encontró pleno respaldo en los Estados Miembros de la OEA. En efecto, durante la Segunda Cumbre de las Américas, los Jefes de Estado y de Gobierno reconocieron el papel fundamental que tiene el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Durante la Tercera Cumbre de las Américas, celebrada en Quebec, Canadá, los Jefes de Estado y de Gobierno ratificaron el mandato de la Relatoría Especial, agregando el siguiente punto a su agenda:

\ 476

Apoyarán la labor del [s]istema [interamericano de [d]erechos [h]umanos en materia de libertad de expresión a través del Relator Especial [para la] Libertad de Expresión de la CIDH, y procederán a la difusión de los trabajos de jurisprudencia comparada, y buscarán, asimismo, asegurar que su legislación nacional sobre libertad de expresión esté conforme a las obligaciones jurídicas internacionales.⁷

Desde entonces, tanto la Cumbre de las Américas como la Asamblea General de la OEA han manifestado su respaldo a la labor de la Relatoría Especial y le ha encomendado el seguimiento o análisis de algunos de los derechos que integran la libertad de expresión, así como el monitoreo y promoción del derecho de acceso a la información pública. Durante los últimos años, la Asamblea General de la OEA ha ampliado la agenda de objetivos.

En el Informe Anual del 2008 de RELE, fijó como obligación de los Estados parte de la Convención Americana, la adecuación de los

7. Plan de Acción. Tercera Cumbre de las Américas. 20-22 de abril de 2001. Quebec, Canadá.

ordenamientos jurídicos a los estándares internacionales.

Estableció como requisitos: la remoción de los obstáculos legales o administrativos que dificultan el acceso a la Información; la promoción de mecanismos para implementar este derecho dentro de todas las entidades y autoridades que lo conforman, adoptando y ejecutando normas, procedimientos y entrenamiento a las autoridades en materia de custodia, administración, archivo y suministro de información.

Desde esta Relatoría, se elaboró la “Declaración de Principios de la Libertad de Expresión”⁸ que es utilizada como guía de interpretación e implementación del Art. 13 de la Convención Americana, la cual es referenciada por la Jurisprudencia Argentina.

b) Corte Interamericana de Derechos Humanos

El 22 de mayo de 1979 los Estados Partes en la Convención Americana eligieron, durante el Séptimo Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA, a los juristas que en su capacidad personal, serían los primeros jueces que compondrían la Corte Interamericana. La primera reunión de la Corte se celebró el 29 y 30 de junio de 1979 en la sede de la OEA en Washington, D.C.

477 /

La Asamblea General de la OEA, el 1 de julio de 1978, recomendó aprobar el ofrecimiento formal del Gobierno de Costa Rica para que la sede de la Corte se estableciera en ese país.

Dicho tribunal se compone por 7 jueces, nacionales de los Estados Miembros. Entienden sólo en casos sometidos a su jurisdicción presentados por los Estados o la CIDH, una vez agotados los procedimientos previstos en Art. 48 a 50 de la Convención y siempre que el Estado haya reconocido su competencia.

8. <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosLE.asp>

Ante violaciones a un derecho o libertad protegido por la Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado el goce de su derecho o libertad, disponiendo en su caso la reparación de las consecuencias y el pago de una justa indemnización, también podrá adoptar medidas provisionales.⁹

Cuenta con un sitio web donde sistematiza y publica todos los casos en los que ha tomado intervención, consultado el mismo, se pudo identificar que la 171 resultados sobre casos emitidos por la Corte Interamericana donde el Estado Argentino fue parte¹⁰, los cuales consistieron en:

- 39 Sentencias sobre Casos Contenciosos.
- 1 Resolución sobre Prueba y Audiencias sobre Opinión Consultiva.
- 48 Resoluciones sobre Supervisión de Cumplimiento de Sentencias,
- 3 Opiniones Consultivas: OC 21/14 – OC 20/09 – OC 13/93.
- 4 Solicitudes de Opinión de Opiniones Consultivas, efectuadas por:
 - el Ministro de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto 2023.
- Defensoría General de la Nación Argentina en conjunto con
 - el Ministerio de Dirección General de Derechos Humanos 2011.
- Embajador Argentino en Costa Rica 2008.
- 7 Resolución de Reintegro al fondo de Asistencia Legal de Víctimas.
- 1 Resolución sobre Prueba y Audiencia OC.
- 3 Resoluciones sobre Solicitudes de Medidas Provisionales: Caso Romero Feris vs. Argentina.
- 23 Solicitud de Medidas Provisionales.
- 7 Resoluciones sobre Fondo de Asistencia Legal de Víctimas.

9. Inc. 1. y 2. del Art. 63 PSJCR.

10. https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm

3. Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto- Argentina

Conforme último Informe 2023, elaborado por el Observatorio de Impacto de la CIDH sobre “Mecanismos Nacionales de Implementación de Recomendaciones de Derechos Humanos”¹¹, la República Argentina recepciona las comunicaciones de los Organismos Internacionales a través del Secretario de Relaciones Exteriores del Ministerio de Comercio Exterior.

Dicha Secretaría actúa en representación del Estado ante los Organismos Internacionales y Regionales, como también elabora programas y planes de Acción entre otras funciones.

A los fines del presente trabajo, envíe al correo oficial de dicha Secretaría seree@cancilleria.gob.ar y solicite Información en el marco de la Ley N° 27.275 de Acceso a la Información Pública, Información en relación a las siguientes temas:

479 /

1. Procedimiento utilizado para implementar las decisiones de los Organismos de Derechos Humanos.
2. Cantidad de Casos recibidos, Área responsable del trámite de los casos.
3. Informe General si lo tuviere, que cuente con la información Sistematizada y Organizada en relación al trabajo realizado, ante la recepción de las decisiones de los Organismos Internacionales.
4. Convenios celebrados con gobiernos provinciales, Organismos Nacionales e Internacionales.

A la fecha de la presentación del presente trabajo, no he recibido respuesta y desde el sitio web oficial no puede visualizarse la información requerida.

11. Idem. 6

4. Sujeto de Derecho Internacional

Delimitado los espacios geográficos, jurídicos y las competencias de los Organismos Internacionales del SIDH para garantizar el ejercicio de los derechos y garantías reconocidos por la región, podemos afirmar que estamos ante un nuevo paradigma de un sujeto de derecho internacional, quien puede exigir y demandar jurídicamente el respeto de sus derechos tanto en Sede Nacional como Internacional, ya sea solicitando el cumplimiento a cualquier Estado signatario, obligado a cumplir con las obligaciones internacionales asumidas.

La Dignidad Humana se ha puesto en el centro de las Administraciones, así es como se lo reconoce en el Preámbulo de la PSJCR, *“Que los derechos esenciales del hombre no nacen por ser nacional de determinado estado, sino que tiene su fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifica una protección internacional, de naturaleza convencional, coadyuvante y complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Parte.”*

Sobre este punto, la Corte Interamericana ha dicho en sus primeros pronunciamientos:

“La primera obligación asumida por los Estados partes, en los términos del citado artículo, es respetar los derechos y las libertades reconocidos en la Convención. El Ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al Estado...”¹²

En este contexto, tal como lo expresara la Dra. Gelli, estamos en un proceso sustancial de transformación aún no consolidado, asimismo, muchos juristas, advierten el peligro del alcance de la jurisprudencia de la Corte interamericana en casos relativos a otros estados donde Argentina no es parte, también se ha puesto de manifiesto en el re-

12. Corte IDH, 29/7/1988, “Velásquez Rodríguez vs. Honduras” (Fondo), serie C, n° 4.

ciente trabajo publicado por Global Center of Human Rights titulado el *Balance del Financiamiento de la CIDH y la Corte Interamericana 2009-2021 Opacidades e Influencias en una financiación condicionada*¹³, en el cual se pone de manifiesto cómo las donaciones por parte de Fundaciones y Países que no forman parte de la OEA, condicionan y determinan la agenda de la Región.

Para concluir, la Información reseñada se ha tenido acceso desde los sitios web oficiales de los Organismos Internacionales, sin embargo, a la fecha la República Argentina como Estado Miembro de la OEA, no cuenta con un registro público oficial donde publicite y a su vez puedan los Gobiernos Provinciales y municipales visualizar las Opiniones Consultivas y Resoluciones emitidas por estos Organismos en relación a Argentina.

En consecuencia, cómo podemos dimensionar el impacto en el derecho interno si no cuantificamos?, ni sistematizamos las comunicaciones recibidas de los Organismos Internacionales.

El Estado Argentino, debería asignar estas funciones específicas a algún Organismo Nacional?

481 /

13. <https://globalcenterforhumanrights.org/files/GCHR-Balance-del-financiamiento-de-la-CIDH-y-Corte-IDH.pdf>

Capítulo II

Acceso a la Información Pública

\ 482

Con la finalidad dimensionar el impacto de la Convencionalidad en el Derecho Administrativo local, efectuaré una reseña de la armonización legislativa, en la regulación del Derecho a solicitar IP, con el fin de identificar y dimensionar los cambios normativos y estructurales que el Estado realizó, con el objetivo de garantizar el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales y convencionales desde la jerarquización de los Instrumentos internacionales, tanto en sus órganos ejecutivos, legislativos y jurisdiccional, el trabajo se desarrollará en orden cronológica al reconocimiento normativo.

5. Acceso a la IP. Concepto

El Derecho a Solicitar Información Pública es el derecho y facultad que tiene toda persona física o jurídica a solicitar, requerir, acceder y publicitar Información Pública que se encuentre en Poder del Estado Nacional, Provincial o Municipal.

Este derecho tiene un doble plano. Por un lado, como el derecho de toda persona de conocer los actos realizados por el Estado; y por el otro como correlato del deber de publicitar los actos de gobierno por parte de quienes ejercen el poder.

Este concepto fue ampliándose con el reconocimiento jurisprudencial de Corte Interamericana y CSJN, de esta manera se concibe a la información pública es un bien colectivo de no apropiación individual, es indivisible y pertenece a toda la comunidad. No obstante puede ser ejercido individualmente (CSJN, Urteaga Facundo Raúl c/ Estado Nacional s/amparo ley;) o colectivamente (CSJN, CIPPEC c/ Estado Nacional - Ministerio de Desarrollo”).

A su vez, el Acceso a la IP comprende dos fases:

1. Individual: Libertad para solicitar y acceder a la IP.
2. Social: Libertad para difundir la IP.

6. Reconocimiento Normativo antes de la Reforma Constitucional de 1994:

El derecho a Acceder a Información Pública, surge implícitamente del principio de “publicidad de los actos de gobierno”, como consecuencia del Sistema Republicano de Gobierno -art, 1 CN-, y del derecho de los habitantes a “peticionar ante las autoridades” -Art, 14 CN-.

A su vez el Art. 33 de la CN, dispone que los derechos implícitos tienen igual validez que los consagrados expresamente, siempre que deriven de la forma republicana de gobierno y de la soberanía popular.

De esta manera, el derecho a solicitar, recibir y acceder a la información pública por parte de los habitantes se erige como una nueva forma de control al Estado, que permite a la ciudadanía conocer como el Estado gestiona los recursos públicos, legitima el debate informado, garantiza la libertad de expresión como herramientas de “fortalecimiento de la democracia”.

Por otro lado, el ejercicio de este derecho implica, la obligación y el deber del Estado en brindar la Información pública requerida, como también el debe promover la publicidad y la transparencia de todos los actos de gobierno.

7. Reconocimiento normativo después de la Reforma Constitucional de 1994:

La doctrina jurídica considera que la Reforma Constitucional de 1994 fue sustantiva y no solo por la cantidad y extensión de las normas incorporadas.¹⁴

En este sentido, en el Capítulo II de la CN se incorporan los Nuevos Derechos y Garantías, entre ellos, en el Art. 41 se incorpora el Derecho de todos los habitantes a gozar de un ambiente sano y se impone a las Autoridades el deber de proveer la protección del mismo y a la información y educación ambiental.

Esta consagración, generó en el año 2002, la sanción de la Ley Nacional N° 25.675¹⁵ de Política Ambiental Nacional, que reconoce y especificó legitimaciones activas, al establecer el deber de informar -personas físicas y jurídicas, públicas o privadas-, tal como fuera establecido por la jurisprudencia que reconoció la legitimación a dos vecinos de sendas localidades de la Provincia de Buenos Aires, para reclamar mediante una acción de amparo, el cese del funcionamiento de una planta de incineración de residuos y que la Secretaría de Recursos Naturales y Ambiente Humano efectuará una evaluación del impacto ambiental que produce la actividad de la planta en cuestión. Conf. “*Shroder, Juan y otro c. Estado Nacional -SRNYAH- Amparo*” de la Cám. Nac. de Ap. en lo Cont. Ad. Fed., sala I, 28 de noviembre de 1996, la Ley, 21/10/97.

En consecuencia, cualquier habitante se encuentra legitimado para efectuar reclamos administrativos e interponer acciones judiciales. En idéntico sentido todos los habitantes se encuentran legitimados para participar y emitir opinión en procedimientos administrativos vinculados a la preservación del ambiente, participar de Audiencias Públicas -art. 20-.

14. Sagues, La Constitución Argentina creció, cualitativamente, cerca del 70 %. Sagues, Nestor Pedro, pág. 23.

15. Ley 25.675 (B.O. 25 de noviembre de 2002).

De esta manera la Ley Nacional reglamenta el derecho a solicitar información pública en materia ambiental.

Seguidamente, en el Art. 42 se reconoce el derecho a los consumidores y usuarios:

En el primer párrafo, se prevé que los consumidores y usuarios tienen derecho, en relación al consumo, a una información adecuada y veraz.

A su turno, el art. 75 inc. 22 de la CN, otorgó jerarquía Constitucional a diversos Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, como ser:

Art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁶

“Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitaciones de fronteras por cualquier medio de expresión”.

Inc. 1 Art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁷ *Libertad de pensamiento y de expresión*

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

Inc. 2 Art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁸

485 /

16. Aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

17. Pacto San José de Costa Rica, suscripta el 22/11/69, Aprobada por Ley Nacional N° 23054, Sancionada: 1984/03/01. Argentina firmó el 2 de febrero de 1984 en la Secretaría General de la OEA.

18. Adoptado por Resolución N° 2200 (XXI) de la Asamblea General de Naciones Unidas, el 19/12/1966. Aprobado por Ley N° 23.313 Sancionada el 17/4/1986.

“Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de las fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

Al otorgar rango constitucional a diversos instrumentos internacionales de Derechos Humanos en el Art. 75 inc. 22, el derecho a solicitar información pública, adquirió mayor protección y reconocimiento, en el Art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En la Provincia del Chaco, la Constitución Provincial establece en su Art. 14 que los derechos, deberes, declaraciones y garantías, los acuerdos y tratados mencionados en el Art. 75 inc. 22 de la CN los incorpora a su texto dándolos por

reproducidos, y los que ella misma establece, no serán entendidos como negación de otros no enumerados que atañen a la esencia de la democracia, al sistema republicano de gobierno. Concluyendo que:

“Los derechos y garantías establecidos, expresa o implícitamente en esta Constitución, tienen plena operatividad en sede administrativa o jurisdiccional, sin que su ejercicio pueda ser menoscabado por ausencia o insuficiencia de reglamentación”.

Seguidamente, en el Art. 18 de la CCh consagra la libertad de pensamiento y de acceso a las fuentes de información y establece que;

“Serán objetivamente responsables los que ordenaren, consintieron o ejecutaren actos violatorios de estas garantías”.

A su vez, en el Art. 11 de la CCh establece:

“Es condición esencial para el desempeño de los cargos públicos la observancia de la ética. Atenta contra el sistema democrático quien haya cometido delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento patrimonial, y queda inhabilitado a perpetuidad para ocupar cargo o empleo público, sin perjuicio de las penas que la ley establezca. La legislatura dictará una ley de ética pública para el ejercicio de sus funciones”.

El 4 de agosto del 2004, en cumplimiento de la manda constitucional, se sanciona la Ley 1341-A de “Ética y Transparencia en la Función Pública”, la cual establece en su Art. 1 las normas y pautas que rigen el desempeño de la función pública, que debe cumplir todo agente o funcionario pública, describiendo una serie de pautas, principios y deberes, como ser, entre ellos:

Inc. a) “Cumplir y hacer cumplir estrictamente las normas de las Constituciones Nacional, Provincial 1957-1994, las leyes y los reglamentos que en su consecuencia se dicten, respetando el principio de supremacía establecido por la Constitución Nacional y la defensa del Sistema Republicano y Democrático de Gobierno.”

Inc. h) Garantizar el acceso a la información sin restricciones, a menos que alguna norma así lo exija, y promover la publicidad de sus actos.

8. Ley Provincial N° 1774-B Acceso a la Información Pública

487 /

La Provincia del Chaco reglamentó en el 28 de octubre del año 2009 mediante la Ley N° 1774-B el derecho a solicitar, acceder y recibir Información Pública, en su articulado, repcionó los Estándares Internacionales delimitados por la Corte IDH, al adoptar legitimación activa toda al habilitar a toda persona física o jurídica y pasiva amplia -le es aplicable a todo el Sector Público Provincial y los Municipios de la Provincia -Art. 1-, adopción del principio de publicidad de los actos -criterio de Máxima Divulgación -Art. 2- y restricción legal excepcional

-Art. 9-, principio de Informalismo al determinar que no es necesario acreditar un derecho subjetivo ni interés legítimo a los fines de solicitar información -Art. 5-, como asimismo estableció que vencido el plazo para el otorgamiento de la información pública sin que exista respuesta o la misma haya sido ambigua o incompleta, habilita la vía judicial inmediatamente -Art. 6-, sin necesidad de agotar la

instancia administrativa, como también siguió la recomendación de asignar a un Organismo Independiente las facultades de Autoridad de Aplicación, con competencia para determinar la aplicación de sanciones ante incumplimientos infundados o arbitrarios -Art. 8 y 12-.

Como dato distintivo, la normativa provincial, prevé en su Art. 6 que si en el plazo de 15 días no se entrega la información, o la respuesta es ambigua o parcial, sin causas justificadas, queda habilitada la vía judicial.

Entendiendo que el remedio idóneo para lograr la efectividad del derecho es la Vía de Amparo, de esta manera se destaca como relevante en el Derecho Administrativo que, *no es necesario el agotamiento de la vía administrativa para exigir la tutela jurisdiccional del derecho afectado, por tratarse de un derecho de protección constitucional y convencional.*

a) Autoridad de Aplicación -FIA

En el Art. 12 asigna a la Fiscalía de Investigaciones Administrativas la función de Autoridad de Aplicación.

Este organismo, creado por Ley N° 616-A en el año 1989, con carácter Autónomo y permanente, con funcionamiento ininterrumpido desde su creación, se encuentra a cargo de un Fiscal General, quien es la Autoridad Superior, se desempeña con independencia funcional y jerárquica, con facultades para determinar sanciones a aplicar a los funcionarios y agentes públicos que infrinjan el cumplimiento de la Ley -Art. 8-

Ahora bien, la Carta Orgánica del Municipio de Resistencia en su Art. 14 prevé los siguientes Derechos:

“En el ámbito de competencia del Municipio de la ciudad de Resistencia, los vecinos gozan de los siguientes derechos:

1... 9. a Informarse y ser informados por los órganos de la administración central y los organismos descentralizados sobre la estructura y modalidad de su funcionamiento, las acciones que

ejecute o se proponga ejecutar, y toda otra información que obre en su poder.

Dicha Información se proporcionará en tiempo oportuno, con fines preventivos, educativos y de difusión, en forma clara, completa y con el aval técnico de los cuerpos orgánicos del Municipio, según corresponda”.

De la reseña normativa efectuada, se desprenden incorporación en el derecho administrativo local los siguientes Estándares Internacionales delimitados por la Corte IDH, como ser:

1. Recepción normativa por parte de la Provincia del Chaco y del Municipio de Resistencia del Acceso a la Información Pública.
2. Amplia Legitimación Activa y Pasiva -Art. 1 Ley N° 1774-B;
3. Principio de Publicidad -Art. 2 Ley N° 1774-B;
4. Restricción legal excepcional -Art. 9 Ley N° 1774-B -.
5. Principio de Informalidad: Solicitud informal, simple petición de Información, sin necesidad de acreditar interés legítimo ni derecho subjetivo -Art. 5 Ley N° 1774-B-
6. Responsabilidad objetiva ante infracción -Art. 18 CCh y Art. 4 in fine y Art. 8 Ley N° 1774-B-
7. Participación Ciudadana en los proyectos de gestión -Art. 38 de CCh y Art. 14 de Carta Orgánica Municipal-
8. No es necesario agotar la vía administrativa, para exigir judicialmente la satisfacción del derecho -Art. 6 Ley N° 1774-B-.
9. Gratuidad -Art- 11 Ley N° 1774-B.
10. Autoridad de Aplicación Independiente y Autónoma -Art. 12 Ley N° 1774-B-

489 /

9. Ley Provincial N° 2486-A - crea la O.T.A.I.P - Poder Ejecutivo

A los fines de promover el cumplimiento de lo establecido en el Art-2 ss. y cc de la Ley N° 1774-B, el 31 de agosto de 2016 se sanciona la Ley N° 2486-A, que crea la O.T.A.I.P. en el ámbito del Poder Ejecutivo, que tendrá por objeto garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información pública, promoviendo la participación ciudadana y la transparencia de la gestión de los órganos del Estado. Establece como Autoridad de Aplicación a la Secretaría General de Gobierno y Coordinación.

Por Decreto Reglamentario N° 880/17, se establece que la máxima Autoridad de las jurisdicciones obligadas, designará por Instrumento de mayor jerarquía de su repartición a un agente de planta permanente de su área, quien tramitará las solicitudes de información dentro de su jurisdicción y actuará como enlace ante la OTAIP.

\ 490

a. Resolución N° 1547/18 de Secretaría General de Gobernación y Coordinación

Define a la OTAIF en la Dirección de Gobierno Abierto de la Subsecretaría de Modernización del Estado, quien será la responsable de garantizar el cumplimiento de la Ley N° 1774-B, 2486-A y articulará con los enlaces designados la gestión, trámite, respuesta y control de las solicitudes de información.

b. Decreto N° 3258/19 crea el Sitio Web de Gobierno Abierto

El objetivo de la norma, consiste en permitir la apertura integral de los Datos Públicos, disponibilizándolos, garantizando la rendición de cuentas, el acceso a la información y participación ciudadana.

Establece como Gobierno Abierto, al conjunto de mecanismos y estrategias que contribuyan a la gobernanza pública y al buen gobierno,

basados en los pilares de transparencia, integridad, rendición de cuentas y participación de las partes interesadas en apoyo de la democracia y el crecimiento inclusivo.

Dispone la apertura de los datos, fomentando la participación ciudadana y la colaboración entre las distintas áreas y entidades público-privadas, utilizando las herramientas tecnológicas disponibles en el Sitio Web de Gobierno Abierto -Art. 4-. Seguidamente establece la obligatoriedad de su implementación a todos los organismos del Poder Ejecutivo, de proveer la IP en formato de Datos Abiertos, en especial los resultados de gestión, que brinde a la ciudadanía la posibilidad de ejercer control de como se utilizan los recursos públicos -Art. 5-

c. Portal de Datos Abiertos -Decreto N° 1047/23

Crea el Portal en el ámbito del Poder Ejecutivo, para garantizar el acceso por parte de los ciudadanos y de los agentes públicos a los datos públicos generados y/o administrados por el Sector Público Provincial.

491 /

Se establece un plazo de 180 días para elaborar y presentar un “Plan de Apertura de Datos”, que detalle la IP bajo su control, así como un cronograma de publicación. Esto debe ser consensuado con la Autoridad de Aplicación.

Se faculta a la Autoridad de Aplicación a definir procedimientos, capacitaciones, habilitaciones de usuarios, a convocar a mesas de trabajo.

De la referencia normativa, se puede observar la Institucionalización del Acceso a la IP con el objetivo de promover la transparencia, rendición de cuentas y la participación ciudadana como herramienta de control.

10. Rediseño de las Administraciones Públicas

De la normativa reseñada ut supra, se puede advertir una redefinición de las Administraciones Públicas, que a los fines de hacer efectivo el ejercicio del derecho a acceder a la IP y poder realizar una participación ciudadana informada, con el desafío de incorporar las tecnologías de la información y comunicación en su gestión, habilitó espacios de acceso e información, adaptado a las nuevas formas de participación.

En esta redefinición de las Administración, se debe decidir a qué área se le asignará las funciones y le otorgará las competencias para el cumplimiento de los objetivos, quien deberá diseñar un plan de implementación para llevar adelante las acciones, debiendo adecuar sus estructuras internas, designación de personal idóneo, promover la profesionalización y capacitación de los agentes públicos.

En este contexto la Provincia del Chaco, a los fines de dar cumplimiento al derecho de solicitar información pública, dictó la legislación citada y asignó competencias a los siguientes organismos:

	FIA	OTAIP- GOBIERNO ABIERTO
Autoridad de Aplicación	Ley N° 1774-B	L. 2684-A - Sub.Modernización
Alcance	- Sector Pco. Prov. - Municipios	Poder Ejecutivo Prov.
Facultades- Competencias	-Evacuar consultas - Instar cumplimiento. -Determinar Sanciones	Sistematizar,clasificar la IP

Es de destacar, que la Provincia del Chaco ha reglamentado el derecho a solicitar información en el año 2009, con muchos años de antelación a la sanción de la Ley Nacional N° 27.275 -2016- designado como Autoridad de Aplicación a un organismo Autónomo e Independiente como la FIA, respondiendo a la sugerencia de la RELE de la CIDH, que afirma:

“Un aspecto fundamental de la debida implementación de los marcos normativos en materia de acceso a la información de los Estados Miembros de la OEA radica en el establecimiento de un órgano administrativo especializado destinado a supervisar y satisfacer el cumplimiento de la legislación y la resolución de controversias que surgen entre el derecho de acceso a la información pública y el interés del Estado en proteger determinada información, con base en las limitaciones legales establecidas”.¹⁹

493 /

11. Vías de Reclamo - Administrativa y Judicial

a. Administrativa -Autoridad de Aplicación -FIA

La Ley provincial no establece expresamente el reclamo administrativo ante la Autoridad de Aplicación, como sí lo hace la ley nacional N° 27.275 en su Art. 14, sin embargo, al establecer que la FIA es la Autoridad de Aplicación con facultades para determinar las sanciones a aplicar a los funcionarios o agentes públicos que en forma arbitraria obstruyen el acceso a la IP o la suministrarse en forma ambigua o incompleta, o contra los que obstaculizaren de cualquier modo el cumplimiento de esta

19. Edison Lanza, Relator Especial para la Libertad de Expresión, “El derecho al acceso a la información pública en las Américas: entidades especializadas para la supervisión y cumplimiento”. informe Anual 2014 Rele CIDH

ley o permitan el acceso injustificado a información clasificada como reservada, será considerado incurso en falta grave -Art. 8 L. 1744-B-.

Asimismo, en el Art. 12 del Anexo del Decreto Reglamentario N° 685/17 de la norma, establece que *“la Autoridad de Aplicación dictará todas las disposiciones reglamentarias y procedimentales complementarias que resulten necesarias para optimizar el cumplimiento de la Ley.*

Resulta importante destacar, que la FIA también es Autoridad de Aplicación de la Ley N°1341-A de Ética y Transparencia en la Función Pública, con facultades para investigar la conducta de funcionarios contrarias a la Ética y a la Transparencia en la función pública, a todo empleado o funcionario alcanzado por la presente -Inc. g) Art. 18 Ley N° 1341-A.

En consecuencia, en ejercicio de las facultades legales descriptas ut supra, la Fiscalía de Investigaciones Administrativas, sustancia Informaciones Sumarias ante reclamos administrativos iniciados por las siguientes causales:

1. Consulta de Alcance de la Ley N° 1774-B

Resolución N° 1816/14, del 16/09/14 dictada en los autos caratulados “Instituto de Colonización S/Consulta Ley de Acceso a la Información Pública” Expte N° 2926/14.²⁰

El requerido solicita a la FIA se expida sobre la procedencia de la solicitud de IP efectuada por un particular, en el entendimiento de que podría existir un conflicto de intereses entre la IP requerida y la privacidad de los datos vertidos en los expedientes administrativos.

Se puede decir, que esta resolución fué la primera oportunidad de la FIA de analizar el alcance, excepciones, ámbito de aplicación, forma y plazos para el ejercicio del derecho de acceso a la IP, en el

20. <http://fia.chaco.gov.ar/resoluciones/instituto-de-colonizacion-s-consulta-ley-de-acceso-la-informacion-publica>

marco de la regulación y adecuación del ordenamiento jurídico interno, establecido por el Art. 13 del PSJCR.

Seguidamente, analiza si los art. 1 y 2 de la Ley provincial son concordantes con lo establecido en el Art. 13 del PSJCR.

Al planteo formulado por la repartición pública requerida en relación al peligro de brindar información privada, se recurre al fallo dictado por la CSJN el 26/03/2014, “CIPPEC C/Estado Nacional -Ministerio de Desarrollo Social

-Decreto. 1172/03 s/Amparo Ley N° 16986” (2014), que en relación a un planteo análogo concluyó que: “(. . .) *para acceder a datos personales no es necesario el consentimiento del beneficiario cuando la información se refiera a listados cuyo contenido se limite a nombre, documento nacional de identidad, identificación tributaria o previsional, ocupación fecha de nacimiento y domicilio*”, en consecuencia establece que la Autoridad requerida debe cumplir la obligación legal impuesta, teniendo en cuenta los principios rectores de implementación del Derecho de Acceso a la Información Pública delimitados por la Jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos - competencia reconocida por Argentina mediante Ley Nacional N° 23054, en todo lo atinente a interpretación y aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos- Ley Nacional N° 23054-.

En consecuencia, se concluye que el Instituto de Colonización debía brindar la IP, con las limitaciones legales previstas en la norma.

2. Falta de respuesta a solicitudes de información.

Como primera medida, insta al Organismo Público requerido, por el plazo legal previsto en art. 4 a brindar la Información Pública o en su caso funde su negativa en alguna de las causales legales previstas en el Art. 9 de la Ley N° 1774-B, bajo apercibimiento de considerar su conducta “falta grave” -Art. 8-.

Recepcionada la IP requerida y remite al requirente, solicitando indique si su Derecho a sido satisfecho, en el caso afirmativo se archivan las actuaciones, en caso negativo se dicta una Resolución indicando al requirente la Vía Judicial habilitada, se procede a aplicar la sanción disciplinaria prevista en el Régimen Disciplinario propio del agente público interviniente y en el caso que tratarse de un funcionario público se determina la aplicación de astreintes, conforme establece el art. 8 de la ley.

En el marco de las facultades descriptas, la FIA dictó las siguientes Resoluciones:

3. Resolución determina Sanciones Disciplinarias

Resolución N° 1871/15 del 24/9/15, dictada en los autos caratulados, “Defensor del Pueblo del Chaco- S/ Presentación referente Ley de Acceso a la Información Pública” Expte N° 2990/15.²¹

El Defensor del Pueblo, solicita intervención de la FIA ante denegación expresa de la Comisión de Transporte del Municipio de Resistencia, a brindar la IP sobre el estudio de Costos del transporte público.

Inicialmente, se determinó la obligatoriedad del Municipio de Resistencia a entregar la IP, por estar comprendida en el Art. 1 de la Ley N° 1774; seguidamente durante la sustanciación de autos, oído los agentes y funcionarios públicos requeridos, formulan descargo, fundan su negativa en brindar la IP con Dictamen suscripto por una Asesora Legal del área jurídica del municipio, respaldado en la Autonomía Municipal.

En segundo lugar, la FIA ha analizado el fundamento legal expuesto, el cual a la luz de las excepciones legales previstas en el art. 9

21. res-1871.pdf (chaco.gov.ar)

de la norma, no correspondía a ninguna excepción legal válida, en consecuencia, en el deslinde de responsabilidades, la Presidente de la Comisión de Transporte, con categoría de funcionaria pública, brindó la IP requerida con posterioridad y explicó que se había respaldado inicialmente en el Dictamen de Asesoría, por tales motivos, acreditada el accionar de cada persona, se determinó la aplicación de un apercibimiento a la Asesora Legal y la aplicación de Astreintes a la funcionaria pública.

Se comunica la Resolución al Municipio, quien dicta Resolución N° 0410/2016 por la cual informa cumplimiento a lo dispuesto en la Resolución 1871/15 de esta FIA.

4. Consulta por IP reservada parcialmente

La Ley N° 1774-B establece en su Art. 10 el supuesto de IP Parcial y prevé que:

“En caso de que exista un documento que contenga información cuyo acceso esté limitado parcialmente en los términos del artículo anterior, deberá suministrarse el resto de la información solicitada. Asimismo, deberá indicarse que se ha omitido información por estar contemplada en una de las excepciones, la extensión y ubicación de la información omitida, salvo que esto atente contra el interés protegido por la excepción.

497 /

Al clasificar la información como reservada, se podrá establecer una fecha o evento en el cual la información será de acceso público. Si no se pudiere determinar una fecha específica o evento anterior, la información será de acceso público a los diez (10) años de la fecha de la decisión que la clasificó como reservada”.

A su turno, el Art. 10 del Decreto Reglamentario N° 685/17, establece que:

“Los sujetos obligados deben brindar la Información solicitada en forma completa. Cuando exista un documento que contenga en forma parcial información cuyo acceso esté limitado en los términos

del Art. 10 de la Ley N° 1774-B, deberá suministrarse el resto de la información solicitada, utilizando el sistema de tachas.”

En oportunidad de expedirse sobre estas situaciones comprendidas por las normas reseñadas la FIA, dictó la Resolución N° 2624/22 de fecha 31/8/22, en los autos caratulados “Gutierrez Livio Edgardo -Diputado Provincial S/ Presentación Ley de Acceso a la Información Pública (Mrio. de Producción, Industria y Empleo” Expte N° 3486/22.²²

La Autoridad de Aplicación, analiza el caso y resuelve que el Organismo requerido contaba con IP reservada parcialmente, por lo que debía brindar la IP requerida de conformidad a lo establecido en Art. 24 in fine de la Ley N° 1775-E, el cual establece que: “(...) *Se exceptuaron del Secreto Estatístico los datos de registro: Nombre y Apellido o Razón Social, domicilio y rama de actividad del informante*”, Art. 10 de Ley 1774-B y Art. 10 del Anexo del Decreto N° 686/17 precitados.

Seguidamente, insta a efectuar una serie de Recomendaciones tanto al Organismo Requerido como a la Dirección de Gobierno Abierto- Subsecretaría de Modernización del Estado.

b. Judicial - Cámara Contencioso Administrativa- Chaco

La regulación provincial, prevé en el Art. 6 de la Ley N° 1774-B que: *“Una vez cumplido el plazo previsto en el artículo 4° de la presente ley, en caso de que la petición de la información no se hubiere satisfecho o de que la respuesta hubiere sido ambigua o parcial, se considerará que existe negativa en brindarla y quedará expedita la vía judicial.”*

En este articulado, se garantiza el acceso a la justicia del peticionante, sin la exigencia del agotamiento previo de la vía administrativa, en concor-

22. <http://fia.chaco.gov.ar/content/expediente-n-39842022-caratulado-gutierrez-livio-edgardo-diputado-provincial-s-presentacion>

dancia con la reglamentación efectuada en el Art. 14 de la Ley Nacional N° 27.275.

La diferencia con la Ley Nacional, radica en que establece expresamente esta vía de reclamo judicial es a través de la Acción de Amparo *“El reclamo promovido mediante acción judicial tramitará por la vía de amparo...La presentación del reclamo previsto en Ar. 15 de la Ley N° 27.275 interrumpe el plazo previsto para promover la acción de amparo.”*

En conclusión, una persona que no tenga garantizado el Acceso a la IP, cuenta con dos vías de Reclamo que no son excluyentes uno de otro, sin perjuicio de que ambos tienen en común la misma pretensión, sin embargo las responsabilidades analizadas en uno u otro ámbito son diferentes y sus consecuencias jurídicas difieren.

Tampoco prevé la normativa local el tribunal competente para entender en primera instancia, sin perjuicio de ello, desde la implementación de la normativa provincial, los peticionantes han formulado reclamos administrativos ante la Fiscalía de Investigaciones Administrativas, Autoridad de Aplicación de la norma y ante la Cámara Contenciosa Administrativa han presentado los reclamos judiciales ante denegatorias y silencio de solicitudes IP.

Inicialmente, han exigido la tutela jurisdiccional amparados en el Art. 25 de la CCh, promoviendo Mandamiento de ejecución, las cuales fueron adecuadas en los primeros casos por la acción de Amparo y actualmente el criterio de la C.C.A es adecuación a Medidas Autosatisfactivas.

Sobre este título, corresponde destacar la opinión de la Corte Interamericana, quien ha expresado que: *“...ante la denegación de acceso a determinada información bajo su control, el Estado debe garantizar que exista un recurso judicial sencillo, rápido y efectivo que permita determinar si se produjo una vulneración del derecho de acceso a la información, y en su caso, ordenar al órgano correspondiente la entrega de la misma”*²³.

23. Corte IDH, caso “Gomes Lund y otros vs. Brasil”, Sentencia del 24 de noviembre de 2010, Serie C, N° 219, párr. 231

De esta manera, de conformidad a lo dispuesto por la CN en el art. 43 1er. párr.

“Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez declarará la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva”

Para concluir, una persona que vea afectado en su derecho cuentas con estas dos vías de reclamo:

Via de Reclamo Adm.	Vía de Reclamo Judicial
Autoridad de Aplicación- FIA	C.C.A
Responsabilidades Administrativas	Responsabilidades Civiles
No hay comunicación de las actuaciones iniciadas en una u otra instancia	

12. Participación ciudadana

En principio, la participación implica un vínculo de la ciudadanía y las gestiones de gobierno, bajo el sistema representativo, está participación está garantizada por los denominados *derechos políticos que son derechos fundamentales* vinculados a la participación del hombre en la organización política estatal.

a) Reconocimiento Normativo

La Constitución histórica, estableció como principio que el pueblo es el titular de la soberanía, pero participa en la acción de gobierno eligiendo a sus representantes (preámbulo, art. 1, 22 de la CN).

En 1957, al incorporar el Art. 14 bis, en la CN se incorpora la palabra *democracia*, cuando alude a la “*organización sindical libre y democrática*”. Posteriormente con la Reforma Constitucional de 1994, se produce el reconocimiento expreso en el Art. 37 al garantizar el pleno ejercicio de los derechos políticos, se incorporan en los Arts. 39 y 40 mecanismos de participación ciudadana como la Iniciativa y Consulta Popular, asimismo, con la jerarquización de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos Art. 75 inc. 22 este derecho se amplió considerablemente, tal es así que:

El PSJCR en su Art. 23 establece:

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

- de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

Esto significa que el Estado debe garantizar la participación ciudadana en las distintas instancias de gestión pública, implica la obligación del Estado habilitar espacios de participación e intervención, ya sea a través de Audiencias Públicas, Presupuesto Participativo, Diseños de Políticas Públicas, como asimismo, habilitar Instancias de Control en los procedimientos de Rendición de Cuentas. En este sentido, el uso de la Tecnología, amplía considerablemente las posibilidades de participación.

Señala, el Dr. Daniel Sabsay que “... *junto a la participación, debe perseguirse el acceso a la información como elemento indispensable para que la primera sea realmente efectiva e igualitaria. La publicidad de los actos de gobierno constituye una de las piedras angulares del Estado de Derecho*”. En el marco de una democracia participativa, el detentar la información apropiada constituye un requisito “*sine quanon*” para poder intervenir en la marcha de gobierno desde la sociedad.”

Pragmatizar los preceptos citados, constituye un desafío para las administraciones locales, trabajar en la adecuación de los procedimientos administrativos de participación ciudadana, con la incorporación de las nuevas Tecnologías, es una evolución de la democracia representativa. En este sentido, existe un consenso doctrinario en visualizar la participación ciudadana como un principio general en el derecho administrativo²⁴, y con la convencionalidad este principio es considerado como una condición inherente y fundamental de las personas y como un derecho humano.

Durante el desarrollo de la Especialización, escuche a profesionales profesar sus ventajas y beneficios y también advertí que algunos planteaban que este principio afectaba la máxima constitucional, de que el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes.

La reforma Constitucional de 1994, prevé la participación ciudadana en los Art. 40, 42. A su turno la Constitución de la Provincia del Chaco establece en su Art. 38 que todos los habitantes tienen derecho a participar en las decisiones y gestiones públicas para preservar el ambiente, ahora bien, de qué manera se instrumenta esta participación, como también establece el art. 4 de la C.O.M de Resistencia que “*El pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes... y de acuerdo con las formas de participación que esta*

24. Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa, 2ª edición actualizada, Buenos Aires, Ed. Rap, pp. 142, 143 y 146.

Carta Orgánica establece". Regulando, en el Art. 9 la participación.

Ahora bien, aa CSJN en el caso Cepis en el 2016, señaló que *"La participación de los usuarios con carácter previo a la determinación de la tarifa constituye un factor de previsibilidad, integrativo del derecho constitucional a una información adecuada y veraz ... y un elemento de legitimidad para el poder administrador responsable en el caso de garantizar el acceso a la información adecuada y veraz"* y agregó la noción de *democracia deliberativa* y que *el debate público mejora la legitimidad de las decisiones*.

Si bien sobre materia de tarifas, la normativa prevé que las Audiencias Públicas son los espacios de participación ciudadana, pero esta previsión no se encuentra regulada en todas las materias e instancias de decisión gubernamental, por ejemplo, en lo que respecta a Obras Públicas la Ley N° 1182 de la Provincia del Chaco, prevé en su Art. 92 que:

"...todos los proyectos de inversión para la materialización de las obras públicas, deberán prever las evaluaciones de la rentabilidad social de las mismas, incluyendo aspectos referidos a la protección del medio ambiente, pudiéndose recurrir a audiencias públicas para una mejor evaluación y mayor participación en la decisión final..."

De esta manera, la norma deja a la Administración la posibilidad de recurrir a las Audiencias Públicas, es decir, no constituye un requisito formal la realización de la Audiencia Pública, como sí sucede en materia tarifaria, sin perjuicio de ello, se puede afirmar que ante obras de impacto ambiental, que son de interés y repercusión social, constituye una buena práctica habilitar una instancia de participación ciudadana, sea por Audiencias Públicas, posibilidad instancias de vistas de las actuaciones con carácter previo a la toma de decisiones y ejecución de las obras, instancia en la ciudadanía tenga acceso a la información pública, pueda efectuar observaciones, recomendaciones y control.

Para concluir, el Acceso a la IP es una herramienta de participación, pero este derecho no se agota con el acceso a los datos públicos,

constituye una instancia de control la cual debe estar prevista y regulada en los procedimientos administrativos locales.

13. Reconocimiento y exigibilidad en Sede Administrativa -FIA

El 5 de Mayo de 2023 por Resolución N°2691/23 de FIA, en los autos caratulados “*Centro Cultural Ercilio Castillo S/ Presentación Ref. Ley de Acceso a la Información Pública (Municipalidad de Resistencia)- Obra Plaza 25 de Mayo de 1810- Expte N° 3993/22.*”

Informalidad: Por derecho propio se presenta el Fundador y Director del Centro Cultural solicita intervención la Autoridad de Aplicación de la Ley N° 1774-B -FIA, a los fines de que los colectivos sociales accedan a la IP del Municipio de Resistencia, ante reiteradas negativas del municipio en brindar la Información relativa a la Obra Pública de Remodelación de la Plaza 25 de Mayo 1810.

Autoridad de Aplicación: Insta al Municipio de Resistencia a brindar la IP, durante la sustanciación del expediente administrativo, los requirentes tuvieron acceso a la IP por parte del Municipio y de la Comisión de Patrimonio Cultural y Natural a través de vista de las actuaciones administrativas y acceso al lugar de la obra de la Plaza.

Resuelve: Recomendar al Municipio de Resistencia, a promover y arbitrar los mecanismos administrativos necesarios para garantizar el acceso a la IP y la Participación Ciudadana en las acciones que ejecute o pretenda ejecutar y con carácter previo a la toma de decisiones a los fines de ponderar los intereses de la comunidad y garantizar el ejercicio de los derechos consagrados en Art. 9 y 14 inc. 9 de C.O.M. Rcía.

14. Recepción Jurisprudencial -CCA Chaco

Sobre este tema, la CCA tuvo la oportunidad de expedirse al dictar la Sentencia 164 de fecha 29 de septiembre del 2021, en los autos caratulados “*Castro Ariel y otros S/Acción de Amparo*” Expte N° 12.072/21. Sala Primera.

Los actores promueven:

1. *Amparo Colectivo preventivo de daño ambiental y social* contra el Intendente del Municipio de El Espinillo, a fin de que ordene suspender cualquier tipo de acuerdo comercial con empresarios de la República Popular China y/u otro países y/o cualquier persona y se le impida avanzar en la ejecución y concreción de acuerdos comerciales.

2. *Amparo* contra el Ejecutivo Provincial, en su condición de sujeto garante del efectivo ejercicio de los derechos humanos de los pueblos de la población en general y de las comunidades originarias en particular, a fin de que ponga en conocimiento de la comunidad cualquier tipo de convenio o acuerdo, destinado al supuesto desarrollo de las comunidades que habitan el Interfluvio, debiendo garantizar y proveer la suficiente información sobre el mismo e instituyendo ámbitos de efectiva consulta y participación de la población.

Exigen no solo una adecuada información sobre los emprendimientos a ejecutarse, sino también exigen el Estudio de impacto ambiental acumulativos y estratégicos y la apertura de instancias de participación y consulta.

Fundan su legitimación: Art. 13 del PSJCR, Ley 25.831 Libre Acceso a la Información Pública Ambiental, Ley 25675, Art. 19, 37, 38 y 76 de la CCh, Ley Provincial 770-R Protección de los Intereses Difusos, Art. 43 de la CN y en jurisprudencia de la CSJN.

Fundamentos Inicialmente, el Tribunal adecua la Acción de Amparo a Medida Autosatisfactiva, efectúa la reseña de la recepción normativa del Derecho a Solicitar IP, con mención expresa a la Ley Provincial N° 1774-B y en especial a la relevancia del acceso a la IP en materia ambiental.

505 /

Cita Art. 37 inc. b de la CCh, “*La Provincia reconoce la preexistencia de los pueblos indígenas, su identidad étnica y cultural,... asegurará b) La participación en protección, preservación, recuperación de los recursos*”.

Manifiesta que, “*...El derecho fundamental a la consulta y participación de los pueblos indígenas se traduce en la obligación del Estado de garantizar que sean consultados sobre los temas susceptibles de afectarlos. A la vez, tienen derecho a la participación plena y efectiva, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propias instituciones, en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten sus derechos y que tengan relación con la elaboración y ejecución de leyes, políticas públicas, programas, planes y acciones relacionadas con los asuntos indígenas (cf. arts. 6.1, 6.2, 15.2, 22.3, 27.3 y 28 del Convenio n° 169 OIT; arts. 10, 11, 15, 17, 19, 28, 29, 30, 32, 36 y 38 de la Declaración de Naciones Unidas; y art. XXIII de la Declaración Americana).*”

Cita: cf. CIDH, “Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, cit., párrs. 55-57; y Corte IDH, “Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador”, cit., párr. 145, entre otros.

Resuelve: Ordenar al Municipio de El Espinillo, para que en plazo de quince días (art. 4 de Ley N° 1774-B) emita Informe respecto de la existencia de tratativas con representantes de la República Popular China a fin de realizar inversiones en el Interfluvio Teuco Bermejito.

Recomienda: al Intendente Municipal que adopte las medidas necesarias a fin de dar cumplimiento al Convenio 169 de la OIT, elaborando procedimientos de consulta para aumentar la participación de los pueblos indígenas en las decisiones que los afectan.

15. Responsabilidades-Dificultades en la implementación

Una vez que se opta por la vía judicial para exigir la satisfacción del derecho a solicitar IP y participación, es importante destacar que esta vía genera costas, las cuales son soportadas por el vencido, ahora bien, en los casos analizados de solicitudes de información que no han sido contestadas, o que han obtenido una negativa o ambigüedad como respuesta, ya sea por negligencia, impericia, arbitrariedad o abuso de poder, a quién corresponde abonar las costas? a la repartición pública requerida? o al agente o funcionario público que con su conducta contraria a la normativa citada sobre alcance y restricciones legales a brindar IP, dejó vencer el plazo y habilitó la vía judicial.

Si tenemos en cuenta que los extremos previstos en el Art. 18 in fine de la CCh *“Serán objetivamente responsables los que ordenaren, consintieren o ejecutaren actos violatorios a estas garantías”* y el Art. 8 de Ley N° 1774-B Responsabilidades *“El funcionario público o agente responsable... será considerado incurso en falta grave, se le aplicará la sanción establecida por el artículo 3° de la ley 3604 y sus modificatorias o las que en un futuro la sustituyan y las sanciones del régimen disciplinario pertinente, las que serán dispuestas por la autoridad de aplicación. Ello sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que pudieran corresponder”*.

Si a ello sumamos que, es un deber del funcionario público garantizar el acceso a la IP y cumplir y hacer cumplir la CN, CCh, las leyes y los reglamentos, respetando el principio de supremacía establecido en la CN; éstos son deberes éticos que deben observar en el desempeño de sus funciones, de conformidad al Art. 1 de Ley N° 1341-A, los cuales son exigidos como requisito de permanencia en el cargo y *“La inobservancia de los mismos, será causal de sanción o remoción por los procedimientos administrativos establecidos en el régimen propio de sus funciones, aún en aquellos casos en los cuales los actos no produzcan perjuicio patrimonial al Estado”* Art. 5 Ley N° 1341-A.

De lo expuesto, surge a prima facie que la responsabilidad por incumplimiento en brindar la IP en forma oportuna, adecuada y veraz

507 /

es del funcionario o agente infractor, por lo que no corresponde que la repartición pública a la que pertenece el funcionario responda por las costas generadas, tal como ocurre en la práctica.

En el caso reseñado ut supra, se condenó al Municipio de El Espinillo por Resolución N° 649/21 *“Cons. III. En primer lugar cabe considerar la imposición de costas que no fue tratada en la Resolución N°164/21. Dado que los actores se vieron en la necesidad de promover esta acción, ante la omisión de brindar la información requerida por los accionantes, corresponde imponer las costas a la parte demandada Municipalidad de El Espinillo (art.91 CPCC.).”*

En dichas actuaciones, los honorarios profesionales fueron abonados con recursos municipales de los propios contribuyentes, con lo cual, conlleva a advertir que aún resta profundizar las dificultades de implementación.

\ 508

16. Responsabilidad Penal

Tal como lo reseñara precedentemente en el Art. 8 de la Ley N° 1774-B, la infracción a la norma puede dar lugar a responsabilidad penal por desobediencia de orden judicial -Art. 239 del Código Penal-

En el caso reseñado ut supra, la parte Actora solicitó se corra vista al MUIT ante la posible comisión de delitos penales por desobediencia.

17. Conclusiones preliminares

Analizada la operatividad y exigibilidad del Derecho a Solicitar Información Pública y Acceder a la Participación Ciudadana, en Sede Administrativa y en Sede Judicial, se puede concluir en principio que, se puede obtener en Sede Administrativa, la satisfacción de los derechos inculcados sin costas y quizás dependiendo del caso con la misma o mayor inmediatez que en Sede Judicial.

Párrafo aparte merece el análisis de responsabilidad, en los casos en que el requirente opta inicialmente por exigir su satisfacción en Sede Administrativa ante la Autoridad de Aplicación, se puede realizar un deslinde de responsabilidades disciplinarias que aun en Sede Judicial no se observa.

Asimismo, se puede destacar como las funciones preventivas de un Organismo Administrativo logra el cumplimiento de deberes por parte de los funcionarios, la satisfacción de los derechos afectados, todo sin generar litigiosidad, si a ello agregamos que, actualmente las costas en sede judicial son abonadas con recursos para Estado Provincial o Municipal, situación que no corresponderían de conformidad a la interpretación jurídica efectuada *ut supra*.

De todo lo expuesto, se destaca que la participación ciudadana en la gestión pública aún no ha sido incorporada institucionalmente, no es una práctica consolidada, es por ello que es un deber y un derecho que debe garantizarse a la ciudadanía, la facultad de poder participar en todas las etapas de la gestión pública.

509 /

Capítulo III Jurisprudencia

Jurisprudencia de la CSJN antes de la Sanción de la Ley Nacional N° 27.275

Argentina, sancionó su Ley Nacional de Acceso a la IP el 14 de septiembre del 2016, esta norma responde al impulso de actores de la sociedad civil que han exigido su cumplimiento a diferentes sectores públicos, mucho de los cuales han sentado un precedente jurisprudencial, a continuación señalare alguno de ellos:

1. En 4 de diciembre del año 2012, la CSJN emitió el Fallo S A-917, XLVI, en los autos caratulados “Asociación Derechos Civiles c/ EN - PAMI - (dto. 1172/03) S/Amparo ley 16.986.

Actores promueven Acción de Amparo, en los términos del Art. 43 de la CN C/Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (PAMI)

Objeto: Entrega de la relativa al presupuesto de en concepto de publicidad oficial de dicho organismo y la inversión publicitaria de dicha institución, en determinados periodos de tiempo, detallada según el rubro (medios gráficos, radiales, televisivos, cinematográficos, sitios de internet y vía pública) y medios de comunicación, productora o programa al cual fue asignada en cada caso y la indicación de la agencia de publicidad a través de la cual se procedió a contratar.

Afectación: La negativa a brindar la IP, viola el derecho constitucional de acceso a la IP consagrado en los arts. 1, 14, 33 y 75 inc. 22 de la CN, que dispone la aplicación jerárquica de los tratados internacionales art. 19 DUDH, art. 13 PSJCR y art. 19 PIDCP y Dto. N° 1172/03.

En las instancias previas a llegar a la CSJN, los actores cuestionaron la acción de amparo por no constituir la vía idónea para el tratamiento de la cuestión planteada, siendo la Cámara Nacional de Apelación en lo Contencioso Administrativo Federal quien reafirma que la Acción de Amparo es la vía idónea.

PAMI, formula recurso extraordinario, por entender que el Dto. N°1172/03 no le era aplicable

Fallo: Expresa que la negativa de brindar IP constituye un acto arbitrario e ilegítimo en el marco de los principios de una sociedad democrática, una acción que recorta en forma severa los derechos de cualquier ciudadano, cuando se trata de datos de interés público, que hagan a la transparencia y a la publicidad de gestión de gobierno, pilares de una sociedad democrática.

En el Cons. 8) Alcance del Derecho a buscar y recibir información, consagrado en el Art. 13.1 del PSJCR y la Corte Interamericana amplió su contenido a la libertad de pensamiento y expresión, a través de su dimensión individual y social.

511 /

Desde el año 2003 la Asamblea General emitió cuatro Resoluciones específicas de Acceso y cita el “Estudio Especial sobre el Derecho de Acceso a la Información, Organización de los Estados Americanos, CIDH, Relatoria Especial para la libertad de Expresión, agosto 2007).

-Resolución AG/Res. 2252 (XXXVI-0/06) del 6 de junio del 2006, por la cual:

1. Insta a los Estados a respetar el Acceso a la IP.
2. Proveer la adopción de Medidas Legislativas o de otro caracter para asegurar su reconocimiento y aplicación.

“Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión”, elaborada por RELE, aprobada por la CIDH en octubre del 2000:

- Principio N° 4: *“El acceso a la Información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de ese derecho”.*

Resolución N° 59 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas.

“La libertad de información es un derecho humano fundamental y (...) la piedra angular de todas las libertades a las que están consagradas las Naciones Unidas” y que abarca *“el derecho a juntar, transmitir y publicar noticias”.*

Concluye la CSJN que:

El reconocimiento del Acceso a la Información como derecho humano ha evolucionado progresivamente en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el SIDH ha cumplido un rol fundamental, la CIDH, Rele impulsaron los avances en la materia.

Destaca la importancia de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana, cita fallo Claude Reyes y otro vs. Chile, 19/9/2006, Serie C, 151, del cual surge la doble vertiente del derecho:

1. Derecho Individual, toda persona tiene derecho a “buscar” y
2. Obligación Positiva del Estado, para garantizar el derecho a “recibir”.

La sentencia de Corte Interamericana fortalece como Estándar Internacional la idea de que este derecho corresponde a toda persona, adoptando legitimación activa amplia. Que la Información pertenece a las personas, no es propiedad del Estado.

“El Estado está en la obligación de promover una cultura de transparencia en la sociedad y en el Sector Público, de actuar con la debida diligencia..y de prevenir los actos que lo nieguen y sancionar a sus infractores...” Principios de Lima. Principio 4, Estudio Especial, párr. 96

Concluye, “*que el derecho de Acceso a la Información Pública es prerequisite de la participación que permite controlar la corrupción...*”

Hace lugar a la Acción de Amparo y Ordena al Pami a hacer entrega de la IP solicitada, la cual se ajusta a lo previsto en los arts. 14, 16 y 33, 41, 42 y 43 de la CN y la jurisprudencia internacional reseñada y califica a la actitud de PAMI como un acto arbitrario e ilegal susceptible de ser subsanado mediante acción de amparo.

2- El 26 de Marzo de 2014, la CSJN emitió el Fallo C. 830. XLVI, 2014, en los autos caratulados “CIPPEC C/EN-M° DESARROLLO SOCIAL-dto. 1172/03 S/amparo ley 16.986

El 1 de Julio de 2008, el Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y Crecimiento (CIPPEC), solicita al M° de Desarrollo Social, entregue la información íntegra referida a determinados datos de las transferencias en gastos corrientes realizadas por la demandada al Sector Privado en concepto de “ayuda social a las personas” y “transferencias a otras Instituciones Culturales y Sociales sin fines de lucro” otorgadas durante el 2006 y 2007.

Demandado, funda su negativa en que, “*la individualización de los beneficiarios de subsidios puede alcanzar aspectos íntimos de la persona que el cedente de resguardar*”, plantea una coalición aparente entre, el derecho a solicitar IP reconocido en Dto. 1172/03 y la protección a la intimidad y honor establecido en la Ley 25.326.

La CSJN reseña los precedentes internacionales citados en la causa “Asociación de Derechos Civiles c/En-PAMI”(Fallos: 335:2393, reitera los extremos señalados sobre el alcance del acceso a la IP, cita fallo de Corte Interamericana Claude Reyes y otros vs. Chile.

En el Cons. 11 Introduce la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada en el ámbito de Naciones Unidas el 31 de octubre de 2003 y por Ley Nacional N° 26.097 el 10 de mayo del 2006, la cual prevé la obligación de los Estados de adoptar las medidas necesarias para aumentar la transparencia en su administración.

513 /

Que las disposiciones del Art. 11 de la Ley 25.326, en cuanto subordinan la cesión de estos datos a existencia de un interés legítimo, no alcanzan a aquellos supuestos relativos a información personal que forma parte de la gestión pública y que el derecho de acceso a la información representa, de por sí, un interés legítimo.

Expresa que el demandado no hace la distinción entre datos personales y datos sensibles, que los primeros pueden ser otorgados sin el consentimiento de la parte y los segundos son reservados.

En consecuencia, analiza si esta negativa tiene algún sustento constitucional a la luz del principio de razonabilidad. Señala el alcance del Art.

8 de la Ley 25152 la cual establece el carácter público de la información en concordancia con la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública.

Concluye que, la negativa de brindar IP es ilegal e irrazonable, que atenta invalidamente contra los valores democráticos que informan el derecho de la Actora a acceder a la información, que constituye una herramienta fundamental para que la esfera pública contribuya a determinar si la instrumentación de las políticas sociales del Estado, contribuyen efectivamente o es disfuncional a los fines perseguidos.

Por último resalta que, ante la diversidad de posiciones exhibidas por los órganos de la administración, pone de manifiesto la imperiosa necesidad de contar con una ley nacional que regule esta materia.

Que el legislador establezca, el alcance general, pautas uniformes que permitan previsibilidad en su ejercicio, para reducir las arbitrariedades de quienes están obligados a brindar la IP.

Resalta que, es un verdadero reclamo social en nuestro país, que ha sido marcada insistentemente en el marco de la comunidad internacional. Que la República Argentina se comprometió a examinar la Recomendación A/HRC/22/4 Distr. General; A/HRC/DEC/22/102 último examen periódico universal de Naciones Uni-

das que exhorta a aprobar una legislación sobre acceso a la IP. Es por ello, que el Estado debe dictar urgentemente una ley, en salvaguarda de los estándares internacionales en la materia

Los Ministros Petracchi y Argibay agregaron que la transparencia –no la opacidad– beneficia a los vulnerables. Ayudarlos no es ignominioso y subrayaron; *“la ignominia es pretender ocultar a quienes se asiste, pretendiendo que impere el sigilo en el ámbito de la canalización de los fondos públicos. Fondos que, parece innecesario aclarar, no son del Ministerio sino de la sociedad toda”*, concluyeron.

18. Jurisprudencia después de la sanción Ley N° 27.275

El 14 de septiembre del 2016, el Congreso de la Nación sanciona la Ley N° 27.275 que regula el Derecho de Acceso a la Información Pública, para la sanción de la misma se han tenido en cuenta los estándares internacionales recepcionados doctrinariamente por la jurisprudencia de la CSJN, los antecedentes normativos internacionales y la experiencia obtenida de la implementación del Dto. N° 1172/03.

515 /

La Ley 27.275 recepcionó los estándares normativos interamericanos sobre acceso fijados en la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la IP, denominada Ley Modelo OEA.²⁵ Siguiendo este modelo, se recepcionan los siguientes principios con carácter interpretativo y de aplicación: el principio *in dubio pro petitor*, presunción de publicidad, siendo el Estado es responsable de demostrar que la IP se encuentra exceptuada, principio de facilitación y buena fe.

25. AG/RES. 2607 (XL-O/10) del 8 de junio de 2010.

a) Autoridad de Aplicación -AAIP

Se crea la Agencia de Acceso a la IP, como ente autárquico que funcionará con Autonomía Funcional en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional, quien velará por el cumplimiento de los principios y procedimientos de la ley, garantizando el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la IP -Art. 19-

Este artículo, responde a la sugerencia de la RELE de la CIDH de 2014 que expresa:

*“la debida implementación de los marcos normativos en materia de acceso a la información de los Estados miembros de la OEA radica en el establecimiento de un órgano administrativo especializado destinado a supervisar y satisfacer el cumplimiento de la legislación y resolución de controversias...”*²⁶.

1. El 18 de Febrero del 2020, la CSJN, en CAF 40994/2019/CS1-CA1. ASOCIACIÓN CIVIL POR LA IGUALDAD Y LA JUSTICIA (ACIJ) C/ EN – AFIP s/ amparo Ley 16.986.

La Actora promovió Acción de Amparo en el marco del Art. 1, 14, 33 y 75 inc. 22 de la CN, 14 de la Ley N° 27.275 y 14 del Anexo VII del Dto. 1172/03, AFIP a fin de que ordene cumplir con la Resolución N° 72/2019 dictada por la Agencia de Acceso a la Información Pública, quien intimó por el plazo de diez días a dar respuesta a lo solicitado.

La AFIP incumplió la intimación, tomado nota de ello, la AAIP reporta el incumplimiento del sujeto obligado en el portal de internet de la Agencia, de conformidad al criterio n° 4, aprobado por Re-

26. Edison Lanza, Relator Especial para la Libertad de Expresión, “El derecho al acceso a la información pública en las Américas: entidades especializadas para la supervisión y cumplimiento”, en Informe temático Anual 2014 RELE de la CIDH Microsoft Word - Informe temático Acceso a la Información Pública (oas.org) Punto b) apartado 7.

solución N° 4 de la Agencia, del 2 de febrero del 2018, cumplido lo cual procede al Archivo de las Actuaciones. En este marco la Actora promueve Acción de Amparo -Art. 14 Ley 27.275.

2. En diciembre del 2021, la Cámara Contencioso Administrativo Federal Sala III, en la CAUSA N° 91/2020: “ASOCIACIÓN CIVIL POR LA IGUALDAD Y LA JUSTICIA c/ TELEFONICA DE ARGENTINA SA s/ AMPARO LEY 16.986”

La Actora promovió Acción de Amparo, a fin de que la demanda cumpla con la Resolución N° 175/19 dictada por el Director de la Agencia de Acceso a la IP, dicha resolución intima por el Plazo de 10 días hábiles a que pusiera a disposición la información oportunamente solicitada de conformidad a lo establecido en el Art. 17 Ley 27.275.

A la luz de los lineamientos establecidos por la CSJN y del Art. 1 de la Ley 27.275, rige el principio de máxima divulgación, cuyo ejercicio se encuentra regulado por los principios de *presunción de publicidad*, *transparencia y máxima divulgación*, *informalismo*, *máximo acceso*, *apertura*, *control*, *alcance limitado de las excepciones*, *in dubio pro petitor*, *facilitación* y *buena fe* (conf. esta Sala, in re: “Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) c/ EN- AFIP s/ amparo ley 16.986”, del 18/2/2020).

Por ello, rechaza el recurso interpuesto por la demandada y confirma la sentencia de primera instancia que hace lugar al amparo.

De los casos reseñados, se observan las diferentes cuestiones de implementación de la Ley 27.275, desde su sanción, la exigibilidad se realiza inicialmente ante la AAIP quien emite una Resolución que luego son recurribles ante juzgado de primera instancia en lo Contencioso Administrativo Federal -Art. 14-

517 /

20. Jurisprudencia de la Cámara Contencioso Administrativa- Chaco Seguidamente, describiré por orden cronológico los fallos de la C.C.A. de la

Provincia del Chaco, en casos donde analizó el concepto y alcances del Derecho a Solicitar Información Pública y la Participación Ciudadana; identificaré las acciones utilizadas por los justiciables para exigir su cumplimiento, normas legales citadas, referencia jurisprudencial de la CSJN, OC y fallos de Corte Interamericana, Informes de la CIDH citados como fundamento del decisorio, extensión de las sanciones aplicadas, responsabilidades civiles y administrativas.

En este orden, la Provincia del Chaco, por Ley N° 135-H sancionó el Código Contencioso Administrativo y estableció en el Art. 1 que la Cámara Contencioso Administrativo juzgará en única instancia en las causas contenciosas administrativas a que se refiere el Art. 26 de la CCh. el cual prevé:

“Toda persona o el Estado afectado por una resolución definitiva de los poderes públicos, municipalidades o reparticiones autárquicas de la Provincia, en las cuales se vulnere un interés legítimo, un derecho de carácter administrativo establecido en una ley, decreto, ordenanza, reglamento o resolución anterior, podrá promover acción contenciosa administrativa y las demás acciones que prevea el código...”.

En este marco, la CCA entendió en diversos casos de Acceso a la Información Pública y Participación Ciudadana, señalaré los de mayor trascendencia;

1. Sentencia N° 572/09, dictada en los autos caratulados “Federación de Trabajadores Municipales C/Instituto de Seguridad Social Seguros y Prestamos. Sala Primera.

En primer lugar, procede como primer medida adecuar el procedimiento fáctico del reclamo, subsumiéndolo en el art. 19 de la C..P. -acción de amparo-, lo cual se compatibiliza con los hechos expuestos

por la actora donde se ponen en juego la violación de derechos fundamentales como el de peticionar, la publicidad de los actos de gobierno y el derecho a la información- no obstante invocarse como camino para peticionar, la solución propia del Mandamiento de Ejecución que prevé el art. 25 de la C.P.

Se hace lugar a la Acción y se Intima al INSSSEP, en la persona de su Presidente para que en el término de 20 días, proceda a suministrar la Información Requerida, debiendo informar al Tribunal el cumplimiento de la medida.

Funda su decisorio; en considerar que el derecho a solicitar información surge del Principio Republicano de Gobierno, entiende que la publicidad no sólo comprende el acto final o acto de gobierno en sí, sino también los pasos o procedimientos llevados a cabo, como asimismo, los documentos, pruebas u otros elementos que permitan fundar la decisión gubernativa.

Referencia a la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sostiene que “garantizando el derecho de acceso a la información en poder del estado se conseguirá una mayor transparencia de los actos de gobierno, afianzando las instituciones democráticas (Dolores Lavalle Cobo, Marta B. Rovere, Cornelia Schmidt –Liermann “derecho y acceso a la información en Argentina” Fundación Honrad Adenauer año 2002.)

519 /

Opinión Consultiva N° 5, la Corte Interamericana sostiene “*el concepto de orden público reclama que, dentro de una sociedad democrática, se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto*”

Señala la reciente sanción de la Ley N° 6423 (sancionada el 28-10-09, promulgada el 18-11-09 y publicada en Boletín Oficial N° 8998 el 04-12-09) - Hoy Ley 1774-B.

Sin embargo, manifiesta que “*dicha normativa no resulta aplicable al “sub lite”, cuadra citarla, en tanto plasma en forma concreta los ideales ya*

puestos de manifiesto en los primeros albores de nuestra patria, concretados luego en los artículos señalados de la Constitución Nacional y con la posterior incorporación de los Pactos Internacionales”.

Sin perjuicio de ello, expresa que a los fines de satisfacer el derecho a solicitar Información Pública y permitir una efectiva participación ciudadana, ordena intimar al Insssep a entregar la Información requerida.

El demandado no ha acreditado una restricción legal, por lo que hay que circunscribirse a lo que prescribe el art. 2.1. de dicho Pacto, esto es, que cada uno de los Estados Parte se compromete a respetar y a garantizar los derechos reconocidos en el mismo, compromiso que pesa también sobre el demandado.

2. Sentencia N° 469/14, dictada en los autos caratulados “Maldonado Rosa Isabel y Otros S/Mandamiento de Ejecución” Expte N° 6213/04. Sala Primera.

Los Actores promueven acción sumaria para que ordene y libre Mandamiento de Ejecución en los términos del Art. 25 de la CCh: *“Siempre que una Ley u ordenanza imponga a un funcionario o entidad pública un deber expresamente determinado, toda persona que sufre perjuicio material, moral o de cualquier naturaleza por incumplimiento de ese deber, puede demandar, ante juez competente, la ejecución inmediata del o de los actos que el funcionario o entidad se rehusare o fuere moroso en cumplir...”*, contra el Intendente de Corzuela y de cumplimiento a los pedidos de informe requeridos por intermedio del Presidente del Concejo Municipal.

Fundan su pretensión en el Inc. h) del Art. 60, Inc. f) del Art. 74 ss y cc de la Ley Orgánica Municipal N° 854- Anterior 4233 y Art. 187 ss y cc de la CCh.

Intendente, manifiesta que los Concejales nunca presentaron un pedido de Informe al cuerpo para su aprobación, tal como lo exige el Inc. b) del art. 88 del Reglamento Interno de la Cámara de Diputados y por lo tanto resultan improcedente los pedidos de informe.

Resuelve, hacer lugar a la acción deducida por los concejales e íntima al Intendente por el término de 10 días a suministrar la información que fuera requerida, debiendo informar al Tribunal el cumplimiento de la medida ordenada.

Funda su decisorio; en los preceptos constitucionales citados y destaca que después de la Reforma Constitucional de 1994 *“el derecho de la información se incorpora con jerarquía constitucional a nuestro ordenamiento interno a través de los Instrumentos internacionales de derechos humanos”*.

Sobre el caso en concreto de acceso a los concejales a la IP de conformidad a la normativa local expresó que el Art. 61 inc. i de la Ley 854-P garantiza el *“libre acceso de los concejales a la información relacionada con sus funciones.”* y que esta facultad está puesta en cabeza de cada uno de los concejales individualmente considerados, sin perjuicio a las facultades que corresponde al cuerpo deliberativo como cuerpo colegiado.

Cita el Art. 1 de la Ley 1341-A de Ética y Transparencia en la Función Pública que dispone el deber de *“Garantizar el acceso a la Información sin restricciones, a menos que alguna norma así lo exija y promover la publicidad de sus actos”*.

Que la actitud exhibida por parte de la Intendencia es ilegítima y que conlleva un perjuicio e impide el ejercicio de la función electiva.

Costas: Al Municipio de Corzuela.

3. Sentencia N° 08 dictada en los autos caratulados ‘FEDERACIÓN DE SINDICATOS DE TRABAJADORES DE LA EDUCACIÓN DEL CHACO S/ ACCION DE AMPARO’, Expte. N 9721/18, Sala Segunda.

El Sindicato de Trabajadores de la Educación, promueve Acción de Amparo contra el Ministerio de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología, con fin de obtener Información Pública.

521 /

La repartición pública requerida, se niega a brindar la información bajo el argumento de neto corte formal, que repele el art. 6 de la Ley N° 23551 y art. 3 de la OIT y aduce la improcedencia formal de la acción de amparo en tanto no existe una afectación arbitraria e ilegal de forma manifiesta, también expresa que el Sindicato no se encuentra facultado ni legitimado a solicitar la información.

Delimitado el caso, el Tribunal consideró que, la acción de amparo únicamente procede para la Tutela inmediata de un Derecho Constitucional violado en forma manifiesta y determina el alcance de la Ley N° 1774-B y arts. 10, 14, 16, 31, 32, 33 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional y conforme nuestra Constitución Provincial, debe integrarse este derecho humano fundamental acorde al plexo normativo superior, conformado por un sistema de normas que titularizan este derecho a la sola condición de personas, su pleno ejercicio y con las garantías que ella prescribe.

Así el artículo 14 y el artículo 15 inciso 7 incorporando los derechos de los acuerdos y tratados internacionales del art. 75 inciso 22 de la C.N., declarando los operativos en sede administrativa y jurisdiccional sin que puedan impedirles reglamentación alguna.

Asimismo, expresó que Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (artículo IV) y por el artículo 13.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Corte Interamericana ha dado un amplio contenido al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, a través de la descripción de sus dimensiones individual y social. Describe las Resoluciones Generales de la Asamblea General de la OEA, Informes de la Relatoría Especial para la libertad de Expresión, referencia al fallo de Corte Interamericana “Claude Reyes y otros vs. Chile”, sentencia del 19 de septiembre de 2006, Serie C, 151, parr. 77, quien fortalece como Estándar Internacional que el derecho a solicitar información corresponde a toda persona, adoptando Legitimación Activa Amplia, salvo los casos de restricción cuando el Estado invoca y acredita cuestiones de seguridad

nacional, y el supuesto de respeto a la intimidad de las personas, destaca el principio de máxima divulgación.

Resuelve, hacer lugar a la acción, íntima a brindar la IP solicitada.

4. Sentencia N° 66 de fecha 12 de abril del 2021, autos caratulados “ROLON EUGENIO Y OTROS S/ MANDAMIENTO DE EJECUCIÓN”, Expte. N° 11724/21

Promueven Mandamiento de Ejecución con el objeto de acceder a las Actuaciones administrativas tramitadas ante el Juzgado de Faltas de la Municipalidad de Barranqueras, pretenden el acceso a la información pública referente a bienes colectivos, a lo que la Cámara, aplicando el principio de saneamiento reconduce la vía procesal a la Medida Autosatisfactiva y expresa que *“La información pública es un bien colectivo de no apropiación individual, es indivisible y pertenece a toda la comunidad. No obstante puede ser ejercido individual (CSJN, “Urteaga Facundo Raúl c/ Estado Nacional s/ amparo ley”) o colectivamente (CSJN, “CIPPEC c/ Estado Nacional – Ministerio de Desarrollo Social”)*”.

523 /

Resuelve: Hacer lugar a la MA y Ordena a la Intendencia de la Municipalidad de Barranqueras y/o titular del Juzgado de Faltas de la Municipalidad de Barranqueras y/o sus distintos Departamentos, Secretarías y Secciones que hubieren intervenido en la tramitación u omisión de control de construcciones que vulneran la Ley N° 1804-E, que *inmediatamente otorguen vista de las actuaciones administrativas y asimismo en forma completa e integral toda la información relativa al conjunto de construcciones edilicias que integran el “Casto Histórico de la ciudad de Barranqueras” durante el período 2020/2021*, dentro del término de 24 hs, teniendo en cuenta la fecha del pedido de la información (21/01/21 y 25/01/21) y el peligro en la demora ante la amenaza latente a estos bienes colectivos.

EXHORTA a la Intendenta de la Municipalidad, a su exhibición en el edificio del municipio con el objeto de conocimiento de la normativa por parte de la comunidad y específicamente del personal.

A fin de evitar situaciones disvaliosas similares a las de autos y que pudieran generar gastos o perjuicios para la administración pública.

El municipio recurre la sentencia, la cual es confirmada por el STJ por Sentencia N° 24/22

21. Desafíos de la Administración

El desarrollo del presente trabajo, puso de manifiesto que luego de reconocimiento normativo de los derechos y garantías resta un largo camino lograr su operatividad, a tales fines se pueden identificar los siguientes desafíos de implementación:

1. La sanción de las leyes debe ir acompañada de Planes de Implementación, con organismos públicos dotados de competencias, facultades y recursos suficientes para llevar adelante los objetivos y misiones previstas.

2. La capacitación constante y obligatoria de los agentes públicos forma parte de la idoneidad técnica que deben tener las personas a cargo de responsabilidades públicas.

3. Trabajar en Prevención debe ser una función prioritaria de las Administraciones Públicas.

4. Promover una cultura de transparencia como requisito de desempeño en los cargos públicos debe ser una práctica ejercitada como hábito.

5. Identificar los obstáculos institucionales y legales que afectan la transparencia y acceso a la Información pública.

6. Crear Institutos y organismos que garanticen estos derechos.

22. Observatorio de Impacto Regional

Como se ha señalado los Capítulos precedentes, el cumplimiento e implementación de las recomendaciones internacionales son fenó-

menos complejos intervenidos por factores que afectan las posibilidades de su materialización, tales como: a) la percepción particular y muchas veces distinta de las recomendaciones por distintos actores; b) la limitada o falta de voluntad política de los Estados para cumplir; c) la falta de recursos económicos, humanos e institucionales para satisfacer dichas recomendaciones; d) la debilidad o ausencia de estructuras socio-políticas capaces de promover el cumplimiento en el ámbito interno de los Estados; e) la inexistencia de recursos y vías legales para exigir su cumplimiento en el foro doméstico, y f) la limitada capacidad de los organismos internacionales para exigir la materialización de estas órdenes, por mencionar algunas situaciones que se presentan al momento de implementar una recomendación.

Si a ello agregamos que, Argentina no ha establecido un procedimiento o mecanismo general para implementar las decisiones de órganos internacionales de derechos humanos, lograr la socialización e institucionalización de las mismas se materialice.

Al efecto propongo como crear un “Observatorio de Impacto Regional” que comprenda las Provincias del Chaco, Corrientes, Formosa y Misiones, donde se puedan visualizar las adecuaciones normativas y estructurales del Estado en cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos para con la población al jerarquizar los Instrumentos Internacionales citados, el cual tendrá los siguientes lineamientos:

525 /

1. Generar un Mapa de Nea, que contenga:

a. las Normativas Provinciales dictadas como consecuencia de los Tratados Internacionales.

- Niñez, Adolescencia, Familia.
- Género.
- Salud Mental.
- Vivienda.
- Educación.
- Corrupción, Transparencia, Acceso a la IP.

b. Identificar los Organismos Provinciales, Municipales encargados de Implementar las Normativas Provinciales.

c. Generar Estadísticas Públicas que Informen los resultados de la labor.

d. Sistematizar y Publicar los Fallos emitidos por los Juzgados Competentes en las materias reseñadas.

e) Identificar las Políticas Públicas adoptadas por las Provincias del NEA en la implementación de Normativas Provinciales.

-Elaborar Informes Técnicos que refleje el estado de situación de los derechos humanos fundamentales de las Provincias del NEA.

-Generar Indicadores que sirvan para el Sector Público Estatal para generar políticas públicas.

-Actuar como Órgano de Consulta ante el Sector Público Estatal, Organismos Internacionales etc.

-Generar Estadísticas de Implementación de los tratados Internacionales.

-Facilitar el Acceso de la Información Obtenida en un sitio oficial de la Universidad, generando valor agregado para los estudiantes quienes podrán tener acceso a casos prácticos, como así también a los profesionales del derecho.

-Proponer actualizaciones normativas.

El objetivo principal no es solo conocer la situación actual del NEA sino también poner a disponibilidad en forma permanente y actualizada la situación de la Región.

Objetivos

Los Organismos Administrativos responsables de la implementación, promoción del Acceso a la IP, la Transparencia y la Participación Ciudadana deben trabajar articuladamente para aunar esfuerzos con las demás reparticiones administrativas, para lograr el libre ejercicio de los derechos y garantías.

Diseñar Políticas Pública en conjunto

-Promover una actualización de la Ley de Acceso a la Información Pública, en el cual se incorporen los siguientes temas:

1-Transparencia Activa.

2-Vías de Reclamo Administrativa: ante la Autoridad de Aplicación.

3-Previsión de sanciones administrativas para los agentes públicos y sanciones éticas para los funcionarios públicos.

4-Determinar la Acción de Amparo como la vía judicial de reclamo, ante la C.C.A.

5-Cuando se recurra a la Vía Judicial y se condene a un funcionario a brindar información, publicar la información y generar las instancias de participación ciudadana, se deberá poner en conocimiento de la Autoridad de Aplicación a los fines de deslindar responsabilidades.

6-Ampliar las facultades de la Autoridad de Aplicación para promover, capacitar

527 /

23. Conclusiones

En primer lugar, deseo resaltar el impacto de la convencionalidad en la Provincia del Chaco y en la ciudad de Resistencia, generó regulaciones normativas y dotó a organismos administrativos de competencias y facultades para promover el cumplimiento de los derechos y garantías de las personas, a su vez éstos Organismos Administrativos en el desarrollo de su trabajo generaron Resoluciones, Dictámenes,

Informes Técnicos donde efectúan un análisis pormenorizado de cumplimiento o incumplimiento por parte de agentes y/o funcionarios públicos a los deberes legales impuestos.

Asimismo, se puede advertir que la sinergia que debe desplegar la Administración Pública para pasar de la consagración a la efectividad de los derechos y garantías constitucionales y convencionales, es una actividad compleja, que requiere de programación, previsión y articulación interinstitucional, este trabajo no depende de un solo organismo, sino que implica la intervención de varios actores, cada uno con las especialidades concretas.

Actualmente existe un trabajo coordinado entre los Organismos Administrativos responsables de garantizar el Acceso a la IP en la Provincia, pero aún resta generar una Articulación con el Poder Judicial, ya que los Organismos Administrativos con potestades sancionatorias sobre los agentes públicos bajo su dependencia, desconocen el resultado de las causas judiciales, en consecuencia habría que activar las Potestades Disciplinarias y Éticas, a los fines de que se complementen las informaciones sumarias o sumarios ante infracciones a Leyes de Acceso.

No se trata solamente de verificar la compatibilidad de las normas locales con las convencionales, ya que esta Convencionalidad le es aplicable a todo el Estado en su extensión, sino que también hay que desarrollar actividades de prevención que garanticen el Acceso a la IP y la participación ciudadana.

Actualmente en Argentina hay 4 Provincias sin normas de Acceso a la Información Pública: **Formosa, La Pampa, San Juan y Tucumán no tienen regulados los mecanismos para brindar datos públicos, por lo que la ciudadanía tiene dificultades para conocer de qué manera se manejan los recursos públicos.**

Sin embargo, algunas provincias dictaron sus propias leyes o Decretos de acceso y otras han adherido a la Ley Nacional N° 27.275.

En la Provincia del Chaco, de los 69 municipios, el Municipio de Sáenz Peña se encuentra trabajando en un proyecto de Ordenanza

Municipal sobre Acceso a la IP. No obstante es importante reconocer que la principal dificultad de los gobiernos municipales es el acceso a la tecnología y servicio de internet, lo que constituye un obstáculo para que puedan publicitar digitalmente los actos de gobierno, siendo el Municipio de Resistencia, la ciudad Capital el único que cuenta desde el año 2022, con un Boletín Electrónico Municipal.

Garantizar la transparencia, el acceso a la información pública, el cual como consecuencia natural surge la participación ciudadana, son algunos de los nuevos paradigmas en el Derecho Administrativo, en el trabajo se analizó de qué manera las normativas locales garantizan o materializan su operatividad, el trabajo es referencial y demanda una investigación profunda, concluyo con mayores inquietudes, como ser; se analiza las medidas que adopta la administración en el diseño de políticas públicas, escucha la Administración previamente los intereses de la ciudadanía, antes de adoptar una decisión, el Estado es transparente en la ejecución del presupuesto?, da a conocer su estructura orgánica, cantidad de personal de planta permanente, contratados, becarios etc.

Para concluir, resta un arduo trabajo por delante, abocarse al estudio e investigación de las administraciones locales, para verificar las adecuaciones normativas a la convencionalidad, tarea para la cual entiendo que debe realizarse en coordinación y cooperación entre las asesorías jurídicas, órganos de contralor, administraciones provinciales y municipales, para poder identificar normas y prácticas que afecten derechos y garantías constitucionales, en su caso proponer las respectivas modificaciones y reestructuraciones estatales para responder en forma oportuna las afecciones, en definitiva propongo se active un trabajo de prevención y previsión.

Otra sugerencia del trabajo es poder trabajar en un proyecto de Ley Nacional, que prevea un procedimiento administrativo para implementar las decisiones de los órganos internacionales.

Del trabajo, también surge que el Impacto de la Convencionalidad en las Administraciones Públicas generó transformaciones orgánicas

en las tres funciones estatales, tanto en el Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

Que el cumplimiento de las obligaciones legales asumidas en el Derecho Internacional, no se agota con las adecuaciones normativas dictadas por los Órganos Deliberantes, sino que demanda una organización administrativa consciente en consonancia con los estándares internacionales delimitados por los Organismos Internacionales. Pero, cómo hacen los Estados Provinciales y Municipales para cumplir con estos estándares si no conocen el alcance y dimensiones del Derecho Internacional, si el Estado Argentino, no publica las comunicaciones oficiales que reciben de los organismos internacionales.

Al efecto, inicialmente considero necesario el cumplimiento por parte del Estado Argentino de las siguientes acciones:

1. Sistematizar y publicar las Comunicaciones oficiales recepcionadas de los Organismos Internacionales de Derechos Humanos.

2. Establecer un procedimiento o mecanismo general para implementar las decisiones de órganos internacionales de derechos humanos.

3. Realizar un Abordaje Integral y coordinado entre las distintas esferas gubernamentales, para resolver los casos de graves afectaciones a los derechos fundamentales.

La recepción normativa y jurisprudencial del derecho a acceder y publicar información pública, transparencia y participación ciudadana es un primer gran paso, para fortalecer la Democracia. Interiorizar en la ciudadanía que el acceso a la información pública es un derecho humano fundamental, que puede ejercitar como herramienta de control debe ser parte de la agenda.

Trabajar en prevención y sanción debería ser una política pública, la capacitación del personal público debe ser obligatorio y gratuito, la falta de conocimiento de los alcances de la norma de acceso ha generado litigiosidad para el Estado.

Ahora bien, se puede afirmar que la Provincia del Chaco, ha sido

una Administración Activa y moderna para sancionar leyes recepcionado los Estándares Internacionales, se observa como las distintas esferas estatales han trabajado en la implementación en sede administrativa de las garantías constitucionales consagradas, siendo pionera en la región y el país en cumplir con las obligaciones legales estatales, primero con las adecuaciones normativas, dotar de competencias y facultades de intervención a un organismo Autónomo e independiente, lo cual cumple con las recomendaciones efectuadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Resta mucho camino por delante, cada administración deberá analizar si sus estructuras jurídicas internas garantizan la vigencia y operatividad de los derechos humanos fundamentales en Sede Administrativa, tanto en los procedimientos administrativos, como en el diseño y gestión de políticas públicas, constituye el desafío jurídico y político de los Estados Democráticos Modernos y Globalizado, generar los espacios de participación ciudadana, establecer un procedimiento administrativo colectivo urgente, es decir, adecuar el procedimiento de acuerdo a la naturaleza del derecho inculcado, puede ser una opción para abordar los casos de afectaciones, como también establecer un programa especial que garantice el efectivo acceso a la justicia de personas de extrema vulnerabilidad.

531 /

Concluyo con el título de la obra literaria del Dr. Carlos S. Fayt “Evolución de los derechos sociales: del Reconocimiento a la exigibilidad”, El legado del Siglo XX y los desafíos del Siglo XXI, nuestra joven democracia nos plantea los desafíos reseñados y como profesional del derecho, mi compromiso para trabajar en libre ejercicio de los derechos.

Bibliografía

Constitución Nacional. Comentada 4ta. Editorial La Ley, Edición Ampliada y Actualizada Dra. Maria Angelica Gelli. 2008.

Constitución de la Provincia del Chaco.

Carta Orgánica Municipal de Resistencia.

Control de Convencionalidad en la Administración Pública. Editorial Astrea. Dr. Pablo Gutierrez Colantuono. 2022.

Sagues, La Constitución Argentina creció, cualitativamente, cerca del 70 %. Sagues, Nestor Pedro.

Acceso a la Información Pública y Transparencia. Marcela I. Bateria. Editorial Astrea. 2018.

Ley Nacional N° 27.275 Comentada- Ministerio del Interior Obras Públicas y Vivienda. Presidencia de la Nación 2017.

I Curso de Posgrado I

Ley de Bases y punto de partida
para la libertad de los argentinos.
Análisis integral.

Análisis del Régimen de Incentivo
para Grandes Inversiones:
Estabilidad Jurídica y Desafíos en el
Desarrollo Económico de Argentina.

| Marcela Andrea Álvarez Salvador |

Régimen de Incentivo para Grandes Inversiones: Estabilidad Jurídica y Desafíos en el Desarrollo Económico de Argentina.

Palabras Clave: Impacto Económico, certidumbre, garantías.

I. Introducción

La ley 27.742, denominada, Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos, publicada en el Boletín Oficial el 8 de julio de 2024, crea el Régimen de Incentivo Para Grandes Inversiones RIGI, que se encuentra en el Título VII de dicha ley. El RIGI introduce una herramienta de fomento innovadora en el ordenamiento jurídico argentino. a través de: a) un sistema de incentivos tributarios, aduaneros y cambiarios; b) certidumbre y seguridad jurídica mediante la garantía de estabilidad tributaria, cambiaria, aduanera y regulatoria; y c) un sistema eficiente de protección de derechos adquiridos a su amparo. El objetivo es generar en forma inmediata condiciones de previsibilidad y estabilidad para las grandes inversiones previstas y condiciones competitivas para atraerlas y que las mismas se concreten mediante el adelantamiento temporal de soluciones macroeconómicas sin las cuales no podrían desarrollarse. Las Grandes Inversiones que se concreten bajo el RIGI son de interés nacional, útiles y consideradas conducentes para la prosperidad del país en los términos del art. 75 inc. 18) de la CN. En ese marco,

535 /

las Grandes Inversiones resultan protegidas y cualquier norma o vía de hecho por la que se limite, restrinja, vulnere, obstaculice o desvirtúe el Régimen por parte de la Nación como las provincias, por sí y por sus municipios, y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que hubieran adherido al RIGI, será nula y la Justicia competente deberá en forma inmediata impedir su aplicación (art. 165 de la ley 27.742). El régimen previo a la Ley N° 27.742 estaba marcado por la discontinuidad y la falta de previsibilidad. Un ejemplo paradigmático es la Ley de Intangibilidad de los Depósitos de 2001, que fue desvirtuada pocos meses después de su promulgación, poniendo en jaque la confianza en el sistema financiero. Esta falta de continuidad también se evidenció en fallos judiciales como Galli, Hugo Gabriel y otro c/PEN -ley 25.561 -dtos. 1570/01 y 214/02 s/amparo sobre ley 25.561, sobre la validez constitucional de la decisión del Estado Nacional de convertir a pesos las obligaciones de deuda pública instrumentadas en títulos, adoptada por un plexo normativo que incluye el decreto 471/02, donde se escribe el contexto de grave crisis económica, social e institucional que llevó a la declaración de emergencia pública a fines de 2001, con altos déficits, caída de reservas, quiebra del sistema financiero y default de deuda externa. Aquí se evidencia como la Corte Suprema de Justicia convalidó medidas que alteraron contratos y derechos adquiridos. Entiendo que, en contraposición, el RIGI ofrece estabilidad normativa, tributaria y aduanera por un período de 30 años, proporcionando un marco más predecible para los inversores. Sin embargo, su éxito dependerá de su capacidad para superar los desafíos históricos de implementación en Argentina, incluyendo la corrupción y la burocracia estatal.

\ 536

II. ¿Cuáles son las Condiciones a los efectos de la adhesión al RIGI?

II.1. Pueden adherirse: Como regla general, al RIGI los vehículos de proyecto único (VPU), que sean titulares de una o más fases de un único proyecto que califique como Gran Inversión. Los mismos, no deberán desarrollar actividades ni poseer activos no afectados a dicho proyecto. Para lo cual, son considerados VPU:

1. Sociedades anónimas, incluidas las SAU y las sociedades de responsabilidad limitada.

2. Sucursales establecidas por sociedades constituidas en el extranjero.

3. Las uniones transitorias y otros contratos asociativos

4. Las sucursales dedicadas, es decir, las sucursales que, a los fines de adherir al RIGI, establezcan aquellas sociedades o sucursales de una sociedad constituida en el extranjero que desarrollen una o más actividades que no forman parte del proyecto de inversión o que tengan uno o más activos no afectados al proyecto (Sucursal Dedicada). Por su parte también, pueden adherirse al RIGI:

1. Los titulares de concesiones relativas a la ejecución y/o explotación de obras de infraestructura y/o prestación, operación y/o administración de servicios, que se presten en competencia con otros concesionarios, operadores o prestadores a nivel local o regional que presenten un proyecto que califique como Gran Inversión y cumplan los restantes requisitos y condiciones.

2. Los proveedores de bienes y servicios que importen mercadería destinada a la provisión de bienes y servicios a VPU adheridos al RIGI. Pueden adherirse para gozar únicamente de determinados incentivos aduaneros con relación a la importación de bienes y no deben presentar un proyecto que califique como Gran Inversión, sino que sobre ellos recaen otros requisitos especiales.

537 /

II.2. A que llamamos Grandes Inversiones?: Son consideradas “Grandes Inversiones” aquellas que puedan realizarse en proyectos de los sectores de forestoindustria, turismo, infraestructura, minería, tecnología, siderurgia, energía, petróleo y gas y que reúnan las características siguientes:

a) El proyecto de inversión debe revestir el carácter de largo plazo. Reviste dicho carácter en la medida que tengan un cociente no mayor al treinta por ciento (30%) entre, por un lado, el valor del flujo neto de caja esperado (excluidas inversiones) durante los primeros tres años a partir del primer desembolso de capital y, por otro lado, el valor neto de las inversiones de capital planeadas durante ese mismo período. La Autoridad de Aplicación está facultada a modificar ese cociente.

b) Debe involucrar una inversión mínima en la adquisición, producción, construcción y/o desarrollo de activos que sean afectados al proyecto (“Activos Computables”) igual o superior al monto mínimo de doscientos millones de dólares estadounidenses (USD 200.000.000), que debe cumplirse dentro del plazo que el sujeto adherente proponga y la Autoridad de Aplicación apruebe. El Poder Ejecutivo está facultado a incrementar ese monto mínimo de inversión por sector, subsector o etapa productiva hasta novecientos millones de dólares estadounidenses (USD 900.000.000).

c) Debe prever el cumplimiento de un porcentaje del monto mínimo de inversión, a determinar por el Poder Ejecutivo, dentro de los dos primeros años desde la aprobación de la solicitud de adhesión. Dicho porcentaje debe ser, al menos, del cuarenta por ciento (40%) del monto mínimo de inversión. Excepcionalmente, el Poder Ejecutivo puede reducir dicho porcentaje hasta el veinte por ciento (20%). Que el resto debe cumplirse dentro del plazo aprobado por la Autoridad de Aplicación.

II.3. Inversión en Activos Computables: Es considerada una inversión en Activos Computables aquella que se realice a partir de la

entrada en vigencia de la ley y que consista en la adquisición, producción, construcción y/o desarrollo de activos afectados a actividades incluidas en el RIGI para el desarrollo del proyecto de un VPU adherido. También se considerarán inversiones en Activos Computables, aquellas realizadas con posterioridad a la entrada en vigencia del RIGI, e incluso antes de la adhesión del VPU al RIGI y que consistan en:

a) La adquisición por parte de inversores de las cuotas, acciones y/o participaciones societarias de un VPU, siempre que dicho VPU incluya Activos Computables y se fusione con el VPU dentro de los 180 días corridos (la inversión a computar será tomada en una proporción equivalente al porcentual que representen los Activos Computables existentes en la VPU adquirida con relación a sus activos totales); y b) La asignación de Activos Computables a una Sucursal Dedicada a efectos de su establecimiento, inscripción y adhesión al RIGI. En algunos casos las inversiones en la adquisición o asignación de los activos solo podrán computarse, en forma conjunta, hasta un máximo del quince por ciento (15%) de dicho monto de inversión mínima: 1. Los activos relativos a la adquisición de cuotas, acciones y/o participaciones societarias de un VPU o los asignados a Sucursales Dedicadas. 2. Los bienes inmuebles. 3. Los derechos reales de usufructo sobre bienes inmuebles. 4. Las concesiones de explotación minera, de petróleo y gas. Finalmente, se encuentra previsto que los montos destinados a cancelar obligaciones asumidas en contrataciones de servicios esenciales para el proyecto de inversión también pueden considerarse para calcular el monto mínimo de inversión. Igualmente, ese monto no podrá exceder el veinte por ciento (20%) del monto mínimo de inversión.

539 /

II.4. Proyectos calificados como de Exportación Estratégica de Largo Plazo: Serán considerados Proyectos de Exportación Estratégica de Largo Plazo, aquellos proyectos que: a) Permitan el posicionamiento de la República Argentina como nuevo proveedor

de largo plazo en mercados globales en los que aún no cuente con participación relevante, de conformidad con los requisitos que establezca la reglamentación y b) Involucren desembolsos de capital en etapas sucesivas cuya inversión mínima en activos computables por etapa sea igual o superior a mil millones de dólares estadounidenses (USD 1.000.000.000). En dicho caso gozarán de ciertos beneficios y garantías adicionales.

II.5. Cómo generar un VPU en los casos en que las sociedades existentes desarrollen una o más actividades que no formarán parte del proyecto o posean uno o más activos que no serán afectados al proyecto: Constitución de una Sucursal Dedicada

Las Sucursales Dedicadas deberán:

a) Estar inscriptas en el registro público que corresponda a su lugar de asiento.

b) Obtener una CUIT e inscribirse en los tributos correspondientes a las actividades

que desarrolle, en forma independiente a la sociedad a la cual pertenece.

c) Tener un capital asignado.

d) Tener designado como su único objeto el desarrollo del proyecto de inversión por

el cual se solicitará la inclusión en el RIGI.

e) Tener asignados únicamente los activos, pasivos y personal que serán afectados a

dicho proyecto de inversión.

f) Llevar contabilidad separada a la sociedad a la cual pertenece.

II.6. Solicitud de adhesión: El plazo para solicitar la adhesión al RIGI es de dos (2) años contados a partir de la entrada en vigencia de la ley (08/07/2024), con la posibilidad de que se prorrogue por un (1) año adicional. Junto a la solicitud de adhesión debe presentarse el plan de inversión.

Requisitos del plan de inversión: Descripción del proyecto; Monto mínimo de inversión comprometida detallando rubros y conceptos; Cronograma estimado de la inversión total en el proyecto; Monto mínimo de inversión que se realizará dentro de los dos primeros años; Plazo que se propone para realizar la totalidad del monto mínimo de inversión; Declaración jurada de que el VPU no distorsionará el mercado local sustentada en estudio técnico; Fuente y modo de financiación; Empleo directo e indirecto; Plan de desarrollo de proveedores locales; Producción y exportaciones estimadas; Balance comercial y flujo de divisas para los primeros 3 años; Factibilidad técnica, económica y financiera del proyecto; Descripción de los permisos y autorizaciones necesarios y respecto de aquellos pendientes de obtención estado del trámite fecha de otorgamiento. El plan de desarrollo de proveedores locales, implica un compromiso de contratación de proveedores locales respecto de bienes y/u obras equivalentes al veinte por ciento (20%) del monto total de la inversión, siempre y cuando la oferta de proveedores locales se encuentre disponible y en condiciones de mercado en cuanto a precio y calidad.

541 /

II.7. Aprobación o Rechazo: La Autoridad de Aplicación deberá aprobar o rechazar la solicitud de adhesión y plan de inversión con un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días. La decisión no será discrecional y respetará la garantía de igualdad. La Autoridad de Aplicación podrá solicitar información complementaria o aclaraciones. El rechazo de la solicitud de adhesión no podrá ser recurrido pero el VPU tendrá derecho a presentar un nuevo plan de inversión hasta dos (2) veces dentro del mismo año calendario. Emitido el acto de administrativo aprobatorio, la fecha de adhesión se retrotrae a la fecha de la presentación de la solicitud de adhesión o de la presentación de información complementaria que permitió la adhesión. La adhesión al RIGI implicará: a- desde la fecha de adhesión, la adquisición de derechos y b- desde la fecha de notificación del acto administrativo aprobatorio, la asunción de obligaciones para el VPU.

El VPU gozará de un derecho adquirido asimilable a la propiedad con relación a: 1)- los incentivos tributarios, aduaneros (capítulo IV), cambiarios (capítulo V), 2)- la garantía de estabilidad por treinta (30) años prevista en el capítulo VI y 3) - con relación al sistema eficiente de protección de los derechos adquiridos (posibilidad de recurrir al arbitraje internacional como mecanismo de solución de los conflictos prevista en el capítulo X). La Autoridad de Aplicación: a- emitirá un Certificado de Adhesión al Proyecto RIGI; b- Informará a la Administración Federal de Ingresos Públicos a fin de que genere un CUIT especial con la sigla RIGI; c- informar al Banco Central de la República Argentina a fin de que aplique los beneficios en materia cambiaria. La reglamentación establecerá las clases de garantías que deberán exigirse para preservar el crédito fiscal relativo al otorgamiento incentivos tributarios y aduaneros (entre otras, garantía bancaria, seguro de garantía, garantía real, etc.).

\ 542

III. Permanencia en el RIGI.

Para mantener la adhesión al RIGI, se deberán contar con los siguientes requisitos: la realización del monto mínimo de inversión dentro del plazo aprobado por la Autoridad de Aplicación, como así también la realización del porcentaje que de este debe cumplirse dentro de los dos años de aprobada la solicitud de adhesión. La modificación de estos compromisos que se consideran esenciales puede realizarse solo previa solicitud y autorización expresa de la autoridad de aplicación. Desde la aprobación de la solicitud de adhesión, el sujeto adherido asume de manera irrevocable las obligaciones para la permanencia dentro del régimen. EL VPU podrá ante la ocurrencia de un evento de caso fortuito o fuerza mayor decidir suspender, reiniciar y/o cerrar en forma provisoria o definitiva, parcial o total, sin incurrir en responsabilidad. En el caso de suspensión, desaparecido el impedimento, el VPU deberá retomar el cumplimiento de sus obligaciones.

IV. Incentivos, garantías y estabilidad

Aprobada la solicitud de adhesión al RIGI, el sujeto adherido goza, desde la fecha de adhesión al RIGI, de los siguientes incentivos tributarios, aduaneros y cambiarios y la garantía de estabilidad por 30 años.

IV. 1. Incentivos tributarios: - Impuesto a las ganancias: los sujetos adheridos al RIGI están sujetos al régimen que sigue:

1. La alícuota del impuesto es del veinticinco por ciento (25%) y no aplica la escala prevista en la LIG.

2. Los VPU pueden, para las inversiones que realicen, optar por practicar la amortización de los bienes de acuerdo con las normas previstas en la LIG o conforme al régimen que se establece a continuación: 1. En bienes muebles amortizables adquiridos, elaborados, fabricados o importados: como mínimo en dos cuotas anuales, iguales y consecutivas. 2. En minas, canteras, bosques y bienes análogos o en obras de infraestructura iniciadas en ese período: como mínimo en la cantidad de cuotas anuales, iguales y consecutivas que surja de considerar su vida útil reducida al sesenta por ciento (60%) de la estimada. Los bienes adquiridos deben permanecer en el proyecto, o en el caso de reemplazo de bienes, el monto invertido en la reposición debe ser igual o mayor al obtenido por su venta.

3. El quebranto impositivo sufrido por los VPU en un período fiscal, que no pueda absorberse con ganancias gravadas del mismo período, puede deducirse de las ganancias gravadas que se obtengan en los años inmediatos siguientes y sin límite temporal. Transcurridos cinco años sin que tales quebrantos sean absorbidos por ganancias gravadas, pueden transferirse a terceros y, en el caso de las sucursales dedicadas, también pueden utilizarse para absorber ganancias gravadas de la sociedad. Los quebrantos se actualizan teniendo en cuenta la variación del índice de precios internos al por mayor (IPIM) operada

543 /

entre el mes de cierre del ejercicio fiscal en que se originaron y el mes de cierre del ejercicio fiscal que se liquida.

4. Las actualizaciones previstas en la LIG se practican sobre la base de las variaciones porcentuales del índice de precios al consumidor nivel general (IPC), no resultando de aplicación el art. 93 de dicha ley. - Dividendos y utilidades: La distribución de dividendos y utilidades provenientes de los VPU queda alcanzada por la alícuota vigente de la LIG del siete por ciento 7%. Transcurrido un plazo de siete años contados desde la fecha de adhesión al RIGI, la distribución de dividendos y utilidades provenientes de los VPU adheridos al RIGI queda alcanzada por una alícuota del tres coma cinco por ciento (3,50%).

IV.2. Proyectos de exportación estratégica de largo plazo: En el caso de los Proyectos de Exportación Estratégica de Largo Plazo se prevé como beneficio adicional una menor carga fiscal en las retenciones a beneficiarios del exterior, de este modo: a. Los pagos que los VPU titulares de este tipo de proyectos efectúen a beneficiarios del exterior por las locaciones o chárter marítimos, por los servicios de transporte internacional destinado a exportaciones y por los servicios incluidos en contratos de ingeniería, adquisición y gestión de construcción están exentos del impuesto a las ganancias. b. Los pagos que efectúen los VPU a beneficiarios del exterior que no estén incluidos en ninguno de los supuestos anteriores, se encuentran gravados por el impuesto a las ganancias sobre una ganancia neta presunta equivalente al treinta por ciento (30%) de los importes pagados, lo que implicará una alícuota efectiva del diez coma cinco por ciento (10,5%) excepto que exista una disposición que implique un tratamiento más favorable. c. Si los pagos en cuestión se encuentran gravados por el impuesto a las ganancias, no se aplica el grossing up- Transferencia de ingresos a fiscos extranjeros: los incentivos tributarios otorgados a través del RIGI no producirán efectos si resultan en una transferencia de ingresos a fiscos extranjeros por aplicación de un impuesto mínimo

global en consideración del segundo pilar del Marco Inclusivo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo.

- Transacciones entre los VPU y sujetos vinculados locales: resultan aplicables las normas de precios de transferencia del art. 17 de la LIG, excepto las obligaciones formales.

- Impuesto al valor agregado (IVA): se establece un sistema basado en Certificados de Crédito Fiscal para cancelar obligaciones.

Los VPU podrán pagar el Impuesto al Valor Agregado (IVA) que se les hubiera factura por compra, construcción, fabricación, elaboración de bienes de uso o por inversiones de obras de infraestructura y/o servicios necesarios para el desarrollo y construcción sus proveedores, o a la AFIP, en el caso de importaciones de bienes, a través de la entrega de Certificados de Crédito Fiscal. Los Certificados de Crédito Fiscal tendrán, para los proveedores, el carácter de saldo de libre disponibilidad (segundo párrafo del art. 24 de la Ley del IVA) y podrán transferir los remanentes de dichos saldos no utilizados a terceros sin necesidad de aprobación previa si la AFIP no realiza la devolución en un plazo de tres (3) meses. En ningún caso los VPU pueden computar los créditos fiscales reales abonados con Certificados de Crédito Fiscal.

- Impuesto a los débitos y créditos bancarios: los VPU pueden computar el ciento por ciento (100%) de los importes abonados y/o percibidos en concepto del impuesto como crédito del impuesto a las ganancias.

- Deducciones de intereses y diferencias de cambio vinculadas a la financiación del proyecto: las normas vinculadas con el límite a la deducción de intereses y diferencias de cambio establecidas en el cuarto párrafo y siguientes del inc. a) del art. 85 de la LIG, no se aplicarán durante los primeros cinco (5) años desde la fecha de adhesión.

- Registros contables en USD: los VPU pueden optar por llevar sus registros contables y estados financieros en USD utilizando las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF).

545 /

IV.3. Incentivos Aduaneros- Exenciones de derechos de importación y otros: Las importaciones de bienes de capital nuevos, repuestos, partes, componentes y mercaderías de consumo, así como las importaciones temporarias efectuadas, gozarán de una exención de derechos de importación, tasa de estadística y comprobación de destino, y de todo otro régimen de percepción, recaudación, anticipo o retención de tributos nacionales y/o locales. Estos son los únicos beneficios por los cuales pueden adherirse al RIGI los proveedores de bienes y servicios que importen mercadería destinada a la provisión de bienes y servicios a VPU adheridos al RIGI.

IV.4. Exenciones de derechos de exportación: Las exportaciones para consumo de bienes obtenidos al amparo del proyecto promovido se encontrarán exentas de derechos de exportación luego de transcurridos tres (3) años contados desde la fecha de adhesión. Para los proyectos de Exportación Estratégica de Largo Plazo, el beneficio procede a partir de los dos (2) años desde la fecha de adhesión.

IV.5. Garantía de no restricciones para importar y exportar: Los proyectos no pueden sufrir prohibiciones o restricciones directas o indirectas a la importación o exportación, excepto por prohibiciones o restricciones no económicas. No podrán ser afectados por restricciones regulatorias sobre el suministro, transporte y procesamiento de insumos destinados a exportaciones. También se garantiza a los VPU adheridos la inaplicabilidad de cualquier norma o restricción que afecten la estabilidad de las autorizaciones de exportación de largo plazo para sus productos cuando las mismas hayan sido otorgados previamente.

IV.6. Incentivos cambiarios- Cobros de exportaciones: Los cobros de exportaciones de bienes de los proyectos quedan exceptuados de la obligación de ingreso y liquidación en el mercado de cambios en los siguientes porcentajes:

a. 20% luego de transcurridos dos años contados desde la puesta en marcha del VPU adherido al RIGI.

b. 40% luego de transcurridos tres años desde esa fecha.

c. 100% luego de transcurridos cuatro años desde esa fecha.

Si se tratara de un VPU declarado de Exportación Estratégica de Largo Plazo, los cobros de exportaciones de bienes quedan exceptuados de la obligación de ingreso y liquidación en el mercado de cambios en los siguientes porcentajes:

a. 20% luego de transcurrido un año desde la puesta en marcha del VPU adherido al RIGI.

b. 40% luego de transcurridos dos años desde esa fecha.

c. 100% luego de transcurridos tres años desde esa fecha.

Las divisas no alcanzadas por la obligación de ingreso y liquidación en el mercado de cambios serán consideradas de libre disponibilidad.

547 /

- Libre disponibilidad de divisas de aportes de capital, préstamos o servicios; asimismo, estarán exceptuados de la obligación de ingreso y liquidación en el mercado de cambios las divisas y/o cualquier contravalor de aportes de capital, préstamos, o servicios. Las divisas también serán consideradas de libre disponibilidad. El régimen establece que serán de libre disponibilidad, en el exterior o en el país, las divisas por financiamientos locales o externos desembolsados con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley.

- Acceso al mercado de cambios para pago de préstamos, repatriación de inversiones directas, pago de utilidades, dividendos o intereses: No aplicarán las restricciones o autorizaciones previas para el acceso al mercado de cambios para el pago de capital de préstamos y otros endeudamientos financieros con el exterior, y la repatriación de inversiones directas de sujetos no residentes, en la medida que las divisas ingresadas y liquidadas en el mercado de cambios

sean en todo momento mayor o igual a los importes en divisas que demanden tales accesos. Tampoco aplicarán las normas cambiarias que establezcan, o que puedan establecer en el futuro, restricciones o autorizaciones previas para acceder al mercado de cambios para el pago de utilidades y dividendos, o intereses, en la medida que tales utilidades, dividendos o intereses correspondan a aportes de capital u otras inversiones directas, o por préstamos u otros endeudamientos financieros con el exterior, ingresados y liquidados en el mercado de cambios, sin que en este caso aplique límite cuantitativo.

- Tenencia de activos externos: No resultarán aplicables a los VPU las limitaciones a la tenencia de activos externos líquidos (o no), pero, el monto de activos externos líquidos en el exterior por los beneficios del RIGI podrá ser tenido en cuenta por lo que establezcan las normas vigentes, o las que puedan establecerse en un futuro, restricciones o autorizaciones previas para el acceso al mercado de cambios con base en la tenencia de activos externos líquidos. Es decir, podría requerirse el uso de dichos externos en forma previa al acceso al mercado de cambios para pagar deuda comercial y/o financiera con el exterior, el pago de capital e intereses de préstamos, la distribución de dividendos y utilidades, y/o la repatriación de inversiones directas de sujetos no residentes.

- Aplicación de régimen general más favorable: Cabe destacar que, en el caso de que, en un futuro, las disposiciones del régimen general de negociación y liquidación de las operaciones de exportación a través del mercado de cambios resulten ser más favorables que las disposiciones previstas en el RIGI, le podrá ser aplicado a los VPU dicho régimen general más favorable.

IV.7. Garantías: Se garantiza a los VPU: a) la plena disponibilidad de los resultantes de sus proyectos sin obligación de comercializar en el mercado interno, b) la plena disponibilidad de sus activos e inversiones, que no serán objeto de actos confiscatorios o expropiatorios, c) el derecho a la operación continuada del proyecto sin interrupciones

salvo que media orden judicial; d) el derecho al pago de utilidades, dividendos e intereses mediante el acceso al mercado de cambios, en la medida en que la inversión haya ingresado a través del mercado de cambios e) el acceso irrestricto a la justicia y demás remedios legales disponibles para la defensa y protección de sus derechos.

IV.8. Estabilidad- Estabilidad normativa: Los VPU gozan de estabilidad normativa en materia tributaria, aduanera y cambiaría por treinta (30) años. Significa que los incentivos otorgados no pueden ser afectados ni por la derogación de la ley ni por la creación de normativa tributaria, aduanera o cambiaria más gravosa o restrictiva que las que se encuentran contempladas en el RIGI.

La autoridad de aplicación podrá extender la garantía de estabilidad de los proyectos de este tipo que se ejecuten en etapas sucesivas hasta los 30 años posteriores a la fecha estimada de puesta en marcha de cada etapa. De todos modos, no podrá extenderla más allá de los treinta (30) años contados desde que se cumpla el décimo año de puesta en marcha de la primera etapa.

549 /

IV.9. Estabilidad tributaria: La estabilidad tributaria implica que los tributos que se apliquen a los VPU son los vigentes a la fecha de adhesión, con las modificaciones que surgen del propio régimen. Los nuevos tributos que se creen a partir de la fecha de adhesión, que sean distintos de los vigentes a la fecha de adhesión o de lo previsto en el régimen, no aplicarán a tales VPU (de igual forma sucederá con los incrementos de tributos existentes). Los incrementos de tributos estabilizados y no aplicables al VPU se pueden dar, entre otros por: el aumento de alícuotas, tasas o montos; se modifiquen los mecanismos de determinación de la base imponible; se incorporen al ámbito del tributo situaciones que se encontraban no alcanzadas; se deroguen exenciones. Los VPU sí pueden beneficiarse de la eliminación de tributos o reducción de alícuotas que pudieran establecerse en un futuro y que resulten más favorables. La estabilidad no comprende el

IVA o los aportes y contribuciones de seguridad social. La estabilidad comprende, con relación al impuesto a las ganancias, la alícuota y mecanismos de determinación de la ganancia neta en pagos a beneficiarios del exterior. Este beneficio otorga el derecho a rechazar cualquier reclamo de la AFIP por aquellos importes que excedan el tributo que corresponda abonar en virtud de los apartados precedentes. Si el VPU abona un importe que no correspondía, este beneficio habilitará al VPU a utilizarlo como crédito fiscal y podrá usarlo para cancelar cualquier otro impuesto nacional.

Los VPU que invoquen la estabilidad tributaria deben probar, en cada caso, que efectivamente se ha producido. Sin embargo, cuando la vulneración sea consecuencia de la creación o incremento de un nuevo tributo o de una modificación legal o reglamentaria de cualquier aspecto relativo a los tributos vigentes a la fecha de adhesión, la AFIP deberá justificar y probar que no se ha producido el incremento como condición previa para aplicar dicho tributo o la mayor alícuota al VPU. La AFIP está dispensada de formular denuncias penales cuando el VPU haya exteriorizado el criterio utilizado para determinar la obligación tributaria a través de la presentación por escrito efectuada a dicha administración antes de la presentación de la declaración jurada.

IV.10. Estabilidad aduanera: La estabilidad aduanera implica que, para tributos regidos por la legislación aduanera en importaciones y exportaciones para consumo, la alícuota y base imponible son las vigentes a la fecha de adhesión con las modificaciones que surgen del régimen. Se garantiza la posibilidad de generar declaraciones y liquidaciones manuales para resguardar la estabilidad aduanera y que no pueda exigírsele a los VPU el pago previo de los importes en casos de cambio normativo o de alícuota aplicable.

IV.11. Estabilidad cambiaria: La estabilidad cambiaria implica que a los VPU les aplica el régimen cambiario vigente a la fecha de

adhesión con las modificaciones que surgen del régimen. Los VPU no pueden ser afectados por normativa cambiaria que establezca condiciones más gravosas, pero en el caso de reducciones o eliminación de restricciones que impliquen un tratamiento más beneficioso, el VPU podrá beneficiarse de las mismas.

V. La cuestión de la Articulación con jurisdicciones locales.

La ley invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a dictar las normas que resulten necesarias para establecer procedimientos congruentes con los propósitos de la ley.

Las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios que adhieran al RIGI no podrán imponer a los VPU nuevos gravámenes locales, salvo las tasas retributivas por servicios efectivamente prestados. A los efectos del régimen, se entenderá que existe un nuevo gravamen local cuando se cree un nuevo hecho imponible respecto de los existentes al 31 de diciembre de 2023 o, asimismo, cuando se modifique el hecho imponible, la base imponible, la alícuota, las deducciones, las exenciones y/o desgravaciones y/o cualquier otro aspecto de los tributos existentes a dicha fecha, que en los hechos implique una mayor carga fiscal. En el caso de tasas retributivas por servicios prestados, existentes o a crearse en el futuro, estas no podrán exceder el costo específico del servicio efectivamente prestado a los sujetos individualmente considerados. Se entenderá que una tasa excede el costo específico del servicio efectivamente prestado cuando su base imponible se determine sobre la base de ventas, ingresos brutos, ganancias o parámetros análogos.

551 /

VI. Otros regímenes promocionales y su Compatibilidad.

Compatibilidad con otros regímenes de promoción e incentivo: los beneficios previstos en el RIGI no pueden acumularse con incentivos de la misma naturaleza que existan en otros regímenes promocionales que ya existen. La adhesión al RIGI no implica renuncia ni incompatibilidad con otros regímenes promocionales vigentes y/o futuros, con los que se podrán combinar incentivos de distinta naturaleza que no se superpongan ni se acumulen o reiteren con los incentivos previstos en el RIGI.

VII. Cesación de los incentivos bajo el RIGI.

Los incentivos y derechos de un VPU adherido al RIGI cesarán sin efecto retroactivo, dejando de revestir dicho carácter, por las siguientes causas:

- a) Finalización del proyecto por fin de su vida útil.
- b) Quiebra del VPU.
- c) Baja voluntaria solicitada por el VPU, a partir de la fecha de su aprobación por la autoridad de aplicación.
- d) Cese como sanción por infracción al RIGI.

Los VPU podrán darse de baja voluntariamente del RIGI en ciertos casos previstos y cumpliendo ciertas condiciones. La solicitud de baja deberá ser presentada por el VPU en los términos y condiciones que establezca la reglamentación. Una vez aprobada, el sujeto solicitante de la baja quedará liberado de sus obligaciones bajo el RIGI desde la fecha de solicitud de la baja. Desde esa misma oportunidad en adelante, se considerará que habrá perdido todo derecho, garantía e incentivo previsto en el RIGI, sin efecto retroactivo y sin afectar los derechos utilizados con anterioridad a la baja.

VIII. Régimen Sancionatorio.

Los incumplimientos del régimen que se enumeran como sancionables son: a) Omitir o demorar la presentación de la información requerida; b) Presentar información o declaraciones juradas falsas o inexactas a la autoridad de aplicación u otros organismos competentes en el marco de la presente ley; c) Omitir la autorización previa y expresa de la autoridad de aplicación en aquellos casos en que esta sea necesaria; d) Desafectar (ya sea por venta o reexportación) bienes introducidos al amparo de franquicias establecidas por el RIGI; e) Desarrollar actividades que no correspondan al objeto único del VPU; f) Incumplir injustificadamente las obligaciones de monto mínimo de inversión total y en los primeros dos años, g) Goce indebido de las franquicias tributarias, aduaneras y cambiarias previstas en el presente régimen. Verificado un incumplimiento por la Autoridad de Aplicación y en los casos en que ello sea materialmente factible, el VPU deberá subsanar el incumplimiento dentro del plazo de treinta (30) días hábiles siguientes al de la notificación de la intimación.

553 /

En caso de que el incumplimiento no sea un supuesto susceptible de subsanación o haya vencido el plazo para subsanarlo previsto en el apartado anterior sin que el VPU lo haya subsanado, se procederá a la instrucción del sumario infraccional correspondiente y a la aplicación, en su caso, de las sanciones que pudieran corresponder. El régimen enumera las sanciones que podrán ser aplicadas sin perjuicio de las que pudieran corresponder por aplicación de la legislación tributaria, aduanera, previsional y/o penal vigente, y en general relaciona el tipo de incumplimiento con el tipo de sanción. Las sanciones previstas son: a) apercibimiento; b) multas que se fijan por rangos de montos o por porcentajes en relación al monto mínimo de inversión; c) cese del RIGI y la caducidad total de los incentivos del RIGI; d) Inhabilitación para solicitar la adhesión de un nuevo Proyecto al RIGI; e) devoluciones de las franquicias tributarias, aduaneras y cambiarias. El régimen también prevé un procedimiento sumarial regulado. La

acción penal en las infracciones previstas reprimidas con penal de multa se extingue por el pago voluntario del mínimo de la multa que pudiera corresponder por el hecho de que se trata si el pago se realiza al notificarse la imputación al VPU en el procedimiento sumarial y conferírsele 15 días para presente su descargo. Las sanciones podrán recurrirse administrativamente sin perjuicio de la facultad del VPU de optar por someter la controversia a arbitraje. Los recursos y/o remedios alternativos judiciales y/o arbitrales suspenderán la ejecución y efectos de los actos dictados por la Autoridad de Aplicación.

IX. Tratados de promoción y protección recíproca de inversiones.

Los derechos e incentivos adquiridos bajo los términos y condiciones del régimen se consideran inversiones protegidas en el sentido previsto en los tratados de promoción y protección recíproca de inversiones, que resulten aplicables y su afectación podrá dar lugar a la responsabilidad internacional del Estado nacional de conformidad con sus disposiciones, y sin perjuicio de los remedios previstos en el régimen.

X. Mecanismos de solución de controversias.

El RIGI tiene disposiciones relevantes sobre los mecanismos de solución de las controversias que pudieran surgir entre un VPU y el Estado Nacional. En este sentido, establece una cláusula “escalonada” en virtud de la cual todas las controversias que deriven del régimen serán resueltas por negociaciones amistosas o, si la disputa no pudiera ser solucionada en un plazo de 60 días corridos, serán sometidas a arbitraje. Para el arbitraje, los VPU podrán elegir entre tres reglamentos arbitrales: el Reglamento de la Corte Permanente de Arbitraje (CPA),

el de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) o, notablemente, el del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) y su reglamento de arbitraje de Mecanismo Complementario. El tribunal arbitral estará integrado por tres árbitros que no deberán ser nacionales argentinos ni del estado de origen de los accionistas mayoritarios del VPU. La sede del arbitraje será determinada por la institución administradora y no deberá estar situada en la Argentina. Asimismo, el RIGI faculta al Poder Ejecutivo Nacional a establecer mecanismos de solución de controversias con los VPU, específicos para cada proyecto, en el acto administrativo que apruebe la solicitud de adhesión al régimen y el plan de inversión del VPU. En ese marco, no será necesario que los VPU presenten en forma previa reclamos o impugnaciones administrativas de ningún tipo, no siendo exigible el agotamiento de instancia administrativa alguna a los efectos de someter cualquier controversia vinculada con el régimen a arbitraje. Asimismo, no será aplicable ningún plazo de caducidad para el inicio de un reclamo arbitral, aun frente a una resolución expresa de un recurso o impugnación administrativa. La interposición de los recursos o impugnaciones administrativas no impedirá desistirlas unilateralmente en cualquier momento para promover el reclamo arbitral. El desistimiento no podrá en ningún caso interpretarse como renuncia de los derechos que le pudieren asistir al VPU, ni obstará a que se articule el reclamo arbitral una vez resueltos definitivamente aquellos sin sujeción a plazo de caducidad alguno. Sin embargo, la promoción del reclamo arbitral impedirá la continuación o posterior interposición de recursos administrativos contra el mismo acto.

555 /

XI. Vigencia y reglamentación.

La ley fue sancionada por el Congreso de la Nación el 27 de junio de 2024 y entró en vigencia, el 8 de julio de 2024, día en que se publicó en el Boletín Oficial. El 23 de agosto de 2024 se publicó en el Boletín

Oficial de la Nación el Decreto 749/2024, que reglamenta el Título VII de la Ley N° 27.742 de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos, en aquellos aspectos inherente al Régimen de Incentivo para Grandes Inversiones.

XII. Críticas y riesgos del RIGI.

Pese a sus ventajas, el RIGI enfrenta críticas tanto desde el ámbito político como jurídico. Una de las preocupaciones principales es que el régimen podría generar desigualdades fiscales al concentrar beneficios en grandes proyectos, dejando de lado a las pymes y a sectores no prioritarios. Esto podría ampliar las brechas económicas y sociales en el país. Otra crítica recurrente se centra en la posibilidad de que el arbitraje internacional socave la soberanía nacional. Los antecedentes de fallos adversos en el marco del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) generan escepticismo sobre la conveniencia de someter disputas a tribunales extranjeros. Por otra parte, la falta de experiencia en la implementación de figuras como las sucursales dedicadas podría derivar en problemas de fiscalización y cumplimiento. Además. En el ámbito ambiental, algunos sectores han expresado preocupación sobre el impacto de las grandes inversiones promovidas por el RIGI. Aunque la Ley de Bases establece que los derechos ambientales no pueden ser suspendidos, existen temores de que los incentivos a largo plazo puedan limitar la capacidad de adaptación a normativas ambientales emergentes.

XIII. Impacto ambiental, social y económico.

El RIGI busca posicionar a Argentina como un destino competitivo para inversiones extranjeras directas, con un enfoque en sectores estratégicos como energía, minería y tecnología. La estabilidad fiscal

y la exención de derechos de importación son incentivos importantes que podrían dinamizar estas áreas. Sin embargo, para maximizar su impacto, es crucial implementar políticas complementarias que promuevan la inclusión de las pymes en las cadenas de valor generadas por los grandes proyectos. Además, la distribución equitativa de los beneficios económicos debe ser un objetivo prioritario para evitar tensiones sociales y garantizar un desarrollo sostenible. Desde una perspectiva internacional, el RIGI también podría fortalecer la posición de Argentina como proveedor global de recursos naturales y tecnologías emergentes, el régimen tiene potencial para atraer inversiones de gran escala y generar empleos. Por su parte, una de las principales preocupaciones que se ha manifestado desde la oposición política en el Congreso y los sectores industriales y pymes en torno al RIGI es su potencial para promover proyectos que no sean compatibles con la protección y respeto a los derechos humanos y la protección de las cuencas y sistemas naturales. El cuestionamiento pasa por identificar hasta qué punto los proyectos habilitan o comprometen, limitando las capacidades sociales, para promover el desarrollo a largo plazo. En línea con los Principios rectores de Empresas y derechos humanos, las empresas deben actuar con la diligencia debida para identificar, prevenir y mitigar sus impactos negativos, respetando proactivamente los derechos humanos de los grupos afectados directa e indirectamente por el proyecto. El Estado, por su parte, tiene la responsabilidad de garantizar un marco fiscal y regulatorio adecuado que proteja los derechos de las comunidades y garantice que las comunidades y grupos afectados tengan la capacidad para incidir y lograr remedios efectivos cuando sus derechos hayan sido violados. Es así como se puede compatibilizar proyectos de inversión con la protección de derechos y la promoción de un desarrollo verdaderamente regenerativo. Es por esto que la evaluación y acuerdo en torno a un RIGI no se limite a sus potenciales beneficios macroeconómicos, sino que considere también sus impactos sociales, ambientales y en materia de derechos humanos. Se requiere un análisis

integral que tome en cuenta las voces de las comunidades afectadas, las organizaciones de la sociedad civil y los expertos en la materia.

XIV. Conclusión.

\ 558 El RIGI representa un esfuerzo significativo por parte del Estado argentino para captar grandes inversiones en un contexto de desconfianza jurídica e inestabilidad económica. Su éxito dependerá de una implementación rigurosa, acompañada de reformas estructurales que refuercen la confianza en el sistema judicial y la capacidad institucional del país. Como bien sabemos, las grandes inversiones son fundamentales para el desarrollo y crecimiento económico de una Nación, es por ello que el RIGI representa una herramienta y andamiaje jurídico clave para poder captar y atraer capitales significativos en sectores estratégicos como agroindustria, turismo, infraestructura, minería, energía y tecnología. Los incentivos fiscales, cambiarios y aduaneros propuestos por esta ley vienen a ofrecer un ecosistema competitivo y favorable, buscando garantizar la estabilidad y certidumbre a quienes quieran invertir, ya sea tanto inversores nacionales como internacionales. El potencial es grande, ya que busca generar empleo, fortalecer la competitividad de Argentina e incrementar importaciones en los mercados internacionales. Nuestro país necesita grandes inversiones para que se pueda impulsar el crecimiento económico. El RIGI significa un paso hacia esa dirección, estableciendo mecanismos que aseguran beneficios sostenibles a largo plazo. Aunque supera las limitaciones del régimen anterior, el RIGI plantea interrogantes sobre su sostenibilidad a largo plazo y su capacidad para generar beneficios amplios y equitativos. La seguridad jurídica debe extenderse a todos los actores económicos, y los incentivos fiscales deben alinearse con las normas internacionales para evitar conflictos regulatorios. Solo así se podrá lograr un desarrollo económico inclusivo y sostenible que beneficie a todos los sectores de la sociedad.

XV. Referencias.

- 1- ARTOPOULOS, A. L. y SALATINO, M. A. (2024). ASPECTOS IMPOSITIVOS DEL RÉGIMEN DE INCENTIVO PARA GRANDES INVERSIONES. TR LALEY AR. Visto el 13/12/2024. En: <https://www.laleynext.com.ar/document/doctrina/i7CD062C44422B-973F1E22C27AFB10EC0?chunkNumber=1>
- 2- BRANDT, M. I, (2024). LINEAMIENTOS DEL NUEVO RÉGIMEN DE INCENTIVO PARA GRANDES INVERSIONES (RIGI). TR LALEY AR. Visto el 13/12/2024. En: <https://www.laleynext.com.ar/document/doctrina/i26BB261226AB2F302B7F98CAB51F6477?-chunkNumber=1>
- 3- DÍAZ RICC, S. (2006). CRONICA 2005 DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ARGENTINA. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. Núm. 10.
- 4- Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos - Régimen de Incentivo para Grandes Inversiones (RIGI) - Reglamentación de los arts. 164 a 228 del Título VII de la ley 27.742. DECRETO 749/2024 PODER EJECUTIVO NACIONAL. Publicado en B.O. el 23/08/2024. TR LALEY AR. Visto el 13/12/2024. En: <https://www.laleynext.com.ar/document/legislacion/i0AAD0E9A13D-024218113D48385C8FEFE?chunkNumber=1>
- 5- Ley de Bases y Puntos de Partida Para la Libertad de los Argentinos - Declaración de Emergencia - Reforma del Estado - Contratos y Acuerdos Transaccionales - Promoción del Empleo Registrado - Modernización Laboral - Energía - Régimen de Incentivos para Grandes Inversiones (RIGI) - Medidas Fiscales para un Ajuste Equitativo y de Calidad - Modificación de las leyes 23.696, 19.549, 25.164, 24.185, 17.520, 24.013, 20.744, 26.727, 25.013, 25.345, 26.844, 17.319, 24.076, 26.741 y 24.674

- Derogación de la ley 25.323. LEY 27.742 PODER LEGISLATIVO NACIONAL. Publicado en el B.O. el 08/07/2024. : TR LALEY AR. Visto el 13/12/2024. En: <https://www.laleynext.com.ar/document/legislacion/i0AAD0E89100D054C81101759C0ADE930?chunkNumber=1>

Fondo de cese: una nueva forma de ¿indemnizar?

| Fernanda Gabriela Avila |

Introducción

El presente trabajo tiene como finalidad explicar en qué consiste el sistema de Fondo de Cese que incorpora la Reforma laboral de la Ley 27.742, cuáles son sus alcances y limitaciones.

\ 562 Pasare a conceptualizar el mismo, con una breve reseña de lo dispuesto en materia de la construcción (ley 22.250) para terminar explicando los sistemas dispuestos en el Decreto 847/24 y la aplicación a nuestro derecho laboral vigente.

La finalidad del presente se basa en determinar si es posible la aplicación del mencionado sistema en nuestro derecho y en la realidad del país en la actualidad. Si estamos realmente ante un sistema que otorgue una solución factible al despido sin causa, o si por el contrario, solo complicará las cosas, perjudicando al trabajador en relación de dependencia.

Asimismo, se realizará un análisis respecto a si verdaderamente es conducente, reemplazar el art. 266 (ex art. 245) de la Ley de contrato de Trabajo, por el Fondo de Cese o si se volverá inaplicable y caerá en desuso.

Fondo de cese: Concepto y antecedentes normativos en la legislación argentina.

El Sistema de Fondo de Cese Laboral, se define como un aporte que realiza el Empleador mes a mes en favor del Trabajador, constituyéndose en un patrimonio que le corresponderá al mismo al finalizar la relación laboral.

La ley 22.250 de la Industria de la Construcción en su art. 15 lo define como: “...un aporte obligatorio a cargo del empleador, que deberá realizarlo mensualmente desde el comienzo de la relación laboral...el mismo, constituirá un patrimonio inalienable e irrenunciable del trabajador, no pudiendo ser embargado, cedido ni gravado salvo por imposición de cuota alimentaria y una vez producido el desempleo.”

Asimismo, la reglamentación otorgada por el Decreto 847/24 en su Anexo II art. 6 expresa que: “*El Sistema de Cese Laboral es un régimen alternativo... que le otorga a los empleadores y trabajadores la posibilidad de sustituir la indemnización por antigüedad prevista en el artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 (t.o.1976) y sus modificatorias, como así también a cualquier otro rubro indemnizatorio cuyo cálculo tome como parámetro a la referida indemnización, incluyendo, pero sin limitarse, a los supuestos actualmente previstos en los artículos 183, inciso b), 212, 246, 247, 248, 250, 251 y 253 de la citada Ley N° 20.744 (t.o.1976) y sus modificatorias.*”

563 /

Se puede observar de ambas definiciones que la ley 22.250 de la Industria de la Construcción, lo define como *aporte obligatorio*, que debe realizar el empleador en favor del trabajador, a diferencia del Decreto 847/24 que destaca que el mismo será un *régimen alternativo indemnizatorio*. Es decir, la nueva reglamentación le otorga al empleador la posibilidad de elegir el sistema de Fondo de Cese a los fines indemnizatorios una vez finalizada la relación laboral, quitando la obligatoriedad al aporte que le otorga la ley de la Industria de la Construcción.

Es evidente, como podremos observar más adelante que el legislador, que se ha basado de forma acabada y continua en lo reglamentado por la Ley 22.250, realizó un cambio en la naturaleza jurídica de la figura al volverlo una especie de indemnización laboral., pero casi con las mismas directivas que expresa la mencionada Ley.

Fondo de Cese en la Industria de la Construcción. Diferencias y similitudes con el Decreto Reglamentario.

El Fondo de Cese en la Industria de la Construcción, tiene sus orígenes en el año 1967 con el dictado de la ley 17.258, en donde se lo denominó inicialmente “Fondo de Desempleo”, el que presentaba varias desventajas en cuanto a su aplicación en las relaciones laborales ya que por ejemplo, las sumas devengadas más sus interés, constituían un monto inferior al que le hubiese correspondido bajo la regulación anterior a los trabajadores de la construcción.

Es por todas las inconsistencias que tenía la mencionada regulación, que llevaba a pérdida tanto al trabajador como al empleador, es que en el año 1980 se sanciona la ley 22.250, la que ha sido modificada hasta llegar al articulado actual. Es mediante la mencionada ley, donde se le cambia el nombre al presente instituto denominándolo “Fondo de Cese Laboral”.

El art. 15 en su 2do párrafo dispone el porcentaje para llevar a cabo el aporte que deberá realizar el Empleador tomando como base la remuneración mensual del Trabajador, el que será del 12% el primer año de prestación de servicio, y una vez cumplimentado el año de antigüedad, el aporte pasará a ser del 8%.

Posteriormente hace referencia a que, a los fines de evitar un estancamiento de los montos depositados, podrán depositarse las sumas en cuentas a nombres del trabajador que posibiliten el mejor logro de los mismos, siempre en entidades bancarias sujetas a lo que dispone el Banco Central de la República Argentina.

Asimismo, el mencionado artículo, le otorga al Fondo de Cese el carácter de patrimonio inalienable que no puede ser embargado, cedido ni gravado con la excepción de las cuotas alimentarias y una vez producido el desempleo.

Y por último, hace referencia a que este sistema, reemplaza al régimen del preaviso y despido que contempla la ley 20.744.

Por su parte, el artículo 6 del Decreto Reglamentario N° 847/24 en su Anexo II, se basa en otorgar primeramente una breve definición de lo que se entiende por Fondo de Cese Laboral, y las características generales del sistema. Recién, en su art. 7 menciona los parámetros y principios del fondo, buscando de esta forma, pautar bases generales del sistema ya que como podemos observar, no se especifican mayores cosas que las que ya se mencionan en el artículo anterior. Ellos son:

a) Sustituirá la indemnización por antigüedad prevista en el artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 (t.o.1976) y sus modificatorias, como así también a cualquier otro rubro indemnizatorio cuyo cálculo tome como parámetro a la referida indemnización, incluyendo, pero sin limitarse a los supuestos previstos en los artículos 183, inciso b), 212, 246, 247, 248, 250, 251 y 253 de la citada Ley N° 20.744 (t.o.1976) y sus modificatorias.

b) En el caso de extinción del contrato de trabajo por mutuo acuerdo, en cuyo marco el empleador acuerde abonarle al trabajador una suma de dinero a modo de gratificación, cualquiera fuera su denominación, dicho pago podrá ser efectuado sobre la base de las metodologías y procedimientos que se establezcan en el Sistema de Cese Laboral, sin perjuicio de cualquier otro pago adicional que las partes acuerden.

c) En el Convenio Colectivo de Trabajo que corresponda se deberá establecer que, al inicio de una nueva relación laboral, el empleador y el trabajador acordarán si se rigen por algún sistema de cese laboral contemplado en dicho convenio o por el sistema indemnizatorio

565 /

previsto en la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 (t.o.1976) y sus modificatorias.

d) La opción formulada por mutuo acuerdo entre el empleador y el trabajador solo puede ser modificada por acuerdo escrito de ambas partes.

e) Los Convenios Colectivos de Trabajo podrán establecer múltiples sistemas de fondo de cese, cumpliendo, en cualquier caso, con los requerimientos previstos en el último párrafo del artículo 6° de la presente Reglamentación. Nada de lo dispuesto en el presente ni de lo que pudiera acordarse convencionalmente obstará a que puedan coexistir los distintos sistemas en simultáneo.

f) Los Convenios Colectivos de Trabajo podrán acordar Sistemas de Cese Laboral con condiciones, modalidades y montos diferentes según el tipo y las características de la empresa, actividad o subsector, cumpliendo como mínimo con las condiciones previstas en la presente Reglamentación.

g) El Sistema de Cese Laboral no podrá contemplar el cobro, de forma directa o indirecta, de comisiones, tasas o montos que tengan como beneficiarios o destinatarios a los representantes de los empleadores ni a las asociaciones sindicales.

h) El pago al trabajador de las sumas resultantes a través del Sistema de Cese Laboral tendrá efecto cancelatorio pleno, total y definitivo de las indemnizaciones a las que sustituyen.

i) En el caso de relaciones laborales que se hayan iniciado previo a la entrada en vigencia del Sistema de Cese Laboral acordado en el Convenio Colectivo de Trabajo, las partes podrán pactar de mutuo acuerdo el cambio al Sistema de Cese. El Convenio Colectivo de Trabajo podrá determinar un régimen especial para estos trabajadores.

En resumen, cualquier Convenio Colectivo de Trabajo que sume la figura de Fondo de Cese Laboral deberá determinar y contener en su articulado:

a. Que el Sistema de Fondo de Cese Laboral sustituirá la indemnización del ex art. 245 (hoy artículo 266) y las que tomen como base de cálculo a la misma.

b. Que también podrá otorgarse una “gratificación” en los casos de extinción del contrato por mutuo acuerdo.

c. El Convenio que en su articulado regule el Fondo de Cese deberá establecer:

- Que el empleador y trabajador deberán especificar por cuál sistema se registrarán en la relación laboral, es decir, por el Fondo de Cese o el sistema dispuesto por la Ley de Contrato de Trabajo.
- Podrán disponer múltiples sistemas de Cese Laboral, los que podrán coexistir de forma simultánea.
- Dispondrán condiciones, modos, y montos diferentes en base al tipo de Empresa, la actividad o sector.
- Disponer respecto a los casos en los que una relación laboral ya iniciada, decida cambiarse al régimen indemnizatorio del Fondo de Cese.

567 /

a. Toda modificación deberá realizarse por común acuerdo entre las partes.

b. No se permite que los representantes de los trabajadores ni las asociaciones sindicales obtengan un beneficio del Fondo de Cese acordado.

c. Dispone que el pago efectuado en concepto de indemnización de Fondo de Cese, tendrá el carácter de pago total y cancelatorio.

Podemos observar asimismo, que una de las mayores diferencias que nos encontramos en ambas normas, se encuentra respecto al monto del aporte que deberá realizar el Empleador. La ley de la Industria de la Construcción expresa en su articulado que el aporte será del 12% el primer año de prestación de servicios, una vez cumplido el año de antigüedad, el aporte se disminuye al 8%.

Por su lado, el Anexo 2, nada menciona respecto al monto del aporte, ni pauta reglas generales de cómo deberá determinarse el mismo, ni sobre que índices; por lo que se deja a la libre disposición de cada Convenio Colectivo y sus representantes, el monto que deberá aportar el empleador dependiendo de la actividad que realiza. Esto nos conduce a que, puedan tomar como base la regulación de la industria de la construcción, o dispongan un monto superior que para un empleador “chico” sería de difícil operatividad, o un montón inferior, perjudicial para el trabajador.

Modalidades:

Del artículo 9 del Anexo 2 del Decreto 847/24, se desprenden tres tipos de Sistemas a saber:

1. Sistema de Cancelación Individual.
2. Sistema de Fondo de Cese individual o colectivo: el que a su vez presenta tres tipos de Regímenes
 - De Cuentas Bancarias
 - De Fondos Comunes de Inversión Abiertos (FCI)
 - De Fideicomisos Financieros
3. Sistema de Seguro individual o colectivo.

Sistema de Cancelación Individual:

Se entiende que el presente es el sistema “clásico”, es decir en el que el empleador es quien paga directamente al trabajador en base a las condiciones que disponga el Convenio. Lo único que la reglamentación impone es que se establezca como mínimo las condiciones, hechos y circunstancias bajo las cuales se indemnizara al finalizar la

relación laboral, como así también las modalidades, plazos, montos o porcentajes respecto al pago. Por lo que cualquier otra reglamentación, queda a libre disposición de cada Convenio Colectivo.

Sistema de Fondo de Cese individual o colectivo:

El artículo 11 del Anexo, menciona una serie de reglas generales respecto al mencionado sistema, especificando que:

Las cuentas, cuotas partes o valores fiduciarios podrán ser a nivel individual, empresa o sectorial.

Las partes podrán establecer el porcentaje de la remuneración o monto fijo que aportará el empleador para dicha cuenta individual o colectiva y la periodicidad de ese aporte. También podrán pactar libremente los montos que serán pagados en cada caso y las características para dichos pagos.

Los trabajadores podrán realizar aportes adicionales en el Sistema de Cese Laboral con excepción de los correspondientes a la cancelación de la situación prevista en el inciso b) del artículo 8° de la presente Reglamentación.

569 /

En el caso de Fondos Comunes de Inversión Abiertos de Cese Laboral y Fideicomisos Financieros de Cese Laboral, los aportes mencionados anteriormente podrán ser destinados a un fondo a nivel sectorial o de cada empresa. En este supuesto, las partes podrán establecer un monto o porcentaje deducible a pagar por el empleador en los casos en los que decide finalizar una relación laboral.

2. El Fondo de Cese Laboral será inembargable por los acreedores de los trabajadores o empleadores, por deudas de cualquier naturaleza.

3. El Convenio Colectivo de Trabajo preverá que las partes que lo suscriban no podrán ser beneficiarias en ningún caso de fondos no reclamados, así como el destino que les corresponda.

4. Un Convenio Colectivo de Trabajo podrá contemplar diferentes modalidades de administración de los recursos siempre y cuando se encuentren habilitadas por la presente Reglamentación se deberá administrar en base

a alguno de los tres regímenes mencionadas anteriormente. (el resaltado me pertenece).

Ahora bien, como había mencionado con anterioridad, este Sistema, podrá administrarse bajo alguno de los siguientes Regímenes:

En relación al Régimen de Cuentas Bancarias de Cese Laboral (art. 12), tanto Empleador como Trabajador, podrán integrar en conjunto un aporte obligatorio mensual a Cuentas Bancarias de Cese, siempre en reemplazo de la indemnización por antigüedad. La reglamentación aplicable, estará a cargo del banco Central de la República Argentina.

Respecto al Régimen de Fondos Comunes de Inversión Abiertos (FCI) (arts. 13, 14, 15 y 16), considero pertinente en primer lugar especificar a que se hace referencia cuando se habla de “Fondos Comunes de Inversión”; la *Cámara Argentina de Fondos Comunes de Inversión (CAFCI)*, los define como el “...patrimonio de titularidad de diversas personas (llamados: cuotapartistas) a las cuales se les reconocen derechos de copropiedad representados por cuotapartes. Estos Fondos no constituyen sociedades y carecen de personería jurídica. La dirección y administración de los Fondos Comunes de Inversión estará a cargo de una sociedad anónima habilitada para esta gestión que actuará con la denominación de Sociedad Gerente o por una entidad financiera autorizada para actuar como administradora de cartera de valores negociables (1). La custodia de los activos de los Fondos estará a cargo de una entidad financiera y actuará con la denominación de Sociedad Depositaria. Tanto la Sociedad Gerente, como la Depositaria deberán cumplir con los requisitos que fije la reglamentación de la Comisión Nacional de Valores (CNV). Los resultados que tenga el Fondo Común de Inversión se verán reflejados diariamente en el valor de la cuotaparte.”

Ahora bien, en este caso estamos hablando de FCI Abiertos, por lo que la mencionada Cámara los conceptualiza como “...fondos en los que el cliente puede suscribir (comprar) y rescatar (vender) cuotapartes a su voluntad. No tienen cotización en Bolsas o Mercados, las participaciones se rescatan en la Sociedad Gerente, la Sociedad Depositaria o los Agentes Colocadores.”

Es decir, en ellos la cantidad de cuotapartes puede aumentar o disminuir en el tiempo, dependiendo siempre de las cuotas partes que se emitan, para atender a las solicitudes de suscripción o rescate que se presenten. Estos Fondos a su vez, se clasifican en: Renta Variable; Renta Fija; Renta Mixta; y Mercado Monetario.

En esta caso el Anexo 2, expresa que los FCI de Cese Laboral, constituirán un patrimonio de afectación independiente y distinto del patrimonio de los cuotapartistas aportantes y de los trabajadores, como así también menciona que las rentas que estos generen estarán exclusivamente destinadas a generar las prestaciones que disponga el Convenio Colectivo. A su vez, el aporte podrá realizarse a nivel individual, a nivel de empresa o a nivel de sector, de acuerdo a lo que disponga cada Convenio.

- A su vez, podemos observar, que la reglamentación del Decreto 847/24, impone ciertas delimitaciones al presente Sistema, a saber:
- La Sociedad Depositaria no podrá tener vinculación con ninguna asociación sindical ni con los empleador que realizan tales aportes.
- Los FCI que se creen solo podrán recibir suscripciones el marco de contribuciones y/o aportes de empleadores y/o trabajadores. En el caso de aportes por parte del empleador, las cuota partes se otorgaran bajo condición suspensiva a favor del trabajador.
- Les pone un tope a las Sociedades Gerentes, ya que deberán realizar inversiones que eviten una concentración por industria mayor al TREINTA POR CIENTO (30 %) del patrimonio del “FCI de Cese Laboral”. Tampoco podrán realizar operaciones de caución bursátil o extrabursátil con los títulos valores que conformen el activo del “FCI de Cese Laboral” que administran, ni operaciones financieras que requieran la constitución de prendas o gravámenes sobre el activo del “FCI de Cese Laboral”.
- Las normas que se dicten en consecuencia no podrán fijar límites mínimos para las inversiones señaladas en este artículo.

Por último, en cuanto al *Régimen de Fideicomisos Financieros*, el

Anexo 2 solo especifica que la Comisión Nacional de Valores podrá determinar esta alternativa en base a los que dispone el Código Civil y Comercial en los arts. 1690 y sucesivos, título referente a los contratos de fideicomiso y respetando los mismos principios dispuestos para el FCI.

Sistema de Seguro Individual o Colectivo:

El Anexo 2, dispone que los Convenios Colectivos podrán acordar implementar un seguro de cese laboral con las aseguradoras habilitadas por la Superintendencia de Seguros de la Nación (SSN), otorgándole a esta última el carácter de Autoridad de Control y Supervisión.

- Caso Práctico:

\ 572 A modo de ejemplificar la aplicación del Fondo de Cese (en la industria de la Construcción), nos encontramos con el caso ***“MORE JUAN MARCELO c/ALEMARSA S.A.C. Y OTROS s/DESPIDO”*** de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo- Sala V, Juzgado N° 65, en el que en el año 2021 dictaron la Sentencia N° 85341, cuyos agravios II y III resultan aplicables al tema tratado en el presente trabajo, y del que resulta pertinente su lectura ya que los sentenciantes realizan una explicación clara y acabada al momento de explicar cómo funciona el procedimiento del Fondo de Cese en la Industria de la Construcción, de acuerdo a lo dispuesto por la Ley 22.250, en razón a ello:

“II. La parte actora se agravia por no considerarse acreditada la fecha de ingreso denunciada (25/01/2010) y por ende la falta de condena con fundamento en las multas previstas por la ley 24.013 y por el rechazo de la indemnización normada por el art. 18 y 19 de la ley 22.250. Objeta a su vez el rechazo del rubro “asignación por vestimenta” y el rechazo del

incremento previsto por el art. 2 de la ley 25.323, así como la desestimación de la multa prevista por el art. 45 de la ley 25.345. Concluye su queja cuestionando la desestimación de la responsabilidad solidaria de la demandada Alemarsa S.A.

III. La sentenciante anterior concluyó que ante la orfandad probatoria por parte del actor respecto de la fecha de ingreso que denuncia, correspondía estar a las probanzas que sí pudo aportar en autos la coaccionada Alemarsa S.A. y que conducen a desestimar dicho reclamo. En lo atinente a la indemnización contemplada por el artículo 18 y 19 de la ley 22.250 y asignación por vestimenta, consideró que conforme surge de la prueba informativa del Correo Argentino, el actor no intimó de forma previa el pago de dichos conceptos por lo que la intimación formulada resultó formalmente insuficiente. En lo referente al art. 2 de la ley 25.323 sostuvo que dicho incremento no resulta de aplicación al régimen regulado por la ley 22.250 y en lo relativo al incremento previsto por el art. 45 de la ley 25.345 adujo que el actor incumplió con lo exigido por el art. 3 del Dto 146/01. Finalmente funda el rechazo de la condena solidaria de la accionada Alemarsa S.A. en la inexistencia de una relación deficientemente registrada en los términos de la LNE entre el accionante y el codemandado Liborio Guillen”

573 /

En su parte pertinente, los sentenciantes fallan de la siguiente forma:

“En cuanto al agravio por el rechazo de la indemnización prevista por el art. 18 de la ley 22.250, el recurrente cuestiona dicha decisión sosteniendo que el trabajador dio cumplimiento con la intimación previa exigida por el artículo mencionado conforme surge de la comunicación dirigida a Guillen con fecha 21/09/2010 donde exigió la entrega de la Libreta de fondo de desempleo (ver CD obrante a fs. 328) conforme surge del informe brindado por el Correo Argentino a fs. 332., y a mi juicio le asiste razón en su planteo.

El art. 17 de la ley 22.250, establece que el trabajador dispondrá del Fondo de Cese Laboral al cesar la relación laboral. Producida la extinción del vínculo el empleador deberá hacerle entrega al trabajador de la libreta de aportes con la acreditación de los depósitos efectuados a lo largo de la relación laboral dentro de las 48 horas de finalizada la misma.

Dado que luego de cesada la relación de trabajo el 21/09/2010 - conclusión no objetada ante la alzada- el empleador incumplió con la obligación prevista por el mencionado artículo 17 y que el accionante intimó, la entrega de la libreta de fondo de cese laboral, corresponderá admitir el reclamo de la indemnización dispuesta por el art. 18, 2do. párrafo, primera parte, de dicho cuerpo legal, que será equivalente a 90 días de la retribución del demandante, considerando su antigüedad en el empleo y la magnitud del incumplimiento patronal.

En este aspecto, cabe señalar que el trabajador en el reclamo telegráfico consignó expresamente el plazo de 48 hs o de “dos días hábiles” cumplimentando así la constitución en mora a que se refiere el art. 18, ley 22.250, en tanto dicha intimación fue “(...) para que abone las indemnizaciones conforme a Ley (...) 22.250, asimismo entregue Libreta de fondo de desempleo...”.

En virtud de lo expuesto corresponderá revocar la sentencia de primera instancia en la medida que rechaza la indemnización del art. 18, 2º párrafo, ley 22.250 y admitirla en el equivalente a 90 días de la retribución del demandante considerando su antigüedad en el empleo y la magnitud del incumplimiento patronal y la remuneración de \$5.500 que llega firme a esta alzada, lo que conforma la suma de: \$16.500.

En cuanto al agravio por la falta de acogimiento de lo previsto por el art. 19 de la ley 22.250, considero que corresponde confirmar su rechazo, toda vez que el accionante no dio cumplimiento con el emplazamiento previsto por la norma legal antes citada, esto es: la intimación al empleador, dentro de los diez días hábiles a contar desde

que se produjo la mora, a que cumpla, bajo apercibimiento de reclamar lo adeudado con más una reparación económica en concepto de sanción por la demora. Por lo que el transcurso de esos diez días sin que el trabajador haya efectuado la intimación, produce indefectiblemente la pérdida del derecho a reclamar la reparación especial, pues el plazo está impuesto como condición eficiente en el texto legal y constituye un plazo de caducidad.”

Conclusión:

Se puede evidenciar de lo desarrollado, que la figura del Fondo de Cese Laboral que el legislador pretende incorporar como un sustituto del ex. Art 245 de la Ley 20.744 (hoy art. 266), es un sistema que en lo teórico resulta muy claro y bien estructurado, pero de difícil aplicación a las relaciones laborales de la actualidad.

Como abogados laboralistas, nos encontrábamos con un sistema indemnizatorio completo, con normas claras que no necesitaban sumar una nueva figura para indemnizar al trabajador. Que si bien, el Fondo de Cese realmente es utilizado en la Industria de la Construcción y ha tenido una buena aceptación en el mismo, no considero que ocurra lo mismo con cualquier tipo de relación laboral cuyo Convenio permita la aplicación del mencionado sistema.

Se entiende que una Empresa o Empleador, busca contratar un Trabajador que les rinda, competente y con quién la relación laboral perdure en el tiempo; esta figura por el contrario busca la transitoriedad de las relaciones laborales.

Asimismo, resulta de difícil aplicación en la realidad, un sistema en el que el Trabajador, que en la mayoría de los casos se encuentran mal pagos, con remuneraciones muy por debajo de las escalas salariales, decidan a voluntad aportar a un Fondo de Cese, cuando la mayoría de los sueldos son precarios y apenas sirven para cubrir necesidades básicas.

575 /

Ahora bien, para las Empresas que tienen un sistema de alta rotación, es decir, en la que los empleados son contratados por un tiempo determinado, o que constantemente despiden o tienen renunciaciones de sus trabajadores, el Fondo de Cese puede resultar beneficioso siempre y cuando la regulación que le otorgue el Convenio Colectivo del mismo sea clara y concreta.

Y que al tratarse de una figura que para que otorgue operatividad, deberá ser articulada en los Convenios Colectivos, mientras tanto, deberemos esperar a que alguno decida sumarla para comprobar su efectiva aplicación.

(Se autoriza la publicación del presente trabajo)

Referencias

Ley 27.742 del Año 2024. *Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos*. Promulgada el 8 de julio de 2024 por el decreto 592/2024. Publicada en el Boletín Oficial en fecha 08 de julio 2024, Número: 35456, Página: 4.

Decreto 847/2024 DECTO-2024-847-APN-PTE - *Apruébase Reglamentación del Título IV -Promoción del Empleo Registrado- y del Título V -Modernización Laboral- Ley N° 27.742*. Publicado en el Boletín Oficial en fecha 26 de septiembre de 2024.

Ley 22.250 del Año 1980. *Industria de la Construcción*. Promulgada el 11 de julio de 1980. Publicada en el Boletín Oficial en fecha 17 de julio de 1980, Número: 24460, Página: 2.

577 /

Ley 20.744 del Año 1974. *Contratos de Trabajo*. Promulgada en fecha 20 de septiembre de 1974. Publicada en el Boletín Oficial en fecha 27 de septiembre de 1974.

Cámara Argentina de Fondos Comunes de Inversión. *Conceptos Básicos. ¿Qué es un Fondo Común de Inversión?* <https://www.cafci.org.ar/conceptos-basicos.html>

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo- Sala V, Juzgado N° 65, Sentencia N° 85341 del año 2021.

Bibliografía Consultada:

Mario E. Ackerman (2024) *La Reforma Laboral en la Ley 27.742 y su Reglamentación*. Rubinzal – Culzoni Editores.

“¿Nos hemos convertido en los
Juan Gines de Sepulveda de la
actualidad?”

| Camila Fernanda Florentín Báez |

Introducción

La Ley “Bases y puntos de partida para la libertad de los argentinos” introdujo un conjunto de modificaciones relevantes en el ámbito jurídico-laboral argentino, las cuales serán objeto de mención en esta oportunidad. No obstante, y para no ahondar en las numerosas reformas que dicha ley ha introducido, he limitado el enfoque principal del presente trabajo a un análisis que estará centrado en las reformas que afectan específicamente al ámbito de aplicación de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT) -dado por el artículo 88 de la ley 27.742-, así como en los aspectos vinculados a la **presunción del contrato de trabajo** -modificado por el art 89 de la ley 27.742- agotando de esta manera todas las cuestiones vinculadas a ello.

579 /

Si bien empiezo introduciendo analogías de época de conquista, es a modo de lograr un entendimiento -si se quiere teatral- de nuestra actual realidad, reflejando que como en un momento argumentos que resultaron plausibles, hoy años después, apreciamos lo descabellado de su indigencia argumental.

A lo largo de este estudio, se integrarán principios regidores del Derecho del Trabajo, tales como la no inmutabilidad de las normas, la progresividad y no regresión, el principio de protección o protectorio y, finalmente, la primacía de la realidad. Estos principios permitirán

una comprensión más profunda del análisis exhaustivo de la reforma en los aspectos citados ut supra, que constituyen el cuerpo central de este trabajo, el cual dará paso a la conclusión final y a una reflexión que pretendo se me permita instaurar, o por lo menos oscile depositar un atisbo de duda.

Sección 1: Contexto jurídico

1. Ayer conquista de América, hoy conquista de la “libertad”

“El filósofo búlgaro Tzvetan Todorov, en su libro sobre la conquista de América, analiza las batallas argumentales de ese momento crítico de la historia.

Alrededor del año 1550 tuvo lugar “la polémica de los naturales”, un célebre debate en el que se enfrentaron dos formas de concebir lo humano. El filósofo Juan Ginés de Sepúlveda argumentaba que los indígenas eran bestias salvajes y por tanto estaba justificado esclavizarlos. En la actualidad, esta posición resulta insostenible, pero en aquel momento se enfrentaba en igualdad de condiciones a la posición contraria, encarnada por el fraile Bartolomé de las Casas, para quien no había jerarquías humanas.

La historia está plagada de discusiones con argumentos que hoy en día son incomprensibles. Conviene recordar que muchos de los principios que hoy damos por sentados resultaran absurdos en otro momento histórico: somos los Sepúlveda y los Bartolomé de las casas del futuro” (Sigman, 2022, p. 43)

Actualmente nos apremia la necesidad urgente de reflotar la economía nacional y, si se quiere en términos náuticos, recuperar la dirección de tan importante embarcación.

Hoy existen muchos Sepúlvedas que con el dirigir de sus acciones y en el afán de portar la bandera de la “libertad” caen en una hostil asimetría argumental con respecto a los fines que dicen perseguir,

asimetría que el horizonte futurista vislumbra como la esclavitud de la clase trabajadora que ve llegar ágilmente a la Niña, la Pinta y la Santa María de tinte empresarial.

¿Hasta qué punto y en base a qué argumentos permitirá la sociedad argentina se arrastren por el barro -o mejor dicho naufraguen- derechos bases de la dignidad humana, como ser los del trabajo?

2. Panorama en el que se instaura la Ley Bases

Nadie puede discutir que no hacía falta una reforma laboral, profunda y ajustada a los contenidos que el derecho laboral pide a gritos, contenidos que son merecedores de una nueva mirada, pero sin dejar de lado aquel triángulo de protección armónica como amparo a la figura del trabajador, aquel estaba conformado por normas mínimas estatales que regulaban esta relación, en donde por otro se encontraban las normas de la negociación colectiva, de esto da prueba el art 8 de la LCT, y terminando de trazar aquel triángulo se observaba un piso de seguridad social, dotando al ordenamiento jurídico laboral argentino de una protección armónica, armonía que hoy la doctrina entiende que está en jaque.

581 /

3. Modificaciones relevantes e impacto normativo

La Ley Bases y puntos de partida para la libertad de los argentinos presentó una serie de modificaciones en el campo jurídico laboral argentino, de las cuales haré mención, pero me centraré en agotar las cuestiones referentes a la modificación del ámbito de aplicación de la LCT y lo que concierne a la presunción del contrato de trabajo. Todo ello de la mano de una somera ilustración de principios del derecho como ser los de: no inmutabilidad de las normas, progresividad o no regresión, el protectorio y por último el de primacía de la realidad, logrando así un mayor entendimiento sobre el análisis exhaustivo final del presente trabajo y que posteriormente dará paso a la conclusión abordada.

El art 2 de la LCT referido al ámbito de actuación de la mentada fuente legal, vertebral para las relaciones individuales, versaba lo siguiente *“Art. 2° — Ámbito de aplicación. La vigencia de esta ley quedará condicionada a que la aplicación de sus disposiciones resulte compatible con la naturaleza y modalidades de la actividad de que se trate y con el específico régimen jurídico a que se halle sujeta. Las disposiciones de esta ley no serán aplicables: (...)”*, y hacía una enumeración de las situaciones que quedaban por fuera de esta coraza protectora laboral. Hoy la ley Bases reformó tal artículo mediante el art 88 de la ley 27.742, adicionando en el inc. “d” que la Ley de Contrato de Trabajo no será aplicable *“A las contrataciones de obra, servicios, agencia y todas las reguladas en el Cód. Civ. y Com.”*.

Distingo que la redacción tiene dos segmentos: el primero, en donde se individualizan concretamente algunos contratos regulados en la normativa de fondo, y el segundo, en que con una técnica genérica, opera una remisión global a todas las figuras contractuales que surgen del ordenamiento civil y comercial.

En palabras de Balbín y siguiendo la misma línea de pensamiento, considero que aquello operó de la mano con la intención de separar el contrato de trabajo de los otros que, regulados en el Cód. Civ. y Com., se parecen a aquel, o tienen ciertos elementos comunes, específicamente una obligación de prestar tareas. (Balbín, 2024, p. 39)

En línea con lo anterior, también se modificó el art. 23 de la LCT, por el art 89 de la ley 27.742, que actualmente dice:

“El hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que, por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario. La presunción contenida en el presente artículo no será de aplicación cuando la relación se trate de contrataciones de obras o de servicios profesionales o de oficios y se emitan los recibos o facturas correspondientes a dichas formas de contratación o el pago se realice conforme los sistemas bancarios determinados por la reglamentación correspondiente. Dicha ausencia de presunción se extenderá a todos los efectos, inclusive a la seguridad social”.

La presunción contenida en el presente artículo no será de aplicación cuando se acrediten aquellos extremos legales.

Con esto pareciera que el legislador más que rozar el borderline de la deslaboralización, en realidad lo atraviesa abruptamente, dejando de considerar como trabajador a quien presta un servicio.

En palabras de Arese, esto es un vil intento de “monotributarizar” las relaciones de trabajo con figuras autónomas. Podría discutirse la situación de profesionales universitarios que poseen su propia estructura y capacidad de negociación autónoma. Pero excluir en forma directa y sin atenuantes toda contratación que se vista con ropas contractuales del CCCN o apartar a “oficios” como electricista, albañil, mantenimiento, etcétera, que al emitir recibos o facturas se excluyen de la LCT, es francamente desmesurado e intenta volatilizar parte del sistema presuncional que opera en los casos de relaciones laborales encubiertas. (Arese, 2024, p. 10)

Permitiéndome hacer una pregunta que dé a la reflexión, ¿Nos encontramos ante un mecanismo legal que en el futuro podría dar paso al fraude laboral? ¿Peca esta reforma de perversa nulidad insanable?

583 /

Sección 2: Principios a tener en cuenta

1. Desarrollo

Permítaseme ilustrar el panorama funcional de los principios que a mi parecer deben tenerse en cuenta al momento de abordar la conclusión final. Estas directrices se caracterizan por inspirar al legislador y delimitar su actuar, de modo que ante la sanción de una norma, esta debe ajustar su contenido a principios, como por ejemplo el protectorio (piedra angular del ordenamiento jurídico laboral argentino).

Además, tal como lo entiende la doctrina, estas directrices armonizan la política legislativa y judicial, preservando la unidad sistemática del derecho, tendiendo a evitar que tanto el legislador al sancionar la ley como al juez al interpretarla se aparten del sistema.

1. 1. *No inmutabilidad*

Un viejo párrafo de la CSJN, repetido para justificar la aplicación generalizada de reformas regresivas es que “nadie tiene derecho a la inmutabilidad del ordenamiento jurídico y que las normas se aplican a las consecuencias de las relaciones jurídicas existentes a partir del momento de su vigencia (Fallos: 330:2206)”.

“Es decir, la modificación o derogación de una norma por otra posterior de igual jerarquía no da lugar a cuestión constitucional (Fallos: 310:1924; 310:2845; 325:11; 329:1586; 330:3565; 336:2307; 343:1354), como tampoco es pertinente la impugnación de inconstitucionalidad cuando el fin con que se la persigue es el restablecimiento de un régimen normativo derogado, lo que es de incumbencia del legislador (Fallos: 308:199; 318:1237; 322:158; 324:2248; 326:4030), pues nadie tiene derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentos, ni a su inalterabilidad. En síntesis, más allá del acierto o error del legislador, de la empatía o no de la decisión regulada, es doctrina de la CSJN que, “al no existir un derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentaciones, las normas pueden ser reformadas o dejadas sin efecto como consecuencia del ejercicio de las facultades propias del legislador (Fallos: 304:1374; 324:2248)”.

Ergo si partiéramos de esta idea, daríamos vía libre al Poder Legislativo para que –teniendo en mira el objetivo de alcanzar ideales como la “libertad de los argentinos”– permitiera todo tipo de reformas.

1.2. *Progresividad o No regresión*

A mi entender habría que confrontar el principio citado ut supra con el de progresividad, para que al momento de caer en debates adelgazados por la indigencia argumental, no sea plausible de consecuencias no deseadas, consecuencias tales como la bifurcación de aquel triángulo de protección.

Este principio luego de la reforma constitucional de 1994, incorporando el art 75 inc. 22, fue receptado a través de numerosos tratados, entre los cuales destaco: el Pacto Internacional de Derechos

Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que en su art. 26 versa: *“Los Estados parte se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”*.

Como señala Ojeda, basta citarlo para sembrar la hipótesis de crisis: el principio de progresividad tiene una regla, la de no regresión. (Ojeda, 2024, p. 2)

Estamos entonces – en palabras de Arese- ante una amplia avenida de regresión, además de varias inconventionalidades e inconstitucionalidades. (Arese, 2024, p. 19)

Se creía, como dice la CSJN, que en el marco de cuestiones relacionadas con el Derecho del Trabajo y el Derecho Previsional, el principio de progresividad o no regresión “veda al legislador la posibilidad de adoptar medidas injustificadas regresivas, no sólo es un principio arquitectónico de los derechos humanos sino también una regla que emerge de las disposiciones de nuestro propio texto constitucional en la materia”(Fallos: 338:1347; 331:2006, voto de los jueces Lorenzetti, Fayt y Zaffaroni; 328:1602, voto del juez Maqueda; 327:3753, voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni)

Si, como dicen los órganos de control de Naciones Unidas y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios de la OIT, “los derechos del trabajo son también derechos humanos” y una sociedad democrática no admite retrocesos en derechos sociales. Por todo esto, la aplicación de una ley regresiva en derechos recién comienza.

“Pese a esta construcción que trasunta belleza conceptual, podría interpretarse que el principio de progresividad tiene una válvula de escape, que limita su aplicación al “máximo de los recursos que se disponga”, cuestión difícil de ponderar jurídicamente, pero que intuyo se

llenará fácilmente invocando una declaración de emergencia económica y financiera, etc., de las que abundan en nuestro país y de la cual la norma en análisis no es la excepción.” (Ojeda, 2024, p. 2)

1.3. Protectorio

Podría definirse el principio protectorio como la preferencia axiológica que reclama que en las relaciones laborales se otorgue una tutela o amparo preferente al trabajador, esto encuentra su fundamento en la desigualdad de las partes vinculadas por un contrato de trabajo, y a partir de la lógica de corregir tal desigualdad con la creación de otras desigualdades; viene a ser la contracara de la desigualdad o la inferioridad del trabajador.

Según Américo Plá Rodríguez son “líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos”. (Plá Rodríguez, 2000, pp. 109-130)

1.4. Primacía de la realidad

Este principio establece la preeminencia de la verdad o realidad ocurrida en el seno del contrato de trabajo, sin perjuicio de la forma o denominación que le hubiesen dado las partes (art. 21 LCT) o cuando hubieran actuado con simulación o fraude a la ley laboral, interposición de personas o de cualquier otro medio (art. 14 LCT).

Esta es una regla de interpretación para el juzgador según la cual por sobre la ficción que puedan haber montado las partes se impone la realidad resultante de los hechos cumplidos durante la relación. Se vincula con la represión del fraude considerado en forma genérica, y de la simulación que constituyen modos de evasión de la ley laboral

Establece que lo que interesa en el derecho del trabajo es la realidad de los hechos por sobre las formas. Verbigracia, si se transmuta la denominación de un contrato de trabajo para no aplicar la normativa

laboral, supongamos que contratamos a una persona bajo la forma de una locación de servicio – es decir cubriéndolo de harapos civilistas- y se lo inscribe en el monotributo para así tener una factura, si bien esta es la forma en que se intenta aparentar, en el fondo hay una relación de dependencia y no una locación de servicio, por lo que va a prevalecer la realidad siguiendo la interpretación de la ley de acuerdo a este principio, pero hoy modificada la presunción del art. 23. de la LCT, que establece que el hecho de la prestación de un servicio a favor de otro, hace presumir que existe un contrato, ¿cuál sería la solución viable? Sobre esta hipotética circunstancia de hecho y otras derivadas de las modificaciones tratadas en el presente trabajo, son a las que me avoco en la siguiente sección.

Sección 3: Análisis exhaustivo

Afectación a los principios

587 /

Esta reforma desde un punto de vista objetivo, sin tener en mira los fines que dice perseguir y poniendo el foco en la sociedad argentina en su conjunto, es sumamente grave y retractora de derechos.

Oscila a la distorsión de los principios de la legislación laboral, como ser el de primacía de realidad, a su vez el protectorio, sin mencionar el de no regresividad, pero- tal como dice Ackerman- más grave que la debilidad de los argumentos que la sostienen, es el silencio absoluto sobre las consecuencias inevitables de esta demolición normativa, que no sólo no pudieron ser ignoradas por los ideólogos y diseñadores de esta reforma sino que, antes bien, en la cuidadosa articulación de sus instrumentos se evidencian sus verdaderos y mezquinos propósitos. (Ackerman, 2024, p. 31)

Sirviéndome de lo expuesto por Balbín, la instrumentalidad de la reforma campea en un terreno en donde suelen aparecer situaciones dudosas por el perfil parecido de ciertos elementos en el ámbito de

la contratación, y se direcciona a intentar apartar la normativa laboral, con todas las consecuencias que ello acarrea, en ocasión del nacimiento de la obligación de prestación de tareas de una persona a favor de otra. (Balbín, 2024, p. 39)

El art 88 de la Ley Bases en su apartado d) cuando refiere al contrato de obra (1251 CCyC y sgtes.), contrato de agencia (1479 CCyC), claramente debe interpretarse como el CCyC dice “*cuando el contrato es celebrado por personas independientes*”, es decir que cuando haya relación de dependencia, se regirá por la ley de contrato de trabajo, pues no se ha vedado el art. 21 de la LCT

Sin tenerlo en cuenta la nueva redacción da lugar a una duda peligrosa para los empleadores, porque nos llevaría a pensar que si se contratase a alguien por la prestación de servicios, emitiendo facturas y que además la retribución estase por fuera de la relación laboral, se comete un error, pues con la mera invocación del art 21 de la LCT se cae, es altamente probable que no sea necesaria la presunción mientras se pueda probar la relación de dependencia. No se puede cambiar el nombre a la naturaleza de las cosas, y si lo hace poco importa si encuadra con lo establecido en la legislación, vemos que queriendo o no, se legisló un mecanismo agravado de exclusión de la legislación obrera

Ahora, el interrogante es: ¿Cómo distinguir si se rige por el CCyC o por la LCT? si bien lo factible antes de la entrada en vigencia de esta nueva ley era partir desde la tesis amplia, tal posición esboza que la presunción funciona como medio probatorio cuando una persona pruebe haber prestado un servicio para otro, ese simple hecho configura la presunción, pero al incorporar el apartado d) y excluir las situaciones mencionadas en aquel, deberíamos posicionarnos dentro de la tesis restringida, que exige la comprobación de que ese servicio fue prestado en situación de dependencia, y de esta forma, recurrir a las tradicionales pautas doctrinas, dadas por los indicadores de relación de dependencia: la incorporación de una persona a un establecimiento extraño, la dirección que ejerce una persona sobre otra, además de la ajenidad de los riesgos que corre la persona que

presta un servicio; la presunción implica que, aun no llegándose a la certeza respecto de la existencia del vínculo jurídico laboral, se pueda entender que la información fáctica probada es suficiente como para comprender originado entre las partes un vínculo jurídico de trabajo.

Entonces, el título que se pretenda instaurar poco importara si se reúnen los elementos del art 21 de la LCT: *“Art. 21. — Contrato de trabajo. Habrá contrato de trabajo, cualquiera sea su forma o denominación, siempre que una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios en favor de la otra y bajo la dependencia de ésta, durante un período determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración. Sus cláusulas, en cuanto a la forma y condiciones de la prestación, quedan sometidas a las disposiciones de orden público, los estatutos, las convenciones colectivas o los laudos con fuerza de tales y los usos y costumbres.”*

Tal como lo anticipa Balbín: cabe analizar minuciosamente cada situación conflictiva, para que una mera argumentación en que se invoque la exclusión del derecho del trabajo, frente a un caso de insuficiencia probatoria, no se transforme en la concreta negación de las corazas de protección que Estado constituyó a favor de quien presta servicios en relación de dependencia. (Balbín, 2024, p. 39)

589 /

Conclusión

Resulta imperioso, entonces, evocar en esta oportunidad las palabras de Enrique Santiago Petracchi al pronunciar su voto en disidencia en la causa “Cocchia”: Ninguna norma cede ante “programas de gobierno”, sino ante otras normas, y, en primer lugar, ante la Constitución, la cual —a su vez— no cede ante nada ni nadie.

Darle viabilidad a reformas como las citadas ut supra, ¿sería abrirle las puertas al fraude laboral? Adoptando harapos civilistas que distan de su verdadera naturaleza tutelar, ¿estaríamos invistiendo de un ropaje jurídico diferente al real?

Todo con fines de una mera exclusión legal, despojándolo al trabajador de aquel triángulo armónico de protección, y apartándonos a su vez, de todos aquellos principios que conforman el espíritu de la ley y que fueron corporizados en la letra de aquella, que como piedra angular tiene al art. 14 bis de nuestra constitución nacional, fiel reflejo de un constitucionalismo social que en su momento y hasta la actualidad doto de seguridad jurídica al ordenamiento laboral argentino.

Aquel panorama hoy contrasta fuertemente con esta reforma de claro tinte ideológico y que en el afán de portar la bandera de la “libertad” han pisoteado principios de gran envergadura y raigambre constitucional, como el de progresividad, el de primacía de la realidad, o incluso el protectorio. Estamos una vez más -tal como dice Ackerman- ante una usurpación y malversación, cuando no humillación, del significado de la libertad, al extremo de que se ha convertido en un sustantivo polisémico con cuya invocación se pretenden justificar conductas opuestas e incompatibles pero que, en la realidad de los hechos, y como consecuencia del variado y caprichoso uso que se ha hecho de él, ya nadie parece saber qué quiere decir (Ackerman, 2024, p. 23)

¿Estamos a tiempo de convertirnos en los Bartolomes de las Casas de nuestros tiempos?

¿O será este el momento en el que nos reconciliamos con nuestra herencia española, subimos a la carabela y nos consagrarnos una vez más en aquella Argentina: país de oportunidades perdidas y consecuencias no deseadas?

Referencias

Ackerman, M. E. (2024) *Revista de Derecho Laboral Actualidad*. Rubinzal-Culzoni editores

Arese, M. (2024) *Revista de Derecho Laboral Actualidad*. Rubinzal-Culzoni editores

Balbín, C. F. (2024) *Revista Derecho del Trabajo*. Editorial LA LEY

Ojeda, R. H. (2024) *La aplicación en el tiempo de Ley Bases (Ley 27742)*. Rubinzal-Culzoni editores

Pla Rodríguez, A. (2000) *OPINIÓN JURÍDICA vol. 1, No. 1*. Universidad de Medellín

591 /

Sigman, M. (2022). *El poder de las palabras*. Editorial DEBATE

Registración de las relaciones laborales a la luz de la nueva reforma

I Diana Noemí Ramseyer I

Introducción

El derecho al trabajo debe adaptarse a la realidad y a los cambios sin perder sus objetivos o claudicar a sus principios. Siempre debe existir una adecuación al interés genérico que se quiere proteger, contemplando cambios tecnológicos, económicos y sociales de incidencia efectiva en la regulación y prácticas laborales.

593 /

La posibilidad de flexibilizar el derecho laboral puede variar según se trate de un país desarrollado o uno en vías de desarrollo, como así también la cantidad de recursos con los que cuente. En los países en vías de desarrollo la flexibilización queda limitada por el grado de deterioro en que se encuentran los niveles remunerativos y la escasez de inversión de capitales que posibilitan un real crecimiento. Con la flexibilización se produce un replanteamiento de los componentes de la relación laboral, se abre la posibilidad de dialogo dentro de la empresa y se refuerza el derecho a la información, que permite conocer circunstancias y perspectivas que reducen las situaciones de sorpresa que afectan la relación laboral.

La Ley de Contrato de Trabajo (LCT), fue sancionada el 11 de septiembre de 1974, al cumplirse 50 años desde su promulgación la misma ha sido la piedra angular de las relaciones laborales en el país

durante décadas. Sin embargo, el contexto actual exige una revisión profunda para garantizar que las disposiciones legales estén alineadas con la realidad moderna y protejan de manera efectiva los derechos de los trabajadores, como también para la creación de empleos genuinos y de calidad, teniendo en cuenta la triste situación que está viviendo nuestro país en materia de desempleo, informalidad y pobreza.

La Ley 27.742 “Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos”, más conocida como “Ley Bases” entró en vigencia a partir del día 9 de julio de 2024 y su Decreto Reglamentario 847/2024 fue publicado en el Boletín Oficial el día 26 de septiembre de 2024.

Si bien la Ley contiene diversas materias y actividades reguladas, las cuestiones referidas al empleo privado en Argentina son tratadas por la Ley en el Título IV y Título V, donde se aborda a la Promoción del Empleo Registrado y a la Modernización Laboral, respectivamente.

El tema a desarrollar en este trabajo de investigación es el instituto del Empleo Registrado a partir de la reforma de la “Ley Bases”.

La registración laboral podemos decir que es la obligación que tiene el empleador de registrar el vínculo laboral con documentación respaldatoria (el tipo de contrato, la modalidad, fecha de inicio e inscripción del trabajador en los organismos competentes) el cual le va a permitir acceder a los beneficios que este le otorga. Es posible definirlo como la materialización concreta y comprobable por medios físicos de un tipo de relación laboral.

En contraposición podemos decir que en el trabajo no registrado los trabajadores no tienen garantizada la cobertura médica para ellos y sus familias, no reciben la totalidad de los beneficios del sistema contributivo de asignaciones familiares en el caso de tener una familia o hijos a cargo y probablemente no recibirán los beneficios de la jubilación cuando se retiren del mercado laboral, ni contarán con el seguro por desempleo en el caso de ser despedidos.

Esta situación se complementa con la ausencia casi total de beneficios laborales no ligados directamente a la seguridad social, la falta de afiliación sindical y la percepción de ingresos por debajo de los establecidos en los convenios colectivos y por el Salario Mínimo Vital y Móvil. Por todo esto, el trabajo no registrado constituye una expresión cabal de la precariedad laboral.

Desarrollo

Análisis. Trabajo Registrado

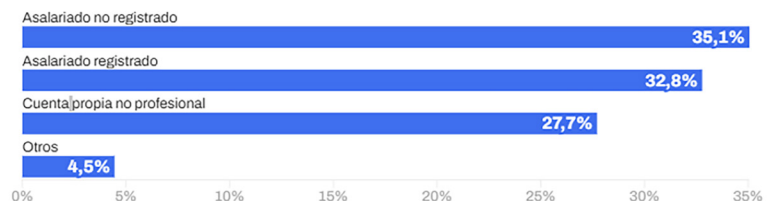
Este instituto está directamente vinculado con la mayoría de los trabajadores que carecen de protección laboral o la tienen de manera precaria. En ese contexto es cuando se genera la ineficacia en materia de protección, que está siempre condicionada por las transformaciones socio-político-económicas que va experimentando nuestro país. En principio se pueden remarcar dos tipos de dificultades a enfrentar en relación a la regularización de empleo no registrado y sus consecuencias indemnizatorias: a) la de su imprecisión técnica, y b) la de su ineptitud para lograr que el sistema de registración vigente se aplique en forma plena.

De acuerdo con los datos oficiales del INDEC procesados por Jorge Paz -investigador del Conicet en el Instituto de Estudios Laborales y del Desarrollo Económico (IELDE)-, del total de personas con empleo en el primer trimestre de 2024, el 46,5% trabaja en condiciones de informalidad.

Ese porcentaje se compone de un 26,8% de trabajadores considerados asalariados no registrados (cobra un sueldo por su trabajo, pero no está “en blanco”) y un 19,7% de cuentapropistas no profesionales (es decir, realizan trabajos de forma autónoma, pero de baja calificación y remuneración, como las denominadas “changas”).

Desde 2016 este tipo de formas de empleo precarizado aumentó 22,4%, mientras que el trabajo asalariado registrado lo hizo en un 10,1%. Visto de otro modo: de cada 100 empleos creados en los últimos 8 años, 63 fueron trabajos informales y 33, formales (los restantes 4 corresponden a patrones y cuentapropistas profesionales).¹

Cantidad de nuevos empleos según modalidad entre 2016 y 2024



Fuente: Chequeado en base a datos del INDEC procesados por Jorge Paz • Última actualización: 27/09/2024



Es importante soslayar que la falta de registración pone a los trabajadores en una situación de desigualdad, al no estar bajo la protección del derecho del trabajo ni contar con los beneficios de Seguridad Social, puesto que no tienen acceso a ninguna de las prestaciones que brindan los distintos subsistemas que la integran, no tienen Obra Social y tampoco asistencia de ningún tipo frente a los riesgos del trabajo.

Ahora bien al entrarnos al análisis del Instituto debemos mencionar lo expresado por el Doctor Mario Ackerman: *“en el año 1991, con la Ley 24.013 entre otras importantes novedades normativas se diseñó un modelo de registración de las relaciones de trabajo que se apoyaba, fundamentalmente en la unificación y centralización de la información de aquellas dispersa en diferentes organismos, a través del que entonces se*

1. Instituto Nacional de Estadísticas y Censos. <https://chequeado.com/el-explicador/dos-de-cada-tres-trabajadores-informales-son-pobres-y-1-de-cada-4-se-encuentra-en-la-indigencia/>

denominó como Sistema Único de Registración Laboral que era también la definición del organismo que estaba a su cargo , que se contemplaba con un conjunto de reglas de reglas cuyo propósito era el de promover el registro regular apoyado , entre otros instrumentos en un inicial blanqueo pero acompañado con un original pero severo régimen de indemnización a favor del trabajador”.²

En ese mismo sentido el mencionado autor expresa: “*Más allá del juicio de valor que pueden merecer las reglas de la Ley 24.013 en esa materia y de su limitada eficacia para el logro de los objetivos perseguidos, su propósito fue, sin duda el promover la regularización de las relaciones de trabajo en torno al binomio tradicional y esencial para el cumplimiento del mandato del artículo 14 bis de la Constitución Nacional: empleado – trabajador en el que el primero es quien recibe la prestación personal insustituible del segundo ejerciendo sobre este los poderes jerárquicos que le reconoce el ordenamiento legal, se apropia legítimamente de los frutos de su trabajo*”.³

Para exponer los cambios que la denominada “Ley Bases” generó en materia laboral, resulta apropiado contemplar las diferencias con la Ley 24.013, “Ley de Empleo” y también la denominada “Ley de Contratos de Trabajo”, Ley 20.744.

De acuerdo a lo establecido en el Artículo II del Anexo I del Decreto 847/2024 el cual reza: “*La relación o el contrato de trabajo se considerarán registrados cuando se hubiese inscripto al trabajador en los sistemas de la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS (AFIP).*

Mediante esta registración se darán por cumplidas las exigencias del libro especial previsto en el artículo 52 de la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 (t.o.1976) y sus modificatorias.

2. ACKERMAN MARIO, (Año 2024) “La Reforma Laboral en la Ley 27.742 y su Reglamentación”, Rubinzal - Culzoni, Pag 183.

3. ACKERMAN MARIO, (Año 2024) “La Reforma Laboral en la Ley 27.742 y su Reglamentación”, Rubinzal - Culzoni, Pag 184.

Las personas humanas o jurídicas intervinientes a las que hace referencia el artículo 7° bis de la Ley N° 24.013 y sus modificaciones podrán ser los empleadores, como así también las terceras empresas usuarias a las que se les proporcione la prestación”.⁴

En virtud de la normativa mencionada la registración se dará por cumplida con las exigencias establecidas para los empleadores de tener que llevar un libro especial, registrado y rubricado de acuerdo con lo establecido en artículo 52 de la Ley de Contrato de Trabajo.

El artículo 7 de la Ley 24.013 “Ley de Empleo” expresaba que el contrato está registrado cuando el empleador inscribe al trabajador en el libro especial del artículo 52 LCT mencionado “*up supra*”. Por ende, los vínculos laborales que no cumplían con esos requisitos se consideraran no registrados.

Como consecuencia de la sanción de la “Ley Bases” el Artículo 82 de Ley 27.742 sustituyó el artículo 7 de la Ley 24.013 estableciendo: *“Se entiende que la relación o el contrato de trabajo se encuentran registrados cuando el trabajador esté inscripto en las formas y condiciones que establezca la reglamentación.*

Dicha registración deberá ser simple, inmediata, expeditiva y realizarse a través de medios electrónicos.

La autoridad de aplicación asegurará un mecanismo ágil, simplificado y diferenciado para la confección de los recibos de sueldo en el sistema de registración, especialmente para las empresas de hasta doce (12) trabajadores inclusive.

Respecto de éstas últimas, dicho sistema contemplará un importe único para todas las obligaciones emergentes de las relaciones laborales legales y de la seguridad social. Del importe abonado, la entidad

4. PRESIDENCIA DE LA NACIÓN, “Decreto 847/2024 – Apruébase Reglamentación del Título IV -Promoción del Empleo Registrado- y del Título V -Modernización Laboral- Ley N° 27.742.”, República Argentina.

recaudadora deberá distribuir cada uno de los conceptos emergentes de la relación a los destinatarios correspondientes”.⁵

Del análisis de la modificación del artículo 7 de Ley 24.013 la relación laboral se consideraba registrada cuando el empleador inscribía al trabajador en el libro especial (52 LCT) y cumplía con toda la documentación laboral obligatoria. Tanto el libro como la documentación mencionada tenían una doble función servir de medio de prueba, en el caso de una demanda laboral, por ejemplo, y contenían una carga pública que en caso de incumplimiento por parte del empleador acarrearía penalidades o sanciones legales.

Simplificación de la registración laboral

Con la sustitución del artículo 7 por el artículo 82 de la Ley 27.742, la registración se simplificó considerando que la relación o el contrato de trabajo se encuentra legalmente inscripta de acuerdo a las formas y condiciones que establezca la reglamentación que determine el Poder Ejecutivo. El Decreto 847/2024 (Anexo II) en su Artículo I considera que el contrato de trabajo se encuentra registrado cuando el empleado se halle dentro del Sistema de la AFIP.

En concordancia con lo observado por el Dr. Mario E. Ackerman, sería necesario soslayar el interrogante que se genera en torno a la implementación del libro de registro del personal de empleados, en razón de las modificaciones recientes.

En tal sentido, resulta menester citar al catedrático de referencia: *“Queda ahora la duda sobre la subsistencia de la obligación del empleador de llevar el libro especial al que se refiere el artículo 52 de la LCT y, especialmente, si la omisión de la inscripción puede configurar la falta grave a que se refiere el artículo 3 del Anexo II de la Ley 25.212”*.⁶

5. CONGRESO DE LA NACIÓN ARGENTINA, “Ley 27.742 – Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos”, República Argentina.

6. ACKERMAN MARIO, (Año 2024) “La Reforma Laboral en la Ley 27.742 y su Reglamentación”, Rubinzal - Culzoni, Pág 188.

El presente cuestionamiento abre lugar a innumerables interrogantes, como puede ser: ¿Se sigue exponiendo al empleador al inicio de un sumario por infracciones que pueden configurar desde faltas leves a muy graves? Y otro interrogante no menor es referente a la aplicación temporal de las normas especialmente las relacionadas a las multas y sanciones que protegían a los derechos del trabajador por incumplimiento de la falta de registración por parte del empleador.

El Artículo 7 del Código Civil y Comercial establece el principio general de irretroactividad de las leyes, salvo disposición expresa en contrario. Con la reforma laboral de la Ley 27.742 se produjeron algunas modificaciones en los regímenes de multas aplicables a los casos de falta de registración y especialmente si las normas sancionadas recientemente afectan retroactivamente los vínculos laborales, los cuales ya se hayan configurados como derechos adquiridos, o si deben respetarse las normativas vigentes.

\ 600

En referencia a ese interrogante queda en los tribunales competentes garantizar la seguridad jurídica al trabajador como expone la Dra. Carina Suárez: “...*La seguridad jurídica es uno de los pilares fundamentales en el ámbito laboral, ya que garantiza la estabilidad y previsibilidad en las relaciones entre trabajadores y empleadores. El artículo 7 del CCCN establece que las leyes rigen para el futuro, resguardando de este modo las relaciones jurídicas establecidas. El fallo en el caso “Carbajal” subraya que el derecho a indemnización y las sanciones ya se encontraban perfeccionados al momento del despido, razón por la cual la reforma no podía aplicarse sin afectar la seguridad jurídica del trabajador. La Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo reafirmó que las normas jurídicas tienen efecto prospectivo y no pueden aplicarse retroactivamente. Esto significa que los derechos del trabajador deben ser respetados conforme a la normativa vigente al momento de los hechos. La seguridad jurídica es la garantía de que las normas legales son claras, predecibles y aplicadas de manera consistente. Esto permite a los individuos planificar sus acciones con confianza, sabiendo que sus derechos serán respetados y que las leyes no cambiarán de forma retroactiva para perjudicarlos. El*

*intento de aplicar retroactivamente la nueva normativa implicaría una violación a la seguridad jurídica, dado que el trabajador litigante tenía expectativas legítimas del reconocimiento de sus derechos ya adquiridos antes de la reforma; todo pues la sentencia tiene carácter declarativo”.*⁷

Resulta importante resaltar que el sistema de gestión que se crea para poder realizar el trámite de la registración laboral debe “*ser simple, inmediato, expeditivo y realizado a través de medios electrónicos*”⁸ tal como expresa la norma. Esto brinda por un lado beneficios al empleador, evitando un dispendio burocrático innecesario, celeridad de los procesos y reduce notablemente el uso del papel y logra transparencia y seguridad a las relaciones jurídicas.

Para el trabajador implica mejores condiciones laborales, mayor protección de sus derechos y ello contribuye además en bridle una mayor estabilidad a la fuente de trabajo lo que reduce los despidos injustificados entre otras cosas.

Personas obligadas a registrar

601 /

En cuando a las personas obligadas a registrar en primer lugar debemos remontarnos al fallo “*Vasquez, María Laura c/ Telefónica de Argentina S.A. y otro s/ Despido*” de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de fecha 30/06/2010 quienes resolvieron por mayoría que: “*Cuando de acuerdo con el primer párrafo del artículo 29 L.C.T. se establece que el trabajador ha sido empleado directo de la empresa usuaria de sus servicios, procede la indemnización prevista en el artículo 8° de la ley 24.013 aunque el contrato de trabajo haya sido inscripto solamente por la empresa intermediaria*”.⁹

7. GARCÍA ALONSO CONTENIDOS JURÍDICOS. https://garciaalonso.com.ar/blog/retroactividad-de-la-reforma-laboral/?srsltid=AfmBOopvrMhSt1cPljMm2sYx-okyyf2TGCXI9K0OPz-ZOfxgeEtW1_Nka

8. CONGRESO DE LA NACIÓN ARGENTINA, “Ley 27.742 – Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos”, República Argentina.

9. DIARIO JUDICIAL. <https://www.diariojudicial.com/news-25984-fallo-plenario-golpe-a-las-tercerizaciones-laborales>

Pudiéndose interpretar que el sujeto que estaba obligado a registrar ese vínculo laboral, efectuar aportes y realizar el pago de las remuneraciones era el empleador directo el que recibe los servicios del trabajador a cargo y no un tercero intermediario.

Con la sanción de la Ley de Bases se introdujeron cambios que tienen incidencia plena en la interpretación del artículo 29 de la LCT referido a la intermediación laboral.

La Ley 27.742 en el Artículo 83 incorpora como artículo 7 bis de la Ley 24.013 lo siguiente: *“La registración efectuada en los términos del artículo 7° se considerará plenamente eficaz cuando hubiera sido realizada por cualquiera de las personas, humanas o jurídicas, intervinientes”*.¹⁰ Asimismo, el párrafo 3 del Anexo II del decreto 847/2024 prescribe *“Las personas humanas o jurídicas intervinientes a las que hace referencia el artículo 7° bis de la Ley N° 24.013 y sus modificaciones podrán ser los empleadores, como así también las terceras empresas usuarias a las que se les proporcione la prestación”*.¹¹

\ 602

De lo antes mencionado se vislumbra que el trabajador será empleado directo de aquel que efectivamente registra la relación laboral independientemente, de si fue contratado para prestar servicio a “terceras empresas usuarias” produciendo el mismo efecto legal y asumiendo en consecuencia todas las responsabilidades solidarias que conlleva ese vínculo laboral.

En conclusión y en consonancia con lo expresado por el Estudio Sandalia & Carrascosa Abogados *“la reforma busca equilibrar la protección de los derechos de los trabajadores con la necesidad de un marco legal claro para las empresas. La interpretación del fallo «Vázquez c. Telefónica» se consideró una extensión indebida de la ley 24.013, y la solución*

10. CONGRESO DE LA NACIÓN ARGENTINA, “Ley 27.742 – Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos”, República Argentina.

11. PRESIDENCIA DE LA NACIÓN, “Decreto 847/2024 – Apruébase Reglamentación del Título IV -Promoción del Empleo Registrado- y del Título V -Modernización Laboral- Ley N° 27.742.”, República Argentina.

legislativa proporcionada por la Ley de Bases ofrece una guía más precisa y justa para manejar la intermediación laboral”.¹²

Denuncia de la falta de registracion laboral

El artículo 84 de la Ley 27.742 incorpora el artículo 7 ter de la Ley 24.013 estableciendo: *“El trabajador podrá denunciar la falta de registración laboral ante la autoridad de aplicación, que deberá ofrecer un medio electrónico a tal efecto, ante la Administración Federal de Ingresos Públicos, entidad autárquica en el ámbito del Ministerio de Economía, o ante las autoridades administrativas del trabajo locales.*

El sistema deberá expedir la constancia pertinente”.¹³

El artículo 99 del mencionado cuerpo normativo vino a derogar el artículo 11 de la Ley 24.013 el cual establecía que para obtener las indemnizaciones previstas en los artículos 8, 9 y 10 también derogados, el trabajador debía previamente intimar al empleador de manera fehaciente (telegrama colacionado laboral) y posteriormente notificar a la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) dentro del plazo de las 24 horas de haber cursado la intimación.

Esta nueva reforma implica la aparición de dos aristas opuestas, por un lado mediante la Resolución General 5560/2024 de la Administración General de Ingresos Públicos se suprimió el servicio de telegramas laborales, lo que reduce considerablemente los costos que implica el envío de estos medios comunicación, quedando solo disponible la página web para que los usuarios puedan ingresar a los datos históricos.

Y por el otro lado se eliminaron las “mal llamadas multas laborales”, que se aplicaban a la parte trabajadora cuando la relación de

603 /

12. SANDALI CARRASCOA. <https://sandalicarrascosa.com.ar/derecho-laboral/analisis-critico-la-interpretacion-de-vazquez-c-telefonica-y-su-discordancia-con-la-ley/>

13. CONGRESO DE LA NACIÓN ARGENTINA, “Ley 27.742 – Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos”, República Argentina.

empleo estaba total o parcialmente sin registrar, total o parcialmente “en negro”.

Ahora con la sanción de la Ley Bases esta norma brinda al trabajador un mecanismo de protección para poder efectuar denuncia ante la falta de registración laboral, ante diferentes organismos como ser el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, la AFIP y las autoridades administrativas del trabajo local como ser el Ministerio de Trabajo de las provincias.

Además, se establece la posibilidad de efectuar dichas denuncias de manera digital, para lo cual las autoridades de aplicaciones se encuentran obligadas a brindar dicho medio al trabajador.

Al finalizar el proceso de la denuncia el sistema deberá emitirle una constancia que le permitirá al trabajador utilizarla en caso de ser necesario en otras instancias.

El Dr. Mario Ackerman realiza una observación a este articulado expresando “*Llama la atención, de todos modos, que en el artículo 7 ter limita el derecho del trabajador a la denuncia de la falta de registración laboral y no menciona la registración deficiente que aparece contemplada, sí, como incumplimiento del empleador, en el artículo 3° del Anexo I del decreto 847/2024*”.¹⁴

En sintonía con lo expresado por el doctrinario la omisión del término “registración deficiente” no lo excluye al trabajador de la potestad de denunciar la falta de registración laboral.

Sentencia judicial de falta de registracion y su deber de informar

El Artículo 85 de la Ley 27.742 incorpora el artículo 7 quarter de la Ley 24.013 el cual prescribe “*En el supuesto de sentencia judicial firme*

14. ACKERMAN MARIO, (Año 2024) “La Reforma Laboral en la Ley 27.742 y su Reglamentación”, Rubinzal - Culzoni, Pag 193.

que determine la existencia de una relación de empleo no registrada, la autoridad judicial deberá poner en conocimiento de la entidad recaudadora de las obligaciones de la seguridad social, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha en que quede firme y consentida la sentencia, todas las circunstancias que permitan la determinación de deuda existente, si la hubiera, y efectuar el reconocimiento de los años de servicio trabajado.

Si conforme sentencia judicial firme, la relación laboral se encontrara enmarcada erróneamente como contrato de obra o servicios, de la deuda que determine el organismo recaudador, se deducirán los componentes ya ingresados conforme al régimen del cual se trate”.¹⁵

En lo que respecta a la registración laboral y sus consecuencias por la falta de incumplimiento por parte de las personas obligadas a registrar el vínculo laboral, la normativa citada establece un procedimiento en caso de una sentencia judicial firme, es decir que no admite recursos ni apelaciones.

Se determina que la autoridad judicial debe poner en conocimiento a la entidad recaudadora de las obligaciones de la seguridad social (ANSES) toda la información necesaria para que esta determine el valor de la deuda existente en caso de que hubiera y el cálculo de los años de servicios trabajados.

El último párrafo de la mencionada normativa establece que para los casos en que la relación laboral registrada por el empleador se encuentre asentada erróneamente, es decir de manera falsa o fraudulenta, se le puede descontar de lo que deba del Sistema de recaudación. Claro ejemplo es la situación en la que se encuentra un monotributista por una relación laboral encubierta.

605 /

15. CONGRESO DE LA NACIÓN ARGENTINA, “Ley 27.742 – Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos”, República Argentina.

Conclusiones

En primer lugar, hemos observado que las relaciones laborales pueden estar perfectamente registradas, registradas de manera deficiente o directamente no registradas. Frente a esas situaciones se evidencia el menoscabo que sufre un trabajador cuando su relación laboral es informal por no encontrarse correctamente registrada. Esto genera una falta de protección a su vínculo laboral y le impide contar con los beneficios de Seguridad Social.

La Ley Bases en su espíritu reformista deja pasar la oportunidad de efectuar un cambio más profunda en materia laboral, tal como lo expresa el Dr. Mario Ackerman en reiteradas oportunidades. En lo referido a la registración laboral implementa la simplificación para la inscripción del vínculo laboral realizándose por medios electrónicos, lo cual resulta un beneficio palpable para los sujetos intervinientes, pero aun quedan muchas lagunas a subsanar.

Un claro ejemplo de lo antes expresado es que cuando el órgano judicial determine la falta de registración laboral dará intervención a la entidad recaudadora en lugar de procurar salvaguardar el bien jurídico protegido que son ni más ni menos los derechos adquiridos por el trabajador.

\ 606

Bibliografía

Ackerman, Mario. “*La reforma Laboral en la Ley 27.742 y su Reglamentación*”, Editorial Rubinzal-Culzoni 2024.

Decreto 847/2024, “*Reglamentación del Título IV - Promoción del Empleo Registrado - y del Título V - Modernización Laboral - Ley N° 27.742*”, Presidencia de la Nación, República Argentina.

Diario Judicial. <https://www.diariojudicial.com/news-25984-fallo-plenario-golpe-a-las-tercerizaciones-laborales>

García Alonso Contenidos Jurídicos. https://garciaalonso.com.ar/blog/retroactividad-de-la-reforma-laboral/?srsltid=AfmBOopvrMhSt1cPljM-m2sYx-okyyf2TGCXI9K0OPzZOfxgeEtW1_Nka

607 /

Grisolia, Julio Armando. “*Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*”. Editorial Abeledo Perrot 2008.

Instituto Nacional de Estadísticas y Censos. <https://chequeado.com/EL-EXPLICADOR/DOS-DE-CADA-TRES-TRABAJADORES-INFORMALES-SON-POBRES-Y-1-DE-CADA-4-SE-ENCUENTRA-EN-LA-INDIGENCIA/>

Ley N° 20.744, “*Ley de Contratos de Trabajo*”, Congreso de la Nación, República Argentina.

Ley N° 24.013, “*Ley de Empleo*”, Congreso de la Nación, República Argentina.

Ley N° 25.212, “*Ley de Trabajo*”, Congreso de la Nación, República Argentina.

Ley Nº 27.742, “*Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos*”, Congreso de la Nación, República Argentina.

Sandali Carrascosa. <https://sandalicarrascosa.com.ar/DERECHO-LABORAL/ANALISIS-CRITICO-LA-INTERPRETACION-DE-VAZQUEZ-C-TELEFONICA-Y-SU-DISCORDANCIA-CON-LA-LEY/>

Las modificaciones en el acto administrativo introducidas por la ley base

| Roxana Soledad Gomez |

Introducción

\ 610 El presente trabajo trata sobre el procedimiento administrativo en la ley base, en el marco normativo, donde se analizarán las modificaciones de la Ley 19549, realizadas por la Ley Base de partida para la libertad de los Argentino Ley N° 27742.

Tales modificaciones en el procedimiento administrativo se refieren a los elementos de requisitos de validez, la tutela administrativa efectiva y el dictamen jurídico como parte del debido procedimiento previo, finalidad del acto, forma, modificaciones al silencio administrativo, vías de hecho, la ejecutoriedad del acto administrativo y la regulación de la ejecución forzosa, los vicios de los actos administrativos y por último el régimen de revocación de los actos administrativos, que se tratarán en el marco normativo.

Marco Normativo

El acto Administrativo en la ley de Bases

El Procedimiento Administrativo ley 19549, ha sido modificado por la ley bases y punto de partida para la libertad de los Argenti-

nos Ley 27742, a partir de este ordenamiento jurídico, se pone en marcha una nueva etapa en el derecho público argentino, gozando la misma de protección legal consagrado en la Constitución Nacional y Tratados Constitucionales de Derechos Humanos de jerarquía constitucional, esta tutela efectiva se encuentra garantizada en sede administrativa como en sede judicial.

En este sentido, la Legislación Administrativa Argentina avanza, dando cumplimiento a los principios que surgen de tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional.

Tomando en consideración que el acto administrativo ha sido uno de los institutos centrales de la reforma.

Uno de los puntos principales dentro de este instituto, tiene lugar a la aplicación del principio constitucional de la tutela administrativa y judicial efectiva expresado en el nuevo art 1 bis.

Otro punto importante de esta reforma a la ley de procedimiento administrativo esta dado en la redacción del nuevo artículo 1°, en la cual se adopta un criterio objetivo de la función

administrativa para delimitar el ámbito de aplicación, al prescribir la aplicación directa de sus normas a las actividades materialmente administrativas que lleven a cabo los órganos del poder legislativo, del poder judicial y del Ministerio Público.

Es útil recordar que con anterioridad a la reforma ante la falta de mención del artículo 1° de los poderes legislativo y judicial, se controvertía si era posible su aplicación en dichos ámbitos cuando obraban en el ejercicio de la función administrativa.

En función de la adopción del criterio objetivo, la noción legal del acto administrativo se extiende no solo a lo que emita la Administración Pública, sino también a todos los que provienen de cualquier órgano estatal o de personas de derecho público no estatales y personas privadas cuando ejerzan potestades públicas.

Aspectos relevantes de la nueva regulación sobre el acto administrativo.

Con la reforma acaecida por la Ley base, la cual presenta cambios prácticos y teóricos en el Título III de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos con respecto a la regulación de los actos administrativos

I. Elementos o requisitos de validez del acto administrativo

La estructura del acto administrativo se compone de diversos elementos, llamados también requisitos, cuya presencia es inexcusable para que su configuración sea válida.

Su conocimiento resulta básico para determinar los vicios que pueda padecer el acto administrativo en función del tipo de nulidad que lo afecta.

La Ley Base produjo importantes modificaciones en los arts. 7º y 8 de la LNPA, en el cual se regulan los mencionados requisitos de validez.

La condición de la *voluntad* como elemento del acto administrativo (art. 7º inc. a) Con anterioridad a la reforma, el inc. a) del art. 7 de la LNPA establecía que el acto “Debe ser dictado por autoridad competente”.

La Ley Base agregó una exigencia formulada en forma negativa: “y cuya voluntad no esté viciada por error, dolo o violencia”.

En relación con los elementos del acto se agrega al requisito de competencia la inexistencia de vicios de la voluntad, coordinando así el art. 7 de la LPA, que no los mencionaba, con el art. 14 que sí lo hacía.

Por otra parte, se reduce la importancia del dictamen de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico del Estado, al quitarle el carácter “esencial” que disponía el texto anterior y no incluir expresamente el supuesto de su omisión entre los vicios que producen la nulidad absoluta.

En cuanto a la forma, mientras que mantiene el requisito de forma escrita en principio, pero asimismo aclara que esta podrá ser en forma gráfica, electrónica o digital.

Asimismo, se prevé que el acto que carezca de firma, al igual que el que no tenga forma escrita cuando las circunstancias no permitan utilizar una forma distinta, no producirá efectos jurídicos de ninguna especie, encuadrándose así estas situaciones en la categoría del acto inexistente.

II.1.b. La tutela administrativa efectiva y el dictamen jurídico como parte del debido procedimiento previo (art.7º inc. d)

En la redacción original del art. 7, inc. d) de la LNPA, al regularse el requisito del procedimiento, se disponía que antes de la emisión del acto debían cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico, sin perjuicio de lo que establezcan otras normas especiales, se consideraba también esencial el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiese afectar derechos subjetivos e intereses legítimos. La Ley Base modificó la redacción de este inciso. El texto vigente dice: “Sin perjuicio de lo que establezcan las normas especiales, se incluye el respeto a la tutela administrativa efectiva de quienes pueden verse afectados por el acto de alcance particular en sus derechos o intereses jurídicamente tutelados; y el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiese afectar derechos o intereses jurídicamente tutelados”.

Es así que los cambios que se han efectuado en esta norma son tres:

En primer lugar, acertadamente, y concorde con lo dispuesto en el art. 1 *bis*, inc. a), se establece como un recaudo clave que concierne a la validez del elemento procedimiento previo el respeto a la tutela administrativa efectiva de las personas que puedan verse afectadas por el acto de alcance particular en sus derechos o intereses jurídicamente

tutelados. La emisión del dictamen jurídico y el respeto del derecho a la tutela administrativa efectiva constituyen exigencias que integran el elemento procedimiento previo y cuyo cumplimiento es inexcusable *bajo pena* de afectar la validez del acto administrativo.

En segundo lugar, la Ley Base también modificó la referencia que se hacía en el párrafo final del inciso d) a la afectación de “derechos subjetivos e intereses legítimos” por la fórmula “derechos o intereses jurídicamente tutelados”, la cual es usada también en el mismo inciso cuando se exige el respeto del derecho a la tutela administrativa efectiva. Ello está en línea con las modificaciones efectuadas en los arts. 1 *bis*, inc. a), apartado (i); 9, inc. a); 23 y 24 de la LNPA, en los cuales para determinar los sujetos legitimados para intervenir en el procedimiento administrativo y en un proceso judicial impugnatorio se acude a la fórmula “derechos o intereses jurídicamente tutelados”. La reforma abandona así la tradicional fórmula derecho subjetivo e interés, que tantas dificultades ha generado, y la reemplaza por una mucho más amplia y sencilla, tomada del Código Contencioso Administrativo, de la Provincia de Buenos Aires (art. 13) y del Código Contencioso Administrativo- y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

II.1.c. Finalidad del acto (art. 7, inc. f)

En la parte final del inc. f), en el cual se regula el requisito de la finalidad del acto, se efectuó un ajuste de redacción al incorporarse, en línea con el art. 1 *bis* de la LNPA la referencia al principio de razonabilidad de base constitucional (art. 28, de la CN). Su texto reza: “Las medidas que el acto involucre deben ser razonables y proporcionalmente adecuadas a aquella finalidad”.

De este modo, la Ley Base reafirma la trascendencia del principio de razonabilidad, en línea con lo prescripto en el art.1 *bis*, en el cual lo califica, junto con la proporcionalidad principios fundamentales del procedimiento administrativo.

II.1.d. Eliminación del último párrafo del art. 7º de la LNPA.

La redacción original del art. 7, párrafo final, de la LNPA disponía que los contratos que celebre el Estado, los permisos y las concesiones administrativas se registrarían por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación analógica de las normas del Título III de dicho cuerpo legal, si ello fuere procedente.

Por el art. 36 del Decreto delegado 1023/2001 se modificó dicho texto y se dispuso que los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en el Sector Público Nacional se registrarán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación directa de las normas del título III, en cuanto fuere pertinente.

La Ley Base suprimió el párrafo final del art. 7, por lo que ahora nada se dispone respecto de la posibilidad de aplicar ni directa ni analógicamente las normas del Título III de la LNPA a la contratación pública.

Más allá de que la derogación efectuada hace más nítida la separación del régimen del acto administrativo unilateral del que corresponde a los contratos administrativos, en tanto todo contrato celebrado por el Estado en ejercicio de funciones administrativas constituye esencialmente un acto jurídico administrativo.

En definitiva, la situación es similar a la que imperaba con anterioridad a la reforma producida por el decreto 1023/2001.

La excepción está dada por de la ley penal, donde juegan otros principios y garantías, la ley administrativa, al igual que la civil, no puede vedar el recurso a la analogía, que responde a un arraigado principio general de interpretación jurídica.

En toda la reforma de la LNPA no existe interdicción alguna respecto a la recurrencia a la analogía y lo único que se ha consumado ha sido la derogación del precepto (que no estaba en el texto original) introducido por el art. 36 del decreto 1023/2001) que admitía, en caso de carencia normativa, aplicar las normas del Título III de la LNPA en forma directa y no por analogía. Esta derogación de la

aplicación directa de la ley a los contratos administrativos no impide la aplicación por analogía de las prescripciones de la nueva ley, cuando existe identidad, similitud y proporcionalidad de razón en el marco de una interpretación coherente con la naturaleza jurídica de los contratos de la Administración, como tampoco excluye, de ser procedente, la aplicación analógica del derecho privado.

II.1.e. Forma (art. 8)

De acuerdo con la transformación digital de la Administración Pública Nacional que viene produciéndose en los últimos años, y la consecuente despapelización de la gestión administrativa y el uso del procedimiento electrónico, la Ley Base introdujo modificaciones con relación al elemento forma del acto administrativo. Así, en el primer párrafo del art. 8, después de establecer que el acto administrativo se manifestara expresamente y por escrito, se agrega que ello puede tener lugar en forma gráfica, electrónica o digital. Y en el último párrafo del citado precepto se determina que por vía reglamentaria se establecerá las distintas modalidades y condiciones a las que se sujetará la utilización de medios electrónicos o digitales para la emisión de actos administrativos.

La Ley Base también agregó un segundo párrafo al art. 8 en el cual precisa que no producirá efectos jurídicos de ninguna especie el acto que no contenga la firma, como el que carezca de forma escrita, salvo que las circunstancias permitieren utilizar una forma distinta.

II.2. Modificaciones del silencio administrativo

La tradicional figura del silencio administrativo negativo es la solución más antigua y generalizada en nuestros derechos para proteger a los administrados frente a la infracción de la Administración del deber de diligencia funcional de tramitar.

La tutela administrativa efectiva exige que la Administración tramite los procedimientos sin dilaciones y evite prácticas que no sean las estrictamente necesarias para adoptar o ejecutar sus decisiones. Es

decir, que el procedimiento se desarrolle dentro de un plazo razonable, tal como lo han entendido la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con arreglo a lo previsto en el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y lo establece expresamente el nuevo art. 1 bis, inc. apartado (iv) de la LNPA. Pues, bien, el silencio negativo, que tuvo su partida de nacimiento a mediados del siglo XIX para amparar a los particulares frente a la inacción administrativa, y que no es otra cosa más que una ficción legislativa de rechazo y cuya finalidad es conferir a los administrados una opción de índole procesal de aguardar que la Administración decida o continuar la defensa de sus derechos en la órbita judicial o en una vía administrativa jerárquica superior, resulta una herramienta insuficiente para proteger a las personas con los estándares actuales de tutela.

Por cierto, si bien en nuestro país existen otros medios de defensa frente a la inactividad formal de la administración, como la pretensión de amparo por mora, que también ha sido objeto de modificaciones por la Ley Base, la realidad demuestra que, entre otras razones por el tiempo que demanda su ejercicio, no es en todos los casos un medio eficaz ni adecuado para la tutela de las personas. Además, la configuración del silencio negativo o la admisión de una pretensión de amparo por mora no acarrea ningún tipo de responsabilidad o consecuencia disvaliosa para los funcionarios o la Administración que genere un incentivo para tramitar y decidir en plazo los procedimientos administrativos.

Pues, bien, frente a las graves falencias mencionadas que trasuntan un claro ejemplo de la denominada mala administración y ante la consideración incontestable de la trascendencia del tiempo en la sociedad contemporánea la Ley Base produjo importantes cambios en torno de la figura del silencio administrativo, teniendo como norte el principio de tutela efectiva. Así, por un lado, efectuó modificaciones con relación al silencio negativo, el cual sigue siendo la regla, al simplificar y acortar los plazos para su configuración al suprimirse la

exigencia de interponer un pronto despacho y aguardar 30 días. De modo tal que el mismo se produce cuando, después de transcurrido el plazo para resolver (el cual, si las normas especiales no previeren un plazo determinado para el pronunciamiento, no puede exceder de 60 días a contar desde la presentación de la solicitud del particular), el interesado lo da por configurado.

Pero, además, la principal innovación en esta materia consiste en haber regulado el llamado silencio positivo.

Así, en el inc. a) se mantiene el texto original que dispone que “Solo mediando disposición expresa podrá conferirse al silencio sentido positivo”, y en el nuevo inc. b) se establece que “cuando una norma exija una autorización administrativa para que los particulares puedan llevar a cabo una determinada conducta” y se hubieran vencido los plazos para resolver sin haberse dictado resolución expresa “*el silencio tendrá sentido positivo*” (art. 10 inc. b, LNPA).

Para que se configure el silencio positivo, deben concurrir los siguientes recaudos: a) debe tratarse de un procedimiento para obtener una autorización administrativa en el marco del ejercicio de una facultad reglada; b) debe haber vencido el plazo previsto para resolver sin haberse dictado resolución expresa; y c) no tratarse de materias de salud pública, medio ambiente, prestación de servicios públicos o derechos sobre bienes de dominio público, excepto cuando la norma específica aplicable otorgue sentido positivo al silencio.

La ley determina que la reglamentación podrá determinar otros supuestos específicos en los cuales no sea de aplicación el silencio positivo.

Con acierto se puntualiza que la estimación por silencio administrativo se considerará, a todos sus efectos, como un acto administrativo que finaliza el procedimiento.

Por tanto, una vez configurado, la Administración no puede resolver desconociendo la existencia del silencio positivo. Si considera que el silencio es ilegítimo, lo que lleva a poner en marcha los remedios de revisión de actos ilegítimos en sede administrativa o judicial, según corresponda (art. 17 de la LNPA).

De conformidad con el efecto de acto que pone fin al procedimiento, en el art. 63 del RLNPA, modificado por el decreto 695/2024), al regularse los modos de conclusión de los procedimientos, se menciona al silencio positivo junto con el dictado de la resolución expresa, la caducidad y el desistimiento del procedimiento y del derecho. En cambio, no se incluye en esa enunciación al silencio negativo, dado que no acarrea la terminación del procedimiento administrativo. La obligación de resolver en forma expresa [art. 1 *bis*, inc. a, apartado (iv), de la LNPA] no cesa por la existencia del silencio desestimatorio.

Y, por este motivo, cuando en el art. 1 *bis*, inc. g, apartado (i) de la LNPA se regulan los supuestos en los cuales se reinicia el cómputo del plazo de prescripción (interrumpido por la presentación de reclamos o recursos) no se menciona al silencio negativo.

De acuerdo con ello, la Ley Base modificó la redacción del art. 26 que establecía que “La demanda podrá iniciarse en cualquier momento cuando el acto adquiera carácter definitivo por haber transcurrido los plazos previstos en el art. 10 y sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción”. El texto actual dice con toda claridad: “La demanda podrá iniciarse en cualquier momento cuando se configure el silencio de la Administración”.

Por último, el art. 10, inc. b) prescribe que, configurado el silencio en sentido positivo, el interesado podrá exigir la inscripción registral, emisión de certificado o autorización correspondiente en sede administrativa.

II.3. Vías de hecho (art. 9)

Con el objetivo de mejorar la protección jurídica de las personas frente a diversos comportamientos materiales de la Administración manifiestamente antijurídicos, Ley Base efectuó diversas modificaciones al art. 9 de la LNPA. Así, en primer lugar, mejoró la redacción del inc. a) al eliminar el requisito de que los derechos lesionados gozaran de amparo constitucional. En lugar de ello, ahora se requiere que se afecten “derechos o intereses jurídicamente tutelados”.

Además, se han incorporado dos nuevos incisos (c, y d,) por los cuales se amplía la noción de vía de hecho al incluirse en la misma al uso de medios electrónicos o de cualquier otra naturaleza que mediante la omisión de alternativas u otros defectos o recursos técnicos tenga por efecto imposibilitar conductas que no estén legalmente proscriptas, como así también por la imposición de medidas contra los particulares cuya naturaleza exija la intervención judicial previa, como embargos, allanamientos u otras de características similares sobre el domicilio o los bienes de los particulares.

El inc. b) no ha sufrido cambios, por lo que también configura una vía de hecho poner en ejecución un acto estando pendiente algún recurso administrativo de los que, en virtud de norma expresa, impliquen la suspensión de los efectos ejecutorios de aquel, o que, habiéndose resuelto un recurso administrativo, no hubiere sido notificado.

Con acierto se ha señalado que, “esta misma regla debe aplicarse en los casos en que se prevean recursos judiciales cuya presentación también produzca la suspensión de los efectos ejecutorios del acto”.

\ 620

II.4. La ejecutoriedad del acto administrativo y la regulación de la ejecución forzosa

La Ley Base introdujo reformas de trascendencia en lo que concierne a la llamada ejecutoriedad del acto administrativo, la cual constituye uno de sus caracteres fundamentales.

Se denomina *ejecutoriedad* a la facultad de los órganos estatales que ejercen la función administrativa para disponer la realización o cumplimiento del acto, sin intervención judicial, dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico, sin apelar, salvo supuestos excepcionales, a la acción directa contra personas o bienes, la que solo puede hacerse a través de los jueces.

Como toda potestad administrativa, la ejecutoriedad no es absoluta, tiene límites, “toda ejecución coactiva del acto que recaiga sobre la persona o los bienes del administrado debe estar dispuesta por los

jueces... pues la Constitución Nacional (arts. 29 y 33) constituye un sistema material a favor del administrado...” y “la función de disponer las medidas de coacción sobre la persona o los bienes integra, en nuestro régimen jurídico el contenido de la función judicial”.

Así lo establece el art. 12 de la LNPA, cuando prescribe que la fuerza ejecutoria del acto “faculta a la Administración a ponerlo en práctica por sus propios medios, a menos que la ley o la naturaleza del acto exigieren la intervención judicial”.

La Ley Base, de manera similar al art. 12, 2º párrafo, de la Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, adicionó un 2º párrafo al art. 12 de la LNPA, en el cual enuncian supuestos excepcionales en los que se admite la ejecución coactiva del acto administrativo. Estos son los siguientes: cuando deba protegerse el orden público, el dominio público o tierras fiscales de propiedad del Estado Nacional, incautarse bienes muebles peligrosos para la seguridad o salubridad de la población o, en el caso de las fuerzas policiales o de seguridad, ante la comisión de delitos flagrantes. Sin perjuicio del control judicial que pueda hacerse sobre tales actos a pedido de los afectados, con la reforma de la Ley Base se persigue proteger los llamados bienes del Estado (del dominio público o meramente fiscales) e impedir intrusiones injustificadas en la propiedad pública, que beneficia al conjunto de la población.

También se han efectuado modificaciones en el párrafo final del artículo en el cual se mantiene la regla de que los recursos que se interpongan carecen de efectos suspensivos, salvo norma expresa que disponga lo contrario, y la facultad de la Administración para, de oficio o a pedido de parte, suspender la ejecución y efectos de los actos administrativos. La innovación que produce la Ley Base se encuentra en dos de los motivos que pueden dar lugar a la medida suspensiva: pues se reemplaza la causal de “evitar perjuicios graves al interesado” por “cuando la ejecución del acto traiga aparejados mayores perjuicios que su suspensión” y se agrega en la causal atinente a la invocación de una nulidad absoluta la palabra “ostensible”. Al igual

que el art. 12, in fine, de la Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los tres supuestos que pueden dar lugar autónomamente a la suspensión de la ejecución del acto son: a) razones de interés público, b) cuando su ejecución traiga aparejados mayores perjuicios que su suspensión, y c) cuando se alegare fundadamente una nulidad ostensible y absoluta”.

La Ley Base simplificó dicho sistema de invalidez al suprimir de los arts. 14 y 15 de la LNPA la referencia que se hacía a los actos nulo y anulable, respectivamente. En ambas normas solo se menciona a las categorías de las nulidades absoluta y relativa.

Además, efectuó una regulación más precisa de los vicios que dan lugar a la nulidad absoluta (art. 14) y modificó sustancialmente la redacción del art. 15, dedicado a la nulidad relativa, en el cual eliminó la referencia que se hacía en el texto anterior a “vicios que no lleguen a impedir la existencia del elemento del acto” y estableció que dicha sanción tiene lugar cuando el acto presenta un defecto o vicio que no esté previsto en el art. 14 y que las “irregularidades u omisiones no esenciales no dan lugar a nulidad alguna”. De tal modo, con una mejor técnica legislativa que en el texto original, en la LNPA reformada se consagra un régimen de invalidez del acto administrativo que reposa en la configuración de la nulidad absoluta, para los supuestos tasados en el art. 14, no susceptibles de subsanación, y de la nulidad relativa, como una categoría residual, para los actos que contienen vicios que no dan lugar a la nulidad absoluta (art. 15 de la LNPA), susceptibles de saneamiento (art. 19 de la LNPA).

Como surge de las normas citadas, el criterio de distinción entre ambas categorías se basa en la gravedad del vicio, por lo que corresponde el mayor grado de invalidez a la nulidad absoluta y el menor a la relativa. y éste no hubiese incurrido en dolo”.

II.5.e. Los vicios del acto administrativo

La Ley Base también realizó cambios en la regulación de los vicios que dan lugar a la nulidad absoluta del acto. Algunos de los vicios que afectan a los elementos del acto administrativo han merecido una mayor precisión y, acertadamente, se han adicionado nuevos vicios del acto administrativos en los dos incisos del art. 14 que acaorean la nulidad absoluta.

Sin embargo, se ha eliminado en el inc. b) de la norma de cita el vicio de violación “*de las formas esenciales*”, en el que se interpretaba que, entre otros defectos, se encontraba incluido el vicio en la motivación del acto.

En efecto, si bien en la redacción de la LNPA anterior a la reforma, en el art. 7 se regulaban en autónoma los requisitos esenciales del acto administrativo “procedimiento”, “motivación” y forma (arts. 7, inciso d, y e y art. 8, respectivamente), en el art. 14 al enunciarse los vicios que daban lugar a la nulidad absoluta se concentró en una misma causal las irregularidades a los tres requisitos mencionados. De tal modo, en la terminología de la LNPA antes de la reforma, el acto dictado en violación de las formas esenciales albergaba los vicios a las formas del procedimiento para la formación de la voluntad de la Administración como también a los de la declaración, entre los que se encontraba la falta de motivación, como la ausencia de firma en el acto que se pretende ratificar y la inexistencia de forma escrita.

Probablemente la supresión por la Ley Base del vicio de violación de las formas esenciales obedeció a que las irregularidades en el elemento procedimiento fueron incluidas como una nueva causal autónoma de nulidad absoluta en el inc. b, apartado. (iv) del art. 14 y los defectos graves en las formas de la declaración han sido establecidos en el art. 8, 2º párrafo, en el cual, como ya lo mencionamos, se dispone que “El acto que carezca de firma no producirá efectos jurídicos de ninguna especie. Lo mismo ocurrirá con el que carezca de forma escrita, salvo que las circunstancias permitieren utilizar una

forma distinta”. Sin embargo, nada se estableció respecto del defecto en la motivación.

Ante la falta de mención de este defecto en el listado tasado de causales de nulidad del art. 14, cabría sostener que, en principio, la ausencia de motivación provoca la nulidad relativa del acto. Sin embargo, ello debe ser relativizado, en los supuestos en que la falta de motivación produzca indefensión, corresponde aplicar la sanción de nulidad absoluta

del acto, ya que se configura la causal de “grave violación del procedimiento aplicable” consagrada art. 14, inciso b, apartado. (iv) de la LNPA. Ello es así porque, se trata de un requisito esencial que concierne a la validez de los actos administrativos y un corolario ineludible del principio republicano de la publicidad de los actos estatales, la motivación del acto es imprescindible para el adecuado y efectivo ejercicio del derecho a la tutela efectiva, el cual comprende, entre otros derechos, el de obtener una decisión fundada (art. 1 *bis*, inc. a), apartado. (iii) de la LNPA).

Por otro lado, la Ley Base incorporó en el art. 14 de la LNPA nuevas irregularidades que provocan la nulidad absoluta y delineó con mejor precisión algunos de los vicios en los elementos esenciales. Esto último es lo que ocurre respecto de la formulación del defecto en la competencia debido al grado, cuando el acto fuere dictado por una autoridad administrativa distinta de la que debió haberlo emitido dentro del ámbito de una misma esfera de competencias y se trate de competencias excluyentes asignadas por ley a una determinada autoridad en virtud de una idoneidad especial.

También en el vicio en el objeto al disponerse cuando el mismo “no fuere cierto, física o jurídicamente posible, o conforme a derecho”, el cual en el texto anterior a la reforma estaba regulado en el inc. b) del art. 14 como “violación de la ley aplicable”.

A su vez, como nuevas causales de nulidad absoluta se adicionaron: 1) el grave defecto en la formación de la voluntad de un órgano colegiado, 2) la omisión de audiencia previa del interesado cuando ella

es requerida y otras graves violaciones del procedimiento aplicable y el abuso de poder.

Antes de la reforma, los vicios en la formación de la voluntad de los órganos colegiados, al no estar previstos expresamente, encuadraban, como todas las irregularidades procedimentales dentro de la genérica causal de violación de las formas esenciales (art. 14, inciso b). Con la nueva redacción del art. 14, inc. a) este tipo de defectos constituyen una causal de nulidad absoluta incluida dentro de los vicios de la voluntad.

Con respecto a la segunda causal, su incorporación en el art. 14 traduce la clara decisión del legislador de fortalecer la relevancia del elemento procedimiento y, como parte de aquel, de la tutela administrativa efectiva (arts. 7 y 1 *bis*). Por eso, las graves irregularidades en el trámite administrativo, entre ellas la violación del derecho a ser oído, especialmente mencionada en el art. 14, inc. b), apartado (iv) de la LNPA, acarrearán la sanción de nulidad absoluta. De ahí que, como bien se ha señalado, a partir de la reforma efectuada a la LNPA no es posible acudir a la denominada teoría de la subsanación, en virtud de la cual se consideraba que las irregularidades procedimentales (como ser, en el supuesto de violaciones al debido proceso adjetivo) eran susceptibles de quedar purgadas por la posterior intervención del interesado en una vía impugnatoria administrativa o judicial posterior, con lo cual los vicios relativos a las formas del proceso de formación de la voluntad administrativa se valoraban como determinantes de una nulidad relativa. La Ley Base también prescribe como causal de nulidad absoluta a la “desviación o abuso de poder”. La desviación de poder es el vicio que afecta la finalidad del acto administrativo y se verifica cuando aquella no coincide con el fin previsto en la norma que habilita su emisión. En el texto anterior a la reforma estaba reglada en el art. 14, inciso b) como violación “de la finalidad que inspiró su dictado”.

En el mismo inciso el precepto alude al “abuso de poder” como vicio del acto administrativo, lo que “puede comprender vicios diversos

como la falta de proporcionalidad, la arbitrariedad y la extralimitación en el ejercicio de las facultades del órgano administrativo”.

Se desconoce fuente doctrinaria argentina alguna sobre el vicio de *abuso de poder*, lo cierto es que el tema fue abordado por la doctrina francesa y recogido en la conocida tesis de Prat sobre la desviación del poder. De acuerdo con esas fuentes, el vicio de “abuso de poder” constituye una aplicación de la teoría, de cuño civilista, del *abuso del derecho*, al campo del derecho administrativo. De ahí que cabe entender que esta causal de nulidad comprende aquellos supuestos en los cuales, si bien se obra con competencia, se lo hace mediante un uso abusivo y, por tanto, irrazonable, que desnaturaliza el fin previsto en la norma atributiva de aquella.

II.6. El régimen de revocación de los actos administrativos: la reafirmación del principio de la estabilidad del acto administrativo

\ 626

El art. 17 de la nueva LNPA constituye una de las piezas fundamentales de la dogmática del acto administrativo en la medida que viene a reafirmar una tendencia que reconoce el principio de la estabilidad del acto administrativo como eje del sistema protectorio de los derechos individuales, también comprendido en la teoría de la llamada “cosa juzgada administrativa”, que constituyó un axioma de avanzada en el derecho administrativo a partir del caso “Carmen de Cantón”.

La Ley Base produjo varias e importantes modificaciones al régimen de estabilidad de los actos administrativos con el objetivo de reforzarla, que en el texto anterior estaba previsto en los arts. 17 y 18 de la LNPA, y ahora se ha concentrado en el nuevo art. 17. Como puede advertirse, se ha configurado un nuevo sistema de revocación del acto administrativo. Si bien, al igual que el texto anterior a la reforma, la norma comienza prescribiendo la revocabilidad del acto afectado de nulidad absoluta, al que califica como irregular, lo cierto es que la verdadera regla que consagra se encuentra *a posteriori*, al

regularse los supuestos en que el acto administrativo no puede ser revocado, modificado o sustituido en sede administrativa y en los que solo se puede obtener su declaración de nulidad en sede judicial.

El primero de estos supuestos es el que se verifica con respecto del acto administrativo irregular notificado que genere derechos subjetivos que se estén cumpliendo o cuyo objeto se hubiere cumplido totalmente. El segundo corresponde al acto administrativo regular notificado del que hubieren nacido derechos subjetivos a favor de los administrados.

Siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el pensamiento de parte de la doctrina, en un mismo párrafo se agruparon las tres excepciones a la regla de la estabilidad antes indicada. Estas son: a) cuando el acto favorece al administrado sin causar perjuicio a terceros; b) si se acredita dolo del administrado; y c) si el derecho se hubiere otorgado expresa y válidamente a título precario.

Tanto el acto administrativo regular como irregular podrán ser revocados, modificados, sustituidos o suspendidos de oficio en sede administrativa si la revocación, modificación, sustitución o suspensión del acto favorece al administrado sin causar perjuicio a terceros, si se acreditara dolo del administrado o si el derecho se hubiere otorgado expresa y válidamente a título precario. Uno de los cambios más importantes que se efectuó la reforma concierne a la mencionada facultad de *revocación* cuando se acredita dolo del administrado.

Cabe recordar que el principio de la estabilidad se vio muchas veces incumplido, en la práctica, a raíz de una interpretación débil que se hizo del derogado art. 18, 2º párrafo de LNPA, que prescribía la posibilidad de revocar el acto regular “si el interesado hubiere conocido el vicio”, llegándose al extremo de postular que en virtud de la presunción de conocimiento del derecho correspondía presumir el conocimiento del vicio.

Sin embargo, dictámenes de la Procuración del Tesoro que interpretaron que para que proceda la revocación, no bastaba el mero conocimiento del vicio, sino que era necesario el dolo del administrado,

que mediara una connivencia dolosa entre el funcionario y el particular o, al menos, que el vicio le sea imputable al particular.

Con buen criterio, en la nueva redacción del art. 17 de la LNPA, a fin de garantizar la estabilidad y el derecho de propiedad que se adquiere con el acto administrativo, se reemplazó el texto que contenía el derogado art. 18, 2º párrafo de la LNPA y que establecía “si el interesado hubiere conocido el vicio” por “si se acreditara dolo del administrado”. De tal modo, para que proceda la revocación, no basta invocar la existencia del dolo, sino que resulta necesario, demostrarlo.

Pero la Ley Base ha introducido otras relevantes modificaciones que apuntan también

a resguardar la estabilidad del acto. Ella son las siguientes: se eliminó el requisito establecido para la revocación del acto irregular de que se trate de un acto firme y consentido, que aparecía en el 2º párrafo del art. 17 de la LNPA antes de su reforma, lo cual es acertado, (ii) se prohíbe revocar un acto irregular notificado en dos supuestos: a) si hubiere derechos subjetivos que se están cumpliendo y b) cuando se hubiera cumplido su objeto; (iii) se faculta a los jueces a no aplicar el efecto retroactivo de la invalidez del acto irregular por razones de equidad; y (iv) se prohíbe la suspensión de los efectos del acto administrativo estable.

Con respecto a esta última cuestión, se evita que la Administración recurra al subterfugio de la suspensión del acto cuando no lo puede revocar por ser estable, se limitó la facultad de suspenderlo (suspensión que al no tener un plazo de duración determinado en la práctica provocaba efectos similares a los de la revocación) en sede administrativa a los supuestos en los que procede la revocación.

En tal sentido, en el nuevo art. 17 de la LNPA se establecen límites y prohibiciones para suspender el acto administrativo irregular y el regular. En cuanto al primero, el párrafo 2 del art. 17 prohíbe la suspensión en sede administrativa del acto administrativo cuando no sea posible su revocación, mientras que en el caso del acto regular del que han nacido derechos subjetivos a favor de los administrados (se

estén cumpliendo o se hubieren cumplido), la ley consagra la interdicción de suspenderlo una vez notificado.

De tal modo, en tales supuestos si se pretende suspender los efectos del acto administrativo estable por considerarlo ilegítimo la Administración deberá solicitarlo judicialmente con arreglo a lo dispuesto en el art. 16 de la ley 26.854 y promover la pertinente acción judicial de lesividad dentro del plazo de prescripción aplicable.

Finalmente, otro de los cambios trascendentes efectuados por la Ley Base en el artículo 17 de la LNPA concierne al alcance del resarcimiento que el Estado debe pagar en el supuesto que decida modificar o revocar un acto administrativo por razones de interés público (llamada también *de mérito*, oportunidad y conveniencia). La nueva redacción de la disposición citada presenta dos agregados. Así, en su último párrafo después de establecerse que el acto administrativo también podrá ser revocado, sustituido o suspendido por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando los perjuicios “producidos, se añadió de conformidad con la metodología dispuesta por *la reglamentación*”. “En esos supuestos, la indemnización comprenderá el lucro cesante debidamente acreditado”.

629 /

Por lo tanto, la LNPA se apartó de lo establecido en el art. 5 de la ley 26.944, de Responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos, que descarta la reparación del lucro cesante en los casos de responsabilidad por la actuación estatal legítima, y siguió el criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que admite su reparación en tales casos y, además, postula, con base en lo que podemos denominar una sobre interpretación del art. 19 de la Constitución Nacional, que la reparación integral tiene sustento constitucional.

Asimismo, se debió haberse establecido la obligación de la Administración de realizar el pago previo de la indemnización, para hacer efectiva la revocación por razones de oportunidad.

Conclusión

Luego del análisis del presente trabajo, se puede afirmar que estas modificaciones a los distintos elementos del procedimiento administrativo, realizado por la Ley de Base, es pos de mejorar el sistema administrativo tanto para la administración pública, como para garantizar el derecho de los administrados, siendo que con las referidas modificaciones al sistema Administrativo, este logra colocarse en el mismo rango que el sistema judicial, en relación de que gozan de las mismas garantías constitucionales.

Otras cuestiones que también se pudo definir a partir de esta reforma esta dado en la redacción del nuevo artículo 1°, en la cual se adopta un criterio objetivo de la función

administrativa para delimitar el ámbito de aplicación, al prescribir la aplicación directa de sus normas a las actividades materialmente administrativas que lleven a cabo los órganos del poder legislativo, del poder judicial y del Ministerio Público.

Y con respecto a los elementos analizados, se considera que, con las modificaciones realizadas por la Ley Base, se logró completar el procedimiento administrativo, en conclusión, para que el sistema administrativo sea célere, efectivo y justo.

Referencia y Fuentes

Bautista, F. A. (2024). *La reconducción de los Contratos Públicos* . Revista de Contrato.

Carlos, P. P. (2024). *El Acto Administrativo en la ley Base* . Laley Thomson Reuters.

Eduardo, V. L. (2024). *Acerca del buen gobierno y calidad democratica en las reformas proyectadas al procedimiento administrativo en Argentina* .

Elias, R. H. (2024). *Analisis de la Ley 27.742*. Redacción de la ley - Thomson Reuters.

Jorge, C. P. (s.f). *La confianza legitima en la Reforma de la Ley Nacional del Procedimiento Administrativo* .

631 /

V, M. H. (2024). *Articulo de la Reforma de la LPA*. La ley - Thamson Reutors.

Trabajador independiente con
colaboradores. Un estudio de la
novedosa figura y sus posibles
controversias.

| Facundo Muniagurria |

*Autorizo a la Universidad Nacional del Nordeste
para la publicación del presente trabajo.*

Introducción

El presente trabajo tiene como objeto el abordaje de un instituto que resulta a todas luces novedoso, no solo en nuestro ordenamiento jurídico interno, sino incluso en el derecho comparado. El artículo 97 de la Ley N° 27.742, conocida como Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos -en adelante Ley Bases-, nos introduce a lo que da en llamar “Trabajadores independientes con colaboradores”, una figura jurídica antes inexistente, y que, como tal, plantea un sinnúmero de dudas e interrogantes. Así, será a través de la doctrina y jurisprudencia que se vaya elaborando con el transcurso de los meses y años, que podremos definir a ciencia cierta, por ejemplo, el concepto, la naturaleza jurídica o los efectos que tendrá esta nueva manera de relacionarse para el trabajo.

En este orden de ideas es que, a lo largo del presente artículo, intentaré analizar el marco jurídico inicial, para luego plantear interrogantes y plasmar algunas ideas respecto de los aspectos que considero más controversiales serán en la aplicación del flamante régimen.

Téngase presente que, este trabajo es elaborado a tan solo unos pocos meses de la entrada en vigencia de la Ley Bases, ocurrida el día 9 de julio de 2024, y menos aún desde la publicación del Decreto

reglamentario de los títulos IV y V, el 25 de septiembre de 2024 (Dec. N° 847/2024), y ni hablar del dictado de la Resolución General 5599/2024 de la Agencia de Regulación y Control Aduanero (ARCA), por la cual se crea el Padrón de Trabajadores Independientes con Colaboradores (PADIC), dictada el 7 de noviembre de 2024, y que, en principio, terminaría de completar el marco legislativo de este instituto.

De los trabajadores independientes con colaboradores

Con este título se introduce, a través del artículo 97 de la Ley Bases, por primera vez en nuestra legislación positiva, la figura de una persona que ejerce de manera independiente un “emprendimiento productivo”, y que cuenta con la “colaboración” de hasta otros tres trabajadores, también independientes. En este único artículo, se aclara que la relación debe tener el carácter de autónoma, sin existir vínculo de dependencia, ni entre los partícipes del emprendimiento productivo entre sí, ni entre ellos y los terceros que resulten contratantes de los servicios prestados.

* Advertirá el lector que, a lo largo del presente trabajo, se encontrará en muchas –tal vez demasiadas– ocasiones con la palabra independiente. Esto, sin embargo, tiene una razón de ser: es que las piezas legislativas en análisis, en su afán por dejar bien en claro que nos encontramos ante una relación que no es de carácter laboral, reiteran en muchas –tal vez demasiadas– oportunidades, que los sujetos a los cuales se aplica esta figura jurídica son trabajadores independientes.

Hecha esta salvedad, continúo:

Artículo 97 de la Ley N° 27.742

La norma fundacional de este nuevo instituto dispone:

“El trabajador independiente podrá contar con hasta otros tres (3) trabajadores independientes para llevar adelante un emprendimiento

productivo y podrá acogerse a un régimen especial unificado que al efecto reglamentará el Poder Ejecutivo nacional.

El mismo estará basado en la relación autónoma, sin que exista vínculo de dependencia entre ellos, ni con las personas contratantes de los servicios u obras e incluirá, tanto para el trabajador independiente como para los trabajadores colaboradores, el aporte individual de una cuota mensual que comprenda la cotización al Régimen Previsional, al Régimen Nacional de Obras Sociales y Sistema Nacional del Seguro de Salud y al Régimen de Riesgos del Trabajo, en las condiciones y requisitos que establezca la reglamentación.

Queda prohibido fragmentar o dividir los establecimientos para obtener beneficios en fraude a la ley.

El presente artículo será de aplicación específicamente cuando la relación sea independiente entre las partes; es decir, en las que se encuentre ausente alguna de las notas típicas de la relación laboral que son la dependencia técnica, la jurídica o la económica. Todo ello de acuerdo al tipo de actividad, oficio o profesión que corresponda”.

635 /

Conceptos iniciales

Como primera medida, a la hora de iniciar el análisis de la norma, considero fundamental conceptualizar dos de los términos que incluyó el legislador en este artículo en su primer párrafo, y que son la piedra angular para comprender el alcance del nóvel instituto. Ellos son: “trabajador independiente” y “emprendimiento productivo”. El encontrar un adecuado significado a cada uno de estos, entiendo, será de vital importancia para comprender la voluntad del legislador, y así, poder profundizar en el estudio de las consecuencias, tanto prácticas como jurídicas, que tendrá la aplicación de este nuevo régimen.

Me permitiré dar las siguientes definiciones:

Trabajador independiente

Se entiende por tal, a la persona que ejerce su oficio, trabajo o profesión por cuenta propia, es decir, atendiendo los pedidos de terceros que requieran de sus servicios, y asumiendo los riesgos de su emprendimiento, y sin depender de un empleador ante el cual asuma una dependencia técnica, jurídica o económica. Trabaja por cuenta propia, asumiendo los riesgos de la actividad y obteniendo los beneficios por ella producidos.

Emprendimiento productivo

Se trata de toda iniciativa en la que una persona o grupo de personas, invierte recursos y asume riesgos económicos, a los efectos de producir bienes o servicios que sean de interés de la comunidad, con fines lucrativos.

\ 636

Una primera aproximación

Entendidos los dos términos de la manera expresada en los párrafos anteriores, podemos hacernos una primera idea sobre cuál es la situación a la cual apuntó el legislador a la hora de crear este nuevo régimen.

En primer lugar, debemos encontrarnos ante un “emprendimiento productivo”. Es decir, debe tratarse de una iniciativa para la producción de bienes y/o servicios, con el fin de obtener beneficios económicos a través de la contratación con terceros que los requieran. En segundo lugar, la norma nos habla de un trabajador independiente que puede contar con “*hasta otros tres trabajadores independientes*”. En concreto, nos encontraríamos ante un total de –hasta– cuatro trabajadores independientes, de los cuales uno asume un rol de “principal”, por llamarlo de alguna manera, y los otros tres, de “colaboradores”, que serán quienes llevarán adelante el emprendimiento productivo.

Los sujetos

Debo decir que, a mi criterio, la denominación creada por la norma (trabajador independiente / trabajador independiente colaborador) fue poco feliz, ya que no distingue adecuadamente a los sujetos intervinientes. Ello, por cuanto la denominación del primer sujeto absorbería al segundo, en el sentido de que ambos son trabajadores independientes. Es por eso que, personalmente, decido llamar **“trabajador independiente principal”** a aquél que cuenta con colaboradores, a fin de diferenciarlo claramente del **“trabajador independiente colaborador”**. En adelante, los llamaré simplemente “principal” y “colaborador”.

En la práctica

Ahora, ingresando al análisis de la situación fáctica para la cual el legislador habría pensado este instituto, tenemos que: un grupo conformado por un mínimo de dos y un máximo de cuatro personas, que son independientes entre sí, unen esfuerzos para la creación de un emprendimiento productivo, entendido como una iniciativa para la producción de bienes y/o servicios con fines lucrativos. Es decir, personas que, pudiendo ejercer su oficio o profesión de manera autónoma y unipersonal, resuelven, por fines de practicidad, de mejor aprovechamiento de recursos económicos, o por cualquier otro motivo, unirse para trabajar juntos, pero sin que ninguno de ellos dependa de otro u otros. Todos ellos, por tanto, participarán de los beneficios o las pérdidas que dicho emprendimiento pueda generar, asumiendo el riesgo, ya sea en partes iguales o a porcentajes que ellos mismos puedan determinar.

637 /

Las ventajas del sistema

Los beneficios de asociarse de esta manera con otros sujetos independientes pueden ser muy valiosos. Enumeraré únicamente los más evidentes, graficándolos con ejemplos prácticos:

Abaratar costos:

Imaginemos a cuatro herreros que se formaron juntos, y que, en lugar de montar tres locales diferentes, deciden montar una única herrería, dividiéndose proporcionalmente los trabajos que ingresan y asimismo el beneficio económico; ahorrándose así el dinero necesario para alquilar un inmueble y para hacerse con la maquinaria que requieren (soldadora, amoladora, taladro, etcétera).

Ampliar la variedad de servicios brindados:

Supongamos un médico cirujano que se junta con un traumatólogo y un licenciado en kinesiología, de manera tal de poder brindar al paciente varios servicios de salud interrelacionados. El mismo paciente que fue atendido por el traumatólogo por alguna dolencia, podría ser sometido a una intervención quirúrgica por parte del cirujano, y luego requerirá, para su recuperación, los servicios de kinesiología. Tres profesionales, todos independientes, que trabajan juntos para un beneficio común.

Mejorar la calidad del servicio ofrecido:

Imaginemos un grupo de abogados que, siendo especialistas en distintas ramas del derecho, abren un único estudio jurídico integral, donde cada uno pueda atender los casos de su especialidad, y así dar un servicio de alta eficiencia.

Receptando relaciones nuevas y no tan nuevas

La norma nos viene a traer una nueva forma de interrelacionarse para el trabajo, que, en determinadas circunstancias, puede traer im-

portantes beneficios para los trabajadores autónomos. *“La idea ha sido considerar otros esquemas más modernos y flexibles que no pasen, necesariamente, por la tradicional teoría de la dependencia técnica, jurídica y económica”* (Zapata, José Luis. 12 de noviembre de 2024). De la misma manera, en los hechos, hay muchos emprendimientos productivos en los cuales se da la situación contemplada la norma (basta ver los ejemplos que mencioné en los párrafos anteriores), y que, hasta este momento, no se habrían podido registrar adecuadamente, por no existir un régimen acorde.

Es decir que, la creación de este instituto viene a cubrir un vacío, y seguramente servirá para blanquear situaciones de este tipo, brindando la posibilidad a los trabajadores autónomos que trabajan en conjunto, de registrar esta relación ante el ente recaudatorio nacional (hoy Agencia de Recaudación y Control Aduanero -ARCA), y a así acceder a los regímenes previsional, de obra social, seguro de salud y riesgos del trabajo que la norma prevé. **Más adelante abordaré la Resolución General N° 5599/2024 de la ARCA, la cual crea el Padrón de Trabajadores Independientes con Colaboradores (PADIC)** y reglamenta la registración.

639 /

Posibles controversias

Fraude a la ley

Quienes se han expresado en contra de la conveniencia de la incorporación de este instituto a nuestro derecho positivo, muestran preocupación ante la posibilidad de que el mismo sea utilizado como “pantalla” para esconder relaciones verdaderamente laborales. Esta preocupación no es infundada, por cuanto históricamente han existido los empleadores que, en fraude a la ley, buscan por cualquier medio que se encuentre a su alcance, evadir las obligaciones que le impone la normativa laboral. Se han visto y se ven, diariamente en

nuestros tribunales, incontables casos de relaciones que reúnen todas las características de un verdadero vínculo laboral, pero que, formalmente, están documentadas mediante contratos de locación de servicios o similares; verdaderos trabajadores que, en lugar de recibir sus correspondientes recibos de sueldo, se ven obligados a facturar a la empleadora sistemáticamente para la percepción de sus remuneraciones.

Demás está decir que, en este tipo de relaciones, el dependiente se ve absolutamente precarizado, teniendo negados los más básicos derechos que hacen a la dignidad del trabajador, y que ya todos conocemos, como ser el respeto de los descansos –diarios, semanales, anuales–, el pago de las remuneraciones correspondientes según escala salarial, el cobro de aguinaldos, los aportes y contribuciones a la obra social, sistema de riesgos del trabajo, y un largo etcétera.

No obstante ello, a juicio de este autor, el instituto en análisis no tiene por qué ser considerado una herramienta para contribuir a una mayor informalización o al fraude a la ley. Esto, por cuanto los principios del Derecho Laboral no se han visto modificados, y es a la luz de ellos que debemos analizar la totalidad del ordenamiento. De hecho, el mismo artículo en análisis, en su último párrafo, hace la salvedad de que *“El presente artículo será de aplicación específicamente cuando la relación sea independiente entre las partes...”*. Esta aclaración, aunque en mi opinión innecesaria, reafirma el hecho de que, en cada caso concreto, debe necesariamente analizarse la sustancia de la relación, para determinar si realmente, la misma vincula a dos trabajadores autónomos, o si se dan las características típicas de la subordinación, esto es: la dependencia técnica, jurídica y económica.

De hecho, antes de la entrada en vigencia de esta norma, tampoco faltaban herramientas utilizadas por malos empleadores para encubrir la existencia o las características de una relación laboral. Como se mencionó anteriormente, los contratos de locación de servicios, el obligar a un empleado a adherirse al régimen del monotributo para que emita facturas por sus remuneraciones, la registración como de

media jornada a un empleado que realmente trabaja jornada completa, etcétera, son prácticas que siempre se han utilizado para defraudar a la ley, y no por eso uno pone en duda la conveniencia de la existencia del monotributo, o del contrato de locación de servicios, por ejemplo.

La informalidad laboral en Argentina

La verdad es que, empleadores que no quieren asumir las responsabilidades derivadas del ordenamiento jurídico laboral, siempre los ha habido. Sabido es que, en nuestro país, la informalidad laboral alcanza porcentajes exagerados: el último informe elaborado por el Área de Empleo, Distribución e Instituciones Laborales (EDIL) del Instituto Interdisciplinario de Economía Política (IIEP) de la Facultad de Ciencias Económicas de la UBA, refleja que la tasa de informalidad entre los asalariados en el segundo semestre de 2024 fue del 36,4 %, es decir que casi cuatro de cada diez trabajadores en relación de dependencia se encuentran sin registrar. A su vez, agrega que *“Más allá de las fluctuaciones (y excluyendo el período de la pandemia), la tasa de informalidad se ha mantenido relativamente constante y en un valor muy elevado, desde hace 15 años”* (Informe panorama del empleo asalariado informal y la pobreza laboral. EDIL – IIEP. Octubre 2024).

641 /

Este grupo de investigadores da cuenta de que el país ha llevado una informalidad fluctuante entre el 32 % y el 37 % durante los últimos quince años, y que, además, en los años anteriores, estuvo aún más arriba de esos números. La mejora de esta situación a nivel país es un aspecto esencial que se debe abordar desde la política, y en consideración de lo anticuadas que estaban nuestras normas laborales -la Ley de Contrato de Trabajo, por dar un ejemplo, data del año 1976-, queda más que claro que una reforma laboral era menester. Ahora bien, si las reformas introducidas por la Ley Bases fueron las adecuadas, o suficientes, en su conjunto, es un tema que excede al presente trabajo, pero no se puede negar que son un primer intento por lograr una modernización de los esquemas y figuras clásicas.

En lo que sí quiero profundizar, y que es lo concerniente al instituto que estoy abordando, es en la idea con la que cerré el apartado anterior, respecto de que, la creación de la figura del trabajador independiente con colaboradores no tendría por qué contribuir a una mayor informalización. Y ello, se lo debemos al:

Principio de primacía de la realidad

Como he adelantado, la solución para la posible utilización del instituto del trabajador autónomo con colaboradores como un medio de fraude a la ley, se encuentra en la aplicación de los principios clásicos del Derecho Laboral, los cuales no se han visto modificados por la nueva normativa.

Para este tipo de situaciones, que siempre han existido, y aquejan especialmente a nuestro país, es que fue concebido el principio conocido como de primacía de la realidad, el cual implica que *“siempre se debe reconocer a través de los hechos concretos y sus características la verdadera sustancia de una relación, con prescindencia de los mantos, ropajes, designación o apariencia que las partes le hayan dado a la misma”* (De Diego, Julián A., 2011).

La legislación nacional no es ingenua en cuanto los disfraces que muchas veces se pretende dar a los vínculos laborales, y mucho menos lo ha sido la jurisprudencia a lo largo de las últimas décadas. Priorizar lo que realmente ocurre en la realidad, en la esencia y características de los actos, por encima de los aspectos formales, o lo que dicen los documentos que se acercan a juicio, a la hora de resolver si una relación tiene características laborales o no, siempre fue de vital importancia.

“Es sabido que dichas inscripciones (como autónomo) o modalidades de pago le son exigidas de manera frecuente por los dadores de trabajo a sus dependientes, cuando se pretende simular o disfrazar la existencia de un verdadero contrato de trabajo bajo el ropaje de una figura distinta, a fin de evadir la aplicación tuitiva de la normativa laboral. La naturaleza de

una relación como la que se discute en autos, debe determinarse por el examen de las características que la conforman y definen en la realidad de los hechos –principio de primacía de la realidad–” (Bianchi, Graciela Irene c/Bank Boston S.A. y otro s/despido, CNTrab, sala VII, 9/8/2006, Errepar. Como se citó en De Diego, Julián A., 2011).

Conforme lo hasta aquí expuesto, queda claro que, a mi modesto entender, la figura del trabajador independiente con colaboradores no debería propiciar a una mayor informalidad laboral, dado que un empleador que busca un disfraz o ropaje tras el cual esconder una relación laboral en fraude a la ley, lo puede encontrar en un montón de otras formas de contratación civil. Es decir, este novedoso instituto, no viene a aportar una pantalla que no pudiera antes encontrarse en otro tipo de figuras.

Siempre y en todo lugar, la respuesta a este tipo de fraude se puede encontrar en la adecuada aplicación del principio de primacía de la realidad.

643 /

Notas características de la subordinación

De lo considerado en el punto anterior, se infiere que será siempre fundamental analizar caso por caso la verdadera naturaleza de la relación, y así mismo lo requiere la norma: *“El presente artículo será de aplicación específicamente cuando la relación sea independiente entre las partes; es decir, en las que se encuentre ausente alguna de las notas típicas de la relación laboral que son la dependencia técnica, la jurídica o la económica”* (Art. 97, Ley 27.742, último párrafo).

Ya para el tratamiento de otras formas posibles de fraude a la ley laboral, se han desarrollado históricamente los conceptos de dependencia técnica, jurídica y económica, los cuales funcionan como parámetros para distinguir una relación de carácter verdaderamente laboral, de una de derecho civil.

Dependencia técnica

Se da cuando el trabajador recibe instrucciones específicas, o está subordinado técnicamente a la dirección de otra persona en el desarrollo de sus tareas. La independencia, en este sentido, consiste en que el sujeto tenga la libertad de decidir cómo realizar su trabajo.

Dependencia jurídica

Se basa en la existencia de un control legal o una obligación contractual que limita la autonomía del trabajador, como ocurriría en una relación laboral tradicional donde el empleador tiene el poder de dirección y control.

Dependencia económica

\ 644

Implica que la fuente única de ingresos del trabajador proviene de la remuneración percibida del empleador, y, por tanto, debe a ella su subsistencia y de su grupo familiar. En el caso de los trabajadores independientes colaboradores, esta independencia está garantizada, por cuanto la norma dispone específicamente que no se puede restringir que realice actividades en forma simultánea, incluso mantener simultáneamente varios contratos de colaboración.

Excepciones

Cabe la aclaración de que, a la hora de determinarse si un vínculo tiene carácter laboral, no es estrictamente necesario que se compruebe la existencia de todas estas notas de la subordinación, sino que constituyen únicamente parámetros, debiendo estudiarse individualmente, y caso por caso, la realidad de la relación. Esto ocurre, verbigracia, cuando una empresa contrata a un profesional, como ser un abogado o contador, el cual puede tener un vínculo laboral con

la contratante, y sin embargo conservar su independencia técnica, puesto que la empleadora lo contrata, justamente, por sus saberes y su experiencia en su campo.

Prohibición de fragmentar establecimientos

Un recaudo extra que toma la norma a la hora de proteger a posibles empleados precarizados es el establecido en el tercer párrafo del artículo 97 de la Ley Bases: *“Queda prohibido fragmentar o dividir los establecimientos para obtener beneficios en fraude a la ley”*. Esta incorporación, no hace más que reafirmar lo que se viene exponiendo, respecto de que siempre se debe analizar caso por caso, para determinar si el acogimiento a este régimen se pudo haber hecho de manera fraudulenta o simulada. Esta prohibición se haría efectiva, por ejemplo, si se advierte que, en un mismo establecimiento, funcionan dos emprendimientos productivos que, en realidad, forman parte del mismo negocio. El engaño, en este caso, estaría dado con el objeto de violar la cantidad máxima de colaboradores que permite la norma, ya que, por cada emprendimiento, se permitiría tener tres más.

645 /

Conclusión

A pesar de que no se desconoce que podría ocurrir, en la práctica, que algunos empleadores fraudulentos procuren utilizar la figura del trabajador independiente con colaboradores, para evadir el carácter tuitivo del derecho laboral, esto no es óbice para que esta figura pueda ser utilizada de manera honesta por muchos trabajadores independientes, que pueden encontrar utilidad y grandes ventajas en su acogimiento a este régimen.

Por lo tanto, el principio de primacía de la realidad debe prevalecer siempre en el análisis que los órganos judiciales realicen, individualmente, de los casos conflictivos que puedan resultar de la aplicación de esta figura, garantizándose así, que no se utilice de manera ilegal.

Las características de la relación

A los efectos de complementar al artículo 97 de la Ley Bases, en fecha 26 de septiembre de 2024, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el Decreto N° 847/2024, el cual en el capítulo IV del Anexo II, reglamenta la institución del trabajador independiente con colaboradores.

Reglamentación

El artículo 24, nos da las pautas principales del vínculo entre los sujetos intervinientes en este tipo de relación en tres incisos:

“a) No se podrá limitar ni restringir la posibilidad de que el trabajador independiente colaborador realice actividades de forma simultánea. El trabajador independiente colaborador tendrá, además, la libertad de mantener simultáneamente contratos de colaboración, de trabajo o de provisión de servicios con otros contratantes.

b) Cualquiera de las partes podrán rescindir, en cualquier momento, el vínculo de colaboración.

c) El trabajador independiente no podrá mantener vigentes, en forma simultánea, contratos con más de TRES (3) trabajadores independientes colaboradores bajo esta modalidad”.

El análisis de las características que nos proveen estos tres apartados da cuenta de la verdadera naturaleza de esta figura, la cual es de una total independencia entre los sujetos intervinientes. En efecto, el trabajador independiente colaborador, conserva en todo momento la posibilidad de realizar otras actividades de manera simultánea a su participación en el emprendimiento, inclusive puede ser colaborador en varios emprendimientos al mismo tiempo. Asimismo, así como las partes pueden constituir el vínculo de colaboración cuando ellos lo deseen, a su vez, cualquiera de ellos lo puede resolver unilateralmente en cualquier momento, bastando para ambas cosas un sencillo trámite online a través de la página de ARCA.

Prohibición

El último párrafo del artículo 24, a su vez, nos dice lo siguiente: *“El régimen del artículo 97 de la Ley N° 27.742 no será de aplicación cuando se presuma que una relación de trabajo en relación de dependencia fue sustituida por una relación entre las partes de diferente encuadre jurídico a los fines de usufructuar los beneficios del mencionado artículo”*.

Esta disposición resulta interesante, puesto que va por el mismo camino que lo que he expresado anteriormente respecto de la primacía de la realidad, pero va un paso más allá: directamente impide la aplicación del régimen para los casos en que anteriormente hubiera existido una relación laboral entre las partes. Es decir, dado el caso en que un empleador concluye un vínculo de carácter laboral, por el medio que sea, y luego procede a registrarse en el PADIC, anotando como colaborador al mismo sujeto que antes era su empleado, la norma considera palmariamente acreditado que tal registración se estaría realizando en fraude a la ley, por lo que este régimen no será aplicable. Una herramienta más para evitar la posible mala utilización del instituto.

647 /

Registración

El proceso para la registración de la relación de colaboración fue creado, finalmente, el día 7 de noviembre de 2024, por medio de la Resolución General 5599/2024 de la Agencia de Recaudación y Control Aduanero, que dispone la parte práctica de la aplicación del sistema, creando el Padrón de Trabajadores Independientes con Colaboradores “PADIC”.

Inscripción previa

Como primera medida, según dispone el Decreto 847/2024, es condición previa para formar parte de este instituto, ya sea como principal o

como colaborador, estar inscripto ante la ARCA, ya sea como responsable inscripto, o como monotributista. Artículo 24, segundo párrafo: *“Todos ellos -tanto el principal como los colaboradores- deberán estar inscriptos en el Régimen General de Impuestos y de los Recursos de la Seguridad Social u otro régimen que pudiera corresponder para el cumplimiento de esas obligaciones, relativo a actividades que no se ejerzan en relación de dependencia, procediendo, a su vez, la opción a que se refiere el artículo 12 del Decreto N° 661 del 23 de julio de 2024”*. Es decir que, antes de poder ser trabajador independiente con colaboradores, o trabajador independiente colaborador, el sujeto debe ya estar registrado como autónomo y con clave fiscal para el ingreso al sistema de ARCA.

Declaración jurada

Por otro lado, se establece la obligación de que cada uno de los intervinientes en la relación –principal y colaboradores–, cargue una declaración jurada respecto del carácter independiente de la relación: Artículo 24, tercer párrafo *“Asimismo, todos deberán prestar declaración jurada ante la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS (AFIP) respecto al carácter independiente de la relación”* (La referencia a la AFIP debe entenderse como a la ARCA, habida cuenta de los cambios dispuestos por el Decreto 953/2024).

La idea de esta carga que la norma impone a los sujetos es que la registración de la relación no dependa exclusivamente del principal, sino que sea una registración en dos pasos, de manera tal de que los colaboradores presten su consentimiento al acogimiento a esta figura. De esta manera, lo que se busca es, justamente, evitar que se registren relaciones verdaderamente laborales, bajo la fachada del régimen del artículo 97.

Procedimiento

La manera concreta en que se realiza la registración se encuentra reglamentada por la Resolución General de ARCA N° 5599/2024, la

cual crea el Padrón de trabajadores independientes con colaboradores. El trámite se realiza íntegramente en línea, a través de la página web de ARCA, ingresando con clave fiscal y agregando el servicio “PADIC”. El primer paso consiste en que el principal, ingresando con su clave fiscal, “agrega” el emprendimiento, para lo cual el sistema le requiere: nombre de fantasía, fecha de inicio, fecha de finalización en caso de corresponder, domicilio, actividad, y CUIT de los colaboradores. Luego, como un segundo paso, debe el colaborador ingresar con su propia clave fiscal, agregar también el servicio “PADIC”, y confirmar, con carácter de declaración jurada, su participación en el emprendimiento. Para este segundo factor de confirmación, la norma otorga un plazo máximo de 72 horas hábiles, transcurrido el cual, queda dada de baja la inscripción. (Artículos 3 y 4 de la Res. Gen. 5599 ARCA).

Reflexiones finales

649 /

He dedicado el presente artículo al análisis de la figura del trabajador independiente con colaboradores, deteniéndome en las características de esta nueva forma de relacionarse, en algunos de sus aspectos prácticos, y en las principales controversias que su aplicación seguramente provocará. No teniendo este novedoso instituto antecedentes similares, ni en nuestro sistema jurídico ni en el derecho comparado, no resulta tarea fácil pronosticar con seguridad cuáles serán los resultados de su puesta en práctica.

Sin embargo, considero que este nuevo modelo puede traer consigo grandes beneficios, tanto para los propios trabajadores independientes, como para la economía en general, brindando un marco jurídico acorde a muchas relaciones ya existentes, y que no tenían un régimen específico al cual acogerse. Creo que este instituto puede servir como un incentivo para la promoción de nuevos emprendimientos productivos que dinamicen la economía al tiempo que generan empleo

genuino, así como para la formalización de otros que ya se encontraban en marcha, pero sin tener un marco regulatorio que se aplique específicamente a ellos.

Esto, no quiere decir que la aplicación de esta nueva modalidad de contratación esté exenta de desafíos. Habrá que tener la guardia en alto para fiscalizar que no se haga abuso de ella en fraude al ordenamiento jurídico laboral, como la experiencia nos demuestra que se ha hecho con otras formas de contratación de carácter civil. No obstante ello, creo que el provecho que puede sacar de esta figura el trabajador independiente que la utiliza de manera honesta, no debe verse opacado por la posibilidad de su uso fraudulento, que debe examinarse caso por caso.

En suma, entiendo que nuestro país necesitaba una reforma laboral que propenda a la modernización y flexibilización del ordenamiento hasta ahora existente, cuya norma troncal -la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744- data de hace más de cincuenta años. Si la Ley Bases en su conjunto cumple con este objetivo, o si se requerirán otras modificaciones, el tiempo lo dirá, pero, en lo que hace concretamente al objeto de estudio de este artículo, no puedo negar que se trata, al menos en mi opinión, de un primer acercamiento en la dirección correcta.-

\ 650

Referencias

Ley N° 27.742 de 2024. *Ley de bases y puntos de partida para la libertad de los argentinos*. 08 de julio de 2024. Boletín Oficial N° 35.456.

Decreto del P.E.N. N° 847 de 2024. *Reglamentación de los títulos IV y V de la Ley N° 27.742*. 25 de septiembre de 2024. Boletín Oficial N° 35.513.

Resolución General N° 5599 de 2024 [Agencia de Recaudación y Control Aduanero]. *Creación del Padrón de Trabajadores Independientes con Colaboradores*. 07 de noviembre de 2024. Boletín Oficial N° 35.543.

651 /

Julián A. De Diego (2011). *Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – 8va edición actualizada y ampliada*. Editorial La Ley.

José Luis Zapata (2024). *Régimen del trabajador independiente con colaboradores*. Disponible en el siguiente enlace: <https://www.estudio-ofarrell.com/regimen-del-trabajador-independiente-con-colaboradores/>

Área de Empleo, Distribución e Instituciones Laborales (EDIL) del Instituto Interdisciplinario de Economía Política (IIEP) de la Facultad de Ciencias Económicas de la UBA. *Informe panorama del empleo asalariado informal y la pobreza laboral*. Octubre 2024. Disponible en el siguiente enlace: https://iiep.economicas.uba.ar/wp-content/uploads/2024/09/InformeEdil_empleo_asalariado_informal.pdf

Centro Interamericano para el Desarrollo del Conocimiento en la Formación Profesional -OIT- *Trabajo independiente o por cuenta propia*. Disponible en el siguiente enlace: https://www.oitcinterfor.org/sites/default/files/edit/docref/genero/tra_independ.pdf

Marcos Felice (2024). *Los Trabajadores Independientes con Colaboradores bajo la Ley N° 27.742 y el Decreto N° 847/24*. Disponible en el siguiente enlace: <https://blogdelcontador.com.ar/trabajadores-independientes-con-colaboradores-claves/>

Cooperación Suiza en Bolivia. *Emprendimientos productivos*. Disponible en el siguiente enlace: https://formaciontecnicabolivia.org/sites/default/files/publicaciones/emprendimientos_productivos.pdf

El contrato de trabajo.
Su flexibilización según el régimen
del periodo de prueba.
Ley N° 27.742.

| Alfredo Eduardo Niz |

I. Introducción

\ 654

El contenido del trabajo monográfico, se vincula con el derecho laboral, particularmente trataremos sobre el instituto del contrato del periodo de prueba, que podrán celebrar los trabajadores con sus empleadores en la República Argentina.

En esto no podemos dejar de soslayar, que la misma nace bajo un vínculo indeterminado que le resulta interesante al empleador como figura contractual, bajo el denominado periodo de prueba. En esto debemos reconocer los beneficios que el mismo otorga a la patronal en función al plazo, que estipula la ley y tras fenecer dicho periodo, las partes podrán extinguir la relación laboral sin expresión de causa y sin derecho a indemnización con motivo de su extinción.

Entre otras postulaciones, se remarca que el instituto permite al trabajador poder demostrar su capacidad laborativa en el periodo previsto por la ley, permitiéndole obtener en esa etapa la posibilidad de acceder a otras o mejores oferta que le permite el mercado del trabajo. Esto solo es posible, en una economía que incentiva el aparato de producción y el afianzamiento de los sectores de inversión para consolidar mayores fuentes laborales.

En este escenario, el artículo 91 de la Ley 27.742, sustituye el artículo 92 bis de la Ley 20.744, relacionado al periodo de prueba, extendiendo de tres a seis meses de vigencia; además las convenciones colectivas de trabajo podrán ampliar dicho periodo de prueba hasta ocho meses en las empresas de seis y hasta cien trabajadores y hasta un año en las empresas de hasta cinco trabajadores.

Con respecto a este instituto la ley Base dispone, que este periodo llamado de prueba será aplicable también en el régimen de trabajo agrario por tiempo indeterminado.

II. Desarrollo

1. El contrato de trabajo celebrado a prueba. Su nueva fisonomía en el régimen laboral argentino.

a. Los diversos enfoques de su análisis.

655 /

Desde el aporte de la doctrina laboralista, se han elaborado diversas definiciones del denominado periodo de prueba en las relaciones de trabajo, con un término o plazo breve de vigencia para la prestación de servicio que se diera de manera inicial con el empleador, destinada a que el trabajador pruebe su actitud para la tarea que le fuera asignada.

A este instituto se le reconoce como un negocio jurídico bilateral, mediante el cual el empresario y el trabajador pretenden el conocimiento empírico de las condiciones contractuales que habrán de regir en el futuro, destacándose que en ese periodo se busca conocer la capacidad profesional, así como las posibilidades de rendimiento del trabajador, su psicología y su espíritu de laboriosidad. (Se resaltan que en diversas empresas buscan brindarle cursos o talleres de capacitación previa a su ingreso, para optimizar la laboriosidad durante la contratación bajo esta modalidad.

Se ha de entender aquí, que el periodo de prueba constituye una etapa, posterior a la selección de los candidatos a ocupar puestos de trabajo, habiendo sido efectuado por empresarios o quien lo representen, siendo de carácter preliminar dentro de la modalidad del contrato de trabajo. En esto el trabajador busca que el empleador lo acepte, siendo evaluado en este periodo de prueba, mostrando sus actitudes y habilidades a fin de concretar la vinculación contractual, para que en algunos casos logren posteriormente una contratación permanente.

Sin embargo, esto se remarcen como ciertas postulaciones de quienes alientan que es una forma de contrato, que permite al trabajador adquirir experiencia y buscar mejores oportunidades, sobre todo cuando se trata de fomentar la inclusión de los jóvenes a su primer empleo.

Pero de otro análisis, no parece válida a la hora o momento de definir el periodo de prueba en el contrato de trabajo de acuerdo al art. 92 bis de la ley laboral, puesto que se trata de un contrato para durar por un tiempo expresamente determinado en la norma, produciendo de pleno derecho la extinción del vínculo sin consecuencia indemnizatoria. No debemos dejar de ver, que la incorporación de esta modalidad contractual crea una inestabilidad y sobre todas las cosas de máxima precariedad para asegurar los derechos de tutela del trabajador en el marco de lo previsto por el artículo 14 bis y los Tratados incorporados al ordenamiento jurídico por la manda del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

Ahora bien, una de las cuestiones a aclarar, es que el periodo de prueba tiene carácter de contrato autónomo o independiente, señalando que se enrola en las doctrinas dualistas pero con una particularidad asignada de forma tasada por la ley. Así, se debe entender como dotado de sustantividad propia, que nace, se desarrolla y termina en una etapa de un periodo de tiempo fijo. Si bien, existen corrientes de autores que sostienen que el periodo de prueba forma parte de la modalidad del contrato de trabajo, con efectos propios,

particularizado especialmente sobre todo con los plazos y el efecto extintivo que producen sin derecho a la percepción de indemnización.

En otra idea, se sostiene que el trabajo permanente que confiere certeza de derechos y deberes a las partes, siendo reconocido como contrato de trabajo ordinario, puede ser precedido por el de prueba, sin serlo de manera retroactiva a la voluntad ya acordada, sino para la posterior celebración del contrato ordinario de trabajo, reconociendo en este aspecto la dualidad de contratos; pero del contexto de la ley base no es el fin prevista para asegurar la continuidad del vínculo laboral y garantizar la fuente del trabajo.

b. Los alcances del contrato de trabajo por tiempo indeterminado, según la ley 27.742.

En primer lugar el instituto del llamado contrato a prueba o contrato de trabajo por tiempo indeterminado, está previsto en el artículo 92 bis, que se encuentra ubicado de manera sistematizada en el Título III De las Modalidades del Contrato de Trabajo, Capítulo I Principios Generales.

En este sentido, la norma citada, señala que este contrato se entenderá celebrado a prueba, durante los primeros seis meses de vigencia. Las convenciones colectivas de trabajo podrán ampliar dicho periodo de prueba. En este último sentido el artículo, establece dos presupuestos que podrá ampliarse - el periodo de prueba - según el número de personal que tenga la patronal, disponiéndose de hasta ocho meses, en las empresas de seis y hasta cien trabajadores; en el otro caso para acceder hasta de un año en las empresas de hasta cinco trabajadores.

De este modo, se regla como efecto extintivo, que cualquiera de las partes podrá extinguir la relación durante ese lapso sin expresión de causa, sin derecho a la indemnización por la ruptura del vínculo laboral.

657 /

Sin duda, que la norma marca una serie de reglas a la que las partes deberá tenerla en cuenta, particularmente para el empleador que no varío de la anterior normativa. En ella, un empleador no puede contratar un mismo trabajador, más de una vez, utilizando el instituto del periodo de prueba y en caso de hacerlo se entenderá que la patronal ha renunciado al periodo de prueba.

En otro punto, se establece que el uso abusivo de esta modalidad contractual, que solo persigue evitar la efectivización de trabajadores, será pasible de sanciones previstas en la leyes de trabajo. Esto se verá en las sucesivas conductas que demuestre tener el empleador de contratar a distintos trabajadores de manera sucesiva para un mismo puesto de trabajo.

En esta parte, resulta interesante que se continúe mantenido la figura del uso abusivo que se pudiera dar como lo instituía la norma derogada; pero requerirá que los organismos de control administrativo de trabajo, realicen una política real y efectiva para aplicar las sanciones legales, de lo contrario se desnaturalizaría en la práctica y estaremos nuevamente bajo el fraude laboral como suceden siempre en desmedro de los derechos laborales.

No olvidando de la precariedad del trabajo en que se encuadra, este periodo de tiempo o plazo que fija la norma, resulta muy extenso tanto los de seis meses , ocho o hasta un año en la que se podrá ejecutar la prestación laboral bajo este alcance legal. Se dispone que las partes están obligadas al pago de aportes y contribuciones a la seguridad social, con los beneficios establecidos en cada caso. Se suma a ello que el trabajador tiene derecho durante dichos periodos, a las prestaciones por accidente o enfermedad inculpable del trabajo.

Además de otorgar al periodo de prueba como tiempo de servicio a todos los efectos laborales y de seguridad social. Así, el empleador deberá registrar al trabajador desde la fecha de inicio de la relación.

En esto se resalta, que más allá de asegurarle estos derechos previstos en la norma al trabajador, de las que ya lo establecía la norma derogada, no constituye una posibilidad de poder recuperar el pleno

empleo que se necesita fomentar en el país. Solo aspiramos que podamos lograr reducir el gran número de empleados no registrados o denominados en la cultura laboralista el empleo en negro.

Se destaca también, que el 26 de septiembre de este año se publicó en el Boletín Oficial el Decreto N°847/2024, mediante el cual el Poder Ejecutivo nacional, reglamento la Reforma laboral contenida en la Ley 27.742 Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos. El Decreto consta de dos Anexos en los cuales se reglamentan por un lado, a la Promoción del Empleo Registrado, artículos 76 a 81 de la reforma laboral contenida en la ley Base y en el Anexo II se contempla la reglamentación de la denominada Modernización Laboral, previsto en los artículos 82 a 87 de la ley. En lo que respecta a los cambios en los plazos por los cuales se considera que una relación laboral se encuentra alcanzada por el denominado periodo de prueba, la reglamentación establece que resultara aplicable a las relaciones laborales iniciadas con posterioridad al 9 de julio del 2024.

659 /

De esta forma las relaciones laborales iniciadas con anterioridad al 9 de Julio del corriente año, se regirán por el periodo de prueba de tres meses que se encontraba vigente previo a la reforma laboral de la ley Base.

c.La incidencia de la ley Base en la ley N° 26.727 régimen del Trabajo Agrario.

La ley del trabajo agrario ha significado la incorporación de mejoras en los derechos para el trabajador rural o de campo, particularmente no estableció el periodo de prueba lo cual implicaba para el trabajador la adquisición de una estabilidad impropia en el empleo desde el primer día de trabajo. En esto se resalta que el artículo 11 define el contrato de trabajo agrario utilizando la terminología contenida en el artículo 21 de la ley de contrato de trabajo.

El concepto de contrato de trabajo agrario se circunscribe únicamente a las actividades propias o principales, de manera que los contratos celebrados para la realización de tareas accesorias o conexas no quedan comprendida en esta ley. Entendiéndose que el contrato se celebra cuando una persona física, se obliga a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios en el ámbito rural, mediante el pago de una remuneración en favor de otra y bajo su dependencia, persiguiera está o no fines de lucro, para la realización de tareas propias de las actividad agraria en cualquiera de sus especializaciones, tales como la agricultura, pecuaria, forestal, avícola, apícola, hortícola u otras semejantes.

Para el análisis en particular de la modificación que la ley 27.742 introduce al régimen del trabajo agrario, debemos señalar que desde el artículo 16 a 19 de la ley, se dispone las modalidades de contratación en la ley de trabajo agrario. Dichas modalidades son las siguientes: el contrato de trabajo permanente de prestación continua, artículo 16, el contrato de trabajo permanente de prestación discontinua, artículo 18 y el contrato de trabajo temporario, artículo 17. En esto, la ley también dispone el contrato de trabajo por equipo con ciertas características donde su práctica de trabajo es la prestación de servicios por parte de los integrantes de un grupo familiar o no en su pertenencia.

Desde la modificación que se incorpora por la ley Base, introduciendo en el Capítulo V, en referencia al Trabajo agrario, que sustituye los artículos 16 y 69 de la ley 26.727, estableciendo expresamente en la primera norma citada que para los trabajadores de tiempo indeterminado del sector agrario será de aplicación lo dispuesto respecto del periodo de prueba en el artículo 92 bis de la ley 20.744. De esta manera se deroga de igual forma, la última parte de la norma del artículo 16 de la ley. Por ende, queda derogado lo que disponía la última parte del artículo 16 de la ley originaria, que no podrá ser celebrado a prueba por periodo alguno y su extinción se regirá por lo dispuesto en el Título XII de la ley 20.744.

Es lamentable que el sector laboral de los trabajadores agrarios o rurales, se encuentren nuevamente afectados por este alcance de la ley, ya que constituyen el mayor número de empleo no registrado o trabajo en negro, que históricamente se caracterizó en el ámbito de la ruralidad Argentina.

2. Los antecedentes legislativos previos a la reforma laboral. Ley 27.742.

a. Recepción del periodo de prueba.

La ley 24.465 la que introduce en 1995 el periodo de prueba para los contratos de trabajo regido por la ley laboral en nuestro país, al incorporarlo a este cuerpo normativo laboral el artículo 92 bis. Poco tiempo después, en 1998, la ley 25.013 modificó mínimamente su régimen, en 2000 mediante la ley 25.250 la norma sufrió importantes cambios y en 2004 merced a la ley 25.877 se le dio la definición definitiva que se tiene.

661 /

Empero, la legislación ha venido a reglamentar una situación fáctica que hasta entonces y desde antaño había sido regulada, con otros alcances y consecuencias, por la jurisprudencia. En efecto, los tribunales de todo el país habían interpretado que tanto el artículo 157 de la ley 11.729, como el artículo 245 de la ley laboral, exigía una antigüedad mínima de tres meses para otorgar protección contra el despido arbitrario a los trabajadores, por lo que algunos juristas habían sostenido que se trataba de un periodo de prueba implícito o encubierto.

Se destaca que existieron estatutos especiales que han contemplado desde muchos años la noción de periodo de prueba, como ser: La ley 12.713 de trabajo a domicilio, la ley 12.867 relativa a choferes particulares, la ley 12.908 atinente a periodistas profesionales, el Decreto 13.839/46 para empleados administrativos de empresas periodistas.

En este aspecto, se reconoce que esta figura legal vino a permitir al empleador a poder tener empleados a pruebas por un periodo breve, buscando con ello evitar la contratación en negro y además de evaluar el rendimiento que pudiera alcanzar el trabajador para dar paso a una contratación más extensiva o permanente.

b. Comparación normativa del texto anterior del artículo 92 bis.

En el texto del artículo 92 bis, antes de su reforma, el contrato de trabajo por tiempo indeterminado se entendía celebrado a prueba durante los primeros tres meses. Se entendía que era un plazo de orden público que no puede modificarse en un plazo superior ni por las partes ni por convenio colectivo. No se requería de ninguna formalidad, motivo por el cual no es necesario que se establezca por escrito, pero sí que este registrado, caso contrario, de además de las sanciones que correspondan por su incumplimiento, se entendía que se ha renunciado al periodo de prueba, transformándose el contrato por tiempo indeterminado.

El periodo de prueba se utilizaba en el contrato por tiempo indeterminado debidamente registrado, a excepción del contrato de trabajo de temporada, artículo 96 de la ley de contrato de trabajo, quedando excluido los contratos de trabajo por tiempo determinado plazo fijo, aprendizaje y eventual.

El uso abusivo, ya lo disponía para el empleador que no podía contratar a un mismo trabajador más de una vez, utilizando el periodo de prueba. Además aquel empleado que presto servicio bajo las órdenes del mismo empleador no podía reingresar utilizándose esta modalidad de práctica laboral. Se debe entender y esto deberá ser tenido en cuenta aún con la reforma que no todas las prestaciones laborales, pueden estar comprendidas para este régimen de prueba, ya que con la sola entrevista o por la simple tarea que deberá cumplir, no se requiere de mayores complejidades como para adoptar esta modalidad de contratación.

Las partes tienen todos los derechos y deberes, propio de la relación laboral, incluyendo respecto del trabajador los derechos sindicales. De esta manera debemos entender de igual manera en la nueva normativa. Ya que son aplicables todas las disposiciones legales y convencionales que rigen el contrato de trabajo, con excepción de las limitaciones que lo dispone la propia norma. Como la protección de la estabilidad, protección ante la contingencia de enfermedad y accidente de trabajo y protección para el caso de incapacidad absoluta y permanente.

En lo que se trata de aportes y contribuciones a la seguridad social, durante el periodo de prueba las partes obligadas al pago de los aportes y contribuciones a la seguridad social.

Otras de las diferencias sustanciales, se nota en cuanto que cualquiera de las partes, durante el periodo de prueba, puede extinguir la relación laboral sin expresión de causa con la sola obligación de preavisar con quince días de anticipación o en su caso abonar la indemnización sustitutiva de preaviso perno no la integración del mes de despido.

Se considera que bajo esta modalidad contractual, la protección de la maternidad rige en su protección.

3. Los derechos constitucionales. La tutela del trabajador.

a. La inserción de los derechos sociales.

Los constituyentes de 1853 que pensaron y concretaron nuestra Constitución Nacional, no incorporaron normas de contenido social, puesto que no eran propio de esa época de nuestra historia institucional. En el año 1949, que luego fuera dejado de lado y que no hubiera inconveniente en volver al viejo texto, sin perjuicio del agregado del artículo 14 bis, que fue considerado un verdadero catálogo social.

En ese entonces, estábamos en pleno tránsito del Estado Gendarme, al Estado de Bienestar social, en una auténtica búsqueda de coordinación y armonización de la libertad individual, de la autonomía de la voluntad, con la justicia social, y con la realización de la solidaridad. Se busca en suma, la concreción de un Estado democrático y social donde se ponga el acento en los derechos fundamentales para todos los hombres, incluidos los marginados, los hiposuficientes y en general, a los que menos pueden atendiendo a sus necesidades básicas y a su dignidad social.

En este marco se consagra el artículo 14 bis, como una suerte de tabla de derechos básicos, entre otros, el derecho protectorio, el derecho a trabajar, a hacerlo en condiciones dignas y equitativas, a la jornada limitada, al salario justo, al descanso y vacaciones pagos, a la participación en la ganancia de las empresas, con control en la producción y colaboración en la dirección, protección contra el despido arbitrario, estabilidad del empleo público, organización sindical libre y democrático reconocido por la simple inscripción en un registro especial.

En el año 1994, se consagra la sanción de la reforma constitucional, en la que se consagran los Tratados Internacionales de los Derechos Humanos, artículo 75 inciso 22 de la carta magna, conformándose el bloque Constitucional Federal que es la cúspide del ordenamiento jurídico de nuestro país.

Este hecho de máxima trascendencia que fija la solidez de nuestros derechos, tiene que ver con el derecho del trabajo y la seguridad social, habida cuenta que la mayoría de dichos Tratados, enfocan temas de contenido social, íntimamente vinculados con esta disciplina. De tal forma, se desprenden diversos postulados que se incorporan en la cúspide jurídica de la legislación argentina, entre otros, el derecho al trabajo, a una justa retribución, al descanso, a su aprovechamiento, a la seguridad social, a la protección de la maternidad, a la jornada de trabajo limitado, a un nivel de vida adecuado, a la libre asociación, a la protección de la familia, al desarrollo progresivo, a la formación

técnico profesional, a condiciones dignas y equitativas de labor, la libertad sindical, el derecho a huelga, el derecho a la salud, etc.

b. Los principios protectorios del trabajador.

Siguiendo en este orden se expresa que de acuerdo a la evolución del derecho del trabajo, en los principios protectorios se asientan las máximas reglas para su aplicación en la tutela de los derechos del trabajador para dar efectivo cumplimiento a las mandas constitucionales y sus leyes que se dictan en su consecuencia. De esta manera se reconocen: 1) Principio protectorio: a) In dubio pro operario b) Regla de la aplicación de la norma más favorable c) Regla de la condición más beneficiosa. 2) Principio de irrenunciabilidad de los derechos 3) Principio de la continuidad de la relación laboral 4) Principio de primacía de la realidad 5) Principio de buena fe 6) principio de no discriminación e igualdad de trato 7) Principio de equidad 8) Principio de justicia social 9) Principio de gratuidad 10) Principio de razonabilidad.

665 /

Estos principios tienen como finalidad proteger la dignidad del trabajador en su condición de persona humana. Consiste en distintas técnicas dirigidas a equilibrar las diferencias preexistentes entre trabajador y empleador, evitando que quienes se desempeñan bajo dependencia jurídica de otros sean víctimas de abuso que ofendan su dignidad, en virtud del poder diferente de negociación y el desequilibrio jurídico y económico existente entre ellos. Este principio tiene consagración, desde el artículo 14 bis y demás normas que conforman el plexo de garantías recepcionado por los instrumentos internacionales en la Constitución Nacional.

4. Las repercusiones sociales y económicas de la reforma laboral.

El punto más central de la reforma de la ley del trabajo está puesto en la llamada modernización laboral, que busca fomentar y promo-

ver una economía de estabilidad que pueda atraer mayores inversiones, para generar fuentes laborales.

El mundo del trabajo está cambiando, sin dudar de este fenómeno social globalizado, particularmente la irrupción de la era tecnología y digitalización marcan nuevos estándares para las relaciones del trabajo. En este contexto, se buscan la modernización y actualización de las leyes laborales que resulten más flexibles para que se pudieran dar mayores ofertas y fomento de inclusión al trabajo, especialmente a los sectores más jóvenes que buscan sus primeras experiencias.

En esto no podemos pasar por alto, la realidad de nuestro país, donde los índices de la inflación son variantes que fueron acondicionando el escenario productivo, el desarrollo del motor industrial y el retraso en las posibilidades de acceder al mundo laboral.

En esto juega también, la pobreza que mantienen índices elevados que demuestra la desnudez de la falta de políticas socio económica desde hace muchos años en la argentina.

\ 666

Sin embargo, sin entrar en el campo ideológico pero de necesaria referencia, cuando llegan al gobierno políticos que encarnan estas prácticas como la que se pregonan basada en la plena libertad, donde el desguace del Estado es la media para demostrar que es el camino de una nueva salida sobre la base de economías que privilegian a los sectores económicos concentrados. Se entiende que ningún extremo es prudente, para fijar las metas del progreso, ni el populismo, ni las políticas del privatismo o de libertad plena que se pretenden fomentar.

En esto, solamente se señala que esperemos que podamos transitar un cambio de época y de realidad en el país, para comenzar afianzar una Argentina más ordenada y de mejores oportunidades. Para ello, las reformas son necesarias, pero no acosta de sacrificar derechos, como en el caso de los trabajadores y que al final del recorrido llegamos siempre a la conclusión que solo sectores especulativos fueron los mayores beneficiarios de lo económico.

5. Caso práctico de aplicación del Contrato por periodo de prueba.

En la Ciudad de Formosa, siendo aproximadamente menos de un mes funciona una importante cadena de comidas rápida, denominada en el rubro gastronómico “MOSTAZA”, en este contexto la firma en mano de su director de expansión, reconoció que evalúan ampliar el plantel de empleados para hacer frente a la enorme y exitosa demanda de recepción que tienen en el mercado de consumo gastronómico. Remarcándose que al inicio del establecimiento se generaron 50 nuevos empleos en su fase inicial y no dando abasto ante el éxito de la franquicia.

En esto suman, que la empresa MOSTAZA tienen como objetivo para el año 2025, sumar 30 locales nuevos. La inversión que planea la compañía se proyecta en generar más de 1000 puestos de empleo joven. Se destaca que el plantel de empleados son personas jóvenes comprendido entre los 20 a 35 años de edad, con quienes celebraron un Contrato de Trabajo por Tiempo indeterminado con Periodo a Prueba.

En el texto del contrato, se estipula, la incorporación como empleado a la empresa, siendo el periodo a prueba de ocho (8) meses, conforme al CCT 329//00, bajo la categoría profesional Empleado principiante -28; destacándose que recibirán entrenamiento para todas y cada una de las tareas. Las mismas le serán asignadas por su Supervisor en cada jornada que debe cumplirla.

La jornada de trabajo, las partes acuerdan que el horario podrá variar por razones de servicio, consintiendo el empleado que su jornada será rotativa, con turnos aleatorios y con goce de los francos establecidos por el CCT 329/00. La Empresa le garantiza que serán convocados a prestar servicio mínimo de cuatro horas y un máximo de ocho horas diarias, de acuerdo a las necesidades de la empresa. La jornada mensual nunca podrá inferir a sesenta horas (60 horas).

667 /

Adema se le entrega el Manual de empleado, aceptando el empleado las condiciones, instrucciones y reglas establecidas en el mismo y declarando estar en conformidad con las cláusulas del presente. El empleado manifiesta y acepta prestar servicios en cualquiera de los locales de la firma, aclarando que desarrollara sus tareas en el local que se le asigne y presta asimismo conformidad a cualquier de los traslados de lugar de trabajo que posteriormente se realice a las distintas sucursales existentes o que en el futuro se abran, no reclamando en dicho caso indemnización o compensación alguna. Manifiesta conformidad a las jornadas variables y rotativas.

Cualquier entrenamiento que realice el empleado, no implica ascenso a la categoría para la cual se le entrena, dado que podrá considerárselo que no está apto para ello. Se reitera que solo habrá ascenso si el mismo se notifica conforme al punto anterior. Se deja entrega constancia de Alta en AFIP. Asimismo se notifica al empleado de la ART dispuesto por la Empresa y se entrega su respectiva credencial.

\ 668

IV. Conclusiones.

La reforma mediante la ley Base 27.742, modifica la ley 20.744 particularmente el artículo 92 bis, estableciendo que el contrato de trabajo por tiempo indeterminado se entenderá celebrado a prueba durante los primeros seis meses de vigencia, donde las convenciones colectivas de trabajo podrán ampliarla: hasta ocho meses en las empresas de seis y hasta 100 trabajadores y hasta un año en las empresas de hasta cinco trabajadores.

En esto se subraya, que son muy extenso los plazos previstos por la ley, particularmente desde el caso planteado, se demuestra las máximas exigencias al trabajador en los cambios de jornadas o su rotación, inclusive de lugar de prestación laboral. Demostrando la carencia de políticas que busque en un futuro una relación de contrato de tracto sucesivo.

En este alcance cualquiera de las partes podrán extinguir en el lapso de la relación sin expresión de causa. Se establecen como reglas, que un empleador no puede contratar a un mismo trabajador más de una vez utilizando el periodo de prueba, de hacerlo se considera que ha renunciado a dicha modalidad.

Además sanciona el uso abusivo del instituto del periodo de prueba, cuando su finalidad es evitar la efectividad del trabajador, sobre todo cuando el empleador lo hace en forma sucesiva a distintos trabajadores para el mismo puesto. Se reconocen que las partes tienen los mismos derechos y obligaciones que son propias de la relación laboral.

Las partes están obligadas al pago de los aportes y contribuciones a la seguridad social. Asimismo, el trabajador durante el periodo de prueba está cubierto en caso de riesgos por accidente o enfermedad del trabajo.

El periodo de prueba se computará como tiempo de servicio, debiendo ser registrado desde el inicio de la relación, caso contrario se entenderá que se renunció a esta modalidad de contrato.

La ley 26.727 del régimen del Trabajo Agrario, se modifica por la ley Base, se establece en el artículo 16 que para los trabajadores de tiempo indeterminado del sector agrario será de aplicación lo dispuesto respecto del periodo de prueba según el artículo 92 bis de la reforma laboral.

En esto es de suma importancia, destacar que la modernización y flexibilización de las leyes laborales no pueden ser en desmedro de los derechos del trabajador. El progreso, el incentivo a las inversiones de capitales, nunca debe tener una plataforma de precarización de las condiciones del trabajo.

Anhelamos no recrear políticas, que en nombre del juego de la libertad, se pulvericen las reglas jurídicas de la tutela de los derechos reconocidos por la manda del artículo 14 bis y de los Tratados de Derechos Humanos incorporados con jerarquía constitucional en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

Bibliografía

Ackerman M. (2024) La Reforma Laboral en la Ley 27.742. Rubinzal – Culzoni. Editores.

Bidart Campos G (1996). Manual de la Constitución Reformada. Tomo I. Ediar Editor.

Fernández Madrid J. (2009). Ley de Contrato de Trabajo Comentada. La Ley. Editor

Gentile E. (2024). Reforma Laboral. Aspectos Prácticos – Ley Bases 27.742. Decreto Reglamentario 847/2024. Nova Tesis. Editorial.

\ 670 Grisolia J (2014). Ley de Contrato de Trabajo. Comentada. Estudio Editorial.

Suarez C. (2024). Reforma Laboral según Ley Bases 27.742 y decreto reglamentario 847/2024. Doctrina. Jurisprudencia. Modelos. García Alonso. Editores.

La tutela administrativa efectiva, el
silencio de la administración y su
relación con el derecho de petición a
partir de la reforma producida
por la Ley 27.742

I Karin L. Rozenblum I

Resumen

Los actos administrativos están presentes en la cotidianidad de nuestra vida, independientemente de nuestra voluntad. La función administrativa es tan espontánea, inmediata y permanente —como señala Cassagne (2003) — que, en el desarrollo diario, las personas (los administrados) no suelen percibir la presencia de los actos administrativos, ya sea por desconocimiento o simplemente por no reparar en ello.

La relevancia del tema elegido emerge así, naturalmente, de la realidad jurídica. Muchas veces hemos escuchado que el derecho es omnipresente. Es posible también que los actos administrativos compartan esa cualidad.

Pero, para que un acto administrativo sea considerado perfecto, es decir, que goce de validez y eficacia, es requisito fundamental que contenga todos sus elementos esenciales.

La Ley 19.549 (actualizada por la Ley 27.742) establece entre los requisitos esenciales del acto, el procedimiento administrativo, destacando como sus principios fundamentales la tutela administrativa efectiva y el plazo razonable. Es decir, “la nueva regulación del acto

administrativo se basa en el principio de tutela administrativa y judicial efectiva” (Cassagne y Perrino, 2024, p. 10) y el plazo razonable (Rey Vázquez, 2024).

Esta trascendental reforma, que nos brindó una ley de procedimientos nueva, motivó el objetivo de este estudio: establecer la relación de estos institutos con el silencio de la administración y el derecho de peticionar ante las autoridades.

Palabras clave: procedimiento administrativo, silencio de la administración, derecho de petición.

Abstract

Administrative acts are omnipresent in our daily lives, regardless of our will. Administrative function is so spontaneous, immediate, and permanent—as Cassagne (2003) points out—that in our daily lives, individuals (administrated parties) do not usually perceive the presence of administrative acts, either due to ignorance or simply because they do not notice them.

The relevance of the chosen topic thus emerges naturally from legal reality. We have often heard that the law is omnipresent. It is also possible that administrative acts share that quality. However, for an administrative act to be considered perfect, that is, to be valid and effective, it is a fundamental requirement that it contain all its essential elements.

Law 19,549 (updated by Law 27,742) establishes the administrative procedure among the essential requirements of an act, highlighting as its fundamental principles effective administrative protection and a reasonable term. In other words, “the new regulation of the administrative act is based on the principle of effective administrative and judicial protection” (Cassagne & Perrino, 2024, p. 10) and the reasonable term (Rey Vázquez, 2024).

673 /

This transcendental reform, which provided us with a new procedural law, motivated the objective of this study: to establish the relationship between these institutions and the silence of the administration and the right to petition the authorities.

Keywords: administrative procedure, administrative silence, right to petition.

Introducción

La tutela administrativa efectiva es un pilar fundamental del Estado constitucional y convencional de derecho porque garantiza a los ciudadanos la protección de sus intereses frente a las decisiones y actuaciones de la Administración Pública.

\ 674 La Ley 27.742, Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos, mediante su reciente sanción, ha introducido cambios significativos en el ámbito del derecho administrativo, especialmente en lo que respecta a la tutela administrativa efectiva y el silencio de la administración. Esta ley busca reforzar la obligación de la Administración de responder oportunamente a las peticiones de los ciudadanos, evitando así la vulneración de sus derechos por la omisión o demora injustificada.

El silencio administrativo, siempre ha sido una realidad de gran preocupación, tanto para quienes estudian el derecho, para quienes lo ejercen y para los administrados. La falta de respuesta del Estado afecta la confianza de los administrados, genera incertidumbre y cierto grado de descreencia en la seguridad jurídica, y sobre todo menoscaba derechos.

En este contexto, se considera que el derecho de petición, consagrado por nuestra Ley Fundamental, es una herramienta esencial para que los individuos puedan comunicarse con las autoridades, sea solicitando información, denunciado situaciones ilegítimas, re-

clamando sus derechos, presentando quejas, y como contrapartida, espera recibir una respuesta fundada (en los hechos, el derecho y las pruebas) en un plazo razonable. Éste es el diálogo por excelencia entre la administración y los administrados.

Sin embargo, el derecho de petición no podría ser ejercido plenamente, por un lado, si la administración no responde de manera fundada, y por el otro si no lo hace en un plazo razonable, o directamente guarda silencio.

En este sentido, sostiene Rey Vázquez (2024):

Ha sido notable la gravitación ejercida por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, bajo cuyo norte se han pronunciado en los últimos decenios los tribunales argentinos, ejercitando no sólo el control de constitucionalidad clásico, sino el control de convencionalidad, lo que ha evidenciado un acercamiento mayor con los principios penales, tal el caso del derecho a ser juzgado en un «plazo razonable», en punto a la duración de los procedimientos disciplinarios; o en punto al principio de «tutela administrativa efectiva (p. 348).

675 /

Las modificaciones introducidas por la Ley 27.742 afrontan de manera directa esta problemática, estableciendo mecanismos más claros y eficaces –que la ley 19.549– para garantizar que el silencio administrativo no se convierta en un obstáculo insalvable para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, instituyendo como novedad, por ejemplo, los supuestos en los que el silencio va a considerarse de manera positiva.

Comadira (2024) sostiene que la reforma de la Ley 27.742 representa un avance significativo en la consolidación de una administración más transparente y receptiva. Sin embargo, su eficacia dependerá en gran medida de la correcta implementación de la ley, y en el cumplimiento de los nuevos plazos y procedimientos establecidos.

Este autor, enfatiza la importancia de una administración eficiente que respete los derechos de los ciudadanos, destacando que el éxito de la reforma radicaré en la medida en que pueda realmente aplicarse.

Por su parte, Balbín (2015) señala que el silencio administrativo ha sido históricamente un problema en la administración pública argentina, generando una percepción de arbitrariedad y desprotección.

Este trabajo propone un análisis de la relación entre la tutela administrativa efectiva, el silencio de la administración y el derecho de petición a partir de las modificaciones introducidas por la Ley 27.742. Se busca evaluar si las reformas logran fortalecer el marco jurídico-administrativo en favor de los administrados y asegurar una mayor eficacia en las respuestas de la Administración Pública.

Marco Teórico

\ 676

Procedimiento Administrativo

Comadira (2021) expresa que el procedimiento administrativo es “una serie, una secuencia o una sucesión de actos que está teleológicamente orientada, es decir, que tiende a la satisfacción directa e inmediata del bien común... Es el elemento que ordena, sistematiza, el desarrollo del ejercicio de la función administrativa”.

Explica el autor que en este aspecto el procedimiento administrativo procura la protección del bien común o del interés público, que como elemento modular tiende a la protección de los derechos humanos. Dice: “...es el ordenador de las funciones administrativas que tiene por objeto atender a la satisfacción directa del bien común y el logro del respeto de los derechos humanos”.

Expresa Comadira (2021) que el fundamento constitucional del procedimiento administrativo es doble, por un lado de tutela de los derechos de los particulares, en especial en el derecho de defensa

(art. 18 C.N), en el derecho de peticionar ante las autoridades y obtener respuestas de ellas (art. 14 C.N), y el derecho a participar en la formación de la voluntad administrativa, y por el otro el principio de razonabilidad previsto en el artículo 28 de la Ley Fundamental, que exige que la función administrativa se efectúe de manera eficaz y eficiente y consecuentemente de una manera racional y razonable.

Balbín (2015), indica que:

El procedimiento administrativo es el conjunto de principios y reglas que sigue el Poder Ejecutivo, por medio de actos preparatorios y actuaciones materiales, con el objeto de expresar sus decisiones. Así, las decisiones del Estado se llevan a cabo formalmente por medio de procedimientos reglados y obligatorios impuestos por el legislador (procedimientos administrativos) (p. 502).

Gordillo (2023) explica que toda acción que realiza la Administración Pública sigue un camino preestablecido y ordenado, denominado procedimiento administrativo. Este procedimiento es inherente a la función administrativa, es decir, es la forma en que se concreta cualquier actividad estatal de carácter administrativo. Así, la función administrativa y el procedimiento administrativo están estrechamente vinculados.

Esta secuencia, o serie de pasos como indican los autores debe respetar, conforme lo establece la Ley de Procedimientos Administrativos, la tutela administrativa efectiva (denominada antes de la Ley de Bases, debido proceso adjetivo).

Tutela Administrativa Efectiva

La Ley de Bases, a diferencia de la 19.549, enumera una extensa nómina de principios que rigen el procedimiento administrativo. El clásico principio del debido proceso recibe en la norma la denominación de “tutela administrativa efectiva”.

Pero esta calificación, tiene sus antecedentes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) nucleado en el texto de la Convención Americana de Derechos Humanos, y la hermenéutica que de esta ha efectuado hasta la fecha su tribunal de aplicación, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (Canda, 2015), que luego fuera adoptada por la jurisprudencia argentina hace varios años.

Canda (2015) expresa que ha realizado un valioso trabajo de interpretación jurídica que ha permitido ampliar el alcance de las garantías individuales, extendiendo aquellas propias del proceso judicial al ámbito administrativo. De esta manera, se ha consagrado el derecho a una tutela administrativa efectiva, complementando así las protecciones que ya existían en el ámbito judicial

Sostiene el autor que la tutela administrativa efectiva es la piedra angular en la que se apoya la aplicación del resto de las garantías específicas.

\ 678 Según Comadira (2024), la tutela administrativa efectiva es un principio rector del derecho administrativo que obliga a la Administración a actuar de manera diligente y a responder adecuadamente a las solicitudes y reclamaciones de los ciudadanos.

El concepto de “tutela administrativa efectiva” se refiere a la extensión de las garantías procesales, originalmente concebidas para el ámbito judicial, al procedimiento administrativo. Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esto implica que cualquier procedimiento administrativo que pueda afectar los derechos de las personas debe respetar las garantías del debido proceso legal, tales como el derecho a ser oído, el plazo razonable para resolver, y la decisión por una autoridad imparcial (Canda, 2015).

Rey Vázquez (2024) destaca en un mismo sentido que la Ley 27.742 se ocupa del clásico principio del debido proceso, al que denomina tutela administrativa efectiva “siguiendo así una tendencia jurisprudencial y convencional, comprensivo de los aspectos tradicionales del derecho a ser oído, de ofrecer y producir pruebas, y derecho a una

decisión fundada” (p. 330), resaltando que la ley incluye expresamente continuando el mismo rumbo, el derecho a un plazo razonable.

En tal sentido, fue reconocida tal garantía por la C.S.J.N al expresar que «... la garantía a la tutela administrativa y judicial efectiva, que supone la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia —y ante las autoridades administrativas competentes— y obtener de ellos sentencia o decisión útil relativa a los derechos de los particulares o litigantes y que requiere, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren eventualmente asistirle sino por medio de un proceso —o procedimiento— conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia —o decisión fundada»¹ (Rey Vázquez, 2024, p. 330).

Resaltan en este mismo orden de ideas, Cassagne y Perrino (2024), que la nueva Ley de Bases fortalece la protección de los derechos de las personas en sus interacciones con la administración pública, tanto en el ámbito administrativo como en el judicial. El artículo 1 bis de la Ley 27.742 refleja este cambio, al establecer la obligación de la administración de garantizar los derechos e intereses legítimos de todos los ciudadanos.

679 /

Plazo Razonable

Como la tutela administrativa efectiva, el concepto de plazo razonable es importado del derecho penal. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado que esta garantía, originalmente

1. CSJN, 14/10/2004, «Astorga Bracht, Sergio y otro c/ COMFER - dto. 310/98 s/ amparo ley 16.986». Fallos 327:4185.

aplicable a procesos judiciales, también debe aplicarse a los procedimientos administrativos para asegurar que los derechos de las personas sean respetados de manera oportuna y efectiva

El concepto de “plazo razonable” en el contexto del procedimiento administrativo se refiere al tiempo en el cual deben resolverse los procedimientos administrativos para garantizar el debido proceso legal. Este concepto es una garantía procesal que protege a las personas contra demoras indebidas en la resolución de sus casos por parte de los órganos administrativos (Canda, 2015).

La reforma de la Ley 19.549 introduce el principio de plazo razonable en los procedimientos administrativos, exigiendo a la administración celeridad y eficiencia en sus actuaciones. Esta exigencia, alineada con los estándares internacionales, garantiza la tutela efectiva y el debido proceso de los administrados, evitando dilaciones injustificadas (Cassagne y Perrino, 2024).

\ 68o

Así, el derecho de los ciudadanos a que se resuelvan sus trámites de manera oportuna está garantizado por la nueva ley, que obliga a la administración a evitar dilaciones (Cassagne y Perrino, 2024).

El principio de tutela efectiva se ve fortalecido con la obligación de la administración de resolver los trámites en un plazo razonable, evitando así prácticas dilatorias, reforzando, la Ley de Bases este principio, con la incorporación del silencio positivo a casos específicos (art. 10 inc. b).

Silencio de la Administración

El silencio de la administración, entendido como la falta de respuesta de la Administración dentro de los plazos legalmente establecidos, puede tener consecuencias significativas para los derechos de los administrados.

Sotelo de Andreu (1998) expresa:

El silencio administrativo puede definirse como una ficción que la ley establece en beneficio del interesado y en virtud

del cual se considera estimada (silencio positivo) o desestimada (silencio negativo) la solicitud de aquél cuando la administración incumple el deber que tiene de resolver y se dan los demás requisitos exigidos por la ley. El silencio debe entenderse, siempre, como un complemento de la obligación de resolver (p. 49).

Balbín (2015) sostiene que la regulación del instituto del silencio administrativo, debe interpretarse como rechazo de las pretensiones de las personas, cuando al vencimiento de los plazos, la administración no se pronuncia.

La reforma introduce cambios sustanciales en la regulación del silencio administrativo, tanto negativo como positivo. Si bien el silencio negativo continúa siendo la regla general, los plazos para su configuración se han reducido y simplificado, facultando al administrado para invocarlo cuando considere que ha transcurrido un tiempo excesivo sin respuesta. (Cassagne y Perrino, 2024).

681 /

El art. 10 inc. b) establece: *“b) Cuando una norma exija una autorización administrativa para que los particulares puedan llevar a cabo una determinada conducta o acto en el marco del ejercicio de una facultad reglada de la Administración, al vencimiento del plazo previsto para resolver sin haberse dictado resolución expresa, el silencio tendrá sentido positivo. La estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento.*

Este inciso no será de aplicación en materia de salud pública, medio ambiente, prestación de servicios públicos o derechos sobre bienes de dominio público, excepto cuando la norma específica aplicable otorgue sentido positivo al silencio. La reglamentación podrá determinar otros supuestos específicos en los cuales no sea de aplicación este inciso.

Configurado el silencio en sentido positivo, el interesado podrá exigir la inscripción registral, emisión de certificado o autorización correspondiente en sede administrativa.

Este artículo tiene una profusa reglamentación², la que no es materia de este trabajo, por ello no me referiré en esta instancia a los diversos casos previstos en la norma reglamentaria. Sí destaco la importancia de la innovación introducida por la Ley de Bases, que permite al administrado, en caso que corresponda, requerir en sede judicial directamente el cumplimiento por parte de la administración y evitar así un proceso como por ejemplo, el amparo por mora, en el que el administrado recurre a la justicia para que emita una orden de pronto despacho a fin de que la Administración resuelva en el plazo que el juez determine.

Derecho de Petición

El derecho de petición es el derecho que tienen los ciudadanos para dirigirse a las autoridades administrativas y solicitar información, realizar quejas, sugerencias o reclamaciones, y recibir una respuesta en un plazo razonable.

Gelli (2008) indica que el derecho de petición es una manifestación del principio democrático en el ámbito administrativo. La Administración tiene la obligación de responder de manera adecuada y en un plazo razonable, garantizando así la efectividad de este derecho y fortaleciendo la confianza de los ciudadanos en el sistema administrativo.

En este sentido la Ley 19.549 establece como potestad de los administrados, y configurando el principio de tutela administrativa efectiva: *(iii) Derecho a una decisión fundada: que el acto decisorio haga expresa consideración de los principales argumentos y de las cuestiones propuestas, entre ellas la prueba producida, en tanto fueren conducentes a la solución del caso.*

2. Decreto Ley 695/24 (2024). Modificación del régimen de procedimientos administrativos. Decreto Ley 971/2024 (2024). Reglamentación de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos.

Varas, et al. (2024) expresa que el derecho de petición, es un derecho público con reconocimiento expreso en la Constitución Nacional (art. 14 C.N). Sostiene que el “sujeto activo de este derecho es el habitante o una asociación, pues puede estar destinado a lograr satisfacer intereses colectivos”.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dispone que *“Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a cualquier autoridad competente [...] y el de obtener pronta resolución”*. Esta garantía fue plasmada en diversos fallos de la Corte Interamericana³.

Análisis Crítico de la Ley de Bases

Análisis Comparativo. ¿Qué Reformas nos Brinda la Ley de Bases?

683 /

La Ley 19.549 establecía como elementos esenciales los descritos en sus artículos 7 y 8: competencia, causa, objeto, finalidad, procedimiento, motivación y forma. La Ley 27.742 mantiene los mismos

3. Ya en la vigencia del tercer Reglamento de la Corte (de 1996), en la Sentencia de la Corte (sobre excepciones preliminares) en el caso Castillo Petruzzi y Otros versus Perú, del 04.09.1998, en extenso Voto Concurrente me permití destacar el carácter fundamental del derecho de petición individual (artículo 44 de la Convención Americana) como “piedra angular del acceso de los individuos a todo el mecanismo de protección de la Convención Americana” (párrs. 3 y 36-38). Mediante tal derecho de petición, - “conquista definitiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, - se operó el “rescate histórico de la posición del ser humano como sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, dotado de plena capacidad procesal internacional” (párrs. 5 y 12). O sea, a mi juicio tanto el derecho de petición individual como la jurisdicción de la Corte Interamericana deberían ser automáticamente mandatorios para todos los Estados Partes en la Convención Americana (párr. 41). (Trindade, 1998, Voto Concurrente, párrs. 3, 5, 12, 36-38, 41). Trindade, A. A. C. (1998, 04 de septiembre). Voto Concurrente. En Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castillo Petruzzi y Otros versus Perú (Sentencia sobre excepciones preliminares).

elementos pero introduce modificaciones relevantes en alguno de ellos.

Los administrativistas hace muchos años que consideran al debido proceso legal previsto por el art. 18 de la Constitución Nacional, como aplicable por analogía al derecho administrativo. Así también la jurisprudencia de la Corte Interamericana y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Pero es recién con la sanción de la Ley 27.742 que esto se plasmó normativamente bajo el nombre de tutela administrativa efectiva, instituto que configura un principio fundamental del procedimiento administrativo.

En el cuadro comparativo que se encuentra en el anexo, se puede observar la incorporación realizada por la llamada Ley Bases.

Cuando la Ley 27.742 hace referencia a la tutela administrativa efectiva, y se considera que allí está la majestuosidad de su reforma, no hace más que llevarnos al art. 1 bis) de la misma norma que en la parte que nos interesa a los fines de este estudio expresa: *“Son principios fundamentales del procedimiento administrativo, la juridicidad, la razonabilidad, la proporcionalidad, la buena fe, la confianza legítima, la transparencia, la tutela administrativa efectiva, la simplificación administrativa y la buena administración. En función de ello, los procedimientos regidos en esta ley se ajustarán, además, a los siguientes principios y requisitos: a) Tutela administrativa efectiva: los administrados tienen derecho a una tutela administrativa efectiva, que comprende la posibilidad de: ... (iv) Derecho a un plazo razonable: que los procedimientos administrativos tramiten y concluyan en un plazo razonable, por decisión escrita y expresa. La Administración está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos cualquiera que sea su forma de iniciación”*.

Podemos preguntarnos entonces a qué refiere la norma cuándo habla de plazo razonable. En el Anexo I presentamos un cuadro comparativo entre el inciso e) del artículo 1 de la Ley 19.549 y el inciso g) del artículo 1 bis de la Ley 27.742, destacando las similitudes y diferencias en cuanto a los plazos administrativos. Podemos

adelantar que la Ley Bases introdujo modificaciones sustanciales desde el punto de vista del derecho de los administrados, intentando garantizar, desde nuestra perspectiva, el cumplimiento del plazo razonable.

Entre las incorporaciones podemos destacar que la Ley 27.742 establece un plazo máximo de sesenta días para resolver, en ausencia de un plazo específico, lo cual no se menciona en la Ley 19.549. En íntimo vínculo con ello requiere informar a los interesados sobre el plazo máximo para resolver y los efectos del silencio administrativo.

Nuevamente la propia ley nos dirige a su normativa a los fines de comprender el sentido que le brinda al silencio administrativo.

El artículo 10 de la Ley establece como principio general que cuando se tratare de pretensiones que requieran de la Administración un pronunciamiento concreto, el silencio se interpretará como negativa. Sólo mediando disposición expresa podrá conferirse al silencio sentido positivo. Pero incorpora el inc. b) en el que expresamente prevé *que cuando una norma exija una autorización administrativa para que los particulares puedan llevar a cabo una determinada conducta o acto en el marco del ejercicio de una facultad reglada de la Administración, al vencimiento del plazo previsto para resolver sin haberse dictado resolución expresa, el silencio tendrá sentido positivo.*

685 /

Esta incorporación de la Ley Bases sin dudas es a favor de los administrados, obligando a la administración a que cumpla con su cometido.

Impacto en aspectos del procedimiento administrativo y su vinculación con el derecho de petición

Llegamos en este punto al tema que plantea este trabajo, la relación entre la tutela administrativa efectiva, el silencio de la administración y el derecho constitucional y convencional de petición de los administrados.

La Ley Bases produce una reforma integral a la ley 19.549, pero desde el enfoque que se presenta en este trabajo, **la introducción expresa de la tutela administrativa efectiva, como condición de validez del procedimiento administrativo, y dentro de ella la exigencia del cumplimiento del plazo razonable, para luego establecer que podrá en determinadas situaciones considerarse el silencio de la administración como positivo**— es decir, ni más ni menos que la violación de la administración a la garantía y derecho del plazo razonable—, es la más significativa, dado que no hace más que cumplir con la garantía constitucional del derecho de peticionar ante las autoridades, que prevé nuestra Ley Fundamental.

Una de las modificaciones más relevantes es la inclusión explícita del derecho a un plazo razonable en el procedimiento administrativo. La Ley 27.742 establece un plazo máximo de sesenta días para resolver en ausencia de un plazo específico, lo cual no se mencionaba en la Ley 19.549. Esta incorporación busca garantizar que los procedimientos administrativos no se prolonguen indefinidamente, protegiendo así los derechos de los administrados.

La nueva ley requiere que la administración informe a los interesados sobre el plazo máximo para resolver y los efectos del silencio administrativo. Esto es un avance significativo hacia la transparencia y la protección de los derechos de los administrados. La disposición de que el silencio administrativo se interprete como negativa, salvo disposición expresa en contrario, introduce un mecanismo de presión para que la administración actúe dentro de los plazos establecidos.

Una de las incorporaciones más innovadoras es la posibilidad de considerar el silencio administrativo como positivo en ciertas situaciones, especialmente cuando se requiere una autorización administrativa para que los particulares puedan llevar a cabo una determinada conducta. Esta medida busca agilizar los trámites y reducir la carga administrativa, pero también plantea riesgos, como la posible automatización de aprobaciones sin el debido control, lo cual podría comprometer el interés público. Nos encontramos aún en etapas pre-

liminares de aplicación de la Ley de Bases, que seguramente requerirá de ajustes, algunos vendrán de la mano de las reglamentaciones y otros de la creación pretoriana.

Estos principios fundamentales buscan alinear el funcionamiento de la administración pública con estándares de buena gobernanza y respeto a los derechos de los administrados. En este sentido expresa Rodríguez-Arana Muñoz (2016):

El buen gobierno, la buena administración es, pues, una obligación inherente a los poderes públicos y se caracteriza sobremanera porque el quehacer público promueva los derechos fundamentales de las personas de forma que las actuaciones administrativas sean objetivas, imparciales, justas, equitativas, y prestadas en un plazo razonable en un contexto de creciente y continua humanización de la realidad.

En síntesis, se sostiene que la Ley 27.742 fortalece la protección de los derechos de los administrados al establecer plazos claros y mecanismos de información y resolución. Esto puede resultar en una mayor confianza de los ciudadanos en la administración pública y en una mejora en la eficiencia administrativa. Sin embargo, la verdadera prueba de estas disposiciones será su implementación efectiva y el seguimiento de su cumplimiento.

687 /

Conclusiones

La Ley 27.742, con sus recientes reformas, refuerza los principios fundamentales del derecho administrativo, consolidándose como un pilar esencial para la construcción de una Administración Pública transparente, eficaz y al servicio de los ciudadanos (buena administración).

Esta normativa es clave para asegurar una buena gobernanza, entendida como la administración pública que gestiona de manera eficiente, transparente y responsable, garantizando los derechos y el bienestar de la sociedad (Rodríguez – Arana Muñoz, 2016).

La ley promueve la transparencia y la eficacia en las actuaciones de la Administración Pública. Esto se plasma en la obligatoriedad de motivar debidamente sus decisiones, en informar a los administrados sobre plazos y recursos, en la configuración del silencio positivo, la simplificación administrativa, entre otros institutos.

Además, la ley reconoce y salvaguarda derechos fundamentales en el ámbito del procedimiento administrativo, como se ha desarrollado en este trabajo. Estos derechos son esenciales para garantizar que los ciudadanos puedan participar activamente en los procesos administrativos que les afectan y para asegurar que sus intereses y preocupaciones sean debidamente considerados por la Administración, promoviendo su participación en la voluntad administrativa (Comadira, 2004).

\ 688

En conclusión, la Ley 27.742 representa un avance significativo en el fortalecimiento del marco jurídico-administrativo, promoviendo una administración pública más transparente, eficiente y orientada a la protección de los derechos de los ciudadanos. Su correcta aplicación y desarrollo son esenciales para garantizar la buena gobernanza y el buen funcionamiento del Estado. Solo a través de una implementación efectiva de estos principios se podrá consolidar una Administración Pública que verdaderamente sirva al bien común.

Aunque estas modificaciones tienen el potencial de mejorar significativamente la relación entre la administración y los administrados, su éxito dependerá en gran medida de la capacidad de la administración para adaptarse a estos cambios y de la existencia de mecanismos efectivos de control y sanción.

Mairal y Veramendi (2024) expresan su escepticismo acerca de la eficacia de los principios generales del procedimiento administrativo introducidos por la Ley 27742, para optimizar la defensa de los administrados. Sostienen que “Al enunciar principios en lugar de reglas, el legislador delega en el juez la construcción de la norma” (p. 2).

No coincidimos con esta postura de los autores. La reglamentación de la ley ha traído reglas concretas en su aplicación y además les brinda a los jueces -quienes no pueden salirse de la norma- el marco necesario para aplicar la ley de forma equitativa y justa.

En este sentido se comparte la opinión del Cassagne y Perrino (2024) que expresan:

Cualquiera que se adentre en el análisis de la ley 19.549 de Procedimiento Administrativo (LNPA), modificada por la Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos (ley 27.742) (en adelante “LB”), puede advertir, sin contradicciones lógicas, que dicho ordenamiento jurídico inaugura una nueva etapa en la evolución del derecho público argentino, signada, especialmente, por la mayor protección que se consagra a los derechos fundamentales que reconoce nuestra Constitución Nacional y los tratados internacionales de protección de derechos humanos de jerarquía constitucional

689 /

Rey Vázquez (2024) en un mismo sentido expresa en relación con la reforma introducida por la Ley de Bases, “entiendo que se entronca en la línea que se viene observando tanto en el plano jurisprudencial como doctrinario, al igual que en las legislaciones más modernas...” (p. 326).

Referencias Bibliográficas

Balbín, C. (2015). *Manual de derecho administrativo* (3ª ed. ampliada). La Ley.

Canda, F. O. (2015). El principio de tutela administrativa efectiva. En F. O. Canda (Ed.), *El Derecho Administrativo* 2015-732 (pp. 123-150, sección 3.2). Editorial Jurídica Argentina, Buenos Aires.

Cassagne, J. C. (2003). *Derecho Administrativo*. Lexis- Nexis.

Cassagne, J. C., & Perrino, P. E. (2024). El acto administrativo en la Ley de Bases. *La Ley*, 2024-E (166), 1-20. ISSN: 0024-1636.

\ 690 Comadira, J. P. (2021, junio 9). *Programa de actualización: La defensa del Estado. Un enfoque de derechos humanos – Tema: Procedimiento Administrativo* [Video]. YouTube. URL <https://www.youtube.com/watch?v=z1sCxW-1ciCI&t=1226s>

Comadira, J. P. (2024, agosto 30). *Acto administrativo y Ley de Bases. Avances y retrocesos* [Video]. YouTube. Colegio de Abogados de Ushuaia. <https://www.youtube.com/watch?v=zVcOEykJS8M>

Comadira, J. R. (2004, octubre 6-8). El principio de participación ciudadana en la función administrativa (con especial referencia a la formación de la voluntad de la Administración y a la selección de autoridades públicas). Conferencia presentada en el III Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, La Coruña, España.

Decreto Ley 695/24 (2024). Modificación del régimen de procedimientos administrativos.

Decreto Ley 971/2024 (2024). Reglamentación de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos.

Gelli, M. A. (2008). Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada. T. I, Ed. La Ley

Gordillo, A. (2023). *El procedimiento administrativo. Concepto y principios generales I. Concepto de procedimiento administrativo. (Cap. 9). En A. Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas: Parte general (2.ª ed.).* https://www.gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo9.pdf

Ley 19.549 (1972). Ley Nacional de Procedimientos Administrativos.

Ley 27.742 (2024). Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos.

Mairal, H. A., & Veramendi, E. V. (2024). La reforma de la Ley de Procedimientos Administrativos. *La Ley*, 2024-C (119), 1-8. ISSN: 0024-1636.

691 /

Rey Vázquez, L. E. (2024). Acerca del buen gobierno y calidad democrática en las reformas proyectadas al procedimiento administrativo en Argentina. *Anuario Iberoamericano de Buen Gobierno y Calidad Democrática*, 1, 325-352.

Rodríguez-Arana, J. (2016). El buen gobierno y la buena administración: Una aproximación comparada. En J. Pérez (Ed.), *Gobernanza y administración pública en el siglo XXI* (pp. 123-150). Unisc - A Coruña.

Sotelo de Andreu, M. G. (1998). El silencio de la Administración. En AA.VV. (Eds.), *Procedimiento Administrativo: Jornadas Organizadas por la Universidad Austral los días 20, 21 y 22 de mayo de 1998* (pp. 49). RAP.

Varas, C. G., Rozenblum, K., & Frettis, J. L. (2024). *Manual de derecho público.* ConTexto Libros.

Anexo

Tabla 1. Comparación del Art. 1 inc.) de la Ley 19549 y el Art. 1 bis inc.) de la Ley 27742

Aspecto	Ley 19549 (art. 1 inc. e)	Ley 27742 (art. 1 bis inc. g)	Aspecto	Ley 19549 (art. 1 inc. e)	Ley 27742 (art. 1 bis inc. g)
1) Obligatoriedad de los plazos	Serán obligatorios para los interesados y para la Administración.	Serán obligatorios para los interesados y para la Administración.	7) Plazo máximo para resolver	No se menciona.	Cuando las normas no fijen un plazo máximo para resolver, éste será de sesenta (60) días, una vez que esté en condiciones de ser resuelto por el órgano competente.
2) Cómputo de los plazos	Se contarán por días hábiles administrativos, salvo disposición legal en contrario o habilitación resuelta de oficio o a petición de parte.	Se contarán por días hábiles administrativos, salvo disposición legal en contrario o habilitación resuelta de oficio o a petición de parte.	8) Información sobre plazos	No se menciona.	Se informará a los interesados del plazo máximo establecido para la resolución de los procedimientos y para la notificación de los actos que les pongan término, así como de los efectos que pueda producir el silencio administrativo.
3) Inicio del cómputo	Se computarán a partir del día siguiente al de la notificación. Si se tratare de plazos relativos a actos que deban ser publicados, regirá lo dispuesto por el artículo 2 del Código Civil.	Se computarán a partir del día siguiente al de la notificación, en la que deberá hacerse saber al interesado los recursos administrativos que se pueden interponer contra el acto notificado y el plazo dentro del cual deben articularse los mismos o, en su caso, si el acto agota la instancia administrativa. La omisión total o	9) Interposición de recursos	No se menciona.	La interposición de recursos que deban ser resueltos por un órgano superior del que dictó el acto, el plazo para la elevación del expediente será de cinco (5) días. La omisión del cumplimiento de este plazo se considerará falta grave del funcionario que deba proceder a dicha elevación. Toda elevación de actuaciones será notificada a las partes del procedimiento.
4) Plazo estándar	Cuando no se hubiere establecido un plazo especial para la realización de trámites, notificaciones y citaciones, cumplimiento de intimaciones y emplazamientos y contestación de traslados, vistas e informes, aquél será de diez (10) días.	Cuando no se hubiere establecido un plazo especial para la realización de trámites, notificaciones y citaciones, cumplimiento de intimaciones y emplazamientos y contestación de traslados, vistas e informes, aquél será de diez (10) días.	10) Interrupción de plazos	No se menciona.	La interposición de reclamos o recursos administrativos interrumpirá el curso de todos los plazos legales y reglamentarios aplicables, inclusive los relativos a la caducidad y prescripción, aunque aquellos hubieren sido mal calificados, adolezcan de defectos formales insustanciales o fueren deducidos ante órgano incompetente.
5) Ampliación de plazos	Antes del vencimiento de un plazo podrá la Administración de oficio o a pedido del interesado, disponer su ampliación, por el tiempo razonable que fijare mediante resolución fundada y siempre que no resulten perjudicados derechos de terceros. La denegatoria deberá ser notificada por lo menos con dos (2) días de antelación al vencimiento del plazo cuya prórroga se hubiere solicitado.	Antes del vencimiento de un plazo podrá la Administración de oficio o a pedido del interesado, disponer su ampliación, por el tiempo razonable que fijare mediante resolución fundada y siempre que no resulten perjudicados derechos de terceros. La denegatoria deberá ser notificada por lo menos con dos (2) días de antelación al vencimiento del plazo cuya prórroga se hubiere solicitado; en caso contrario, el plazo quedará automáticamente prorrogado hasta dos (2) días después de que se haga efectiva la notificación de lo	11) Pérdida de derecho no ejercido en plazo	No se menciona.	La Administración podrá dar por decaído el derecho no ejercido dentro del plazo correspondiente, sin perjuicio de la prosecución de los procedimientos según su estado y sin retrotraer etapas siempre que no se tratare del supuesto a que se refiere el apartado siguiente.
6) Suspensión de plazos	No se menciona.	La solicitud de vista de las actuaciones producirá la suspensión de todos los plazos para presentar descargos, contestar vistas, citaciones, emplazamientos o requerimientos, interponer recursos o reclamos administrativos, o promover acciones o recursos judiciales, salvo los de prescripción, desde el momento en que se presente la solicitud y se extenderá por todo el plazo fijado para tomar la vista, el cual en ningún caso podrá ser inferior a diez (10) días.	12) Caducidad de los procedimientos	No se menciona.	Transcurridos sesenta (60) días desde que un trámite se paralice por causa imputable al interesado debidamente comprobada, el órgano competente le notificará que, si transcurrieren otros treinta (30) días de inactividad, se declarará de oficio la caducidad de los procedimientos, archivándose el expediente.

Fuente: elaboración propia

Tabla 2 . Diferencias del Elemento Procedimiento entre las Leyes 19549 y

	LEY 19.549	LEY 27.742
Procedimientos	Antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico. Sin perjuicio de lo que establezcan otras normas especiales, considérase también esencial el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos e intereses legítimos.	Antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico. Se incluyen: (i) el respeto a la tutela administrativa efectiva de quienes pueden verse afectados por el acto de alcance particular en sus derechos o intereses jurídicamente tutelados; y (ii) el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos o intereses jurídicamente tutelados.

693 /

Fuente: elaboración propia

“Algunas consideraciones sobre
los principios que rigen el
Procedimiento Administrativo a
propósito de la Ley de Bases “

| María Antonella Savina Lo Castro |

Introducción¹

Las reformas introducidas a través de la Ley 27.742 denominada “Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos”, inciden en múltiples institutos y ramas del Derecho Argentino. En el presente trabajo se analizarán algunas de las modificaciones en el ordenamiento jurídico administrativo, y de manera especial en los principios rectores que establece la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549 (en adelante LNPA)

695 /

Previo a adentrarnos en el análisis de los mismos, podemos advertir con total nitidez que dicho ordenamiento jurídico inaugura una nueva etapa en la evolución del derecho público argentino, caracterizada, especialmente, por la mayor protección que se consagra a los derechos fundamentales que reconoce nuestra Constitución Nacional y los tratados internacionales de sobre derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional, cuya tutela efectiva se garantiza en sede administrativa y judicial. (Cassagne & Perrino, 2024).

Como toda nueva ley, plantea una serie de dudas en cuanto a su interpretación. Por ello, en oportunidad de interpretar debemos dar

1. La autora otorga consentimiento para su eventual publicación por parte de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste a fin de compartir la presente investigación

preeminencia a aquella que en mayor medida protege los derechos fundamentales de las personas. Efectivamente toda reforma administrativa comprende materias diversas, cuyo objeto de estudio involucra distintas ciencias y disciplinas, tales como, entre otras, la organización administrativa y función pública, y la tecnificación de la administración pública.

1. Referencia a algunas reformas introducidas

Como aspecto preliminar, cabe puntualizar la trascendencia institucional que el procedimiento administrativo y el régimen jurídico del acto revisten en nuestro sistema de derecho público. Como bien se ha dicho, las leyes de procedimiento administrativo representan una codificación parcial de una institución central del derecho administrativo como lo es el acto. Ahora bien, la Ley 19.549 ha significado una nueva etapa en la evolución del derecho administrativo argentino (Cassagne, 1988, como se citó en Bezzi y Espinoza Molla 2024)². Es innegable que en estos 52 años de vigencia fue objeto de numerosas modificaciones, sin embargo, a todas luces, podemos afirmar que la más innovadora en la materia ha sido la reforma introducidas por la Ley 27.742. En efecto se percibía la necesidad de adaptarla a normas constitucionales y convencionales, a las concepciones doctrinarias y jurisprudenciales que se fueron acuñando a lo largo del tiempo, y a otras innovaciones tecnológicas.

2. El referido autor destacaba “La importancia que traduce, en el mundo actual, la función de garantía que cabe exigir a la Administración Pública, a través de la observancia de los Principios Generales del Derecho, es algo que todavía no ha hecho carne aún totalmente en la jurisprudencia, no obstante la de significativos precedentes que permiten vaticinar un desarrollo mayor en el futuro, con el objeto de que, en las relaciones que se traban con los particulares, aquellos principios cobren la vigencia que merecen como pilares insustituibles del ordenamiento jurídico, y para que esas vinculaciones se planteen y formalicen en un plano más justo y, en definitiva, más humano.

1.1. Principios fundamentales incorporados al procedimiento administrativo

El procedimiento administrativo contiene en los diversos ordenamientos jurídicos, una serie de principios de carácter general que hacen a la propia función del procedimiento, a las características que demanda la actividad administrativa para poder realizarse con eficacia y la debida defensa del status del administrado a lo largo del trámite procesal (Cassagne, 2016)

La fuente de los mismos es tanto la Constitución Nacional como la LNPA. Su aplicación, no requiere en ningún caso reglamentación por parte del Poder Ejecutivo, siendo operativos por sí mismos e implicando deberes para la Administración pública. Todo ello en aras de satisfacer el interés general o bien común (Cassagne, 2002)

En palabras de García Pullés (2015), si realizamos una clasificación de los principios basándonos en su causa normativa podemos distinguir entre: los que tienen base constitucional, aquellos principios que están contenidos en los Tratados³, principios de jerarquía meramente legal y aquellos que poseen base reglamentaria. Agrega, que podrían quedar subsumidos los principios generales del derecho, que si bien es cierto que en algunos casos no surgen expresamente del texto de la norma, se encuentran presentes en el espíritu de la norma.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto que “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pronunciada en las causas en que son parte otros estados miembros del Pacto de San José de Costa Rica, constituye una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y en consecuencia, también para la

3. Quedan contenidos aquellos incorporados a la Constitución Nacional es decir, que tienen jerarquía constitucional, como los demás Tratados que hayan sido suscriptos por la República Argentina

Corte, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”⁴

A mayor abundamiento, en el caso “Baena v. República de Panamá”⁵ la Corte Interamericana afirmó en sus párrafos 124 y 125 que “Si bien el artículo 8° de la Convención Americana se titula ‘Garantías Judiciales’, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, ‘sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales’ a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.

\ 698

Así las cosas, la Corte destaca que las garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8° de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del referido artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter’. Esto evidencia el carácter amplio que posee el debido proceso, dejando en claro que el justiciable, tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes»

No quedando dudas que, los principios establecidos embeben todo tipo de proceso, no quedando reducido únicamente al proceso judicial, corresponde adentrarnos en el análisis de los principios propios del procedimiento administrativo.

En efecto, la LNPA con anterioridad establecía en su Título I Procedimiento Administrativo, dentro del artículo primero y, a con-

4. Fallos 326:2805; 327:3312 y “Mesquida” del 27/11/2006. De los votos del Dr. Juan Carlos Maqueda, citado en García Pullés, F (2015) Lecciones de Derecho Administrativo. Abeledo Perrot

5. Fallos “Baena v. República de Panamá” 2/2/2001 citado en García Pullés, F. (2015) Lecciones de Derecho Administrativo. Abeledo Perrot.

tinuación del ámbito de aplicación, los principios propios de dicho procedimiento. Sin embargo, la reforma de la Ley 27.742⁶ introduce en el artículo 1° bis los principios fundamentales clásicos y modernos del procedimiento administrativo, la juridicidad, la razonabilidad, la proporcionalidad, la buena fe, la confianza legítima, la transparencia, la tutela administrativa efectiva, la simplificación administrativa y la buena administración. En relación a este punto es preciso aclarar que todos ellos fueron citados o aplicados por la jurisprudencia tanto en el plano interamericano o como una derivación de principios ya existentes.

En primer orden y, antes de adentrarnos en el desarrollo de los mismos, es preciso aclarar que, coincidimos con lo expresado por Zeichen (2024) en cuanto podemos encontrar dos clases de principios. Una serie de principios a los que podríamos denominar fundamentales contenidos en el primer párrafo del artículo 1° bis y, por otro lado, principios secundarios o derivados de los primeros. Ello sin quitar importancia al segundo grupo, máxime considerando que los principios que conforman este último son los regulados en la redacción original de la LNPA.

Es importante realizar una serie de consideraciones preliminares en relación a este tema.

En primer orden, los principios son incorporados por primera vez de modo expreso. La LNPA, en su redacción original, no hacía un tratamiento sobre estos y se limitaba simplemente a mencionarlos, además sistematiza algunos que ya se encontraban en el texto vigente, agrega nuevos principios y, finalmente, al desarrollarlos distingue entre “principios fundamentales y principios propiamente dichos” (Zeichen, 2024)

La Corte Suprema de Justicia de la Nación definió a los principios diciendo que “son normas que constituyen mandatos para la reali-

6. Ley 27.742 Artículo 25

zación de un valor o un bien jurídicamente protegido en la mayor medida posible”⁷. En línea con el autor ut supra citado, refiere que, en cuanto a la definición aportada por el Máximo Tribunal, se destacan las siguientes notas: se trata de una “norma” (jurídica, que obliga: un “mandato”), su contenido valorativo y la alexiana forma gradual de cumplimiento (“mayor medida posible”).

Así Zeichen (2024) expresa que los principios fundamentales del procedimiento administrativo no se limitan exclusivamente al procedimiento, sino que, a contrario sensu, rigen todas las relaciones iusadministrativas. Por otro lado, agrega que la enumeración de principios no agota la nómina, es decir, no se trata de un *numerus clausus*, sino que, existen otros no enumerados que poseen exigibilidad, con total independencia de su previsión. Finalmente agrega que la incorporación a la LNPA de esta nómina de principios ayuda a su individualización y facilita su aplicación por los operadores jurídicos.

A continuación, se adentrará en el análisis de los principios enunciados en la ley.

a. Juridicidad:

En relación a este principio, es dable destacar que en el marco de la LNPA anterior la legalidad era el principio fundamental. No obstante, parecía referir únicamente a la ley. La redacción actual permite interpretar no sólo a la ley en sentido estricto, sino también la misma Constitución, leyes propiamente dichas, Tratados, principios generales del Derecho, entre otros. Ciertamente Comadira ya anticipaba que el referido principio de legalidad, debería nombrarse más adecuadamente como principio de juridicidad debido a que no comprende exclusivamente la sujeción de la Administración a la ley

7. CSJN, “Gualtieri Rugone de Prieto” (2009).

formal, sino a todo el orden jurídico, la justicia y la equidad, razón por la cual, el término juridicidad representa mejor el accionar de la administración en la procura del bien común.

Este principio, que resulta aplicable a todas las ramas del Derecho, posee máxima relevancia en el Derecho Administrativo, atento a que toda la Administración debe ajustar su funcionamiento a lo establecido en el ordenamiento jurídico.

Hoy no hay dudas de que esa juridicidad no es la mera “legalidad” ni se limita únicamente a ella, sino que resulta abarcativa del ordenamiento jurídico en su conjunto, integrado por los denominados “argumentos jurídicos” en un marco de “desbordamiento de fuentes”, que incluye a las reglas dictadas por la autoridad, pero que las supera ampliamente, especialmente con los principios. (Zeichen, 2024)

Siguiendo a Bidart Campos (2003), podemos afirmar que el fundamento del principio de legalidad -hoy juridicidad- radica en una cuestión de seguridad jurídica, pero también en razones de justicia. Coincidimos con Mairal y Veramendi (2024) en que el principio de juridicidad exige que la actuación administrativa sea conforme a derecho no sólo en lo que hace al respeto de las leyes sino también de los reglamentos y demás fuentes del derecho. A contrario sensu, el principio de legalidad requiere que toda limitación de derechos de los particulares se base en una ley, no siendo suficiente al respecto una mera reglamentación que no esté, a su vez, válidamente basada en ley. Así es preciso aclarar que el alcance de ambos conceptos es totalmente distinto, salvo que pueda otorgarse una acepción amplia que pueda incluir ambos conceptos.

701 /

b. Razonabilidad y Proporcionalidad:

La razonabilidad y la proporcionalidad constituyen un papel fundamental en el Derecho público, máxime en el Derecho Administrativo. Como ha dicho Augusto Mario Morello, es el principio más claro y orientador: “Es el talón de Aquiles del edificio del Derecho.

El punto determinante de las proporciones; el que establece los límites que, como enseñaba Ihering es el punto crucial para llegar hasta ahí, en las circunstancias del caso o problema que se trate”⁸. (Bezzi y Espinosa Molla, 2024)

Así Bidart Campos (1996, p.118) ha establecido que el principio de legalidad “debe integrarse con el de razonabilidad, porque no todo lo legal es constitucional; por ello los actos estatales deben tener un contenido justo, valioso, ponderando las circunstancias del caso de acuerdo con un criterio o estándar jurídico.”

En primer orden, razonabilidad implica adecuación de medios a fines al momento de adoptar decisiones. En otras palabras, significa proporcionalidad o adecuación a la finalidad perseguida. El art. 28 de la CN contempla el principio de razonabilidad y proporcionalidad aplicable a todo acto administrativo. Significa fundamentalmente que las reglamentaciones tanto legislativas respecto de los derechos y garantías constitucionales, como del Poder Ejecutivo, mediante decretos reglamentarios respecto de las leyes, deberán ser razonables, fijándole condiciones y limitaciones adecuadas al espíritu y a la letra de las normas constitucionales, porque lo razonable es lo proporcionado al efecto, lo exigido por la igualdad y la equidad, lo armónico dentro del todo, lo equilibrado entre los extremos (Haro)

En otras palabras, y acorde a lo que expresa Parma y Endeiza (2022) esta garantía implica que entre las medidas que dispone el acto administrativo y la finalidad perseguida por el mismo, debe existir proporcionalidad, una relación adecuada y equitativa. Configura un límite al obrar discrecional y arbitrario de la administración pública. Así Badeni (1997, p. 246 como se citó en Parma y Endeiza, 2022) expresa “la razonabilidad importa una relación proporcionada

8. Morello, A.M. citado en la jurisprudencia de la SCBA, ver causa A-72.825, “Grinberg, Eduardo Benjamín y otros c/ HTC s/ Pretensión de restablecimiento o reconocimiento de derechos. Recurso de inconstitucionalidad”, 22/12/2021.

entre los medios y los fines. Radica en advertir si las restricciones a la libertad individual son indispensables y proporcionadas para alcanzar los fines de interés general.

La CSJN ha dicho: “La circunstancia de que la administración obra en ejercicio de facultades discrecionales, en manera alguna pudo constituir un justificativo de su conducta arbitraria como tampoco de la omisión de los recaudos que para el dictado de todo acto administrativo exige la ley 19.549. Es precisamente la legitimidad -constituida por la legalidad y la razonabilidad- con que se ejercen tales facultades, el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dichas exigencias, sin que ello implique la violación del principio de división de los poderes que consagra la Constitución Nacional.”⁹

En palabras de Gelli (2004) y tal como lo señala Quintana, la razonabilidad constituye una garantía innominada del debido proceso y, aunque la razonabilidad, como la constitucionalidad, se presumen en las normas emanadas de las autoridades legítimas, sobre ellas se puede predicar lo contrario mediante sentencia judicial, pues la irrazonabilidad constituye una especie de la inconstitucionalidad.

Ahora bien, modernamente se habla de la garantía de proporcionalidad, la cual presupone no sólo medios adecuados al fin sino que, el medio elegido sea aquel que ocasione la menor restricción de derechos individuales. Configura un medio para lograr efectivizar la razonabilidad teniendo presente en primer lugar la necesidad, como eficiencia en la utilización de la mejor medida, la adecuación como eficacia y la idoneidad o proporcionalidad en sentido estricto, que implica un adecuado balance entre costos y beneficios de la medida adoptada y del gravamen o restricción de los derechos, producido para lograr ese fin, y, por otro lado, la garantía de no afectación de la esencia del derecho fundamental. (Zeichen, 2024)

9. Fallos 307:639

En otras palabras, la proporcionalidad constituye satisfacer el test de cuál es la alternativa menos restrictiva o menos gravosa en cuanto a los derechos.

Así la CSJN en el caso “Carlos Roberto y otro c/ Consejo de Atención Integral de la Emergencia Covid-19 Provincia de Formosa s/ amparo – amparo colectivo” (19/11/2020) ha establecido “Todas aquellas medidas que los Estados adopten para hacer frente a esta pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos”¹⁰

c. Buena fe:

\ 704

Este principio se encuentra tratado en el Código Civil y Comercial de la Nación, también lo estuvo en el Código de Vélez y es el principal cuando hablamos de relaciones contractuales y rige, por supuesto, en todo contrato administrativo.

Prima facie, para aportar un concepto del mismo, corresponde traer a colación lo expresado por Borda en cuanto al significado de la buena fe que implica que el hombre cree y confía en que una determinada declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales; los mismos efectos que ordinaria y normalmente produjo en casos iguales. El juez, al dirimir una controversia, debe preguntarse qué significado hubiera asignado a la declaración una persona honorable y correcta (1996, pp. 130-131.)

Este principio posee una doble exigencia: por un lado, para la Administración pública y, por otro, a los ciudadanos de desempeñar un

10. Fallos 343:1708

comportamiento honesto, recto, justo y conforme a lo esperado de sujetos éticos. La Administración debe actuar de este modo en todo su accionar.

Ahora bien, sin perjuicio de que los estudios del derecho privado han servido al derecho administrativo, lo cierto es que resulta imprescindible referir a la buena fe como un principio que informa y fundamenta todo el ordenamiento jurídico, que sirve para la tarea interpretativa, cumpliendo una función integradora con las normas positivas.

Como principio general del derecho, es uno de los soportes centrales de todo el sistema normativo. En lo que aquí respecta su aplicación concreta demanda conductas leales y honestas en todos los negocios jurídicos, incluyendo por lo tanto las que entabla el Estado. Específicamente, es un principio que implica el cumplimiento de las obligaciones pactadas y la valoración de la conducta que se espera de una persona normal que actúa con lealtad. (Ivanega)

705 /

d. Confianza legítima:

Acuñado y relacionado con el principio mencionado ut supra se encuentra la confianza legítima. Dicho principio es oriundo del derecho alemán y es muy utilizado en la Comunidad Europea. Si bien es cierto que la buena fe constituye un componente de la confianza legítima, puede en algunos supuestos desplazarse. Así en palabras de Ivanega, la confianza legítima es una derivación de un valor, la seguridad jurídica, en el cual se encuentra la situación del particular frente a la actuación de los poderes públicos y que, por supuesto necesita insoslayablemente la concurrencia de la buena fe. Es decir, sin buena fe la confianza no puede, en ningún punto, ser legítima.

El obrar administrativo tiene una apariencia de juridicidad que crea una confianza en los administrados y, por lo tanto, hace cuestionable un comportamiento que contraría esa confianza razonable y el ejercicio transparente de la función. En otras palabras, el objeto es la

protección de los administrados que de buena fe generaron expectativas a partir de la validez de un acto administrativo, y en el caso de su revocación, derogación o modificación, producen un daño en el particular que habrá de reputarse como antijurídico. En tal sentido, se genera un derecho subjetivo en cabeza del individuo y el derecho al cobro de una indemnización (Coviello, 2004).

La CSJN se ha pronunciado estableciendo: “El orden jurídico de la Nación, de acuerdo al objetivo del preámbulo de la Constitución Nacional de afianzar la justicia, debe proteger la confianza suscitada por el comportamiento de otro porque la confianza resulta una condición fundamental para la vida colectiva y la paz social. Esta regla resulta aplicable, con mayor razón, en el marco de relaciones entre el Estado y los particulares y es coherente con los principios que limitan la arbitrariedad estatal, según los cuales las autoridades públicas no deben adoptar medidas que resulten contrarias a la razonable estabilidad de sus actos, y en función de las cuales los individuos han adoptado determinadas decisiones”¹¹.

En efecto, se trata de mantener la intangibilidad de los derechos nacidos al amparo de un acto o contrato administrativo, siempre que la verificación de la ilegalidad se produzca luego de haber transcurrido un tiempo razonable susceptible de generarle al particular una legítima confianza en su estabilidad y en sus propios derechos. (Cassagne 2012, como se citó en Zeichen, 2024)

e. Transparencia:

Este principio supone una derivación del principio de publicidad de los actos de gobierno como una nota de la forma republicana de gobierno. Asimismo, es una expresión de la responsabilidad de sus

11. CSJN, “Grupo Clarín SA y otros”, G. 439. XLIX. (REX), G. 445. XLIX, G. 451. XLIX (2013).

funcionarias y el gobierno del pueblo por medio de sus representantes. Implica poner a disposición de los ciudadanos información acerca del accionar del Estado de forma tal que sea de fácil acceso para todos. En otras palabras, permite que la población tenga conocimiento de lo que ocurre en el Estado.

Se encuentra ínsito en la Convención Interamericana contra la Corrupción. Así, en su artículo 2 -dentro de los Propósitos- establece la promoción, facilitación y regulación de la cooperación entre los Estados Partes a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio. Adicionalmente y, a modo ejemplificativo, podemos enunciar la Ley 25.188 de Ética en el ejercicio de la Función Pública. De esta forma, dentro del Capítulo II -Deberes y pautas de comportamiento ético- en su Artículo 2 menciona que los sujetos comprendidos por la referida ley están obligados a cumplir con una serie de deberes que allí se detallan. En lo que aquí nos interesa, podemos mencionar la obligación de fundar sus actos y mostrar la mayor transparencia en las decisiones adoptadas sin restringir información, a menos que una norma o el interés público claramente lo exijan.

707 /

f. Tutela administrativa efectiva:

Este principio que resulta novedoso en la nueva LNPA, es el nuevo nombre de la garantía del “debido proceso adjetivo” que contenía la Ley en su redacción original. Este cambio de paradigma obedece a las previsiones e influencia de la Convención Americana de Derechos Humanos, en nuestro ordenamiento que como bien sabemos posee jerarquía constitucional desde la reforma de 1994.

Al igual que la tutela judicial efectiva, la tutela administrativa encuentra su fuente en la Constitución Nacional, en los principios básicos de protección de los derechos humanos y de debido proceso, tales

como el de legalidad, defensa, razonabilidad e igualdad. A partir de allí se sentaron las bases para el desarrollo de mecanismos que permitieran a los ciudadanos cuestionar actos de la administración pública, garantizar el derecho a la defensa y el acceso a la justicia. Una mención especial merecen los tratados internacionales que gozan de jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994, que contribuyeron especialmente al desarrollo y evolución de la tutela administrativa efectiva.

En el orden nacional, la garantía de la tutela judicial efectiva se desprende desde el Preámbulo de la Constitución Nacional, donde se releva, conforme expresa Cassagne, “el propósito que persiguieron los constituyentes al proclamar, entre los fines del Estado, el de ‘afianzar la justicia’, configurando así un principio jurídico afín a la efectividad de la tutela judicial debida a los particulares” (2015, p.3)

En la redacción original de la LNPA, contábamos de forma implícita con este principio. Es claro que la tutela efectiva no se circunscribe únicamente al ámbito jurisdiccional, sino que también se extiende hacia el procedimiento administrativo mediante la “tutela administrativa efectiva”

La alusión jurisprudencial expresa a esta noción se dio por primera vez en Argentina en el precedente *Astorga Bracht*, Sergio y otro c. COMFER C dto. 310/1998 s/ amparo ley 16.986¹² de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el cual el tribunal introdujo por primera vez la expresión “tutela administrativa efectiva” donde expresó que el art. 18 de la CN y las convenciones internacionales de derechos humanos, que cuentan con jerarquía constitucional resguardan el derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva (arts. XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 8° y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 8° y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2° inc. 3° aps. a y b, y 14 inc. 1° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

12. CSJN, *Astorga Bracht*

Además, afirmó que una serie de normas constitucionales y convencionales “resguardan el derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva”, a la cual se califica como una “garantía” que “supone la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia

—a lo que cabe agregar, ante las autoridades administrativas competentes— y obtener de ellos sentencia o decisión útil relativa a los derechos de los particulares o litigantes y que requiere, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren, eventualmente, asistirle sino por medio de un proceso —o procedimiento— conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia —o decisión— fundada.

De lo establecido con anterioridad es dable destacar que, el titular de la garantía examinada es la persona, mientras que el obligado es la Administración Pública. Por otro lado, este principio es totalmente independiente del principio de tutela judicial efectiva. La CSJN al referir a normas convencionales denota que el incumplimiento o violación de dicho estándar es pasible de generar responsabilidad internacional por parte del Estado infractor.

A mayor abundamiento y, en palabras de Gutiérrez Colantuono, (2010) para definir el contenido de la tutela administrativa efectiva, la Corte recurre a la noción habitual de la garantía de defensa en juicio detallando los elementos distintivos que se presentan en el marco de la gestión administrativa. De esta forma, se extrapola el concepto de defensa en juicio al ámbito de la Administración Pública y se construye el concepto examinado a partir de reemplazar: “juez” por “autoridad administrativa competente”; “sentencia” por “decisión”; “litigantes” por “particulares”; y “proceso” por “procedimiento”. Los nombres cambian pero los objetivos son los mismos y, por ende, todas las construcciones pensadas para la defensa en juicio se vuelven aplicables.

709 /

f. 1. Postulados de la tutela administrativa efectiva:

Ahora bien, en el articulado podemos observar que dentro de este principio se desprenden una serie de sub-principios, los cuales analizaremos a continuación y que configuran los supuestos de la tutela administrativa efectiva:

Derecho a ser oído: Este principio implica la facultad del administrado de poder exponer las razones de sus pretensiones ante de la emisión de actos administrativos que incidan en sus derechos o en sus intereses jurídicamente tutelados. Incorpora el principio de participación ciudadana, lo que motiva, un procedimiento de consulta previo a todas aquellas cuestiones que hacen referencia a los derechos de los usuarios. Este derecho debe entenderse como abarcativo de compulsa de las actuaciones y, también de impugnar cualquier decisión que no encuentre efectivo sustento en las razones que motivan a decretarla (García Pullés, 2015)

Derecho a ofrecer y producir prueba: Refiere a la participación activa del administrado en cuanto a su derecho de ofrecer prueba y que ella se produzca, si fuere pertinente, dentro del plazo que la Administración establezca en cada caso concreto. Por otro lado, también implica el derecho de efectuar un contralor de la prueba. Así, la Fiscalía General ante las Cámaras Nacionales de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal y en lo Contencioso Administrativo Federal ha establecido que: “El respeto por parte de la autoridad administrativa del acceso irrestricto de los administrados a las actuaciones, constituye una concretización del debido procedimiento como parte indisoluble de la tutela administrativa efectiva. Se trata de una pauta fundamental -de raigambre constitucional y supranacional- aplicable a la actuación administrativa”¹³

13. “Tagle, Carlos Federico c/ EN-M RREE Comercio Internacional y Culto-Mensaje 33/24 y Otro s/ Amparo Ley 16.986”, del 21 de octubre de 2024.

Derecho a una decisión fundada: El principio de motivación del acto administrativo se apoya en nuestro principio republicano de gobierno. Configura una garantía para que el particular pueda ejercer de forma plena la defensa de sus derechos e intereses.¹⁴

El derecho a ser oído y ofrecer y producir prueba resultaría sin sentido si no existiera el correlativo derecho a obtener una resolución que, considerando los argumentos y las pruebas producidas se pronuncie sobre la cuestión debatida (García Pullés, 2015). La decisión debe poseer entonces, las características de una sentencia para no resultar arbitraria esto es: derivación razonada del derecho vigente, con arreglo a las circunstancias comprobadas en la causa.¹⁵

La motivación bien entendida supone transparencia, publicidad, justicia, razonabilidad y veracidad en aras de la paz jurídica, en lo formal y en lo sustancia. En línea con lo establecido por Parma y Endeiza (2022) la motivación requiere:

Indicación de los hechos y el derecho: Puede ser sucinta, sin embargo, requiere una referencia de la plataforma fáctica y los fundamentos de derecho. Lo que realmente determina que el acto sea motivado es poder conocer la razón de decidir en tal sentido y los motivos en los que se asienta.

Suficiencia: Aún en caso de ser breve o escueta, la decisión satisface el requisito si asienta las razones por las cuales decide en uno u otro sentido, de manera tal que el interesado pueda conocer el por qué o la causa del accionar de la Administración

Congruencia: La motivación debe guardar coherencia con las respuestas a las alegaciones dadas por el interesado durante la elaboración de la decisión, como con los informes o dictámenes que obren en el expediente, como con la decisión final adoptada.

La Fiscalía General ante las Cámaras Nacionales de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal y en lo Contencioso Administrativo

14. Voto del Dr. Rosatti en Fallos 344:1013

15. Fallos 333:1273 y sus citas, entre muchos otros.

Federal ha dicho: “Si bien la ley y la reglamentación conceden a la Administración en esta materia amplios espacios de discrecionalidad, ello refuerza la exigencia de una motivación suficiente para fundar su ejercicio. La inobservancia del recaudo de la motivación impide en la especie conocer la razonabilidad del acto y descartar el uso arbitrario de la discrecionalidad administrativa.” **Derecho a un plazo razonable:** Es dable destacar que, entre las numerosas novedades de la reforma a la LNPA, una de ellas es ciertamente la inclusión del plazo razonable. Si bien esta garantía posee sustento constitucional y convencional, su expansión jurisprudencial, precisaba un nuevo impulso a través de la incorporación en la normativa procedimental administrativa, que acompañada de una reglamentación posterior hiciera posible una más sencilla y directa aplicación tanto por parte de las administraciones públicas, como por los tribunales con motivo del respectivo control judicial; para lograr su máximo aprovechamiento y desarrollo, extendiendo su operatividad a toda categoría procedimental administrativa. (Espinosa Molla, 2024)

En relación a este punto, es preciso mencionar la causa Losicer¹⁶ donde se analiza la dilación irrazonable de unas extensas actuaciones administrativas donde habían transcurrido casi veinte años desde la presunta comisión de la conducta infractora, resolviendo el máximo tribunal la aplicación de la garantía del debido proceso adjetivo establecida en el art. 18 de la CN, así como el art. 8.1 de la mencionada Convención, a pesar de no haber operado el plazo de prescripción que había sido interrumpido de manera sucesiva mediante diversas diligencias del trámite sumarial. Así la CSJN argumenta que “cabe descartar que el carácter administrativo del procedimiento sumarial pueda erigirse en un óbice para la aplicación de los principios reseñados, pues en el estado de derecho la vigencia de las garantías enun-

16. Fallos 335:1126, “Losicer, Jorge Alberto y otros el BCRA - Resol. 169/05 (expte. 105666/B6 SUM FIN 70BI”, 26/06/2012.

ciadas por el art. 8° de la citada Convención no se encuentra limitada al Poder Judicial —en el ejercicio eminente de tal función— sino que deben ser respetadas por todo órgano o autoridad pública al que le hubieran sido asignadas funciones materialmente jurisdiccionales”.

El Máximo Tribunal recuerda que: “ha sostenido al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos que cuando la convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un tribunal competente para la determinación de sus derechos, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de personas”.

Si bien no hay ninguna previsión que haga referencia al cómputo de un plazo determinado como “razonable”, eso ha sido diferido a la casuística para que, sea determinado en el caso concreto, si ha existido un retardo injustificado en la decisión.

Para ello, ante la ausencia de pautas temporales indicativas de esta duración razonable, tanto la Corte Interamericana —cuya jurisprudencia puede servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales (Fallos 318:514; 323:4130, entre otros)— como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos — han expuesto en diversos pronunciamientos ciertas pautas para su determinación y que pueden resumirse en: a) La complejidad del asunto; b) La actividad procesal del interesado; e) La conducta de las autoridades judiciales; y d) el análisis global del procedimiento¹⁷

713 /

g. Simplificación administrativa:

Al referir a este postulado, podemos afirmar que constituye una derivación de los clásicos principios de celeridad, sencillez, eficacia que se mantiene como un principio rector en la Administración.

17. Casos *Genie Lacayo vs. Nicaragua*, fallado el 29 de enero de 1997, párr. 77 y *‘López Álvarez v. Honduras’*, fallado el 1° de febrero de 2006; *‘Kónig’*, fallado el 10 de marzo de 1980 (...).”.

Es preciso destacar que la simplificación como principio –así como la reducción de cargas– ya fue incorporada a partir del decreto 434/16, y luego mediante los decretos 891/17 –de “Buenas prácticas en materia de simplificación”– (aunque configura ciertamente supuesto de soft law) y 894/17 –que realizó una importantísima reforma del procedimiento, introduciendo valiosas reformas en línea con las nuevas tecnologías aplicadas a la gestión(23) y las exigencias internacionales en materia de eficacia, eficiencia, desburocratización, transparencia y simplificación–. (Zeichen, 2024)

Este principio va dirigido para toda regulación sustancial o de procedimiento que se realice en el campo del Derecho Administrativo.

h. Buena administración:

Esta garantía supone el deber de actuar correctamente por parte de los organismos de la Administración en aras a satisfacer el interés público. Este principio fue trabajado arduamente por la doctrina española. A mayor abundamiento el CLAD – Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo– en su Código Iberoamericano de Buen Gobierno, define a la buena administración o buen gobierno aquél que busca y promueve el interés general, la participación ciudadana, la equidad, la inclusión social y la lucha contra la pobreza, respetando todos los derechos humanos, los valores y procedimientos de la democracia y el Estado de Derecho. Asimismo, podemos verlo en el art. 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que también prevé expresamente el derecho a una buena administración: “Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.”

Es decir, este principio hace referencia a todo acto u omisión que tiene por obligado al Estado en relación con el administrado, en el marco de un estado de derecho.

Es dable aclarar en este punto de la investigación, que esta enumeración de principios efectuada por el artículo 1 bis de la LNPA es incompleta, atento a que se omitieron varios principios que tienen una gran relevancia en el campo del Derecho Administrativo. A modo ejemplificativo y sin intención de circunscribirnos solo a ellos, podemos mencionar, entre otros: el principio de continuidad de los servicios públicos, no dañar, de reparación integral del daño, los principios fundamentales de dignidad humana, justicia, bien común y libertad, y los derechos fundamentales como la igualdad. Muchos de ellos surgen no solo de la Ley Fundamental sino también de los Tratados sobre derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional, y hubiese sido una buena oportunidad para clarificar, hacer referencia a ellos en esta enumeración que la ley efectúa.

1.2. Principios clásicos derivados del Artículo 1 bis de la LNPA

715 /

Habiendo efectuado un análisis de los principios fundamentales, corresponde referir a los principios clásicos que menciona el Artículo 1 bis. Así a continuación de la tutela administrativa efectiva y de los subprincipios que de ella derivan encontramos los siguientes, los cuales en su gran mayoría se encontraban establecidos en la redacción originaria de la LNPA:

- a) **Impulsión e instrucción de oficio:** Tal como se encontraba establecido en la LNPA en su redacción original, se mantiene el referido principio. El órgano que ejerce la función administrativa, tiene la obligación de impulsar el procedimiento hasta su conclusión, removiendo obstáculos formales y evitando decisiones inhibitorias. Si bien el procedimiento puede ser iniciado de oficio o a petición de parte, en todo caso la impulsión del mismo corresponde a la administración. La impulsión de oficio debe respetar siempre las garantías procesales y velar por el interés público Parma y Endeiza (2022)

- b) Celeridad, economía, sencillez, eficacia y eficiencia en los trámites:** El principio de economía se refiere a que la actuación de la administración pública se debe desarrollar con ahorro de trabajo, energía y costo y obtener el mayor resultado con el menor esfuerzo. En la práctica se traduce en evitar trámites superfluos o redundantes.

Por otro lado, la celeridad dispone que las autoridades administrativas deben evitar costosos o complejos pasos administrativos que obstaculicen el desarrollo del trámite del expediente. Asimismo, la sencillez y la eficacia en los trámites guarda relación con el informalismo a favor del administrado. (Parma y Endeiza, 2022)

Ahora bien, en relación a este punto, coincidimos con los autores citados ut supra, en cuanto a que estos principios son secundarios en relación al debido proceso y de informalismo a favor del administrado y deben interpretarse de forma armónica con él. La simplificación o la celeridad en ningún aspecto, pueden ocasionar un perjuicio al administrado en su defensa. Cuando se haya cumplido debidamente el derecho de defensa, la autoridad administrativa podrá resolver de forma rápida o simple.

Finalmente, la ley prevee en consonancia con los postulados del principio, la gratuidad de los reclamos y demás impugnaciones, dejando a salvo la obligación del interesado de sufragar los honorarios que pudieren corresponder a sus letrados y representantes o quienes intervengan en el proceso como los peritos.

- c) Eficiencia burocrática:** Implica eximir a los interesados de las exigencias de la Administración ya sea centralizada o descentralizada respecto del aporte de datos y documentos por parte del administrado cuando ésta ya los posee en sus bases o archivos

- d) Informalismo:** Siguiendo a García Pullés (2015) la noción de informalismo a favor del administrado refuerza la consideración de este último como un verdadero colaborador de la

Administración. Así, en el marco de un procedimiento suele prescindirse de muchas condiciones formales tanto en los escritos iniciales como en su tramitación. Por ello, la inadecuación de las formas no conlleva, *prima facie*, la pérdida del derecho en el marco de dicho procedimiento. Además este principio abarca cualquier etapa del procedimiento administrativo. (Parma y Endeiza, 2022)

Al respecto, se ha dicho que el principio de informalismo que se encuentra presente en la LNPA se trata de un informalismo moderado antes que una ausencia del mismo propiamente dicho, en tanto sólo están excusados los interesados respecto de la inobservancia de exigencias formales no esenciales al peticionar, en cuanto pueden ser cumplidas *a posteriori*.¹⁸

En palabras de Cassagne (2016, p. 529), esta excusación lo es sólo respecto de las “formas no esenciales.” Por tanto, queda fuera de dicha garantía es la nulidad absoluta en cuanto ésta configure un vicio de forma esencial y no admita un saneamiento posterior. Lo cierto es que al no ser obligatorio el patrocinio letrado en los procedimientos administrativos, es insoslayable que no se someta al administrado a fórmulas rígidas o sacramentales que conlleven un excesivo rigor formal innecesario.

e) Días y horas hábiles: Refiere que los actos, actuaciones y diligencias serán practicarán en días y horas hábiles administrativos, empero, establece la excepción que, de oficio o a petición de parte se podrán habilitar aquellos que no lo fueren, por las autoridades que deban dictarlos o producirlas.

f) Plazos: Se mantiene el principio vigente en la LNPA en su redacción original del cómputo al día siguiente de su notificación.

18. PTN Dictamen IF-2020-41673405-APN-PTN, 30/06/2020. “EX-2019- 20671999-APN-DRS#MJ. Ministerio de Justicia y Derechos

Se establece el plazo genérico de 10 días hábiles cuando no hubiera una previsión para la realización de trámites, notificaciones, citaciones, cumplimiento de intimaciones y emplazamientos y contestación de traslados, vistas e informes. Si bien es cierto que ya estaba establecido que el mero pedido de vista suspende los plazos para presentar recursos o reclamos, en la nueva redacción se amplía. Por otro lado, se establece un plazo máximo para resolver de 60 días hábiles administrativos; ello en línea con el Artículo 10 que refiere al silencio administrativo, es decir, no se requiere el pronto despacho para tener por configurada la denegatoria tácita.

g) Interposición de recursos fuera de plazo. Denuncia de ilegitimidad: Este principio-establecido con posterioridad a la previsión de que los plazos para interponer recursos son perentorios y una vez vencido el mismo se perderá el derecho a articularlos-, deja la posibilidad a criterio de órgano si el tenor del planteo puede hacer presumir alguna irregularidad o vicio administrativo. En ese caso, la autoridad administrativa podrá decidir tratar ese recurso extemporáneo. En la redacción anterior de la LNPA se establecía que esto era posible sin que se excedan razonables pautas temporales. Con la modificación actual surge claramente que no puede superar los 180 días como plazo razonable desde su notificación.

h) Interrupción de plazos por articulación de recursos administrativos o acciones judiciales: Con la interposición de recursos administrativos o reclamos, aún cuando estos adolezcan de defectos formales no sustanciales o se presenten ante organismos incompetentes produce el efecto interruptivo. Podemos apreciar una diferencia notaria con lo que ocurre en sede judicial como una aplicación o derivación del principio del informalismo a favor del administrado.

i) Pérdida de derecho no ejercido en plazo: La Administración podrá dar por decaído el derecho que no haya sido ejercido por el administrado dentro del plazo correspondiente, sin perjuicio del avance del procedimiento según su estado y sin retrotraer etapas, dejando a salvo el supuesto de la caducidad de procedimientos.

j) Caducidad de los procedimientos: Si un trámite administrativo se paraliza por una causa que resulta imputable al interesado debidamente comprobada, cuando hubiesen transcurridos sesenta (60) días desde que un trámite se paralice, el órgano deberá notificar que, si transcurrieren otros treinta (30) días de inactividad, se declarará la caducidad procediendo a su archivo.

2. Conclusiones:

719 /

El constitucionalismo argentino ha logrado sin lugar a dudas afianzar los principios de legalidad o juridicidad dentro de las diversas ramas del derecho; la doctrina administrativista ha trabajado sistemáticamente hacia un derecho administrativo de mayor y mejor calidad constitucional. La Ley de Bases produjo modificaciones en una gran parte de nuestro ordenamiento jurídico, que nos obligó a abandonar algunas instituciones del derecho administrativo o tal vez de rediseñarlas, siendo ello un imperativo propio del marco de derechos que nos viene dado desde la Constitución Nacional reformada.

Los principios generales del derecho son fundamentales en toda rama, ya que ellos tienden a facilitar interpretación de las normas del derecho positivo y su aplicación a cada caso en concreto, permiten completar las lagunas del derecho y encontrar nuevas soluciones frente a los cambios continuos que se presentan en nuestra realidad, en orden a los valores que conforman la Ley Suprema de la Nación.

La trascendencia de dichos principios resulta de especial relevancia en el campo del derecho administrativo debido a que permiten luchar contra las posibles arbitrariedades del poder. Configuran un elemento de especial trascendencia para lograr el tan añorado equilibrio que debe existir, entre las prerrogativas de la Administración y las facultades y derechos de los particulares evitando abusos por parte de quienes ejercen el poder.

Resulta acertada la consagración de los “principios fundamentales” y, concretamente, el desarrollo de la tutela administrativa efectiva, haciendo eco de la influencia de la reforma de nuestra Constitución Nacional en su 30° aniversario. Será el tiempo, quien nos permitirá detectar con mayor precisión los aciertos y errores que pueda tener la Ley de Bases en los diferentes institutos.

Bibliografía

- Bezzi, O.H. y Espinoza Molla, M. R. (2024). Comentarios preliminares a la Ley 27.742 de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos. Con referencia especial a su impacto en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. *Revista El Derecho, Suplemento Administrativo* 8, p. 2-17.
- Bidart Campos, G. J. (1966), Derecho Constitucional, T. II, EDIAR, págs. 118 y ss.
- Bidart Campos, G.J. (2003), Derecho Constitucional, T II, Lexis Nexis, Buenos Aires, p. 111. Badeni, G. (1997), Instituciones de Derecho Constitucional, Ad-Hoc, Buenos Aires, p. 246. Borda, G. A. (1996), Tratado de derecho civil, Parte General, Tomo II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, pp. 130-131.
- Gutiérrez Colantuono, P.A. (2010). El procedimiento administrativo y la tutela administrativa efectivas. RAP.
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. 18 de diciembre de 2000. Artículo 41.
- Cassagne, J. C (1988). Los Principios Generales del Derecho en el Derecho Administrativo”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 9-10
- Cassagne, J.C. (2002). Derecho Administrativo. T. I, 7° ed., LexisNexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 87-88
- Cassagne, J. C., (2016). Curso de Derecho Administrativo, La Ley, Buenos Aires, Tomo I, p. 529.

721 /

Cassagne, J. C. (2012) El acto administrativo, La Ley, Buenos Aires. p. 70.

Cassagne, J. C. (2015). El principio de la tutela judicial efectiva. Thomson Reuters, RDA, 101-1321. p. 3.

Cassagne, J.C. y Perrino, P.E. (2024). El acto administrativo en la Ley de Bases. Revista La Ley. Thomson Reuters. 166 (2024-E), 1-9

Código Iberoamericano de Buen Gobierno. Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo. Artículo 4. Junio de 2006

Comadira, J. (2003) Derecho Administrativo. Lexis- Nexis, 2° Edición, p. 132

Constitución de la Nación Argentina. [Const]. Artículo 28. 22 de agosto de 1994. (Argentina) Convención Iberoamericana contra la Corrupción. Artículo 1. 29 de marzo de 1996.

Coviello, P. (2004)- La Protección de la Confianza Legítima del Administrado, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 60

Escuela de Formación en Abogacía Pública. (2024). Actualidad en Derecho Público Local, Federal e Interamericano. Revista Judicial de Jurisprudencia y Doctrina Administrativa. 8, p. 20-21

Espinoza Molla, M. R. (2024) La recepción de la garantía constitucional y convencional del plazo razonable en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Una oportunidad promisorio. *Revista de Derecho Administrativo*. 155. 259-272

Ferrer, F.J. y Diana, N. (2024). 30 años de Derecho Administrativo. Desde la reforma constitucional de 1994 a la Ley Bases. *Suplemento Administrativo N° 2*. Editorial La Ley

García Pullés, F. (2015). Lecciones de Derecho Administrativo. Abeledo Perrot, p. 677- 706

Gelli, M.A. (2004). Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada. Editorial La Ley, 2° Edición.

Haro, R. Nuevos perfiles del control de razonabilidad constitucional. [Archivo PDF] Disponible en: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpc-glcclfindmkaj/https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2021/09/Nuevosperfilesdecontrolrazabcopnstituc.pdf>

Ivanega, M. El principio de buena fe en los contratos administrativos [Archivo PDF] Disponible en: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpc-glcclfindmkaj/https://cdi.mecon.gob.ar/bases/jurid/12973.pdf>

Ley 25.188 de 1999. Ley de Ética en el ejercicio de la Función Pública. 01 de noviembre de 1999 . B.O. No. 29262

723 /

Linares, J.F. (1970) La razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Nacional. Editorial Astrea 2° Edición.

Mairal, H.A. y Veramendi, E.V. (2024). La reforma de la Ley de Procedimientos Administrativos. Revista La Ley. Thomson Reuters. 119 (2024-C), 1-12

Parma, A. C. y Endeiza, C.L. (2022) Derecho Administrativo en Porras, A. y Pérez Curci, J.I. (2022). Teoría General de los Principios en el Derecho. Editorial ASC. 1° Edición

Zeichen, G.S. (2024). Los “principios del procedimiento administrativo” en la Ley de Bases. Análisis lacónico del art. 1 bis de la LPA. *Revista El Derecho, Suplemento Administrativo*, 10 p. 6-1

El silencio de la Administración en la Ley Bases. Sus implicancias en la realidad Argentina

| Cesar Sebastián Trejo |

Introducción

El silencio de la administración es un instituto clave del derecho administrativo que adquiere relevancia y lo pone en el eje de las discusiones modernas dentro de la doctrina y seguramente la jurisprudencia a partir de la reciente sanción de la Ley Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos N° 27.742, la cual introduce modificaciones significativas al procedimiento administrativo, destacándose la incorporación del silencio positivo en ciertos casos; la nueva redacción, si bien mantiene el silencio negativo como regla, estableció supuestos de silencio positivo. Es decir, situaciones en las que la ausencia de una respuesta estatal equivaldrá a una autorización de lo peticionado.

725 /

Este cambio genera un impacto potencial en la relación entre administración y administrados, modificando tanto derechos fundamentales como la dinámica administrativa, dado que este instituto que se propone analizar es una consecuencia lógica del deber por parte del Estado de responder a las peticiones, previstos en los artículos 14 (derecho a peticionar a las autoridades) y 18 (derecho al debido proceso adjetivo) de la Constitución Nacional, y que ha tenido a partir de la reforma de la Constitución Nacional de 1994 un impulso adicional, con el reconocimiento de la Jerarquía Constitucional de los Tratados de Derechos Humanos en el artículo 75 inciso 22; en

particular, el art. XXIV de la Declaración Americana de Derechos Humanos que expresamente reconoce, no solo el derecho a formular peticiones, sino a recibir una pronta resolución¹.

En la misma senda, pero de una forma no tan expresa, tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como el Pacto de San José de Costa Rica reconocen el derecho a un recurso judicial rápido y efectivo. El artículo 8 de la Convención Americana reconoce que: “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”.

El presente trabajo analiza las implicancias prácticas de estas reformas, considerando su contexto histórico, su relación con otros sistemas jurídicos y su proyección en el marco del derecho argentino, y en particular, se evaluarán las posibles consecuencias para el Estado, y para el administrado.

\ 726

Desarrollo

1. Marco Teórico

La institución del silencio tiene como antecedente la Ley de Demandas contra el Estado N° 3952, sancionada en 1900. Esta ley establecía en su artículo 1 que la Administración solo podía ser demandada previa denegación del reclamo administrativo. Luego, en el artículo 2 de la misma norma, se preveía el caso de silencio: “Si la resolución de la Administración demorase por más de seis meses

1. “Artículo XXIV: Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a cualquiera autoridad competente, ya sea por motivo de interés general, ya de interés particular, y el de obtener pronta resolución”.

después de iniciar el reclamo ante ella, el interesado requerirá el pronto despacho, y si transcurriesen otros tres meses sin producirse dicha resolución, la acción podrá ser llevada directamente ante los Tribunales, acreditándose el transcurso de dichos plazos”.

El silencio administrativo, como instituto fundamental del derecho administrativo, puede ser definido como una ficción legal que confiere una respuesta presunta a la inacción de la administración, adopta en el marco de esta legislación una nueva configuración al priorizar el silencio positivo en situaciones específicas.

En este punto vale hacer algunas referencias doctrinales en cuanto a que debe entenderse por silencio administrativo y cuál es su naturaleza jurídica. De acuerdo con la Dra. Marta Sotelo de Andreau, el silencio administrativo, “sea positivo o negativo, es un acto administrativo” que opera como una ficción legal creada para salvaguardar los derechos de los administrados frente a la inacción estatal. La autora subraya que esta figura complementa la obligación de resolver de la administración, actuando como un mecanismo de protección contra la indefensión del particular. Asimismo, Sotelo de Andreau advierte que el silencio administrativo no debe confundirse con una verdadera resolución expresa, sino que se configura como una herramienta para superar la inactividad administrativa.²

El silencio administrativo puede también conceptualizarse como una ficción o presunción legal que, en determinadas circunstancias, confiere efectos jurídicos a la inacción de la administración. Según Juan Carlos Cassagne, el silencio administrativo, ya sea positivo o negativo, debe entenderse como un acto administrativo tácito que genera efectos jurídicos vinculantes para las partes. Por su parte, Fer-

2. Sotelo de andreu, Mirta G., “El silencio de la Administración,” en AA.VV., Procedimiento Administrativo, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral los días 20, 21 y 22 de mayo de 1998, RAP, Buenos Aires, 1998, p. 49. La citada autora concluyó en que el silencio administrativo “sea positivo o negativo, es un acto administrativo.”

nando Juan Lima enfatiza que esta figura se ha establecido en beneficio del particular, permitiendo que la falta de resolución no deje al administrado en un estado de indefensión.

Desde otro enfoque, también entenderse como una técnica de tutela que el ordenamiento jurídico brinda al ciudadano frente a la inactividad o la falta de repuesta dentro del procedimiento (Nieto García, 1962). El silencio ha sido definido en España como la ficción jurídica por la que se entiende, en defensa de los derechos del administrado, que se ha dictado una resolución de carácter estimatoria o desestimatoria, según el caso, cuando transcurren los plazos máximos que tiene la Administración para resolver un procedimiento y notificar la resolución de la misma, sin que se cumpla con dichas obligaciones.³

Adicionalmente, el silencio administrativo no debe ser interpretado como una respuesta que simplifica las obligaciones de la administración. Por el contrario, en su forma positiva, actúa como una garantía para los administrados, estableciendo límites temporales claros para que el Estado resuelva las peticiones, aunque conlleva la necesidad de prever controles ex post que permitan evaluar los efectos de estas aprobaciones implícitas.

La Ley Bases introduce el artículo 10 incisos a) y b) a la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (LNPA)⁴, estableciendo el silencio positivo para autorizaciones administrativas, salvo en materias expresamente excluidas como seguridad, defensa o salud. Este cambio según “el espíritu de la nueva normativa” busca garantizar

3. Rodríguez Arana, 2009, págs. 210, Tomo II.

4. “a) Cuando se tratare de pretensiones que requieran de ella un pronunciamiento concreto, se interpretarán como negativa. Sólo mediando disposición expresa podrá conferirse al silencio sentido positivo.

Si las normas especiales no previeren un plazo determinado para el pronunciamiento, éste no podrá exceder de sesenta (60) días. Vencido el plazo que corresponda, el interesado podrá dar por configurado el silencio de la Administración.”

mayor efectividad en la tutela de derechos, aunque plantea riesgos asociados a la automática presunción de derechos.

Contexto y evolución normativa. Históricamente, el silencio administrativo negativo ha sido la regla en el derecho argentino, reflejando una tradición que prioriza el control estatal sobre las decisiones implícitas. Fernando Juan Lima destaca que el silencio negativo, aunque percibido como restrictivo, garantizaba que la administración no quedara forzada a aceptar situaciones potencialmente contrarias al interés público. El silencio de la Administración, en las condiciones previstas de conformidad con la redacción del artículo 10 del Decreto Ley 19549 que ha sido modificado, operaba como una verdadera denegatoria de solicitado ante la administración y que se configuraba y continua siendo un derecho del particular peticionante, no de la Administración, ni de terceros, aun cuando tengan interés en el procedimiento.

El silencio administrativo y el agotamiento de la vía administrativa, bajo el esquema del ya derogado principio del silencio negativo generaba situaciones en las que los administrados, al no recibir respuesta dentro del plazo establecido, se veían en la necesidad de interponer un pronto despacho o bien un amparo por mora.

Por un lado, el pronto despacho, se presenta como es una técnica prevista en la ley de procedimientos administrativos por la cual, quien es parte en el trámite administrativo, formula un urgimiento (pedido de pronto despacho) para que la administración ante su inacción resuelva la cuestión de modo expreso. Este pedido cuenta con un apercibimiento expreso: si la Administración no dicta el acto en el plazo de 30 días, se considera denegado y queda expedita la vía judicial. Es un trámite que se realiza por escrito, se rige por el principio del informalismo en favor del administrado y permite un rápido agotamiento de la vía administrativa; por otro lado, el amparo por mora es una acción dirigida a exigir al órgano moroso que explique las razones de su inactividad (formal). Algunos autores entienden que el amparo por mora tiene una raíz común con el amparo genérico

729 /

del artículo 43 de la Constitución argentina (Sagües, 2004) y que emana del derecho al debido proceso (artículo 18 de la Constitución Nacional), ya que la inactividad o morosidad administrativa virtualmente operaba en la práctica como denegación de justicia en sentido amplio (Dromi, 2009), especialmente cuando el agotamiento de la vía administrativa constituye requisito para poder acceder a la justicia contencioso administrativa.

Esto, en alguna medida generaba complicaciones para el acceso al proceso judicial conforme el criterio de diversos juzgados y ante la reforma que se plantea con la ley de bases, cabe destacar que si bien el silencio administrativo puede implicar un rechazo tácito en ciertos casos, también puede implicar la aceptación de la solicitud en otras circunstancias. Esto podría dar lugar a un posible dilema para los ciudadanos, que se ven obligados a tomar decisiones sobre si acudir al fuero administrativo o asumir que la falta de respuesta equivale a una decisión afirmativa de conformidad con lo que se ha modificado.

En este sentido, la nueva Ley de Bases del Procedimiento Administrativo debe encontrar un equilibrio entre la eficacia administrativa y la protección de los derechos de los ciudadanos. Si bien es cierto que el silencio administrativo puede ser una herramienta útil para evitar dilaciones innecesarias en los procedimientos, también es fundamental que esta práctica no se convierta en una fuente de incertidumbre o vulneración de derechos. Las autoridades administrativas deben ser conscientes de la importancia de cumplir con los plazos establecidos para evitar que los administrados se vean obligados a recurrir a la vía judicial sin haber agotado el procedimiento correspondiente. Asimismo, los tribunales deben tener en cuenta los efectos del silencio administrativo y su relación con el agotamiento de la vía administrativa al examinar los recursos presentados por los ciudadanos.

El agotamiento de la vía administrativa, combinado con la regulación del silencio administrativo, plantea un reto significativo para la administración pública, que debe equilibrar su eficiencia con el

respeto a los derechos de los ciudadanos. Es fundamental que la nueva ley de bases, en su intención de modernizar y hacer más ágiles los procedimientos administrativos, no pase por alto la necesidad de un marco normativo que garantice claridad y certeza jurídica en la interpretación de sus disposiciones. Solo de esta manera se podrá asegurar que tanto la Administración como los ciudadanos actúen dentro de un marco de seguridad jurídica que permita resolver los conflictos de manera justa y eficiente.

Con la Ley Bases, se produce un cambio significativo, alineándose con sistemas europeos como el español y el italiano, donde el silencio positivo busca equilibrar los derechos del particular con la necesidad de eficacia administrativa.

La introducción del silencio positivo también marca un esfuerzo por reducir la burocracia administrativa, permitiendo que ciertos trámites que no requieren análisis profundos o verificaciones complejas puedan resolverse de forma automática. Sin embargo, como advierten diversos autores, esta simplificación puede tener efectos contraproducentes si no se acompaña de medidas para garantizar el control ex post de los actos presuntos.

Comparación con legislaciones anteriores y extranjeras. En contraste con el sistema anterior, dominado por el silencio negativo, la reforma de la Ley Bases adopta un enfoque más proactivo y alineado con tendencias internacionales. La Ley 39/2015 en España, por ejemplo, también privilegia el silencio positivo en autorizaciones, aunque con salvaguardas específicas para evitar abusos. En Italia, el silencio positivo ha sido utilizado principalmente en procedimientos relacionados con actividades económicas, pero siempre bajo la premisa de un control posterior riguroso.

En el sistema uruguayo por ejemplo, se adopta el criterio de la teoría de la ficción, considerando al silencio no solo como denegatorio, sino como un acto administrativo ficto. La autoridad competente debe pronunciarse sobre la petición que le formule el particular, pero si transcurren 150 días sin que ello ocurra, se considera que la petición o recurso ha sido rechazado (resolución denegatoria ficta).

731 /

Existen también en nuestro sistema vigente antecedentes sobre la aplicación del silencio en sentido positivo y que son escasos y, además, poco utilizados. Entre los casos de silencio estimatorio, se puede mencionar a la aceptación tácita de la renuncia de los funcionarios públicos nacionales, si no se produce su rechazo dentro de los 30 días de presentada; el caso de la autorización para realizar transporte aéreo de pasajeros no regulares (charters), la falta de pronunciamiento del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre proyectos de concentración económica y operaciones de control de empresas; la importación de gas natural; y los proyectos de concentración económica.

2. Análisis Crítico

Cambios normativos. La principal novedad de la Ley Bases radica en la inclusión del silencio positivo, que modifica la dinámica tradicional del procedimiento administrativo al presumir la aceptación de solicitudes cuando la administración no se pronuncia en el plazo establecido. Este cambio representa una ruptura con la tradición del silencio negativo, predominante en la normativa argentina previa.

Juan Carlos Cassagne señala que esta modificación, debe interpretarse con cautela, ya que podría generar efectos jurídicos no deseados si no se implementan salvaguardas adecuadas. Por ejemplo, el silencio positivo puede derivar en la aprobación tácita de actividades que, aunque legítimas en apariencia, podrían entrañar riesgos si no han sido sometidas a un análisis previo detallado.

En esta misma línea, el silencio positivo, al operar como un acto tácito, no solo permite agilizar los procedimientos administrativos, sino que también refuerza la seguridad jurídica de los particulares. Sin embargo, ambos advierten que esta figura conlleva riesgos significativos si no se acompaña de mecanismos efectivos de supervisión. En particular, alertan sobre la posibilidad de que se legitimen derechos contrarios al orden público o que se generen perjuicios irreparables en áreas sensibles como el medioambiente.

El silencio administrativo no debe interpretarse como una mera simplificación de los procedimientos administrativos. En su modalidad positiva, constituye una herramienta poderosa que, aunque beneficia a los administrados al fijar límites temporales claros, exige un control riguroso para evitar abusos y garantizar que el interés colectivo no se vea comprometido.

Asimismo, la Procuración del Tesoro tiene dicho que, en la vía recursiva, el silencio administrativo se configura automáticamente. Una vez transcurrido el plazo normativo para la resolución del respectivo recurso, no se debe presentar pronto despacho para generar la denegatoria tácita. El artículo 26 de la Ley N.º 19.549 fija una regla común a todos los supuestos en que sea de aplicación el instituto del silencio. El interesado tiene expedita la acción judicial sin que la Administración se haya expedido. Al decir ... sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción, el artículo permite afirmar que, a partir del silencio denegatorio, cesan las causales interruptivas o suspensivas del curso de la prescripción, produciéndose el reinicio o la continuación de su cómputo, según el caso.⁵

Para que se configure el silencio positivo, conforme la reforma establecida por la Ley Bases deben concurrir los siguientes recaudos: a) debe tratarse de un procedimiento para obtener una autorización administrativa en el marco del ejercicio de una facultad reglada; b) debe haber vencido el plazo previsto para resolver sin haberse dictado resolución expresa; y c) no tratarse de materias de salud pública, medio ambiente, prestación de servicios públicos o derechos sobre bienes de dominio público, excepto cuando la norma específica aplicable otorgue sentido positivo al silencio.

Impacto en derechos fundamentales El silencio positivo refuerza el derecho de petición y la confianza legítima de los administrados, contribuyendo a la protección de derechos fundamentales. Además,

5. . Dictámenes 306:194 bis

al constituir un acto administrativo tácito, agota la vía administrativa y permite al administrado acceder más rápidamente a la instancia judicial para resolver controversias. Esta característica es especialmente relevante en contextos donde la demora administrativa puede generar perjuicios graves para el particular.

Por otro lado, Fernando Juan Lima advierte que este mecanismo podría resultar en una sobrecarga judicial si la administración no se adapta adecuadamente a los nuevos plazos. Asimismo, existe el riesgo de que los administrados perciban el silencio positivo como una invitación a la pasividad por parte del Estado, debilitando la percepción de autoridad y control administrativo.

De conformidad con el efecto de acto que pone fin al procedimiento, en el art. 63 del RLNPA, modif. por el decreto 695/2024), al regularse los modos de conclusión de los procedimientos, se menciona al silencio positivo junto con el dictado de la resolución expresa, la caducidad y el desistimiento del procedimiento y del derecho. En cambio, no se incluye en esa enunciación al silencio negativo, dado que no acarrea la terminación del procedimiento administrativo. La obligación de resolver en forma expresa [art. 1 bis, inc. a, apart. (iv), de la LNPA] no cesa por la existencia del silencio desestimatorio.

Por este motivo, cuando en el art. 1 bis, inc. g, apart. (i) de la LNPA se regulan los supuestos en los cuales se reinicia el cómputo del plazo de prescripción (interrumpido por la presentación de reclamos o recursos) no se menciona al silencio negativo. De acuerdo con ello, la LB modificó la redacción del art. 26 que establecía que “La demanda podrá iniciarse en cualquier momento cuando el acto adquiera carácter definitivo por haber transcurrido los plazos previstos en el art. 10 y sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción”. El texto actual dice con toda claridad: **“La demanda podrá iniciarse en cualquier momento cuando se configure el silencio de la Administración”**. Esta última parte refuerza la idea de poder recurrir al sistema judicial en cualquier momento de la instancia administrativa, debiendo en este caso el juez decidir o no si procede la pretensión

aun sin haberse agotado la vía administrativa, debiendo tenerse presente las particularidades de cada caso en concreto, los derechos que pudieren verse afectados y aplicar por sobre todo los principios fundamentales del derecho y salvaguardar la integridad del ciudadano y al mismo tiempo cuidando el patrimonio y los bienes del Estado Nacional.

¿Cuál es el posible impacto que podría tener para el Estado?

En principio, el silencio positivo podría llegar a derivar en la creación de derechos otorgados a título precario o en situaciones donde actividades no reguladas se legitimen automáticamente. Esto podría comprometer recursos y la capacidad del Estado para intervenir eficazmente en casos de interés público.

Un ejemplo concreto es la aprobación tácita de permisos en actividades sensibles como el manejo de residuos peligrosos o la construcción en áreas protegidas. En estos casos, la falta de un análisis previo podría tener consecuencias graves para el medioambiente y la seguridad pública.

Cabe aquí hacer una mención especial al rol de la reglamentación en la materia y en particular cuando se trata como la propia norma lo establece “*en materia de salud pública, medio ambiente, prestación de servicios públicos o derechos sobre bienes de dominio público, excepto cuando la norma específica aplicable otorgue sentido positivo al silencio. La reglamentación podrá determinar otros supuestos específicos en los cuales no sea de aplicación este inciso. Configurado el silencio en sentido positivo, el interesado podrá exigir la inscripción registral, emisión de certificado o autorización correspondiente en sede administrativa. Las disposiciones previstas en el inciso b) de este artículo comenzarán a regir una vez aprobada la reglamentación correspondiente*”.

Repercusiones sociales y económicas. Desde una perspectiva económica, el silencio positivo puede agilizar la actividad empresarial al reducir la incertidumbre administrativa. Esto resulta particularmente beneficioso en sectores donde la burocracia ha sido tradicionalmente un obstáculo para la inversión y el crecimiento.

Sin embargo, también se corre el riesgo de habilitar actividades sin controles previos adecuados, lo que podría derivar en consecuencias negativas en ámbitos sensibles como el medioambiente. En este sentido, resulta fundamental establecer mecanismos de supervisión posteriores a la aprobación tácita, que permitan al Estado intervenir cuando se detecten irregularidades o riesgos no previstos.

3. Ejemplos Prácticos

- **Caso de autorizaciones automáticas:** En sectores como el transporte o la construcción, el silencio positivo podría facilitar proyectos al eliminar demoras administrativas, siempre que no se trate de áreas excluidas por ley.
- **Impacto en la inversión extranjera:** La previsibilidad introducida por el silencio positivo podría fomentar inversiones, al otorgar mayor seguridad a las empresas frente a la burocracia estatal.
- **Riesgos de actividades no controladas:** Ejemplos en países que aplicaron el silencio positivo muestran casos de construcciones irregulares autorizadas implícitamente, subrayando la importancia de un marco regulatorio claro.
- **Aplicación en permisos ambientales:** Un permiso tácito en áreas protegidas podría generar controversias legales y perjuicios al ecosistema, evidenciando la necesidad de controles ex post.

Conclusiones

La reforma introducida por la Ley Bases a la Ley de procedimientos administrativos constituye un cambio de paradigma y plantea interrogantes de enorme complejidad jurídica. Este nuevo marco normativo, que incluye el reconocimiento del silencio positivo, redefine las relaciones entre administración y administrados, implicando una evolución tanto en la interpretación doctrinaria como

en la aplicación práctica de principios fundamentales. Este trabajo busca reflexionar sobre los desafíos, oportunidades y responsabilidades emergentes a partir de esta transformación que cabe destacar se plantea como excepción dado que se mantiene la regla del silencio en sentido negativo.

Se establece un cambio profundo en la dinámica procesal, al conferir presunción de aprobación a la inacción administrativa. Este mecanismo responde a la necesidad de dotar de mayor eficiencia y certeza al sistema, alineándose con tendencias internacionales y proporcionando mayor seguridad jurídica a los administrados.

Surgen, además, interrogantes sobre su capacidad para salvaguardar el interés público. En este contexto, los riesgos asociados a la aprobación tácita de derechos en áreas críticas, como el medioambiente o la salud pública, subrayan la necesidad de un control ex post robusto y de procedimientos normativos claros que delimiten con precisión los supuestos en los que este mecanismo resulta aplicable, en la medida que la propia en principio las excluye, manteniendo la regla del silencio en sentido negativo.

La naturaleza automática del silencio positivo podría derivar por un lado en la legitimación de situaciones contrarias al interés público, por consiguiente, es importante diseñar salvaguardas efectivas que permitan corregir decisiones presuntas potencialmente lesivas y por otro, una carga adicional sobre el Poder Judicial, dado que en la práctica podría generarse mayor litigiosidad, especialmente en contextos donde terceros cuestionen la validez de los actos administrativos ficto.

Paralelamente, el silencio positivo presenta oportunidades significativas, especialmente en términos de modernización y desburocratización. La implementación adecuada de este instituto podría fomentar la inversión, agilizar los procedimientos y reforzar la confianza ciudadana en la administración pública.

Finalmente cabe destacar el rol los jueces, que adquieren una función central como garantes de la legalidad y el respeto por los dere-

chos fundamentales. Es esencial que los tribunales revisen los actos manteniendo el equilibrio deseado entre las pretensiones de los ciudadanos y el interés público.

El silencio administrativo positivo no puede ser interpretado como una delegación absoluta de responsabilidad por parte del Estado. Por el contrario, la administración tiene el deber de garantizar el plazo razonable y la garantía del debido proceso dentro un marco de marco de transparencia, debiendo la administración garantizar el acceso a información clara y oportuna sobre los procedimientos en los que se aplican estas normas.

El silencio administrativo positivo, enmarcado en las disposiciones de la Ley Bases, ofrece una herramienta poderosa para transformar el derecho administrativo argentino. Sin embargo, su éxito depende de una aplicación cuidadosa y del compromiso de todos los actores involucrados. El equilibrio entre agilidad y responsabilidad constituye el principal desafío de esta reforma.

En este contexto, los jueces y el Estado tienen roles complementarios, pero igualmente fundamentales: los primeros, garantizando que el principio de debido proceso sea siempre respetado; y el segundo, asegurando que los derechos individuales y colectivos no sean vulnerados por la inacción o negligencia administrativa. Solo a través de un enfoque integral, que combine claridad normativa, capacitación continua y supervisión efectiva, se podrá materializar el potencial transformador de esta reforma, consolidando un sistema administrativo más eficiente, transparente y equitativo.

Bibliografía

El Acto Administrativo en la Ley bases-publicación LA LEY, Año LXXX-VIII N° 166-Tomo LA LEY 2024-E-ISSN:002436-RNPI: 5074180-Juan Carlos Cassagne-Pablo E. Perrino.

Estudios de Derecho Público / Edgardo Tobías Acuña ... [et.al.] ; prólogo de Alberto Antonio Spota. - 1a. ed. - Buenos Aires: Asociación de Doctores - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - UBA, 2013.

CUADRO COMPARATIVO: LEY DE BASES Y PUNTOS DE PARTIDA PARA LA LIBERTAD DE LOS ARGENTINOS-Análisis de la Ley 27.742-Elia Reátegui Hehn Editora de la Redacción de La Ley -Thomson Reuters Argentina.

739 /

El silencio de la Administración,” en AA.VV., Procedimiento Administrativo, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral los días 20, 21 y 22 de mayo de 1998, RAP, Buenos Aires, 1998, p. 49.

COVIELLO, Pedro José Jorge, “La causa y el objeto del acto administrativo”, AA.VV. “Acto administrativo y reglamento”, RAP, Buenos Aires, 2002.

PERRINO, Pablo E., “El derecho a la tutela administrativa efectiva”, AA.VV. “El Derecho Administrativo hoy. 16 años después”. Jornadas organizadas por la Universidad Austral. Facultad de Derecho, RAP, Buenos Aires, 2013.

CASSAGNE, Juan Carlos, “El acto administrativo”.

Comadira, Julio Rodolfo, Escola Héctor Jorge y Comadira Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), Curso de Derecho Administrativo.

Pinto, M. (1997). El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. En M. Abregú, La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por. Buenos Aires: CELS Editores del Puerto.

GOLDFARB, Mauricio Silencio de la administración en los derechos uruguayo y argentino; Revista de la Facultad de Derecho, (49), jul dic, 2020, e20204919 eISSN 2301 0665 / DOI: 10.22187/rfd2020n49a19.

Las mal llamadas “multas” laborales,
la retroactividad y la reforma
introducida con la ley de bases y
puntos de partida para la libertad de
los argentinos.

| Carlos A. Venialgo |

Introducción

\ 742
La Ley N°27.742: Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos, desde ahora Ley Bases, fue una ley muy polémica tanto política y judicialmente, en el cual estaban en contra sectores del gobierno, sindicales y trabajadores, sancionada el pasado 9 de julio de 2024.

Esta Ley siendo solo un vestigio de lo que fue originalmente, presentada en diciembre de 2023 y llamada por los medios “LEY OMNIBUS”. El proyecto en su versión original contenía 664 artículos más anexos. Con un total de 351 páginas, abordaba diferentes temáticas las cuales buscaba modificar para mejor, en estos casos, justicia, juicio por jurados en materia penal, economía, trabajo, salud, entre otros. Todos bajo la premisa de “estado de emergencia”, algo muy utilizado en nuestro país durante muchos años, más para fundamentar el uso y abuso de decretos por parte del Poder Ejecutivo.

Volviendo a la Ley Bases, esto es lo que se logró sancionar de esa antigua Ley Ómnibus.

En este caso nos convoca la Reforma Laboral, un conjunto de disposiciones que derogan, modifican o sustituyen artículos de numerosas leyes con contenido laboral, ya sea la ley 24.301 Ley Na-

cional de Empleo, Ley 25.345 de Anti Evasión Fiscal, Ley 25.323 sobre Indemnizaciones Laborales, Ley 20.744 Ley de Contrato de Trabajo, entre otras.

Esta reforma en sus artículos 99 y 100 deroga lo que por un sector de la doctrina considera “multas” y lo que otro sector considera “indemnizaciones”, al que me adhiero, junto al que en su momento fue mi profesor de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social Cat B en la facultad de Derecho de la UNNE, el Dr. Carlos Alejandro Daniel Grillo, hoy profesor en este Posgrado.

Con esta monografía vamos a explicar en que se sustentan estas dos corrientes de pensamiento, y como la Ley Bases no ayuda a solucionar el problema si no que viene a crear nuevos.

Con estas derogaciones lo que busca la Ley Bases, es terminar con lo que muchos y hasta el actual presidente de la Nación Javier Milei denominan como “industria del juicio laboral”, donde se decía que estaban involucrados jueces, abogados, etc.

Estos artículos fueron derogados por su alto contenido de litigiosidad. Por litigiosidad me refiero a la lucha que se podía dar en los tribunales y la gran bola de dinero que podía llegar a ganar un trabajador en un juicio laboral cuando era despedido, por indemnización derivada del art 245 de la Ley 20.744 y los artículos de las leyes hoy mencionadas. Cosa que según las empresas agrupadas en la Unión de Empresarios de Tigre coincidían que el tema afecta negativamente a la actividad económica, pero también produce una sociedad más injusta.

743 /

Marco teórico

Funcion resarcitoria y punitiva

Primero para poder dar una respuesta lo más certero que se pueda, es necesario definir dos conceptos muy importantes para estos temas, que son la función o acción resarcitoria y la función punitiva.

Función Resarcitoria

La **función resarcitoria** siguiendo a autores como el Dr. Sergio Claps, podemos definirla como aquella que busca restablecer el desequilibrio patrimonial sufrido por la víctima, a través del pago de una indemnización de daños y perjuicios.

El Dr. Enrique N. Arias Gilbert nos dice que en síntesis busca dejar la cosa en el estado anterior al hecho antijurídico. Busca reparar los daños.

Esta función o acción resarcitoria se sustenta en cuatro presupuestos o elementos esenciales:

1. La antijuridicidad, que consiste en la violación del deber de no dañar a otro o en el incumplimiento de una.
2. Los factores de atribución o de imputación, que son la razón o el fundamento para adjudicar el deber de afrontar el.
3. El daño, que consiste en la lesión a un derecho o interés lícito, que es el elemento más importante del derecho de daños, por cuanto que si no hay daño, no hay responsabilidad
4. La relación de causalidad, que vincula jurídicamente el hecho con el resultado.¹

Ahora bien, esta indemnización que deriva de los daños puede ser dejada a la apreciación judicial o puede estar tarifa por acuerdo de partes o disposición del legislador (en el derecho laboral casi siempre es tarifado en leyes por la voluntad del legislador)

1. ¹Sergio Leandro Claps (2021). Derecho de Daños. Tercera Edición actualizada. Contexto (2021)

Función Punitiva

Sergio Claps (2021) sostiene que la **Función Punitiva**, es un instituto de origen anglosajón que poco a poco empezó a ser tema de discusión para la doctrina y la jurisprudencia de nuestro país.

Es aquella que se conceden para sancionar al sujeto dañador por haber cometido un hecho particularmente grave con el fin de disuadir o desanimar mismas acciones en el futuro (así como lo hace la pena en la Teoría de la Prevención General Negativa, la cual su principal función es buscar disuadir o provocar miedo en aquellos que no delinquieron para que no lo hagan en el futuro)

Tiene como funciones principales las de:

1. Sancionar al autor de la conducta lesiva: este es el principal objetivo, el castigar al sujeto que daño a otro, ya sea por dolo o culpa, y sienta indiferencia ante los derechos ajenos.
2. Prevenir o disuadir conductas similares: para muchos la principal función es la de disuadir al sujeto dañador. La cuantía de la sanción cobra mucha importancia, esta debe ser considerable para así generar una verdadera molestia y disuadir a la reiteración de dichas conductas lesivas.
3. Eliminar el rédito económico injustamente causado: casos en los que sería más viable para el sujeto dañador pagar indemnizaciones que pagar multas por los daños causados. Como ejemplo a colación, tenemos el caso “Grimshaw v. Ford Motor Company” de 1981. Donde se buscaba el pago de daños por una suma exorbitante, derivada de los daños producidos por el mal diseño de uno de los modelos de esa época, el Ford Pinto. Y si en tal caso el tribunal hubiera decidido únicamente el pago de los “daños compensatorios” y no multas, estaríamos frente a un caso donde a la empresa se le hacía más redituable y una mejor económica el pago de indemnizaciones que el pago de las multas por daños causados además de rescatar las miles de unidades vendidas y repararlas.

745 /

Reglas de interpretación de la ley

El Código Civil y Comercial de la Nación (2015) en el Anexo I: TITULO PREELIMINAR, Capítulo 1: Derechos, encontramos el artículo 2do, es de suma importancia también para el estudio de estos artículos y leyes derogadas. El mismo nos dice “*La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados internacionales sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.*”

La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene en su jurisprudencia de que la interpretación debe partir de las **palabras de la ley**.

Nos dice el Dr. Ricardo L. Lorenzetti, actual juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que para comenzar a interpretar una norma jurídica es necesario comenzar con **lo que dice la norma**. Pero no del lenguaje común o el significado que podamos encontrar en un diccionario, sino del significado normativo del vocablo.

Retroactividad

ARTÍCULO 7º.- *Eficacia temporal. A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.*

Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.

El artículo es claro, es una regla para que los jueces resuelvan los conflictos que son llevados hacia ellos. Por regla general, la ley se aplica a las relaciones y situaciones jurídicas existentes en forma inmediata y **NO TIENE EFECTO RETROACTIVO**, es decir, no

se aplica hechos del pasado. Pero hay excepciones, las relaciones que se constituyeron o extinguieron bajo un régimen anterior no son alcanzados por el régimen de aplicación inmediata (aplicación de la ley nueva). Por ejemplo, se celebra un matrimonio o se cumplió con un contrato, con una ley anterior, ese matrimonio y ese contrato se van a regir con la ley anterior.

Pero en los casos, donde se esté constituyendo un derecho real o celebrando un contrato y aun no se concluyó, se aplica la ley nueva.

Otra excepción que encontramos a esta regla general de retroactividad es que la misma ley establezca que tiene efecto retroactivo, es decir, aplicándose a situaciones ya consumadas o extintas. Pero esta encuentra su límite, en que no debe afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

Analisis crítico

747 /

¿Qué reforma nos brinda la ley 27.722?

Como se dijo en la introducción, la Ley bases en su parte laboral con los artículos 99 y 100 deroga artículos que ayudaban a aumentar el monto indemnizatorio por despido de un trabajador.

Capítulo VI

Derogaciones

Artículo 99.- Derogase los artículos 8° a 17 y 120, inciso a), de la ley 24.013; el artículo 9° de la ley 25.013; los artículos 43 a 48 de la ley 25.345; el artículo 15 de la ley 26.727 y el artículo 50 de la ley 26.884.

Artículo 100.- Derogase la ley 25.323 y toda norma que se oponga o resultare incompatible con el contenido de este título.

La ley lo que busca es derogar esas leyes que funcionaban como “multas” para los empresarios y emprendedores que no cumplían con la normativa laboral.

Los artículos 8° a 17 y 120 inc a de la ley Nacional de Empleo N°24.013 castigaban a los empleadores por la no registración de un trabajador (trabajo en negro), registración con una remuneración menor a la real, registración de un ingreso posterior del trabajo al real, etc.

Posturas que sostienen la derogación de las multas y aplicación retroactiva de la ley bases

Autores como el ya nombrado Dr. Enrique N. Arias Gilbert, defienden a capa y espada que estos artículos son MULTAS y no indemnizaciones. Uno de sus argumentos es que si fueran indemnizaciones ¿Qué función cumpliría la intimidación previa que muchas de ellas prevén como la del art. 11 de la ley 25.323? si el daño ya existe no depende de la intimación para que deje de producir sus efectos por un acto posterior del empleador. El error de hecho como eximente parcial o total de las indemnizaciones es totalmente incompatible con cualquier régimen “resarcitorio”, pero admisible ante la incriminación de carácter penal. Otra que considera totalmente desproporcionado el pago de $\frac{1}{4}$, es decir, el 25% de las remuneraciones no registradas como monto indemnizatorio por el estado de angustia y preocupación que se coloca al trabajador clandestino.

En fin las considera multas que no buscan resarcir el daño, si no que busca castigar y prevenir conductas subjetivamente reprochables.

Gilbert, no toma en cuenta en su análisis de normas cuasipenales, un condimento para esto, que es la literalidad de la norma.

Posturas que no sostienen la derogación y la no aplicación retroactiva de la Ley Bases

Más arriba hablábamos de la interpretación de la letra de la ley, lo que ella dice. Y estos como la Corte Suprema de Justicia de la

Nación, el Dr. Ricardo L. Lorenzetti, sostienen que hay que hacer el esfuerzo de ver que dice la norma en su letra, cada palabra tiene un significado preciso dentro de su contexto.

Si vamos al texto de las leyes hoy derogadas, encontramos que el legislador usó la palabra INDEMNIZACION y no la palabra multa. Con esto ya nos da un indicio de la naturaleza jurídica de estos montos dinerarios que los empleadores negligentes tienen que abonar.

El Dr. Carlos Nino en su tan estudiado libro, Introducción al Análisis del Derecho, nos enseña que si bien la doctrina actual poco importa la intención del legislador al momento de sancionar una norma y no es decisivo para atribuir significado a sus palabras, sino que tiene preferencia sobre el cómo serían interpretadas esas por sus destinatarios. En este caso en particular si el legislador decidió el uso del vocablo “indemnización” no se puede interpretar de forma alguna que se refiere a “multas”. Y el juez se encuentra limitado por reglas semánticas y sintácticas a la que tuvo o no en cuenta el legislador.

Así que tenemos 2 líneas de pensamiento bien sólidas, una que considera que son indemnizaciones y otra que considera que estas son multas.

Sin embargo, la Cámara de Apelaciones en lo Laboral en numerosos fallos, no hace mención del vocablo “multa”. Si no que usa el término indemnización, tal cual manteniendo la voluntad del legislador al usar esa acepción y no dando otra interpretación diferente a la de la ley.

Traigo a colación el fallo de dicha Cámara en el caso **“TEVEZ LEONARDO ESTEBAN C/ CAMADEU S.A. S/ DESPIDO” EXPTE. N°: 27039/2018 (61472)**

Desde esta perspectiva, destacando que en su comunicación el trabajador únicamente intimó la regulación del salario y nada dijo acerca de la categoría, lo relevante es que no se advierte que se hubiera verificado en el caso ninguno de los presupuestos de falta de registro y/o deficiente registración contemplados por la norma aludida por lo que el rechazo de las **indemnizaciones** (el sombreado me pertenece)

749 /

previstas en los arts. 1 de la ley 25.325 y art 15 de la ley 24.013 reclamados debe mantenerse (...)

Por citar a otro autor, Ojeda, Raúl Horacio, explica que estas normas no pueden ser consideradas multas o de naturaleza cuasipenal. Las indemnizaciones previstas “se aplican por el hecho objetivo de la clandestinidad, con independencia de la culpabilidad del deudor, requisito imprescindible para la caracterización del delito (típico, antijurídico y culpable).”(…)

Apoyando la postura que considera que estos artículos y leyes derogados, son indemnizaciones, hay un artículo muy interesante del Dr. Martín Morelli² donde este tiene un arma para lograr un desempate además de las que ya hablamos, que son la voluntad del legislador al usar la palabra indemnización y la del realizar una interpretación literal del texto

de la ley. Esta arma es la utilización del art. 9³ de la ley de contrato de trabajo 20.744. El artículo en cuestión habla sobre el principio de norma más favorable para el trabajador y que en caso de duda se aplicara la más favorable para el mismo. Daré un ejemplo para que sea más comprensible el artículo con todo lo que estamos hablando.

A despierta a B antes de la sanción de la sanción de la Ley de Bases el 9 de julio del corriente, durante el juicio transcurso del juicio se sanciona la ley 27.722. Como el abogado de A sostiene que los artículos de ley 24.013, 25.013, 25.345, 26.727 y 26.848 y la ley 25.323 todos son de naturaleza punitiva, es decir, multas. Pide que se le aplique la ley más benigna, dándole un efecto retroactivo a la Ley Bases, ergo, buscando que el empleador no tenga que pagar ningún incremento que la ley establece por la no registración o la deficiente registración, ya que, con esta ley se “eliminan las multas laborales”. El abogado de B sostiene que dichos artículos nombrados no son multas, sino que son de naturaleza indemnizatoria, en todo caso habría que aplicar el art. 9 de la LCT. En caso de duda habría que aplicar la norma más favorable al trabajador “(...) si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, o en apreciación de la prueba en los casos concretos, los

jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador. (...)”. Así considerando que son indemnizaciones y no multas laborales con el efecto retroactivo de ley penal más benigna que se le quiere dar a la Ley Bases,

Casos así se van a dar mucho en la práctica, va a depender en que vereda este cada uno, si como abogado de empresa o como abogado del trabajador. Si se defiende las multas laborales y aplicamos la ley penal más benigna así las consideramos derogadas por la Ley Bases. O si las consideramos indemnizaciones y así aplicamos el art. 9 de la LCT.

Aun así, tenemos una segunda vía para los que consideramos indemnizaciones. Recurrir al fuero civil y reclamar la indemnización por daños y perjuicios, adaptar nuestro problema laboral a las reglas del Derecho Civil, solicitando los rubros derivados de la falta de registración o registración deficiente, que afectan a la seguridad social y los subsistemas, como son los aportes jubilatorios, fondo de desempleo, falta de cobertura de obra social, daño moral porque por ejemplo al trabajador le afecta que su compañero este en blanco y el en la clandestinidad, etc.

Y aun mas, tenemos una tercera vía, la del despido discriminatorio de la ley 23.592, pero este es un tema en el que no vamos a adentrarnos.

Unificación de criterios

A lo largo y ancho del país se vio como diferentes juzgados decidieron la aplicación en forma retroactiva de la Ley de Bases y otros negando esa aplicación.

En Misiones, el Juzgado Civil, Comercial y Laboral de Puerto Iguazú en el caso “Alves, Ramón Alejandro vs. Bernardi, Juan Manuel s. Laboral” resolvió la aplicación de la “Ley Bases” sosteniendo que no se puede aplicar una sanción contemplada en una norma que al momento del dictado de la sentencia no se encuentra vigente, por lo que no se trata de aplicar la norma de forma retroactiva, sino que

751 /

se trata de evitar aplicar una sanción contemplada en una norma derogada en razón de la entrada en vigencia de una ley posterior. En Corrientes por su parte, el Juzgado Laboral N° 1 de la Ciudad de Corrientes en el expediente “Correa Baier, Miguel Ángel Francisco vs. Gallo, Julián y otro s. Indemnización, etc”, considero que la “Ley Bases” no debía aplicarse al expediente en curso ya que el vínculo entre las partes feneció antes de la entrada en vigencia, por lo que la reforma establecida por la Ley 27.742 no debe aplicarse a situaciones jurídicas ya agotadas antes de su entrada en vigencia, como lo es el caso de autos. En Córdoba han aparecido muchísimos precedentes luego de la entrada en vigencia de la “Ley Bases”. Por un lado, en el expediente “MOYANO, ROSA INÉS C/ ROSSI, PAOLA ANDREA - ORDINARIO – DESPIDO” considera de índole penal (no resarcitorias) las multas de las leyes 24.013 y 25.323 por lo que no debe tenerse en cuenta solamente lo establecido por el art. 7 del Código Civil y Comercial de la Nación sino que también debe primar el principio de la ley penal más benigna, por lo que rechaza la aplicación de dichas multas al expediente de mención. Por otra parte, en el expediente “VALLES, GISEL ELIZABETH C/ ALOO S.A. – ORDINARIO – DEPIDO” la Sala 2 de la Cámara del Trabajo – Secretaría 4 resolvió en sentido totalmente opuesto manifestando que no se encontraban ante multas o sanciones con carácter penal sino verdaderas indemnizaciones, razón por la cual no existe ninguna ley penal más benigna que aplicar. En la provincia de Santa Fé, la Sala I de la Cámara Civil, Comercial, Laboral de Rafaela en el expediente “Romero, René Facundo vs. Cauda, Gabriel Alberto y otros s.Cobro de pesos - Rubros laborales” resolvió hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por el demandado y, en consecuencia, revocar la sentencia de primera instancia en relación a la condena de abonar las multas previstas por los arts. 8 de la Ley 24.013 y 80 de la LCT, ya que entendieron los jueces que el juzgamiento de las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existen-

tes se debe efectuar según la normativa vigente al momento en que se dicta la sentencia y aclarando expresamente que las multas serían procedentes si no se hubiesen derogado por la Ley 27.742. Por su parte en la provincia de Tucumán, la Oficina de Gestión Asociada del Trabajo N° 2 en el expediente “BARRIENTOS MOLINA, CHRISTOPHER ARIEL C/ ATENTO ARGENTINA SA. S/ COBRO DE PESOS” resolvió que no se debían aplicar las disposiciones de la ley N° 27.742 a la presente causa ya que consideró que el fallo emitido en este caso no impone una sanción al empleador, sino que simplemente reconoce o declara la existencia de créditos que se generaron mucho antes de la entrada en vigor de la ley 27.742, por lo que legislación aplicable para el análisis de la procedencia o no de las indemnizaciones reclamadas será definida por la fecha de la extinción del contrato de trabajo, que en el presente caso, es anterior a la entrada en vigencia de la ley y por lo tanto ésta última no es de aplicación a la especie.

753 /

Conclusiones

La Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos, con estas derogaciones en materia laboral no cambian mucho el tablero del juego. Se entiende que lo que intentaron hacer fue sacar la pesada mochila de los hombros de las empresas, darle un salvavidas al momento de despedir a un trabajador, o estés reclamen por la correcta registración de su trabajo (no se encuentren registrados, estén inscriptos con fecha posterior a la real, o con una remuneración inferior a la real). Quisieron terminar con la denominada “industria del juicio laboral” pero sin mucho éxito en mi opinión. Recordemos que la industria del juicio laboral es aquella situación de total falta de equidad en la que se encuentran los empleadores frente a los trabajadores y las numerosas leyes que aumenten las indemnizaciones de estos, en algunos casos dejando al borde de la quiebra a Pymes del país.

Al final la lucha entre multa e indemnización no ha quedado zanjada, sino que crean mucho más litigiosidad de la que creían terminar.

El problema de la retroactividad de la Ley Bases, prácticamente queda zanjada. Es cuestión de unificar criterios en cuestión laboral, porque los antecedentes ya existen. No cabe duda de que la Ley Bases va a surtir efectos a cuestiones futuras (después del 8 de julio).

La ley 27.722 no se aplica a los juicios en trámite previos al 8 de julio. Tampoco a los casos ya consolidados, es decir, aquellas situaciones fácticas donde por ejemplo ya se haya intimado al ente recaudador o al empleador, se aplican la ley al momento del hecho.

Esta ley no tiene efectos retroactivos, o al menos, no debería.

Referencias bibliográficas

Sergio Leandro Claps (2021). Derecho de Daños. Tercera Edición **actualizada**. Editorial Contexto. Resistencia, Chaco.

Enrique N. Arias Gilbert. Las Multas en el Contrato Laboral. Revista Derecho del Trabajo. Año I, N° 2 EDICIONES. Infojus.

Ojeda, Raúl Horacio. La aplicación en el tiempo de Ley Bases (Ley 27742). Editorial Rubinzal-Culzoni.

Carlos Santiago Nino (2003). Introducción al análisis del derecho. **2° Edición ampliada y revisada. 12° impresión. Editorial Astrea. Ciudad de Buenos Aires.**

Ricardo Luis Lorenzetti (2014). Código Civil y Comercial Comentado. 1° Edición. Tomo I. Art 1° al 256. Editorial Rubinzal y Asociados S.A. Buenos Aires

755 /

Julio A. Grisolia – Ernesto J. Huad (2014). Ley de Contrato de Trabajo Comentada. 5° Edición. Editorial Estudio. Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Martín Morelli² (2024). Multas Laborales: Aplicación Retroactiva de la “Ley Bases”. Hammurabi Online.

2. Martín Morelli. Abogado independiente egresado de la UBA. Postgrado de Especialización en Derecho Constitucional del Trabajo, Universidad de Castilla – La Mancha, Toledo, Reino de España. Ayudante de primera cátedra MUGNOLO, Elementos del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, UBA. Magister en derecho del trabajo (UCES). INSTAGRAM: @mmorelliabogado

Martin Morelli (2024). Justicia Laboral: La necesidad imperiosa de unificar criterios en todo el país. Hammurabi Online.

Ley 27.742 (2024). Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos.

Ley 20.744 (1976). Ley de Contrato de Trabajo.

Ley 25.013 (1998). Reforma Laboral.

Ley 25.323 (2000). Indemnizaciones Laborales.

Ley 24.013 (1991). Ley Nacional de Empleo.

I Curso de Posgrado I

Derecho previsional

Aspectos teóricos prácticos del régimen previsional argentino

I Silvia Ivanna Barreto Portillo I

Otto von Bismarck y el Derecho de la Seguridad Social en la segunda mitad del Siglo XIX

El primer sistema moderno de Seguridad Social fue creado por Otto von Bismarck en 1881 (último cuarto del siglo XIX), en la Alemania del Kaiser Guillermo. En el mismo está inspirado nuestro actual sistema de pensiones públicas de reparto, que se configuró en 1978 y que ha sufrido desde entonces diferentes reformas.

El mencionado canciller del Imperio Alemán, implementó una serie de reformas sociales con el objetivo de consolidar el Estado y ganar el apoyo de las clases trabajadoras. Estas reformas incluyeron la creación de un sistema de seguros sociales que abarcaba salud, accidentes y pensiones. La motivación de Bismarck era doble: por un lado, frenar el crecimiento del socialismo y, por otro, fomentar un sentido de lealtad hacia el Estado prusiano.

759 /

El Sistema Bismarckiano en Alemania

El canciller prusiano Otto von Bismarck creó un programa de seguro social para la vejez. El principal objetivo de esta institución fue promover el bienestar de los trabajadores y evitar un levantamiento social que pudiera demandar medidas más socialistas. Una de las principales funciones que desarrollaba este sistema era proporcionar un seguro en forma de rentas que se pagaban en determinadas contingencias como la vejez o la incapacidad. El sistema introducido por von Bismarck era un sistema contributivo de reparto, es decir, en el mismo existía una relación directa entre las contribuciones de los trabajadores y las pensiones que percibían cuando se retiraban. Asimismo, al ser de reparto, con las cotizaciones en curso de los trabajadores activos se pagaban las pensiones de los jubilados de entonces. En definitiva, fue el primero de todos los sistemas de reparto. Además de al sistema español de pensiones, el sistema bismarckiano inspiró

a otros sistemas contributivos de reparto del sur de Europa (como Italia y Portugal) y de centro de Europa (Francia, Suiza y Polonia).

Impacto Social de las *reformas Bismarckianas*.

Las reformas bismarckianas tuvieron un profundo impacto social, siendo significativas y múltiples. Introdujeron un sentido de seguridad social en una época de rápida industrialización y urbanización, lo que ayudó a estabilizar la sociedad alemana. Aunque estas medidas mejoraron las condiciones de vida de muchos trabajadores, también sirvieron como un mecanismo de control social, ya que limitaban la necesidad de los trabajadores de organizarse en sindicatos. Mencionaré alguna de las más concluyentes:

- **Estabilidad Social:** Al proporcionar un nivel básico de seguridad, se redujo la ansiedad de la clase trabajadora ante el riesgo de enfermedad y desempleo.
- **Control del Socialismo:** Bismarck implementó estas medidas en parte para frenar el crecimiento del socialismo y el movimiento obrero. Al ofrecer protección social, logró disminuir el atractivo de las ideologías radicales, consolidando el poder del Estado y asegurando la lealtad de los trabajadores hacia el gobierno.
- **Crecimiento de la Clase Media:** Las reformas contribuyeron a la expansión de la clase media al ofrecer a los trabajadores y sus familias un mayor nivel de protección económica. Esto promovió la movilidad social, aunque de manera limitada, ya que muchos trabajadores aún enfrentaban condiciones de vida precarias.
- **Burocratización y Control:** La creación de un sistema de seguros sociales también llevó a una mayor burocratización del Estado. Aunque se logró cierta seguridad, esta venía acompañada de un control más estricto sobre la vida de los trabajadores, lo que limitó su capacidad de organización y protesta.

\ 760

- **Conciencia de Clase:** Las reformas fomentaron una mayor conciencia de clase entre los trabajadores. A pesar de que se buscaba evitar la organización sindical, la implementación de los seguros y beneficios hizo que los trabajadores comenzaran a exigir más derechos y mejoras en sus condiciones laborales.
- **Modelo a seguir:** El sistema de Bismarck sirvió como un modelo que fue adoptado y adaptado por otros países europeos, influyendo en la creación de sistemas de bienestar social en lugares como Japón y varios estados de Europa Central.
- **Desigualdades Persistentes:** A pesar de los avances, las reformas no abordaron todas las desigualdades. Las mujeres, los trabajadores no sindicalizados y los empleados en el sector agrícola a menudo quedaban excluidos de estas protecciones, perpetuando la desigualdad social.

William Henry Beveridge y su modelo en el Reino Unido.

761 /

En el extremo opuesto se encontraría el sistema de pensiones, también de reparto, que se propuso en el “Informe Beveridge”, publicado en el Reino Unido en el año 1942, y que se implantó con posterioridad. Fue un informe fundamental para el desarrollo del Estado de bienestar en el Reino Unido. Su propuesta se centró en la creación de un sistema de seguridad social integral que abordara las “cinco grandes maldiciones”: la pobreza, la enfermedad, el desempleo, la falta de vivienda y la ignorancia. El modelo de Beveridge promovía la intervención estatal en la economía para garantizar el bienestar de todos los ciudadanos.

Se basaba en la introducción de un sistema mínimo, como instrumento de lucha contra la pobreza a modo de red de seguridad, que otorgara una pensión asistencial fija e igual a la mayoría de los trabajadores. El componente redistributivo en el sistema Beveridge resultaba

fundamental. El sistema de pensiones públicas en Reino Unido, y en otros países anglosajones, continúa basándose en este modelo.

Impacto Social del *Informe Beveridge*.

El informe Beveridge condujo a la creación del Servicio Nacional de Salud (NHS) y a la expansión de servicios sociales que transformaron la vida cotidiana de los británicos. A diferencia del enfoque de Bismarck, que buscaba consolidar el poder estatal, el modelo de Beveridge promovía una mayor igualdad y derechos sociales.

¿Uno u otro? Comparación de ambos modelos.

\ 762

La adopción de uno u otro sistema (Bismarckiano o Beveridge) dependió de diversos factores, entre los cuales los aspectos políticos resultaron cruciales.

Los sistemas Bismarckianos o contributivos trataban de satisfacer a la clase media proporcionándole unas rentas suficientes para la jubilación, relacionadas con sus cotizaciones.

En cambio, los sistemas tipo Beveridge o asistenciales trataban de defender al mismo tiempo los intereses de los trabajadores más pudientes como los más pobres: los intereses de los más pobres, ya que, al ser la pensión igual para todos los trabajadores, incluso aquellos que hubieran contribuido poco al sistema devengaban el derecho a una pensión.

Y de los más pudientes, porque al proporcionar pensiones muy modestas, de subsistencia, las contribuciones necesarias para su financiación son, en consecuencia, menores que las de los sistemas contributivos (bismarckianos) y, por lo tanto, los trabajadores de rentas más altas cuentan con margen suficiente para poder dedicar parte de sus ingresos a contribuciones al ahorro privado (a través de planes de pensiones de empleo y de instrumentos de previsión social personal).

Adopción de modelos en el mundo.

Los modelos de Bismarck y Beveridge han influido en diversas regiones del mundo. El modelo bismarckiano ha sido adoptado en países como Alemania, Japón y varios países de Europa Central, mientras que el modelo de Beveridge ha servido de base para el desarrollo de sistemas de bienestar en el Reino Unido, Escandinavia y algunas partes de América Latina que buscan un sistema de seguridad social más inclusivo.

Ventajas y Desventajas en el marco actual.

El modelo *Bismarck* ofrece seguridad a través de seguros específicos y fomenta la responsabilidad individual, pero puede llevar a una menor cobertura para ciertos grupos (como los trabajadores informales) y su burocratización puede limitar su eficacia si se lo analiza desde el principio de la universalidad e integralidad, propios de la Seguridad Social.

763 /

El modelo *Beveridge* promueve la igualdad y el acceso universal a servicios esenciales, pero a menudo enfrentarnos con desafíos en cuanto a su financiación y sostenibilidad a largo plazo. La aplicación de este modelo, puede generar un desincentivo a la cultura del trabajo, y dependencia al carácter subsidiario de la intervención del Estado, si no se gestionan adecuadamente los beneficios.

Impacto de la digitalización, robotización y nuevas formas de trabajo.

La digitalización y la robotización están transformando el mundo laboral, desafiando los modelos de Bismarck y Beveridge. La tercerización y el trabajo de plataformas han llevado a una mayor precarización laboral, creando un vacío en la protección social. Entre sus desafíos, está la naturaleza cambiante del trabajo que hace que sea difícil encajar en los antiguos marcos de protección social. Los trabajadores de plataformas, por ejemplo, a menudo carecen de acceso a

los beneficios del modelo tradicional; pero entre sus oportunidades, la digitalización podría permitir nuevos enfoques para la seguridad social, como sistemas basados en datos que personalicen las coberturas y amplíen la inclusión.

Conclusión.

Tanto Bismarck como Beveridge sentaron las bases para los sistemas de seguridad social y bienestar modernos. Sin embargo, el contexto actual exige una reevaluación de estos enfoques para adaptarse a las realidades del trabajo contemporáneo, incluyendo la digitalización y la creciente informalidad, ante la ⁱcreciente complejidad de la economía moderna en Argentina. La clave estará en encontrar un equilibrio entre protección y flexibilidad, asegurando que todos los trabajadores, independientemente de su forma de empleo, tengan acceso a una red de seguridad social adecuada.

\ 764

ⁱ Para este Trabajo Final: <https://www.bbvamijubilacion.es/blog/el-origen-de-las-pensiones-de-reparto-modernas-el-sistema-de-bismarck>

Trabajo de investigación. Tesis

| Ricardo Ariel Gunther |

Nacimiento de la seguridad social

\ 766 “Hay que imaginarlo como un intento para asegurar la inmunidad contra la indigencia, tomando las medidas adecuadas para que todo el mundo tenga, en todas las épocas de su vida, en virtud de las contribuciones que aportara, y como derecho, sin someterse a una comprobación de sus recursos, los ingresos mínimos necesarios para hacer frente a sus responsabilidades. Si cuando decimos inmunidad contra la indigencia lo decimos de veras, y no expresamos un piadoso deseo, tendremos que aceptar, no por necesidad mi plan, pero si algo parecido a este plan, algo que haga todo aquello que mi plan se propone” realizar. (Bases de la seguridad social Sir Williams Beveridge Fondo de Cultura Economica Mexico 1944)

El primer sistema moderno de Seguridad Social fue creado por Otto Von Bismarck en 1881 (último cuarto del siglo XIX), en la Alemania del Kaiser Guillermo. En el mismo está inspirado nuestro actual sistema de pensiones públicas de reparto, que se configuró en 1978 y que ha sufrido desde entonces diferentes reformas.

El Sistema Bismarckiano en Alemania

El canciller prusiano Otto Von Bismarck creó un programa de seguro social para la vejez. El principal objetivo de esta institución fue promover el bienestar de los trabajadores y evitar un levantamiento social que pudiera demandar medidas más socialistas.

Una de las principales funciones que desarrollaba este sistema era proporcionar un seguro en forma de rentas que se pagaban en determinadas contingencias como la vejez o la incapacidad.

El sistema introducido por von Bismarck era un sistema contributivo de reparto, es decir, en el mismo existía una relación directa entre las contribuciones de los trabajadores y las pensiones que percibían cuando se retiraban. Asimismo, al ser de reparto, con las cotizaciones en curso de los trabajadores activos se pagaban las pensiones de los jubilados de entonces. En definitiva, fue el primero de todos los sistemas de reparto.

Además de al sistema español de pensiones, el sistema bismarckiano inspiró a otros sistemas contributivos de reparto del sur de Europa (como Italia y Portugal) y de centro de Europa (Francia, Suiza y Polonia).

Otto von Bismarck es conocido por haber implementado uno de los primeros sistemas de seguridad social en el mundo, con el objetivo de mejorar las condiciones de vida de los trabajadores y contrarrestar el crecimiento del movimiento socialista en Alemania. Estas reformas se llevaron a cabo en la década de 1880 y se consideran pioneras en la creación del estado del bienestar.

Principales Reformas de Seguridad Social de Bismarck:

Seguro de Enfermedad (1883): Este fue el primer paso en la creación del sistema de seguridad social. Proporcionaba cobertura médica a los trabajadores en caso de enfermedad¹.

Seguro de Accidentes (1884): Introducido para proteger a los trabajadores en caso de accidentes laborales, asegurando que recibieran atención médica y compensación durante su recuperación.

Seguro de Vejez e Invalidez (1889): Este sistema proporcionaba pensiones a los trabajadores a partir de los 70 años y también cubría casos de invalidez, asegurando un ingreso para aquellos que no podían trabajar debido a la edad o discapacidad.

767 /

Objetivos de las Reformas:

Mejorar las Condiciones de Vida: Bismarck buscaba mejorar las condiciones de vida de los trabajadores para reducir el descontento social.

Contrarrestar el Socialismo: Al ofrecer beneficios sociales, Bismarck intentaba disminuir el atractivo de las ideologías socialistas y mantener la estabilidad política.

Estas reformas sentaron las bases para los sistemas modernos de seguridad social y han influido en la creación de sistemas similares en otros países.

Beveridge en Reino Unido: el otro gran modelo de pensiones

En el extremo opuesto se encontraría el sistema de pensiones, también de reparto, que se propuso en el “Informe Beveridge”, publicado en el Reino Unido en el año 1942, y que se implantó con posterioridad.

El informe Beveridge proponía la introducción de un sistema mínimo, como instrumento de lucha contra la pobreza a modo de red de seguridad, que otorgara una pensión asistencial fija e igual a la mayoría de los trabajadores. El componente redistributivo en el sistema Beveridge resultaba fundamental.

El sistema de pensiones públicas en Reino Unido, y en otros países anglosajones, continúa basándose en este modelo Beveridge.

Razones de la creación en Alemania del Sistema Bismarckiano

La adopción de uno u otro sistema (Bismarckiano o Beveridge) dependió de diversos factores, entre los cuales los aspectos políticos resultaron cruciales.

Los sistemas Bismarckianos o contributivos trataban de satisfacer a la clase media proporcionándole unas rentas suficientes para la jubilación, relacionadas con sus cotizaciones.

En cambio, los sistemas tipo Beveridge o asistenciales trataban de defender al mismo tiempo los intereses de los trabajadores más pudientes como los más pobres:

Los intereses de los más pobres, ya que, al ser la pensión igual para todos los trabajadores, incluso aquellos que hubieran contribuido poco al sistema devengaban el derecho a una pensión.

Y de los más pudientes, porque al proporcionar pensiones muy modestas, de subsistencia, las contribuciones necesarias para su financiación son, en consecuencia, menores que las de los sistemas contributivos (bismarckianos) y, por lo tanto, los trabajadores de rentas más altas cuentan con margen suficiente para poder dedicar parte de sus ingresos a contribuciones al ahorro privado (a través de planes de pensiones de empleo y de instrumentos de previsión social personal).¹

En la argentina desde 1880 en adelante han comenzado a aparecer las primeras instituciones sociales tendientes a la protección del derecho de pensión del personal del estado nacional. A partir de ese momento ha comenzado un lento proceso de ampliación de protección de los derechos de seguridad social.

Desde el 1994 hasta el 2004 se produjo una transformación en la Argentina al existir dos sistemas jubilatorios distintos, una de reparto y una de capitalización. Este sistema termino por dar a un sistema unificado de reparto, los montos capitalizados se invirtieron en un sistema de mejora para la jubilación manejado por el anses.

Los sucesivos cambios en el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones llevaron mantener un sistema amplio de protección, tanto a aquellos beneficiarios que realizaron sus aportes durante toda su vida laboral (30 años) como aquellos que obtuvieron su beneficio solo por tener el requisito de su edad, (60/65) o lo que por moratoria compraron los años faltantes para adquirir el beneficio.

Los puntos importantes del beneficio entender la existencia de servicios diferenciales acordes a los distintos sistemas jubilatorios

1. El origen de las pensiones de reparto modernas: el sistema de Bismarck (bbvamijubilacion.es)

acordes a un privilegio, un riesgo laboral inherente al ámbito en sí mismo, a una discapacidad, o a una pensión en base a lo ordenado por las leyes y reglamentos.

Si alguien ha pensado que la llegada de los robots a ocupar los trabajos humanos puede ser la solución a las pensiones del futuro, puede ir aparcando la idea. Al menos, esta es la conclusión que se desprende del análisis que un grupo de expertos que se han dado cita este jueves en Madrid en una jornadas organizadas por la Analistas Financieros Internacionales, (AFI) bajo el título “¿Pagarán los robot nuestras pensiones?”

La idea de grabar el trabajo de los robots como medida para asegurar los ingresos futuros de los jubilados, es considerada como totalmente ineficiente por el profesor de economía digital del Massachusetts Institute of Technology (MIT), Seth Benzell. Entre otros motivos porque la sociedad todavía ni siquiera está preparada para esa transformación.

\ 770 Nuria Oliver, directora de Investigación en Ciencia de datos de Vodafone, asegura que el reto es modificar por completo el diseño del trabajo y el concepto de jubilación que manejamos en la actualidad porque está “obsoleto”.²

Hablar de la jubilación en los términos actuales de acuerdo con lo expresado actualmente carece de sentido. Antes se debe abordar una reformulación en la gestión del trabajo y los conceptos relativo a las jubilaciones.

En este sentido, la posibilidad de que las nuevas estructuras – mas horizontales y flexibles- expresen los mismos ejes valorativos del Estado de derecho es, en el debate entre modelos gerencialistas, participativos y burocráticos, una asignatura aún no saldada.

Los elementos descritos (tecnología de la Cuarta Revolución Industrial, Estado de derecho, coordinación) son fundamentales, pero,

2. Los robots no salvarán las pensiones del futuro (lavanguardia.com)

al mismo tiempo, resultan importantes las tensiones que se generan entre las necesidades estructurales de cada uno de ellos. Si bien la evolución de las estructuras reconoce la influencia de múltiples factores, existen tendencias sociales de fondo que vinculan, en sus formas y contenidos, con la funcionalidad estatal y su relación con la sociedad.

Tanto en la ciudadanía como hacia el interior de las administraciones, las capacidades tecnológicas son muy desiguales. Se hizo notar que esta asimetría, sobre todo en provincias y municipios, principales puertas de entrada de los usuarios al Estado, se identifica como un problema por resolver. En este sentido, cualquier avance tecnológico deberá considerar esta brecha como obstáculo y como medio para acceder a nuevos trabajos, solo en la medida que puedan adquirir conocimientos (estudios) suficientes.

El modelo de trabajo tradicional en el que el trabajador va a la oficina para realizar sus tareas diarias en un horario laboral establecido se está volviendo más limitante. En cambio, el trabajo remoto consiste en realizar una actividad profesional a distancia. Existe una pequeña brecha que separa el trabajo de remoto del trabajo como freelancer.

En el caso de los freelancers, estos suelen trabajar por proyectos y su tiempo de duración suele ser muy corto. Además, un freelancer no tiene contacto directo con las empresas, sus valores y su cultura. Es una persona que realiza un trabajo puntual para entregarlo en una fecha previamente definida.

El trabajo remoto tiene varias desventajas, tales como: Falta de concentración; no saber separar la vida profesional de la vida personal; sensación de aislamiento.

La preocupación acerca de un futuro sin trabajo o de un trabajo sin futuro nunca ha sido mayor. La afirmación de que los trabajadores estarán de sobra en el inminente mundo de la automatización y la inteligencia artificial es una frase repetida en todas las áreas de investigación y líderes de la tecnología. Parece lógico que para mucha gente el futuro del trabajo sea una imagen desoladora, llena de trabajos temporarios (economías “gig”), salarios mínimos y derechos laborales en peligro.

El crecimiento de la población mundial, su mayor esperanza de vida y el deterioro del medio ambiente, son un punto mas en ese aumento de niveles de incertidumbre. Son muchos los desafíos de políticas públicas orientadas a la incorporación de nuevas tecnologías y las nuevas formas de abordar la formación laboral, y una mejora en el mercado laboral.

El nuevo desafío ha de ser pensado dado la confluencia de las nuevas tendencias locales y los cambios mundiales. Ante esto la educación y la formación actualizada de las personas se posicionan como factores decisivos de inclusión sociolaboral.

Así el vínculo entre la educación y trabajo constituye una herramienta, tanto para la reincorporación al mercado de trabajo de aquellos que han sido desplazados por procesos de reconversión tecnológica como para la formación de nuevos trabajadores.

I Curso de Posgrado I

Cuestiones complejas
en materia societaria.
Aspectos teóricos y
prácticos

Análisis de los Factores Determinantes de la Estructura Financiera en el Ámbito Empresarial

| Agostina Celeste Jara Rey |

Introducción

Cuando los seres humanos se integran en sociedad, su primer impulso es buscar métodos y estrategias que les permitan reducir la complejidad inherente al entorno que los rodea. Esto se logra a través del desarrollo y la creación de herramientas, instrumentos, tecnologías, y otras formas de artefactos, tanto físicos como intelectuales, que les faciliten la vida. Sin embargo, junto con esta necesidad de simplificación, se generan también nuevas formas de organización social, las cuales permiten que la convivencia sea más efectiva y eficiente. Dentro de estas estructuras organizativas, la empresa emerge como uno de los productos de esta búsqueda constante de mejora y perfeccionamiento social.

775 /

La Real Academia Española (Real Academia Española, 2024) define a la empresa como una “unidad de organización dedicada a actividades industriales, comerciales o de prestación de servicios con fines lucrativos.” Esta definición resalta la función económica de la empresa dentro del contexto social.

Por otro lado, la Societat Econòmica Barcelonesa d'Amics del País (Palacio, 2009) aborda el concepto de empresa desde una perspectiva más amplia, viéndola como un agente económico que genera valor para la sociedad, contribuyendo a una mayor calidad de vida para el conjunto social. Además, esta concepción evoluciona en varias eta-

pas, que no son excluyentes entre sí, sino complementarias, y pueden observarse a lo largo del tiempo:

En la primera fase del concepto de empresa, denominada productiva, la empresa se dedica a crear productos materiales o a ofrecer servicios mediante el proceso de adición de valor, de tal forma que el resultado final de la empresa tiene un valor superior a la suma de los insumos utilizados. Aquí, la empresa se define por su capacidad para producir o prestar servicios de manera eficiente. El valor de la empresa, por lo tanto, se mide en función de la cantidad de producto que genera o el servicio que ofrece, y en relación con el valor añadido que crea a partir de estos procesos.

En la segunda fase, la fase comercial, la empresa se centra en la compra o creación de productos o servicios y, si bien no siempre añade valor, su principal objetivo es identificar y aprovechar nichos de mercado donde pueda vender esos productos a precios superiores a los costos de adquisición. El foco de la empresa en este caso se dirige a la gestión del mercado, buscando maximizar sus márgenes de ganancia. En este sentido, la empresa se valora principalmente por su capacidad para permanecer y crecer dentro del mercado competitivo.

La fase mediática, que sería la tercera en el orden de evolución, lleva el concepto de empresa a otro nivel, donde se prioriza la visibilidad. En este contexto, la empresa produce bienes o servicios cuyo principal valor radica en la percepción pública más que en la realidad tangible de lo que ofrece. Aquí, lo que importa no es tanto la calidad intrínseca de los productos o servicios, sino la cantidad de personas que los ven o conocen. La empresa se mide en términos de su capacidad para generar visibilidad y, a través de ella, crear expectativas que se puedan convertir en ingresos.

Finalmente, en la fase financiera, la producción o la prestación de servicios se transforma en un medio para aumentar el valor de la empresa a través de estrategias que buscan mejorar su imagen frente a ciertos actores clave, como auditores, analistas financieros, o inversionistas en el mercado de valores. En esta etapa, las decisiones

empresariales no se toman basándose en la eficiencia productiva o en la gestión comercial, sino que están guiadas por criterios financieros especulativos. Las empresas buscan optimizar su valor de mercado a través de la creación de una percepción favorable ante los inversionistas y analistas, más allá de la verdadera actividad productiva o comercial.

Desde el punto de vista jurídico, el derecho ha intentado, sin consenso, dada su omnipresencia en la sociedad y la complejidad de los diversos aspectos que busca regular, trazar los límites del concepto de empresa. Este esfuerzo responde a la necesidad de proporcionar un marco normativo que permita ordenar y estructurar las actividades empresariales, garantizando la coexistencia armónica de intereses económicos y sociales.

En el ámbito legal argentino, el concepto de empresa se conecta con varias ramas del derecho, las cuales interactúan de manera constante y complementaria. Por ejemplo, el derecho laboral regula las relaciones entre el capital humano y la organización empresarial, estableciendo estándares mínimos de actuación y principios rectores para ambas partes. A su vez, el derecho civil define las bases contractuales que rigen los acuerdos con proveedores, clientes y otros actores, proporcionando una estructura legal clara para la formalización de estos compromisos.

Por otro lado, el derecho societario se erige también como una pieza fundamental dentro del entramado jurídico que rodea a las empresas. Este cuerpo normativo no sólo establece las reglas para la constitución y funcionamiento de las sociedades, sino que además ofrece herramientas legales esenciales para gestionar la estructura interna de las organizaciones. Esto incluye aspectos como la distribución del capital, la administración de los órganos sociales y la resolución de conflictos internos, elementos clave para garantizar la estabilidad y el crecimiento empresarial.

En la medida en que la empresa, como unidad económica, participa activamente en el mercado, interactuando con diferentes actores

y adaptándose al entorno, se convierte en un agente dinámico que debe asumir riesgos, proyectar su crecimiento y generar valor. Esta interacción con el mercado no ocurre en aislamiento; la empresa se encuentra constantemente influenciada por factores externos como la política económica, los cambios regulatorios y las fluctuaciones en los mercados internacionales.

Al mismo tiempo, a través de sus decisiones, contribuye a transformar el contexto en el que opera, creando un ciclo de influencia mutua que caracteriza su relación con el entorno. Este entorno, que es dinámico y cambiante, condiciona de manera significativa las decisiones diarias que la empresa debe tomar, desde la gestión operativa hasta las estrategias de largo plazo.

Este breve recorrido por los puntos de intersección entre la empresa y la sociedad tiene como objetivo contextualizar el análisis que se llevará a cabo a continuación. Dicho análisis consiste en una exposición detallada y sistemática de los factores internos y externos que influyen en la adopción de una estructura financiera particular para la empresa.

Entender a la empresa como un concepto dinámico implica reconocer que su funcionamiento no solo depende de factores internos, como su estructura organizativa y sus recursos financieros, sino también de las oportunidades y limitaciones que presenta su entorno. Al interactuar, participar y colaborar en este marco, la empresa toma decisiones fundamentadas en sus propios intereses y en las ventajas que las herramientas financieras y legales le permiten aprovechar, demostrando así su capacidad para adaptarse y prosperar en un entorno en constante evolución.

Desarrollo

Como ocurre con toda organización cuya finalidad es obtener ganancias, la empresa orienta sus esfuerzos a la maximización de be-

neficios a través de la producción de bienes y servicios. Este objetivo primordial no solo guía su razón de ser, sino que define las estrategias y decisiones operativas que la impulsan. Para alcanzar este propósito, resulta indispensable que la empresa cuente con los recursos necesarios para cubrir los costos y gastos asociados a sus actividades, y es precisamente en este punto donde adquiere relevancia un elemento clave: la estructura financiera.

¿Qué es la estructura financiera?

Según la OBS Business School, la estructura financiera puede entenderse como el sistema compuesto por los recursos financieros que la empresa ha logrado obtener, ya sea mediante su propia generación interna o recurriendo a fuentes de financiamiento externas (Pérez, 2019). Estos recursos, que son gestionados de manera estratégica, tienen como finalidad respaldar el desarrollo de las actividades empresariales y cumplir los objetivos definidos.

Un concepto estrechamente ligado a la estructura financiera es el de las fuentes de financiamiento. El uso combinado de estas fuentes, así como su proporción relativa, puede dar lugar a estructuras financieras que se caractericen por ser más conservadoras o, por el contrario, más agresivas. En este sentido, se distingue entre fuentes internas, que incluyen principalmente las aportaciones de los socios y las utilidades generadas por la empresa, y fuentes externas, entre las que se encuentran el financiamiento comercial, el bancario y las emisiones en mercados de capitales.

La estructura financiera de una empresa se construye, entonces, a partir de la utilización equilibrada o predominante de recursos internos y externos. Una empresa es considerada conservadora en su estructura financiera cuando depende principalmente de su autofinanciamiento como fuente de recursos para llevar adelante sus actividades. Por otro lado, se califica como agresiva a aquella organización cuyo financiamiento externo constituye la mayor proporción de su estructura de recursos.

779 /

El debate sobre el equilibrio financiero

En relación con el equilibrio entre la financiación interna y la externa, este ha sido objeto de un extenso debate en el ámbito financiero, que se mantiene vigente desde hace décadas. La cuestión central gira en torno a cómo esta composición influye en el valor total de la empresa. Ya lo decía Rivera en 2002 (Godoy, 2002), “En los últimos cuarenta años ha sido tema de amplia controversia determinar cuál es la combinación de recursos propios y ajenos que generan un mayor valor de empresa”. Este análisis ha conducido al desarrollo de una serie de estudios, tanto teóricos como empíricos, que han dado lugar a diversas teorías sobre estructura financiera.

Principales teorías sobre la Estructura de Financiación¹ de empresas:

\ 780

A lo largo del tiempo, las decisiones sobre la composición de la estructura financiera han generado una rica diversidad de enfoques teóricos que intentan explicar y modelar el impacto de estas decisiones en el valor empresarial.

Este análisis, tanto empírico como conceptual, ha dado lugar a teorías fundamentales que exploran los efectos del equilibrio entre fuentes internas y externas de financiamiento. Cada una de estas teorías ofrece una perspectiva distinta sobre cómo las empresas pueden optimizar su estructura de capital, atendiendo a factores como el costo del capital, la asimetría de información y las ventajas fiscales.

A continuación, se presenta un recorrido por las principales teorías que han marcado el desarrollo de este campo. Desde los principios de irrelevancia planteados por Miller y Modigliani hasta las jerar-

1. También conocidas como Estructuras de Capital.

quías de preferencias de financiamiento propuestas por la teoría del pecking-order, estas ideas han sido pilares en el entendimiento de cómo las empresas estructuran sus recursos financieros para maximizar valor y sostenibilidad en mercados complejos y dinámicos.

Proposiciones de Miller y Modigliani

El debate moderno sobre la estructura de capital comienza con la teoría de la irrelevancia (Modigliani & Miller, 1958), donde la estructura de capital es irrelevante en el valor de la empresa, es decir, que independientemente de su composición o distribución de las fuentes, no tiene ninguna incidencia. En última instancia lo importante es la consecución de la totalidad del financiamiento necesario, sin importar las proporciones en las que está compuesto por una u otra fuente.

781 /

Esta teoría sostiene que dos alternativas con similares rendimientos pueden también producir valores similares. Para que esto ocurra, se deberían cumplir necesariamente los siguientes supuestos:

- Las operaciones no están alcanzadas por impuestos.
- El resultado operativo no se ve afectado por el uso de diferentes niveles de deuda.
- La quiebra no tiene costo.
- Los inversionistas pueden solicitar préstamos bajo las mismas condiciones en que lo hacen las corporaciones.
- La utilidad antes de intereses e impuestos (UAI) no crece, y su valor no será modificado por hacer uso de la deuda.
- Todos los inversionistas tienen acceso al mismo nivel de información que los ejecutivos.

Estos presupuestos dieron lugar a muchas críticas y numerosos cuestionamientos a su aplicabilidad, dado que sólo se veía posible la

presencia de estas condiciones en un mercado perfecto.

Posteriormente, en su trabajo de 1963, los mismos autores presentan una modificación de la proposición inicial, en la cual consideran el efecto positivo que tiene sobre el valor de la empresa el llamado “escudo fiscal de la deuda”, es decir, la disminución en los impuestos que se obtiene por la deducción del pago de intereses.

La teoría del trade-off o del óptimo financiero

La presentación estándar de la teoría del trade-off (por su denominación en inglés) o del óptimo financiero la realizaron Bradley, Jarrell y Kim en 1984. La conclusión principal en este modelo es que “para cada empresa existe una estructura de financiación óptima, como un punto medio entre las ventajas (fiscales y no fiscales) de la deuda y el costo de capital (Amaya, 2013)”.

El Trade-Off, como lo conocemos ahora, es una teoría propuesta por Stephen A. Ross en 1977, la cual afirma que “la combinación de fuentes de financiamiento permite minimizar el costo de capital, y maximizar el valor de mercado de la empresa, es decir, dependiendo de las fuentes de financiamiento a las que se recurra, será el comportamiento que tendrá el costo de capital y el valor de mercado en cada empresa” (Cervantes Monsreal, Pérez Castañeda, Cruz Ramírez, & Sauza Ávila, 2018).

El uso de deuda permite ahorrar impuesto, pero un uso elevado de esta puede generarle a la empresa dificultades financieras. Por lo tanto, cuando la empresa cuenta con un nivel de endeudamiento relativamente bajo, la probabilidad de que se presenten dificultades financieras es baja y en esta situación, los beneficios de la deuda son superiores a sus costos, generando un aumento del valor de mercado de la empresa.

Dentro del valor de mercado de la empresa, en una situación ideal de mercados, lo que determinaba dicho valor eran las inversiones, o

bien, el tamaño y riesgo de los flujos de caja que generaban los activos de la empresa.

En caso contrario, es decir, cuando los costos de las dificultades financieras superan los beneficios fiscales de la deuda, se puede terminar destruyendo o disminuyendo su valor.

Por lo tanto la estructura de capital óptima, corresponde al nivel de endeudamiento donde se igualan el valor del ahorro fiscal por deuda, con el valor de las dificultades financieras.

La teoría del pecking-order o la jerarquía de preferencias

La teoría del pecking order trata de ofrecer una explicación sobre la relación entre la estructura de capital y los problemas de información asimétrica, cuando la empresa ha de financiar nuevos proyectos de inversión (Moreira Da Silva & Rodríguez Sanz, 2006).

783 /

En los mercados de capitales perfectos la información está a disposición de cualquier inversor sin coste alguno. Este supuesto implica la información simétrica de los involucrados en el mercado y, por tanto, supone que todos ellos poseen la misma información sobre las distintas entidades que cotizan en el mismo.

En contextos de incertidumbre, sin embargo, pueden existir diferencias en cuanto a la disponibilidad de información, siendo los propios directivos de las empresas los más aventajados en el acceso a la información. Esta situación propicia la aparición de conflictos entre los accionistas según sean internos o externos a la dirección, y también entre los propios accionistas y los tenedores de deuda.

En este contexto, la teoría del pecking order surge con un enfoque basado en la actuación de la deuda como mecanismo de señalización de información hacia el mercado de capitales.

Esta teoría establece que las empresas no tienen una estructura de capital óptima a alcanzar en línea con la predicción de la teoría está-

tica o del trade-off, sino que siguen una escala de jerarquías a la hora de buscar financiación (pecking order) (Contreras Salluca & Díaz Correa, 2015) decantándose en primer lugar por el financiamiento interno cuando éste está disponible, y recurriendo al financiamiento exterior sólo si es necesario, siendo la segunda opción la emisión de deuda y, en último lugar, la emisión de acciones.

La elección de esta escala de preferencias dimana de la existencia de información asimétrica en los mercados de capitales acerca de la calidad de los proyectos de inversión a emprender, constituyendo la confrontación entre los beneficios fiscales y los costes de insolvencia financiera procedente de la teoría del trade-off una explicación de carácter secundario acerca de la determinación de la estructura de capital.

Las ganancias retenidas son la primera de las fuentes de financiación preferidas por los directivos puesto que no están influidas por la asimetría de la información, carecen de coste explícito y permiten un mayor margen de discrecionalidad en cuanto a su utilización.

Respecto a la financiación exterior, es la emisión de acciones la que está sometida a un mayor grado de selección adversa respecto a la deuda, siendo habitual que los inversores externos consideren las acciones como los títulos con mayor riesgo y, por tanto, con una mayor tasa de rentabilidad exigida.

Desde la perspectiva de los internos a la empresa los fondos retenidos serán preferidos a la hora de financiar sus proyectos de inversión en la medida que estos estén disponibles, en caso de no ser suficientes se recurrirá a la deuda y, en último lugar, a la emisión de acciones.

Myers y Majluf demuestran en su trabajo de 1984 como la asimetría de información conduce a una persistente infravaloración de los títulos de la empresa y en especial de sus acciones en los mercados de capitales. Esta infravaloración puede implicar una transferencia de riqueza desde los actuales accionistas hacia los nuevos proveedores de capital que puede llegar a compensar el valor actual neto

del nuevo proyecto de inversión desincentivando de esta manera la realización de ciertos proyectos de inversión y, en definitiva, la creación de valor.

Dicho problema es mucho menos severo en el caso de la deuda, sometida a un menor grado de asimetría de información, haciendo que este recurso financiero sea preferido ante la emisión de acciones siempre que los fondos generados por la empresa no sean suficientes para financiar la necesidad de financiación requerida por la nueva inversión.

Esta circunstancia motiva que la financiación con capital propio puede ser interpretada por los inversores como un indicador de sobrevaloración de las acciones en circulación y, por tanto, como una señal negativa. En cambio, los inversores prevén que si las expectativas sobre beneficios futuros fuesen altamente positivas la dirección preferiría la deuda que ocasiona gastos previamente convenidos, compromisos que no pueden evadirse ni ser pospuestos indistintamente de los resultados, en contraposición con el reparto de beneficios entre un mayor número de socios en forma de dividendos asociados a la financiación en forma de acciones.

785 /

La selección de fuentes de financiación, entonces, obedece a esta jerarquía y tiene relación con la información asimétrica que se presenta en los mercados reales, puesto que en esta teoría no hay noción de un ratio óptimo de endeudamiento. El nivel óptimo del que se habla es de naturaleza estática o fija (Amaya, 2013).

Como crítica, especialmente al carácter estático del ratio óptimo, surgen diversos modelos que se basan en un óptimo dinámico, es decir, que varía en el tiempo y no es fijo, sino que se ubica dentro de un rango y que tiene en cuenta distintos factores internos de las firmas, como tamaño, riesgo, tasas impositivas, costos de quiebra, entre otros.

Teniendo en vista estas teorías, el Mgter. Andrés Fernando Mejía Amaya elaboró un artículo de revisión donde explora la literatura contemporánea en el tema de estructura de capital en las empre-

sas a nivel internacional. Allí, presenta las variables que le han sido asociadas tradicionalmente a las decisiones sobre la financiación empresarial, así como las variables más modernas y las que se están consolidando.

A partir del relevamiento realizado sobre el estado del arte en la materia, recopila las siguientes variables como determinantes de la estructura de financiación de una empresa, es decir, como factores que influyen al momento de optar entre las fuentes de financiamiento disponibles y la proporción en la que se preferirán unas sobre otras.

Variables determinantes de la estructura de financiación de una empresa (Amaya, 2013):

La tangibilidad de los activos:

\ 786

Mejía Amaya sostiene que la “tangibilidad de los activos”, es decir, la medición de la cantidad de activos fijos o tangibles como proporción del total de activos de la empresa, ha probado relación empírica con la estructura de financiación en un alto número de estudios. Conforme su análisis, se registra que las empresas más apalancadas o financiadas, es decir, las que recurren abiertamente a fondos externos, tienen a la vez mayor volumen de activos tangibles. Por oposición, a menor endeudamiento, menor tangibilidad de activos.

Esta conclusión, a su vez, se modifica según en el torno en el cual se sitúe la empresa. Al respecto, sostiene, que en los contextos más desarrollados en términos financieros, las firmas mantienen un menor nivel de activos tangibles y se reduce el uso de deuda como fuente de financiamiento.

Este último hallazgo es consecuente con lo observado por Ovtchinnikov, quien encuentra que, en entornos de economías o industrias desreguladas, en los tiempos inmediatamente siguientes a los que se produce la desregulación, las empresas experimentan un des-

censo significativo en la tangibilidad de los activos y a la vez disminución de sus ratios de endeudamiento.

Otra explicación para esta relación entre tangibilidad y endeudamiento es el hecho de que los activos tangibles puedan constituirse en garantías, lo que explica también la correlación positiva, ya que una empresa tendrá mayor acceso al financiamiento cuando pueda ofrecer mayores garantías a sus acreedores.

La rentabilidad:

En cuanto a la rentabilidad, expresada como una medida de las utilidades sobre los activos, expresa Mejía Amaya, es otra determinante que se ha utilizado en diversos estudios, probando empíricamente una relación negativa con el endeudamiento, en un número significativo de casos.

Esto demuestra que las empresas con mayores niveles de rentabilidad tienen una menor tendencia a utilizar la deuda como instrumento de financiación, prefiriendo fuentes distintas como los fondos propios o las emisiones de acciones.

787 /

Las oportunidades de crecimiento:

Conforme las conclusiones de Mejía Amaya, la estructura de capital también tiene relación con las etapas en el ciclo de vida de las empresas, puesto que, siguiendo a Berger y Udell en su paradigma del ciclo del financiamiento, distintas estructuras de capital son óptimas para la empresa en diferentes momentos del ciclo. El paradigma mencionado muestra cómo a través del tiempo cambian las fuentes de financiamiento de las pequeñas empresas, de acuerdo con sus variaciones de tamaño y edad.

Dada la dificultad de medir materialmente las oportunidades de crecimiento, una variable proxy que se ha utilizado ampliamente, son los gastos de investigación y desarrollo sobre el total de activos, ya que esta proporción evidencia las expectativas a corto y mediano

plazo de una ampliación de las operaciones de las empresas, explica Mejías Amaya.

En el contexto de desregulación de industrias o economías, se ha encontrado en los tiempos inmediatamente posteriores a los que se produzcan tales circunstancias un incremento de esta variable, lo que indica una relación negativa con el endeudamiento, desde esas condiciones. Es apenas natural que cuando deja de existir el tipo de regulaciones que limitan la participación en el mercado de las compañías, las empresas busquen aumentar su capacidad productiva o prestadora de servicios, en ausencia de las limitaciones anteriormente existentes.

El tamaño y edad de la empresa:

El tamaño y la edad de las empresas, según el artículo de revisión en tratamiento, han sido tradicionalmente asociados a su estructura de capital, mostrando en muchos estudios una relación positiva estadísticamente significativa, es decir, probando empíricamente una relación en la cual a mayor tamaño, mayor endeudamiento y a mayor edad, mayor endeudamiento. Esto tiene una clara explicación en las mayores posibilidades de acceso al financiamiento por parte de las empresas de más tamaño y trayectoria en el mercado, por las menores asimetrías de información que se tienen sobre las mismas, lo que permite mayor acceso a recursos de crédito.

Los impuestos:

Desde la segunda proposición de Miller y Modigliani (1963), quienes ajustaron su primera tesis de la irrelevancia encontrando relación de la estructura de capital con el valor de la empresa, a partir de las ventajas asociadas a la deuda en materia de impuestos que denominaron escudo fiscal de la deuda, los impuestos pasaron a ocupar un papel importante en las decisiones financieras y en la investigación sobre la estructura de capital.

El artículo en análisis señala que se han realizado diferentes estudios que hacen referencia al impacto de los impuestos sobre el endeudamiento, en distintos escenarios; por ejemplo, cuando se produjo un cambio de tipo normativo en China, que incrementó la tasa de impuestos, se llegó a la conclusión de que hubo un incremento en el endeudamiento de las firmas, como respuesta a las nuevas condiciones; de hecho elevaron su deuda principalmente las empresas con mayores posibilidades de acceso al sector bancario. Es interesante analizar cómo otro factor externo acentúa este efecto: el escasamente desarrollado mercado de bonos en China influye a que la principal fuente externa de financiamiento sean los recursos de origen bancario.

En resumen, las variables mencionadas anteriormente son solo algunos ejemplos de cómo se materializa en la realidad el hecho de que las empresas interactúan permanentemente con su entorno, puesto que forman parte de él y en tal circunstancia se ven beneficiadas o afectadas por sus condiciones cambiantes. Existen presiones provenientes de muchos agentes, entre ellos el Estado, la sociedad, la competencia, los clientes, los proveedores, entre otros, que juegan un rol importante frente a todas las decisiones que deben tomar, incluyendo las decisiones de financiación.

Ahora, habiendo analizado factores del entorno que influyen al momento de optar entre distintas fuentes de financiamiento, también podemos mencionar características, condiciones o variables inherentes a la empresa que pueden impactar en la definición de la estructura financiera en un momento determinado del ciclo de vida de la misma.

Mejías Amaya menciona en su artículo el estudio de Brav (2009), realizado en el Reino Unido entre 1993-2003, donde involucra empresas transadas y no transadas en el mercado de valores, que dentro de su investigación las denomina públicas y privadas: las públicas son aquellas que transan y las privadas son las no inscritas en el mercado de capitales.

Dentro de los hallazgos de dicho estudio se encontró que las firmas no transadas se financian principalmente con deuda, situación que contribuye a que el capital privado (no obtenido a través del mercado de capitales) sea más costoso que el público, debido a la asimetría de información y al deseo de conservar el control por parte de los propietarios.

Otra característica de las empresas que se ha constituido en variable de análisis como determinante en la estructura de capital es la estructura de propiedad; respecto a ello se encontró que a mayor concentración de propiedad, mayor endeudamiento.

Destaca en este sentido el estudio de Paligorova y Xu (2012) sobre organizaciones piramidales, es decir, aquellas que presentan una alta concentración de propiedad. En dicho análisis se encontró un endeudamiento significativamente mayor en las piramidales que en las no piramidales, además del uso de deuda con preferencia sobre el patrimonio en la estructura; factores, estos, que se concluye que obedecen al riesgo de expropiación que representa la utilización de fuentes de financiamiento propias, es decir, a la posibilidad de perder su posición de accionistas controlantes. Por lo tanto, en las empresas de mayor concentración de capital comúnmente no se realizan emisiones de acciones ya que implicarían compartir la propiedad.

Sin embargo, en los países con una mayor protección de los derechos de los acreedores y accionistas, el endeudamiento encontrado fue notablemente inferior, lo que implica una relación negativa entre las dos variables (concentración de propiedad y endeudamiento). Esto se relaciona con que en estas organizaciones existen divergencias entre los derechos de voto y de flujo de efectivo, debido a los conflictos de interés de agencia, lo cual crea incentivos a los accionistas controlantes para expropiar a otros inversionistas diversificando y transfiriendo recursos para su propio beneficio.

Conclusiones

El análisis realizado a lo largo de este trabajo tiene como objetivo poner de manifiesto la naturaleza dinámica y flexible de la empresa como ente económico y social, destacando que las mismas no operan en el vacío, sino que interactúan constantemente con un entorno que les exige adaptarse a condiciones cambiantes.

En este sentido, la capacidad de adaptación de la empresa se traduce en decisiones financieras estratégicas que buscan maximizar su valor en un entorno incierto. Por un lado, las teorías analizadas, como las propuestas de Miller y Modigliani, el trade-off y el pecking-order, reflejan cómo las empresas equilibran las ventajas fiscales, los costos de endeudamiento y los problemas de información asimétrica para determinar la composición óptima de sus fuentes de financiamiento. Por otro lado, la influencia de variables externas e internas, como la tangibilidad de los activos, la rentabilidad, y la estructura de propiedad, evidencia la complejidad de los factores que deben considerarse en la toma de decisiones financieras.

De esta forma, el carácter dinámico del entorno no solo condiciona las decisiones empresariales, sino que también impulsa la innovación en la gestión de los recursos financieros. La empresa moderna, entendida como un organismo flexible, demuestra que su éxito depende en gran medida de su habilidad para anticiparse a las tendencias del mercado, mitigar riesgos y aprovechar oportunidades. Considero que la estructura financiera, lejos de ser un concepto estático, se convierte en una herramienta estratégica que permite a las empresas responder eficientemente a las exigencias del presente y preparar el terreno para el futuro.

Como profesional, a partir de la lectura y el estudio realizado para la elaboración de la presente monografía, logré identificar relaciones entre factores que anteriormente consideraba aislados. La oportunidad de profundizar en las finanzas empresariales, interiorizando en conceptos técnicos y metodologías propias de las ciencias económi-

791 /

cas y de la administración de empresas me permitió enriquecer mis opiniones como operadora jurídica, habilitando una visión mucho más completa del fenómeno empresario.

Al ubicar la noción de estructura financiera en un contexto dinámico que le demanda flexibilidad y versatilidad ante los cambios, logré reconocer cómo cada fuente de financiamiento presenta sus propias ventajas y desventajas, y a su vez descubrí cómo éstas se comportan de manera diversa según el entorno político, económico y fiscal que las rodea en cada momento dado.

Reconocer a la empresa como un ente adaptable implica, entonces, considerar no sólo los factores económicos, sino también los jurídicos, sociales y culturales que moldean su interacción con el entorno. Esta comprensión integral es clave para diseñar estructuras financieras que sean no sólo sostenibles, sino también capaces de impulsar el desarrollo y el crecimiento en contextos cada vez más dinámicos y competitivos.

Bibliografía

- Amaya, A. F. (2013). La estructura de capital en la empresa: su estudio contemporáneo. *Finanzas y Política Económica*, ISSN.
- Cervantes Monsreal, A., Pérez Castañeda, S., Cruz Ramírez, D., & Sauza Ávila, B. (2018). Estructura de Capital, desde la perspectiva del Trade-Off, a nivel Latinoamérica (2008 - 2016). *Repositorio de la Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo*.
- Contreras Salluca, N., & Díaz Correa, E. (2015). Estructura financiera y rentabilidad: origen, teorías y definiciones. *Revista de Investigación Valor Contable*.
- Godoy, J. A. (2002). Teoría sobre la estructura de capital. *ResearchGate - Estudios gerenciales*.
- Modigliani, F., & Miller, M. H. (1958). Corporate Income Taxes and the Cost of Capital: A Correction. *The American Economic Review*.
- Moreira Da Silva, C., & Rodríguez Sanz, J. (2006). Contraste de la Teoría del Pecking Order versus la Teoría del Trade-Off para una Muestra de Empresas Portuguesas. *Repositorio Documental de la Universidad de Salamanca*.
- Palacio, R. (15 de 05 de 2009). *Societat Econòmica Barcelonesa de Amics del País*. Obtenido de Economía y Empresa: Reflexiones del momento: https://www.amicsdelpais.com/es/publicaciones/economia_y_empresa_reflexiones_del_momento/77/

793 /

Pérez, A. (06 de Agosto de 2019). *OBS Business School*. Obtenido de Blog de OBS Business School: <https://www.obsbusiness.school/blog/estructura-financiera-de-la-empresa-y-sus-diferentes-fuentes>

Real Academia Española. (2024). *Diccionario de la lengua española*. Obtenido de RAE: <https://dle.rae.es/empresa>

Administración, transparencia y
derechos humanos: el acceso a la
información pública para los y
las correntinas

| Juan Manuel Cubilla Podestá |

Introducción

Si hay algo que parece lejano, al menos en el recuerdo de la autora, es la situación de aislamiento motivada por la Pandemia del COVID SARS 2 en el año 2020.

\ 796

De todas las perspectivas desde las que podría abordarse aquella catástrofe, viene a cuento la disrupción que causó el COVID en el intento por la continuación de los negocios, de los servicios, de la educación y, en definitiva, de todas aquellas formas de relacionamiento habitual -dado el impedimento de contacto presencial, de aglomeración de personas y de movilización de ese momento- que en muchos casos encontró una salida viable en la celebración de actos a distancia o por medios telemáticos.

Y parece lejano porque el mundo logró retomar la habitualidad en condiciones similares a las de 2019.

Sin embargo, parecería que el reconocimiento de que en la realidad muchos de los actos de la vida societaria son celebrados a distancia o entre ausentes -que ya existía en los códigos decimonónicos, solo que ahora en formato virtual-, llegó para quedarse.

A partir de la posibilidad de la celebración tanto de reuniones de socios como de autoridades utilizando medios que les permitan a los participantes comunicarse simultáneamente entre ellos, supuesto que ya había contemplado la ley de apoyo al capital emprendedor en 2017, surgen los interrogantes relativos a ciertos aspectos prácticos

de la vida societarioa o al menos de la comunicación entre la sociedad y sus miembros, que sinceran o ponen de manifiesto que algunas formalidades exigidas por la ley, pueden ser perfectamente suplidas a través de acciones propias del mundo digital.

Acertadamente Resqui Pizarro, enseña al hablar sobre la cibernética aplicada a las comunicaciones y a las asambleas en las sociedades, asociaciones civiles, fundaciones y en la propiedad horizontal que “*El CCyCN, desde su entrada en vigencia en el año 2015, sostiene la posibilidad para las personas jurídicas privadas de la utilización de “medios que les permitan a los participantes comunicarse simultáneamente entre ellos” (cfr. Artículo 158)”*”.

La norma allí citada, artículo 158, en su parte pertinente dispone: “*Gobierno, administración y fiscalización. El estatuto debe contener normas sobre el gobierno, la administración y representación y, si la ley la exige, sobre la fiscalización interna de la persona jurídica. En ausencia de previsiones especiales rigen las siguientes reglas: a) **si todos los que deben participar del acto lo consienten**, pueden participar en una asamblea o reunión del órgano de gobierno, **utilizando medios que les permitan a los participantes comunicarse simultáneamente entre ellos**. El acta debe ser suscripta por el presidente y otro administrador, indicándose la modalidad adoptada, debiendo guardarse las constancias, de acuerdo al medio utilizado para comunicarse*”.

Si, aun no previéndolo el estatuto, resulta posible, con consentimiento de todos los que deben participar del acto, que se “utilicen medios que les permitan comunicarse simultáneamente entre ellos”, lo que implica que no estén físicamente en el mismo lugar, se habilita la posibilidad de prever que muchos otros hechos y actos que atañen a la cotidianeidad de la vida societaria sean válidamente otorgados o trasmitidos por medios digitales.

1. RESQUI PIZARRO, Jorge. La cibernética aplicada a las comunicaciones y a las asambleas en las sociedades, asociaciones civiles, fundaciones y en la propiedad horizontal En GRANERO, H. Prueba Digital. eDial.libros. Albremática 2021. Pág189.

Yendo a un extremo, cuán exagerado sería preguntarnos ¿Es imprescindible la sede social “física” para el cumplimiento de formalidades, al menos entre la sociedad y los socios? Si no se puede prescindir, ¿se puede considerar la equiparación de la eficacia de ciertos actos “virtuales” cuya celebración estaba únicamente prevista en la “sede social” de la empresa?

La propuesta de este trabajo es hacer un recorrido por algunos conceptos clásicos del derecho civil, como lo es el domicilio y su recepción y remisión por parte del derecho societario, pasando por la consideración de algunas incorporaciones de conceptos más actuales en diferentes normas que podrían hacer más rápidos, transparentes y eficaces ciertos procesos de comunicación de la sociedad y sus socios.

De esta manera, guiados por las preguntas presentadas más arriba, no con ánimo científico, sino como disparador para el debate que nos permita pensar a la luz de las disrupciones que se vienen sucediendo de manera vertiginosa en estos tiempos, ensayar una respuesta que quizás sea de ayuda para pensar soluciones prácticas en casos concretos.

\ 798

Desarrollo

a. El Domicilio y la sede social a la luz de la era digital

El domicilio como atributo.

En el marco del reconocimiento de las personas jurídicas, y dentro de este género, las sociedades, como entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación, resulta inherente también el reconocimiento a ellas de los atributos de la personalidad.

La importancia del domicilio está dada en primer lugar por la finalidad que tiene en una sociedad organizada, en tanto que, integrada por personas humanas o jurídicas, deben poder ser ubicables con

facilidad con el objetivo claro de poder requerírseles el comportamiento esperado; y, en segundo lugar, por el rol que adquiere como atributo de la personalidad, en tanto que, vincula a la persona como sujeto de derecho (Fernández, 2023).

El domicilio nace con la sociedad misma, y de la fijación del domicilio que acuerdan los socios en el acto constitutivo, o eventualmente en su modificación, se derivan varios efectos, a modo de ejemplo, solo por nombrar uno de suma importancia: determina la competencia del Registro Público en el que se inscribirá el acto constitutivo, su modificación y el reglamento (artículo 5° LGS²).

Dentro del domicilio, hay un elemento que deriva de él, que es la “sede social”, que, si bien a veces se solapan o son equiparados, y hasta confundidos, no son lo mismo. Esto también fue recepcionado por el CCCN en su artículo 152³. La distinción entre ambos conceptos se observa patente en la última parte del artículo, al establecer que el cambio de *domicilio* requiere modificación del estatuto; y el cambio de sede, si no forma parte del estatuto, puede ser resuelto por el órgano de administración.

799 /

2. Inscripción en el Registro Público. ARTICULO 5° — El acto constitutivo, su modificación y el reglamento, si lo hubiese, se inscribirán en el Registro Público del domicilio social y en el Registro que corresponda al asiento de cada sucursal, incluyendo la dirección donde se instalan a los fines del artículo 11, inciso 2. La inscripción se dispondrá previa ratificación de los otorgantes, excepto cuando se extienda por instrumento público o las firmas sean autenticadas por escribano público u otro funcionario competente.

Publicidad en la documentación.

Las sociedades harán constar en la documentación que de ellas emane, la dirección de su sede y los datos que identifiquen su inscripción en el Registro.

3. ARTICULO 152.- Domicilio y sede social. El domicilio de la persona jurídica es el fijado en sus estatutos o en la autorización que se le dio para funcionar. La persona jurídica que posee muchos establecimientos o sucursales tiene su domicilio especial en el lugar de dichos establecimientos sólo para la ejecución de las obligaciones allí contraídas. El cambio de domicilio requiere modificación del estatuto. El cambio de sede, si no forma parte del estatuto, puede ser resuelto por el órgano de administración.

Queda claro entonces que domicilio y sede son conceptos distintos. El domicilio se refiere a la jurisdicción. Debe constar en el estatuto social; su modificación importa modificar el contrato social. La sede se refiere a dónde funciona la administración social (calle y número); puede modificarse por acto separado sin reformar el contrato social. Debe ser registrado (Gueller, 1992). El propio código en su artículo 153, cuando establece el alcance del domicilio indica que *se tienen por válidas y vinculantes para la persona jurídica todas las notificaciones efectuadas en la sede inscripta*.

Entre las cuestiones más importantes, entonces, se tiene el de la eficacia de las notificaciones realizadas, sin importar el ámbito o proceso en el que se enmarquen, sean notificaciones que se deriven de contratos, procedimientos extrajudiciales o judiciales o administrativos, etc..

Se destaca, entre muchas teorizaciones sobre el domicilio, la conceptualización de Aubry y Rau, citada por Fernández, al definir que *“El domicilio es la relación jurídica existente entre una persona y el lugar donde esa persona está, en cuanto al ejercicio de sus derechos y al cumplimiento de sus obligaciones, siempre considerada presente, aunque ella no se encuentre en un momento determinado, o que aún no resida allí habitualmente”*; y hacemos notar cuán acertada nos parece porque tiene mucho de realidad, no deja de lado que pueda ocurrir que la persona puede no encontrarse temporariamente en ese domicilio, pero siempre habrá una conexión, volverá a él y no podrá alegar su inexistencia, de allí que la persona siempre será considerada presente en él. Y la destacamos, volveremos más adelante sobre esta idea, porque podemos trazar un paralelismo o encontrar elementos de éste en la dirección electrónica. Esa consideración de presencia permanente no es más que una ficción.

Es evidente que hay una gran rama de la actividad económica que no puede prescindir de lo físico y tangible, pero también es más que innegable que casi todo lo relativo a las cuestiones administrativas se han volcado al mundo de lo informatizado, cuando no al trabajo en línea y al *outsourcing* administrativo.

Tanto es así que en Argentina se encuentra vigente la Ley 27.555 RÉGIMEN LEGAL DEL CONTRATO DE TELETRABAJO, para aquellas actividades, que por su naturaleza y particulares características, lo permitan, que establece que habrá contrato de teletrabajo cuando la realización de actos, ejecución de obras o prestación de servicios, en los términos de los artículos 21 y 22 de esa ley, sea efectuada total o parcialmente en el domicilio de la persona que trabaja, o **en lugares distintos al establecimiento o los establecimientos del empleador, mediante la utilización de tecnologías de la información y comunicación.**

¿Acaso actividades administrativas como llevar la contabilidad, liquidación de impuestos, controles de ausentismo, comunicación con entes públicos a través de portales o plataformas, y hasta la presentación de documentación societaria a las autoridades de aplicación⁴ no pueden hacerse por medios telemáticos? La realidad es innegable.

Otra fuente normativa que receptó el advenimiento de esta realidad virtual es redacción del ARTICULO del Código Civil y Comercial de la Nación, 75 incorporada por la Ley N° 27.551 B.O. 30/6/2020, al referirse al domicilio especial: *“Las partes de un contrato pueden elegir un domicilio para el ejercicio de los derechos y obligaciones que de él emanan. Pueden además constituir un domicilio electrónico en el que se tengan por eficaces todas las notificaciones, comunicaciones y emplazamientos que allí se dirijan”*. Sin embargo, Ley N° 27.551 fue abrogada por art. 249 del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 70/2023 B.O. 27/12/2023), con lo cual el promisorio avance parece

801 /

4. Por ejemplo, en la Provincia de Santa Fe, la Inspección General de Personas Jurídicas, permite que tanto el informe de nuevas autoridades como la presentación de balances se realicen a través del portal de autogestión: *Estados Contables (firmados por los representantes legales) con el correspondiente Informe del Auditor, certificados por el Consejo Profesional de Ciencias Económicas. Si cuenta con el balance certificado en forma digital, con firma digital del Consejo Profesional de Ciencias Económicas, no debe imprimirlo, sino que previo a la presentación del trámite por mesa de entradas, debe cargar el balance en el portal de autogestión siguiendo detalladamente el instructivo.* <https://www.santafe.gov.ar/index.php/tramites/modul1/index?m=descripcion&id=147372>

haber quedado truncado al no estar mas vigente la “Ley de Alquileres”, quedando así aniquilado el reconocimiento normativo expreso del domicilio especial electrónico en el Código Civil y Comercial de la Nación, por lo que toca al operador jurídico nuevamente recurrir a la interpretación del plexo normativo supletoriamente.

Con esta incorporación expresa del domicilio electrónico al ordenamiento jurídico, pareciera que no hay duda respecto de viabilidad de tener por aceptada la posibilidad de su utilización en las mismas condiciones y a los efectos de las formalidades de comunicación entre la sociedad y sus socios o representantes, al menos para ciertos supuestos de la vida societaria, y que se tengan por válidos los efectos de los hechos o actos que de su utilización se derivan.

b. Sede social. Actos que involucran a la sede social.

En la introducción a este trabajo, surgió una pregunta disparadora: ¿es imprescindible la sede social “física” para el cumplimiento de formalidades, al menos entre la sociedad y los socios? sino se puede prescindir, ¿se puede considerar la equiparación de la eficacia de ciertos actos virtuales cuya celebración estaba únicamente prevista en la “sede social” de la empresa?

Podemos hacer un repaso por los distintos casos en los que surge en escena la sede social en distintos supuestos de la LGS, ya sea en forma expresa como tácita, así encontramos:

el Artículo 233 indica que: las Asambleas deben reunirse en *la sede o en el lugar que corresponda a jurisdicción del domicilio social*; Hemos visto que en el marco de la emergencia por COVID 19 fue un hecho la celebración de asambleas a distancia. También se indicó que la S.A.S. trae en su normativa la posibilidad de utilizar medios que les permitan a los participantes comunicarse simultáneamente entre ellos, por lo que no resulta imprescindible el encuentro físico en la sede social. Cabría instalar el debate de si una sociedad, cualquiera sea el tipo adoptado, puede prever igual disposición en su estatuto,

y que ello sea válido. Parecería que podemos inclinarnos por una respuesta positiva.

el Artículo 238 prevé que: *Para asistir a las asambleas, los accionistas deben **depositar en la sociedad sus acciones** o un certificado de depósito o constancia de las cuentas de acciones escriturales*; debemos señalar que esta obligación no resulta aplicable a aquellos titulares de acciones nominativas o escriturales cuyo registro sea llevado por la propia sociedad, que en la práctica y la generalidad de las sociedades familiares así será. Ahora bien, lo relevante aquí es la imposibilidad de disposición de las acciones mientras se encontrasen depositadas, por lo tanto, parecería que un hacer “depósito virtual” en un repositorio, o una entrega escaneada vía mail, las acciones estarían en poder del accionista y entonces podría “disponer” de ellas. Todo ello fue pensado por el legislador para vedar que quien sin ser accionista invoque los derechos que confiere un certificado o constancia que le atribuye tal calidad lo haga; pero no escapa a este punto la reflexión de que ese supuesto hubiera podido ocurrir cuando existían las acciones al portador; actualmente ese riesgo parecería haber desaparecido por ser las acciones nominativas o escriturales. Por lo que aún queda chance para la posibilidad de que el depósito de las acciones, o la toma de razón de la calidad de accionista con vocación de participación en la asamblea sea comunicada en forma virtual, por cualquier medio de comunicación electrónica.

el Artículo 67 establece: En la **sede social** *deben quedar copias del balance, del estado de resultados del ejercicio y del estado de evolución del patrimonio neto, y de notas, informaciones complementarias y cuadros anexos, a disposición de los socios o accionistas*; en este caso, y a riesgo de crear una aparente contradicción, sí resulta de utilidad e importancia que las copias de estas documentaciones sí permanezcan en la sociedad. Esto porque podemos partir de suponer que el balance y demás documentos relativos a los estados financieros que son distribuidos a los accionistas -en nuestra tesitura comunicados electrónicamente- provienen de algún “original”. Si ese original resulta que

está confeccionado físicamente impreso y con firmas hológrafas del profesional contador y del representante legal, entonces sería coherente que exista esa “copia” física en la sede los fines del cotejo. Sin embargo, en casos en los que la propia autoridad de aplicación permite la presentación de balances “digitales” -como el caso de la Inspección de Personas Jurídicas de la Provincia de Santa Fe- vuelve a quedar de manifiesto la irrelevancia de la copia física, ya que incluso habría una constancia digital de la presentación expedida por dicha autoridad, por lo que su fehaciencia y veracidad se encontraría acreditadas, por un tercero que da fe de ello. Ahondamos un poco en la modalidad que adopta la provincia de Santa Fe, honrando el carácter federal del curso, que pone a disposición de los usuarios un portal de autogestión, y permite a las sociedades por acciones cuya asamblea revistió el carácter de unánime en los términos de la LGS, optar por presentar la documental *en cumplimiento del deber de información* (art. 1-2 de la Resol. IGPJ 359/75) mediante el servicio denominado “IGPJ: Presentación Balance Sociedades por Acciones (SA) aprobado por Asamblea Unánime (100% de los accionistas) - Sólo Resolución Gral. 1/2019”. En este caso se debe respetar lo dispuesto en la RG IGPJ 01/2019, resuelve aprobar la implementación del módulo de autogestión de la Provincia de Santa Fe (trámites a distancia) del sistema Gestión de Documentación Electrónica (GDE) en la Inspección General de Personas Jurídicas todo lo cual a partir del dictado de la ley de firma digital 25506 agregando la certificación obrante en el Anexo I (declaración jurada firmada por el representante legal, representante del órgano de fiscalización y por el contador público) de la resolución y los Estados Contables certificados digitalmente. Corresponde destacar que este trámite es totalmente electrónico y salvo requerimiento particular no debe presentar documental por mesa de entradas.

el *Artículo 77* dispone: La transformación exige el cumplimiento de los siguientes requisitos inc. 2) Confección de un balance especial, cerrado a una fecha que no exceda de un (1) mes a la del acuerdo de

transformación y *puesto a disposición de los socios en la sede social con no menos de quince (15) días de anticipación a dicho acuerdo*; sin ánimos de ser repetitivos, resultaría de aplicación lo mismo que hemos predicado respecto del Artículo 67, no vemos impedimentos para que la puesta a disposición del balance especial a los socios se realice por medios electrónicos, a la dirección previamente indicada por estos; ya que surte efectos la noticia del documento y la disposición para el socio es instantánea y permanente.

el Artículo 186 reza: *Contrato de suscripción. En los casos de aumentos de capital por suscripción, el contrato deberá extenderse en doble ejemplar y contener: (...) 4º) Los aportes en especie se individualizarán con precisión. En los supuestos que para la determinación del aporte sea necesario un inventario, éste quedará **depositado en la sede social para su consulta por los accionistas***. Al igual que indicamos en el apartado precedente, cuánto más a disposición que imponerse del contenido del inventario recibido directamente en forma digital a la dirección electrónica denunciada.

805 /

Somos conscientes de que en la práctica los supuestos de hecho en los que cobra relevancia la sede social de una empresa pueden ser innumerables, sin embargo, el tema que nos ocupa es saber si resulta posible migrar – o por lo menos que coexista con la sede física- a una realidad de comunicaciones virtuales que se condigan con la práctica actual, siempre que cumplan con la finalidad propuesta por la ley en cada caso.

c. Dirección electrónica declarada por los socios.

Hasta aquí parecería bastante zanjada la cuestión sobre la equiparación de las comunicaciones hechas a direcciones electrónicas para la puesta a disposición de documentación societaria intercambiada entre la sociedad y los socios y viceversa en el ejercicio de ciertos derechos.

Sin embargo, nos encontramos con la disposición relativa al domicilio de los socios prevista en el Artículo 159 de la LGS, en la sección dedicada a la Sociedad de Responsabilidad Limitada, en cuya parte pertinente indica: *Domicilio de los socios. Toda comunicación o citación a los socios debe dirigirse al **domicilio expresado en el instrumento de constitución**, salvo que se haya notificado su cambio a la gerencia.*

Así también otro supuesto que nos somete a la misma pregunta es el previsto en el artículo 238 de la LGS, *Libro de asistencia. Los accionistas o sus representantes que concurran a la asamblea firmarán el libro de asistencia en el que se dejará constancia de sus domicilios, documentos de identidad y número de votos que les corresponda.* En consonancia con la pregunta anterior ¿podrían ser domicilios electrónicos?

Siguiendo el distingo que planteamos al inicio relativo a domicilio y sede social, podríamos interpretar que no se pretende en los artículos invocados dar al vocablo *domicilio* el sentido de “*jurisdicción*” que planteaba Gueller, sino equipararlo -como acontece con el caso de sede social – a la calle y número de una determinada localidad que exprese el socio en el acto constitutivo.

Por supuesto, volvemos a preguntarnos aquí ¿este domicilio puede ser electrónico? Nos inclinamos por pensar que sí; puede ser expresado en el acto constitutivo y su cambio, a una nueva dirección electrónica -preferimos llamarle dirección electrónica- puede ser notificado a la gerencia; y en el segundo caso, sería perfectamente viable que, al momento de consignar la asistencia en el libro de asistencia a asambleas, la constancia del domicilio sea una referencia a una dirección electrónica.

Yendo más lejos abogando por una interpretación amplia, la “-CNCOM- SALA A ha resuelto: “ *...esta Sala ha tenido oportunidad de recordar que debe entenderse como correo electrónico, en sentido amplio, cualquier sistema de mensajería electrónica, tales como podrían ser los mensajes enviados a través de las redes Facebook, Blackberry, Messenger, WhatsApp, SMS, etcétera. Sin embargo, usualmente, cuando se habla de correo electrónico o e-mail se hace referencia al sistema de mensajería elec-*

trónica más utilizado actualmente para transacciones comerciales y que utiliza el “Simple Mail Transfer Protocol”, o protocolo SMTP”. Desde ese enfoque – que es el que aquí interesa–, el correo electrónico es un medio de comunicación y, como tal, permite el envío de documentos electrónicos– que pueden instrumentar actos y hechos jurídicos. Estos documentos, al ser electrónicos, satisfacen el requerimiento legal de la escritura, previsto en el art. 6 in fine de la ley N°25.506 (Ley de Firma Digital) y, por lo general, se sostiene que están firmados al indicar el nombre y/o el nombre de usuario del autor (cfr. Bender, Agustín, “El correo electrónico como prueba en la jurisprudencia y en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, publicado en Sup. Doctrina Judicial Procesal 2013 (marzo), DJ 27/11/2013)...”⁵.

Vemos como el tiempo es tirano, y la tecnología que en un momento dado está vigente, con el devenir de pocos años puede quedar obsoleta, véase que el fallo cita, por ejemplo a la mensajería “Blackberry” y “Messenger”, que ha caído en desuso hace ya tiempo, sin embargo el e-mail parece sobrevivir estoicamente hasta ahora; e incluso hoy la vedette de las comunicaciones instantáneas parece ser WhatsApp, y ningún indicio hay de por cuánto tiempo así será o si sobrevivirá a pesar los avances en tiempo récord de la IA, que tal vez imponga nuevas modalidades.

Estos casos previstos por los artículos citados, se enmarcan en la categoría de Domicilio especial, es decir, es el lugar que pueden voluntariamente elegir las partes al momento de celebrar un contrato o un acuerdo (Fernández, 2023), si bien clásicamente referidos a un lugar de ubicación, podríamos osar reformular el concepto e indicarlo el sitio o lugar de “ubicabilidad” –se ajustaría perfectamente a lo que intentamos exponer aquí el vocablo del idioma francés “rejoignable”

5. Expte. N°10234-2016- “Prenaval Seguridad S.R.L. c/ Consorcio de Propietarios Santos Dumont 2719/21/23/55 s/ ordinario”- CNCOM- SALA A- 22/10/2019. Citado en GRA- NERO, H. Prueba Digital. elDial.libros. Albremática 2021. Pág. 249-250.

o el del inglés “*reachable*”, si pudiéramos castellanizarlos sin espanto de los puristas como “encontrable” o “accesible”, esta disquisición nos resulta muy gráfica.

Por lo demás, independientemente de la dirección elegida -física o virtual- aún puede predicarse aquello respecto de que sólo podrán tenerse por válidas, eficaces y vinculantes todas las notificaciones practicadas en él aun cuando no hubieran llegado a conocimiento del destinatario. Esta consecuencia sólo podría ser imputable dado que los sujetos que lo acordaron, asumieron la obligación de arbitrar los medios necesarios para recibir las notificaciones allí enviadas (Fernández, 2023).

En definitiva, “*Resulta aplicable aquí la doctrina de los actos propios, la que guarda correspondencia con el postulado de la buena fe, por cuanto el ordenamiento jurídico impone a los sujetos el deber de proceder con rectitud y honradez, en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas. Nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos, asumiendo una actitud que lo venga a colocar en contradicción con su conducta anterior*” (CSJN, 17-3-1998, LL 1998-E, 425; CSJN, 25-11-1997, DJ, 1998-2-232; id., Sala B, 21-9-1999, ED 185-845; id., Sala F, 22-6-1983, LL 1983-D, 146; id., sala H, 8-3-1999, JA 2000-I-454; i., Sala I, 26-8-1997, LL, 1998-B, 56; id., Sala J, 9-2-2000, LL, 2000-E, 716; id., Sala A 3-8-1983, LL 1983-C- 440; entre otros).”, de allí que siendo provisto por el propio socio, ya sea en el acto constitutivo o por el accionista al momento de acreditar su asistencia a la Asamblea, pesa sobre él la carga de notificar su cambio, así como cargar con cualquier contingencia o vicisitud en caso de no poder acceder al mismo para imponerse del contenido de las comunicaciones.

d. Entonces, ¿podemos hablar de domicilio electrónico?

Evidentemente el devenir de los tiempos ha obligado a acuñar una nueva categoría o especie de domicilio, independientemente de si hay o no una relación de género a especie entre domicilio-dirección o si se toman como sinónimos; y es que la normativa ya ha recep-

tado al domicilio electrónico -vimos ya que anteriormente lo había hecho la jurisprudencia- y debemos traer a colación la Ley 26.685 que autoriza la utilización de expedientes, documentos, firmas, comunicaciones, domicilios electrónicos y firmas digitales en todos los procesos judiciales y administrativos que se tramitan ante el Poder Judicial de la Nación, con idéntica eficacia jurídica y valor probatorio que sus equivalentes convencionales.

Ya en el año 2011 esta norma dotó de idéntica eficacia jurídica y valor probatorio al domicilio electrónico -entre otros elementos- en todos los procesos judiciales y administrativos que se tramitan ante el Poder Judicial de la Nación, que sus equivalentes convencionales.

Las provincias también se han hecho eco de esta digitalización de la justicia, así recientemente, el Poder Judicial de Santa Fe publicó en su sitio web que ha dado por *“finalizado el “Proyecto Integral de Digitalización de Expedientes Judiciales”, un proceso que comenzó tiempo atrás con el objetivo de eliminar el soporte papel y adoptar completamente los formatos digitales en el ámbito de la justicia santafesina para los fueros de derecho privado. La culminación de este ambicioso proyecto permite que todo litigio sea de naturaleza civil, comercial, laboral o de familia desde su inicio hasta su finalización, se lleve a cabo de manera enteramente digital a través del uso del sistema informático SISFE -AUTOCONSULTA de la justicia santafesina”*⁶, un proceso que inició hace aproximadamente 15 años.

Existe un elemento que no se puede soslayar, que tiene que ver con la fehaciencia del medio elegido para el envío de una comunicación o notificación, y es que, como ocurre en el caso de la elección de medios tradicionales como el telegrama, la carta documento, incluso las cédulas de notificación u otros, la comprobación de entrega efectiva reside en el informe que hace el empleado del correo o el oficial noti-

809 /

6. https://www.justiciasantafe.gov.ar/index.php/comunicado_de_prensa/logro-historico-el-poder-judicial-de-santa-fe-completa-la-digitalizacion-de-la-justicia/

ficador; entonces, ¿cómo se acredita la entrega del correo electrónico en caso de ser negada por el destinatario? Aquí la cuestión se vuelve un poco más compleja, no porque no tenga solución sino porque esto implica indefectiblemente la necesidad de recurrir a una pericia informática; así se ha resuelto:

“Cuando las pericias se realizan sobre un sistema bajo control de la parte que alega la prueba –tal como acontece en el caso que nos ocupa–, su efectividad debe ser juzgada de acuerdo a los mecanismos de seguridad que utilice dicho sistema, para garantizar la autoría e inalterabilidad de los documentos que se atribuyen a la contraria, regla que resulta evidente desde el punto de vista lógico y que fue recogida – en la actual legislación– por el art. 288 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en tanto prevé en su párrafo segundo que: “en los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, se asegure indubitadamente la autoría e integridad del instrumento”. Y en los casos en los cuales se logre demostrar que los e-mails fueron enviados o recibidos desde o en determinada cuenta de correo, resultará necesario acreditar también, en el caso de uqe la contraparte negase la titularidad de esa casilla, que ella era la titular. En definitiva, la eficacia probatoria de los correos electrónicos – al igual que la de los documentos en general– dependerá de que sea posible probar su autoría, integridad y recepción a través de los mecanismos de seguridad propios de la tecnología que empleen (crr. Bender Agustín, “El correo electrónico como prueba...” ob. Cit. Supra”).

7. Expte. N°10234-2016- “Prenaval Seguridad S.R.L. c/ Consorcio de Propietarios Santos Dumont 2719/21/23/55 s/ ordinario”- CNCOM- SALA A- 22/10/2019. Citado en GRANERO, H. Prueba Digital. eDial.libros. Albremática 2021. Pág. 251.

Conclusiones

Este trabajo inició con unos ambiciosos interrogantes intentando estar a tono con la actualidad de las problemáticas, quizás básicas o sencillas en comparación con otro tipo de conflictos societarios, pero que en definitiva pueden tener una incidencia en aquellos, si no se prevén desde el inicio de la vida de la sociedad: ¿es imprescindible la sede social “física” para el cumplimiento de formalidades, al menos entre la sociedad y los socios? Si no se puede prescindir, ¿se puede considerar la equiparación de la eficacia de ciertos actos “virtuales” cuya celebración estaba únicamente prevista en la “sede social” de la empresa?

Para intentar encontrarles una respuesta, hemos hecho un repaso por el concepto de domicilio y su importancia, así como su impacto en las relaciones de la sociedad con los socios y aquellos actos que involucran a la sede social, previstos en la normativa societaria de fondo.

Sobre la viabilidad de la celebración de asambleas por medios virtuales, así como sobre las reuniones de los órganos de administración, mucho se ha analizado a raíz del *aggiornamento* que supuso la pandemia, como mencionamos en la introducción, e incluso, la Ley de Apoyo al capital emprendedor previó acertadamente que las reuniones podrán realizarse en la sede social o fuera de ella, utilizando medios que les permitan a los participantes comunicarse simultáneamente entre ellos.

Ahora bien, el depósito de acciones, copia de balance, inventario y todos aquellos documentos, cuya guarda física en la sociedad suponen la disponibilidad y acceso por parte de los socios para el ejercicio de su derecho de información⁸, bien puede ser reemplazado por el

8. El derecho de información de los accionistas tiene protección tanto si su vulneración ha causado daño al afectado como si no lo ha producido. El derecho de información de los socios

envío de los mismos en formato digital por parte de la sociedad a las direcciones electrónicas que los socios designen, o bien con el permiso de acceso a los socios a algún repositorio, plataforma o nube que sea administrada por la sociedad, significando así mayor transparencia, inmediatez, invariabilidad, indubitabilidad, entre otras fortalezas.

Sin duda, nuestra labor como operadores del derecho radica en prevenir los vacíos legales y dedicar esfuerzos para salir del famoso copiar y pegar modelos de estatutos o actos constitutivos, y al menos incluir, si bien si excluir las formas tradicionales y la obligatoriedad de la designación del domicilio y la sede social, al menos dejar la ventana abierta para prever paralelamente la aceptación de la utilización de otras formas de comunicación incluyendo la posibilidad de que el estatuto prevea el medio digital o a distancia para la celebración de reuniones, la validez de domicilios electrónicos y hasta una sede electrónica, porqué no.

A esta altura resulta un poco osado pensar que en nuestro ordenamiento sea viable la sede social virtual, pero no se descarta que en un futuro próximo sea contemplada, si tenemos en cuenta que en otras partes del mundo existen y alas DAO y la tecnología *blockchain* es un hecho.

constituye una de las manifestaciones más relevantes del -desafortunadamente- denominado *status socii*, ese conjunto de derechos y deberes que tipifican la posición del aportante frente a la sociedad comercial, los restantes socios y demás terceros que de un modo u otro se vinculan con el ente societario mediante un complejo entramado de relaciones patrimoniales derivado de la celebración del negocio constitutivo. Específicamente, la aludida facultad se presenta a modo de presupuesto necesario para permitir cabalmente el ejercicio de los demás derechos (de consecución y patrimoniales) y se proyecta fuertemente respecto de las decisiones que sobre su base pueden adoptarse, permitiendo determinar la dirección del consentimiento que expresará el socio no sólo en todo cuanto concierna a su interés particular sino que también adquiere relevancia a efectos de la formación de la voluntad social. ESCAPA GABAY LAURA MIREYA C/ COCA ADRIANA Y OTROS S/ ORDINARIO – CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL - SALA F - 24/05/2016 Barreiro – Ojea Quintana. Citar: elDial.com - AG4460 CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL.

Si pensamos que ya ni siquiera hace falta instalar softwares en ambientes hardware o infraestructura ubicada en la sede social, sino que hace ya tiempo existe el SaaS y la tecnología de la computación en la nube, de hecho, brindadas por compañías globales, entonces no parecería espantarnos tanto la idea de la prescindencia de la sede social, la pregunta que surge a partir de allí en todo caso es ¿estamos preparados?

Esto nos remite a un curioso concepto, el de la intangibilidad, por contraposición a lo físico o palpable que resulta la constitución de una sede física. Sin embargo, una arista poco abordada, seguramente por su nivel de complejidad, sobre esa intangibilidad es que, como explica Sueiro, *la evidencia digital es intangible, latente, volátil, duplicable y frágil o altamente sensible en su integridad e inalterabilidad. La razón de ello tal vez se deba a su origen en sí mismo. Más precisamente por tratarse de información almacenada en soportes electrónicos, donde su conductor o vehículo es la electricidad, y su traducción se realiza por medio de una interfaz de lenguajes, como el código binario en principio, hasta que aparece representado como texto, imagen, video, en las pantallas de los dispositivos digitales*⁹.

De allí que, podremos tal vez prescindir de la sede social física, pero no podrá prescindirse de los dispositivos de almacenamiento como pueden serlo las computadoras, tabletas o teléfonos móviles u otros soportes que vehiculicen o *decodifiquen la información codificada en diversos lenguajes informáticos, que utiliza como vehículo conductor la electricidad que se aloja o almacena en dispositivos electrónicos.*

9. SUEIRO, Carlos Cristian. La obtención de la prueba digital de la nube. Desafíos de servidores y centros de almacenamiento de datos sumergidos en el lecho oceánico y alojados en el espacio exterior. En GRANERO, H. Prueba Digital. elDial.libros. Albremática 2021. Págs. 355 y sgtes.

Bibliografía

FERNÁNDEZ, Liliana A. elDial.com - DC31C7. Publicado el 02/05/2023
Efectos del COVID-19 sobre los contratos civiles y comerciales : contrato de empresa, contrato de sociedad y contrato de seguro / Rodrigo Bustingorry... [et al.] ; dirigido

FRICK, Pablo. Efectos del COVID-19 sobre los contratos civiles y comerciales : contrato de empresa, contrato de sociedad y contrato de seguro / Rodrigo Bustingorry... 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Albremática, 2020. Libro digital, PDF Archivo Digital: descarga y online. ISBN 978-987-8343-20-4

\ 814 GRANERO, Horacio R. et al. Prueba digital E-mails, chats, SMS, WhatsApp, Facebook, filmaciones con teléfonos móviles, capturas de pantalla, contratos electrónicos, IA y otras tecnologías. Validez probatoria en el proceso civil, comercial, penal y laboral. coordinación General de Romina Alejandra Lozano... et al. 1ra. Ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Albremática, 2021.

GUELLER, Isidoro. Domicilio de las sociedades y su notificación. 24 de Febrero de 1992. REVISTA LA LEY Nro. 38, pág. 5. LA LEY S.A.E. e I. Id SAIJ: DACJ920175 en http://www.saij.gov.ar/doctrina/dacj920175-gueller-domicilio_las_sociedades_su.htm
<https://www.santafe.gov.ar/index.php/tramites/modul1/index?m=descripcion&id=147372>
https://www.justiciasantafe.gov.ar/index.php/comunicado_de_prensa/logro-historico-el-poder-judicial-de-santa-fe-completa-la-digitalizacion-de-la-justicia/

Cuadernos de Posgrados 2024
se terminó de diagramar, en el mes de
marzo de 2025.



FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES
Y POLÍTICAS



Universidad Nacional
del Nordeste