

LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Autor/a: Luis Eduardo Rey Vázquez

Tesis doctoral UDC / Año 2019

Director/a: Mirta Gladis Sotelo de Andreau

Tutor/a: Marta García Pérez

Programa de doctorado en Derecho Administrativo Iberoamericano



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

DOCTORANDO: LUIS EDUARDO REY VÁZQUEZ

DIRECTORA: DRA. MIRTA GLADIS SOTELO DE ANDREAU

TUTORA: DRA. MARTA GARCÍA PÉREZ

1. TÍTULO DE LA TESIS DE DOCTORADO

ESPAÑOL: “LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA”

INGLÉS: “CITIZEN PARTICIPATION IN PUBLIC ADMINISTRATION”

GALLEGO: “A PARTICIPACIÓN CIDADÁ NA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA”

2. RESUMEN DEL CONTENIDO

El tema de análisis es el relativo a la participación del ciudadano en la función administrativa, a través de los dos cauces generalmente postulados, a saber, la participación procedimental o tutelada (en el marco del procedimiento administrativo en forma previa al dictado del acto administrativo o reglamento) y la participación orgánica, merced a la incorporación del ciudadano individual o asociado, a través de sus representantes, en un órgano, generalmente colegiado, integrante de la estructura administrativa centralizada o descentralizada, tomando parte así de la expresión de la voluntad estatal.

En tal sentido, advertiremos que algo que ya estaba planteado de manera aislada o en alguna regulación comparada, hoy tiende a ser una realidad con carácter general, en virtud de que a través de distintas normas – algunas constitucionales - se garantiza a la persona la participación como un derecho fundamental. Al respecto, veremos cuáles son los

distintos mecanismos participativos, y cuáles los más idóneos según el objetivo, marcando que no todos son intercambiables sino que unos son más eficientes que otros a la hora de garantizar una efectiva participación.

The subject of analysis is on the involvement of citizens in the administrative function through two channels generally postulates, namely, procedural or supervised participation (under the administrative procedure to adjudication or rulemaking) and the organic participation, through the incorporation of the individual or associate citizen, through their representatives, in an organ, usually referee, member of the centralized or decentralized administrative structure, taking part and expression of the state will.

In this regard, we notice something that was already raised in isolation or compared to some regulation, today tends to be a reality in general, by virtue of using different standards - some constitutional - the person is guaranteed the participation as a fundamental right. In this regard, we will see what the various participatory mechanisms are, and what the most appropriate depending on the lens marking all are not interchangeable but some are more efficient than others in ensuring effective participation.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

1. Planteo Metodológico..... 11
2. Hipótesis 15
3. Acerca de lo que no se incluye en el presente trabajo..... 16

CAPÍTULO I

LA PARTICIPACIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL EN LA GESTIÓN PÚBLICA

I.- Preliminar 21

II.- Participación: Diferentes Significados..... 21

1. La denominada crisis de legitimación y el auge de la participación ciudadana..... 23
2. Democracia Deliberativa *versus* Principio Representativo. La democracia participativa..... 25
3. La Sociedad Civil *versus* el Estado..... 26
4. Acerca de los modos de participación ciudadana..... 28
 - 4.1. Participación procedimental..... 30
 - 4.2. Participación orgánica..... 32
 - 4.3. Diversas manifestaciones del Principio del debido proceso. El procedimiento previo como recaudo esencial de validez del acto..... 32
 - 4.4. Uno de los canales de participación procedimental. Las Audiencias Públicas.....36
 - 4.5. La Audiencia Pública frente a modificaciones tarifarias.....37
 - 4.6. Análisis somero de un pronunciamiento del STJ de Corrientes.....41
 - 4.7. Un supuesto de déficit participativo:
La Resolución ERAS N° 46/2014..... 44
5. El control social. Jurisprudencia de la CSJN Argentina.....47

III. Algunos casos sobre tarifas49

1. Incremento tarifario y resoluciones cautelares suspensivas.....50
2. El caso “CEPIS” en la CSJN. Tópicos salientes.....53

IV. Conclusiones.....56

CAPÍTULO II

UN CASO DE PARTICIPACIÓN ESPECIAL: LA RENEGOCIACIÓN DE CONTRATOS EN ARGENTINA.

I.	Introducción	59
II.	Antecedentes	61
III.	Declaración de Emergencia	66
	1. <i>Contratos Comprendidos</i>	68
	2. <i>Comisión de Renegociación</i>	70
	3. <i>Causales de exclusión del proceso de renegociación</i>	72
IV.	Consecuencias de las medidas adoptadas.....	74
V.	La cuestión tarifaria y la (ausente) participación de los usuarios... 	79
VI.	La fallida renegociación aeroportuaria	86
VII.	La posibilidad de sellar acuerdos parciales, sin sujeción a los marcos regulatorios originales	89
	1. <i>Pautas para la Renegociación de los Contratos de Servicios Públicos.....</i>	95
	2. <i>Reclamos de inversores extranjeros</i>	96
	3. <i>Aumentos Tarifarios Retroactivos como consecuencia de la culminación del proceso de renegociación. La Audiencia Pública como instrumento idóneo para la participación en el proceso de renegociación.....</i>	97
VIII.	Análisis crítico de los reclamos arbitrales efectuados por inversores extranjeros	99
IX.	Valoración crítica	113

CAPÍTULO III

PARTICIPACIÓN ORGÁNICA

I.	Las personas jurídicas públicas en el nuevo Código Civil y Comercial	117
II.	Las personas jurídicas. Públicas y Privadas	118
	1. <i>La regulación en el Código Civil de Vélez Sársfield (ley 340).....</i>	118
	2. <i>La reforma de la Ley 17.711</i>	119

3. <i>El Código Civil y Comercial (Ley 26.994)</i>	124
III. Personas Jurídicas Públicas. Estatales y No estatales	126
1. <i>Personas Públicas Estatales</i>	126
2. <i>Personas Públicas No Estatales</i>	130
2.1. Criterios para diferenciar personas públicas estatales y no estatales	131
2.1.1. <i>Sistema de la satisfacción de fines específicos del Estado</i>	131
2.1.2. <i>Sistema que atiende al origen del capital de la entidad</i>	131
2.1.3. <i>Sistema que atiende al encuadramiento orgánico de la entidad</i> ..	132
2.2. Caracterización de las personas públicas no estatales.....	132
2.3. Algunas personas públicas no estatales.....	138
3. <i>Personas jurídicas - públicas - que no fueron incluidas.</i>	
<i>Comunidades indígenas</i>	141
4. <i>Los Entes Binacionales e interestadales</i>	143
5. <i>El Derecho comparado. El caso de las Federaciones Deportivas</i>	145
IV. La Participación del Estado en Personas Jurídicas Privadas	148
V. Conclusiones	159

CAPÍTULO IV

EJERCICIO PRIVADO DE FUNCIONES PÚBLICAS

I. Concepto de Función Pública y de Funcionario Público	163
II. La Relación de Empleo Público en la Corte Suprema Argentina	166
1. Diferencias entre empleo público y privado	167
2. Empleo Privado. Reinstalación ante despidos discriminatorios ...167	
3. Rechazo de reinstalación por no configurarse discriminación167	
4. Aplicación de la LCT a Empleados Públicos.	
Necesidad de acto expreso	167
5. Naturaleza de la relación de empleo público	168
6. Estabilidad en el empleo público. Interpretación del art. 14 bis ..168	
7. Cese en período de prueba	169
8. Designación interina sujeta a concurso	170
9. Personal docente interino. Vencimiento del interinato	171
10. Personal contratado. Improcedencia de indemnización	171
11. Indemnización según LCT	172
12. Indemnización según Ley de Empleo Público	172

12.1. Diferencias entre los casos “Ramos” y “Madorrán”.....	173
12.2. Otros casos similares.....	173
13. Pasantías.....	175
14. Planta permanente no efectivizada.....	176
15. Revocación por ilegitimidad pase a planta sin concurso.....	176
16. Improcedencia pago de salarios caídos.....	177
17. Inaplicabilidad de la solidaridad del art. 30	
de la LCT al Estado.....	177
18. Competencia contencioso-administrativa, no laboral.....	177
19. Empleados de Sociedades del Estado. Aplicación de la LCT.	
Inaplicable doctrina “Madorrán”	178
20. Aplicación de los regímenes de incompatibilidades al personal de las	
sociedades estatales.....	179
21. Doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Huelga.	
Cesantía masiva.....	179
III. Jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de	
Corrientes sobre el tema.....	180
1. Ejercicio transitorio de un cargo superior (art. 26, ley 4067). <i>Ius</i>	
variandi. caso “Sarli”	180
2. Difieren de este último los casos “Gasparetti” y “Machado”...180	
3. Plan Jefes y Jefas de Hogar creado por decreto 565/2002.....182	
4. Ausencia de contratación formal.....185	
5. Inaplicabilidad del régimen laboral sin acto expreso que así lo	
disponga.....187	
6. Apartamiento del precedente “Vargas”	189
7. Caso “Gunther”. Diferencia con los casos “Ambrogio” y “Ramos” de	
la CSJN.....190	
IV. Algunos supuestos de ejercicio privado de funciones públicas	
1. Escribanos.....194	
2. Encargados de Seccionales de Registro Nacional de Propiedad del	
autonomor. Evolución jurisprudencial.....196	
3. Entes cooperadores. La denominada Administración concertada...198	
4. Los contratos públicos celebrados por sujetos ajenos a la organización	
estatal	
4.1. Caso “Schirato”.....205	

4.2.Caso “Pluspetrol”	208
-----------------------------	-----

CAPÍTULO V

OTROS MODOS DE PARTICIPACIÓN

I. Un modelo de participación ciudadana: el Plan estratégico participativo – PEP 2021 – de la provincia de Corrientes	211
1. Principales Aspectos del PEP.....	213
2. Red territorial	215
3. Conclusión	216
II. El Rol del Ciudadano Colaborador en la Contratación Administrativa.	
1. Preliminar	218
2. Algunos principios de la Contratación Pública	219
2.1.Principio de Legalidad en los contratos administrativos.....	219
2.2.El principio de buena fe en los contratos administrativos	221
2.3.Sometimiento voluntario al régimen jurídico.	
Doctrina de los actos propios.....	224
2.4.Relativización del principio del voluntario sometimiento a un régimen jurídico	227
2.5.Estándar agravado de valoración de las cualidades de oferentes y contratistas del Estado.....	229
3. Ampliación de sujetos legitimados	232
4. Conclusiones	234
III. La Exigibilidad de los Derechos Sociales Fundamentales: Amplitud de la Legitimación	235
1. Preliminar	235
2. Situaciones Jurídicas Subjetivas	236
2.1.Derecho subjetivo y acción	236
2.2.Existencia de caso, causa o controversia	237
2.3.Clasificaciones doctrinarias de situaciones jurídicas subjetivas	238
2.3.1. Tesis de la exclusividad y concurrencia	238
2.3.2. Tesis fundada en la distinción de las normas	238
2.3.3. Tesis de la utilidad garantizada	239
2.3.4. Tesis que apunta a la distinción entre facultades regladas y discrecionales	240

3. El interés simple, los derechos difusos y los derechos de incidencia colectiva.....	241
4. Algunos pronunciamientos del STJ correntino en derecho a la salud.....	243
5. La problemática de las acciones de clase	245
6. La titularidad de la pretensión en los procesos colectivos.....	248
6.1. Casos donde se ha rechazado la legitimación colectiva.....	252
6.2. Supuestos donde, no obstante reconocerse legitimación colectiva, la decisión adoptada resulta irrazonable.....	255
6.3. Reconocimiento de una legitimación amplia en supuestos de acceso a la información pública	257
6.4. Ley Nacional de Acceso a la Información Pública N° 27.275	260
7. Conclusiones	263

CAPITULO VI

LA PARTICIPACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

1. Unión Europea	267
2. España	269
3. Francia	271
4. Estados Unidos	272
5. América Latina	274
5.1. Perú	274
5.2. Venezuela	276
5.3. Bolivia y Ecuador	277
CONCLUSIONES	279
BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA	287

INTRODUCCIÓN

1. Planteo Metodológico.

En los últimos tiempos se ha venido postulando acerca de una nueva relación entre Estado-Sociedad, como un fenómeno global consistente en un mayor acercamiento de la sociedad civil, integrada por diversas organizaciones no gubernamentales, a la conformación de las decisiones relevantes que pudieran adoptar las Administraciones Públicas en sus distintos niveles¹.

“Se pretende de esta forma – se ha dicho - entender que la participación sirve al objetivo de salir al paso de la crisis de la legitimación del poder basada únicamente en la representación parlamentaria y dar un nuevo contenido a la funcionalidad de la soberanía popular, principalmente mediante la multiplicación del número de centros de decisión pública en los que se incorpore la voluntad social...”²

También se ha señalado que: “... En los últimos tiempos del Estado de bienestar y en los primeros años de la globalización se ha producido el incremento de la presencia de los ciudadanos en la toma de decisiones por medio de la participación. Hasta el punto de asumirse que la determinación y búsqueda del interés general no es exclusiva de los poderes públicos, sino que también corresponde hacerlo a lo que se ha llamado la «sociedad civil» y las organizaciones en que se vertebra aquella y en las que se socializan las personas...”³.

¹ El punto había sido tratado en su día por SOTELO DE ANDREAU, M.G., “Nuevas Fronteras y formas de Asociación entre el Sector Público y Sociedad”, en el libro *Estado, Derecho, Administración, Estrategias*, Talleres Gráficos del Nordeste Impresora, Resistencia, 1997, pp. 153-180. En fecha más reciente, puede verse el libro de ESTEVE PARDO, J., *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2013.

² FONT i LLOVET, T., “Algunas funciones de la idea de participación”, *REDA* núm. 45, enero-marzo, Año 1985, Civitas, Madrid, p. 45.

³ ALLÍ ARANGUREN, J.C., “Las nuevas formas de la actividad administrativa. Participación, ejercicio privado de funciones públicas y gestión privada de servicios públicos”, *REALA*, núm 302, septiembre-diciembre de 2006, INAP, Madrid, pp. 91-135, p. 91. Véase también del mismo autor, *Derecho Administrativo y Globalización*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

Dicho fenómeno, en numerosos casos, no pasa de ser una aspiración de los ciudadanos y de organizaciones del sector privado, no siempre acompañada de la iniciativa estatal, ni tampoco plasmada positivamente en normas jurídicas.

La Constitución Provincial correntina consagra, en su artículo 48 (de modo similar al art. 42 de la Constitución Nacional Argentina), por ejemplo, el derecho de los usuarios y consumidores a la participación, expresando que la legislación deberá prever el mecanismo de audiencias públicas, imponiendo asimismo la necesaria inclusión de los usuarios y de los municipios en los organismos de control y en la confección y modificación de los marcos regulatorios.

En tal sentido, enseñaba el profesor Comadira en un excelente artículo que “... se puede señalar que el administrado, considerado siempre como un colaborador de la autoridad administrativa, puede tomar parte en el ejercicio de la función administrativa, actuando de diversos modos durante el procedimiento administrativo que conduce a la emisión del acto, entendido éste en sentido lato, pero sin incorporarse a la estructura administrativa, o bien puede hacerlo insertándose en ésta de forma circunstancial o permanente. La primera se ha dado en llamar procedimental; la segunda orgánica... La primera, que podría denominarse participación tutelada, o participación propiamente dicha, se configuraría cuando el ordenamiento jurídico otorga al administrado el derecho, exigible en sede administrativa y judicial, de tomar parte como colaborador en el ejercicio de la función administrativa, sea en el procedimiento previo a la emisión del acto (entendido éste en sentido lato) y cualquiera sea la modalidad que su actuación asuma, pero sin que ella importe la integración a la estructura administrativa (participación procedimental); sea, en cambio, a través de su inserción, ocasional o permanente, en dicha estructura (participación orgánica)...”⁴

Respecto de la participación procedimental, los modos más conocidos son la audiencia pública y el documento de consulta. Sin embargo, así como la audiencia pública fue un mecanismo idóneo de participación en el contexto del proceso de renegociación contractual, se ha considerado que no resulta apto para discutir aspectos exclusivamente tarifarios, habida cuenta que existen otros mecanismos más plausibles para ello. Una de

⁴ COMADIRA, J.R., “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)”, *EDA*, 2005-400). Una obra clásica de ineludible análisis, es el libro del Profesor SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *La participación del ciudadano en la administración pública*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.

las razones por las cuales se considera no idónea a la Audiencia Pública para discutir aspectos tarifarios complejos, es que se requiere de una cierta calificación en el orador que dé cuenta de su cabal conocimiento de la materia discutida (Al respecto, la jurisprudencia ha sostenido que ... *en correspondencia con dichos objetivos debe asegurarse esta participación en condiciones adecuadas a fin de que las personas intervinientes resulten sujetos calificados con pleno conocimiento de las circunstancias debatidas y el objeto de la decisión puesta a su consideración*)⁵.

El Profesor Jaime Rodríguez Arana Muñoz ha expresado también que “la reforma del Estado actual hace necesario colocar en el centro de la actividad pública la preocupación por las personas, por sus derechos, sus aspiraciones, sus expectativas, sus problemas, sus dificultades, o sus ilusiones en un contexto de servicio objetivo al interés general”, dejando atrás el modelo de Estado intervencionista que acabó por ser un fin en sí mismo, como el gasto público y la burocracia. “Hoy más que nunca – agrega – hay que recordar que el Estado es de la gente, la burocracia es de la gente y que los intereses generales deben definirse con la activa participación de la gente”⁶.

En cuanto a la participación ciudadana en los procedimientos de elaboración de reglamentos, y en su caso, la revisión judicial, analizaré diversas obras clásicas en la materia, en especial, las de LAVILLA RUBIRA, entre otras⁷.

⁵ CNACAF, Sala III, “Consumidores Libres Cooperativa Limitada de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria y otro c/ Estado Nacional”, del 27 de abril de 2006. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* núm. 334, pp. 185/190.

⁶ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *Aproximación al Derecho Administrativo Constitucional*, Primera Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, p. 40.

Asimismo, para un análisis actualizado en el modelo europeo, se estudiarán las obras de AUBY, Jean Bernard, *La Globalización, el Derecho y el Estado*, Global Law Press, Derecho Global, Sevilla, 1ª. Edición 2012; BARNÉS, Javier (Editor), *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*, Global Law Press, Derecho Global, Sevilla, 1ª. Edición 2006, 2ª. Edición 2012; y BARNÉS, Javier (Editor), *La Transformación del Procedimiento Administrativo*, Law Press, Derecho Global, Sevilla, 1ª. Edición 2008, Edición Bilingüe Inglés-Español. Además de las siempre vigentes – para el derecho comparado – de BARNÉS, Javier (Coordinador), *El Procedimiento Administrativo en el Derecho Comparado*, Civitas, Madrid, 1993; y del mismo autor, *La Justicia Administrativa en el Derecho Comparado*, Civitas, Madrid, 1993; y *La Comunidad Europea, la Instancia Regional y la Organización de los Estados Miembros*, Civitas, Madrid, 1993.

⁷ LAVILLA RUBIRA, Juan José, *La Participación Pública en el Procedimiento de Elaboración de los Reglamentos en los Estados Unidos de América*, Civitas, Madrid, 1991, comparando los sistemas norteamericano y español, y que actualizara en LAVILLA RUBIRA, Juan José, “El procedimiento de elaboración de los reglamentos en la ley del gobierno doce años después”, *Revista Española de la Función Consultiva*, ISSN: 1698-6849, núm. 11, enero-junio (2009), págs. 17-29; también SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, “Sobre el procedimiento administrativo de elaboración de las normas”, *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 2 (julio - diciembre 2004), pp. 74-95.

Desde una visión crítica, se ha sostenido que las herramientas de participación ciudadana dejan mucho que desear; contrariando la premisa de que “el elemento central del proceso democrático es el procedimiento de la política deliberativa”⁸. Tanto los regímenes de elaboración participada de normas como las audiencias públicas — ambas reguladas en el ámbito federal argentino en una norma de jerarquía infralegal⁹— prácticamente no funcionan y cuando logran ser instrumentadas, la manipulación política las tornan ineficaces a los fines participativos y deliberativos. Por tales motivos, cuesta trabajo creer en la soberanía popular cuando las herramientas para materializarla son creadas, sancionadas, dictadas, puestas en marcha y manipuladas justamente por aquellos a quienes las mismas debieran obligar y limitar¹⁰.

Incluso se ha sostenido que constituye una variante de participación ciudadana el denominado Juicio por Jurados¹¹, existente en la Constitución Nacional Argentina desde su sanción en 1853, y que ha sido también contemplado en numerosas Constituciones

⁸ HABERMAS, JÜRGEN, *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Democracy*, Cambridge, MIT Press, 1996, p. 296.

⁹ Decreto N° 1172/2003, del 03-12-2003 (B.O. 04-12-2003). A través de dicha norma se aprueban los siguientes Reglamentos: “Artículo 1° — Apruébanse el “Reglamento General de Audiencias Públicas para el Poder Ejecutivo Nacional” que, como Anexo I forma parte integrante del presente y el “Formulario de Inscripción para Audiencias Públicas del Poder Ejecutivo Nacional” que se incluye como Anexo II del presente acto. Art. 2° — Apruébanse el “Reglamento General para la Publicidad de la Gestión de Intereses en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional” que, como Anexo III forma parte integrante del presente y el “Formulario de Registro de Audiencias de Gestión de Intereses” que se incluye como Anexo IV de la presente medida. Art. 3° — Apruébanse el “Reglamento General para la Elaboración Participativa de Normas” que, como Anexo V forma parte integrante del presente y el “Formulario para la Presentación de Opiniones y Propuestas en el Procedimiento de Elaboración Participativa de Normas” que se incluye como Anexo VI del presente acto. Art. 4° — Apruébase el “Reglamento General del Acceso a la Información Pública para el Poder Ejecutivo Nacional” que, como Anexo VII forma parte integrante del presente. Art. 5° — Apruébase el “Reglamento General de Reuniones Abiertas de los Entes Reguladores de los Servicios Públicos” que, como Anexo VIII forma parte integrante del presente”.

¹⁰ DIANA, Nicolás; BONINA, Nicolás, “La senda del Derecho Administrativo en la jurisprudencia de la CSJN Argentina”, *La Ley*, Sup. Adm.2010 (agosto), 40.

¹¹ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, 8ª edición, Civitas, Madrid, 2002, p. 84. Sostienen los autores que: “... La tradición constitucional había justificado una concentración del principio representativo popular en el poder legislativo, de donde, a través del papel predominante de la Ley como producto del mismo, irradiaba a los otros poderes, ordenados a su aplicación y ejecución. Esto no obstante, así como la institución del Jurado, recibida de la práctica inglesa, suponía una intervención ciudadana en la función de juzgar, así el control parlamentario de la Administración (en el sistema europeo originario o no presidencialista), y sobre todo, el reconocimiento frecuente en la parte dogmática de las Constituciones de las «libertades comunales» o municipales, legalizaba también una específica participación ciudadana en el funcionamiento administrativo, siquiera fuera indirecta o limitada...”

provinciales y funciona ya en diversas provincias, como Buenos Aires, Córdoba, Neuquén, Chaco y Río Negro¹².

2. Hipótesis

El principio de participación ciudadana en la Administración Pública, en cualquiera de sus cauces, debe conciliarse con el principio representativo y democrático que expresa “el pueblo no delibera ni gobierna sino a través de sus representantes”. Por lo tanto, para que el primero no colisione con el segundo, es necesario hallar un justo equilibrio entre ambos, pues se corre el riesgo de que se termine suplantando la democracia por la decisión de grupos de interés autoritarios. Como señala un autor que ocurre la paradoja creada cuando la gobernanza reemplaza al gobierno “... maximizando la transparencia y la participación de los interesados, minimiza la transparencia y la participación de los desinteresados. El proceso de comitología de la Unión Europea nos da otro ejemplo útil. Mientras que prácticamente cualquier grupo de interés puede participar en un comité, los ciudadanos europeos generalmente incluso ignoran que los comités existen. Si son conscientes de la existencia de los comités, normalmente no saben qué asuntos competen a cada comité, o cuándo, con qué frecuencia, o dónde. No conocen los nombres de los miembros del comité y, si los conocieran, no sabrían quiénes son, a quién representan, o ante quién son responsables. Los medios de comunicación no cubren los resultados de las deliberaciones de los comités, que, al fin y al cabo, sólo aclaran detalles relacionados con asuntos regulados por el Consejo meses o años antes. Así pues, mientras el proceso de comitología es extremadamente transparente y participatorio para todos aquellos que están realmente implicados en él, y mientras que muchos de los que participan en él están fuera del gobierno, continúa siendo un proceso altamente opaco y no participativo para los ciudadanos votantes...”¹³

¹² <https://www.infobae.com/sociedad/policiales/2018/10/13/solo-en-cinco-provincias-hay-juicio-por-jurados/>, consultado el 11-11-2018.

¹³ Shapiro, Martín, “Un Derecho Administrativo sin límites: Reflexiones sobre el gobierno y la gobernanza”, en CERRILLO i MARTÍNEZ, Agusti (Coordinador), *La Gobernanza Hoy: 10 Textos de Referencia*, INAP, Madrid, 2005, pp. 203-211, en especial p. 207

O, como advertía HOBBS, bajo el rótulo “*Initiurn civitatis est jus maioris numeri consentientis*”¹⁴, que “... para que haya un comienzo de institución del Estado, cada miembro de la multitud debe consentir con los demás en que la voluntad de la mayoría se considere como la voluntad de todos en los asuntos que alguien propone en la asamblea. Pues, sin ello, una multitud nunca resolverá nada, dada la diversidad de caracteres y deseos de los individuos que la componen. Y, si alguien rehúsa su acuerdo, los demás, excluyéndole, no dejarán por eso de constituir entre sí un Estado ...”

Adecuado en sus justos contornos, analizaré los diferentes modos de participación, señalando cuáles son más idóneos según las circunstancias, para garantizar una más efectiva participación ciudadana, sin desmedro del sistema democrático, o en su caso, conciliando con la denominada “democracia deliberativa”¹⁵.

La intención que me anima es construir una formulación más bien dogmática que casuística, a modo de teoría general, que pueda erigirse en una obra aplicable independientemente de las normas que, coyuntural y circunstancialmente se encuentren en vigor, aún cuando efectúo referencias normativas, pero no con pretensión de exhaustividad ni de ceñirme al modelo actual o histórico, sino como manera de ir validando las formulaciones teóricas.

3. Acerca de lo que no se incluye en el presente trabajo

El trabajo, así planteado, quedará reducido al análisis de los principales mecanismos de participación ciudadana en la gestión pública o en las funciones administrativas, dejando de lado los mecanismos de participación políticas propiamente dichas, tanto a través de los partidos políticos (quienes, en Argentina, monopolizan la postulación de candidaturas

¹⁴ HOBBS, Thomas, *De Cive (Del Ciudadano)*, Estudio Preliminar de Richard Tuck, Traducción del estudio preliminar de Sebastián Martín, Traducción de De Cive de André Catrysse, Tecnos, Madrid, 2014, p. 116. Finaliza el punto expresando “De ahí que el Estado conserva su derecho originario contra quien disiente, es de cir, el derecho de guerra como contra un enemigo”.

¹⁵ Explica GARGARELLA que al hablar de “minorías”, el sesgo “contra-mayoritario” que caracterizaría a la Constitución norteamericana, nos habla de un generalizado (y discutible) presupuesto, propio de la clase dirigente de la época: las mayorías no están capacitadas, por sí solas, a tomar decisiones adecuadas, en materias de interés público. Este tipo de supuestos deberían resultarnos hoy más bien contraintuitivos. Hoy, según entiendo, compartimos la idea de que la discusión pública contribuye a enriquecer (y no a “viciar”) el proceso de toma de decisiones...”. (GARGARELLA, Roberto, *Crisis de representación política*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Distribuciones Fontamara, México, 1997 (1ª reimpresión 2002), p. 29).

para cargos electivos de gobierno)¹⁶, como otros modos de democracia semidirecta previstos tanto en la Constitución Nacional, como en diversas Constituciones provinciales y leyes y cartas orgánicas municipales, como son: la iniciativa popular¹⁷, el *referendum* o consulta popular¹⁸, sin dejar de reconocer que constituyen modos de democracia participativa muy utilizados tanto en Argentina¹⁹, como en el resto del mundo, especialmente en América²⁰ como en Europa²¹. Inclusive existen antecedentes donde se utilizaron mecanismos participativos novedosos que engloban en parte dichos mecanismos²².

¹⁶ Constitución de la Nación Argentina (1994), “Artículo 38.- *Los partidos políticos son instituciones fundamentales del sistema democrático.*

Su creación y el ejercicio de sus actividades son libres dentro del respeto a esta Constitución, la que garantiza su organización y funcionamiento democráticos, la representación de las minorías, la competencia para la postulación de candidatos a cargos públicos electivos, el acceso a la información pública y la difusión de sus ideas.

El Estado contribuye al sostenimiento económico de sus actividades y de la capacitación de sus dirigentes. Los partidos políticos deberán dar publicidad del origen y destino de sus fondos y patrimonio”.

¹⁷ Constitución de la Nación Argentina (1994), “Artículo 39.- *Los ciudadanos tienen el derecho de iniciativa para presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados. El Congreso deberá darles expreso tratamiento dentro del término de doce meses.*

El Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, sancionará una ley reglamentaria que no podrá exigir más del tres por ciento del padrón electoral nacional, dentro del cual deberá contemplar una adecuada distribución territorial para suscribir la iniciativa.

No serán objeto de iniciativa popular los proyectos referidos a reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal”.

¹⁸ Constitución de la Nación Argentina (1994), “Artículo 40.- *El Congreso, a iniciativa de la Cámara de Diputados, podrá someter a consulta popular un proyecto de ley. La ley de convocatoria no podrá ser vetada. El voto afirmativo del proyecto por el pueblo de la Nación lo convertirá en ley y su promulgación será automática.*

El Congreso o el presidente de la Nación, dentro de sus respectivas competencias, podrán convocar a consulta popular no vinculante. En este caso el voto no será obligatorio.

El Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, reglamentará las materias, procedimientos y oportunidad de la consulta popular”.

¹⁹ En Argentina se realizó un plebiscito nacional no vinculante el domingo 25 de noviembre de 1984 con el fin de obtener el parecer de la ciudadanía respecto a aceptar o rechazar el Tratado de Paz y Amistad firmado con Chile para resolver el Conflicto del Beagle, luego de la mediación de la Santa Sede.

²⁰ Recientemente, en Colombia fue utilizado para poner fin al conflicto armado con las FARC, con resultado negativo.

²¹ El 23 de junio de 2016 se celebró en el Reino Unido y en Gibraltar un referéndum sobre la permanencia del Reino Unido en la Unión Europea, conocido popularmente como BREXIT.

Por su parte, en España se ha celebrado el referéndum de independencia de Cataluña de 2017 —también conocido por el numerónimo 1-O— fue un referéndum de autodeterminación convocado por el Gobierno de Cataluña, suspendido por el Tribunal Constitucional el 7 de septiembre de 2017.

²² Por ejemplo, lo resuelto por la CSJN, 15-10-2001, en autos “Othaz, Miguel A. c/Municipalidad de Neuquen”, *La Ley*, 2002-A, 954, con comentario laudatorio de GORDILLO, Agustín, “Licitación pública,

Tampoco me ocuparé de los supuestos de “protesta social”, rótulo que engloba diferentes vías de hecho con cortes de calles, rutas, toma de establecimientos públicos, etc., pues constituyen canales no formalizados de participación, aún cuando son suficientemente considerados por calificada doctrina²³. Omitiré asimismo explayarme hacia los denominados modelos “populistas”, que han sido suficientemente estudiados por la sociología o filosofía política²⁴, pero que exceden las pretensiones del presente.

De igual modo, no analizaré los supuestos de participación ciudadana en procesos judiciales (salvo los supuestos de legitimación colectiva que sí analizo), donde encontramos tanto la celebración de Audiencias públicas en casos de relevante interés público²⁵, como a la figura de los *amicus curiae* (amigos del tribunal)²⁶ que en ambos casos se han incorporado tanto por la Corte Federal como por los Máximos Tribunales provinciales de Argentina²⁷, aun cuando existen antecedentes de tribunales inferiores²⁸.

Por lo tanto, la presente tesis quedará ceñida a los mecanismos de participación procedimental y orgánica más utilizados en Argentina, compartiendo allí el fundamento teórico por el cual se ha utilizado en otros países, efectuando en cada caso una valoración crítica de tales institutos, para luego culminar con una referencia separada a lo acontecido en el derecho comparado.

audiencia pública, refrendo, participación popular y prestación de servicios públicos”, *La Ley* 2002-A, 954, AR/DOC/20539/2001, donde expresa el autor: “... Para colmo de males, el Concejo Deliberante de un municipio constitucionalmente autónomo y de primera categoría ideó en la especie una forma impecable de participación ciudadana, resolviendo convocar a un referendo entre todos los habitantes para resolver esa contratación directa del servicio a los propios habitantes, por los propios habitantes, para los propios habitantes. Definición impecable de democracia en funcionamiento...”

²³ GARGARELLA, Roberto, *Carta abierta sobre la intolerancia. Apuntes sobre derecho y protesta*, Siglo XXI Editores, 2ª Edición ampliada, Buenos Aires, 2015. Entiende el autor que “... la protesta merece una protección (antes que un rechazo) muy especial, dada su contribución al debate democrático” (p. 159).

²⁴ Desde el Derecho Administrativo, no obstante, resulta destacable el libro de CASSAGNE, Juan Carlos, *El Estado Populista*, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2017.

²⁵ CSJN, Acordada N° 30/2007 del 5-11-2007. Últimamente, dio inicio el 7-11-2018 a una audiencia pública en la causa CSJ 118/2017/RH1 “Farmacity S.A. c/Fisco de la Provincia de Buenos Aires y otro s/pretensión anulatoria -recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, donde expusieron diversos expertos como “amigos del tribunal” (<http://www.cij.gov.ar/nota-32386-Comenz--ante-la-Corte-Suprema-una-audiencia-p-blica-en-la-causa--Farmacity-.html>).

²⁶ CSJN, Acordada N° 28/2004, del 14-07-2004.

²⁷ STJ Corrientes, Acuerdo 33/08 (punto 19), “Amicus curiae”; Acuerdo N° 36/2007 del 26-11-2007, “Audiencias públicas”.

²⁸ Al respecto, Juzgado Provincial de Primera Instancia, en lo Civil y Comercial de 48ª Nominación de la ciudad de Córdoba, 26-08-2004, “La Voz del Interior S.A. c/ Ente Regulador de los Servicios Públicos (ERSeP) s/ amparo”, con comentario de RODRÍGUEZ VILLAFANE, Miguel Julio, “La participación de la sociedad civil en la justicia y el amici curiae”, publicado en *RAP BA* N° 20, pp. 35/38.

CAPÍTULO I

LA PARTICIPACIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL EN LA GESTIÓN PÚBLICA

I.- Preliminar

En el presente análisis, me propongo analizar el basamento teórico de la creciente idea participativa de los ciudadanos en la función administrativa, sus causas, su vinculación con la idea democrática, y finalmente, la relación habida entre el ciudadano, la sociedad civil y el Estado, para arrojar luego algunas conclusiones preliminares.

La temática escogida constituye un nuevo modo de concebir al Derecho Administrativo, donde la otrora concepción de la potestad o prerrogativa pública de que daban cuenta los clásicos maestros de la disciplina (principalmente SANTI ROMANO y HAURIOU), va dando lugar a una visión cooperativa entre el Estado y los ciudadanos en busca del consenso, al menos en aquellas decisiones relevantes que impactan en la vida de aquéllos y de la sociedad civil²⁹.

El replanteamiento de las relaciones Estado-Sociedad y la creciente participación privada³⁰ en la gestión pública que la nueva visión supone, tiene como centro a la persona en su rol como parte de la sociedad civil, y en sus relaciones con el Estado.

II.- Participación: Diferentes Significados.

Se ha sostenido que la participación administrativa puede ser abordada como un problema “socio-político”, típico del capitalismo tardío, directamente ligado a la problemática del

²⁹ Sería muy extenso citar a todos los autores que dan cuenta de tal circunstancia. Simplemente cito a BALBÍN, Carlos F. (2011), quien expresa que “... el derecho administrativo actual no es simplemente un derecho unilateral o impuesto como sí lo fue en sus orígenes, sino que poco a poco va incorporando más instrumentos o herramientas de participación e incluso en ciertos casos de negociación y consenso con sus destinatarios. La participación es importante desde la perspectiva de la eficacia y eficiencia del orden jurídico toda vez que ésta aumenta la confianza en las instituciones y, consecuentemente, la legitimidad, el consenso y el cumplimiento de las decisiones estatales” (*Tratado de derecho administrativo*, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, pp. 366-376). Hace referencia el autor al Decreto dictado por el Poder Ejecutivo Nacional de Argentina N° 1.172/2003 (B.O. del 04-12-2003), por el que se aprueban diversos reglamentos de participación ciudadana y acceso a la información pública.

³⁰ Tomo la denominación que efectúa el Profesor MEILÁN GIL, José L. (2014), en el apartado VII, p. 724, de su trabajo titulado “Sobre la revisión del Derecho Administrativo”, en el Libro *Cuestiones actuales del Derecho Público, Estudios en homenaje a la Dra. Irmgard Lepenies*, Bubok Publishing S.L., Impreso en España, 1ª edición, pp. 699-743.

Estado social y a sus diferentes interpretaciones³¹, dentro del cual se encuentra una concepción tecnocrática que parte de las insuficiencias del tipo de dominación burocrático weberiano para ofrecer una respuesta eficaz a las exigencias de la Administración moderna, lo que exige un cambio de método de acción administrativa, reemplazando la “autoridad” por la “negociación”, así como un cambio de estructuras administrativas³².

También puede analizársela desde un punto de vista jurídico, atalaya desde la cual significa etimológicamente “tomar parte en la elaboración de las decisiones formalizadas como funciones administrativas”, dentro del cual, se puede dividir inicialmente en: participación interna, participación externa y participación interorgánica o intersubjetiva³³. A su vez, podemos subdividirla en participación: procedimental, consultiva, negociación, orgánica y los casos conocidos como de democracia directa (*referéndum*, iniciativa popular)³⁴.

Paralelamente, la participación administrativa en sentido estricto se encuentra estrechamente ligada a lo que SÁNCHEZ MORÓN denominara la “redefinición de los intereses jurídicos”³⁵, producto de la aparición de los derechos o intereses difusos o colectivos, o como los denomina la Constitución Nacional argentina, “derechos de incidencia colectiva”³⁶, así como por la heterogeneidad de los intereses públicos.

³¹ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (1980), *La Participación del Ciudadano en la Administración Pública*, Estudios de Administración, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 59, citando a GARCÍA PELAYO.

³² SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (1980), *La Participación...*, ob. cit., pp. 67-68.

³³ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (1980), *La Participación...*, ob. cit., pp. 102-103 y ss.

³⁴ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (1980), *La Participación...*, ob. cit., p. 107.

³⁵ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (1980), *La Participación...*, ob. cit., pp. 111 y ss.

³⁶ Conforme a la interpretación efectuada por la CSJN Argentina a partir de la causa: “Halabi, Ernesto c/P.E.N. -ley 25.873 dto. 1563/04- s/amparo-ley 16.986” del 24-02-2009, Fallos 332:111, y últimamente en los casos “CIPPEC c. Estado Nacional - Ministerio de Desarrollo Social” del 26/03/2014, y “Asociación Derechos Civiles c. EN-PAMI – (dto. 1172/03) s/amparo ley 16.986”, del 4-12-2012. En esta última sostuvo en su Considerando 3º que “... el principio de publicidad de los actos de gobierno constituye uno de los pilares de todo gobierno republicano y ese derecho, si bien no enumerado expresamente en la Constitución Nacional, había sido reconocido por este Tribunal como un derecho de naturaleza social que garantiza a toda persona -pública o privada, física o jurídica- el conocimiento y la participación en todo cuanto se relaciona con los procesos gubernamentales, políticos y administrativos y se evidencia en la obtención de información de datos públicos. Además agregó con cita de los tratados internacionales relacionados con la materia, que, en el sub lite, el demandado no había acreditado la existencia de restricciones legales a fin de justificar su omisión...”.

Finalmente, y sin intenciones de agotar la enumeración, se puede apreciar la participación desde el punto de vista de los sujetos, y así dividirla en participación individual o colectiva³⁷.

1. La denominada crisis de legitimación y el auge de la participación ciudadana.

Una exigencia de estos tiempos es una mayor participación de los ciudadanos en la Administración Pública. Recientemente, los profesores españoles RIVERO YSERN Y RODRÍGUEZ-ARANA han enfatizado el punto sosteniendo que “... para la transformación del Estado, de la Administración y del Ordenamiento Jurídico, la participación ciudadana es fundamental. Sin participación ciudadana no hay reforma democrática, todo lo más ilusiones o quimeras...”³⁸.

Se ha venido postulando en los últimos lustros acerca de una nueva relación entre Estado-Sociedad, como un fenómeno global consistente en un mayor acercamiento de la sociedad civil, integrada por diversas organizaciones no gubernamentales, a la conformación de las decisiones relevantes que pudieran adoptar las Administraciones Públicas en sus distintos niveles³⁹.

“Se pretende de esta forma – se ha dicho - entender que la participación sirve al objetivo de salir al paso de la crisis de la legitimación del poder basada únicamente en la representación parlamentaria y dar un nuevo contenido a la funcionalidad de la soberanía popular, principalmente mediante la multiplicación del número de centros de decisión pública en los que se incorpore la voluntad social...”⁴⁰.

³⁷ SÁNCHEZ MORÓN, M., *La Participación...*, ob. cit., pp. 139-164.

³⁸ RIVERO YSERN, Enrique y RODRÍGUEZ ARANA, Jaime (2014), *Con Miras al Interés General*, Impreso en España por *Bubok Publishing S.L.*, p. 9.

³⁹ El punto había sido tratado en su día por SOTELO DE ANDREAU, Mirta G (1997)., “Nuevas Fronteras y formas de Asociación entre el Sector Público y Sociedad”, en el libro *Estado, Derecho, Administración, Estrategias*, Talleres Gráficos del Nordeste Impresora, Resistencia, pp. 153-180. En fecha más reciente, puede verse el libro de ESTEVE PARDO, José (2013), *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo.

⁴⁰ FONT i LLOVET, Tomás, “Algunas funciones de la idea de participación”, *REDA* núm. 45, enero-marzo, Año 1985, Civitas, Madrid, p. 45 y ss.

Conforme sostuviera en su día MUÑOZ MACHADO, "... el ciudadano ya no interviene sólo, según era tradicional, para defender sus personales intereses, sino para tomar parte en las decisiones que afectan a la comunidad en que vive"⁴¹.

El Profesor Jaime RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, por su parte, ha expresado también que "la reforma del Estado actual hace necesario colocar en el centro de la actividad pública la preocupación por las personas, por sus derechos, sus aspiraciones, sus expectativas, sus problemas, sus dificultades, o sus ilusiones en un contexto de servicio objetivo al interés general", dejando atrás el modelo de Estado intervencionista que acabó por ser un fin en sí mismo, como el gasto público y la burocracia. "Hoy más que nunca – agrega – hay que recordar que el Estado es de la gente, la burocracia es de la gente y que los intereses generales deben definirse con la activa participación de la gente"⁴².

Tales ideas son las que demandan una más activa consideración del ciudadano antes de la toma de decisiones relevantes, convocándolos activamente a participar en el diseño de las políticas públicas, insertándolos muchas veces en el seno de las organizaciones estatales, tanto con funciones consultivas como decisorias, todo lo que redundaría en la necesidad de brindar legitimación a decisiones estatales, en especial de titulares de órganos ejecutivos que no son elegidos por el voto popular, como ser Ministros o titulares de entes descentralizados⁴³.

Ello atendiendo a que muchas de las decisiones tomadas por los representantes del pueblo – legisladores – se limitan a marcar los grandes trazos de las políticas, efectuando luego grandes delegaciones legislativas al órgano ejecutivo para de ese modo no asumir el costo político⁴⁴, eludiendo consecuentemente la responsabilidad que resulta crucial para el

⁴¹ MUÑOZ MACHADO, Santiago, "Las Concepciones del Derecho Administrativo y la idea de Participación en la Administración", *RAP* núm. 84, 1977, p. 519, en especial p. 532.

⁴² RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime (2009), *Aproximación al Derecho Administrativo Constitucional*, Primera Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 40.

⁴³ ELY, John H. (1997), *Democracia y Desconfianza*, Traducción de M. Ortiz, Universidad de los Andes, Bogotá. Expone el autor – pp. 161-162 – que "... gran parte de la ley es elaborada entonces efectivamente por las legiones de administradores no elegidos, sobre quienes recae el deber de dar un significado operativo a las amplias delegaciones contenidas en los estatutos. El punto no es que tales "burócratas sin rostro" necesariamente hagan mal trabajo como nuestros legisladores efectivos. Es más bien que no son elegidos ni reelegidos, y sólo son controlados espasmódicamente por funcionarios que sí lo son", en alusión al Presidente y Vicepresidente que son los únicos funcionarios elegidos en la rama ejecutiva federal norteamericana..." (de modo similar al caso argentino).

⁴⁴ Con aguda elocuencia expone ELY lo siguiente: "... ¡Cuánto más cómodo debe ser votar sencillamente a favor de un decreto que exija automóviles seguros, aire puro o no discriminación, y dejar a otros la tarea de dar cuerpo a lo que tal mandato pueda significar! Cuánto más seguro también! ... parece ser que en la mayor parte de las decisiones difíciles, nuestros representantes, astutamente, prefieren no verse obligados a votar y ser contados, sino más bien dejar que algún burócrata de la rama ejecutiva, o quizás alguna

funcionamiento de una república democrática; por lo tanto, constituye una exigencia brindar una mayor participación ciudadana en el diseño y elaboración de reglamentos⁴⁵.

2. Democracia Deliberativa versus Principio Representativo. La democracia participativa.

El principio de participación ciudadana en la Administración Pública, en cualquiera de sus cauces, debe conciliarse con el principio representativo y democrático que expresa “el pueblo no delibera ni gobierna sino a través de sus representantes”⁴⁶. Por lo tanto, para que el primero no colisione con el segundo, es necesario hallar un justo equilibrio entre ambos, pues se corre el riesgo de que se termine suplantando la democracia por la decisión de grupos de interés autoritarios⁴⁷.

Adecuado en sus justos contornos, los diferentes modos de participación deberán utilizarse según las circunstancias para garantizar una más efectiva participación ciudadana, sin desmedro del sistema democrático, o en su caso, conciliando con la denominada “democracia deliberativa”⁴⁸.

comisión reguladora independiente, reciba el inevitable fuego político...”. (ELY, John H. (1997), *Democracia*, ob. cit., p. 162).

⁴⁵ Cfr., ELY, John H. (1997), *Democracia*, ob. cit., p. 162.

⁴⁶ Así, la Constitución Nacional Argentina expresa en su Artículo 22.- “El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición”.

⁴⁷ SHAPIRO, Martín (2005), “Un Derecho Administrativo sin límites: Reflexiones sobre el gobierno y la gobernanza”, en CERRILLO i MARTÍNEZ, Agustí (Coordinador), *La Gobernanza Hoy: 10 Textos de Referencia*, INAP, Madrid, pp. 203-211, en especial p. 207, expresa acerca de la paradoja creada cuando la gobernanza reemplaza al gobierno “... maximizando la transparencia y la participación de los interesados, minimiza la transparencia y la participación de los desinteresados. El proceso de comitología de la Unión Europea nos da otro ejemplo útil. Mientras que prácticamente cualquier grupo de interés puede participar en un comité, los ciudadanos europeos generalmente incluso ignoran que los comités existen. Si son conscientes de la existencia de los comités, normalmente no saben qué asuntos competen a cada comité, o cuándo, con qué frecuencia, o dónde. No conocen los nombres de los miembros del comité y, si los conocieran, no sabrían quiénes son, a quién representan, o ante quién son responsables. Los medios de comunicación no cubren los resultados de las deliberaciones de los comités, que, al fin y al cabo, sólo aclaran detalles relacionados con asuntos regulados por el Consejo meses o años antes. Así pues, mientras el proceso de comitología es extremadamente transparente y participatorio para todos aquellos que están realmente implicados en él, y mientras que muchos de los que participan en él están fuera del gobierno, continúa siendo un proceso altamente opaco y no participativo para los ciudadanos votantes...”

⁴⁸ Una exposición acabada del concepto se encuentra en la obra de NINO, Carlos Santiago (1997), *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, Gedisa, Madrid.

La temática ha sido tratada desde diferentes enfoques, que van desde los tradicionales, que consideran al ciudadano administrado como un “colaborador” en la elaboración de la decisión administrativa⁴⁹, dentro del procedimiento administrativo tradicional o de primera generación, integrando asimismo su garantía del debido proceso adjetivo⁵⁰.

Paralelamente, el Ciudadano es también usuario y consumidor, postulándose su derecho a la participación en tal calidad en los organismos de control de los servicios públicos y actividades reguladas, sea ya en forma individual como colectiva a través de asociaciones, en defensa de los derechos de segunda o tercera generación, entre los que se ubica el derecho a un medio ambiente sano y equilibrado para las generaciones presentes y futuras⁵¹.

Pero como la deliberación no implica una verdadera cooperación ni una transferencia del poder de decisión, la idea de participación aborda una nueva dimensión, que es precisamente la de la democracia participativa⁵², que engloba los distintos mecanismos de democracia semidirecta, como el *referéndum*.

Señala CHEVALLIER que amén de los procedimientos clásicos de consulta a los representantes de los distintos grupos de interés, o incluso de concertación con ellos, “se observa el desarrollo de fórmulas más directas de asociación de los administrados al ejercicio de las responsabilidades administrativas, mediante la llamada colaboración activa del usuario, su presencia en los órganos deliberantes de los servicios públicos o la delegación pura y simple de algunas tareas administrativas a gestores privados; la administración utiliza así de sobra el enlace asociativo para garantizar la gestión de algunos servicios, en particular en materia social y cultural”⁵³.

3. La Sociedad Civil *versus* el Estado.

⁴⁹ Sobre el punto ha señalado la Corte Suprema de la Nación Argentina que “...el contratista debe comportarse con diligencia, prudencia y buena fe, habida cuenta de su condición de colaborador de la administración en la realización de un fin público...” (CSJN, 18-07-2002, “Actuar Agrupación Consultores Técnicos Universitarios Argentinos S.A. y otros v. Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado”, Fallos 325:1787, Considerando 10°) *in fine*.

⁵⁰ Vgr., Art. 1°, inc. f) de la Ley 19.549 de Procedimientos Administrativos Nacional de Argentina.

⁵¹ Cfr., Artículos 41, 42 y 43 de la Constitución Nacional Argentina.

⁵² CHEVALLIER, Jacques (2014), *El Estado posmoderno*, Traducción de O. Pérez, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 339 y ss.

⁵³ CHEVALLIER, Jacques (2014), *El Estado...*, op. cit., p. 344.

Asimismo, en virtud a una nueva relación Estado-Sociedad civil, y siendo el ciudadano integrante de esta última, está llamado también a participar en el diseño de las políticas públicas, tanto desde fuera como desde el seno de la propia estructura administrativa, resultando abundantes los textos que abordan dicho extremo⁵⁴, no sólo desde una visión revisora *ex post*, sino también involucrándose en el proceso de elaboración de aquéllas⁵⁵.

Respecto al concepto de ciudadano, cabe referir que es superador del anterior concepto de “administrado”⁵⁶, pues de sujeto pasivo destinatario de regulaciones unilaterales, pasa a ser un sujeto que dispone de una serie de derechos frente a la Administración, ciudadanía administrativa que no se limita por la condición de la nacionalidad, sino que beneficia también a los extranjeros⁵⁷.

En punto a la noción de “sociedad civil”, se ha señalado que “... no puede excluir al Estado, pero tampoco identificarse con él. A su vez, la noción de sociedad no puede identificarse con los individuos que la componen e integran, pero tampoco reducirse a una dimensión aparte de los mismos⁵⁸... Respecto al Estado, la sociedad puede articularse autárquicamente como aquél conjunto de influencias estructurantes que los diversos intereses colectivos despliegan interactivamente, confluyendo, cooperando,

⁵⁴ Especialmente, puede verse el elaborado por la OCDE (2006), *Evaluación de la Participación Pública en la Elaboración de Políticas Públicas*, Traducción de M. J. Burgos, INAP, Madrid.

⁵⁵ Resulta esclarecedor asimismo el artículo de ROSE-ACKERMAN, Susan, “El Derecho Administrativo y la legitimidad democrática: confrontando el poder ejecutivo y el Estado contractual”, *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, núm. 43, (Feb. 2009), Caracas, donde expresa – entre otros puntos – que el Derecho Administrativo necesita crear instituciones mediadoras que le den al pueblo, a los grupos de la sociedad civil, empresariales y sindicales, canales establecidos que les permitan entregar *inputs* y demandar justificaciones cuando se elaboran políticas públicas.

⁵⁶ No desconocemos que, también con buenas razones, el profesor DELPIAZZO ha sostenido contrariamente que “...la noción de administrado tiene una fuerza expansiva en la medida en que abarca no sólo a los individuos en sus relaciones con la Administración sino también a las proyecciones del hombre en su dimensión social, tal como ocurre con la familia y las empresas en sus distintas configuraciones jurídicas, además de otras organizaciones personificadas y no personificadas. Por eso, bien se ha dicho que “el de administrado es un concepto complejo, que engloba a las personas físicas o naturales, es decir, a los particulares, a las personas jurídicas de derecho privado y a aquellas organizaciones que no tienen personalidad reconocida, pero que, sin embargo, pueden actuar en el mundo del derecho” (DELPIAZZO, Carlos E., “Reflexión sobre los deberes del administrado”, RDA 2015-97-121, AP/DOC/1707/2014).

⁵⁷ CHEVALLIER, Jacques (2014), *El Estado...*, ob. cit., p. 392 y ss.

⁵⁸ ELSTER, Jon, *El cemento de la Sociedad. Las paradojas del orden social*, Gedisa, Sevilla, 4ª reimpresión, 2006. Sostiene en la p. 282 que “No son las sociedades las que entran en interacción entre sí, sino que lo hacen sólo los individuos”.

reconduciéndose, polarizándose, reequilibrándose en la influencia de las diversas tensiones polarizadas culturalmente en cada momento...”⁵⁹.

De una manera harto simplificada, podemos expresar que la línea divisoria entre la sociedad y el Estado comenzó a conformarse con las declaraciones de derechos incluidas en las primeras Constituciones, afirmándose décadas más tarde durante el siglo XIX cuando cada uno adquiere entidad y contenido, sustentándose en principios distintos desde los que se reivindicuen diferentes legitimidades⁶⁰.

Pero ya en el siglo XX, con el advenimiento del Estado Social, ya no interviene de manera puntual, subsidiaria, como en el modelo liberal, sino que lo hace con la idea de conformar a la sociedad en su conjunto, sustentándose en la legitimidad que le otorga la sociedad y que se sustenta en la idea de la soberanía popular⁶¹.

El auge y posterior declive del Estado Social sobre fines del siglo XX, ha generado un mayor protagonismo de la sociedad, que de ser un sujeto pasivo objeto de intervención y configuración por el Estado, ha asumido un rol activo, suplantando muchas veces la regulación estatal por la denominada autorregulación⁶².

Todas las mutaciones operadas en las últimas décadas, han provocado un profundo cambio de concepción acerca del rol del Estado y de los ciudadanos, siendo el fenómeno participativo el canal que permite abordar las diferentes maneras en que aquél se manifiesta, tanto desde el plano procedimental, como en el aspecto orgánico.

4. Acerca de los modos de participación ciudadana.

En doctrina se ha señalado que:

... En los últimos tiempos del Estado de bienestar y en los primeros años de la globalización se ha producido el incremento de la presencia de los

⁵⁹ SÁNCHEZ DE LA TORRE, Á., Prólogo al libro de SUÑÉ LLINÁS, Emilio (1998), *La Sociedad Civil en la cultura Postcontemporánea*, Centro de Estudios Superiores, Sociales y Jurídicos Ramón Carande, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1998, pp. 12-13.

⁶⁰ En tal sentido, ESTEVE PARDO, José (2013), *La nueva relación...*, ob. cit., pp. 38-39.

⁶¹ ESTEVE PARDO, J., *La nueva relación...*, ob. cit., p. 51, citando a GARCÍA PELAYO. Agrega el autor que “Esa creciente atención e intervención social por parte del Estado se reconoce y afirma en las Constituciones del siglo XX de los Estados de la Europa occidental, y ahora se programa o concreta a través de leyes y se realiza – se materializa o se canaliza – a través de un aparato administrativo que se desarrollará y extenderá espectacularmente, en paralelo con el incremento de la actividad del Estado”.

⁶² Cfr., ESTEVE PARDO, José (2013), *La nueva relación...*, ob. cit., p. 115 y ss.

ciudadanos en la toma de decisiones por medio de la participación. Hasta el punto de asumirse que la determinación y búsqueda del interés general no es exclusiva de los poderes públicos, sino que también corresponde hacerlo a lo que se ha llamado la «sociedad civil» y las organizaciones en que se vertebra aquella y en las que se socializan las personas”...⁶³.

La Constitución Provincial correntina consagra, en su artículo 48 (de modo similar al art. 42 de la Constitución Nacional), el derecho de los usuarios y consumidores a la participación, expresando que la legislación deberá prever el mecanismo de audiencias públicas, imponiendo asimismo la necesaria inclusión de los usuarios y de los municipios en los organismos de control y en la confección y modificación de los marcos regulatorios.

En tal sentido, enseñaba el profesor COMADIRA⁶⁴ en un excelente artículo que

... se puede señalar que el administrado, considerado siempre como un colaborador de la autoridad administrativa, puede tomar parte en el ejercicio de la función administrativa, actuando de diversos modos durante el procedimiento administrativo que conduce a la emisión del acto, entendido éste en sentido lato, pero sin incorporarse a la estructura administrativa, o bien puede hacerlo insertándose en ésta de forma circunstancial o permanente. La primera se ha dado en llamar procedimental; la segunda orgánica...⁶⁵.

En efecto, el mecanismo de participación ciudadana puede traducirse en la necesidad de que, o bien el Estado convoque a algún mecanismo de participación procedimental, previa a la emisión del acto administrativo o reglamento, o a la sanción de una norma legal, como la audiencia pública o el documento de consulta, o bien puede incorporar a

⁶³ ALLÍ ARANGUREN, Juan Cruz (2006), p. 91. Véase también del mismo autor, ALLÍ ARANGUREN, Juan Cruz (2004).

⁶⁴ COMADIRA, Julio R. (2005).

⁶⁵ Agregaba el Profesor COMADIRA (2005):

... Desde esa perspectiva, y con arreglo al criterio ya indicado de tomar en cuenta la protección concedida por el ordenamiento jurídico, es posible distinguir, entonces, dos especies de participación. La primera, que podría denominarse participación tutelada, o participación propiamente dicha, se configuraría cuando el ordenamiento jurídico otorga al administrado el derecho, exigible en sede administrativa y judicial, de tomar parte como colaborador en el ejercicio de la función administrativa, sea en el procedimiento previo a la emisión del acto (entendido éste en sentido lato) y cualquiera sea la modalidad que su actuación asuma, pero sin que ella importe la integración a la estructura administrativa (participación procedimental); sea, en cambio, a través de su inserción, ocasional o permanente, en dicha estructura (participación orgánica)...

representantes de ciudadanos – usuarios y consumidores -, organizaciones no gubernamentales, empresariales o gremiales, y Municipios, entre otras, al seno de un órgano incrustado en la organización administrativa provincial, sea con competencias decisorias vinculantes o bien con carácter de asesoramiento (consultivas) no vinculantes.

Por su parte, SALOMONI incluía una tercera modalidad que denominaba “participación cooperativa”, en la que

el particular, sin dejar de actuar como tal y sin cumplir funciones materialmente públicas, secunda con su actuación privada, el interés general en el sentido que la administración propugna. Esta categoría denominada cooperativa está vinculada a la participación de diversas ONG en determinadas actividades de la Administración que ésta promueve. Y esta participación se da a través del otorgamiento de becas, subsidios para investigación, etc. para que estas ONG, aunque sigan cumpliendo un fin privado no actuando ninguna potestad pública, coadyuven finalmente con el interés público⁶⁶.

Analizaré separadamente ambos mecanismos de participación.

4.1. Participación procedimental.

Respecto de la primera modalidad, los modos más conocidos son la audiencia pública y el documento de consulta. Sin embargo, así como la audiencia pública fue un mecanismo idóneo de participación en el contexto del proceso de renegociación contractual, se ha considerado – en posición a la que adhiero⁶⁷ – que no resulta apto para discutir aspectos exclusivamente tarifarios, habida cuenta que existen otros mecanismos más plausibles para ello⁶⁸.

⁶⁶ SALOMONI, Jorge Luis (2003), p. 448.

⁶⁷ En tal sentido se pronuncian CASSAGNE, Juan Carlos (1998), p. 21/22. De modo similar, AGUILAR VALDEZ (2002), p. 447, entiende que no es posible derivar la obligatoriedad de las audiencias públicas de lo dispuesto en el artículo 42, CN, cuando una norma legal o reglamentaria no lo disponga en forma expresa o razonablemente implícita. En el mismo sentido, FONROUGE, Máximo (1998), p. 314.

⁶⁸ Dicha posición la sostuve en REY VÁZQUEZ, Luis E. (2011), p. 58 y ss.

Una de las razones por las cuales se considera no idónea a la Audiencia Pública para discutir aspectos tarifarios complejos, es que se requiere de una cierta calificación en el orador que dé cuenta de su cabal conocimiento de la materia discutida⁶⁹.

En casos anteriores, la jurisprudencia ha seguido igual temperamento, al considerar que:

*El artículo 42 de la Constitución Nacional no parecería haber instituido a la audiencia pública como el procedimiento insoslayable en la materia, sino, antes bien, de la lectura de su texto surgiría que lo importante y trascendente a estos fines es la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control*⁷⁰.

Y agregó el fallo citado que

*... Ante la inexistencia de un régimen legal formal que regule en forma específica esta materia, no se desprendería la posibilidad de que la actora esté en condiciones de invocar un derecho que surja de una preceptiva de rango legal formal. Más bien lo que surge del texto constitucional sería la necesidad de una modalidad de "participación" que podría reclamarse a las autoridades, que en el caso, y con sustento constitucional, la demandada optó por una de las formas hasta ahora conocidas: el "documento de consulta" ...*⁷¹.

⁶⁹ Al respecto, la jurisprudencia ha sostenido que

... en correspondencia con dichos objetivos debe asegurarse esta participación en condiciones adecuadas a fin de que las personas intervinientes resulten sujetos calificados con pleno conocimiento de las circunstancias debatidas y el objeto de la decisión puesta a su consideración" (CNACAF, Sala III, "Consumidores Libres Cooperativa Limitada de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria y otro c/ Estado Nacional", del 27 de abril de 2006. REVISTA ARGENTINA DEL RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA núm. 334, pp. 185/190).

⁷⁰ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, "Asociación Civil Cruzada Cívica para la DECUSP – INC. MED. C/EN – M.I.Y.V. – Resolución N° 65/01", Expte 25466/01, 16-05-2002, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* núm. 286, Julio 2002, pp. 123/128; *Jurisprudencia Argentina*, Suplemento Derecho Administrativo 07-08-2002, pp. 81/87; *El Derecho*, Suplemento Administrativo 30-08-2002, pp. 14/16 (voto del Juez Coviello).

⁷¹ En el considerando 3. de dicho precedente se refiere que:

... el viejo principio del audi alteram partem, que la actora invoca en el sentido de que "la regla que exige la audiencia es de validez casi universal" (con cita de Wade), parte del concepto primario de "justicia natural" (natural justice) propio del common law, que no significa sólo una audiencia pública, sino, más bien, la posibilidad de ser oído, mas no en todo tipo de procedimiento. Así, en el procedimiento de la elaboración de instrumentos de tipo legislativo⁷¹ (algo semejante a nuestros reglamentos, excluidos los internos), tal

4.2. Participación orgánica.

En razón de las dificultades que presenta la participación procedimental, considero que la participación orgánica se revela como un mecanismo más apto, al menos con carácter general, para dar cuenta de una real participación de la sociedad civil en la toma de decisiones gubernamentales.

Tal ha sido, justamente, el que ha escogido la provincia de Corrientes para la puesta en marcha del Pacto Correntino para el Crecimiento Económico y el Desarrollo Social, a través del denominado Sistema Provincial de Planificación (SPP) – Ley 5880 y su Modificatoria 6061; Dto. Reglamentario N° 3033/11⁷².

4.3. Diversas manifestaciones del Principio del debido proceso. El procedimiento previo como recaudo esencial de validez del acto.

El instituto ha sido aplicado en numerosas ocasiones, especialmente al tratar el instituto de la Caducidad del acto administrativo, donde por una interpretación armónica de las normas que regulan dicha figura en el orden nacional⁷³, la Corte Suprema de Justicia de

principio de justicia natural no sería aplicable, salvo disposición legal o similar en contrario (cfr. Wade, William y Forsyth, Christopher: Administrative Law, 8ª ed., Oxford, 2000. Ver también: Craig, Paul P.: Administrative Law, 4.ª ed., Londres, 1999, p. 401; y también y muy especialmente, pp. 376-379)". Asimismo, en el Considerando 5. agrega: "... Por otra parte, la publicidad de las sesiones de las agencias en los Estados Unidos de América, que también invoca la actora como sustento de su posición, citando al efecto la posición del juez Brandeis (mencionada en la obra de Aman y Mayton), que dio lugar a la denominada "Ley de transparencia" (Sunshine Act), no parece tener la extensión que pretende asignarle en su escrito de inicio, en la medida que de acuerdo a dicha ley las "sesiones" de los miembros de las agencias pueden o no ser con audiencia pública o simplemente "públicas", sin que pueda tomar intervención los concurrentes (cfr. Aman, Alfred C. y Mayton, William T.: Administrative Law, St. Paul, Minnesota, 1993, pp. 693 y sigs. Ver también: Sacristán: "Las sesiones públicas ("open meetings") del derecho administrativo norteamericano como forma de publicidad de la actividad administrativa", en Revista de Derecho Administrativo, N.º 27/29, pp. 389 y sigs., esp. pp. 392-394), pero que en principio no tendrían que ver tales cuestiones con la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones normativas (rules y rulemaking) en materia regulatoria, donde si bien la idea de participación está presente, no significaría ello que necesariamente deba ser a través de un tipo específico de procedimiento que no esté prefijado por el ordenamiento (cfr. Gellhorn, Ernest y Levin, Ronald M.: Administrative Law and process, 4.ª ed. St. Paul, Minnesota, 1997, pp. 317-323 y sus citas jurisprudenciales)...

⁷² Sigo en el presente al PACTO CORRENTINO PARA EL CRECIMIENTO ECONÓMICO Y EL DESARROLLO SOCIAL, Documento elaborado por el Gobierno de la Provincia de Corrientes, 2012. Ver Capítulo V.

⁷³ Art. 21 Ley 19.549.

la Nación ha derivado la necesidad de practicar la intimación previa⁷⁴ para ello en el marco contractual administrativo, fulminando con nulidad absoluta su inobservancia, en una causa relativa a un endilgado incumplimiento de una obligación derivada de un contrato administrativo de empleo público.

Así, en el caso “Borgo”⁷⁵, consideró “... *descalificable el pronunciamiento que – para declarar la “anulabilidad” de una resolución administrativa – sostuvo que la gravedad de la sanción y el defecto relacionado con la falta de intimación y consecuente plazo para el cumplimiento de la obligación no eran graves, ya que la Administración había podido creer que no hacía falta el cumplimiento de dichos requisitos ante el hecho de que el actor, a pesar del tiempo transcurrido entre la reincorporación y caducidad dispuestas, no hubiera intentado tomar posesión del cargo. Ello es así, pues aceptado que el régimen jurídico imponía el cumplimiento de una intimación a los efectos de constituir en mora al agente, la demora en que hubiera incurrido en asumir el cargo correspondiente, carecía de relevancia jurídica y no podría válidamente sustentar la legitimidad ni atenuar los defectos de un acto que presuponía el cumplimiento de aquella exigencia”.*

También dijo el Alto Tribunal que: “*Si la caducidad decretada reconoce como fundamento una conducta reprochable del actor o sea que se sustenta en una apreciación de las circunstancias que, por virtud de la propia Ley de Procedimiento Administrativo (art. 21), requería de una interpelación para que el empleado incurriera en mora y pudiesen jugar los efectos propios del retardo imputable en la esfera de la relación de empleo público, la falta de todo requerimiento al demandante hace que el acto de caducidad dispuesto por la administración haya sido dictado con violación de la ley (art. 14, inc. b), sin que corresponda discriminar con referencia a esta cuestión sobre el mayor o menor grado de discusión en la doctrina o en la jurisprudencia, ya que la omisión del*

⁷⁴ Señala al respecto GORDILLO (*Tratado de Derecho Administrativo*, 5ª Edición, FDA, Tº 3, pág. IX-9), en el Punto 4.2 “Intimación previa. Sorpresa, contramarchas, confianza legítima: “*Este supuesto no surge de normas generales pero aparece reconocido por lo general a través de la jurisprudencia y la doctrina, además de tener un sustento constitucional. El comportamiento administrativo no puede inducir al otro a error o a ser perjudicado, debe obrar lealmente y de buena fe, sin trampas ni desviaciones. Es el principio del fair procedure, susceptible de muchas aplicaciones. Como dice WADE, tanto de la sustancia de la justicia reside en el fair procedure”.* Agrega el autor que: “*Una variante de falta de debido proceso legal es la actuación inopinada, extemporánea, carente de intimación o aviso previo. Se lo ha denominado en ocasiones sorpresa, como forma negativa de dolo, o la prohibición de voltefases o contramarchas, es decir la interdicción de la autocontradicción en la parte contraria o el deber de protección de la confianza ajena. También aparece en instituciones concretas como la caducidad del acto administrativo, donde se exige que no sea intempestiva y que esté precedida de una intimación previa y confiera un plazo razonable para su cumplimiento...”.*

⁷⁵ Fallos 308:108, in re: “Borgo, Hermes Francisco v. Junta Nacional de Granos” del 13-02-1986.

recaudo sustancial previsto en la ley como condición para decidir la caducidad del acto, sólo puede juzgarse en los términos señalados y dar lugar a la nulidad absoluta del acto”.

Más recientemente, el Alto Tribunal de la Nación sostuvo que: *“Dado que la resolución ME 122/00 constituyó una prórroga por 180 días de la medida de salvaguardia impuesta por la resolución MEyOSP 987/97, y que la misma ha sido adoptada sin que se cumpliera el procedimiento reglamentario previstos para un acto de prórroga en el decreto 1059/96 –por el cual se reglamentó la ley 24.425, ratificatoria del Acuerdo de Marrakesh–, cabe concluir que corresponde declarar la nulidad de la citada resolución 122/00”*⁷⁶.

También la Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo, apoyándose en diversos fallos del Alto Tribunal, ha decidido que: *“Por más que en el art. 96 del Estatuto para el Personal del Instituto para Servicios Sociales Bancarios, se contemple la posibilidad de que, en ciertos supuestos, se pueda dejar cesante a un agente sin necesidad de instruir un sumario, no significa en modo alguno que no se deba dar al administrado la posibilidad de ejercer su derecho de defensa con las apropiadas formalidades sustanciales, pues la ley 19.549 –que constituye la ley marco por excelencia para toda la Administración Pública, centralizada y descentralizada, entre ellos la ex entidad autárquica demandada– configura el derecho al debido procedimiento adjetivo como un requisito basilar del procedimiento administrativo. Cabe apuntar al respecto que la observancia del principio fundamental del derecho de defensa del administrado es esencial en todo trámite administrativo en que estén en juego derechos subjetivos y cuyo fundamento es el art. 18 de la Constitución Nacional, y más concretamente, los arts. 1º, inc. f), apart. 1º, y 7º; inc. d) de la ley 19.549, LPA, que constituye, en tal sentido, un valor fundamental del ordenamiento en un Estado de Derecho (conf. esta sala in re “Cortés”, del 6/4/99). En tal orden de ideas, el propio dispositivo de la LPA –que constituye la ley marco por excelencia para toda la Administración Pública Nacional, centralizada o descentralizada (conf. su art. 17), entre ellos, claro está a la ex entidad autárquica ISSB (art. 1º, ley 19.322)– configura el derecho al debido procedimiento adjetivo como un requisito basilar del procedimiento administrativo (conf. Comadira, Julio Rodolfo, “Acto administrativo municipal”, Buenos Aires, 1992, pp. 82-83). Asimismo la aplicación del anterior RJB al ISSB (conf. esta sala in re “Sotelo”, del 24/2/98 y “Mercado” del 19/3/98,*

⁷⁶ Del dictamen de la Procuradora Fiscal que la Corte comparte y hace suyo. CSJN, 21-05-2002. “Adidas Argentina y otros c. EN - Mº de Economía - resol. 987/97, 512/98 y 1506/98 s/amparo ley 16.986”, EDA, 01/02-226.

y también, sala III, in re “Zabala de Chambon” del 14/12/95), llevaba, por lógica consecuencia, a la aplicación de los principios garantísticos establecidos en ella y sus reglamentaciones, entre ellas el régimen de investigaciones. En este punto conviene recordar que *las formas en el Derecho Administrativo, cumplen la función de garantía de los derechos de los administrados, como del orden, acierto, justicia y legalidad que debe existir en la actividad administrativa* (conf. Cassagne, Juan Carlos, “El acto administrativo”, 2ª ed., Buenos Aires, 1978, pág. 205). Cabe igualmente recordar que, *como dijo nuestro más Alto Tribunal, “en las formas se realizan las esencias”* (conf. Fallos, 315:106, 317:1333)”⁷⁷.

En materia jubilatoria, sostuvo la Corte Suprema que “... *El decreto 1287/97 dio forma legal a la interpretación de la Corte Suprema en el sentido de que las atribuciones con que cuentan los organismos administrativos para suspender, revocar, modificar o sustituir las resoluciones que otorgan beneficios jubilatorios -arts. 48 de la ley 18.037 y 15 de la ley 24.241- existen a condición de que la nulidad resulte de hechos o actos fehacientemente probados y presupone que se haya dado a los interesados participación adecuada en los procedimientos, permitiéndoles alegar y probar sobre los aspectos cuestionados, en resguardo de la defensa en juicio*”, por lo que “... *corresponde confirmar la sentencia que hizo lugar a la demanda tendiente a que se declarara la nulidad del acto administrativo que -vulnerando el derecho de defensa- modificó el monto de la prestación y formuló cargos sin que el administrado hubiera tenido participación alguna en el trámite*”⁷⁸.

Caracterizado bajo la moderna denominación de “tutela administrativa efectiva”, sostuvo la Corte Suprema que “*El art. 3º, inc. a, de la resolución del COMFER 16/99 resulta*

⁷⁷ CNCCont.-adm. Fed., Sala I, 12/05/2000. - G., R. A. c. ISSB - Resol. 114/96, EDA, 00/01-151. Se agregó que: “... 11. *Que, por otro lado, la circunstancia de que el actor haya ofrecido un descargo escrito carece de relevancia alguna, en la medida que el procedimiento seguido para la imposición de la medida expulsiva se caracterizó por su desorden y carencia de formalidad. Asimismo, poco tiene que ver la invocada sujeción al régimen estatutario del agente frente a la posibilidad de ejercer su derecho de defensa a través de un procedimiento administrativo llevado en debida forma, toda vez que las relaciones de especial sujeción se han situado siempre en el marco insoslayable de la observancia del principio cardinal de la legalidad administrativa, a partir del cual adquiere su correcta conformación jurídica* (conf. CS, Fallos, 319:1165 y 3040; 259:402; 304:121; 310:203; 311:2311; 312:1082; 313:63. Esta sala in re “Edenor” del 5/9/95 y “Edelmann” del 11/4/97. Asimismo Gallego Anabitarte, Alfredo, “Las relaciones de especial sujeción y el principio de legalidad de la Administración. Contribución a la teoría del Estado de Derecho”, Revista de Administración Pública, t. 34, págs. 11-51). *En consecuencia, por haberse violado la forma esencial del derecho de defensa del imputado y omitido que éste ejerciera en un procedimiento llevado en debida forma, la resolución impugnada deviene nula de nulidad absoluta* (arts. 1º, inc. f; 7º, inc. d y 14, b, LPA)”.

⁷⁸ CSJN, 24-04-2001. C. 681. XXXIV.; “Copa, Diego c/ ANSeS s/ medidas cautelares”. Fallos 324:1403.

violatorio del art. 18 de la Constitución Nacional y de las convenciones internacionales de derechos humanos, que cuentan con jerarquía constitucional, en cuanto 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), en tanto restringe en forma ilegítima y arbitraria la posibilidad de que los particulares que pretendan participar en concursos para la adjudicación de licencias de radiodifusión puedan impugnar cualquier resolución administrativa del COMFER y la Comisión Nacional de Comunicaciones vinculada al servicio en cuestión, en contradicción de 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”⁷⁹.

4.4. Uno de los canales de participación procedimental. Las Audiencias Públicas.

La jurisprudencia argentina ha señalado en el precedente “Youssefian”⁸⁰ que

... La audiencia pública constituye uno de los cauces posibles para el ejercicio de los derechos contemplados en el art. 42 de la Constitución Nacional. Ello pues, la realización de dicha audiencia no sólo importa una garantía de razonabilidad para el usuario y un instrumento idóneo para la defensa de sus

⁷⁹ CSJN, 14-10-2004. A. 937. XXXVI.; “Astorga Bracht, Sergio y otro c/ COMFER - dto. 310/98 s/ amparo ley 16.986”. Fallos 327:4185. Además, con proyección en general en materia de procedimientos de selección, sostuvo que el art. 3°, inc. a, de la resolución 16/99 del COMFER atenta contra los principios básicos de los procedimientos públicos de selección como la licitación y el concurso, en especial, los de *libre concurrencia e igualdad*, que no sólo tienden a resguardar el derecho de los oferentes o participantes en procedimientos de ese tipo, sino también el interés público comprometido en la debida elección de quienes resultarán adjudicatarios.

⁸⁰ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-administrativo Federal, sala IV, 23/06/1998, “Youssefian, Martín c. Secretaría de Comunicaciones”, LA LEY 1998-D, 712 - LA LEY 1999-B, 487, con nota de Estela B. SACRISTÁN - LA LEY 2000-E, 511, con nota de Iván F. BUDASSI - DJ 1998-3, 541 - ED 178, 794.

derechos, un mecanismo de formación de consenso de la opinión pública, una garantía de transparencia de los procedimientos y un elemento de democratización del poder, sino que resulta una vía con la que pueden contar aquél para ejercer su derecho de participación, en los términos previstos en la citada norma constitucional, antes de una decisión trascendente.

4.5. La Audiencia Pública frente a modificaciones tarifarias.

Como ya anticipara, se ha postulado que la audiencia pública no es el mejor canal para discutir aspectos exclusivamente tarifarios⁸¹, habida cuenta que existen diversos mecanismos de participación, algunos quizás más plausibles para ello.

En tal sentido, ha dicho la PTN que:

La audiencia pública no es, en modo alguno, una obligación emergente del artículo 42 de la Constitución Nacional, sino tan sólo una de las formas posibles de participación de los usuarios y consumidores, forma cuya elección le corresponde a la Administración⁸². En el caso de las renegociaciones de los contratos de concesión de servicios públicos, por ejemplo, (la audiencia pública) se ha revelado como un elemento ineficaz para conocer realmente la opinión de los usuarios y para atender sus sugerencias y expectativas (conf. Dict. 234:325)⁸³.

También ha dicho el Alto Organismo Asesor⁸⁴ en ocasión de evaluar la nueva versión de los Reglamentos de Licencia para Servicios de Telecomunicaciones, Nacional de Interconexión, en el marco de la desregulación telefónica, y concluir que se ajusta en lo esencial a los principios sentados en el artículo 42 de la Constitución Nacional y en las Leyes de Defensa de la Competencia y de Defensa del Consumidor, lo siguiente:

⁸¹ Es curioso que en la primera etapa – anterior a la Ley 25.790 - se hubiesen intentado justificar aumentos tarifarios por parte del Gobierno Nacional con el previo llamado a Audiencias Públicas.

⁸² Dict. N° 144/03, 4 de marzo de 2003. Expte. N° 612/2003. Comisión Nacional de Comunicaciones. (Dictámenes 244:622).

⁸³ Dict. N° 145/03, 4 de marzo de 2003. Expte. N° 611/03. Ministerio de Economía. (Dictámenes 244:629). Dict. N° 39/03, 16 de enero de 2003. Expte. N° 01-0000187/03. Ministerio de Economía. (Dictámenes 244:175).

⁸⁴ Expte. N° 900-12974-001-6/00. Ministerio de Infraestructura y Vivienda. (Dictámenes 234:325).

... Como no se ha cumplido aún con la manda constitucional de legislar los medios de efectivización del derecho de participación e información de los usuarios, aquéllos permanecen sustentados en una norma de carácter programático. La operatividad de esos derechos se difiere a cualquier medio previamente contemplado por alguna norma del bloque de legalidad.... De este bloque se desprenden dos procedimientos constitucionalmente válidos de participación colectiva, previos al dictado de los reglamentos del servicio telefónico: la audiencia pública y el documento de consulta. El Estado ha optado por el segundo, opción cuya conveniencia pertenece a la zona de reserva de la Administración, y, por lo tanto, es materia no justiciable.

Agregó luego que:

... Imputarle a la audiencia pública el carácter de elemento inexorable de legalidad a los fines del cumplimiento de los derechos del artículo 42 de la Constitución Nacional, implicaría una judiciabilidad exorbitante, toda vez que el órgano judicial no tiene facultades de co-legislar. La determinación del mecanismo más idóneo para la participación de los usuarios corresponde a las competencias exclusivas y excluyentes de la Administración.

Expresó más adelante que:

...El artículo 42 de la Constitución Nacional reviste un carácter programático, ya que se limita a prescribir las conductas que el Estado deberá seguir para hacer efectivos los derechos por ella consagrados; o, en otras palabras, para hacer operativa la norma. Tal conclusión se desprende de expresiones tales como “las autoridades proveerán”; o bien, “la legislación establecerá” ... A la luz de la letra del artículo 43 de la Constitución Nacional, los derechos del usuario y del consumidor, los derechos colectivos, poseen carácter programáticos.,

sosteniendo finalmente que

... Si bien se le ha atribuido al procedimiento de audiencia pública el carácter de panacea, la experiencia ha demostrado que generalmente no ha cumplido con las expectativas que la misma doctrina y parte de la jurisprudencia le atribuían....

Sobre el punto, afirma CASSAGNE⁸⁵ que debe partirse del sistema constitucional argentino que

adopta la forma representativa de gobierno (artículo 1º, Const. Nac.), lo que implica excluir, en principio, es decir, salvo los supuestos previstos en la Constitución (v.gr. iniciativa popular - artículo 39, Const. Nac.- y consulta popular vinculante -artículo 40, primer punto, Const. Nac.-), el sistema directo de participación pública en las decisiones estatales (legislativas o administrativas). De otro modo, carecería de sentido el precepto constitucional que consagra una terminante y expresa interdicción al prescribir que “el pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución” (artículo 22, Const. Nac.)⁸⁶.

Aun asumiendo que el derecho a la participación es operativo y conveniente, no existe una sola sino diversas alternativas de participación ciudadana, y la elección de alguna de las posibles variantes compete exclusivamente a las autoridades políticas, no pudiendo el Poder Judicial exigir se implemente una en particular⁸⁷.

⁸⁵ CASSAGNE, Juan Carlos (2005), Capítulo VIII, p. 255 y sigtes.

⁸⁶ A su vez – remarca el autor –,

en ninguna parte del artículo 42 de la Constitución Nacional se menciona, ni siquiera en forma implícita, el derecho de participación pública de los ciudadanos. Antes bien, la referida norma constitucional circunscribe el alcance de la participación en dos sentidos: en el plano subjetivo, en cuanto acota el derecho a las asociaciones que representan los intereses de los usuarios de los servicios públicos y en forma objetiva, al precisar que tal participación se encauza en los organismo de control de los servicios públicos (o de otros órganos de control de los intereses de los consumidores)”.

Señala más adelante (p. 262) que:

... A la natural confusión entre los intereses individuales y los de un sector determinado con aquellos que poseen mayor generalidad o se vinculan con el interés comunitario, la insuficiencia de los mecanismos de representación para reflejar la opinión democrática de los usuarios de un determinado sector, la captura de los entes reguladores por grupos de activistas movidos por intereses de neto corte político e, incluso, por los sectores empresarios, se le añaden otras desventajas no menos significativas como las concernientes al aumento de los costos económicos que conllevan los mecanismos participativos y, sobre todo, porque se diluye la responsabilidad que asumen los órganos encargados de tomar las decisiones y, su contracara, que conduce a eludir las responsabilidades personales (patrimoniales o económicas) de los participantes cuando actúan en representación de intereses colectivos o difusos.

⁸⁷ Así, expresa Cassagne (2005), p. 263, que:

... Sin pretender el análisis pormenorizado acerca de las diversas formas que puede asumir la participación de los usuarios y sus organizaciones en las funciones ejecutivas o normativas que lleva a cabo la Administración las que —como anota Bermejo Vera— han sido expuestas de un modo espléndido por García de Enterría, no pueden dejar de señalarse

Existen diversos modos de participación, uno de los cuales es la Audiencia Pública, no siendo esta el medio más adecuada para discutir aspectos tarifarios por la complejidad que entraña, y requiere de una cierta calificación en el orador que dé cuenta de su cabal conocimiento de la materia discutida.

Jurisprudencia reciente ha agregado además, que no obstante los loables fines que pudieron llevar a prever el procedimiento de audiencia pública en ciertos regímenes legales, que:

... En correspondencia con dichos objetivos debe asegurarse esta participación en condiciones adecuadas a fin de que las personas intervinientes resulten sujetos calificados con pleno conocimiento de las circunstancias debatidas y el objeto de la decisión puesta a su consideración”⁸⁸.

En otras palabras, el debate en el marco de la audiencia pública debe contar como protagonistas a sujetos calificados. El temperamento ya había sido sostenido en causa citada⁸⁹.

Por lo aquí expuesto, considero que existe un abanico de opciones participativas, siendo una de ellas la audiencia pública, aunque podrían utilizarse otras como ser el Documento de Consulta, y desde la perspectiva de la participación orgánica⁹⁰, podría utilizarse la

las variadas tipologías existentes en lo que constituye una suerte de teoría general de la participación pública, cuya “euforia” o “proliferación” contribuyen a lo que gráficamente Nieto ha denominado como “organización del desgobierno”. De todas ellas, habida cuenta la exclusión de las formas directas de participación en las funciones de gobierno y administración que impone el sistema representativo constitucional y su consecuente interdicción (artículo 22, Const. Nac.), las que atañen principalmente a nuestro tema (aunque la clasificación no es taxativa) se circunscriben a las siguientes: – funcional u organizativa; – consultiva o vinculante (decisoria); – en cuanto al ámbito territorial la participación puede ser calificada como federal o local (provincial o municipal), sin perjuicio de las fórmulas mixtas de coparticipación; – individual o colectiva; – prescripta como procedimiento de realización obligatoria o discrecional y en los diferentes niveles del procedimiento de decisión; – establecida en función a la representación de intereses o como alternativa institucional.

⁸⁸ CNACAF, Sala III, “Consumidores Libres Cooperativa Limitada de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria y otro c/ Estado Nacional”, del 27 de abril de 2006 (*Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 334, pp. 185/190).

⁸⁹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I: "Asociación Civil Cruzada Cívica para la DECUSP – INC. MED. C/EN – M.I.Y.V. – Resolución N° 65/01", Expte 25466/01, 16-05-2002, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 286, Julio 2002, pp. 123/128; *Jurisprudencia Argentina*, Suplemento Derecho Administrativo 07-08-2002, pp. 81/87; *El Derecho*, Suplemento Administrativo 30-08-2002, pág. 14/16; eldial.com, 18-07-2002, y Suplemento Administrativo 24-07-2002 (voto del Dr. Coviello).

⁹⁰ Al respecto, puede verse la obra de SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (1980).

inserción de uno o más representantes de usuarios en el seno de los organismos de control de los servicios públicos, conforme he analizado en una Comunicación reciente⁹¹.

4.6. Análisis somero de un pronunciamiento del STJ de Corrientes.

El STJ de la Provincia de Corrientes⁹² ha fallado en la causa “Asociación de Usuarios y Consumidores de la Provincia de Corrientes C/ DPEC y Estado de la Pcia. de Corrientes S/ Amparo”, Expediente N° 32226/9, mediante Sentencia N° 148 del 9-12-2009, asignando efectos “erga omnes” a la declaración de inconstitucionalidad de la Resolución DPEC⁹³ N° 1049/08 y el Decreto N° 2668/08, por entender que no se habían observado los procedimientos exigidos en el art. 48 de la Constitución Provincial – y su par art. 42 de la Constitución Nacional – relativos a la necesidad de convocar a audiencia pública en resguardo de los derechos de los usuarios.

A mi entender ha incurrido en el error común de confundir “participación de los usuarios” con “procedimiento de audiencia pública”, y que la primera se satisface de otras maneras, posiblemente más idóneas que este último.

Es que como vimos, otro modo de participación podría ser la denominada “orgánica”, debiendo en ese caso incluirse a los usuarios y a los municipios – a través de sus respectivos representantes – en los organismos de control que deberán crearse – o adaptarse los existentes - conforme a la manda constitucional, pero no está ello vinculado a lo que en el párrafo precedente – art. 48 Const. Provincial - refiere a los procedimientos de audiencia pública.

Como ha dicho el Dr. Coviello al votar en la causa "Asociación Civil Cruzada Cívica para la DECUSP – INC. MED. C/EN – M.I.Y.V. – Resolución N° 65/01", Expte 25466/01⁹⁴, “...Ante la inexistencia de un régimen legal formal que regulase en forma específica esta materia – en ese momento no había -, no se desprendería la posibilidad de que se esté en

⁹¹ REY VÁZQUEZ, Luis Eduardo (2014b), pp. 155/172.

⁹² Aclaro que soy miembro del citado tribunal desde el 14-12-2015, razón por la que no he intervenido en la Sentencia analizada.

⁹³ Dirección Provincial de Energía de Corrientes, ente autárquico creado por Ley 3.588 (sanc. 02/12/1980; promul. 02/12/1980; publ. 09/12/1980), que tiene a su cargo la prestación del servicio público de distribución de energía eléctrica en la provincia de Corrientes.

⁹⁴ CNACAF, Sala I, 16-05-2002, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 286, Julio 2002, pp. 123/128.

condiciones de invocar un derecho que surja de una preceptiva de rango legal formal, y lo que surge del texto constitucional sería la necesidad de una modalidad de "participación" que podría reclamarse a las autoridades...", agregando que: "...en principio no tendrían que ver tales cuestiones con la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones normativas ... en materia regulatoria, donde si bien la idea de participación está presente, no significaría ello que necesariamente deba ser a través de un tipo específico de procedimiento que no esté prefijado por el ordenamiento".

El STJ ha impuesto un procedimiento que, conforme a la letra constitucional, no es el único admisible para garantizar la participación ciudadana, y sin que el legislador hubiese reglado los casos en que debiera utilizarse el procedimiento de audiencia pública, lo que no hubiese impedido acudir por vía analógica conforme prevé el art. 5 de la Ley 3460⁹⁵, y ver que no estaba previsto para casos de modificaciones tarifarias (en el caso, por el mecanismo denominado *pass trough*).

Pero además, resulta reprochable a la luz de las normas que rigen la teoría jurídica del acto administrativo plasmada en la Ley 3460 de Procedimientos Administrativos, pues aun asumiendo que se hubiese incurrido en un vicio en el procedimiento previo al acto, y dando por cierto que resultare exigible en el caso el procedimiento de audiencia pública -, el mismo hubiese aparecido como un vicio intrascendente, o en su caso, como meramente "anulable", y por lo tanto, luce excesiva la sanción reprochada - inconstitucionalidad -, obviando la naturaleza de acto administrativo de alcance general que ostentan la Resolución y Decreto sobre los que se expidiera el Máximo Tribunal local.

Es así que frente a la inexistencia de una Ley especial que reglamente en el caso el procedimiento de participación ciudadana, así como el procedimiento de audiencias públicas, debió necesariamente acudirse a la norma general regulatoria en la provincia del procedimiento administrativo, dado su carácter supletorio (art. 1º, Ley 3460). Así, tanto el Decreto N° 2668/08 como la Resolución DPEC N° 1049 son actos administrativos complejos, pues el primero asigna eficacia a la Resolución, y como tales quedan

⁹⁵ La Ley 3.460 (sanc. 22/11/1978; promul. 22/11/1978; publ. 30/01/1979) es la Ley de Procedimientos Administrativo de la Provincia de Corrientes, y en su Artículo 5º prescribe: "El orden jurídico administrativo integra un sistema orgánico que tiene autonomía respecto de otras ramas del derecho. Si no hay norma administrativa escrita que regule el caso, se aplicarán las normas administrativas no escritas y, a falta de ellas, regirá el Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial, el Código de Procedimientos en lo Penal, y las demás leyes de la provincia, en ese orden. Si aun así no pudiese resolverse la cuestión planteada, se atenderá a los principios en que se sustenta el orden jurídico local. Sólo si el asunto sigue sin encontrar solución, se recurrirá a las leyes análogas del derecho nacional y a los principios en que ese derecho se funda".

comprendidos en las disposiciones de la Ley 3.460 que – entre otros aspectos - reglamenta el procedimiento de emisión de tales actos, incluso de los reglamentos (conf. Art. 228).

Si entendemos que ambos actos perfeccionan un reglamento, el elemento “procedimiento” estaría dado por la audiencia pública, por lo que su omisión jamás pudo conducir a declarar su nulidad, ni mucho menos, su inconstitucionalidad, considerada esta como la última ratio del orden jurídico. La omisión del procedimiento de audiencia pública, en función de la Ley 3460, habría tornado simplemente “anulables” a los actos administrativos, por tratarse de un vicio leve, si es que reputamos que cuadra en lo que establece el Art. 176, inc. e) (“Se considera vicio leve, causante de anulabilidad: e) Cuando en el procedimiento se hayan omitido formalidades de cuyo cumplimiento hubiesen podido surgir razones de hecho o de derecho que pudieren fundar una resolución distinta que la dictada; con la salvedad de los arts. 97 y 175 inc. n)”).

Ahora, si tenemos en cuenta que aquí el procedimiento de audiencia pública no hubiese podido fundar una resolución distinta a la dictada, dado su carácter no vinculante (además que entiendo no resultaba exigible en el caso), todavía podría sostenerse que ni siquiera hay un vicio leve, sino tan sólo intrascendente, a tenor de su Art. 177 (“El vicio es intrascendente cuando la transgresión a las normas que rigen lo concerniente a cualquiera de los requisitos del acto que no hubiere podido llevar a que se resuelva la cuestión de manera distinta aun si la falta no se hubiere cometido. Sólo generará responsabilidad administrativa para los agentes intervinientes, en su caso; pero no afecta al acto”).

Pero en el extremo de entender que ha sido un vicio leve, dicho vicio es susceptible de ser saneado, y aun cuando se lo invalide judicialmente por afectar una garantía o derecho constitucional (en el caso, por vía de hipótesis, la omisión de la previa audiencia pública), su anulación tiene efectos para el futuro, jamás retroactivos. Al respecto, establece en su Art. 181 inc. d) (“El acto anulable: ... d) Su extinción, dispuesta en razón del vicio que lo afecte, produce efectos sólo para el futuro”).

De ese modo, entiendo que el STJ ha prescindido – sin razón plausible – de todas esas normas y de la construcción dogmática del acto administrativo, cuyo tratamiento resultaba inexcusable para verificar la validez o no de los actos que calificara de inconstitucionales, olvidando que dicha declaración constituye un acto de suma gravedad, la última ratio del orden jurídico, habida cuenta la presunción de validez que acompaña a todo acto estatal. Probablemente otro hubiese sido el resultado de la decisión adoptada, y

pone de manifiesto la necesidad de encuadrar jurídicamente el caso dentro del Derecho Administrativo y de sus instituciones y principios rectores, ponderando debidamente el equilibrio entre las prerrogativas estatales y las garantías individuales.

4.7. Un supuesto de déficit participativo: La Resolución ERAS N° 46/2014.

En ocasión de apuntar brevemente⁹⁶ acerca de la reciente Resolución 46/2014⁹⁷ dictada por el Presidente del ENTE REGULADOR DE AGUA Y SANEAMIENTO (ERAS)⁹⁸, por medio de la cual se regula acerca de la Tarifa Social aplicable al servicio público de agua y saneamiento que tiene a su cargo la Empresa Agua y Saneamientos Argentinos S.A. (AySA), para los usuarios de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el Gran Buenos Aires, he señalado que advertía un déficit participativo en el proceso de gestación de dicha norma regulatoria.

⁹⁶ REY VÁZQUEZ, Luis E. (2015).

⁹⁷ Recaída en Expte. 2168-14, dictada el 21/11/2014, publicada en el Boletín Oficial del 27/11/2014, N° 33019, p. 37.

⁹⁸ En su Artículo 6° prevé que deberá ser ratificada en la primera reunión de Directorio del ERAS.

Recordé que recientemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁹⁹, con base en la jurisprudencia de tribunales internacionales, ha destacado que el acceso al agua potable constituye un derecho humano¹⁰⁰.

El sistema de tarifa social tiende precisamente a garantizar el acceso a tan vital elemento a sectores de la población de escasos recursos, por lo que toda la regulación encaminada a tales fines resulta fundamentalmente sensible.

⁹⁹ CSJN, 02/12/2014, en autos “Kersich, Juan Gabriel y otros c. Aguas Bonaerenses S.A. y otros s/ amparo”, APJD 09/12/2014. Sostuvo en su Considerando 12):

... Que el acceso al agua potable incide directamente sobre la vida y la salud de las personas, razón por la cual debe ser tutelado por los jueces. En este sentido cabe resaltar que en su reciente resolución A/HRC. RES/27/7 distribuida el 2 de octubre de 2014, el Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de Naciones Unidas exhorta a los Estados a que “velen por que todas las personas tengan acceso sin discriminación a recursos efectivos en caso de violación de sus obligaciones respecto del derecho humano al agua potable y el saneamiento, incluido recursos judiciales, cuasijudiciales y otros recursos apropiados” (11.c). En el campo de los derechos de incidencia colectiva, es fundamental la protección del agua para que la naturaleza mantenga su funcionamiento como sistema y su capacidad de resiliencia. Por esta razón es que en muchos instrumentos internacionales se menciona la tutela del derecho al agua potable. En este sentido, la resolución A/RES/64/292, del 30/07/2010, de Naciones Unidas, declaró el derecho al agua potable y el saneamiento como derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos. La “Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer” (1979), artículo 14, párr. 2 y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” del 17/11/1988, predicen que toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano y a contar con los servicios básicos; la “Convención sobre los Derechos del Niño”, artículo 24, 2º párr. (1989), exige a los Estados Partes que luchen contra las enfermedades mediante el suministro de agua potable salubre. De otro lado, es de recordar que en el mes de septiembre de 2000 los dirigentes de todos los países se comprometieron en la Cumbre del Milenio de las Naciones Unidas a reducir a la mitad para el año 2015 la proporción de personas que carecían de acceso al agua potable o que no podían costearla. Y que en la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible de 2002, celebrada en Johannesburgo, se acordó un objetivo similar para reducir a la mitad, también para el año 2015, las cifras de personas sin saneamiento básico. Asimismo, numerosos documentos de organizaciones internacionales, incluyen declaraciones en ese sentido, como la que surge de la Observación General n° 15 del “Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” de Naciones Unidas, que el 15/11/2002, en virtud de la cual se dijo que: “El agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud. El derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos”. En el caso resulta de fundamental importancia el derecho de acceso al agua potable y la aplicación del principio de prevención y, aun en la duda técnica, del principio precautorio, como sustento de ese derecho...”.

¹⁰⁰ En el Considerando 13º) del caso “Kersich” del Alto Tribunal, sustenta el derecho humano al agua (CIDH Caso “Comunidad Indígena Jakie Axa vs. Paraguay”, sentencia del 17 de junio de 2005, Serie C, n° 125, párrafo 127; CIDH Caso “Vélez Loor vs. Panamá”, sentencia del 10 de noviembre de 2010, Serie C, n° 218, párrafo 215; CIDH Caso “Pacheco Teruel y otros vs. Honduras”, sentencia del 27 de abril de 2012, Serie C, n° 241, párrafo 67); y, a la par, con evidente menoscabo de la garantía de defensa en juicio que asiste al recurrente (artículo 15 de la ley 48; causas CSJ 232/2010 (46-L) “L., S. R. y otra c. Instituto de Seguridad Social de la Provincia - subsidio de salud s/ amparo” y CSJ 811/2008 (44-P) “Pilquiman, Crecencio c. Instituto Autárquico de Colonización y Fomento Rural”, sentencias del 10 de diciembre de 2013 y del 7 de octubre de 2014, respectivamente).

Asimismo, por importar un “subsidio cruzado” que deben afrontar los sectores de mayores recursos, así como para la evaluación de la razonabilidad de los criterios utilizados, entiendo debió ser precedida de amplios mecanismos de participación ciudadana¹⁰¹ en forma previa a su sanción¹⁰². En el caso se contempla la notificación posterior a la sindicatura de usuarios¹⁰³ (Artículo 7°), entre otros, que como supuesto de participación orgánica¹⁰⁴ de los usuarios en el seno del ente regulador, podrán emitir su parecer antes de que sea sometida a consideración por el Directorio del Ente regulador (conf. Artículo 6).

No se trata aquí de definir tan sólo un incremento tarifario, sino de la instauración de un programa de tarifa social, el primero desde que fuera creado el ERAS, dado que el anterior emanó del ex ETOSS en el año 2002¹⁰⁵, y el que supone una transferencia de costes entre sujetos con diferente capacidad de pago.

¹⁰¹ En punto a la “previa” participación ciudadana, véase el reciente fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires del 03/12/2014, en autos: “Negrelli, Oscar R. y ots. c. Poder Ejecutivo y ots. s/ Amparo. Recurso extraordinario de inconstitucionalidad e inaplicabilidad de ley”, APADMINJD 23/12/2014.

¹⁰² En tal sentido, resulta interesante la postura de SACRISTÁN, Estela (2007b) cuando señala – pp. 177/178 - que

... un subsidio cruzado dispuesto oficialmente – v. gr., en forma unilateral – entre usuarios del servicio público, o entre contribuyentes del mismo país, debe cumplir, como mínimo, con una manda de razonabilidad y con la regla de equidad económica... Asimismo, la regla de equidad económica clama por un horizonte racional de distribución de la carga de financiamiento de la tarifa equitativa tal que no se generen ni inequidades ni beneficiarios inesperados (*free riders*) del sistema....

¹⁰³ Conforme información extraída del sitio web <http://www.eras.gov.ar/sindicatura-de-usuarios-2/>, en el ámbito del Ente Regulador actúa la Sindicatura de Usuarios conformada por representantes de las Asociaciones de Usuarios registradas en la Subsecretaría de Defensa del Consumidor del Ministerio de Economía y Producción, e inscriptas conforme lo establecido en las normas aplicables en la materia. Sus miembros son elegidos por la Institución que representan conforme el mecanismo que dispongan las entidades de las cuales provienen. Su desempeño será “ad honorem”. Los integrantes de la Sindicatura de Usuarios se vinculan con el Directorio del Ente Regulador a través de la Gerencia General. La Sindicatura de Usuarios debe sesionar como mínimo una vez por mes y analizar los temas que considere de su incumbencia vinculados a la actividad que desarrollan los prestadores del Area Regulada. La Sindicatura de Usuarios emitirá dictámenes o despachos fijando su opinión en los temas vinculados a la prestación del servicio los que deberán ser considerados por el Directorio. Cada Asociación de Usuarios nombrará y podrá reemplazar a su Representante. Los costos del funcionamiento administrativo de la Sindicatura de Usuarios estarán a cargo del Ente Regulador quien fijará anualmente su presupuesto. La Sindicatura de Usuarios establecerá su propio reglamento de funcionamiento, debiendo poner en conocimiento del mismo al Directorio del Ente Regulador, el cual deberá aprobarlo en un plazo de treinta (30) días de recibido. La Sindicatura de Usuarios se reunirá en dependencias del ERAS. El Directorio del Ente Regulador facilitará a la Sindicatura de Usuarios sus disposiciones y resoluciones, el registro y estado de situación de los servicios, los reclamos de los usuarios y todo otro documento administrativo.

¹⁰⁴ Remito a REY VÁZQUEZ, Luis E. (2014a).

¹⁰⁵ Resolución EtoSS 02/2002 de fecha 09 de enero de 2002 (B.O. 28-01-2002). Ver el comentario efectuado por WUST, Romina (2002).

La participación previa hubiese permitido escuchar a los distintos sectores involucrados, fundamentalmente para evitar que la tarifa social se aparte de los fines alegados, y persiga tan sólo motivaciones de carácter populista¹⁰⁶.

A la solución unilateral adoptada por el ERAS en ocasión del dictado de la Resolución anotada, hubiese sido preferible – y en ello coincido con la propuesta que efectúa SACRISTÁN -, que aparece “... como constitucionalmente más adecuado y racional, un subsidio convencional explícito entre usuarios, que se acordara voluntariamente entre el o los beneficiantes y la firma prestadora, con cargo a la factura de los primeros, a favor de un tercero usuario beneficiario identificado en el acuerdo. De esta manera, se desplazarían otras alternativas que podrán correr el riesgo de no ser equitativas o de carecer de transparencia en punto a su financiamiento y ejecución”¹⁰⁷.

No obstante, de existir algún afectado, tendrá siempre las instancias administrativa y judicial correspondientes.

5. El control social. Jurisprudencia de la CSJN Argentina.

Veremos a continuación la incidencia en el marco de la ejecución de los contratos administrativos que tengan por objeto la prestación de servicios públicos, la postulada participación de los usuarios ante las decisiones que impacten de cualquier modo en sus

¹⁰⁶ Al respecto, ver el artículo de SACRISTÁN, Estela (2007a), pp. 393 y ss., en especial p. 397/398, donde señala que

... hay otras ocasiones en que las tarifas son utilizadas con claros fines populistas, ajenos al contrato que vincula a las partes. En un caso laudado en sede del CIADI –la referencia es al caso “Azurix”–, el respectivo laudo recogió, en su motivación, pluralidad de hechos que trasuntan politización tarifaria o utilización de las tarifas para meros fines políticos, eleccionarios o populistas. Así, puede leerse: “Para concluir, el [regulador] dio una interpretación al contrato de concesión que no concordaba con los conceptos de tarifa, precios y facturas que le servían de fundamento, ni con la información proporcionada a los licitantes en el momento en que éstos preparaban sus propuestas. La decisión del [regulador] denota, al parecer, más preocupación por las consecuencias políticas de la eliminación de los coeficientes que por cumplir los términos del contrato de concesión” (par. 92); “[...] las autoridades provinciales estaban más preocupadas por los efectos políticos que por la aplicación de los términos del contrato de concesión” (par. 102); “[...] Las más altas autoridades provinciales [...] procuraron interferir, con fines políticos, en la operación de la concesión, obligando a [la empresa] a no remitir facturas a los usuarios o amenazando al personal del [regulador] por haber levantado la interdicción sobre la facturación [...]” (par. 144); “[...] Se invitó a los clientes a no pagar las facturas [...]. Lo mismo puede decirse de las amenazas públicas contra funcionarios [...] por permitir que [la empresa] reanudara la facturación de los servicios a los clientes [...]. Estos ejemplos demuestran la politización de la concesión [...]” (par. 319).

¹⁰⁷ SACRISTÁN, Estela (2007b), p. 178.

intereses económicos, y que se manifestara en un trascendente pronunciamiento de la Corte Suprema de la Nación Argentina durante el año 2016.

De dicho precedente, conocido por las siglas como caso “CEPIS”¹⁰⁸, se extraerán algunos tópicos sobre los que discurriera el análisis, que tuvo como disparador el incremento de las tarifas dispuestas por el Poder Concedente (Estado Nacional) del servicio público de gas natural, sin haberse garantizado la previa participación ciudadana en la adopción de las decisiones tarifarias, erigiéndose en la primera interpretación integral del artículo 42 de la Constitución Nacional argentina por parte del Máximo Tribunal Nacional, como un derecho “operativo”, apoyándose en los debates de la convención constituyente¹⁰⁹. Se puntualizó también que al concepto de participación debe dársele un contenido amplio, traduciendo una faceta del control social que puede manifestarse de maneras distintas y cuya ponderación ha sido dejada en manos del legislador, al que corresponde prever el mecanismo que mejor asegure aquella participación en cada caso.

Entre los conceptos salientes, se ha resaltado que la participación debe ser previa, y que no se satisface con la mera notificación de una tarifa ya establecida, debiendo, por imperativo constitucional, garantizar la participación ciudadana en instancias públicas de discusión y debate susceptibles de ser ponderadas por la autoridad de aplicación al momento de la fijación del precio del servicio; siendo además, un elemento de legitimidad para el poder administrador, cuya responsabilidad de garantizar el derecho a la información pública está estrechamente vinculado al sistema republicano de gobierno. Y la consecuencia de la inobservancia – en el caso, del procedimiento de audiencia pública – ha sido la declaración de nulidad de los actos que dispusieron el incremento, con los efectos que ello acarrea.

Resulta destacable asimismo, haber echado mano a ciertos¹¹⁰ instrumentos internacionales para respaldar el análisis y conclusiones del tribunal, como ser la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública (XI Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, Lisboa,

¹⁰⁸ CSJN, 18/08/2016, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c. Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”, Fallos 339:1077.

¹⁰⁹ El citado artículo fue incorporado a la Constitución Nacional Argentina en la reforma constitucional de 1994.

¹¹⁰ Se trata de Cartas del CLAD, que en rigor conforman una suerte de *soft law*. Al respecto, puede verse la obra de SARMIENTO, Daniel, *El Soft Law Administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*, Thomson Civitas, Madrid, 2008.

Portugal, 25 y 26 de junio de 2009, Capítulo primero, puntos 2 y 3) y el Código Iberoamericano del Buen Gobierno, respaldado por la XVI Cumbre Iberoamericana (Uruguay, noviembre de 2006, especialmente regla 11.7 y regla IV.35)¹¹¹. Y también el auxilio al concepto de “democracia deliberativa” con citas de RAWLS¹¹² y NINO¹¹³.

Finalizaré con una conclusión crítica del fallo CEPIS, teniendo en cuenta el lugar en que se ha colocado al ciudadano y a la sociedad civil en el control de la ejecución de los contratos públicos, a partir de los conceptos de participación y buena administración.

III. Algunos casos sobre tarifas

En diversos trabajos anteriores¹¹⁴, he analizado la situación preexistente a la decisión tarifaria operada durante el año 2016, especialmente desde la gran crisis económica padecida por la República Argentina desde fines del año 2001, período signado especialmente por una situación de congelamiento tarifario en todos los servicios públicos¹¹⁵, no obstante registrarse en el mismo período, un sensible incremento en los costos y precios en general, luego trasladándose a los salarios e ingresos de la población, en especial desde la mitad de la primera década del siglo XXI¹¹⁶.

¹¹¹ Voto del Dr. Horacio Rosatti, Considerando 16°).

¹¹² Considerando 18°) del Voto mayoritario, citando la obra de Rawls, John, *Justice as Fairness. A restatement*, Harvard, Harvard University Press, 2001. Hay Edición castellana, RAWLS, John, *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*, Tecnos, Madrid, 1986.

¹¹³ Voto del Dr. Horacio Rosatti, Considerando 16°), en relación a la obra de Nino, Carlos Santiago, “La paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y el valor epistemológico de la democracia”, en AA.VV., “En torno a la democracia”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1990, pág. 97 y ss.” (textual del voto). El concepto ha sido desarrollado extensamente por el citado autor en su obra *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, Gedisa, Madrid, 1997.

¹¹⁴ REY VÁZQUEZ, Luis E., *La Renegociación de los Contratos de Servicios Públicos en Argentina. Entre el procedimiento administrativo doméstico y el arbitraje internacional*, Editorial Académica Española, Saarbrücken, Alemania, 2011; y últimamente, en REY VÁZQUEZ, Luis E., “Estado, administración y realidad: la participación del ciudadano en la gestión pública”, *Revista Digital de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo*, Santa Fe, n° 1, p. 119-171, ene/jun. 2016, ISSN 2469-0813.

¹¹⁵ Destacada también por GARCÍA MANSILLA, Manuel J., “La Corte Suprema y las tarifas de gas”, *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, Tomo 76, N° 2, Diciembre de 2016, pp. 14-52.

¹¹⁶ Al respecto, se ha sostenido que “... Durante 16 años los ciudadanos con acceso a las redes de energía eléctrica y de gas natural han gozado de servicios públicos con tarifas congeladas a valores del año 1999, con la falsa creencia de que iba a ser eterna la posibilidad de disfrutar de esta suerte de mana del cielo” (PIROVANO, Pablo A., “El sistema energético argentino y las decisiones de la justicia”, *LA LEY* 27/07/2016, p. 6; AR/DOC/2227/2016). Analizo el tópico en el capítulo siguiente.

Ello provocó un deterioro de las inversiones en la infraestructura de los servicios, no obstante verificarse también un proceso de renegociación de los contratos administrativos, muchos de ellos rescindidos y asumidas las actividades por el Estado otrora concedente¹¹⁷.

Tales datos no pueden estar ausentes del análisis del fallo que motiva la presente, pues aun cuando fuera descalificado el incremento practicado en el año 2016 por reputarlo irrazonable, no puede obviarse que las medidas estatales procuraron, probablemente por el camino incorrecto, remediar la situación de colapso y desinversión generada por más de una década de virtual parálisis.

1. Incremento tarifario y resoluciones cautelares suspensivas.

A raíz de sendas Resoluciones Nos. 28/16 y 31/16 del Ministerio de Energía y Minería de la Nación, así como del Ente Regulador del Gas (Enargas), se produjo un importante incremento en las tarifas de gas, en porcentajes que promediaban un 500 %, lo que motivó diversos cuestionamientos por distintos usuarios de tales servicios ante diferentes tribunales. Una situación similar aconteció respecto del servicio público de electricidad.

En función de tales planteos, se dictaron numerosas medidas cautelares suspendiendo dicho incremento, siendo uno de sus argumentos, que los incrementos tarifarios se operaron sin convocar en forma previa a audiencia pública, vulnerando de ese modo el derecho constitucional a la participación que establece el art. 42 de la Constitución Nacional.

Por sólo citar algunos, la Cámara Federal de Córdoba resolvió en la causa “Bustos”¹¹⁸ lo siguiente: 1) Disponer para el ámbito geográfico de esta provincia de Córdoba la suspensión de las medidas contenidas en las Resoluciones del Ministro de Energía y Minería de la Nación N° 28/2016 y N° 31/2016 y las Resoluciones del ENARGAS N° I-3729 y I - 3737, y las dictadas en consecuencia, por el plazo de tres (3) meses, previo al cumplimiento de la fianza requerida; 2) Ordenar la re-facturación del servicio con los

¹¹⁷ Remito para ello a REY VÁZQUEZ, Luis E., “Sociedades Estatales creadas en la última década: de la privatización a la “Re-estatización”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 399, ISSN 1666-4108, 2011, pp. 39/65; también publicado en *RAP Buenos Aires (RAP BA)*, N° 103-104-105, ISSN 1667-3174, 2011, pp. 49/74.

¹¹⁸ CF Córdoba, Sala B, “Bustos, Rebeca Andrea y otro vs. Estado Nacional y otros s. Amparo colectivo”, 04/07/2016 (RC J 3557/16).

valores vigentes al 31/3/2016, 3) Ordenar a la empresa Licenciataria que deberá abstenerse de efectuar cortes de suministro de gas motivados en la falta de pago de las facturas emitidas de acuerdo al nuevo cuadro tarifario.

A su turno, el Juzgado en lo Civil, Com. y Cont. Adm. Federal de La Plata N° 4, causa FLP 8399/2016, en autos “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ Amparo Colectivo”, del 31-05-2016, no obstante rechazar la acción de amparo que perseguía la suspensión de las resoluciones del Ministerio de Energía y Minería que dispusieron el aumento de la tarifa de gas, se ordenó cautelarmente al Estado Nacional la realización de audiencia pública para todos los usuarios y consumidores, a fin de garantizar la participación ciudadana antes de tomar una decisión tan trascendental.

En la misma causa, en ocasión de la apelación deducida por la parte estatal, la Cámara Federal de La Plata¹¹⁹ resolvió: 1°) Acumular a la presente todas las acciones colectivas que correspondan conforme lo dispuesto por las Acordadas 32/2014 y 12/2016 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. 2°) Modificar la resolución recurrida y, en consecuencia, declarar la nulidad de las Resoluciones 28 y 31 del Ministerio de Energía y Minería de la Nación, retrotrayéndose la situación tarifaria a la existente previamente al dictado de ambas...”.

En la misma fecha, el mismo tribunal se expidió en la causa “Abarca”¹²⁰, donde luego de revocar la decisión del Juez de grado, dispuso la suspensión por el término de 3 (tres) meses las Resoluciones del Ministerio de Energía y Minería de la Nación 6/2016 y 7/2016 y la Resolución del ENRE 1/2016 para el ámbito geográfico de la Provincia de Buenos Aires.

El argumento central de dichos pronunciamientos fue, por un lado, el haber decidido los aumentos tarifarios sin convocar previamente a la Audiencia Pública, exigencia que se derivaría del Art. 42 de la Constitución Nacional; pero por otra parte, también se fundaron en lo irrazonable de los incrementos, llegando incluso a un 1000 %. No obstante, y por

¹¹⁹ Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, sala II, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c. Ministerio de Energía y Minería s/ Amparo colectivo”, 07/07/2016, LA LEY 18/07/2016, 7, AR/JUR/42569/2016.

¹²⁰ Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, sala II, “Abarca, Walter José y otro c. Estado Nacional Ministerio de Energía y Minería y otro s/ Amparo Ley 16986”, 07/07/2016, LA LEY 18/07/2016, 7, AR/JUR/42570/2016.

distintas razones a las que gravitaran en CEPIS, dicha cautelar fue revocada por la CSJN¹²¹.

A raíz del gran debate generado en torno a la magnitud del incremento tarifario¹²², que impactó brutalmente en la mayoría de los usuarios, en especial los de menores recursos, incluidos por ejemplo los denominados clubes de barrio, a raíz de un recurso de *per saltum* deducido por el Estado Nacional por intermedio de la PTN, la Corte Suprema¹²³ se expidió, de modo preliminar, requiriendo diversos informes tendientes a verificar, fundamentalmente, la existencia de parámetros que justifiquen el incremento de las tarifas, que como anticipé, estuvieron prácticamente congeladas durante más de diez años.

Luego, durante la feria judicial de julio de 2016¹²⁴, se produjeron diversos pronunciamientos de la justicia federal de La Plata¹²⁵, pidiendo incluso la remisión de la totalidad de las causas que tramitan ante otros tribunales del país¹²⁶, motivadas incluso en contramarchas adoptadas por la cartera ministerial respectiva que establecieran un tope de 400 % a los incrementos, sumadas a las declaraciones del Jefe de Gabinete alentando el no pago de las tarifas hasta tanto medie una decisión judicial¹²⁷, todo lo que urgía una pronta respuesta del Máximo Tribunal.

¹²¹ CSJN, 06/09/2016, “Abarca, Walter José y otros c. Estado Nacional - Ministerio Energía y Minería y otro s/ amparo ley 16.986”, Fallos 339:1223. La decisión de revocar la medida cautelar obedeció a la falta de legitimación activa de los accionantes, a saber, el Secretario General de la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires (ante la vacancia del cargo de Defensor del Pueblo provincial), de ciertos legisladores y de un partido político, remitiendo al juez de 1ª Instancia la verificación de la aptitud de un club social como legitimado.

¹²² <https://www.diariojudicial.com/nota/75597/corte/corte-supremo-al-tarifazo.html>, [Noticia del 07-07-2016](#).

¹²³ CSJN, “Ciudadanos del Sur de la Provincia de Mendoza c. Estado Nacional Argentino y otros s/ acción mere declarativa de inconstitucionalidad”, 12/07/2016, *LA LEY* 18/07/2016, 7. AR/JUR/43183/2016, Fallos 339:927.

¹²⁴ Que fuera habilitada por la Cámara Federal Platense en fecha 18-07-2016. Ver <http://www.cij.gov.ar/nota-22486-Fallo-de-la-C-mara-Federal-de-La-Plata-que-habilita-la-feria-en-causa-por-aumentos-en-la-tarifa-de-gas.html>.

¹²⁵ Así el juez federal de La Plata Alberto Recondo desestimó una medida cautelar que suspenda las resoluciones que establecen aumentos tarifarios con topes máximos. Se trata de un planteo contra la resolución 99/2016 modificada por la 129/2016, que implementa un tope máximo de aumento tarifario del 400 y 500%, según sea consumo domiciliario o comercio. Ver <http://www.cij.gov.ar/nota-22510-Rechazan-el-dictado-de-una-cautelar-que-suspenda-resoluciones-que-establecen-aumentos-en-las-tarifas-de-gas-con-topes-m-ximos.html>.

¹²⁶ Ordenando librar 46 oficios. Ver <http://www.cij.gov.ar/nota-22498-La-C-mara-Federal-de-La-Plata-pidi--todas-las-causas-del-pa-s-por-la-suba-de-tarifas-de-gas.html>.

¹²⁷ <http://www.diariojudicial.com/nota/75703/noticias/el-problema-del-tarifazo-esta-en-la-plata.html>.

2. El caso “CEPIS” en la CSJN. Tópicos salientes.

La Corte Suprema confirmó parcialmente el decisorio cautelar y lo circunscribió al colectivo de usuarios residenciales, respecto de los cuales ordenó que se mantuviera vigente la tarifa social¹²⁸.

Sin embargo, el tribunal terminó reputando nulas las Resoluciones Nos. 28/16 y 31/16 del Ministerio de Energía y Minería de la Nación, por no haberse respetado el derecho de participación de los usuarios a través del procedimiento de audiencia pública como una exigencia implícita del art. 42 de la CN, además de la Ley 24076 (marco regulatorio del gas).

Respecto a la obligatoriedad de la audiencia pública, abandonó el criterio que sentara en fecha 15/07/2014, en autos: “Soldano, Domingo c. EN - ley 26.095- M° de Planificación - resol. 2008/06 y otro s/ amparo ley 16.986”¹²⁹, cuando sostuviera que “... *no se configura nítidamente ninguna de las circunstancias reguladas en la ley 24.076 que requiera la obligatoriedad de la convocatoria a la audiencia pública. En efecto, esta última se encuentra prevista en la norma señalada para aquellos casos que, de algún modo, provocan una modificación en la remuneración de los concesionarios de los servicios; situación diferente al caso sub examine en el cual -como se dijo en la causa “Establecimiento Liniers”-, los cargos específicos, aun cuando tienen naturaleza tarifaria, no remuneran a los transportistas y distribuidores sino que están destinados a obras de infraestructura no contempladas en los contratos respectivos (Cons. 6°); por lo que ... las resoluciones impugnadas, en cuanto definen los cargos específicos para solventar las obras de ampliación de la infraestructura energética, sin que sea imperativo convocar a audiencia pública con anterioridad a su dictado, no pueden ser tildadas de arbitrarias...*” (Cons. 7°)¹³⁰.

¹²⁸ Voto de la mayoría conformada por los Jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco, y votos separados de Maqueda y Rosatti.

¹²⁹ APADMINJD 09/09/2014, AP N°: AR/JUR/33340/2014. En dicha causa en la que se revocó la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala I), que por mayoría, confirmó parcialmente lo decidido por la jueza de primera instancia que hizo lugar al amparo entablado por Domingo Soldano contra el Estado Nacional en lo que se refiere a la invalidez de las resoluciones 2008/2006 del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y 3689/2007 del Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS) por haber sido dictadas omitiendo la convocatoria a la audiencia pública prevista en el decreto 1216/2006, al entender – entre otros extremos - que los cargos específicos creados por la ley 26.095 constituían un componente de la tarifa y, por lo tanto, carecían de naturaleza tributaria.

¹³⁰ Posición que consideré acertada, pues postular lo contrario, conduce a la invalidación de decisiones estatales adoptadas en ejercicio de competencias privativas, contrariando así el principio de presunción de

A pesar del esfuerzo por acotar el alcance del decisorio, resulta problemático declarar la nulidad por un vicio grave en el procedimiento previo, limitando sus efectos solamente a los usuarios residenciales¹³¹, reputando válida asimismo la tarifa social instaurada “sin audiencia pública”, aspectos ambos que han levantado voces críticas en la doctrina¹³².

Otro tópico analizado, es que se extendió la obligatoriedad de la Audiencia Pública a una actividad que, en rigor, no constituye “servicio público”, lo que llevó a SACRISTÁN a postular que el propio fallo se erigía en la fuente de tal obligación¹³³.

Así es que se la impuso para determinar el precio en el punto de ingreso al sistema de transporte de gas —PIST—, aun cuando no resultaba exigible por tratarse la producción y comercialización de este recurso de una actividad desregulada, pues, hasta el momento en que efectivamente se determine sobre la base de la libre interacción de la oferta y la demanda, tal como es el objetivo del decreto 181/2004, deviene razonable que el análisis de su costo se efectúe juntamente con la revisión de tarifas¹³⁴.

También sostuvo la Corte que todo reajuste tarifario debe incorporar como condición de validez jurídica, conforme con la previsión constitucional que consagra el derecho de los usuarios a la protección de sus “intereses económicos” —art. 42, Constitución Nacional—, el criterio de gradualidad, que constituye la expresión concreta del principio

validez que es propio de los actos estatales (REY VÁZQUEZ, Luis E., “Estado, administración y realidad: ...”, p. 153).

¹³¹ A los no residenciales los remite a la promoción de acciones individuales donde acrediten el impacto del incremento (aun cuando se declaró la nulidad de los actos tarifarios por vicio grave en el procedimiento).

¹³² Así, por ejemplo, VERBIC, Francisco y SALGADO, José M., “Un estándar inconstitucional para el acceso colectivo a la justicia”, *La Ley*, Diario especial del caso CEPIS del 25-08-2016, p. 18-19.

¹³³ SACRISTÁN, Estela B., “Acerca de las audiencias públicas solicitadas en “CEPIS” y su fuente”, *EDA* 30-09-2016, pp. 3-6.

¹³⁴ Considerando 20º) Voto de la mayoría, expresó que “...Sin desconocer que, de acuerdo con lo dispuesto en las leyes 17.319 y 24.076, y sus reglamentaciones, la producción y comercialización de gas es efectivamente una actividad económicamente desregulada y no fue calificada como servicio público, debe destacarse que, a partir de lo establecido en el decreto 181/2004 y las normas dictadas en consecuencia, esa desregulación ha sido dejada de lado por el propio Estado. Ello es así, pues sobre la base del decreto citado, cuyo objetivo fue elaborar un esquema de normalización del precio del gas en el PIST hasta que se “reencauzara” la actividad y se llegara, nuevamente, a precios que debían resultar de la libre interacción de la oferta y la demanda, se facultó a la ex Secretaría de Energía del ex Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios para acordar con los productores de gas natural un ajuste del precio del producto, en el marco del cual además se suscribieron varios acuerdos. En las condiciones descriptas, parece razonable entender que, hasta el momento en que efectivamente el precio del gas en el PIST se determine sobre la base de la libre interacción de la oferta y la demanda, su análisis se efectúe conjuntamente con la revisión de tarifas para la cual es necesaria, como ya se dijo, la celebración de una audiencia pública...”.

de razonabilidad, que cuenta con un amplio desarrollo en la doctrina argentina¹³⁵. Esto en razón de la magnitud del incremento operado y descripto *supra*.

No obstante, rememoró añejos principios inherentes al régimen tarifario y la ejecución de los contratos de concesión de servicios públicos, expresando por ejemplo, que “la potestad tarifarla reside en el poder administrador y que ella no se ve afectada por la concesión a particulares de un servicio público”¹³⁶, agregando que “las tarifas son fijadas o aprobadas por el poder público, como parte de la policía del servicio, lo que no obsta a la existencia de bases fijadas por ley, o como en el caso de autos, bajo forma contractual. Naturalmente que el Estado —*lato sensu*— dispone al respecto de una atribución y no de una mera facultad; o dicho en otros términos, a la par que le asiste el poder para hacerlo le incumbe la obligación de realizarlo”¹³⁷. Remarcó asimismo que teniendo en miras el interés público, “... la pretensión de que un régimen tarifario se mantenga inalterado a lo largo del tiempo, si las circunstancias imponen su modificación, es ilegítima, ya que una decisión contraria implicaría que la Administración renuncie a su prerrogativa de control de la evolución de las tarifas...”, la cual, en el caso de servicios cuya explotación ha sido concesionada, constituye la única defensa del público usuario¹³⁸.

Igualmente, recordó que “el Estado debe velar por la continuidad, universalidad y accesibilidad de los servicios públicos, ponderando la realidad económico- social concreta de los afectados por las decisiones tarifarias, con especial atención a los sectores más vulnerables, y evitando el perjuicio social provocado por la exclusión de numerosos usuarios como consecuencia de una tarifa que, por su elevada cuantía, pudiera calificarse de “confiscatoria”, por detraer de manera irrazonable una proporción excesiva de los ingresos del grupo familiar”¹³⁹.

¹³⁵ LINARES, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución Argentina*, 2ª Edición actualizada, 2ª Reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2002, más recientemente, CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de razonabilidad*, 2ª Edición actualizada y ampliada, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2009.

¹³⁶ Considerando 27º), Voto de la Mayoría, Fallos: 184:306; 322:3008 y CSJ 280/2008 (44-E)/CS1 “Establecimiento Liniers S.A. c. EN Ley 26.095, Ministerio de Planificación Resol. 2008/06”, sentencia del 11 de junio del 2013, dictamen de la Procuración General al que remite la mayoría.

¹³⁷ Considerando 27º), Voto de la Mayoría, citando Fallos: 262:555 y 322:3008.

¹³⁸ Considerando 27º), Voto de la Mayoría, citando Fallos: 262:555; 321:1784, “Establecimiento Liniers S.A.”, ya citada, voto de los jueces Highton de Nolasco y Zaffaroni). Dicho contralor permanente, tratándose, de servicios cuya explotación ha sido concesionada, constituye la única defensa del público llamado a usar de él (Fallos: 184:306).

¹³⁹ Considerando 33º), Voto de la Mayoría.

Finalmente, sostuvo que debían extremarse los recaudos habilitantes de las acciones colectivas cuyas resoluciones puedan incidir en la prestación de un servicio público, ya que decisiones sectoriales en materia tarifaria pueden afectar la igualdad en el tratamiento de los usuarios, aplicando un aumento para algún sector de la sociedad y no para otro que se encuentra en igualdad de condiciones. Asimismo, decisiones de esta naturaleza pueden alterar el esquema contractual y regulatorio del servicio, afectando el interés general comprometido en su prestación¹⁴⁰.

IV. Conclusiones

El fenómeno de la participación ciudadana en la Administración Pública, si bien no resulta novedoso, ha adquirido nuevos bríos en las últimas décadas, y se ha potenciado en virtud de las nuevas relaciones entre el Estado y la Sociedad civil.

De una visión del Estado que actuaba de manera unilateral en la adopción de las decisiones que eran receptadas pasivamente por la sociedad, se ha pasado a un modelo de consenso y participación activa no sólo en la faz procedimental de cara tanto al diseño de políticas como a la toma de decisiones generales o singulares, incluso en el procedimiento de elaboración de normas legales¹⁴¹, sino también en la creciente inserción de los ciudadanos en el seno de la organización estatal, o, en su caso, en la delegación de cometidos públicos en sujetos no estatales, públicos y privados.

Amén de hallarse consagrado en numerosas normas de diferente rango – constituciones, tratados internacionales, leyes y reglamentos -, ha sido materia de tratamiento en numerosos instrumentos del denominado *soft law*, como en la reciente Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública del CLAD del año 2013¹⁴².

¹⁴⁰ Considerando 37º), Voto del Dr. Rosatti.

¹⁴¹ Merece destacarse al respecto el sometimiento a información pública al que fue sometido a comienzos de 2015 en España el Anteproyecto de Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en cuya exposición de motivos se hace gala – entre otros aspectos – de que “... resulta esencial un adecuado análisis de impacto de las normas de forma continua, tanto *ex ante* como *ex post*, así como la *participación de los ciudadanos y empresas en los procesos de elaboración normativa*, pues sobre ellos recae el cumplimiento de las leyes...”.

¹⁴² Aprobada por el Consejo Directivo del CLAD en reunión presencial-virtual celebrada desde Caracas el 10 de octubre de 2013, y en la anterior Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública del mismo Centro, aprobada en la XI Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado de Lisboa, Portugal, los días 25 y 26 de junio de 2009.

En punto a las relaciones entre el Estado y la sociedad, ha señalado MUÑOZ MACHADO que "...Si el tiempo presente es el del retraimiento del Estado y potenciación de la sociedad, las instituciones privadas y las empresas, es necesario también explicar la acción del Estado conforme a categorías que se correspondan con esta nueva ideología. El Estado regulador y garante es la mejor expresión, a nuestro juicio, del nuevo orden de relaciones entre el Estado y la sociedad...".

Asimismo, del análisis de los antecedentes del caso CEPIS, así como de la decisión de la CSJN en la causa, debo concluir en lo siguiente:

1. Resulta problemático declarar la nulidad parcial de actos de alcance general, so pretexto de acotar el espectro de legitimados colectivos: usuarios residenciales. Ello entraña una suerte de convalidación respecto de los usuarios no residenciales, e incluso de la tarifa social por ellos establecida. No pueden ser válidos y nulos al mismo tiempo, teniendo en cuenta que el vicio consistió en no haber seguido el procedimiento reputado esencial para la validez de los actos, vulnerando el derecho de los usuarios a participar en forma previa mediante el procedimiento de audiencias públicas.
2. Es compleja la invocación del principio de igualdad, cuando merced al congelamiento de las tarifas de gas natural por redes posterga las inversiones necesarias para la expansión de la red a sectores no servidos (ciudadanos de las provincias del nordeste argentino), cuyos usuarios consumen gas licuado del petróleo en garrafas a un costo holgadamente superior, generándose un subsidio a favor de los quienes reciben el gas natural, en perjuicio de aquéllos¹⁴³.
3. Expandir la exigencia de la audiencia pública a actividades no alcanzadas por una norma de modo imperativo¹⁴⁴, creando la obligación a través de la sentencia con argumentos harto cuestionables, ligados a la mera conveniencia, ha significado transitar una delgada línea que compromete la división de poderes. De ese modo, se imponen exigencias de "servicio público" a actividades que no lo son por medio de una sentencia.

¹⁴³ Así se sostuvo que "... Si eso es así aparece un colectivo social no incluido en esta decisión. Es el caso de las personas no conectadas a la cadena de gas natural, ese colectivo es el derrotado con los subsidios existentes" (SOLÁ, Juan V., "Los jueces, las tarifas y los subsidios", *La Ley*, Diario especial del caso CEPIS del 25-08-2016, pp. 10-12.

¹⁴⁴ Véase la aguda crítica de DE LA RIVA, Ignacio M., "¿Era obligatorio convocar a audiencia pública? Comentario al fallo de la Corte Suprema en los autos "CEPIS c. MINEM", *EDA* 30-09-2016, pp. 1-3.

4. También resulta criticable el que no se hubiese ponderado adecuadamente la incidencia que ha tenido el proceso de renegociación contractual y las normas dictadas y aún vigentes que condicionaban la operatividad del marco regulatorio sectorial.
5. Finalmente, sigo sosteniendo que en el caso, la exigencia de la audiencia pública fue enunciada más de modo dogmático, pero sin reparar en la situación de hecho preexistente al dictado de los actos administrativos que dispusieron el aumento de tarifas.
6. No obstante, rescato los conceptos que apuntan a la necesaria participación de los usuarios, a fin de fortalecer la democracia deliberativa, el carácter de control social que ejercen los usuarios cuando intervienen en dicha faceta, que no es la única ni – posiblemente – la más adecuada según las circunstancias. Es importante en este punto la cita que el Juez Rosatti efectúa de los Documentos del CLAD.
7. Considero que la buena administración puede lograrse a través de otras técnicas participativas, incluso a través de medios electrónicos y, porque no, a través de un uso responsable de las redes sociales¹⁴⁵.

¹⁴⁵ Al respecto, MARTÍNEZ DALMAU, Rubén, “Constitucionalismo y democracia ante las nuevas tecnologías de la información y la comunicación”, en NOGUERA FERNÁNDEZ, Albert (Coordinador) (2013), *Crisis de Democracia y Nuevas Formas de Participación*, Tirant to Blanch, Colección Ciencia Política 54, Valencia, pp. 317-332.

CAPÍTULO II

UN CASO DE PARTICIPACIÓN ESPECIAL: LA RENEGOCIACIÓN DE CONTRATOS EN ARGENTINA.

I. Introducción

En el presente capítulo abordare la situación acaecida con los contratos administrativos de prestación de servicios públicos, luego de los cambios operados a partir del abandono de las reglas de juego en cuya virtud aquéllos se celebraron, caracterizadas básicamente por el régimen de convertibilidad de la moneda argentina con el dólar estadounidense, y la sustitución por otro que significó la ruptura de la paridad existente entre ambas, con el impacto que ello produjo en los contratos, y que llevaron al Estado Nacional¹⁴⁶ a que, previa declaración de la situación de emergencia, instaure un procedimiento de renegociación de los mismos¹⁴⁷.

Advertiré que la cuestión aparentemente circunscripta a la posibilidad cierta de un incremento tarifario – al menos inicialmente -, la superó para englobar todos los aspectos propios de los contratos de concesión – o licencias¹⁴⁸ - de servicios públicos, los que han

¹⁴⁶ Al proceso instaurado por el Estado Nacional Argentino, se adhirieron las Provincias y luego los Municipios. Me he ocupado del análisis de lo ocurrido con la Renegociación del Contrato de Concesión de Agua Potable y Desagües Cloacales de la Provincia de Corrientes en REY VÁZQUEZ, Luis E., “La concesión de aguas y cloacas en la provincia de Corrientes: de la privatización a la renegociación”, publicado en la *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la U.N.N.E.*, N° 7, Número Extraordinario, Dunken, Corrientes, 2010, p. 651.

¹⁴⁷ Con mayor extensión, me he ocupado del presente tema en REY VÁZQUEZ, Luis E., *La Renegociación de los Contratos de Servicios Públicos en Argentina. Entre el procedimiento administrativo doméstico y el arbitraje internacional*, Editorial Académica Española, Saarbrücken, Alemania, 2011.

¹⁴⁸ A partir del dictado del Decreto N° 1023 del 13-08-2001 (B.O. 16-08-2001), en virtud de la delegación de facultades que el Congreso Nacional efectuara por Ley 25.414 (B.O.: 30/03/2001), y que constituye el nuevo Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, se ha incluido a la figura de la Licencia entre la categoría contrato administrativo, pues en su artículo 4°, entre los contratos comprendidos, señala que el régimen “... se aplicará a los siguientes contratos ... inc. b) Obras públicas, concesiones de obras públicas, concesiones de servicios públicos y licencias”.

Para un estudio acerca de la naturaleza contractual o reglamentaria de la figura de la Licencia, ver MURATORIO, Jorge I., “Carácter contractual o reglamentario de la licencia administrativa”, en la obra colectiva *Contratos Administrativos*, Ciencias de la Administración, 2000, Buenos Aires, p. 497. Ver asimismo: TAWIL, Guido Santiago, “Licencia y contrato como título habilitante para la prestación del servicio público”, en obra colectiva *Contratos Administrativos*, Ciencias de la Administración, 2000, Buenos Aires, p. 457.

sido expresamente contemplados en la norma declarativa de la emergencia, varias veces prorrogada, y demás normas reglamentarias.

Sin embargo, y ante una palpable presión ejercida por parte de las empresas prestatarias de los servicios, el Estado Nacional decidió por “decreto” diversos incrementos tarifarios contrarios a las previsiones de la norma legal¹⁴⁹ y sin reparar en el estado larval en que se encontraba el proceso¹⁵⁰ de renegociación, apartándose así de los propios límites que se había fijado, repercutiendo tales decisiones negativamente en la economía de los usuarios, también afectados por el incremento de precios motivado por la devaluación de la moneda, y el paralelo congelamiento del valor nominal de sus ingresos.

En ese contexto, parecía difícil hallar una solución que conforme a todos los sectores involucrados, pero más aún, cuando las decisiones que el Estado adoptó, al menos inicialmente, trasuntaban un desconocimiento del procedimiento establecido, en desmedro de los derechos de los usuarios, especialmente, los vinculados a la participación en el procedimiento previo.

Luego de la sanción de diversas normas que mutaron el organismo encargado de llevar a cabo la renegociación y que previeron la posibilidad de sellar acuerdos parciales desvinculados del marco regulatorio, finalizaré analizando – siquiera someramente - lo ocurrido en el plano arbitral internacional, al que acudieron numerosos accionistas de empresas concesionarias o licenciatarias sin pasar previamente por los tribunales judiciales argentinos, no obstante así preverlo los Tratados Bilaterales de Inversión¹⁵¹, y que esgrimieron diversas cuestiones, algunas con mayor basamento que otras, pero que determinaron la condena del Estado Argentino por haber adoptado una decisión

¹⁴⁹ Con posterioridad veremos que se sancionó la Ley 25.790 (B.O. 22-10-2003), por la que se previó la posibilidad de que se celebraran acuerdos parciales y no sólo acuerdos integrales (como fuera la previsión original de la Ley 25.561), además de desvincular el proceso de renegociación de los marcos regulatorios.

¹⁵⁰ A pesar de que deliberadamente denominé “proceso” de renegociación, en realidad se trató de un “procedimiento” administrativo, pero mantengo esa denominación porque todas las normas que a él se refirieron lo denominaron del modo señalado en primer término. No obstante, involucré a diversos órganos y entidades de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, de allí que no resulte enteramente errada su denominación. En tal sentido, puede verse lo dicho por Ismael MATA, siguiendo el pensamiento de Bartolomé FIORINI, para quienes las tres funciones estatales están unidas a la noción de proceso, de tal modo que las primeras – entre ellas la función administrativa - no pueden manifestarse sino a través de pautas procesales (MATA, Ismael, *Ensayos de Derecho Administrativo*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2009, p. 20).

¹⁵¹ Una crítica a dicho extremo respecto de lo resuelto por los tribunales arbitrales internacionales puede verse en el último trabajo de ROSATTI, Horacio Daniel, “Las Demandas contra la República Argentina en el CIADI y la jurisdicción nacional” - [*EDCO*, (20/09/2011, nro 12.838)], y los trabajos anteriores del autor allí mencionados.

declarativa de la emergencia y que produjo modificaciones severas en las relaciones forjadas con anterioridad.

No obstante, no pareciera proporcional el achaque endilgado al Estado por los inversores extranjeros (accionistas en las empresas prestatarias de servicios públicos), puesto que fue una crisis donde todos los sectores se vieron afectados, y que, sin embargo, éstos pretendieron haber sufrido el mayor impacto negativo y obtuvieron laudos favorables sobre bases jurídicamente insostenibles de cara al derecho doméstico del país receptor de la inversión¹⁵².

La paradoja mayor ha sido que las condenas arbitrales se dieron aún cuando la empresa en la que el accionista extranjero integrara – o integra – logró avanzar y hasta sellar acuerdos provisorios y/o definitivos en la renegociación instaurada por el Estado Nacional.

Asimismo, destaco que lo analizado en el presente capítulo, resulta estrictamente necesario para comprender el estado de situación al que se llegó en el año 2016, en especial en el congelamiento tarifario operado, y porqué las decisiones tarifarias de dicho año, desproporcionadas y quizás tomadas de manera inconsulta, conforme fueran censuradas en el caso “CEPIS”, resultaban un intento de nivelar y restablecer el equilibrio que se había visto alterado durante tanto tiempo, lo que – a mi entender – no fue debidamente computado por la CSJN al fallar en el referido caso “CEPIS”.

II. Antecedentes

A fines de la década del 80 del siglo XX, y en forma concordante con la nueva filosofía imperante en el resto del mundo, Argentina decidió llevar adelante un proceso de “privatización” de las empresas estatales, fundamentalmente de aquellas que tenían a su cargo la prestación de servicios públicos. Dicho proceso, se inició a partir del dictado de las leyes de Reforma del Estado y de Emergencia Económica (Nº 23.696¹⁵³ y Nº

¹⁵² Al respecto, ver BARRAGUIRRE, Jorge Alberto (h), “Los tratados bilaterales de inversión (tbis) y el convenio CIADI ¿la evaporación del derecho administrativo doméstico?”, en *Res Pública Argentina*, 2007-3, Octubre-Diciembre 2007, Ediciones Rap, Buenos Aires, p. 107; también en el libro *El nuevo Derecho Administrativo Global en América Latina*, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2009, p. 203.

¹⁵³ Ley de Reforma del Estado, del 17-08-1989 (B.O. 23-08-1989).

23.697¹⁵⁴), así como de normas análogas en las Provincias y en los Municipios, que se tradujeron en el abandono del Principio Intervencionista o la concepción del Estado de Bienestar, a cuyo abrigo el Estado asumiera directamente la prestación de los diversos servicios públicos cuya titularidad ostentaba, y la adopción del Principio de Subsidiariedad, que implicaba que la intervención estatal sólo se justificaría cuando la iniciativa particular resultase escasa o nula¹⁵⁵.

En función del mentado principio, el Estado se fue desprendiendo de la gestión de los servicios, utilizando para ello diversas técnicas (concesión, licencia, permiso, etc.), reservándose la función de contralor (y la titularidad), y creando para ello entes de control (los entes reguladores).

Poco tiempo después del dictado de las leyes antes señaladas, en el año 1991 se sancionó la Ley 23.928¹⁵⁶, de “Convertibilidad del Austral”, que significó consagrar la estabilidad de la moneda nacional (entonces el austral, luego el peso), el fin de la inflación y de las cláusulas de indexación de precios. Especialmente, resultó destacable la fijación de la paridad del peso con el dólar estadounidense, lo que determinó que muchos de los contratos – y en especial, los que tenían por objeto la prestación de servicios públicos – se celebrasen tomando como parámetro referencial a esta última moneda.

Dicha situación se mantuvo pacíficamente durante diez años, facilitada por un conjunto de instrumentos que se constituyeron en las reglas de juego en virtud de las cuales se concretaron las contrataciones administrativas, que en el caso de las concesiones de servicios y de obras públicas, supuso la fijación de las tarifas en dólares estadounidenses, acudiendo al sistema del *price cap* o precio tope¹⁵⁷, pensado para funcionar en el marco

¹⁵⁴ Ley de Emergencia Económica, del 01-09-1989 (B.O. 25-09-1989).

¹⁵⁵ Al respecto, puede consultarse el libro de GONZÁLEZ MORAS, Juan M., *Los servicios públicos en la Unión Europea y el principio de subsidiariedad – El Derecho comunitario y la permanencia de los particularismos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.

¹⁵⁶ 27-03-1991 (B.O. 28-03-1991).

¹⁵⁷ Ver al respecto: BIANCHI, Alberto B., “.”, “La tarifa de los servicios públicos (del rate of return al price cap)”, *Revista de Derecho Administrativo* N° 27/29, Año 10, Enero-Diciembre 1998, Depalma, Buenos Aires, p. 35. También en obra colectiva *Contratos Administrativos*, Ciencias de la Administración, 2000, p. 503, en el *El Derecho*, Suplemento Administrativo del 27-08-1999, y en *El Derecho*, 183-975. Véase asimismo: SACRISTÁN, Estela, “La experiencia argentina en materia de tarifas reguladas por el sistema de price-caps”, *El Derecho*, Suplemento Administrativo 30-06-2003, pp. 4/11.

de una economía estable¹⁵⁸, y también con reglas claras¹⁵⁹ y con una razonable vigencia temporal.

En numerosos marcos regulatorios, especialmente en el del gas¹⁶⁰ y el de la energía eléctrica¹⁶¹, se establecieron cláusulas de indexación de las tarifas, conforme a índices de inflación extranjeros, lo que fue tolerado a la luz de la ley de convertibilidad, por constituir un ingrediente acorde al sistema de fijación tarifaria elegido.

Sin embargo, la primera crisis del sistema surgió a raíz de dos pronunciamientos jurisprudenciales¹⁶² recaídos sobre fines del año 2001, que se expidieron por la necesidad de la revisión de los Contratos en mérito a los cuales se produjeron las transferencias de cometidos estatales a manos privadas, so pretexto de ser contrarios a normas de orden público.

En la primera – relativa a las tarifas de gas -, y en la segunda – a las tarifas telefónicas -, se cuestionó el sistema de correcciones acordado por el Estado Nacional a las empresas prestatarias, *prima facie* (ya que se dictaron en el marco de sendas medidas cautelares), como contrario a la prohibición contenida en la ley 23.928 (de Convertibilidad), calificada “de orden público”. Ello sería así en tanto que por su intermedio se habría establecido un sistema de actualización que contrariaría el sistema basado en el principio nominalista que mediante la ley 23.928 se pretendió establecer y a través del cual se persiguió eliminar cualquier sistema de indexación o repotenciación de obligaciones, precios o tarifas imperantes en el país. Concretamente, el índice de corrección autorizado fue el de la inflación del dólar estadounidense en los Estados Unidos de Norteamérica.

¹⁵⁸ MANTIÑÁN, Rodolfo E., “Evolución del *price cap* en una economía inestable, con especial referencia a la regulación del Sector Eléctrico Argentino”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 282, Marzo 2002.

¹⁵⁹ Ver: ABDALA, Manuel Ángel, “Instituciones, contratos y regulación de infraestructura en Argentina”, CEDI y LECCG, Inc., Documento 15, Diciembre de 1998.

¹⁶⁰ Ley 24.076 del 20/05/1992 (B.O. 12-06-1992).

¹⁶¹ Ley 24.065 del 19/12/1991 (B.O. 16-01-1991).

¹⁶² CNac.ContAdm.Fed., Sala IV, 04-10-2001, “CONSUMIDORES LIBRES – COOP. LTDA. C/TELFÓNICA DE ARGENTINA Y OTRO”, LA LEY, 16-10-2002, pág. 5/7; EL DERECHO, Suplemento Administrativo 31-10-2001, p. 20; eldial.com, 07-11-2001; CNac.ContAdm.Fed., Sala V, 05-10-2001: “DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA NACIÓN – INCIDENTE DE MED c/ EN- PEN-M° E- Dto 1738/92 Y OTRO s/Proceso de Conocimiento”, CAUSA N° 39.674/2000, diariojudicial.com del 11-10-2001; eldial.com del 15-10-2001; en esta última causa, ya se había pronunciado en el mismo sentido la Juez Clara Do Pico en fecha 18-08-2000.

Se trae a colación también la opinión de la Directora General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Infraestructura y Vivienda en el trámite del expediente 225-000979/2000 (confr. fs. 44/44 vta. de ese expediente), así como la del Director Nacional de Dictámenes de la Procuración del Tesoro en su dictamen 153/2000¹⁶³ (confr. fs. 2/12) respecto de la ilegitimidad de las cláusulas de ajuste por aplicación del índice de precios consumidor de Estados Unidos (Consumer Price Index all items), por ser violatorias de una norma de orden público -ley 23.928.

Tal circunstancia, sin duda alguna, generó un profundo impacto a la legitimidad del régimen jurídico surgido de las privatizaciones, y puso en jaque a la seguridad jurídica, motivando interesantes debates doctrinarios a favor y en contra¹⁶⁴.

Resulta necesario destacar también que sobre finales del año 2000 entró en vigencia la Ley 25.344 de Emergencia Económico-Financiera¹⁶⁵, que si bien en su artículo 2° facultó al Poder Ejecutivo a disponer por razones de emergencia la rescisión de los contratos, sean de obra, de servicios, de suministros, de consultoría o de cualquier otro tipo que generen obligaciones a cargo del Estado, celebrados con anterioridad al 10 de diciembre de 1999 por el sector público descrito en su artículo 1°¹⁶⁶, excluyó expresamente a los contratos suscriptos en virtud de los procesos de privatización autorizados por la ley

¹⁶³ Dictamen M.I.V. N° 153 del 05-05-2000, Ministerio de Infraestructura y Vivienda, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 263, Agosto 2000, p. 83/86. También se publicó en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 279, Diciembre 2001, p. 128/131. Sostuvo allí la Procuración del Tesoro de la Nación que, por imperio de las normas de la Ley de Convertibilidad, “...resulta claro que las cláusulas incluidas en los Contratos de Concesión ..., en las que se convino un régimen de ajuste del cuadro tarifario teniendo en cuenta variaciones de niveles de precios aun de un país extranjero, resultan inaplicables y deben considerarse como no escritas”.

En fecha más reciente, la Corte Suprema Argentina ha fallado en la causa “Massolo, Alberto José c. Transporte del Tejar S.A.”, (20/04/2010, Fallos 333:447), reafirmando tales conceptos, al rechazar el planteo de inconstitucionalidad de la prohibición de indexar que subiste en la Ley de Convertibilidad, luego de la reforma operada por Ley de Emergencia 25.561.

¹⁶⁴ CRIVELLI, Julio César, “Los servicios públicos privatizados en moneda extranjera”, *Revista del Colegio Público de Abogados de Capital Federal*, N° 38, Septiembre 2000, p. 10. Del mismo autor: “Seguridad jurídica y estabilidad institucional”, Conferencia pronunciada en las Jornadas organizadas por la Asociación de Abogados de la Industria del Gas (ADAIG), 27-09-2000, separata de la Revista *La Ley*, titulada *La Transformación Regulatoria, la Seguridad Jurídica y los Contratos de Gas*, ARGIA, p. 22/26.

Ver también el comentario que a dichos fallos efectúa YOUSSEFFIAN, Martín, “Indexación y límites de las ganancias de los concesionarios de servicios públicos”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 278, Noviembre 2001, p. 119/123. Asimismo, véase: BOQUÉ, Roberto, “La ley de convertibilidad y la tarifa de los servicios públicos. A propósito de dos pronunciamientos judiciales”, *Revista de Derecho Administrativo* N° 36/38, Lexis-Nexis – Depalma, Buenos Aires, p. 215.

¹⁶⁵ 19-10-2000 (B.O.: 21/11/2000).

¹⁶⁶ Se trata del sector público nacional definido en el artículo 8° de la ley 24.156, cuyo texto actualizado puede compulsarse en <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/554/texact.htm>.

23.696 y que estén regidos en sus prestaciones por marcos regulatorios establecidos por ley¹⁶⁷.

También quedaron excluidos dichos contratos de las normas de la Ley 25.453¹⁶⁸ denominada de Déficit Cero, que luego de modificar la redacción del artículo 34 de la Ley 24.156, en su artículo 11 dispuso que los contratos de ejecución afectados por las reducciones dispuestas en el artículo 34 de la Ley 24.156 podrían revocarse por razones de oportunidad, mérito o conveniencia en el caso de que los contratistas o proveedores no aceptasen la reducción de la contraprestación a cargo del sector público nacional, siendo de aplicación en tal supuesto el artículo 26 de la Ley 25.344¹⁶⁹.

Incluso la Ley 25.414¹⁷⁰ de Delegación de Facultades Legislativas, en cuyo mérito el Congreso había delegado atribuciones en materias de administración y de emergencia pública (conforme al artículo 76 de la Constitución Nacional¹⁷¹), pudiendo el Poder Ejecutivo, mediante reglamentos delegados, modificar normas de rango legal, consagró en su artículo 1º, punto III que las delegaciones previstas en dicha Ley excluían la privatización total o parcial y/o cesión en garantía de empresas públicas, universidades, Banco de la Nación Argentina y otras entidades financieras oficiales, Administración Federal de Ingresos Públicos, entes reguladores de servicios públicos, la participación del Estado Nacional en entes y/o empresas binacionales, Parques Nacionales e Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados. También se excluyó la modificación de la autarquía del Banco Central de la República Argentina y de las universidades nacionales así como el artículo 55 de la Ley N° 25.401, debiendo seguirse para la transferencia de empresas, sociedades o cualquier otra forma de organización

¹⁶⁷ Igualmente, lo hizo su decreto reglamentario N° 1116/00 del 29-11-2000 (B.O. 30-11-2000). También, y en forma similar, lo hicieron las provincias en adhesión a la norma nacional.

Para una visión panorámica de la Emergencia en la Provincia de Corrientes, me remito a REY VÁZQUEZ, Luis E., “La Emergencia en la Provincia de Corrientes. Reseña Histórica”, publicado en *La Ley Litoral*, Febrero 2003, pp. 1/27.

¹⁶⁸ 20-07-2001 (B.O.: 31/07/2001).

¹⁶⁹ Artículo 26: “*Cuando se revoquen por razones de oportunidad, mérito o conveniencia contratos del sector público nacional, ya sean de obra, de servicios, de suministros o de consultoría, la indemnización que corresponda abonar al contratista no incluirá el pago de lucro cesante ni gastos improductivos*”.

¹⁷⁰ 29-03-2001 (B.O.: 30/03/2001).

¹⁷¹ Dicha norma reza lo siguiente: “Artículo 76.- *Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca. La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa*”.

jurídica de propiedad del Estado nacional, los procedimientos previstos en la Ley N° 23.696.

Pero el aparente *bill* de indemnidad del que se dotó a los contratos de servicios públicos privatizados, por obra y gracia de la normativa reseñada, llegó a su fin con la sanción de la Ley de Emergencia Pública y de Reforma del Régimen cambiario N° 25.561¹⁷², tal como lo expondré en el punto siguiente.

III. Declaración de Emergencia

Conforme ya se adelantara, la entrada en vigencia de la Ley 25.561 significó la partida de defunción del régimen de paridad peso – dólar, con la derogación de la ley de convertibilidad en su parte pertinente, lo que determinó un cambio de las reglas de juego en mira de las cuales se otorgaron las concesiones y licencias de los principales servicios públicos nacionales y provinciales, los que no sólo estaban pensados para funcionar en un contexto de estabilidad monetaria, sino que los ajustes estaban previstos en función de un índice que funcionaba sólo en dicho marco, con una inflación, sino ausente, al menos previsible, conforme al sistema denominado “*price cap*” o “precio tope”.

Entre los aspectos destacables de dicha ley, dictada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución Nacional, tenemos en primer término, la declaración de la situación de emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, delegando al Poder Ejecutivo nacional las facultades comprendidas en la misma, hasta el 10 de diciembre de 2003, con arreglo a las bases especificadas¹⁷³.

En el Título IV, Capítulo II, bajo el rótulo “De las obligaciones originadas en los contratos

¹⁷² 06-01-2002 (B.O.: 07/01/2002). La ley de emergencia fue sancionada en un contexto de verdadero caos social, producto de la renuncia del Presidente de la Rúa el 20-12-2001, y en los diez días siguientes se sucedieron tres Presidentes – Puerta, Camaño y Rodríguez Saa -, habiendo sido ungido finalmente por la Asamblea Legislativa como Presidente Eduardo Duhalde el 02-01-2002, sancionándose la ley en una vertiginosa sesión de las Cámaras Legislativas. Sobre el particular, puede verse YACOVINO, Cecilia, “De la crisis del poder al poder de la crisis”, *Res Pública Argentina – I – 2005*, Ediciones RAP, Buenos Aires, p. 99.

¹⁷³ Tales bases fueron: 1. Proceder al reordenamiento del sistema financiero, bancario y del mercado de cambios. 2. Reactivar el funcionamiento de la economía y mejorar el nivel de empleo y de distribución de ingresos, con acento en un programa de desarrollo de las economías regionales. 3. Crear condiciones para el crecimiento económico sustentable y compatible con la reestructuración de la deuda pública. 4. Reglar la reestructuración de las obligaciones, en curso de ejecución, afectadas por el nuevo régimen cambiario instituido en el artículo 2° (artículo 1°).

de la administración regidos por normas de derecho público”, se establecieron las normas que impactaron en la materia relativa a los contratos de obras y servicios públicos.

En su artículo 8° dispuso que a partir de su sanción, en los contratos celebrados por la Administración Pública bajo normas de derecho público, comprendidos entre ellos los de obras y servicios públicos, quedaban sin efecto las cláusulas de ajuste en dólar o en otras divisas extranjeras y las cláusulas indexatorias basadas en índices de precios de otros países y cualquier otro mecanismo indexatorio. Los precios y tarifas resultantes de dichas cláusulas, quedaban establecidos en pesos a la relación de cambio UN PESO (\$ 1) = UN DOLAR ESTADOUNIDENSE (U\$S 1). En su artículo 9°, se autorizó al Poder Ejecutivo nacional a renegociar los contratos comprendidos en lo dispuesto en su artículo 8°. En el caso de los contratos que tuvieran por objeto la prestación de servicios públicos, deberían tomarse en consideración los siguientes **criterios**: **1)** el impacto de las tarifas en la competitividad de la economía y en la distribución de los ingresos; **2)** la calidad de los servicios y los planes de inversión, cuando ellos estuviesen previstos contractualmente; **3)** el interés de los usuarios y la accesibilidad de los servicios; **4)** la seguridad de los sistemas comprendidos; y **5)** la rentabilidad de las empresas.

Se agregó en su artículo 10°, que las disposiciones previstas en los artículos 8° y 9° en ningún caso autorizaban a las empresas contratistas o prestadoras de servicios públicos, a suspender o alterar el cumplimiento de sus obligaciones.

Finalmente, en su título VI, “De la protección de usuarios y consumidores”, facultó al Poder Ejecutivo nacional a regular, transitoriamente, los precios de insumos, bienes y servicios críticos, a fin de proteger los derechos de los usuarios y consumidores, de la eventual distorsión de los mercados o de acciones de naturaleza monopólica y oligopólica (artículo 13).

Como se puede apreciar, y a diferencia de las Leyes 23.696 y 25.344, que facultaron al Poder Ejecutivo Nacional para rescindir los contratos administrativos en curso de ejecución, la Ley 25.561 autorizó a “renegociar”¹⁷⁴, a reglar la reestructuración de las

¹⁷⁴ Acerca de la noción de “renegociación contractual”, ver: PÉREZ HUALDE, Alejandro, *Renegociación de Contratos Públicos*, Lexis Nexis – Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002; del mismo autor, “La renegociación de concesiones de servicios públicos. Transparencia en peligro”, *Revista de Derecho Público*, 2002-2, “La emergencia económica (segunda parte)”, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, p. 131; DROMI, José Roberto, *Renegociación y reconversión de los contratos públicos*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996; DROMI, Roberto; CANOSA, Armando; MERTEHIKIAN, Eduardo (Coordinadores), *Renegociación de contratos públicos en emergencia*, Ciudad Argentina, Buenos Aires – Madrid, 2003; MERTEHIKIAN, Eduardo, “Renegociación de servicios públicos de jurisdicción nacional, emergencia y derecho de los usuarios”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 282, Marzo 2002,

obligaciones. En otros términos, en aquellas normas se equiparó a las razones de emergencia como causal de “fuerza mayor”, eximente de responsabilidad estatal; en cambio en esta última, el Estado trató de instaurar un procedimiento tendiente a evitar las consecuencias derivadas su propia decisión soberana, en la que interviniesen todos los sectores afectados para tratar de consensuar en torno a los distintos aspectos enumerados en la norma, que como es obvio, iba más allá de la cuestión tarifaria.

De ese modo, el Estado decidió no desentenderse de las relaciones jurídicas forjadas en función del régimen normativo anterior; antes bien, se auto-limitó¹⁷⁵ en sus poderes rescisorios¹⁷⁶, y optó por la búsqueda de una salida negociada a la nueva situación crítica.

En miras al logro de la solución a los problemas generados, dictó una serie de normas reglamentarias y aclaratorias, tendientes a poner en marcha el proceso de renegociación planteado en la mentada norma legal, las que a continuación pasaré a reseñar, dividiendo los distintos aspectos abarcados por el proceso de renegociación.

1. *Contratos Comprendidos*

Primeramente, a través del Decreto N° 293¹⁷⁷ se encomendó al Ministerio de Economía la misión de llevar a cabo el proceso de renegociación de los contratos de obras y servicios

p. 27; TÓRTOLA, Carlos, “La renegociación de los contratos de servicios públicos y los derechos del usuario”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 284, Mayo 2002, p. 57; GUSMAN, Alfredo Silverio, “Contratos Administrativos. Pesificación. Renegociación”, Suplemento Especial *Pesificación II, La Ley*, Noviembre 2002, pp. 50/63; DRUETTA, Ricardo Tomás, “Renegociación de los contratos”, en obra colectiva *Contratos Administrativos*, Ciencias de la Administración, 2000, Buenos Aires, p. 359/368. En un sentido más general, ver: NICOLAU, Noemí L., “La revisión y renegociación del contrato como instrumentos útiles para su adecuación a las circunstancias sobrevenidas”, *Jurisprudencia Argentina* 2002-IV-1058, Lexis N° 0003/009167.

¹⁷⁵ Sobre las Autolimitaciones, ver GRECCO, Carlos Manuel, “Apuntes para una teoría de las autolimitaciones de la administración pública”, *Revista de Derecho Administrativo* N° 14, Setiembre-Diciembre 1993, Año 5, Depalma, Buenos Aires, pp. 317/342. En el derecho comparado, ver PIELLOW, Johann-Christian, “Integración del ordenamiento jurídico: autovinculaciones de la administración”, en la obra *Problemática de la administración contemporánea. Una comparación europeo-argentina*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, pp. 47-83.

¹⁷⁶ Al menos inicialmente, pues luego se rescindieron muchos contratos administrativos por incumplimiento del contratista (caso, por ejemplo, del contrato de concesión del Correo Argentino). Acerca de los contratos que fueron rescindidos y motivaron la asunción por el Estado, tanto en el ámbito nacional como en las provincias argentinas, remito a REY VÁZQUEZ, Luis Eduardo, “La organización administrativa descentralizada: el caso de las Empresas y Sociedades Estatales”, publicado en el *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña* (España) N° 16, Año 2012, ISSN: 1138-039X, pp. 977-992; y “Sociedades estatales creadas en la última década: de la Privatización a la Reestatización”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 399, ISSN 1666-4108, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2011, pp. 39-65; *Revista RAP Buenos Aires (RAP BA)*, N° 103-104-105, ISSN 1667-3174, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2011, pp. 49-74.

¹⁷⁷ 12/02/2002 (B.O.: 14-02-2002).

públicos, sus alcances, la guía de Renegociación, creándose de la Comisión de Renegociación de Contratos de Obras y Servicios Públicos.

Se considerarían servicios públicos alcanzados por la renegociación de los contratos: la provisión de servicios de agua potable y desagües cloacales; el servicio de distribución y comercialización de energía eléctrica; la provisión de transporte y distribución de gas; el servicio de telecomunicaciones de telefonía básica (fija); el transporte público automotor y ferroviario de personas, de superficie y subterráneo; las concesiones viales con cobro a usuarios, incluidos los accesos a la ciudad de Buenos Aires; el sistema nacional de aeropuertos; el servicio portuario; el servicio postal; el servicio ferroviario de cargas; las vías fluviales por peaje. Asimismo, estableció que dentro de las renegociaciones a efectuar, el Ministerio de Economía debía contemplar en el cuadro energético la situación en que se encontraba la comercialización de combustibles líquidos entre los que se incluye el gas licuado de petróleo (GLP) y el gas natural comprimido (GNC) (artículo 1°).

Se estableció originariamente que las propuestas de renegociación contractual debían elevarse al Poder Ejecutivo Nacional dentro del plazo de Ciento Veinte (120) días de su entrada en vigencia, en el cual el Ministerio de Economía debía convocar a las empresas prestatarias y a las asociaciones de usuarios y de consumidores legalmente registradas, y a los entes de regulación y control, a fin de contar con su información y opinión (artículo 2°). Dicho plazo, fue prorrogado mediante Decreto N° 1839/2002¹⁷⁸ por Ciento Veinte (120) días hábiles¹⁷⁹, a partir del vencimiento del período originariamente establecido,

¹⁷⁸ B.O. 17/9/2002.

¹⁷⁹ Ya durante el año 2003, por Resolución 62/2003 del 31/01/2003 (B.O. 03/02/2003) del Ministerio de Economía, se extendió en sesenta días el plazo establecido para que el Ministerio de Economía elevarse al Poder Ejecutivo Nacional las propuestas de renegociación de los contratos de obras y servicios públicos sometidos al proceso dispuesto por el Decreto N° 293/2002 y sus normas modificatorias y reglamentarias.

con excepción de los contratos de concesión excluidos de sus previsiones por los Decretos Nros. 1534¹⁸⁰ y 1535¹⁸¹, ambos de fecha 20 de agosto de 2002.

2. Comisión de Renegociación

En su artículo 4º, se creó la Comisión de Renegociación de Contratos de Obras y Servicios Públicos¹⁸², a cargo del asesoramiento y asistencia del Ministerio de Economía en la tarea encomendada, la que sería presidida por su titular o por quien él designare, e integrada por personas con sobrados antecedentes e idoneidad en la materia objeto de su misión y por UN (1) representante de las asociaciones de usuarios y consumidores involucradas — en cumplimiento del artículo 42 de la Constitución Nacional¹⁸³—, a ser designados por el Poder Ejecutivo Nacional en el plazo de treinta (30) días.

¹⁸⁰ B.O. 21/8/2002, relativo al Contrato de Concesión de todos los servicios postales, monetarios y de telegrafía celebrado entre el Correo Argentino S.A. y el Estado Nacional, el cual disponía que debería ser renegociado a fin de permitir su adecuación a los parámetros vigentes, de preservar intangible la ecuación económica-financiera y de garantizar el interés general, constituyéndose una Comisión integrada por un (1) representante de la Jefatura de Gabinete de Ministros, un (1) representante de la Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación, un (1) representante de la Procuración del Tesoro de la Nación y un (1) representante de la Secretaría de Comunicaciones (artículo 2º).

Finalmente, por Decreto 1075/2003 del 19/11/2003 (B.O. 20/11/2003) se rescindió, por culpa del concesionario, el Contrato de Concesión suscripto entre el Estado Nacional y la empresa Correo Argentino S.A., reasumiendo aquél transitoriamente su operación, creando primero una Unidad Administrativa a los fines de preservar la continuidad del servicio, las fuentes laborales, como así también, el resguardo de los bienes involucrados en la prestación, para luego finalmente por Decreto (de necesidad y urgencia) N° 721/2004 del 11/6/2004 (B.O. 14/6/2004), se dispuso la constitución del Correo Oficial de la República Argentina Sociedad Anónima en la órbita de la Secretaría de Comunicaciones del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios.

¹⁸¹ B.O. 21/8/2002, relativo a la renegociación del contrato de Concesión oportunamente celebrado por el Estado Nacional con el consorcio "Aeropuertos Argentina 2000 S.A." aprobado por Decreto N° 163/98. También en este caso se constituyó una Comisión integrada por un (1) representante de la Jefatura de Gabinete de Ministros, un (1) representante de la Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación, un (1) representante de la Procuración del Tesoro de la Nación y un (1) representante del Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos (ORSNA). Posteriormente, mediante Decreto N° 2297/2002 (B.O. 18/11/2002) se incorporó a la Comisión un representante de las asociaciones de usuarios que se encuentren reconocidas ante el Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos (ORSNA) que sería designado por el Jefe de Gabinete de Ministros, a propuesta del presidente del ORSNA. Dicho representante tendría plena participación en el proceso de renegociación del Contrato de Concesión.

¹⁸² En su artículo 2º, el Decreto N° 293/2002 estableció que la Comisión creada por el artículo 20 de la Ley N° 25.561, para el cumplimiento de sus cometidos debía ser permanentemente informada del trámite de la renegociación. En aquellos casos que versare sobre contratos celebrados en el marco de la Ley N° 23.696, debería darse también intervención a la Comisión Bicameral instituida por el artículo 14 de esa norma. Asimismo debería darse cumplimiento a lo establecido en el tercer párrafo del artículo 11 de esta última Ley. Agregó que "... los acuerdos de renegociación alcanzados o en su defecto las recomendaciones de rescisión de los contratos de concesión serían suscriptos por el Ministerio de Economía, ad referendum del Poder Ejecutivo Nacional, luego de lo cual serían elevados a la Comisión Bicameral de Seguimiento creada por el artículo 20 de la Ley N° 25.561, para que procediera a emitir su dictamen no vinculante, y, cuando correspondiera, también debería requerirse el dictamen de la Comisión Bicameral del artículo 14 de la Ley N° 23.696".

¹⁸³ Dicha norma constitucional prescribe: "*Artículo 42.- Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos;*

Se establecieron como integrando la Guía de Renegociación, a todos los efectos, los criterios económicos definidos en el artículo 9° de la Ley N° 25.561, sin perjuicio de contemplarse en particular las inversiones efectivamente realizadas, así como las demás obligaciones comprometidas contractualmente (artículo 3°).

Poco tiempo después, mediante Decreto N° 370/2002¹⁸⁴, se estableció que la Comisión de Renegociación de Contratos de Obras y Servicios Públicos sería presidida por el Ministro de Economía e Infraestructura, designándose como Vicepresidente al Secretario Legal y Administrativo de dicho Ministerio.

Siguiendo la cronología trazada, el Ministerio de Economía dictó la Resolución N° 20/2002¹⁸⁵, mediante la cual se aprobaron las "Normas de Procedimiento para la Renegociación de los Contratos de Prestación de Obras y Servicios Públicos", formulándose un listado de contratos a los cuales se les debería aplicar el procedimiento mencionado¹⁸⁶, y disponiendo la elaboración de Guías de Renegociación Contractual para cada sector en particular¹⁸⁷.

a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control".

¹⁸⁴ 22/02/2002 (B.O.: 27-02-2002).

¹⁸⁵ 18/03/2002 (B.O.: 20-03-2002). Ver el Comentario de ROTA, Patricia, "Resolución ME 20/2002. Las normas de procedimiento para la renegociación de los contratos de prestación de obras y servicios públicos", *Revista de Derecho Administrativo* N° 40, Lexis Nexis, Buenos Aires, p. 471.

¹⁸⁶ En su Anexo II, enumeró los siguientes: Aeropuertos Argentina 2000, Aguas Argentinas S.A., America Latina Logistica- Central S.A., America Latina Logistica- Mesopotamica S.A., Autopista Ezeiza Cañuelas S.A., Autopistas Del Sol S.A., Bactssa, Camino Del Abra S.A., Caminos Del Oeste S.A., Caminos Del Rio Uruguay S.A., Caminos Del Valle S.A., Camuzzi Gas Del Sur S.A., Camuzzi Gas Pampeano S.A., Concanor S.A., Correo Argentino S.A., Coviars S.A., Covicentro S.A., Covico U.T.E., Covinorte S.A., Distrocuyo S.A., Edelap S.A., Edenor S.A., Edesur S.A., Ferroexpreso Pampeano S.A., Ferrosur Roca S.A., Ferrovias S.A.C., Gas Cuyana S.A., Gas Del Centro S.A., Gas Natural Ban S.A., Gasnor S.A., Grupo Concesionario Del Oeste S.A., Hidrovia S.A., Litoral Gas S.A., Metrogas S.A., Metrovias S.A., Nea Mesopotamica S.A., Nuevas Rutas S.A., Nuevo Central Argentino S.A., Puentes Del Litoral S.A., Red Vial Centro S.A., Rutas Del Valle S.A., Semacar S.A., Servicios Viales S.A., Telecom S.A., Telefonica De Argentina S.A., Terminal 4 S.A., Terminales Portuarias Argentinas S.A., Terminales Rio De La Plata S.A., Transba S.A., Transcomahue S.A., Transener S.A., Transnea S.A., Transnoa S.A., Transpa S.A., Transportadora De Gas Del Norte S.A., Transportadora De Gas Del Sur S.A., Transportes Metropolitanos Belgrano Sur S.A., Transportes Metropolitanos General Roca S.A., Transportes Metropolitanos General San Martin S.A., Trenes De Buenos Aires S.A., Virgen De Itati S.A.

¹⁸⁷ Acerca del resultado al que arribó el proceso de renegociación en cada contrato por la entonces Comisión de Renegociación, puede consultarse la página web del Ministerio de Economía: <http://www.mecon.gov.ar/crc/default1.html>.

3 Causales de exclusión del proceso de renegociación

Como forma de evitar que las empresas concesionarias acudieran a los estrados judiciales o a tribunales arbitrales internacionales, por fuera del proceso de renegociación implementado por el Estado Nacional, se sancionó el Decreto N° 1090/2002¹⁸⁸, mediante el cual se establecieron los alcances del proceso de renegociación determinados por el Decreto N° 293/2002, con relación a los eventuales reclamos que podrían llegar a plantearse entre el concesionario y el concedente derivados del incumplimiento contractual.

En tal sentido, prescribió que todo reclamo que se plantease antes del dictado del decreto que refrende los acuerdos de renegociación o las recomendaciones de rescisión, deberían ser incluidos en el procedimiento de renegociación y formar parte del acuerdo, so pena de ser excluidos automáticamente de dicho proceso (artículo 1°)¹⁸⁹.

Reiteró asimismo lo ya prescripto por la Ley 25.561, en punto a que los concesionarios deberían mantener la calidad de los servicios públicos involucrados y velar por la salubridad y la seguridad de la población por los hechos, acciones u omisiones derivados del contrato respectivo (artículo 2°).

Ante la rigidez en que fuera planteada la redacción de la norma en cuestión, y a las negativas consecuencias a que podría haber conducido su interpretación literal, se hizo necesaria su atenuación y es así el Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos

¹⁸⁸ 25/06/2002 (B.O. 26-06-2002).

¹⁸⁹ Es dable destacar que a poco de su dictado, trascendieron en los periódicos nacionales la inminente promoción de reclamos a presentarse – entre otros – (y finalmente concretados) por los dueños de Aguas Argentinas ante un tribunal en Francia, reclamando compensaciones por la devaluación y la pesificación de las tarifas, que son los mismos accionistas de otras privatizadas, como Litoral Gas, Aguas de Córdoba, Aguas de Santa Fe y el gasoducto Norandino, por las que también hacen el planteo, conforme diera cuenta el diario Clarín del 29-06-2002, Sección Economía). Dichos accionistas, franceses de Suez, iniciaron los "procedimientos previstos por el Tratado Bilateral de Protección de las inversiones" firmado con Francia, según informó, argumentando que: "El 6 de enero de 2002, el Gobierno argentino simultáneamente suprimió la paridad fijada (uno a uno) entre el dólar y el peso (...) y bloqueó el ajuste de tarifas de los servicios públicos (...) como estaba previsto para los contratos de empresas reguladas". Por eso, decidieron denunciar el Tratado Bilateral de Protección de Inversiones que la Argentina firmara con Francia, que obliga a 6 meses de negociaciones en París. Si no hubiera acuerdo, quedan habilitados, según su contrato, a "someter este desacuerdo al arbitraje internacional del CIADI (Centro Internacional de Solución de Diferendos) tribunal arbitral establecido por el Banco Mundial". Paralelamente, se indica que la empresa mandó a pérdidas 500 millones de euros (casi lo mismo en dólares) de sus inversiones en la Argentina. Para ese entonces, y según la misma publicación periodística citada, ya habían recurrido ante los tribunales de los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones de sus respectivos países British Gas (accionista principal de MetroGas), Camuzzi Internacional (controladora de tres distribuidoras de gas) y una veintena de empresas dueñas de privatizadas más chicas.

dictó la Resolución N° 308/2002¹⁹⁰, norma complementaria e interpretativa de las que rigieran el proceso de renegociación de los contratos de obras y servicios públicos dispuesto por la Ley N° 25.561 y los Decretos N° 293/2002, 370/2002 y 1.090/2002, reglando aspectos tales como los niveles de calidad exigibles a los concesionarios, y flexibilizando el alcance de los incumplimientos y/o reclamos o presentaciones de las empresas concesionarias o licenciatarias.

También se expidió la Procuración del Tesoro de la Nación¹⁹¹, sosteniendo que “*el reclamo relacionado con la eventual violación de un tratado de promoción y protección recíproca de inversiones –Tratado Bilateral de Inversión (TBI)- firmado por la República Argentina y la República Francesa no habilita la exclusión compulsiva de la Comisión de Renegociación pues la Resolución ME N° 308/02 no puede aplicarse a un ámbito subjetivo y objetivo más extenso que el establecido por el Decreto N° 293/02 y, sobre todo, por el Decreto N° 1090/02, al cual reglamenta*”.

Señaló el alto Organismo asesor que el sometimiento al trámite de renegociación contractual por parte de las empresas concesionarias o licenciatarias, importaba para ellas una voluntaria suspensión del ejercicio de sus derechos a acudir a la justicia u otra instancia jurisdiccional o arbitral para reclamar por las cuestiones derivadas de la incidencia de la normativa de emergencia en los contratos celebrados. Por otra parte, entendió que la Resolución ME N° 308/02 establecía que cuando las empresas concesionarias que voluntariamente se sometieron al régimen del Decreto N° 293/02 y sus normas complementarias pretendiesen reclamar respecto de cuestiones involucradas en dicha renegociación, lo hicieran dentro del trámite administrativo por él establecido como marco de solución de la controversia, dejando de lado –momentáneamente y durante la tramitación de su reclamo- la posibilidad de acceder a otra instancia. Es por ello, que el artículo 11 estableció la intimación de aquellas empresas que no obstante haberse sometido al trámite de renegociación –y, por ende, al régimen de solución de controversias allí dispuesto- hayan acudido a otras instancias en procura de sus derechos,

¹⁹⁰ 16-08-2002 (B.O.: 20-08-02), publicada en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Agosto 2002, p. 112/114.

¹⁹¹ Dict. N° 323/02, 10 de septiembre de 2002. Expte. N° 01-0012229/02. Ministerio de Economía. (Dictámenes 242:476 bis).

a fin de que desistan de dicha acción (no del derecho) bajo apercibimiento de tenerlas por excluidas del proceso de renegociación¹⁹².

IV. Consecuencias de las medidas adoptadas

Las decisiones que se adoptaron en el marco de la emergencia, determinaron – entre otros aspectos - la pesificación de las tarifas originalmente concebidas en dólares estadounidenses, decisión adoptada en miras a los usuarios cuyo ingreso se mantuvo nominalmente en pesos, pero que inicialmente impactó negativamente en los concesionarios que hubieron efectuado sus provisiones en pesos convertibles con el dólar, y que incluso se endeudaron externamente en moneda extranjera, lo cual ha llevado a la presentación en concurso de acreedores de diversas empresas (caso inicialmente de Correo Argentino S.A.), lo que, sumado a la exigencia estatal en punto al necesario mantenimiento de la calidad de la prestación, motivó diversos conflictos cuya resolución adecuada fue totalmente dispar, y que incluso aún hoy continúa en diversos foros.

La confusión se incrementó en la medida que a la profusión normativa, se sumaron pronunciamientos jurisprudenciales dispares, bregando por la pesificación algunos, o por el mantenimiento en dólares otros, como ha ocurrido en el caso de las tasas aeroportuarias a abonar por vuelos internacionales, en dos pronunciamientos paradigmáticos, a saber: 1) Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 11 en fecha 03-09-2002, en la causa “*Aerolíneas Argentinas S.A. c/ E.N.-PEN- Dto. 577/02 s/ proceso de conocimiento*”¹⁹³;

¹⁹² Agregó la Procuración – dictamen cit. - que “*La intimación a que se refiere el artículo 11 de la Resolución ME N° 308/02 procede si se dan los siguientes supuestos: a) que esté en curso el proceso de renegociación a que refiere el Decreto N° 293/02 y sus normas complementarias; b) que exista un reclamo o presentación en sede judicial o ante un tribunal arbitral. La norma pretende evitar que una cuestión contractual que está siendo negociada o debatida ante las autoridades administrativas nacionales y específicamente competentes, sea llevada también a otros ámbitos y organismos de decisión (tribunales judiciales o arbitrales); c) que la presentación en cuestión se refiera a la temática contractual que esté siendo debatida en el marco de la renegociación, y no otros; d) que dicha presentación sea efectuada por las empresas concesionarias o licenciatarias, descartando a las presentaciones efectuadas por empresas o sociedades que no revistan dicho carácter. Ello así, por cuanto las empresas a que alude la norma son las que celebraron los contratos con el Estado Nacional a que refiere el artículo 1° del Decreto N° 293/02 y las únicas beneficiarias del régimen de renegociación contractual ya aludido y, por ende, alcanzadas por la normativa dictada en su consecuencia*”.

¹⁹³ Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, N° 288, Septiembre 2002, p. 133/135. Luego, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II, en fecha 27-11-2003 (RAP N° 304, p. 113), revocó la medida cautelar dictada en primera instancia mediante la cual se disponía que la empresa Aerolíneas Argentinas debía pagar las tasas aeroportuarias en pesos. La decisión abarcaba las tasas abonadas por la citada compañía aérea a partir del 3 de septiembre de 2002.

2) Juzgado Federal de Lomas de Zamora, Expte. N° 12.081 del 29-08-2002, en la causa: “*Protección a los Consumidores y Usuarios de la República Argentina Asociación Civil (Procurar) c/Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional), Aeropuertos Argentina 2000 S.A. y otros*”¹⁹⁴.

En la primera, la empresa Aerolíneas Argentinas S.A. inició una acción meramente declarativa, conforme a lo prescripto por el Artículo 322 del Código Procesal, contra el Estado Nacional -Fuerza Aérea Argentina- Comando de Regiones Aéreas (FAA), Aeropuertos Argentina 2000 S.A. y contra su cesionario ABN AMRO Bank NV Sucursal Argentina, a fin de que se declare la inconstitucionalidad del Decreto N° 577/02 por ser violatorio de la Ley N° 25.561 y de ese modo, se hiciera cesar el estado de incertidumbre que pesaba sobre la empresa con respecto al pago de las tasas aeronáuticas por servicios internacionales. Asimismo, solicitó medida cautelar de no innovar, a fin de que se ordene a la FAA¹⁹⁵ y a AA2000¹⁹⁶ que aceptasen los pagos efectuados en concepto de tasas por servicios aeronáuticos internacionales a la relación de cambio U\$S 1 = \$ 1, como lo venían haciendo hasta la sanción del Decreto N° 577/02 y hasta tanto se resolviera la cuestión de fondo. También solicitó se dictase medida cautelar innovativa de suspensión de los efectos ejecutorios del Decreto N° 577/02 y, en consecuencia, se ordenare a la FAA y a AA2000: a) que se abstuvieran de facturar las tasas por servicios aeronáuticos internacionales aplicando otra relación de cambio distinta a la expresada en el párrafo anterior; b) que se abstuvieran de imputar los pagos efectuados a cuenta de cualquier presunta deuda que consideren haberse generado en virtud de aplicar una relación de cambio distinta a U\$S 1= \$ 1; c) que se abstuvieran de perseguir extrajudicialmente o judicialmente el cobro de cualquier presunta deuda que consideren pudiera haberse generado en virtud de lo anterior.

El tribunal acogió favorablemente la medida peticionada, declarando - en consecuencia - la suspensión de los efectos ejecutorios del Decreto N° 577/02, respecto de las tasas por

¹⁹⁴ Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, N° 288, Septiembre 2002, p. 135/139. Con posterioridad, la Cámara Federal de La Plata, sala 2ª, en fecha 28-04-2005 (en www.lexisnexis.com.ar, Revista de Derecho Administrativo, Jurisprudencia, 10-05-2005), resolvió – entre otras cuestiones - desestimar las pretensiones de la parte actora, determinando que todas las tasas aeroportuarias establecidas por los decretos 577/02 y su ratificatorio 1910/02 carecían de base constitucional. Finalmente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Sentencia del 11-08-2009 declaró la nulidad de todo lo actuado por la inexistencia de "caso" en los términos del artículo 116 de la Constitución Nacional y del artículo 21 de la ley 27 (Fallos 332:1823).

¹⁹⁵ Fuerza Aérea Argentina.

¹⁹⁶ Aeropuertos Argentina 2000, concesionaria del servicio aeroportuario.

servicios aeronáuticos internacionales que debía abonar Aerolíneas Argentinas S.A., hasta tanto se dicte sentencia en dichos autos o culmine el procedimiento de renegociación previsto en el Decreto N° 1.535/02, lo que ocurriera primero.

En el segundo caso, la actora - Protección a los Consumidores y Usuarios de la República Argentina Asociación Civil (Procurar) - interpuso demanda sumarísima en los términos del Artículo 42 de la Constitución Nacional, 52 y 53 de la Ley N° 24.240 y 498 del C.P.C.C.N. en contra del Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional), Aeropuertos Argentina 2000 S.A. y de todos los operadores aéreos que brindasen el servicio aéreo en el aeropuerto internacional de Ezeiza "Ministro Pistarini", a los fines que se otorgue certeza jurídica a los derechos de los usuarios de los aeropuertos internacionales que habían sufrido vacilaciones, incertidumbres, confusiones, desconocimiento o enervamiento de sus situaciones jurídicas subjetivas. Solicitó que se declare que el Estado Nacional como concedente de los servicios públicos, Aeropuertos Argentina 2000 S.A. como concesionario del Sistema Nacional de Aeropuertos, y las líneas Aéreas Operadoras como licenciatarias del servicio público de transporte aéreo, tenían el deber legal y la obligación constitucional directa o delegada -como contrapartida de los derechos de usuarios y consumidores-, de respetar y hacer respetar el derecho de dichos usuarios y consumidores del servicio público aeroportuario y del servicio público de transporte aéreo, respecto de la protección de la seguridad, calidad técnica y sustentabilidad económica de los mismos; y de respetar el marco regulatorio del servicio aeroportuario, cumpliendo y haciendo cumplir -en condiciones de trato equitativo en cuanto al monto y destino de las tasas aeroportuarias- las contraprestaciones fijadas como retribución por tales servicios a los usuarios y consumidores. Asimismo, peticionó como medida cautelar anticipada de no innovar a fin de asegurar la eficacia y cumplimiento de la sentencia definitiva y la garantía del interés público comprometido en la prestación del servicio público de aeropuertos, que se ordenase a los demandados a aplicar y cumplir el Decreto N° 577/02, para garantizar a todos los usuarios la sustentabilidad del servicio público aeroportuario en el marco de la emergencia pública nacional (Artículo 10 Ley N° 25.561). Solicitó finalmente que, a los fines de asegurar la percepción y el destino de las tasas aeroportuarias, la medida cautelar debía imponer que la percepción de aquéllas se efectúe por el mecanismo de percepción directa por la Concesionaria, para que con la mayor celeridad posible las aplique a la actividad aeroportuaria sin intermediarios dilatorios.

El Tribunal, haciendo lugar a la medida cautelar solicitada, dispuso que el Estado Nacional, por conducto de la Jefatura de Gabinete, Aeropuertos Argentina 2000 S.A. y las líneas aéreas operadoras en el transporte internacional de pasajeros y carga, deberían aplicar y cumplir las previsiones contenidas en el Artículo 2° del Decreto N° 577/02, en todo el territorio Nacional¹⁹⁷.

Además de la circunstancia señalada, y de la llamada pesificación “asimétrica”, se sumaba el mantenimiento de la prohibición de cualquier sistema de indexación o repotenciación de obligaciones, precios o tarifas imperantes en el país, prohibiendo expresamente la aplicación de índice de corrección de países extranjeros.

Especialmente, no podían dejar de ponderarse los eventuales conflictos que se derivarán por la deducción de acciones ante tribunales extranjeros, con base en los contratos de concesión, y los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones Extranjeras¹⁹⁸.

Lo expuesto fue muy especialmente tenido en cuenta por el Estado Nacional, que a diferencia de lo ocurrido con la emergencia de las leyes 25.344 y 25.453, donde la causal de fuerza mayor tuvo como efecto excluir pretensiones indemnizatorias por otros rubros distintos del daño emergente, en la ley 25.561 no existía tal asimilación, no sólo porque

¹⁹⁷ Puede verse el comentario de ambos fallos que efectúa PIAGGIO, Lucas A., “Usuarios en pugna: problemas que plantea la legitimación colectiva de las asociaciones”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, N° 288, Septiembre 2002, pp. 139/141.

Cabe señalar que la validez de la dolarización mantenida por el Decreto N° 577/02 respecto de las tasas aeroportuarias fue resuelta en Sentencia del 26/08/2008 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa “Mexicana de Aviación S.A. de C.V. c. EN - Ministerio de Defensa - FAA - Dto. 577/02 s/amparo ley 16.986” (M.1.893. L.XLII) - [EDA, (18/12/2008, nro 12.156)] (Fallos 331:1942), sosteniendo por mayoría – en lo medular – que las disposiciones del artículo 8° de la ley 25.561 no resultaban óbice para admitir la validez del decreto 577/02, que fijó en dólares las tasas por servicios aeroportuarios, entre las cuales se hallan las de “Protección del Vuelo en Ruta” y “Apoyo al Aterrizaje”, pues, por un lado, no se desprendía del texto del precepto que haya sido voluntad del legislador extender la pesificación a tributos, como lo son las tasas mencionadas y por otro, porque se consagraría una gran inequidad si se permitiese que las empresas de aeronavegación, cuya operatoria se desarrolla a partir de variables ajenas al mercado local, obtuvieran ventajas económicas a partir de la invocación de normas orientadas a paliar las graves consecuencias derivadas de la crisis sufrida por el país en el año 2001.

¹⁹⁸ Sobre el punto, pueden verse los siguientes trabajos: YMAZ VIDELA, Esteban M., *Protección de inversiones extranjeras. Tratados bilaterales. sus efectos en las contrataciones administrativas*, La Ley, Buenos Aires, 1999; TAWIL, Guido Santiago, “Los conflictos en materia de inversión, la jurisdicción del CIADI y el derecho aplicable. A Propósito de las recientes decisiones de los casos “Vivendi”, “Wena” y “Maffezini”, *La Ley*, 20-11-2002, pp. 1/6, y *La Ley*, 21-11-2002, pp. 2/5; “Los tratados de protección y promoción recíproca de inversiones, la responsabilidad del estado y el arbitraje internacional”, en obra colectiva *Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, pp. 269/291; ERIZE, Luis Alberto, “La protección de las inversiones en la República Argentina”, *La Ley*, 2002-E, p. 1063/1074; LISDERO, Alfredo R. y HELBERT, Darío J., “La protección de las inversiones extranjeras en la Argentina. Los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y su interpretación jurisprudencial”, *El Derecho*, 197-1094.

no habló de fuerza mayor, sino porque no se exigía a los co-contratantes la necesidad de renunciar al reclamo de lucro cesante; antes bien, de la Resolución M.E. N° 20/2002 se extrae la no-exigencia a renunciar a los eventuales derechos que consideren vulnerados.

Tampoco hablaba la Ley 25.561 del principio del “sacrificio compartido” para los contratos públicos, como sí lo hacía respecto de los contratos celebrados entre particulares¹⁹⁹. Dicho principio, presente en – por ejemplo – la Ley 23.696, recién apareció mencionado para los contratos públicos en la Resolución M.E. N° 20/2002, cuando fijara como un objetivo primario del proceso de renegociación, procurar, en la medida de las posibilidades y con el criterio de sacrificio compartido, adecuar de común acuerdo los contratos de concesión o de licencia, durante el período de emergencia y hasta tanto sea superada dicha situación, sin introducir cambios estructurales, a efectos de preservar la vida del contrato y las condiciones originariamente pactadas con miras a su restablecimiento futuro²⁰⁰.

Las diferencias apuntadas, constituyeron una muestra de que el Estado no ha sido ajeno al cambio de los presupuestos normativos en virtud de los cuales se contrató, caracterizado – como se dijo – por la ruptura del régimen de convertibilidad, pesificación de tarifas, implantación de tarifas sociales o políticas, eliminación de cláusulas de reajuste, entre otras medidas.

Sea que se entienda aplicable la doctrina del “hecho del príncipe” (si se pretende que fue el Estado quien con su decisión soberana motivó la emergencia) o la “teoría de la imprevisión” (reconociendo en este caso que la emergencia meramente declarada por el Estado ha sido ajena a las partes contratantes), lo cierto es que la emergencia pública vivida en la Argentina en los años 2001-2002 produjo modificaciones intrínsecas (en las

¹⁹⁹ Un análisis del diferente trato dispensado para los contratos entre particulares y los contratos públicos, fue expuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Sentencia del 22/05/2007, causa “Pluspetrol Energy S.A. c. ENRE resol. 458/02” (Fallos 330:2286) [EDA, (03/10/2007, nro 11.854)]. Allí, luego de considerar al contrato “COM” (Construcción, Operación y Mantenimiento) derivado del Marco Regulatorio Eléctrico – Ley 24.065 - como un contrato entre particulares regido por el derecho público, sostuvo que los artículos contenidos en el segundo capítulo de la ley 25.561 hacen referencia a las renegociaciones de aquellos contratos en los cuales la Administración Pública es parte, por lo cual quedan excluidas de la renegociación las obligaciones originadas en los contratos entre particulares.

Puede verse el comentario de COVIELLO, Pedro J. J., “El elemento subjetivo en los contratos administrativos según un fallo de nuestra Corte Suprema (Breves anotaciones al caso “PLUSPETROL”)” [EDA, (03/10/2007, nro 11.854)].

²⁰⁰ Punto 2.1. Objetivos y Alcances de la Renegociación.

condiciones del contrato) y extrínsecas (restricción al manejo de divisas, devaluación) que impactaron severamente en la economía contractual.

Ahora bien, no cualquier encarecimiento de costos para las empresas merecía ser endilgado al Estado Nacional, ni tampoco correspondía que los mismos – cualquiera que fuesen – sean trasladados sin más a los usuarios, y así lo ha decidido la jurisprudencia respecto del costo generado por el Impuesto a los Intereses Pagados y el Costo Financiero del Endeudamiento Empresarial, en el caso de los distribuidores de gas natural²⁰¹.

V. La cuestión tarifaria y la (ausente) participación de los usuarios

Siguiendo los lineamientos a los cuales el Estado inicialmente se sometió, conforme a los cuales la eventual modificación tarifaria sería el tramo final del proceso de renegociación, se dictó la Resolución N° 38 del Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos²⁰², en cuya virtud se dispuso, en el marco de lo establecido en los artículos 1° , 8° , 9° y 10 de la Ley N° 25.561 y el Decreto N° 293 de fecha 12 de febrero de 2002, que los Organismos Centralizados, Descentralizados y Desconcentrados de la Administración Pública Nacional, incluyendo a los Organismos de Regulación y Control, alcanzados por las disposiciones anteriormente citadas, debían abstenerse de adoptar cualquier decisión o ejecutar acciones que afectasen directa o indirectamente los precios y tarifas de los servicios públicos sometidos a su ámbito de competencia, haciendo observar el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 8° y 10 de la Ley N° 25.561 (artículo 1°).

Poco después, el Ministerio de Economía dictó la Resolución N° 487/2002²⁰³, mediante la cual se exceptuó al Ente Nacional Regulador de la Electricidad y al Ente Nacional

²⁰¹ CNContAdmFed, Sala II, 12/11/2002, “Transportadora de Gas del Norte S.A. c. Enargas”, *LL*, Suplemento Administrativo 14-02-2003, p. 1/7, con Nota de CAPLÁN, Ariel, “A propósito de un reciente fallo: pesificación, devaluación y tarifas”, p. 1/10. Para así decidir, el Tribunal judicial, y con anterioridad el ENARGAS, sostuvieron que dicha traslación sólo se permite respecto del Impuesto a las Ganancias o el tributo que lo sustituya – artículo 9.6.2, Reglas Básicas de la Licencia, decreto 2457/92 -, y si bien aquel gravamen cumple la misma función económica que éste, no lo sustituye ni lo completa, importando lo contrario admitir el traslado a los usuarios de costos incurridos por la sola voluntad de la empresa.

También en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 294, Marzo 2003, p. 79/83, con Nota de Marcelo BRICHETTO, “Servicio público, riesgo empresarial y estabilidad fiscal”, pp. 79/88.

²⁰² 09-04-2002 (B.O. 10/04/2002).

²⁰³ 11-10-2002 (B.O.: 17-10-2002). Posteriormente, por Resolución N° 53/2002 del Ministerio de Economía (B.O. 16/04/2002), se aclara que lo dispuesto en la Resolución 487/2002 no alcanzaba a los ajustes estacionales definidos por la Secretaría de Energía en el marco del artículo 36 de la Ley 24.065 y su

Regulador del Gas de las restricciones previstas en la Resolución N° 38/2002 del Ministerio de Economía, a fin de llevar a cabo los procesos de modificación de tarifas de acuerdo con lo establecido en los Artículos 46 de la Ley N° 24.065 y 46 de la Ley N° 24.076.

Al mes siguiente, mediante Resolución N° 576/2002²⁰⁴, se aprobó el "Reglamento del Procedimiento de Documento de Consulta" - Anexo I - que resultaría de aplicación en aquellos casos que determinase el Ministerio de Economía, en función del avance del proceso de renegociación de los contratos de obras y servicios públicos dispuesto por la Ley N° 25.561 y el Decreto N° 293/02.

Si hasta ese momento pareciera que los actos estatales demostraron coherencia entre sí, tal situación se vio alterada, primeramente, mediante la convocatoria dispuesta por el Poder Ejecutivo Nacional a Audiencias Públicas, con el objeto de discutir aumentos tarifarios, aún con el proceso de renegociación inconcluso.

Ante el indisimulable apartamiento que dicha convocatoria significó de sus propios actos anteriores, se promovieron acciones judiciales tendientes a lograr la suspensión de dichas Audiencias, siendo destacable la promovida por la Unión de Usuarios y Consumidores²⁰⁵, donde luego de reconocerle legitimación, la Sra. Juez dispuso la suspensión de las mismas, por los siguientes fundamentos:

a) Porque la realización de convocatoria a audiencias públicas sólo parece justificada en las fases finales del procedimiento de renegociación de los contratos de servicios públicos, con el objetivo de discutir íntegramente las propuestas globales de la renegociación y no con la única finalidad de analizar las solicitudes de recomposición tarifaria de urgencia presentadas por las empresas concesionarias y licenciatarias que participaban en el proceso de renegociación dispuesto por la ley 25.561, lo cual no se encontraba incardinado en el procedimiento diseñado por la resolución MEyOSP. 20/2002;

reglamentación y los ajustes estacionales en el precio del gas comprado por las Licenciatarias de Distribución de Gas fijados por artículo 38 inciso c) de la Ley N° 24.076 y su reglamentación que define el Ente Regulador del Gas.

²⁰⁴ 05-11-2002 (B.O.: 12-11-2002).

²⁰⁵ JNContAdmFed. N° 3, 24-09-2002: "Unión de Usuarios y Consumidores y otros c. Ministerio de Economía e Infraestructura", LA LEY, 11-10-2002, p. 5/7; también publicado en Jurisprudencia Argentina, Lexis Nexis, 23-10-2002, con Nota de PÉREZ HUALDE, Alejandro, "Suspensión cautelar de audiencias públicas".

b) Porque no parecía factible separar las solicitudes de recomposición tarifaria del resto de las materias que debían ser analizadas en el marco de la renegociación integral de los contratos de prestación de servicios, tales como la calidad de los mismos o los planes de inversión, los niveles de endeudamiento, la rentabilidad de las empresas en los períodos precedentes y sus utilidades, etc., pues todos habían sido establecidos en el artículo 9 ley 25.561, como criterios que debían presidir el proceso;

c) Porque los llamados a Audiencias Públicas no se ajustaron a los marcos regulatorios (particularmente del gas y de la electricidad), en tanto omitieron contemplar la necesaria participación de los entes de control, recaudo previsto como previo al dictado de resoluciones relativas a los cuadros tarifarios o a materias que incidan sobre los derechos de usuarios y consumidores.

d) Porque la realización de una audiencia pública no sólo comportaba una garantía de razonabilidad para el usuario y un instrumento idóneo para la defensa de sus derechos, sino, asimismo, un mecanismo de formación de consenso de la opinión pública, una garantía de transparencia de los procedimientos y un elemento de democratización del poder²⁰⁶.

Con posterioridad, ante una nueva tentativa de aumento tarifario por parte del ENRE y el ENARGAS²⁰⁷, merced a nuevos llamados a Audiencias Públicas, la misma Juez en la misma causa²⁰⁸, ante un pedido ampliatorio de la parte actora, dispuso la suspensión de las mismas, para lo cual, además de reiterar lo ya decidido en la decisión referida precedentemente, expresó que:

²⁰⁶ Reproduciendo los conceptos sentados por la CNACAF, SALA IV, 23-06-1998, in re “*YOUSSEFIAN, MARTÍN C/SECRETARÍA DE COMUNICACIONES*”, *La Ley*, SJDA 24-08-1998, pág. 46 a 56 (LL, 1998-D, 712); *EL DERECHO*, Suplemento Administrativo 21-08-1998, p. 18 (E.D., 176-512). Ver Nota de Estela B. SACRISTÁN, “Participación ciudadana previa a la toma de decisiones administrativas: acerca de algunos de sus fundamentos en el derecho inglés”, *La Ley*, SJDA 16-04-1999, pp. 1/8, y de Iván F. BUDASSI, “Participación ciudadana y regulación de servicios públicos: la experiencia inglesa”, *La Ley*, SJDA 06-10-2000, pp. 15/19.

²⁰⁷ Resoluciones 1/2002 y 476/2002 del Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE.) y convocatoria a audiencia pública N° 80 del Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS.).

²⁰⁸ JNContAdmFed. N° 3, 14-11-2002, “Unión de Usuarios y Consumidores y otros c. Ministerio de Economía e Infraestructura – Resol 20/02 s/Amp. Proc. Sumarísimo (Artículo 321 inc. 2 C.P.C. y C.)”, *Diariojudicial* del 15-11-2002; *Jurisprudencia Argentina*, Lexis Nexis, 18-12-2002, con Nota de MERTEHIKIAN, Eduardo, “Medidas cautelares, audiencias públicas, aumento de tarifas y renegociación de contratos de servicios públicos”.

Ambos fallos, comentados también por SALVATELLI, Ana (2002), “Participación necesaria y Procedimiento de Audiencia Pública”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, N° 290, Noviembre 2002, p. 55.

a) La sola circunstancia de que sean los Entes Reguladores de Electricidad y Gas los convocantes de las nuevas audiencias públicas, no modificaba la circunstancia de haber sido convocadas exclusivamente para llevar a cabo los procesos de modificación tarifaria, razón por la cual la participación de los Entes si bien es un requisito necesario, no resultaba suficiente;

b) La convocatoria a audiencias públicas realizada por los Entes Reguladores contradecía las previsiones de la Ley de Emergencia 25.561, los criterios que debían presidir el proceso contemplados en el artículo 9 ley 25.561 y las disposiciones emanadas del Poder Ejecutivo que establecieron los procedimientos que necesariamente debían tener lugar en el proceso de renegociación de los contratos de servicios públicos.

Los intentos de incrementar las tarifas al margen del Proceso de Renegociación continuaron con el dictado del Decreto 2437/2002²⁰⁹, en virtud del cual se dispuso la “readecuación, en forma transitoria, de las tarifas de los servicios públicos de gas y energía eléctrica”.

Esta norma, motivó nuevas presentaciones judiciales, esta vez encabezadas por los Defensores del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires²¹⁰ y de la Nación²¹¹, respectivamente, siendo acogidas favorablemente por la Justicia, en punto a lograr la suspensión cautelar de los efectos del referido Decreto.

En líneas generales, se fundamentaron las decisiones en que los usuarios de los servicios públicos se vieron privados no sólo del derecho que les confiere el artículo 42 de la Constitución Nacional, sino también de la realización previa de las audiencias públicas previstas por los marcos regulatorios de los servicios de transporte y distribución de gas y energía eléctrica, en el marco de la ley 24.076, ni se cumplimentó el procedimiento de renegociación del contrato previsto en la ley de emergencia 25.561.

Pero como una suerte de idas y venidas entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, reincidió el primero con su postura mediante el Decreto de Necesidad y Urgencia N°

²⁰⁹ 02-12-2002 (B.O. 03/12/2002).

²¹⁰ JNContAdmFed. N° 1, 10-12-2002, Causa 180.807/2002: “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/PEN – M° de Economía – Dto. 2437/02 s/Proceso de Conocimiento”, *Diariojudicial.com*, 11-12-2002; *eldial.com*, 13-12-2002; www.revistarap.com.ar/site.htm, Sección Novedades, General, 12-12-2002; *La Ley*, 18/12/2002, p. 12.

²¹¹ JNContAdmFed. N° 5, 12-12-2002: “Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado Nacional (PEN – M° de Economía y Obras y Servicios Públicos – Dto. 2437/02)”, *Diariojudicial.com*, 13-12-2002; *La Ley*, 18/12/2002, p. 14.

120/2003²¹², mediante el cual se estableció que el Poder Ejecutivo Nacional podría, en forma transitoria y hasta que concluyera el proceso de renegociación de los contratos de las concesiones y licencias de servicios públicos previsto en los artículos 8° y 9° de la Ley N° 25.561, disponer revisiones, ajustes o adecuaciones tarifarias para dichos contratos, a fin de garantizar a los usuarios la continuidad, seguridad y calidad de las prestaciones.

En el marco del referido Decreto de Necesidad y Urgencia, se dictó el Decreto 146/2003²¹³, en virtud del cual se readecuaron en forma transitoria las tarifas de los servicios públicos de gas y energía eléctrica, las que quedaban comprendidas en el Proceso de Renegociación dispuesto por la Ley N° 25.561.

Ante nuevas presentaciones judiciales - en el caso, de la Defensora del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires -, la justicia volvió a pronunciarse, esta vez no respecto de la suspensión de los aumentos²¹⁴, sino ordenando que el Poder Ejecutivo Nacional informe dentro de los cinco (5) días de notificado, y luego cada tercer lunes de cada mes mientras se desarrolle el proceso de renegociación del contrato y hasta que se celebre la audiencia pública, sobre los siguientes aspectos:

- a) Nivel de cumplimiento por parte de las concesionarias respecto de las obligaciones a su cargo y de la calidad del servicio.
- b) Términos de la propuesta empresarial formulada, estado de avance de la renegociación y modificaciones consensuadas a esa fecha.

²¹² 23/01/2003 (B.O. 24/01/2003).

²¹³ 29/01/2003 (B.O. 30/01/2003).

²¹⁴ JcontAdmFed. N° 12, 17-02-2003, “DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE LA CIUDAD DE BS. AS. C/PEN-M° ECONOMÍA LEY 24240 Y OTRO S/AMP. PROC. SUMARISIMO (Artículo 321, inc. 2° CPCyC)”, (Expediente N° 368/2003), Diariojudicial.com del 18-02-2003; ElDial.com del 20-02-2003; www.revistarap.com.ar/site.htm, Sección Novedades, General, disponible el 19-02-2003; www.lexisnexus.com.ar/Novedades, disponible el 21-02-2003; *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, N° 293, Febrero 2003, p. 246; www.lexisnexus.com.ar/Novedades, disponible el 21-02-2003; *La Ley*, 09-04-2003, p. 10/11.

Debo destacar que la posibilidad de que un Defensor del Pueblo local (como ocurriera en el caso con el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) ostente legitimación para controlar decisiones tomadas por el Estado Nacional o de otra Provincia, ha sido negada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Sentencia de fecha 31/10/2006, en autos “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c. Secretaría de Comunicaciones - resolución 2926/99”, (Fallos 329:4542). Con anterioridad, había resuelto en idéntico sentido en fecha 11/03/2003, causa “Defensor del Pueblo de la Provincia de Santiago del Estero c. Provincia de Tucumán y otro” (Fallos 326:663).

Estableció que la información debería ser brindada a todos los medios de difusión oral, televisiva e impresa, y publicada en cada oportunidad en dos (2) diarios de la Capital Federal, los que se irían rotando en cada publicación mensual.

En otra acción, promovida por ocho asociaciones de consumidores contra los Decretos N° 120/2003 y 146/2003, la juez federal Claudia Rodríguez Vidal dictó en fecha 25-02-2003 una medida cautelar que congeló los incrementos en los servicios de gas y electricidad —de un 7% y un 9% en promedio, respectivamente— que el Gobierno había aplicado a través de un decreto de necesidad y urgencia (DNU)²¹⁵.

La decisión se fundamentó en que los aumentos tarifarios sólo podían darse dentro del proceso global de renegociación de los contratos de las privatizadas. La Ley de Emergencia Económica impedía en forma terminante sacarlos por decreto, criticando a los funcionarios, en un párrafo que excedía lo estrictamente jurídico: "*Resulta francamente inexplicable la preocupación que demuestra el Gobierno nacional en impedir el deterioro de la relación ingreso-egreso de las empresas concesionarias y licenciatarias sin que igual preocupación se demuestre respecto de los ingresos de los habitantes llamados a soportar los aumentos*"²¹⁶.

Esta vez, lo que hizo el Gobierno fue atribuirse —a través de un DNU²¹⁷— el derecho de modificar las tarifas mientras dure el proceso de renegociación. Sin embargo, la Juez

²¹⁵ Juzgado Nacional Contencioso Administrativo Federal N° 3, 25-02-2003: "Unión de Usuarios y Consumidores y otros c/EN -M° Economía e Infraestructura -RESOL 20/02 s/amparo - proceso sumarísimo (Artículo 321 Inc. 2 C.P.C.Y C.)", CAUSA 162765/02, *elDial.com*, disponible el 28-02-2003.

En la noticia publicada en el diario CLARÍN.com, 26-02-2003, Año VII, N° 2523, Sección Economía, titulada: "CONSUMO: PRESENTACION DE LAS ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES. La Justicia volvió a frenar los aumentos de luz y gas", se señalaba que: "... De esta manera, el Ejecutivo sigue viendo cómo las variantes jurídicas ideadas por sus funcionarios para aumentar las tarifas —ante la presión de la privatizadas y del FMI— fracasan ante la Justicia. Esta medida será apelada —dijeron ayer en Economía—, pero los tiempos judiciales sugieren que las tarifas no sufrirán otro cambio al menos hasta el próximo gobierno. Esta resolución no se contradice con otra que había dictado la semana pasada el juez Guillermo Rossi, señalaron fuentes judiciales. Este, ante una presentación de la defensora del Pueblo porteña, Alicia Oliveira, había pedido una serie de informes al Poder Ejecutivo, pero no se había expedido sobre el reclamo de congelar los aumentos. De esa manera, en forma tácita, los había avalado..."

²¹⁶ Señalaba el periódico, que la juez también cuestionó que el presidente Eduardo Duhalde justifique públicamente su voluntad de conceder los aumentos en que, con las facturas congeladas, se corre el riesgo de un deterioro de la calidad de los servicios. En ese sentido, recordó que la Ley de Emergencia Económica obliga a las privatizadas a seguir cumpliendo su tarea de la misma manera aunque no haya subas tarifarias. Justamente fue Rodríguez Vidal, en setiembre pasado, la primera jueza que frenó el intento de aumento tarifario del Gobierno. Fue al suspender las audiencias públicas convocadas por Economía para discutir los incrementos. Dos meses después falló de la misma manera, cuando los que llamaron a audiencias fueron los entes reguladores de los servicios de gas y electricidad. Pocos días más tarde el Gobierno recusó a Rodríguez Vidal, pero la Cámara en lo Contencioso Administrativo ratificó su continuidad en la causa.

²¹⁷ Corresponde a "Decretos de Necesidad y Urgencia".

consideró que los DNU son una invasión del Poder Ejecutivo en el ámbito del Legislativo, admisible solamente en circunstancias excepcionales, y que no había ningún elemento que impidiera seguir el trámite legislativo ordinario en este caso. La presión de las privatizadas —señaló— no autoriza a darle un "tratamiento prioritario" al tema de las tarifas, ya que la Ley de Emergencia ordenó discutir las tarifas juntamente con otras cuestiones, como la calidad de los servicios, los planes de inversión y la rentabilidad de las empresas en períodos precedentes. La juez fue más allá: tampoco un supuesto peligro de deterioro de los servicios justifica las subas, porque la ley obliga a las empresas a mantener la eficiencia y la seguridad²¹⁸.

También resultan destacables los pronunciamientos emitidos respecto a la pretendida dolarización de las tasas portuarias, donde se había decidido su pesificación, hasta tanto concluya el proceso de renegociación dispuesto por Decreto N° 293/02²¹⁹.

Así por ejemplo, se dispuso la suspensión de los efectos de la nota 137/2002 AGPSE relativa a las tarifas de almacenaje y demás servicios que cobran las terminales de servicios portuarios vinculadas al tráfico internacional, las que deberían liquidarse a la paridad un dólar estadounidense un peso, hasta que se dicte sentencia definitiva²²⁰.

En otros casos, no obstante disponerse la pesificación, se resolvió que correspondía aplicar el CER²²¹ a las tarifas que cobraban las terminales portuarias²²².

²¹⁸ Con posterioridad a dicho fallo, y siguiendo la tónica, merecen destacarse los siguientes pronunciamientos: Juzgado Nacional Contencioso Administrativo Federal N° 7, 03-03-2003, "DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA NACIÓN C/EN - PEN- DTO. 120/03 S PROC. DE CONOCIMIENTO – I.M.C.", (CAUSA N° 369/2003), *Diariojudicial.com* del 05-03-2003; *La Ley*, 21-03-2003, p. 4/6; Juzgado Nacional Contencioso Administrativo Federal N° 8, 21-03-2003, "Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado Nacional - PEN - M° DE EOYSP y otros s/amparo ley 16986", Expte. N° 52.515/1995, *elDial.com*, disponible el 28-03-2003.

²¹⁹ Juzgado Nacional Contencioso Administrativo Federal N° 10, 09-08-2002.- "Petroquímica Cuyo S.A. c. S.S.P. y V.N.", *La Ley*, 2002-E, 411/413; *Diariojudicial* del 09-08-2002.

²²⁰ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, Causa N° 123.988/2002: "Asociación Imp y Exp de la Rep Argentina c/ PEN Ley N° 25.561 - Decretos 1.570/01 y 214/02 s/ amparo Ley N° 25.561", 1°-10-2002, *www.revistarap.com.ar*, sección Novedades/General. También en *eldial.com*, disponible el 22-10-2002. Dicha decisión fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en fecha 02-08-2005 (Fallos 328:2863), aunque rechazando el Recurso Extraordinario por no dirigirse contra una Sentencia definitiva.

²²¹ Siglas que corresponden al "Coeficiente de Estabilización de Referencia" instaurado por Decreto N° 214/2002.

²²² Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala I, 22/08/2002: "Pecom Energía S.A. c. Terminales Río de la Plata S.A.", *La Ley*, 20-02-2003, p. 6; Idem: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala I, 07/11/2002: "Pecom Energía S.A. c. Terminales Río de la Plata S.A. y otro", *La Ley*, 25-06-2003, p. 15 (texto completo en *La Ley* online).

VI. La fallida renegociación aeroportuaria

La presente cuestión merece una consideración aparte, pues se celebró de modo preliminar un Acuerdo de Renegociación entre la Jefatura de Gabinete de Ministros y Aeropuertos Argentina 2000 S.A., con la alegada finalidad de superar conflictos administrativos y judiciales²²³ suscitados entre las partes, ratificado por Decreto N° 1.227 del 20-05-2003²²⁴.

En sus considerandos, expresó que el Decreto N° 577/02 excluyó implícitamente al Contrato de Concesión suscripto entre el Estado Nacional y Aeropuertos Argentina 2000 S.A., oportunamente aprobado por el Decreto N° 163/98, del procedimiento determinado por el Decreto N° 293/02, sin perjuicio de lo cual el Artículo 3° del Decreto mencionado en primer término ratificó que el Contrato de Concesión para la explotación, administración y funcionamiento del Sistema Nacional de Aeropuertos se encontraba comprendido en el proceso de renegociación a los efectos de readecuar su ecuación económica financiera a los parámetros de origen de la concesión, y que mediante Decreto N° 1535/02 constituyó una Comisión a los efectos de proceder a la renegociación del contrato de que se trata; la cual concluyó su labor en los términos del Convenio oportunamente suscripto entre el Jefe de Gabinete de Ministros y el Presidente de Aeropuertos Argentina 2000 S.A., sustentándose el Acuerdo en que en el ámbito del Derecho Público los contratos no se interpretan "pro-rescisión" sino que deben entenderse "pro-vigencia", "provalidez", "pro-continuidad", y que durante el desenvolvimiento del contrato administrativo pueden producirse contingencias que dan lugar a modificaciones o alteraciones en sus términos²²⁵.

²²³ Se destacan entre otros: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II, Causa N° 146.320/02: "Aeropuertos Argentina 2000 - Inc. Med. I - c/ EN - Jefe de Gabinete de Ministros - Decreto N° 163/98 s/ Proceso de Conocimiento", del 27-08-2002, www.revistarap.com.ar, sección Novedades/General. Síntesis en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 288, pág. 128/129; Publicado en Pag. 7 Suplemento 09/03 de <http://www.ArgentinaJuridica.com> (AJ 7-09/03); LA LEY, 2002-E, 743/745; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II, Causa N° 146.320/02: "Aeropuertos Argentina 2000 - Inc. Med. I - c/ EN - Jefe de Gabinete de Ministros - Decreto N° 163/98 s/ Proceso de Conocimiento", del 27-08-2002, *La Ley*, 2002-E, 745/746.

²²⁴ (B.O. 22-05-2003). Se aclara que el caso de Aeropuertos, había sido excluido del marco general de Renegociación instaurado por Decreto N° 293/02, a partir del dictado del Decreto N° 557/02.

²²⁵ Se agregó que "... nada impide, en principio, que la Administración y el Contratista puedan acordar la modificación de un contrato administrativo, en la medida que con ello se preserve el cumplimiento de la

Lo cierto es que con fecha 28/05/2003, se dictó una medida cautelar ordenando la suspensión de los efectos de la renegociación del contrato de concesión de los aeropuertos, aprobada por el Decreto N° 1227/03 del Poder Ejecutivo nacional, hasta tanto recayera sentencia definitiva en un proceso judicial promovido por un usuario ante el mismo tribunal²²⁶, invocando entre otros aspectos, la violación del derecho de igualdad ante la ley²²⁷.

En los considerandos del decisorio, se expresó que “... los efectos de la ratificación del nuevo convenio que dispone el Artículo 1° del Decreto N° 1.227/03 y que da por cumplida la renegociación dispuesta por el Decreto N° 1.535/02, alteran la medida cautelar dictada en autos y que resulta procedente ampliar la misma respecto de dicha norma. Máxime cuando con el dictado de la resolución de fs. 38/40 en las presentes se pretendió

finalidad de interés público tenida en vista al celebrar el acuerdo de voluntades originario... Que el Convenio que se ratifica por el presente recepta las citadas razones de interés público que conlleva el Contrato de Concesión oportunamente suscripto, previendo asimismo una flexibilización del Plan Maestro a efectos de posibilitar un efectivo cumplimiento de las obras a realizar por el Concesionario, sin que se afecte el total de inversiones pactadas... Que a través del nuevo Convenio se superan los conflictos administrativos y judiciales suscitados entre las partes, permitiendo entre otros extremos, una efectiva percepción del canon por parte del Estado Nacional, lográndose un mejor Plan de Inversiones lo que redundará en una expansión del empleo en el sector... Que por otra parte, debe tenerse presente que la reformulación del contrato es el resultado de la necesaria aplicación de los principios jurídicos y disposiciones legales pertinentes, frentes a circunstancias sobrevinientes e imprevistas al contrato, por lo que en el presente no se afecta el principio de igualdad... Que teniendo en cuenta los hechos acaecidos el día 11 de septiembre de 2001 en los Estados Unidos de América, la renegociación en cuestión, ha fijado nuevas metas de seguridad aeroportuaria, a fin de elevar los niveles de protección de las personas y de las cosas transportadas, equiparándolos a los más eficientes sistemas de seguridad a nivel mundial... Que en el proceso de renegociación del Contrato de Concesión en cuestión han tenido participación representantes de organizaciones no gubernamentales que representan los intereses de los usuarios del sistema... Que habida cuenta que la Presidenta de la Comisión Bicameral de Reforma del Estado y Seguimiento de las Privatizaciones creada por el Artículo 14 de la Ley N° 23.696, ha comunicado al Jefe de Gabinete de Ministros que dicha Comisión no ha podido integrarse hasta la fecha, deviene pertinente la comunicación de lo actuado, en la presente instancia...”.

²²⁶ Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo Federal N° 2 de la ciudad de San Martín, Provincia de Buenos Aires, 28-05-2003: “Servicios Aéreos P.S.A. s/ Medida Cautelar (Autónoma)”, Expte. N° 34.757, <http://www.revistarap.com.ar/site.htm>, Novedades, General, 04-06-2003; *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 296, Mayo 2003, p. 157.

²²⁷ Como antecedente vinculado al tema, merece recordarse el fallo dictado con motivo de la negociación que, con miras a compensar el canon con los servicios adeudados, mantuvieron el Correo Argentino S.A. y el Estado nacional, y la presentación efectuada por un particular pidiendo ser tenido por parte en las negociaciones. Me refiero a la causa: “LIBERMAN, SAMUEL – INCIDENTE MED. II C/PEN – SECRETARÍA DE COMUNICACIONES S/MEDIDA CAUTELAR (AUTÓNOMA)”, de la C.N.Apel.Cont.Adm.Federal, Sala IV, del 20-03-2001 (*El Derecho*, Suplemento Administrativo 20-07-2001, p. 22/23. Allí se sostuvo que: “El demandante entiende que la compensación efectuada por Correo Argentino podría representar el otorgamiento de privilegios y ventajas a esa empresa no previstos al momento del llamado a licitación que podría violar el principio de igualdad que debe regir en las contrataciones administrativas, lo cual lleva a considerar razonable que el actor pretenda intervenir en las actuaciones administrativas iniciadas con ese objeto, para poder alegar cuanto estime conveniente para la defensa de su derecho”.

asegurar cautelarmente la debida participación de la actora en la renegociación que posteriormente se da por concluida por el Decreto N° 1.227/03...”.

Ya con anterioridad a la suscripción del Acuerdo, ratificado por Decreto, y como modo de garantizar la efectiva participación de los usuarios en el trámite de renegociación, la justicia se expidió en diversas causas, disponiendo la suspensión de todo acto que implicara la modificación del contrato de concesión aprobado por Decreto N° 163/98, en tanto afectara derechos de incidencia colectiva sin la previa realización de una audiencia pública en las condiciones previstas en la Resolución N° ORSNA 173/98 (16-IX-1998)²²⁸, modificada parcialmente por la alzada, en el sentido de que no se continúe con la tramitación de la renegociación del contrato de concesión celebrado por el Estado Nacional con Aeropuertos Argentina 2000 aprobado por Decreto N° 163/98 hasta tanto se asegure la debida participación -constitucionalmente garantizada- de los usuarios del servicio de aerotransporte²²⁹, suspensión finalmente levantada al entenderse cumplida la condición²³⁰.

En otro pronunciamiento, se declaró que Aerolíneas Argentinas S.A. asume la calidad de usuaria en la infraestructura concesionada de Aeropuertos Argentina 2000, debiendo participar en la renegociación diseñada por el Decreto N° 1.535/02, ordenando la suspensión del procedimiento hasta tanto se garantizara la mentada participación²³¹.

²²⁸ Juzgado Nacional Contencioso Administrativo Federal N° 2, 06-11-2001, Causa 14.313/2001: “Asociación Civil de Defensa Paut y otro c/ORSNA – Dto. 163/98 – y otro s/Proceso de Conocimiento”.

²²⁹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, 21-05-2002: “Asociación Civil de Defensa Paut y otro c/ORSNA – Dto. 163/98 – y otro s/Proceso de Conocimiento”, www.revistarap.com.ar/site.htm, Sección Novedades, General, 29-11-2002; *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 291, Diciembre 2002, p. 67/77, con Nota de Eduardo MERTEHIKIAN, “La necesaria participación de los usuarios de servicios públicos en defensa de sus derechos. El caso de los aeropuertos”, pp. 67/72.

²³⁰ Juzgado Nacional Contencioso Administrativo Federal N° 2, 12-02-2003, Causa 14.313/2001: “Asociación Civil de Defensa Paut y otro c/ORSNA – Dto. 163/98 – y otro s/Proceso de Conocimiento”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 293, Febrero 2003, p. 243/244.

²³¹ Juzgado Nacional Contencioso Administrativo Federal N° 5, 22-04-2003: “Aerolíneas Argentinas S.A. c/ Estado Nacional - Jefatura de Gabinete de Ministros -Decretos N° 1.535/02, 168/98 s/ proceso de conocimiento”, Expte. 9971/03, <http://www.revistarap.com.ar/site.htm>, Novedades, General, 23-04-2003; *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 295, Abril 2003, p. 45/50, con nota de Eduardo MERTEHIKIAN, “La condición de usuarios aeroportuarios de las compañías aéreas”.

Posteriormente, se dejó sin efecto la suspensión ordenada, in re: Juzgado Nacional Contencioso Administrativo Federal N° 4, 15-05-2003, “Aerolíneas Argentinas S.A. c/ EN - Jefatura de Gabinete - Decretos N° 168/98, 2297/02 y otros s/ proceso de conocimiento”, Expte. N° 9.971/2003, <http://www.revistarap.com.ar/site.htm>, Novedades, General, 15-05-2003; *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 295, Mayo 2003, p. 80.

Merece destacarse asimismo, que la justicia dejó sin efecto la “dolarización” de las tasas aeroportuarias para vuelos internacionales, dispuesta por DNU N° 577/02, Artículo 2°²³², hasta tanto concluya el proceso de renegociación.

Sin embargo, y seguramente atendiendo a las contundentes críticas que se formularon en la doctrina al decreto en cuestión, durante la gestión del Presidente Néstor Kirchner se dictó el Decreto N° 878/2003²³³, mediante el cual se suspendieron los efectos del Decreto N° 1227 de fecha 20 de mayo de 2003, por el cual se ratificara el Convenio suscripto entre el Jefe de Gabinete de Ministros y el Presidente de Aeropuertos Argentina 2000 S.A., y estableció que la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos, creada por el Decreto N° 311/2003, debería llevar a cabo el proceso de renegociación del Contrato de Concesión referido a la explotación, administración y funcionamiento del Sistema Nacional de Aeropuertos.

Con ello, la cuestión aeroportuaria volvió a fojas cero, y debería ser tratada conjuntamente por la Unidad de Renegociación (analizada en el capítulo siguiente) creada por Decreto N° 311/2003, en cuyo marco, y luego de que intervinieran todos los órganos previstos en ella para el trámite respectivo, mediante Decreto 1799/2007²³⁴ se ratificó el Acta Acuerdo de renegociación contractual suscripta por la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos y la Empresa Aeropuertos Argentina 2000 S.A.

VII. La posibilidad de sellar acuerdos parciales, sin sujeción a los marcos regulatorios originales

²³² Juzgado Nacional Contencioso Administrativo Federal N° 8, 19-07-2002.- “Asociación Vecinal Belgrano C-Consumidores Activos- y otros c. P.E.N. y otro”, *La Ley*, 2002-E, 398/402; *DJ*, 2002-3, 515, con Nota de Andrés GIL DOMÍNGUEZ, “Tasas aeroportuarias y pesificación: un ejemplo de justicia constitucional activa y comprometida”; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, Causa N° 156.881/2002.- “Asociación Vecinal Belgrano ‘C’ y otros - Cons Act-inc med-c/ EN - PEN Decreto N° 577/02 y otro s/ amp. proc. Sumarísimo (Artículo 321 inc. 2 C.P.C y C.)”, del 24-09-2002, www.revistarap.com.ar, sección Novedades/General. Síntesis en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 288, p. 197/198. También en *eldial.com*, disponible el 26-09-2002; *Diariojudicial* 25-09-2002; LA LEY, 09-04-2003, p. 5/9; esta última fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en fecha 02-08-2005 (Fallos 328:2898), por entender que la recurrida no era sentencia definitiva; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II, 19-11-2002: “Lufthansa Líneas Aéreas Alemanas S.A. – Inc. Med. c. EN – Dto. 577/02 s/Medida Cautelar (autónoma), Expte. N° 167.764/02”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 294, Marzo 2003, p. 95/99; esta última fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en fecha 02-08-2005 (Fallos 328:2909), por entender que la recurrida no era sentencia definitiva.

²³³ Del 8/10/2003 (B.O. 9/10/2003).

²³⁴ Del 4/12/2007 (B.O. 13/12/2007).

Al confuso panorama derivado de las normas reseñadas en los apartados anteriores, y de los pronunciamientos jurisprudenciales encontrados, que – entre otras causas - llevaron al fracaso de la labor de la Comisión de Renegociación²³⁵, y luego del cambio de las autoridades Presidenciales, se sancionó el Decreto N° 311/2003²³⁶, a través del cual se creó la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos – en adelante UNIREN - en el ámbito de los Ministerios de Economía y Producción y de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, con la misión de asesorar y asistir en el proceso de renegociación de los contratos de obras y servicios públicos dispuesta por la Ley N° 25.561; se dispuso la Transferencia de los procesos de renegociación a que hubiere lugar respecto del Contrato de Concesión del Servicio Postal, Monetario y de Telegrafía y del Contrato de Concesión del Sistema Nacional de Aeropuertos a la Unidad mencionada.

Como derivación de la norma referenciada, se dictó la Resolución Conjunta 188/2003 MEP y 44/2003 MPFIPS (Ministerio de Economía y Producción y Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios)²³⁷, mediante las cuales se ratificó la vigencia y continuidad de las normas de procedimiento para la renegociación de los mencionados contratos, aprobadas por la Resolución N° 20/2002 del ex Ministerio de Economía, y de todas aquellas medidas complementarias y reglamentarias de los Decretos 293/2002 y 370/2002, cuyas disposiciones no resulten incompatibles con lo dispuesto en el Decreto 311/2003. Se estableció la Integración, funciones y facultades de la Unidad de Análisis y Renegociación.

Paralelamente, mediante Decreto 965/2003²³⁸ (B.O. 29-10-2003), se creó la Unidad de Asistencia para la Defensa Arbitral, con el fin de elaborar estrategias y lineamientos a instrumentar en la etapa de negociación amistosa derivada de controversias planteadas por inversores extranjeros y en los procesos arbitrales que se planteen, con fundamento

²³⁵ Una aguda crítica a la renegociación fracasada durante la administración Duhalde fue efectuada por: AZPIAZU, Daniel; SCHORR, Martín, *Crónica de una sumisión anunciada. Las renegociaciones con las empresas privatizadas bajo la Administración Duhalde*, Siglo Veintiuno Editores Argentina, IDEP, FLACSO, Buenos Aires, 2003.

²³⁶ De fecha 03-07-2003 (B.O. 04-07-2003).

²³⁷ Del 06/08/2003 (B.O. 08-08-2003).

²³⁸ De fecha 24-10-2003 (B.O. 29-10-2003).

en los Tratados Bilaterales para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, se dispuso su integración y se derogó el decreto 926/03²³⁹.

En dicho marco, la Procuración del Tesoro de la Nación dictó la Resolución N° 61 PTN del 10/9/2003²⁴⁰, mediante la que se invitó a los Fiscales de Estado y Asesores de Gobierno, con competencia para ejercer la representación y patrocinio de sus respectivas provincias, a participar y colaborar en el diseño de una estrategia de defensa de la República Argentina en los arbitrajes internacionales en los que es demandada por causas originadas en inversiones concretadas en las provincias.

Finalmente, resulta relevante señalar que el Congreso sancionó la Ley N° 25.790²⁴¹- con ligeras modificaciones sobre la base del Proyecto remitido por el Poder Ejecutivo - mediante la cual se dispuso inicialmente hasta el 31 de diciembre de 2004²⁴² la extensión del plazo para llevar a cabo la renegociación de los contratos de obras y servicios públicos dispuesto por el artículo 9° de la Ley N° 25.561.

Entre las modificaciones destacables, en su artículo 2 dispuso que: *“Las decisiones que adopte el Poder Ejecutivo nacional en el desarrollo del proceso de renegociación no se hallarán limitadas o condicionadas por las estipulaciones contenidas en los marcos regulatorios que rigen los contratos de concesión o licencia de los respectivos servicios públicos. Las facultades de los entes reguladores en materia de revisiones contractuales, ajustes y adecuaciones tarifarias previstas en los marcos regulatorios respectivos, podrán ejercerse en tanto resulten compatibles con el desarrollo del proceso de renegociación que lleve a cabo el Poder Ejecutivo nacional en virtud de lo dispuesto por el artículo 9° de la Ley N° 25.561”*.

²³⁹ Como antecedentes de este último Decreto, cabe destacar el Decreto N° 926/2003, mediante el cual se creó el Consejo Federal de Negociaciones Amistosas, que tendría por misión definir los lineamientos y estrategias del Estado Argentino y aprobar las propuestas, en los procesos de negociaciones amistosas derivados de las controversias planteadas por inversores extranjeros, a constituirse en el ámbito de la Procuración del Tesoro de la Nación, organismo desconcentrado del Poder Ejecutivo Nacional, y estaría integrado por el Ministro de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, el Ministro de Economía y el Procurador del Tesoro de la Nación.

²⁴⁰ B.O. 12/09/2003.

²⁴¹ Del 1°-10-2003 (B.O. 22-10-2003).

²⁴² Luego, por artículo 1° de la Ley N° 26.563 B.O. 22/12/2009 se prorrogó hasta el 31 de diciembre de 2011 la vigencia de las Leyes 25.561 y 25.790, a partir del 1° de enero de 2010. Las prórrogas anteriores fueron dispuestas por: Ley N° 26.456 (B.O. 16/12/2008); Ley N° 26.339 (B.O. 4/1/2008); Ley N° 26.204 (B.O. 20/12/2006); Ley N° 25.972 (B.O. 17/12/2004).

Por su parte, en su artículo 3 dispuso que “*Los acuerdos de renegociación podrán abarcar aspectos parciales de los contratos de concesión o licencia, contemplar fórmulas de adecuación contractual o enmiendas transitorias del contrato, incluir la posibilidad de revisiones periódicas pautadas así como establecer la adecuación de los parámetros de calidad de los servicios. En caso de enmiendas transitorias, las mismas deberán ser tenidas en consideración dentro de los términos de los acuerdos definitivos a que se arribe con las empresas concesionarias o licenciatarias*”²⁴³.

Sólo merced a ambas disposiciones, fue posible avanzar con la renegociación de contratos que, a la fecha de la declaración de la emergencia, registraban graves incumplimientos que las colocaban en situación de caducidad del contrato por culpa de la empresa contratista²⁴⁴.

A modo de ejemplo, traigo a colación lo sucedido con la Licencia de Gas Nea S.A.²⁴⁵, empresa distribuidora de gas por redes (inexistentes por cierto) en la región del Nordeste Argentino²⁴⁶, quien al momento de sancionarse la ley de emergencia N° 25.561, ya estaba

²⁴³ Ambos aspectos fueron destacados por Ismael MATA, remarcando que: “... la Ley N° 25.790 introdujo, por su parte, una importante pauta operativa: las renegociaciones no estarán limitadas ni condicionadas por los marcos regulatorios o los contratos de concesión o licencia; - la renegociación podrá abarcar aspectos parciales, enmiendas transitorias del contrato, incluir revisiones periódicas y adecuar los parámetros de calidad de los servicios...” (Ensayos de Derecho Administrativo, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2009, p. 469 y ss., en especial p. 478).

²⁴⁴ Al respecto, puede verse el trabajo de DELFINO, Laura, “Los límites a la renegociación de los contratos de servicios públicos - La renegociación del contrato de agua potable”, *La Ley* 1999-B, 499, comentando críticamente al fallo Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-administrativo Federal, sala I, 1997/12/26, “González, Sandra y otro c. Secretaría de Obras Públicas”, el que rechazara la acción de amparo por entender que no era idónea para verificar los extremos denunciados por la actora, vinculados a la inclusión de los procedimientos administrativos iniciados con motivo de la aplicación de sanciones en un proceso de renegociación anterior a la crisis.

²⁴⁵ Poco antes de que estallara la crisis, el 7 de noviembre de 2001, la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal resolvió la medida cautelar incoada por GAS NEA S.A., concedida parcialmente, con carácter supletorio y con efecto material y temporal restringido, suspendiendo la aplicación de nuevas sanciones por el incumplimiento del régimen de inversiones, hasta tanto se resuelva el recurso de reconsideración y alzada en subsidio, interpuesto por la actora contra la Res. 2346/01 en todo lo referente a la readecuación de la licencia solicitada. El 5/12/01 el ENARGAS interpuso un recurso de revocatoria contra la sentencia, pero el 15 de febrero de 2002, el Tribunal decidió rechazar el recurso de revocatoria. El Tribunal agregó que, “en relación al cumplimiento o no de los requisitos de la eximente de responsabilidad denominada “fuerza mayor”, deberá ser resuelto en sede administrativa antes de ser tratado por este Tribunal” y que “la excesiva demora ... y la extensa dilación de los plazos ... hacen presumir que no les serían imputables, lo que determina la existencia de apariencia de buen derecho”. Para mayores detalles puede verse http://www.uniren.gov.ar/energia_gas/inf_cumplim_contratos_gas.pdf.

²⁴⁶ Mediante Decreto N° 558 de fecha 19 de junio de 1997, el Poder Ejecutivo Nacional otorgó a la Empresa hoy denominada Gas Nea S.A., la Licencia de Distribución de Gas Natural con sustento en la Ley 24.076, sobre un área sin gasoductos, no atendida por Gas del Estado S.E. en el pasado, en una zona de poblaciones distantes entre sí. El pliego de licitación no estableció un monto a pagar por la compra de acciones, porque no había activos para transferir y se basó en la cantidad de Usuarios Potenciales que los oferentes se comprometieran a incorporar en los primeros 5 años de licencia en las provincias de Formosa, Chaco,

incurra en una serie de incumplimientos respecto de las inversiones mínimas comprometidas que por su magnitud justificaban la caducidad de la licencia. Se produjo así una suerte de saneamiento del desempeño de la empresa en los primeros años de la licencia previos a la crisis²⁴⁷. De ese modo, por conducto de la renegociación contractual, y sin sujeción a las normas rectoras preexistentes a la crisis, se soslayaron principios básicos de la contratación administrativa, entre los que se encuentran el de igualdad y el de concurrencia²⁴⁸.

Párrafo aparte merece lo establecido por el artículo 4° de la Ley 25.790, donde luego de expresar que el Poder Ejecutivo nacional debía remitir las propuestas de los acuerdos de renegociación al Honorable Congreso de la Nación, en cumplimiento de la intervención de la Comisión Bicameral de Seguimiento prevista por el artículo 20 de la Ley N° 25.561, a quien correspondería expedirse dentro del plazo de SESENTA (60) días corridos de recepcionada la propuesta, puntualizó que: *“Cumplido dicho plazo sin que se haya expedido, se tendrá por aprobada la misma. En el supuesto de rechazo de la propuesta, el Poder Ejecutivo nacional deberá reanudar el proceso de renegociación del contrato respectivo”*.

La posible aprobación ficta de los Acuerdos de Renegociación contractual, en un caso de “silencio positivo” luego del transcurso del plazo fijado²⁴⁹, mereció un cuestionamiento

Corrientes y Misiones. Sobre el tema me he ocupado en “RENEGOCIACIÓN LICENCIA GAS NEA S.A.”, presentado en la Reunión de Comunicaciones Científicas y Tecnológicas de la Secretaría de Ciencia y Técnica de la U.N.N.E., Año 2009, sitio web: <http://www.unne.edu.ar/investigacion/com2009/sociales.php>, CS-034. También publicado en coautoría con la Dra. Mirta Sotelo de Andreau en el Libro de las *Quintas Jornadas de Comunicaciones Científicas de la Facultad de Derecho Ciencias Sociales y Políticas – UNNE*, Año 2009, MOGLIA Ediciones, Mayo de 2010, p. 9. También, destaco el hecho de que he participado como expositor en la Audiencia Pública celebrada en la ciudad de Formosa el 17-12-2008, en la que se tratara el entendimiento alcanzado entre la UNIREN y la Empresa GAS NEA S.A., en el marco del procedimiento de renegociación contractual desarrollado de conformidad con las Leyes Nros. 25.561, 25.790, 25.820, 25.972, 26.077, 26.204 y 26.339, el Decreto N° 311/03 y la Resolución Conjunta MEyP N° 188/03 y MPFIPyS N° 44/03.

²⁴⁷ Calificada doctrina ha dicho que "... son inadmisibles y merecen la sanción de nulidad absoluta, los vínculos contractuales que se negocien con el adjudicatario sobre bases no sustentables en el pliego original, en tanto ellos implican violar la igualdad debida a los restantes oferentes e, incluso, a los autoexcluidos con sustento en aquellas condiciones..." (COMADIRA, Julio Rodolfo en *La Licitación Pública*, Lexis-Nexis, Bs.As., 2006, p. 87). Ver CSJN, Fallos 311:2831; 323:1146; 321:1784; 318:1531; 319:1681.

²⁴⁸ Conforme previsiones del Pliego de Bases y Condiciones Generales – Artículo 16.6.16 -, en caso de excederse los incumplimientos en un 25 %, tornaba procedente la sanción de Caducidad de la Licencia. Al año 2000, tuvo que hacer 13.530 conexiones, efectuando sólo 2.614 (un 2,89 % del total). Las inversiones comprometidas por la empresa eran sin costo adicional para los potenciales usuarios, pues formaron parte del riesgo empresario asumido por la Empresa al presentar su oferta.

²⁴⁹ La Constitución de la Nación Argentina, prescribe en su Artículo 82: *“La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta”*. Sin embargo, y dado que la inconstitucionalidad no se presume, podría entenderse que la norma constitucional se refiere a

ante el fuero contencioso administrativo federal del Defensor del Pueblo de la Nación, el que no obstante fue desestimado por falta de legitimación²⁵⁰, dada la ausencia de un grupo homogéneo y uniforme, imposibilitando que fuera anticipadamente identificado correctamente por el actor, sin haber tampoco acreditado el perjuicio invocado.

En la acción, cuestionó la constitucionalidad del artículo 4° de la ley 25.790 y la de los decretos 1460/05 y 1462/05, que ratifican el Acta Acuerdo de renegociación contractual suscripta por la UNIREN y la empresa TRANSBA SA y el Acta Acuerdo firmada entre la UNIREN y la empresa TRANSENER, suscriptas -ambas- con fecha 17/5/05- en tanto autorizaban un aumento promedio del 25% (en la primera) y del 31% (en la segunda) sobre la remuneración del concesionario y, además, posibilitaban al ENRE revisar los cuadros tarifarios, sosteniendo que demandaba en tutela de los derechos de incidencia colectiva del conjunto de usuarios de los servicios públicos involucrados.

Ante las dificultades derivadas de la complejidad del proceso de renegociación, dada la gran cantidad de contratos comprendidos y los aspectos involucrados en cada uno de ellos, se sancionó la Ley 25.972, en cuyo artículo 2°, facultó al Poder Ejecutivo nacional para declarar la cesación, en forma total o parcial, del estado de emergencia pública en una, algunas y/o todas las materias comprendidas en el primer párrafo del artículo 1° de la Ley 25.561 y sus modificatorias; así como en una, algunas y/o todas las bases enumeradas en los incisos 1) a 4) del artículo mencionado, cuando la evolución favorable de la materia respectiva así lo aconseje.

Finalmente, cabe señalar que las reformas introducidas por la Ley 25.790 - prorrogada por la Ley 25.972 - al esquema inicial, motivaron que la Corte Suprema de Justicia de la Nación- por mayoría - considerase inoficioso pronunciarse en planteos efectuados en función del marco regulatorio original, los que deberían encauzarse en el marco del proceso de renegociación contractual²⁵¹.

la sanción de leyes por parte del Congreso, es decir, cuando actúa en ejercicio de funciones legislativas. La intervención del Poder Legislativo en el proceso de renegociación contractual, en cambio, se da en el marco de un procedimiento administrativo, una de cuyas fases está dada por la aprobación del Acta Acuerdo por el órgano legislativo, para su posterior ratificación por el Poder Ejecutivo.

²⁵⁰ CNACAF – SALA III – 08/04/2011, Expte. N° 39.721/2007 - "Defensor del Pueblo de la Nación c/ EN-Ley 25.790- Dtos 1460/05 1462/05 s/ proceso de conocimiento" – *elDial.com* - AA6BA2, 03/06/2011.

²⁵¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 26/09/2006 – “Central Térmica Güemes S.A. v. ENRE./ res. 1650/1998” (Fallos 329:3986). Expuso en el Considerando 3°) del voto de la mayoría que: “... *al respecto es menester señalar que la ley 25790, prorrogada por la ley 25792, establece que las decisiones adoptadas por el Poder Ejecutivo Nacional en los procesos de renegociación no se hallarán condicionadas o limitadas por las estipulaciones contenidas en los marcos regulatorios que rigen los respectivos contratos* de

1. *Pautas para la Renegociación de los Contratos de Servicios Públicos.*

La estrategia de negociación que la UNIREN se propuso fue la de avanzar simultáneamente en acuerdos parciales y en la renegociación integral de los contratos, hasta lograr un acuerdo global, conforme a un cronograma de renegociación que incluyó diversas etapas tales como el análisis previo a la propuesta del Estado, la propuesta en sí, su discusión con el co-contratante, teniendo en miras la readaptación del equilibrio contractual, la continuidad del servicio esencial, el bienestar general y los derechos de los usuarios establecidos en el artículo 42 de la Constitución Nacional.

Logrados los acuerdos necesarios, que se instrumentarían en las denominadas Cartas de Entendimiento, la Unidad previó que ellas serían formalmente aprobadas a través de Resoluciones Conjuntas de los Presidentes de la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos, esto es, el Ministro de Economía y el de Planificación. Ello iría precedido de los procedimientos constitucionales de consulta pública (Audiencias Públicas y/o Documentos de Consulta), intervención de la SIGEN y la Procuración del Tesoro de la Nación. Luego de ello, tomaría intervención el Congreso Nacional, conforme a las normas vigentes.

Por su parte, la renegociación integral del contrato comprendería las modificaciones contractuales que se establezcan, y la determinación de un sendero de adecuación del equilibrio de los contratos en orden a la re-determinación que resulte de las obligaciones y derechos de las partes.

La UNIREN señaló además que mientras la situación externa e interna de la economía no hubiese superado los efectos de la crisis que aquejara a la sociedad argentina, y las principales variables macro-económicas no se encuentren dentro de parámetros de

concesión. Es decir, dada la profunda transformación de la realidad económica vigente que tuvo lugar con posterioridad a la sanción de la ley 25561, la redeterminación de las tarifas (uno de cuyos componentes son los cargos por conexión) no está ceñida con exclusividad al examen de los costos, inversiones, y restricciones futuras, sino que permite considerar la razonabilidad de las tarifas fijadas en el período inmediato precedente. A pesar de haber sido desestimada la denuncia de hecho nuevo, el escrito presentado por Transener S.A. a fs. 971 y 976 vta., y la documentación agregada son indicativas de que en la renegociación de las condiciones de la concesión, entre otros múltiples factores, se han tenido en cuenta los importes fijados en la resolución 1650/1998. En tales condiciones, es decir, ante la modificación sustancial del marco fáctico y normativo vigente al tiempo de trabarse la litis, resulta inoficioso emitir un pronunciamiento en la causa...”.

normalidad y con un razonable horizonte de estabilidad, la readecuación de los contratos debería prever el carácter dinámico que este proceso implicaba.

El proceso de renegociación ha sido sumamente complejo y ha transitado por diferentes etapas. Al comienzo, la economía argentina se encontraba en una situación muy difícil en la cual no había variables macroeconómicas estables. Igualmente fue una etapa preparatoria en donde se requirió a las empresas información y colaboración para determinar sobre qué bases se iban a renegociar.

Existen empresas con las cuales no se ha llegado a un acuerdo definitivo. Sin embargo, en las propuestas de renegociación efectuadas se prevén aumentos tarifarios y se han realizado las respectivas audiencias públicas.

Muchos de los contratos, no obstante, han sido rescindidos por causa imputable al contratista del Estado, habiendo éste asumido la gestión de las actividades respectivas, creando figuras societarias para ello, conforme veremos en el Capítulo siguiente.

2. Reclamos de inversores extranjeros

El proceso de renegociación se ha visto impactado por los reclamos que interpusieron diversos accionistas y ex accionistas de la gran mayoría de las empresas concesionarias y/o licenciatarias por supuesta violación de sus derechos y/o expectativas legítimas derivadas de su condición de inversores extranjeros amparados por los TBI's, que sus países de origen suscribieron con nuestro país. Y ello aún cuando los titulares de la concesión y/o licencia continuaron participando del proceso de renegociación.

Dicha circunstancia no ha impedido que se alcanzaran – al año 2005 - 37 acuerdos de 64 contratos y licencias sujetos a renegociación. Para ello, se incluyeron puntos sobre la suspensión y posterior renuncia a los reclamos arbitrales en curso por parte de accionistas y/o ex accionistas, directos e indirectos. Así, para celebrar un acuerdo con las concesionarias, la UNIREN pide la renuncia de la sociedad y sus accionistas a hacer futuros reclamos por los efectos de la emergencia (Por ejemplo, Punto 22.2 del Acta Acuerdo suscripto por la UNIREN y EDELAP S.A., aprobada por Decreto PEN N° 802/2005).

Una renegociación exitosa permitiría a las concesionarias tener un horizonte a largo plazo con una rentabilidad razonable e implicará aumentos tarifarios, sin resentir la capacidad de pago de los usuarios, quienes progresivamente han visto incrementados sus ingresos, aunque en cualquier caso, resultaría inadmisibles que éstos deban pagar junto con esas nuevas tarifas, eventuales indemnizaciones para accionistas minoritarios.

3. *Aumentos Tarifarios Retroactivos como consecuencia de la culminación del proceso de renegociación. La Audiencia Pública como instrumento idóneo para la participación en el proceso de renegociación.*

En este punto, debo señalar que así como inicialmente las tarifas se mantuvieron congeladas a valor peso argentino, y los intentos de aumento se frenaron por pretender formularse al margen del proceso de renegociación, sin que la convocatoria a audiencia pública tuviese aptitud de sanear el vicio apuntado, la sanción de la Ley 25.790 habilitó la posibilidad de sellar acuerdos parciales sin sujeción al marco regulatorio, sin perjuicio de la prosecución del procedimiento renegociador hasta la instancia final donde se lograre el acuerdo integral.

Con ese acuerdo integral, era posible que – entre otros aspectos – se resolviera un incremento tarifario retroactivo, lo que ha ocurrido y recibió recientemente aval jurisprudencial, en ocasión de rechazarse una acción promovida por una Unión de Usuarios y Consumidores Rechazo donde planteara la inconstitucionalidad de la cláusula 4.1 del anexo I del dec. 1957/06 y de los arts. 2, 3 y 4 de la res. ENRE 51/07 que autorizaron el aumento del servicio de provisión de Energía Eléctrica con carácter retroactivo²⁵², revocando para ello lo decidido por el Juez de Primera instancia.

Los argumentos centrales pueden sintetizarse del siguiente modo:

1) El aumento tarifario establecido en el marco del proceso de renegociación de los contratos de servicios públicos está justificado, pues, en la especie, no existía una consolidación de derechos, en la medida que la ley 25561 suspendió en un régimen de emergencia la aplicación en bloque del sistema marco de la ley 24240 y el régimen

²⁵² Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, 1-jun-2011, Unión de Usuarios y Consumidores c/ Estado Nacional - dto. 1957/06 resol. ENRE 51/07- EDENOR y otro | proceso de conocimiento, MJ-JU-M-67259-AR | MJJ67259.

tarifario que quedó congelado, equivaliendo un peso a un dólar, hasta tanto se tratara mediante la UNIREN la renegociación de los contratos, por ende, no puede hablarse de afectación de derechos adquiridos cuando fueron fijados oportunamente en la negociación entre el Estado y la concesionaria, ad referendum del Poder Ejecutivo Nacional y luego del cumplimiento del proceso debido, habiéndose efectuado la Audiencia Pública, por lo que la fijación de la tarifa en forma retroactiva está justificada y no resulta contraria a derecho²⁵³.

2) Para que resulte aplicable el efecto liberatorio del pago es necesario que las tarifas hayan sido regularmente establecidas de conformidad con las previsiones de las leyes reguladoras del servicio, y en el caso, del examen de los preceptos de las leyes 25561, 25790 y 25792, así como de las disposiciones reglamentarias dictadas a consecuencia de ellas, y de los términos del proceso de renegociación, resulta que desde el inicio de ese proceso las tarifas entonces vigentes quedaron congeladas y sujetas a revisión, y hasta que el proceso de renegociación no estuviera concluido la empresa distribuidora no tenía facultades para reclamar el pago de tarifas mayores, ni para formular reservas al tiempo de recibir los pagos de parte de los usuarios²⁵⁴.

3) Lo decidido fue producto de circunstancias completamente excepcionales y fundadas en la preexistencia de una ley que declaró el estado de emergencia económica y sujetó a las tarifas vigentes desde enero de 2002, a un proceso de renegociación general, que tuvo carácter público y fue cumplido con la intervención del Congreso y de los usuarios, además, en la especie no se produjo prueba alguna tendiente a acreditar que los cargos retroactivamente facturados se hayan extendido por un lapso exagerado, considerando el momento de celebración del Acta Acuerdo en la que se instrumentó la renegociación, ni que las tarifas así fijadas resultaron irrazonables o confiscatorias, teniendo en cuenta el costo total de la energía consumida y el incremento de los costos de prestación²⁵⁵.

No obstante, así como la audiencia pública fue un mecanismo idóneo de participación en el contexto del proceso de renegociación contractual, se ha considerado²⁵⁶ – en posición

²⁵³ Voto del doctor Gallegos Fedriani, al que adhiere el doctor Treacy – mayoría.

²⁵⁴ De la ampliación de fundamentos del doctor Alemany - mayoría.

²⁵⁵ Ídem nota anterior.

²⁵⁶ En tal sentido se pronuncian CASSAGNE, Juan C., “Los Principios Generales del Procedimiento Administrativo”, en AA.VV., *Procedimiento Administrativo*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1998, Buenos Aires, p. 21/22. De modo similar, AGUILAR VALDEZ entiende que no es posible derivar la obligatoriedad de las audiencias públicas de lo dispuesto en el artículo 42, CN, cuando una norma legal o reglamentaria no lo disponga en forma expresa

a la que adhiero – que no resulta apto para discutir aspectos exclusivamente tarifarios²⁵⁷, habida cuenta que existen diversos mecanismos de participación, algunos quizás más plausibles para ello.

VIII. Análisis crítico de los reclamos arbitrales efectuados por inversores extranjeros

En la mayoría de los arbitrajes donde la República Argentina fuera demandada ante el CIADI, sea por lo actuado por el Estado Nacional o por las Provincias²⁵⁸, se expuso que las medidas adoptadas por la República Argentina que produjeron – entre otras cosas - la restricción a la libre transferencia fuera de su territorio, el abandono del régimen de convertibilidad y consiguiente paridad del peso con el dólar estadounidense, la reprogramación de los depósitos y la pesificación de diversas obligaciones, se habrían violado sus expectativas legítimas, al destruir la Seguridad Jurídica tenida en miras al momento de tomar la decisión de invertir, frustrando su posibilidad de protegerse contra el riesgo de devaluación del peso. Encuadran su situación jurídica como una lesión al estándar de Trato Justo y Equitativo, cuyo elemento esencial es el Principio de Buena Fe, trayendo en apoyo a su posición lo decidido por los Tribunales Arbitrales *S.D. Myers v.*

o razonablemente implícita (AGUILAR VALDEZ, Oscar, “El Acto Administrativo Regulatorio”, en AA.VV., *Acto administrativo y reglamento*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Buenos Aires, RAP, 2002, p. 447). En el mismo sentido, FONROUGE, Máximo, “Las audiencias públicas”, AA.VV., *Procedimiento Administrativo*, Jornadas..., p. 314.

²⁵⁷ Es curioso que en la primera etapa – anterior a la Ley 25.790 - se hubiesen intentado justificar aumentos tarifarios por parte del Gobierno Nacional con el previo llamado a Audiencias Públicas.

²⁵⁸ Al respecto, se ha dicho que “... *es un principio consagrado bajo el derecho internacional que las acciones de una subdivisión política de un Estado Federal -como una provincia- son atribuibles al gobierno central, sin que la estructura constitucional interna de un país pueda alterar tales obligaciones*”..., pues “*aun cuando la República Argentina no es responsable bajo el derecho local por el cumplimiento de los contratos concluidos por (una Provincia) -que posee personalidad jurídica separada bajo su propio derecho y es responsable por el cumplimiento de sus propios contratos- bajo las reglas del derecho internacional la República Argentina es internacionalmente responsable por los actos de sus autoridades provinciales*” (PEREZ HUALDE Alejandro, “Las provincias, sus contratos públicos y los tratados internacionales de protección recíproca de inversiones”, *La Ley*, 2001-D, 14, comentando el Laudo del CIADI emitido el 21 de noviembre de 2000 en el caso “Compañía de Aguas del Aconquija S.A.”; las citas corresponden a los Párrafos 50 y 96 de dicho Laudo).

Un caso más reciente donde se evaluara lo acontecido en una Provincia Argentina respecto de un contrato de concesión, fue el recaído en la causa “Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A. (Demandantes) y La República Argentina (Demandada) (Caso CIADI No. ARB/03/17). Decisión sobre Responsabilidad. Miembros del Tribunal: Profesor Jeswald W. Salacuse, Presidente, Profesora Gabrielle Kaufmann-Kohler, Árbitro, Profesor Pedro Nikken, Árbitro. 30-07-2010.

*Canadá y Tecmed*²⁵⁹.

Si bien se ha aceptado en el Derecho Comparado la posibilidad de derivar expectativas legítimas de actos administrativos o de contratos y demás actos formales, enmarcados dentro de las normas en que se fundan, es decir, siempre y cuando no exista una violación del principio de legalidad al que la Administración está sometida, más dudosa resulta la pretensión de extender las fuentes generadoras de expectativas dignas de protección hacia comportamientos informales, muchas veces contrarios a normas jurídicas expresas. Allí radica la principal inconsistencia señalada en el punto anterior.

Respecto de los comportamientos informales aptos para generar expectativas legítimas, la doctrina y jurisprudencia extranjeras han sostenido que procede restrictivamente ante la ausencia de una justificación que está basada en consideraciones de interés general; por lo tanto, la compensación por la violación de una expectativa legítima basada en el interés público no sería procedente²⁶⁰.

Asimismo, cabe poner de relieve que la doctrina y jurisprudencia anglosajona, son más restrictivas aún cuando las pretendidas expectativas se basan en *promesas verbales*; más aun cuando las promesas se refieren a emprendimientos económicos de gran envergadura²⁶¹.

Se ha señalado, teniendo en consideración la jurisprudencia del Derecho inglés, que: “La jurisprudencia es clara al exigir que cualquier hecho jurídicamente relevante e individual que vincule a la administración deberá ser *claro, no ambiguo y carente de excepciones*.”

²⁵⁹ Respecto del Caso N° ARB AF/88/2, 29-05-2003, "Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. Estados Unidos Mexicanos", para un análisis del estándar de la "Expropiación Indirecta", el comentario de HUBEÑAK, Juan Manuel, "La "expropiación indirecta" de la inversión extranjera en el marco de los tratados bilaterales (A propósito del laudo "Técnicas Medioambientales TECMED S.A. v. Estados Unidos Mexicanos" del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI))", en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 299, Agosto 2003, Ediciones RAP, Buenos Aires.

²⁶⁰ Así, expresa Soren SCHONBERG, en su obra *Legitimate Expectations in Administrative Law*, Oxford University Press, 2000, p. 225, citando la figura en el Derecho Francés, y citando concretamente la jurisprudencia francesa (Caso Societe Internationale de television, Rec 970, CAA Paris 2/10-90), expresa: “*Liability will not be imposed, or the awarded damages will be reduced significantly, if there were compelling reasons in favour of the administration’s decision to disappoint those who relied upon a (correct) administrative representation. For example, in Societe Internationale de television ... The court held that in the “absence of a justification in the form of considerations of general interest”, the minister’s decision to delay approval constituted faulty conduct*”.

²⁶¹ En tal sentido, el autor citado supra, expresa en la obra citada, p. 227: “*Reliance on oral statements without verification has often been considered unreasonable in English cases... It is submitted that it should not always be considered unreasonable to rely on oral information, such as statements made in a meeting or by telephone. This would especially apply if the transaction is not of great economic importance*”.

Se admite que el acto sea positivo o negativo, pues la confianza se genera igualmente, aunque será más compleja su prueba en el segundo caso. Es evidente que la forma del acto no es trascendente, pero cuanto mayor certeza otorgue al titular de la confianza mayor será la vinculación de la administración a aquél. Así, se han admitido el *uso de faxes, cartas, circulares, informes, comunicaciones y códigos de conducta y libros blancos como fuentes creadoras de confianza*. Todos ellos deben individualizar al sujeto o grupo de sujetos de tal manera que quede clara, contundente y sin excepción (los criterios antes citados) la posición de la administración. Esta situación debe hacernos reflexionar sobre la naturaleza del *soft law* como fuente de obligaciones, especialmente cuando tenga un destinatario concreto. *Sin embargo los Tribunales ingleses han sido muy exigentes con la predecibilidad exigible a la «norma» creadora de la expectativa. Es decir, no basta con que el documento genere una confianza sin más, sino que debe existir una certeza o razonabilidad en el cumplimiento de los objetivos trazados. Por tanto, no vincula al gobierno un documento que debe pasar por el filtro de otras instituciones antes de cobrar plenos efectos jurídicos*²⁶².

De allí que la fuente de generación de expectativas por excelencia sea el Contrato, y, para ampliarlo, el sistema de derecho doméstico bajo el cual se inscribe ese Contrato, que juega un importantísimo control normativo, pues al definir la extensión de los derechos adquiridos por el inversor establece también cual es el régimen jurídico al que el inversor se somete voluntariamente, el derecho doméstico define las expectativas legítimas, no el tratado bilateral de inversión.

Sin embargo, en el primer laudo condenatorio contra la República Argentina, "CMS Gas Transmission Company y la República Argentina", Caso ARB/01/8, del 12 de mayo de 2005²⁶³, el tribunal reconoció que el Informe de Rothschild (al que identificó como "Memorando Informativo de 1992") no era una norma jurídica vinculante (párr. 134) y que había sido elaborado por consultores privados y no por el gobierno argentino (párr.

²⁶² SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel, "El principio de confianza legítima en el derecho inglés: la evolución que continúa", *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 114/2002, Sección Estudios, Editorial Civitas, SA, Madrid, abril 2002, p. 233 y ss.

Cita en apoyo los siguientes casos ingleses: *R v IRC, ex p MFK Underwritin Agencies Ltd, 1990, 1 WLR 1545*; *R v Home Secretary, ex p Hargreaves, 1997 1 WLR 906*; *R v Newport CBC, ex p Avery, 1999, JPL 452*; *Khan v Home Secretary, 1987, Imm AR 543*; *R v Home Secretary, ex p Khan, 1984, 1 WLR 1337*; *R v CEC, ex p Kay, 1996 STC 1500*; *R v Panel on Take-overs and Mergers, ex p Fayed, 1992, BCC 524*; *R v Home Secretary, ex p Ruddock, 1987, 1 WLR 1482*; *Chundawadra v Immigration Appeal Tribunal, 1988, Imm AR 161*; *Samir v Home Secretary, 1993, Imm AR 551*.

²⁶³ Su inversión la canalizó como "accionista minoritario" en Transportadora de Gas del Norte S.A.

55). Sin embargo, se afirmó que [...] *Declaraciones de autoridades públicas confirmaron repetidamente ese entendimiento [que la estabilidad era necesaria para atraer inversiones] y el Memorando, aun no siendo jurídicamente vinculante, refleja con precisión las opiniones e intenciones del Gobierno. Este entendimiento, como subrayó el Demandante, fue expresamente confirmado por el Comité de Privatización.* (párr. 134)²⁶⁴.

Es que no puede desconectarse el estado de verdadero colapso económico que acaeciera en la República Argentina, así como la doctrina elaborada en torno a la emergencia por el derecho doméstico para tales situaciones excepcionales – coincidente con la de la Corte Norteamericana de donde es oriunda la compañía CMS, así como con la más calificada doctrina del país del Norte²⁶⁵ -, en los cual se hallaban inmersos los distintos Contratos suscriptos con el Estado Argentino por las compañías donde los inversores extranjeros, demandantes en instancia arbitral internacional, tenían participación mayoritaria o incluso

²⁶⁴ Nota de PÉREZ CORTÉS, Ignacio, “El laudo del ciadi en CMS, el cálculo de las tarifas en dólares y la convertibilidad”, *La Ley* 08/06/2005, 1 - *La Ley* 2005-C, 1355; y GONZÁLEZ ELÍAS, Hugo R., “Los aspectos medulares del arbitraje administrativo internacional en Argentina. El reciente laudo en “CMS”, *La Ley*, Sup.Adm 2005 (julio), 1. En su comentario, PÉREZ CORTÉS, luego de expresar su disenso con dicha solución, sostuvo que “... En primer lugar, el Informe de Rothschild fue elaborado en septiembre de 1992 por un grupo de consultores privados. Aún no se había dictado el Decreto Reglamentario ni se habían aprobado los modelos de licencias. En ese momento, el Estado Argentino estaba deliberando sobre cuál sería el alcance de los derechos de las licenciatarias y, como señalé anteriormente, estaba examinando la posibilidad de prever que, en caso de abandono de la convertibilidad, se aplicaría el tipo de cambio de Nueva York. Sin embargo, ello no ocurrió porque se consideró que “la ley de convertibilidad proveía suficiente cobertura.”; “... En segundo lugar, no pudo existir engaño alguno a los posibles inversores. El propio Informe de Rothschild comenzaba con un Disclaimer (i.e., una cláusula de exención de responsabilidad) donde expresamente se señalaba (a) que ni el Estado Argentino ni los consultores declaraban o brindaban garantías sobre la precisión del informe, (b) que ni el Estado Argentino ni los consultores podían ser hechos responsables por lo que se afirmaba en el informe, (c) que ni el Estado Argentino ni los consultores tenían obligación de corregir o modificar la información provista en el informe, (d) que la interpretación que el informe hacía de las normas aplicables no era definitiva y que sólo tenía por objeto familiarizar a los postulantes con la privatización, y (e) que el Estado Argentino se reservaba el derecho de modificar unilateralmente todas y cada una de las propuestas y declaraciones hechas por los consultores en el informe. Además, el Informe de Rothschild recomendó a los posibles oferentes “que soliciten asesoramiento en Argentina a letrados con experiencia en estas cuestiones y que se atengan solamente a él, basados en las versiones oficiales de las Leyes Aplicables redactadas en idioma español, no en los resúmenes que se incluyen aquí ni en las traducciones al inglés realizadas por GdE.”.

²⁶⁵ En tal sentido, resulta elocuente lo que sostienen HOLMES, Stephen y SUSNSTEIN, Cass, en su obra HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass, *El costo de los derechos. Porqué la libertad depende de los impuestos*, traducido por Stella Mastrangelo, Siglo Veintiuno Editores, Colección Derecho y Política, Buenos Aires, 2011., cuando en la p. 123 y ss. expresan, citando la elaboración de Ronald DWORKIN lo siguiente: “... si bien la idea de los derechos como cartas de triunfo encaja a la perfección con la noción de que a veces los derechos cocan unos con otros y también con los intereses públicos – por lo que casi siempre se requiere una acción judicial equilibradora -, no toma en cuenta la idea de que no pueden ser absolutos porque su exigibilidad depende de que los funcionarios encargados de exigirlos reciban en tiempo y forma parte de los limitados dineros públicos. Algunos conflictos entre distintos derechos son producto de que todos los derechos dependen de asignaciones presupuestarias limitadas. Las limitaciones financieras son el único impedimento para que todos los derechos básicos se hagan cumplir al máximo y al mismo tiempo. Los derechos siempre requieren o implican concesiones y acuerdos de tipo financiero...”.

minoritaria²⁶⁶, así como a las distintas normas regulatorias dictadas en consecuencia.

Al respecto, puede mencionarse el caso *Perry*²⁶⁷, en la cual el tenedor de una obligación de los Estados Unidos por diez mil dólares, emitida en 1917, pagadera en moneda de oro del nivel de valor del tiempo de la emisión y vencida el 15 de abril de 1934, con fundamento en su derecho de propiedad reclamaba el pago de la cantidad de oro equivalente o su valor en moneda legal²⁶⁸.

La Corte, por el voto del Chief Justice Hughes, dio respuesta negativa al reclamo, estableciendo que el actor no podía pretender que las restricciones monetarias consecuentes a la gran crisis de 1929 y el cambio de valor en oro del dólar le ocasionasen un perjuicio. A tal fin, señaló en primer lugar cuál era el objeto de la cláusula oro, diciendo: *"Esta obligación debe interpretarse con imparcialidad. El 'actual nivel de valor' (expresión usada en el bono emitido) se contrapone a un nivel de valor más bajo. La promesa obviamente tuvo la intención de protegerse contra la pérdida. Esa protección quiso ser asegurada mediante el establecimiento de un determinado nivel o medida de la obligación del gobierno. Creemos que el alcance razonable de la promesa es que tuvo la*

²⁶⁶ Al respecto, BOTTINI, Gabriel, en su artículo "El cumplimiento de los laudos del CIADI y el derecho internacional", *La Ley*, Sup. Act. 03/11/2005, 2, expresa que "Uno de los supuestos más claros de violación por parte de los tribunales arbitrales de la jurisdicción del CIADI lo constituye la admisión, por parte de estos últimos, del ejercicio por los inversores de acciones "indirectas" o "derivadas". Este supuesto reviste también enorme trascendencia para la República Argentina, teniendo en cuenta que la gran mayoría de las demandas iniciadas contra el país ante el CIADI constituyen acciones indirectas. En términos sencillos – agrega – se denomina acciones "indirectas" o "derivadas" al ejercicio por parte de un accionista de una acción tendiente a obtener una reparación por un daño sufrido por la sociedad en la que es socio. La República Argentina se ha opuesto al ejercicio de este tipo de acciones, sosteniendo en esencia que los accionistas sólo pueden reclamar por afectaciones a sus derechos, pero no por afectaciones a los derechos de la sociedad, reivindicando el principio básico de la personalidad jurídica diferenciada de la sociedad y de sus socios. Puntualiza que ello no implica desconocer, como bien lo afirmó la CIJ en el célebre caso *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, Judgement of 5th. February 1970, International Court of Justice, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders*, que los actos que afectan los derechos de una sociedad afectan también a sus accionistas, pero afectan los intereses de estos últimos y no sus derechos. En ese caso, la CIJ se refirió en términos genéricos a cuáles son los derechos que los sistemas jurídicos internos, que son una fuente de derecho internacional en los términos del artículo 38.1.c del Estatuto de la CIJ, y el derecho internacional, le reconocen a los accionistas, que son básicamente los mismos que les reconoce el derecho argentino. Así, mencionó el derecho a percibir dividendos, el derecho a asistir y votar en las reuniones sociales, y el derecho a obtener su parte proporcional de los bienes remanentes de la sociedad en caso de liquidación. No hay duda que si se le afectan cualquiera de esos derechos a un inversor extranjero que ha invertido en acciones de una compañía local, ese inversor tendrá una acción iure proprio perfectamente procedente bajo el derecho internacional y respecto de la cual el CIADI tendrá jurisdicción...".

²⁶⁷ U.S. Supreme Court, "Perry v. United States", 294 U.S. 330 (1935), No. 532. Argued Jan. 10, 11, 1935. Decided Feb. 18, 1935.

²⁶⁸ Sobre el tema me he ocupado en REY VÁZQUEZ, Luis E., "La emergencia y el abandono de la convertibilidad. Análisis jurisprudencial", publicada en la *Revista Conexiones* de la Universidad de la Cuenca del Plata 2011-1, Ediciones Moglia, Corrientes, Agosto 2011, pp. 83/94.

intención de asegurar a quien prestaba su dinero al gobierno y tomaba su bono que no sufriría pérdidas por la depreciación del medio de pago". Y más adelante añadió: "Para considerar qué daños -si acaso hay alguno- el actor ha sufrido debido al presunto incumplimiento de contrato, es inadmisibile suponer que tenía derecho a obtener moneda de oro para recurrir a mercados extranjeros o para operaciones en moneda extranjera o para otros fines contrarios al control sobre moneda de oro que el Congreso tenía el poder de ejercitar, y que ejercitó, por medio de su regulación monetaria. Los daños del actor no pueden ser calculados haciendo caso omiso de la economía interna del país en el momento en que el presunto incumplimiento ocurrió...El actor exige 'el equivalente' en circulante a la moneda de oro prometida. Pero 'equivalente' no puede significar más que el monto de dinero que la moneda de oro prometida valdría para el tenedor del bono a los fines para los cuales ésta podría ser legalmente utilizada. Este equivalente o valor no puede ser determinado apropiadamente salvo a la luz del mercado doméstico y restringido que el Congreso había establecido legalmente...El actor no ha mostrado, ni intentado mostrar, que en relación al poder adquisitivo haya sufrido algún tipo de pérdida. Por el contrario, en vista del acomodamiento de la economía interna a la única medida de valor establecida por la legislación del Congreso, y a la disponibilidad y uso universal a través de todo el país de la moneda de curso legal para cumplir con todas las obligaciones, el pago al actor de la suma que exige constituiría, no un recupero de pérdida en sentido estricto, sino un enriquecimiento injustificado"²⁶⁹.

En el plano arbitral internacional, el Superior Tribunal Arbitral de Silesia tuvo que resolver la cuestión de si el tenedor de un pagaré correspondiente a un banco Alemán, emitido antes de la primera guerra mundial, tenía un derecho adquirido a obtener el pago en oro según lo dispuesto por la Convención Polaco-Germana de 1922. El tribunal no tuvo dificultad alguna en dar una respuesta negativa²⁷⁰.

En el mismo sentido, la Suprema Corte Alemana resolvió la cuestión consistente en que un sujeto italiano había recibido en pago de su deudor alemán marcos alemanes depreciados y, en consecuencia, reclamaba el pago en oro. La Suprema Corte Alemana

²⁶⁹ Citado en el Considerando 10° del fallo de la Corte Suprema Argentina en el caso "Bustos, Alberto R. y otros c. Estado nacional y otros", 26/10/2004 (Fallos 327:4495).

²⁷⁰ Upper Silesian Arbitral Tribunal, "Muller v. Germany", Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes, 2 (1923), 32.

desechó el reclamo sin más²⁷¹.

Similar ha sido el desarrollo ocurrido en Francia respecto de la “*teoría de las circunstancias excepcionales*”²⁷², donde en virtud de una jurisprudencia que se remonta a la primera guerra mundial – 1914 -²⁷³, las reglas de derecho que se imponen a la administración no son las mismas que en tiempo normal.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que sienta las bases de la doctrina de la emergencia económica -construida a lo largo de más de 80 años de antecedentes jurisdiccionales- es extremadamente vasta²⁷⁴, de la que se destacan los

²⁷¹ 6 June 1928, RGZ. 121, 203 y Annual Digest, 1927-8, Case No. 230.

²⁷² No es casual que la Constitución de la Nación Argentina prevea como facultad excepcional del Presidente la de dictar Decretos de Necesidad y urgencia en el artículo 99 inciso 3° “...*Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros...*”.

²⁷³ Consejo de Estado Francés, “Héyriés”, 28-junio-918, citado por WEIL, Prosper – POUYAUD, Dominique y MONTEZANTI, Néstor Luis (traducción y anotaciones), *El Derecho Administrativo*, Editorial de la Universidad Nacional del Sur, Serie Docencia, 1ª Edición, Bahía Blanca, 2010, p. 120. Agregan los autores que “... según la fórmula del Consejo de Estado, << en circunstancias excepcionales las autoridades administrativas pueden adoptar medidas exorbitantes de sus atribuciones normales con el objeto de proveer con extrema urgencia las necesidades del momento >>. Las reglas de competencia se suavizan; una vía de hecho deviene una <<simple>> ilegalidad; medidas normalmente ilegales pueden ser dictadas válidamente; un accionar habitualmente defectuoso no conlleva la responsabilidad de la administración. El principio de legalidad, sin embargo, no es dejado de lado: una legalidad de repuesto y de crisis sustituye a la normal. La teoría de las circunstancias excepcionales no constituye pues una <<laguna>> sino un simple <<correctivo>> de la legalidad (Laubadère)”. Agregan además que “... Esta jurisprudencia, que se aplicó durante la guerra, luego del éxodo de 1940, en la Liberación, durante los acontecimientos de Indochina y de Argelia, en los incidentes de Nueva Caledonia en 1985, y que se puede aplicar igualmente a hechos naturales (cataclismos), completa así los regímenes de excepción (estado de sitio y estado de urgencia) del art. 16 de la Constitución”.

También puede verse el fallo y su comentario en LONG, Marcel; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy; DEVOLVÉ, P.; y GENEVOIS, B., *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*, Segunda Edición Actualizada, Librería Ediciones del Profesional Ltda., Bogotá, 2009, p. 117 y ss.

²⁷⁴ "Ercolano, Agustín v. Lanteri de Renshaw, Julieta" (Fallos 136:161, 28/4/1922); "Cía. Azucarera Tucumana v. Provincia de Tucumán" (Fallos 150:150, 14/12/1927); "Avico, Oscar v. De la Pesa, Saúl" (Fallos 172:21, 7/12/1934, JA 48-698); "López, Tiburcio v. Provincia de Tucumán" (Fallos 179:394, 27/12/1937); "Inchauspe Hnos. v. Junta de Carnes" (Fallos 199:483, 1/9/1944, LL 36-703); "Ferrari, Daniel v. Peiti, Ramón" (Fallos 199:466, 28/8/1944); "Martini, Vicente e Hijos S.R.L." (Fallos 200:450, 27/12/1944, JA 1945-I-633); "Perón, Juan D." (Fallos 238:76, 21/6/1957, JA 1957-III-65); "Bustos Núñez, Manuel" (Fallos 240:223, 28/3/1958, LL 91-499); "Nadur, Amar v. Borelli, Francisco" (Fallos 243:449, 15/5/1959, JA 1959-III-549); "CAP" (Fallos 199:483); "Lausen" (Fallos 237:38); "Prattico" (Fallos 246:345). "Cine Callao" (Fallos 247:121, 22/6/1960, LL 124-685); "Díaz" (Fallos 258:41); "D'Aste v. Caja Nacional de Previsión" (Fallos 269:416, 15/12/1967, LL 130-485); "Cavic" (Fallos 277:147); "Russo, Ángel y otra v. de Delle Donne, C." (Fallos 243:467, 15/5/1959, JA 1959-III-472); "Sofía, Antonio" (22/5/1959, Fallos 243:513, LL 97-533); "Inti S.A." (Fallos 263:309); "Suipan S.R.L." (Fallos 263:83, 20/10/1965, JA 1966-I-472); "Fernández Orquin, José M. v. Ripoll, Francisco" (Fallos 264:416, 31/5/1966, LL 124-685); "Date v. Caja de Previsión" (15/12/1967); "Nordensthol, Gustavo v. Subterráneos de Buenos Aires" (2/4/1985, ED 113-301). "Soengas, Héctor R. y otros v. Ferrocarriles Argentinos" (7/8/1990, Fallos 313:664, ED 140-154); "Videla Cuello, Marcelo suc. de v. Provincia de La Rioja" (27/12/1990, LL 1991-

siguientes sumarios:

*“... el fundamento de las leyes de emergencia es la necesidad de poner fin o remediar situaciones de gravedad que obligan a intervenir en el orden patrimonial, como una forma de hacer posible el cumplimiento de las obligaciones, a la vez que atenuar su gravitación negativa sobre el orden económico e institucional y la sociedad en su conjunto”*²⁷⁵.

*“Aunque la emergencia no puede crear un poder que nunca existió, ella puede proporcionar una razón para el ejercicio de poderes existentes ya gozados”*²⁷⁶.

*“La emergencia, se ha destacado repetidamente, no crea potestades ajenas a la Constitución Nacional, pero sí permite ejercer con mayor hondura y vigor las que ésta contempla, llevándolas más allá de los límites que son propios de los tiempos de tranquilidad y sosiego”*²⁷⁷.

*“Corresponde a los poderes del Estado proveer todo lo indispensable para salvaguardar el orden público o bienestar general, lo que significa atender a la conservación del sistema político y del orden económico, sin los cuales no podría subsistir la organización jurídica sobre la cual reposan las libertades individuales”*²⁷⁸.

D-518); "Rickert, Hugo N. y otros v. Ferrocarriles Argentinos" (4/12/1990); "Cassin, Jorge H. v. Provincia de Santa Cruz" (31/10/1994); "Cacace, Josefa E. v. MCBA." (Fallos 318:1987, 19/10/1995); "Tisera, Horacio F. v. BCRA." (30/5/1996, JA 2000-III, síntesis); "Steiman, Santiago v. Sarrible, Pedro J." (20/8/1996, JA 2000-III, síntesis); "Bustos, Julio v. Servicios Especiales S. Antonio" (Fallos 319:1479, 20/8/1996); "Antedoro, Antonio D. v. INPS." (Fallos 319:2867, 10/12/1996); "Busquets de Vítolo v. Provincia de Mendoza" (13/8/1998, JA 1999-I-517); "Gutierrez, Alberto v. Ferrocarriles Argentinos" (Fallos 321:1984, 13/8/1998). "Guida, Liliana v. Poder Ejecutivo Nacional" (Fallos 323:1526, 2/6/2000, JA 2000-III-192, LL 2000-D-367); "Asociación del Personal del INTA y otros v. Poder Ejecutivo Nacional" (19/10/2000, LL 2001-B-1); "Bieler Vda. de Caraballo, Nelly E. y otros v. Provincia de Entre Ríos y otro" (Fallos 323:4205, 21/12/2000); "Smith, Carlos A. v. Poder Ejecutivo Nac. o Estado Nac. - Banco de Galicia s/solicita intervención urgente" (1/2/2002, JA del 20/2/2002, ED del 13/2/2002, LL del 4/2/2002); CS, 26/10/2004. – "Bustos, Alberto Roque y otros c. Estado Nacional y otros s/amparo" - [ED, 210-45]; G. 2181. XXXIX. "Galli, Hugo Gabriel y otro c/ PEN - Ley N° 25.561 - Decretos N° 1.570/01 y 214/02 s/ amparo sobre Ley N° 25.561", 05-04-2005 (LA LEY 2005-C, 32). Los precedentes argentinos están inspirados en antecedentes jurisprudenciales norteamericanos tales como: "Munn v. Illinois" (94 U.S 113, 1876), "Noble State Bank v. Hankell" (219 U.S, 1911), "Block vs. Hirsh" (256 U.S 135, 1921); "Home Building and Loan Association v. Blaisdell" (290 U.S 398, 1934), "Nebbia v. New York" (291 U.S 502, 1934); "Schechter Poultry Corp v. United States" (295 U.S 495-935); "West Coast Hotel v. Parrish" (300 U.S 379, 1937); "Veix v. Sixth Ward Building" (310 U.S 32-1940); "Wickard v. Filburno" (317, U.S 111-1942).

²⁷⁵ Corte Sup., 2/6/2000, "Guida, Liliana v. Poder Ejecutivo Nacional", JA 2000-III-192 y Fallos 136:161, 313:1513 y 317:1462.

²⁷⁶ Corte Sup., 21/6/1957, "Perón, Juan D.", Fallos 238:76, JA 1957-III-65.

²⁷⁷ Corte Sup., "Nadur, Amar v. Borelli", JA 1959-III-459.

²⁷⁸ Corte Sup., 13/8/1998, Fallos 321:1984.

“Cuando se configura una situación de grave perturbación económica social o política, que representa máximo peligro para el país, el Estado democrático tiene la potestad y aún el imperioso deber de poner en vigencia un derecho excepcional²⁷⁹, es decir, un conjunto de remedios extraordinarios²⁸⁰ destinados a asegurar la autodefensa de la comunidad y el restablecimiento de la normalidad social que el sistema político de la Constitución requiere”²⁸¹.

Conforme a dicha premisa, no se puede obviar lo que el Derecho argentino ha entendido respecto de las fuentes generadoras de expectativas legítimas, en consonancia con el sistema jurídico vigente en el que se insertara la inversión. Y especialmente debe repararse que los contratos de servicios públicos celebrados en la década del 90 del siglo XX, se apoyaron en la Ley 23.696²⁸² que, como fuera destacado²⁸³, fue también una ley de emergencia que originó una normativa excepcional.

Recordamos por su implicancia para el caso el estándar fijado por la Corte Suprema en el caso “Exolgan S.A.c/Administración General de Puertos s/proceso de conocimiento”²⁸⁴,

²⁷⁹ Fallos 246:237.

²⁸⁰ Fallos 238:76.

²⁸¹ Corte Sup., 27/12/1990, "Videla Cuello, Marcelo s/sucesión de v. Gobierno de La Rioja s/daños y perjuicios", JA 1991-I-534.

²⁸² Prescribió en su Artículo 1º: “*Declárase en estado de emergencia la prestación de los servicios públicos, la ejecución de los contratos a cargo del sector público y la situación económica financiera de la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada, entidades autárquicas, empresas del Estado, Sociedades del Estado, Sociedades anónimas con participación Estatal Mayoritaria, Sociedades de Economía Mixta, Servicios de Cuentas Especiales, Obras Sociales del Sector Público bancos y entidades financieras oficiales, nacionales y/o municipales y todo otro ente en que el Estado Nacional o sus entes descentralizados tengan participación total o mayoritaria de capital o en la formación de las decisiones societarias. Esta ley es aplicable a todos los organismos mencionados en este artículo, aun cuando sus estatutos o cartas orgánicas o leyes especiales requieran una inclusión expresa para su aplicación. El régimen de la presente ley será aplicable a aquellos entes en los que el Estado Nacional se encuentre asociado a una o varias provincias y/o municipalidades, siempre que los respectivos gobiernos provinciales y/o municipales presten su acuerdo. Este estado de emergencia no podrá exceder de un (1) año a partir de la entrada en vigencia de la presente ley. El Poder Ejecutivo Nacional podrá prorrogarlo por una sola vez y por igual término*”.

²⁸³ En tal sentido, SALOMONI, Jorge Luis, “LA DEFENSA DEL ESTADO EN LOS CONFLICTOS DERIVADOS DE LA APLICACIÓN DE LOS TRATADOS BILATERALES DE PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES: EL CASO DE LAS PRESTADORAS PRIVADAS DE SERVICIOS PÚBLICOS” - [EDA, 2003-525]. Expuso el autor: “... Entonces, ¿cuál es el origen jurídico positivo de las concesiones y/o licencias de servicios públicos en el ámbito federal de la República Argentina? Sin duda, la ley 23.696, que permitió la privatización de esos servicios, hasta ese momento prestados por el Estado a través de diversas formas empresariales, declarando la emergencia precisamente de la prestación de esos servicios públicos. Y esta legislación de emergencia permitió legalizar las disposiciones contractuales que admitieron la actualización de las tarifas por los índices de precios mayoristas de otros países, cuando era sabido que tal sistema de actualización estaba prohibido por los arts 7º y 10 de la ley ordinaria de convertibilidad 23.928...”.

²⁸⁴ Fallos 326:1851.

en su Considerando 7°):

“Que para atribuir a la conducta valor de regla es preciso, sin embargo, que ella se exteriorice mediante acciones deliberadas, jurídicamente relevantes para implicar las consecuencias que de ella se pretenden extraer, y plenamente eficaces (Fallos: 313:367 y 315:865); ya que, de lo contrario, asumir un determinado comportamiento de hecho derivaría, sin más, en la imposibilidad de modificarlo en lo sucesivo...”²⁸⁵

A todo evento la jurisprudencia y la doctrina citada en nada contradicen, por ejemplo uno de los laudos más importantes en el campo del arbitraje internacional, que es el caso *TECMED contra México*²⁸⁶, y cómo se constituyen o en base a qué documentación las expectativas legítimas de los inversores nacen.

En el párrafo 157 del Laudo, como formando parte del estándar de trato justo y equitativo, el Tribunal expresó:

“157. Al efectuar su inversión, la justa expectativa de la Demandante era que la normativa mexicana que regía aquélla, y las facultades de supervisión, control, prevención y sanción que esa normativa confiere a las autoridades encargadas de administrar dicho régimen, serían utilizadas con la finalidad de asegurar que los objetivos de protección ambiental, de la salud humana y del equilibrio ecológico que la animaban, fuesen respetados”.

En sentido concordante, se ha pronunciado el Tribunal Arbitral que resolviera la causa *Olgúin contra Paraguay*²⁸⁷, cuando en el párrafo 65, punto a), luego de sostener no compartir la tesis de que la rúbrica puesta en los seis TDI emitidos a nombre del señor

²⁸⁵ Se agregó en dicho Considerando que:

Al respecto cabe señalar que, de los actos cumplidos por la Administración General de Puertos durante el trámite de los procedimientos administrativos ya reseñados -tales como la decisión misma de sustanciar las actuaciones de acuerdo con las directivas impartidas al efecto por la Subsecretaría de Intereses Marítimos, el agregado a ellas de las presentaciones realizadas por la actora en los expedientes respectivos, el otorgamiento de certificaciones o constancias, la admisión, observación, y corrección de los pliegos, la emisión de dictámenes y opiniones, y aun el otorgamiento del permiso de uso precario para la instalación de las grúas y la autorización para efectuar las obras civiles y las perforaciones y estudios necesarios para establecer el estado de la infraestructura del muelle-, no cabe derivar que aquélla estuviera obligada a proceder en el mismo sentido respecto de las obras sobre los primeros 180 metros de muelle, autorizando también a la actora a ejecutarlas; pues, debido a su naturaleza misma, dichos actos carecían de toda relevancia o significación para implicar cuál habría de ser el contenido de la decisión final sobre la suerte del proyecto y la adjudicación de la concesión.

²⁸⁶ Caso CIADI N° ARB (AF)/00/2, *TECNICAS MEDIOAMBIENTALES TECMED S.A. v. ESTADOS UNIDOS MEXICANOS*, Laudo del 29 de mayo de 2003.

²⁸⁷ Caso CIADI N° ARB/98/5, Laudo del 26 de julio de 2001: “Señor Eudoro Armando Olgúin (Demandante) c/ República del Paraguay (Demandada).

Olgúin constituyan aval u otro acto jurídico similar capaz de obligar a la República del Paraguay, sino que su efecto era únicamente el de registrar el TDI, expuso a continuación:

“La doctrina ha discutido largamente sobre la posibilidad de crear títulos valores distintos de aquellos consagrados expresamente en determinado ordenamiento jurídico. La parte demandante ha dicho, reiteradamente, que los TDI eran unos documentos distintos de los certificados de depósito. Para poder concluir que cualquier firma puesta en uno de esos TDI constituye aval o garantía similar se requeriría la existencia de una norma explícita de la legislación paraguaya que así lo dispusiera. La existencia de esa norma no está demostrada en el expediente”.

En punto a los parámetros con los cuales cabe apreciar la expectativa que supuestamente se habría generado en un inversor calificado, es necesario tener presente que no se compara con la situación de un lego que pudiera creer subjetivamente en la idoneidad de una promesa verbal o escrita de un funcionario, fuera de los cauces procedimentales legalmente establecidos, sino que debe ser apreciada objetivamente, y la buena fe deberá surgir de actos relevantes para el ordenamiento jurídico del país en que se canalizó la inversión.

Lo expuesto concuerda con lo que sostuve más arriba, respecto a que las expectativas legítimas se encuentran limitadas por el Derecho del Estado receptor de la inversión.

En tal sentido, en la causa “Cadipsa”²⁸⁸, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina puntualizó la relevancia de la *versación técnica y jurídica de la empresa actora*, para desestimar la pretensión de ésta de desconocer, con base precisamente en una Circular ilegítima, el marco jurídico determinante de la invalidez del acto por ella invocado como sustento de su acción²⁸⁹.

El carácter de inversor calificado, o de avezado hombre de negocios, ha sido destacado en el ámbito del arbitraje internacional como base para restringir la presunta sorpresa que,

²⁸⁸ CS, 16/05/2000. - Cadipsa S.A. c. Estado Nacional y otros s/nulidad de acto administrativo y otro (C.2238. XXXII) - [EDA, 00/01-65] - Fallos 323:1146.

²⁸⁹ Ver además el caso “Maruba S.C.A. Empresa de Navegación Marítima c/ Estado Nacional – Ministerio de Obras y Servicios Públicos – Secretaría de la Marina Mercante s/ incumplimiento de contrato” (Fallos 321:1784) citado en el Capítulo anterior.

De manera similar, en la causa “Revestek S.A. c/ Banco Central de la República Argentina y otro s/ ordinario” (Fallos 318:1531) del 15 de agosto de 1995, se hizo hincapié en el Considerando 10º del Voto de la Mayoría, que el dictado de diversas normas que alteraron la paridad cambiaria del peso con el dólar, “... no es sino la evidencia de la inestabilidad del precio de la moneda extranjera en el mercado argentino, dato que debió ser advertido por una empresa comerciante dedicada al tráfico internacional...”.

en un contexto de emergencia, puedan producir ciertas medidas gubernamentales.

Tal lo decidido por el Tribunal CIADI que resolviera la causa *Olguín contra Paraguay*, cuando en el párrafo 65, punto b), ante la endilgada responsabilidad por la totalidad de los daños sufridos a la demandada por la demandante, sostuvo:

“... Lo que sí es evidente es que el señor Olguín, un avezado hombre de negocios, con una trayectoria empresarial de muchos años y una experiencia adquirida en el mundo de los negocios de varios países, no ignoraba la situación del Paraguay. Él tuvo sus razones (que este Tribunal no pretende juzgar) para invertir en ese país, pero no es aceptable que pretenda que se le indemnice por las pérdidas que sufrió al realizar una inversión especulativa o, en el mejor de los casos, poco prudente”.

Y aún cuando poco tiempo antes de que estallara la crisis económico financiera de la República Argentina pueda haberse anunciado por parte de diversos altos funcionarios la continuidad del sistema de convertibilidad, ello no pudo tener otro alcance que el de la expresión de una voluntad de mantenerla dadas ciertas condiciones de mercado²⁹⁰.

En referencia a lo expuesto, resulta oportuno traer a colación lo decidido por la Corte Suprema Argentina en la causa “Revestek” citada, cuando en el último párrafo del Considerando 10) del voto de la mayoría se dijo:

“Por otra parte -y ello es relevante- en esas circunstancias el anuncio de la Administración en el sentido de que mantendrá cierta paridad durante un determinado período de tiempo no tiene otro alcance que el de la expresión de una voluntad de mantener cierta cotización en ciertas condiciones de mercado. En otras palabras, una contribución al desarrollo de la economía mediante una anticipación del programa de intervención en el mercado, el cual evidentemente puede ser modificado. No significó el establecimiento de un derecho o de una protección jurídica ni implicó la posibilidad de trasladar al Estado, que dictó el programa cambiario, el riesgo de emprendimientos comerciales o financieros que involucraban obligaciones en moneda extranjera”.

²⁹⁰ Ya Agustín GORDILLO vaticinó dicha circunstancia, en Nota de Agustín titulada ¿Existe futuro después de la convertibilidad?, LA LEY 1997-F, 708, comentando un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo Federal, sala I del 1997/04/22, autos: “Tecnología Integral Médica S.A. c. Ministerio de Economía y otro”, expresando que “No por lo menos en derecho a estar a esta jurisprudencia, que mantiene la vieja línea de que no existe derecho subjetivo contra el Estado, ni responsabilidad de éste, en el caso por no mantener la “tablita” a que se había más o menos comprometido. Criterio que resulta igualmente aplicable la ley de convertibilidad: el día que cambie, no habrá lugar a reclamos de daños y perjuicios contra el Estado por las operaciones concertadas a su amparo. Cada uno quedará librado a su suerte...”.

En el voto de los Dres. Petracchi y Boggiano, Considerando 11) sostuvieron de modo análogo:

“Que, en primer término, ello es así pues el anuncio que el Estado hizo respecto de los tipos de cambio que regirían en un lapso futuro -en la Circular RC 807 o en las sucesivas-, debe ser entendido como un manifiesto propósito de llevar a cabo el programa cambiario que aquél anticipó, pero no como la asunción -de su parte- de un compromiso ineluctable en el sentido de sostener dicho programa, incluso si se modificaban las circunstancias que dieron origen a su dictado”.

“En efecto, teniendo en cuenta la índole de la materia regulada por dichas circulares, cabe colegir que la preservación o modificación de la política cambiaria por entonces anunciada -y por ende, la de los tipos de cambio prefijados- se asentaba en múltiples variables de orden interno y externo cuyo sostenimiento, como es sencillo de advertir, no dependía únicamente de la voluntad de las autoridades monetarias. En consecuencia, y dicho en pocas palabras, el Estado sólo podía sostener el diagrama cambiario anticipado si las condiciones futuras continuaban siendo como lo eran al momento del preanuncio”.

La Ley de Convertibilidad constituyó una norma de las denominadas “normas objetivo”²⁹¹, es decir, aquéllas están destinadas a alcanzar un cierto resultado económico, pero siempre *rebus sic stantibus*, es decir, mientras se mantengan las condiciones tenidas en mira. Son normas que, como la Ley de Convertibilidad, proponen directivas, estableciendo un programa de acción económica, como posición del Estado para determinados fines a perseguir. Estas directivas o pautas están dirigidas hacia el futuro e implican, en el caso, una tentativa de prever eventos futuros. Entrarían dentro de la categoría de las que han dado en llamarse “normas-objetivo”; es decir, aquéllas que determinan objetivos directrices²⁹².

Pero esas normas, y la estrategia por ellas diseñada, pueden ser dejadas sin efecto, si el gobierno razonablemente apreciara que las circunstancias así lo exigiesen, determinando un cambio o alteración de los objetivos. Una persona no podría considerarse con “derecho” a que aquellos se mantengan, porque esas normas no crean un “derecho

²⁹¹ Conf. Fabio Gonder Comparato: “O poder de Controle na Sociedade Anónima”, 3ª edic., Forense, Río, p. 297, citado en la causa de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala 4ª, 07-04-1989, en autos: “Crespo, Julio C. v. Banco Central de la República Argentina y otro”, JA 1989-IV, pág. 110 y ssgtes., Voto del Juez Hutchinson, p. 117.

²⁹² Conf. causa citada en nota anterior.

subjetivo” a que en el futuro las pautas o los fines sigan siendo los mismos. No hay un derecho al mantenimiento individual de la situación, mientras dura la relación no concluida, desde que el Estado en la mayoría de los casos, no es parte de aquélla, más que en la medida de la regulación económica que fija para la comunidad. No son normas de conducta ni de organización, sino una especie de normas pragmáticas. El Estado puede cambiarlas y, en principio, el efecto entre las partes debe solucionarse entre ellas – v.gr. “Teoría de la imprevisión”²⁹³.

Sin embargo, esa no fue la lectura que tuvieron del caso argentino los tribunales arbitrales internacionales.

Asimismo, es destacable que en laudos posteriores, con diferente integración, los tribunales arbitrales internacionales han fijado una fecha de vigencia de la crisis económica argentina²⁹⁴, apartándose de la normativa interna que mantuvo la citada declaración hasta el presente.

Y en una situación verdaderamente paradójica, existen casos donde a pesar de que los concesionarios obtuvieron la renegociación de sus contratos con la UNIREN, y vieron así satisfechas sus pretensiones, sus ex accionistas extranjeros – en cambio - obtuvieron un laudo arbitral favorable a sus reclamos, condenatorio de la República Argentina por violación de sus derechos como inversores canalizados a través de los respectivos contratos de concesión, tiempo antes renegociados exitosamente²⁹⁵.

²⁹³ Conf. Causa citada. Se destaca que si las alteraciones normativas fueran imprevisibles, y dieran lugar a la invocación de la teoría de la imprevisión frente a su contratante, no por ello se puede sin más utilizar esa imprevisibilidad para reclamarle al Estado como si éste fuese un asegurador.

²⁹⁴ Tal lo decidido en el caso CASO CIADI No. ARB/02/1, “LG&E ENERGY CORP., LG&E CAPITAL CORP. y LG&E INTERNATIONAL INC. (DEMANDANTES) Y REPÚBLICA ARGENTINA (DEMANDADA). DECISIÓN SOBRE RESPONSABILIDAD, 03-10-2006. Aun cuando reconoció que las medidas tomadas por la República Argentina fueron razonables en el contexto de emergencia, estableció arbitrariamente una fecha de corte. Expresó en el Párrafo 226. “... A juicio de este Tribunal, desde el 1 de diciembre de 2001 hasta el 26 de abril de 2003, Argentina estuvo sumida en un período de crisis, durante el cual fue necesario tomar medidas con miras a mantener el orden público y proteger sus intereses esenciales de seguridad”. Luego agregó en el Párrafo 227. “... El Tribunal no ha considerado como fecha de inicio para el estado de necesidad, la de la entrada en vigor de la Ley de Emergencia, el 6 de enero de 2002, debido, en primer lugar, a que la emergencia ya había comenzado cuando se dictó la Ley. En segundo lugar, si consideramos como fecha de inicio la sanción de la Ley de Emergencia, probablemente se consideraría lógico tomar como fecha de cierre el levantamiento de la emergencia por el Estado argentino, hecho que aún no ha ocurrido pues la vigencia de la Ley se ha prorrogado varias veces...”. Puntualizó además en el Párrafo 228. “Es de señalar que existe una emergencia de hecho que se inició el 1 de Diciembre de 2001 y terminó el 26 de abril de 2003, por las razones que señalaremos a continuación, y una emergencia legislativa, que se inicia y termina con la sanción y la derogación de la Ley de Emergencia...”. No obstante, y como vimos más arriba, esta ley fue prorrogada hasta el 31-12-2011.

²⁹⁵ Eso es lo que aconteció con TRANSENER y TRANSBA, quienes obtuvieron la ratificación de sus Actas Acuerdo por Decreto N° 1.462/2005 y Decreto N° 1.460/2005 respectivamente. Sin embargo, su ex

IX. Valoración crítica

De lo expuesto, es posible comprender que las dificultades derivadas de la emergencia ocurrida en la Argentina no permitió hallar en el corto plazo una solución que contemple adecuadamente los distintos intereses en juego, previo tránsito por el proceso de renegociación instaurado, donde debieron tratarse todos los aspectos involucrados, y no sólo la cuestión tarifaria.

No fue posible, conforme dan cuenta los fallos referenciados²⁹⁶, incrementar las tarifas que deben abonar los usuarios, con el pretexto de que peligraba la calidad de los servicios, sin merituar que quienes debían sufragarlas mantuvieron mucho tiempo sus ingresos congelados, no sólo a la hora de tener que afrontar el pago de los servicios públicos, sino de cumplimentar con las diversas obligaciones elementales, ante un sensible incremento de los precios, y la paralela disminución del poder adquisitivo de la moneda nacional.

Amén del respeto al procedimiento, se debía garantizar la participación de los usuarios y sus representantes en el proceso de renegociación, la cual debía ser real²⁹⁷ y no meramente formal, quienes debieran ser oídos en forma previa a cualquier decisión que se adopte, sin que exista un único mecanismo, ni que sea la Audiencia Pública necesariamente el medio de participación, el que sostuve no es el más adecuado para discutir – al menos - aspectos exclusivamente tarifarios.

El obrar estatal debe estar signado por el principio de la transparencia, y el único modo de realizarla, es a través del respeto a las normas y procedimientos diseñados, donde no sólo está en juego el interés de los usuarios, sino de toda la comunidad, de la cual también

accionista NATIONAL GRID P.L.C., obtuvo un Laudo favorable en el Tribunal de Arbitraje CNUDMI el 03-11-2008, con arreglo al Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

²⁹⁶ Especialmente, el del Juzgado Nacional Contencioso Administrativo Federal N° 3, 25-02-2003: "Union de Usuarios y Consumidores y otros c/EN -M° Economía e Infraestructura -RESOL 20/02 s/amparo - proceso sumarísimo (Artículo 321 Inc. 2 C.P.C.Y C.)", CAUSA 162765/02, elDial.com, 28-02-2003.

²⁹⁷ Ejemplo de la obligación de brindar una necesaria participación de los usuarios en el proceso, resulta el fallo dictado por el JNContAdmFed. N° 8, 16/05/2002: "Caplán, Ariel Rolando c. EN – Ministerio de Economía (res. 20/2002) s/medida cautelar autónoma", Expte. 127.160/2002-05-25, *Revista de Derecho Administrativo* N° 42, Lexis Nexis – Depalma, p. 915/916, con Nota de VITTADINI ANDRÉS, Susana N., "La operatividad de las medidas autosatisfactivas para cumplimentar el decreto 293/2002 y en la res. 58/2002 del Ministerio de Economía", p 911/915.

forman parte los concesionarios, los funcionarios públicos, e incluso, los potenciales inversores, nacionales y extranjeros.

La situación de emergencia vivida en la Argentina a partir de principios del año 2002, de la que el mundo no es ajeno dada la situación crítica vivida a partir del año 2008, ha determinado la instauración de un proceso de renegociación de contratos de obras y de servicios públicos tendiente a readecuar las estipulaciones a la nueva realidad surgida luego del abandono del régimen de convertibilidad. Dicho proceso de renegociación, en especial luego de la creación de la UNIREN y de que se consagrara normativamente la posibilidad de celebrar acuerdos parciales sin apego a los marcos regulatorios, ha avanzado de manera importante lográndose Acuerdos significativos.

La circunstancia de que inversores extranjeros, en calidad de accionistas de las empresas concesionarias y/o licenciatarias hayan deducido reclamos arbitrales por supuesta violación de sus derechos derivados de los TBI's, no ha impedido el avance del proceso, aunque lo ha dificultado.

Resulta necesario reparar en que muchos inversores extranjeros no podían ignorar el régimen jurídico imperante en el país receptor de sus inversiones, lo que condiciona de manera necesaria la representación que pudieron haberse forjado acerca de la suerte de los contratos públicos en situaciones críticas como la acontecida, impidiéndoles alegar sin más una violación de expectativas legítimas²⁹⁸, y sobre esa base, pretender una reparación derivada de actos estatales legítimos en un contexto de emergencia económica de las dimensiones habidas en la Argentina. De persistir condenas arbitrales contra el Estado, no hará sino minimizar el saldo positivo que pudiera arrojar el proceso de renegociación contractual, porque son los ciudadanos, usuarios o no, los que se verán perjudicados.

²⁹⁸ Sobre el punto, me he ocupado *in extenso* en REY VÁZQUEZ, Luis E., *El principio de confianza legítima: relevancia de su incorporación al derecho administrativo argentino. Relación con otras instituciones*, Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Volumen LVIII, Advocatus, Córdoba, 2016.

CAPÍTULO III

PARTICIPACIÓN ORGÁNICA

En el presente capítulo, analizaré distintos supuestos de participación orgánica, conforme a la clasificación ensayada en el Capítulo I, para lo que comenzaré analizando en primer término, los criterios de distinción de las personas en el Derecho Argentino, para luego, dentro de las denominadas públicas, analizar el fenómeno tanto de la inserción de representantes de la Sociedad Civil en el seno de organismos públicos estatales, como de la traslación de cometidos públicos hacia sectores no estatales, tanto personas públicas no estatales, como sujetos privados.

I. Las personas jurídicas públicas en el nuevo Código Civil y Comercial²⁹⁹

Un punto de conexión importante entre el Derecho Público y el Derecho Privado, es el relacionado a la personalidad jurídica y a las clasificaciones contenidas en los Cuerpos Normativos Civiles desde la sanción de la Ley 340 instaurando el Código Civil proyectado por Dalmacio Vélez Sarsfield, sucesivamente reformado, y mantenido luego en el Código Civil y Comercial aprobado por Ley 26.994, en vigor desde el 1° de agosto de 2015³⁰⁰.

En un país federal como el argentino, el punto presenta aristas más que complejas, dado que el dictado de los Códigos de Fondo de Derecho Privado – Civil y Comercial, entre otros – constituye una atribución que las provincias han encomendado al Congreso de la Nación conforme establece el art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional, carta que establece además el deslinde de competencias entre Nación y Provincias y los poderes

²⁹⁹ Sobre el tema, me he ocupado en REY VÁZQUEZ, Luis E., “Las personas jurídicas públicas en el nuevo Código Civil y Comercial”, publicada en Hutchinson, Tomás y Rosatti, Horacio (Directores), Revista de Derecho Público, N° 2015-II, “El Derecho Público en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación – II”, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Santa Fe, 2015, p. 183/231.

³⁰⁰ Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994 (B.O. 08-10-2014). Por Ley 27.077 (B.O. 19-12-2014) se estableció su entrada en vigencia el 1° de agosto de 2015.

conservados por estas últimas, conforme art. 121 y ss., y a su vez les señala pautas acerca de cómo deben asegurar la autonomía de los Municipios en los arts. 5 y 123.

En esa distribución de materias, el Derecho Público – al menos en bloque – ha sido reservado por las Provincias, a quienes corresponde el dictado de normas de Derecho administrativo, entre las que se encuentran las relativas al establecimiento de personas jurídicas públicas, fuera de los que de modo expreso hubiesen sido conferidos a la Nación.

Por tal motivo, se ha señalado que el Código Civil – como ahora el Código Civil y Comercial – contienen numerosas normas de deslinde entre el Derecho Público y el Derecho Privado, regulando esta última al detalle, y dejando a las primeras a la Nación o a las Provincias según su respectiva esfera de competencia constitucional.

Una de esas instituciones limítrofes, aunque requerida de una visión sistémica³⁰¹, es justamente el de las personas jurídicas, que intentaré analizar en este artículo, en especial luego de la entrada en vigor del flamante Código Civil y Comercial, el que veremos no ha innovado en demasía, pero ha contribuido a la claridad de la temática, superando incluso algunas discusiones doctrinarias preexistentes, y reavivando otras.

Luego de analizar las clasificaciones de las personas jurídicas, y de señalar los “blancos” y los “negros”, me ocuparé del análisis detallado de los “grises”, es decir, de todas aquellas situaciones dudosas que perviven aún con el nuevo código, dejando al final algunos interrogantes que puedan servir de disparadores de la reflexión colectiva.

II. Las personas jurídicas. Públicas y Privadas

1. La regulación en el Código Civil de Vélez Sársfield (ley 340)

En su redacción original, el Código de Vélez formulaba en su Art. 33 una distinción entre personas jurídicas entre las que tuvieran una “existencia necesaria” o de una “existencia posible”, en este último caso como aquéllas creadas con un objeto conveniente al pueblo, e incluía a las siguientes: “1ª El Estado; 2ª Cada una de las Provincias federadas; 3ª Cada uno de sus municipios; 4ª La Iglesia; 5ª Los establecimientos de utilidad pública, religiosos o piadosos, científicos o literarios, las corporaciones, comunidades religiosas,

³⁰¹ ROSATTI, Horacio, *Código Civil Comentado. Doctrina – Jurisprudencia – Bibliografía. El Código Civil desde el Derecho Público*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2007, p. 12.

colegios, universidades, sociedades anónimas, bancos, compañías de seguros, y cualesquiera otras asociaciones que tengan por principal objeto el bien común, con tal que posean patrimonio propio y sean capaces, por sus estatutos, de adquirir bienes, y no subsistan de asignaciones del Estado”.

No obstante su modificación en el año 1968, la distinción a la que aludía - pero no regulaba - el Código en su redacción original, ha sido explicada por ROQUEL, sosteniendo que son de existencia posible “cuando el orden jurídico argentino puede funcionar sin ellas o, dicho de otra forma, cuando la existencia de esa categoría de personas no constituya un imperativo de la sociabilidad natural de la persona humana ni una condición *sine qua non* para la vigencia de un orden de justicia”. En caso contrario – agrega – “nos hallaremos ante una persona de existencia necesaria, indispensable para la vida en común de los argentinos y los extranjeros incorporados a nuestra comunidad de fortuna, o para el funcionamiento de nuestro sistema federal, como es indispensable la existencia misma del derecho”³⁰².

2. La reforma de la Ley 17.711.

El Código Civil reformado en el año 1968, distinguió en su Art. 33³⁰³ simplemente entre las personas jurídicas públicas y privadas, incluyéndose entre las primeras, 1° El Estado Nacional, las Provincias y los Municipios; 2° Las entidades autárquicas; 3° La Iglesia Católica.

Le asignaba carácter privado, a las siguientes: “1° Las asociaciones y las fundaciones que tengan por principal objeto el bien común, posean patrimonio propio, sean capaces por sus estatutos de adquirir bienes, no subsistan exclusivamente de asignaciones del Estado, y obtengan autorización para funcionar. 2° Las sociedades civiles y comerciales o

³⁰² ROQUEL, Rodolfo, *Personas. El hombre, el Estado, la Iglesia*, Moglia Ediciones, Corrientes, 2014, p. 145. El referido autor se enrola entre quienes niegan la categoría “persona pública no estatal”, conforme veremos más adelante, aún cuando asigna actualidad a la distinción entre personas de existencia necesaria y existencia posible, incluyendo entre las primeras – p. 146 – aparte del hombre, claro está, el Estado, las provincias, los municipios, la Iglesia Católica como personas con carácter público y los partidos políticos, las Iglesias no Católicas y los sindicatos entre las de carácter privado.

³⁰³ Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 17.711, B.O. 26/4/1968. Vigencia: a partir del 1° de julio de 1968.

entidades que conforme a la ley tengan capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, aunque no requieran autorización expresa del Estado para funcionar”³⁰⁴.

En su Art. 36, establecía el alcance de la actuación de los representantes legales de la persona jurídica, diciendo que “*Se reputan actos de las personas jurídicas los de sus representantes legales, siempre que no excedan los límites de su ministerio. En lo que excedieren, sólo producirán efecto respecto de los mandatarios*”.

De dicho artículo, la jurisprudencia ha derivado el principio de continuidad jurídica de los actos de la persona jurídica – incluido el Estado y sus entidades – aún cuando cambien sus titulares en los diferentes cargos, en tanto actuaren en el marco de sus competencias legales o estatutarias.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ante al cuestionamiento del Poder extendido por un ex Fiscal de Estado a favor de los apoderados de la Provincia en una causa judicial, sostuvo su plena vigencia sobre la base que “... *de conformidad con lo dispuesto por el art. 36 del Cód. Civil, los actos de los representantes legales de las personas jurídicas son reputados actos de éstas. Por ende, la sola circunstancia de que en la actualidad se haya modificado la persona física que desempeñaba el cargo de Fiscal de Estado, no lleva a concluir en la falta de vigencia de los actos válidos obrados por quien lo ejerció con anterioridad...*”³⁰⁵.

Es que más allá de las diferentes teorías que se han expuesto para justificar la existencia de la categoría “persona jurídica”, desde la ficción a la realidad, y dentro de ésta las negatorias y afirmativas, y a su vez las basadas en la voluntad, en el interés, y las

³⁰⁴ En su Art. 34 agregaba que son también personas jurídicas – aunque sin calificarlas como públicas de modo expreso - los Estados extranjeros, cada una de sus Provincias o Municipios, los establecimientos, corporaciones, o asociaciones existentes en países extranjeros, y que existieren en ellos con iguales condiciones que los del artículo anterior.

³⁰⁵ CSJN, causa “Municipalidad de Corrientes c. Banco Nación Argentina y otro” del 19/09/2002, *La Ley Litoral* 2003(mayo), 447, AR/JUR/472/2002, citando el criterio expuesto en la causa C.442.XXII. “Caja Complementaria de Previsión para la Actividad Docente c. Jujuy, Provincia de -Poder Ejecutivo- s/ ejecución fiscal”, sentencia del 19 de diciembre de 1989.

formales³⁰⁶, ha terminado imponiéndose la “teoría del órgano”, expuesta originalmente por GIERKE, pero luego completada y mejorada por numerosos autores³⁰⁷.

Al respecto, la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN) ha dicho que: “... *entendiendo al órgano como un conjunto de atribuciones o competencias (órgano jurídico u órgano institucional) que luego será ejercido por una persona física determinada (órgano físico) cuyas manifestaciones de voluntad, omisiones y actuaciones, dentro del marco de las atribuciones que le han sido conferidas, son imputadas al ente del que forman parte, resulta que la Municipalidad ... es quien debe soportar las consecuencias jurídicas del incumplimiento de la obligación de rendir cuentas documentada del beneficio otorgado, independientemente de la responsabilidad de los funcionarios públicos involucrados en la operatoria...*”, agregando que: “*El Estado y todas las personas jurídicas estatales de que él se vale para el cumplimiento de sus fines expresan su voluntad a través de personas físicas que las integran. Estas personas físicas constituyen los llamados “órganos personas” u “órganos individuos”. La voluntad expresada por dichas personas físicas es imputable a la persona jurídica de que forma parte. Además, las diversas competencias o funciones estatales están respectivamente asignadas a determinados organismos, los cuales tienen a su cargo determinada actividad. Estos organismos constituyen los llamados órganos institución...*”³⁰⁸.

Coincidentemente, ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de la Nación de manera concordante: “... 5°) *Que al respecto parece necesario recordar que todo órgano estatal*

³⁰⁶ Entre muchos otros, puede verse REVIDATTI, Gustavo Adolfo, *Derecho Administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Tomo 2, 1985, pp. 16-41; ROQUEL, Ricardo Rodolfo; GRANDO, José Horacio y REY, Luis María, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Ediciones Moglia, Corrientes, 2009, pp. 69-81; VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho administrativo*. Estructura jurídica de la Administración, Tomo II, TEA, Buenos Aires, 1950, pp. 9-83; DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *La Persona Jurídica*, 2ª Edición, Civitas, Madrid, 1984 (Reimpresión 1991), p. 261 y ss; FERRARA, Francisco, *Teoría de las Personas Jurídicas*, traducida de la segunda edición revisada italiana por Eduardo Ovejero y Maury, Comares, Granada, 2006; GIANNINI, Massimo Severo, *Derecho Administrativo*, Volumen primero, traducción de Luis Ortega, Ministerio de las Administraciones Públicas, Madrid, 1991, p. 151 y ss.

³⁰⁷ Al respecto, véase MÉNDEZ, Aparicio, *La Teoría del órgano*, Imprenta Rosgal, Montevideo, 1949, y en la 2ª Edición definitiva, Amalio Fernández, Montevideo, 1971; SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, “La teoría del órgano en el Derecho Administrativo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 040-041, Enero-Marzo 1984, Civitas, Madrid, Sección Estudios, p. 43; BERTI, Giorgio, “La parábola de la Persona-Estado (y de sus órganos)”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 294, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2003, pp. 11-25; ROMANO, Santi, *Fragmentos de un Diccionario Jurídico*, traducción de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redfín, Comares, Granada, 2002, p. 189 y ss.

³⁰⁸ Dict. N° 144/05, 27 de abril de 2005. Expte. N° 200159/97. Ex Secretaría de Desarrollo Social. (Dictámenes 253:144).

constituye una de las tantas esferas abstractas de funciones en que, por razones de especialidad, se descompone el poder del gobierno; para cuyo ejercicio concreto es nombrado un individuo (o varios) cuya voluntad vale como la voluntad del gobierno, en tanto dicho sujeto está autorizado para "querer" en nombre del todo, dentro del ámbito de su competencia. Y, aunque no se pueda negar la subjetividad del órgano (es decir, su capacidad de ser sujeto y centro de relaciones inter-orgánicas), ella existe solamente dentro del ámbito de la personalidad del Estado, que es única y "la única que se refleja hacia el exterior de tal forma que no puede ser atacada por la limitada subjetividad de los órganos, pues ésta en ningún caso podrá ser considerada como verdadera y propia personalidad jurídica, ya que a este concepto debe dársele un contenido que se refleje hacia el exterior, frente a sujetos extraños, que falta en el caso de los órganos" (Alessi, Renato: "Instituciones de Derecho Administrativo". Ed. Bosch. Barcelona, 1970. T° I, págs. 86 a 96, esp. 84)³⁰⁹.

Por tal motivo, ha señalado el Alto Tribunal que: *"En principio, la administración pública no es responsable cuando el funcionario obra a título puramente personal, al margen de la función, y en exclusivo provecho propio"*³¹⁰.

Está claro que lo actuado por el funcionario en calidad de órgano del Estado resultará imputable a este último, en la medida en que hubiese obrado dentro del marco de sus atribuciones³¹¹, debiendo necesariamente efectuar un análisis riguroso y pormenorizado de las normas jurídicas que establecen la competencia de los órganos y los procedimientos imperativos como para imputar los actos administrativos al ente público del que forman parte. De allí que la teoría del órgano también ha sido utilizada para fundar la

³⁰⁹ CSJN, I. 162. XXXVII. 14/12/2004. "Inadi c/ E.N. - M° Interior - dto. 957/01 - ley 25.453 s/ amparo ley 16.986". Fallos 327:5571.

³¹⁰ Voto de los Dres. Augusto César Belluscio, Enrique Santiago Petracchi y Gustavo A. Bossert, causa A. 308. XXXVI. "Actuar Agrupación Consultores Técnicos Universitarios Argentinos S.A. y otros c/ Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado s/ contrato administrativo". 18/07/2002. Fallos 325:1787.

³¹¹ En tal sentido, señala MERTEHIKIAN, Eduardo, *La Responsabilidad Pública*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2001, pág. 54 y ss., en el punto c) La "Falta de Servicio" como criterio objetivo y la imputación directa a través de la "Teoría del Órgano", que "... la jurisprudencia de la Corte ha ido consolidando el criterio de la imputación objetiva y directa de la responsabilidad extracontractual del Estado, a través de la caracterización de la "falta de servicio" como un criterio objetivo y de la aplicación de la "teoría del órgano", como factor de atribución de las conductas (hechos, actos u omisiones) de sus agentes a la estructura estatal que integran, por formar parte de ella como un todo inescindible y cuyo hito culminante en el desarrollo de esa consolidación jurisprudencial se señala que se produjo en la causa "Vadell, Jorge Fernando c/Buenos Aires, Provincia de s/ indemnización" (Fallos, 306:2030) ...".

responsabilidad estatal objetiva y directa por los hechos de los agentes, quienes actúan en calidad de órganos del Estado³¹².

Por su parte, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso administrativo Federal, sala IV, en la causa “Amiano”³¹³, sostuvo que: *“La norma del art. 1112 del Cód. Civil es aplicable al supuesto en el cual se debate la responsabilidad del Poder Judicial de la Nación, pues el Estado es responsable, principal y directo, de las consecuencias dañosas producidas por la actividad de sus órganos o funcionarios, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades a las que pertenecen”*.

Asimismo, la Corte Suprema argentina ratificó que *“... la responsabilidad extracontractual del Estado por el hecho de sus agentes no es indirecta ni basada en la culpabilidad. Por el contrario, cuando se trata de un servicio público que el Estado presta a la comunidad, aquél responde directamente por la falta de una regular prestación. Y es que, aunque la falta sea derivada del hecho de los agentes, existe una imputación directa al titular del servicio. Es decir, la actividad de los órganos, funcionarios o agentes del Estado, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éste, el que debe responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas (ver considerando 61). Esta idea objetiva de la falta de servicio por hechos u omisiones encuentra su fundamento en la aplicación del artículo 1112 del Código Civil y no requiere, como fundamento de derecho positivo, recurrir al artículo 1113 del Código Civil (Fallos: 306:2030 y 331:1690, entre otros)...”* (Considerando 8º)³¹⁴.

³¹² CSJN, 18/12/1984, “Vadell, Jorge F. c. Provincia de Buenos Aires”, Fallos 306:2030. Ver al respecto el Decreto PEN N° 196 del 10-02-2015 (B.O. 12-02-2015).

³¹³ CNACAF, Sala IV, 07/10/1999, “Amiano, Marcelo E. y otro c. Ministerio de Justicia y otro”, voto del doctor Uslenghi. (*La Ley* 1999-F, 497, con nota de M. Claudia Caputi - *DJ* 2000-1, 644). El fallo fue luego revocado por la Corte Suprema, en Sentencia del 04-11-2003 (Fallos 326:4445), al considerar que el Síndico de un concurso no constituye un órgano mediante el cual el Estado exterioriza sus potestades y voluntad, sino un sujeto auxiliar de la justicia que desarrolla su actividad en el proceso colectivo con autonomía y en base a la idoneidad técnica que deriva de su título profesional sin subordinación jerárquica, pero sin restar plausibilidad a los argumentos vertidos por la Cámara respecto de los “reales” órganos del Estado.

³¹⁴ CSJN, 17/08/2010, causa “Morrow de Albanesi, Viviana María y otros c. Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Ext., Comercio Internacional y Culto” (Fallos 333:1404), recordando los precedentes “Mosca” (Fallos: 330:563) y “Zacarías” (Fallos: 321:1124).

No obstante, la temática de la responsabilidad del Estado y de los funcionarios ha sido excluida de la regulación civil y comercial – Arts. 1.764 a 1.766 -, remitiendo a la Nación o a las Provincias el dictado de las leyes respectivas. Al momento, la Nación ha sancionado la Ley 26.944 (B.O. 08/08/2014), y han hecho lo propio las Provincias de Santa Cruz (Ley 3.396, B.O. 27/11/2014) y Chubut (Ley I-560/2015, B.O. 23/07/2015).

3. *El Código Civil y Comercial (Ley 26.994).*

El flamante Código trata el tópico en el TÍTULO II “Persona jurídica”, CAPÍTULO 1 “Parte general”, SECCIÓN 1ª “Personalidad. Composición”.

Allí define a las personas jurídicas diciendo que son “...todos los 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” (Art. 141)³¹⁵.

Luego en la SECCIÓN 2ª “Clasificación”, distingue a las personas jurídica diciendo que son públicas o privadas (Art. 145).

Reza el Art. 146.- “Personas jurídicas públicas. Son personas jurídicas públicas:

- a. el Estado nacional, las Provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los municipios, las entidades autárquicas y las demás organizaciones constituidas en la República a las que el ordenamiento jurídico atribuya ese carácter;
- b. los Estados extranjeros, las organizaciones a las que el derecho internacional público reconozca personalidad jurídica y toda otra persona jurídica constituida en el extranjero cuyo carácter público resulte de su derecho aplicable;
- c. la Iglesia Católica”.

³¹⁵ En los Artículos 142 a 144 se expone acerca de las personas jurídicas privadas, expresando lo siguiente:

“Art. 142.- *Comienzo de la existencia. La existencia de la persona jurídica privada comienza desde su constitución. No necesita autorización legal para funcionar, excepto disposición legal en contrario. En los casos en que se requiere autorización estatal, la persona jurídica no puede funcionar antes de obtenerla.*”.

“Art. 143.- *Personalidad diferenciada. La persona jurídica tiene una personalidad distinta de la de sus miembros.*

Los miembros no responden por las obligaciones de la persona jurídica, excepto en los supuestos que expresamente se prevén en este Título y lo que disponga la ley especial.”.

“Art. 144.- *Inoponibilidad de la personalidad jurídica. La actuación que esté destinada a la consecución de fines ajenos a la persona jurídica, constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de cualquier persona, se imputa a quienes a título de socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos, la hicieron posible quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.*

Lo dispuesto se aplica sin afectar los derechos de los terceros de buena fe y sin perjuicio de las responsabilidades personales de que puedan ser pasibles los participantes en los hechos por los perjuicios causados.”.

Añade en el Art. 147.- “Ley aplicable. Las personas jurídicas públicas se rigen en cuanto a su reconocimiento, comienzo, capacidad, funcionamiento, organización y fin de su existencia, por las leyes y ordenamientos de su constitución”.

Por su parte, en el Art 148 prescribe que “... Son personas jurídicas privadas: a. las sociedades; b. las asociaciones civiles; c. las simples asociaciones; d. las fundaciones; e. las iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas; f. las mutuales; g. las cooperativas; h. el consorcio de propiedad horizontal; i. toda otra contemplada en disposiciones de este Código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento”³¹⁶.

Amplía – respecto de estas últimas – la nómina de las que estuvieran incluidas en el Código anterior, aún cuando ya lo eran por sus leyes especiales – cooperativas, mutuales – y zanjando las dudas generadas en torno a algunas – consorcio de propiedad horizontal -, dejando no obstante abierta la enumeración a la inclusión de otras³¹⁷.

No se ha dotado de personalidad jurídica a los fideicomisos, ni a las sucesiones indivisas³¹⁸. No obstante, existen casos “grises”, como resulta el Fondo Fiduciario Federal de Infraestructura Regional fue creado por la ley 24.855 como el instrumento central del Programa de Desarrollo Regional y Generación de Empleo, cuyo carácter extrapresupuestario queda determinado en el artículo 4° de la ley, encuadrándose dentro del Sector Público Nacional no Financiero, al cual el Máximo Tribunal ha considerado que “... es *“un sujeto de derecho público, federal y de carácter interjurisdiccional,*

³¹⁶ En su Art. 150 agrega: “*Leyes aplicables. Las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República, se rigen:*

a. por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código;

b. por las normas del acto constitutivo con sus modificaciones y de los reglamentos, prevaleciendo las primeras en caso de divergencia;

c. por las normas supletorias de leyes especiales, o en su defecto, por las de este Título.

Las personas jurídicas privadas que se constituyen en el extranjero se rigen por lo dispuesto en la ley general de sociedades”.

³¹⁷ Para ampliar las diferencias entre personas jurídicas públicas y privadas, remito al trabajo de BREWER CARÍAS, Allan R., “La distinción entre las personas públicas y las personas privadas y el sentido de la problemática actual de los sujetos de derecho”, *Revista Argentina de Derecho Administrativo* N° 17, Plus Ultra, Buenos Aires, 1977, pp. 15-29.

³¹⁸ NAVARRO FLORIA, Juan G., “Las personas jurídicas en el nuevo Código Civil y Comercial”, *El Derecho*, 08-06-2015, pp. 1-5. Cree el autor – p. 3 - que “...esa omisión es correcta, pero también es cierto que se generan no pocos problemas y confusiones respecto de estas y otras realidades, cuando luego sí son considerados sujetos a los fines tributarios, dotados de su propia identificación. Resulta difícil sostener que “algo” sea sujeto de obligaciones (y, por ende, de derechos) sin ser persona”.

susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones”, debiendo interpretarse que la expresión fiduciario atribuible al Banco de la Nación Argentina “se emplea en el sentido de mandatario y no como propietario imperfecto”³¹⁹.

III. Personas Jurídicas Públicas. Estatales y No estatales.

1. Personas Públicas Estatales.

Las personas públicas estatales incluidas en el nuevo código coinciden con las que ya estuvieran plasmadas en el cuerpo civil anterior, siendo novedosa la inclusión expresa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y a su respecto podemos señalar que tienen en común la circunstancia de que su personalidad no proviene del código civil y comercial, sino que éste simplemente la reconoce, pues aquella proviene de otras fuentes³²⁰.

En efecto, el Estado Nacional reconoce su personalidad de la Constitución Nacional, al igual que las Provincias³²¹, las que también dictan sus Constituciones Provinciales, donde reconocen la personalidad de los municipios³²². El caso de la Ciudad Autónoma de

³¹⁹ CSJN, 08/10/2013, “Provincia de La Pampa c. Fondo Fiduciario de Infraestructura Regional s/ fondo fiduciario de infraestructura”, APJD 26/11/2013, Considerando 6º), donde agrega además: “*Sus objetivos consisten en asistir a las Provincias y al Estado Nacional, incluyendo a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en la financiación de obras de infraestructura económica y social tendientes a la utilización de mano de obra intensiva, la integración nacional, la disminución de los desequilibrios socioeconómicos, el desarrollo regional y el intercambio comercial. El financiamiento se distribuye en partes iguales entre la Nación y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y las veintitrés Provincias; los cupos provinciales se asignan conforme los determinados en la ley 23.548*”.

³²⁰ En tal sentido, se ha sostenido que “... La inclusión en este artículo de las personas jurídicas públicas se hace a un fin meramente descriptivo, ya que la personalidad de estas entidades resulta de las respectivas disposiciones de derecho público...” (RIVERA, Julio César; MEDINA, Graciela (Directores), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tº 1, Artículos 1 a 400, La Ley, Buenos Aires, 2014, p. 406). Agregan dichos autores que “...En los fundamentos del Proyecto se justifica la mención de las personas jurídicas públicas por la tradición que en tal sentido existe en el Código Civil y por cuanto en otras partes del nuevo Código se hacen diversas referencias a ellas, principalmente al Estado nacional, las provincias y los municipios”.

³²¹ HERRERA, Marisa; Caramelo, Gustavo; Picasso, Sebastián, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo I, Título Preliminar y Libro Primero, Artículos 1 a 400, Infojus, Buenos Aires, 1ª Edición, 2015. Sostienen al respecto que “... *La personería jurídica del Estado nacional surge de los arts. 1º, 9º, 10, 14 a 18, 20, 21, 23, 31, 44, 87, 99, 108 y 128 CN, normativas que suponen su capacidad para las relaciones jurídicas, tanto en el derecho interno como en el internacional. La personalidad jurídica de las provincias se infiere del mismo ordenamiento (arts. 6º, 31, 121 a 127 CN). Por su parte, el municipio es un organismo político de raíz constitucional cuya creación la Carta Magna impone a las provincias (art. 5º CN). Lo propio ocurre con la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 129 CN)*...”

³²² En el caso de la Constitución de la Provincia de Corrientes (2007), establece en su Artículo 216: “*Esta Constitución reconoce la existencia del municipio como una comunidad de derecho natural y sociopolítica, fundada en relaciones estables de vecindad y como una entidad autónoma en lo político, administrativo, económico, financiero e institucional. Su gobierno es ejercido con independencia de todo otro poder, de*

Buenos Aires, es consecuencia de la reforma constitucional de 1994, cuyo status jurídico se asienta en el art. 129 de la Constitución Nacional³²³.

Las entidades autárquicas constituyen la forma más pura de la descentralización³²⁴, pero en ésta cabe incluir también a las Empresas del Estado regidas por Ley 13.653³²⁵ y a las Sociedades del Estado³²⁶, regidas por Ley 20.705³²⁷.

Cabe incluir a las Universidades Nacionales, que además de autárquicas son autónomas, a partir de la interpretación efectuada por el Alto Tribunal³²⁸ y la PTN³²⁹, con base en lo establecido en la Constitución Nacional³³⁰ y la Ley 24.521³³¹, lo que supone la ruptura del control tutelar del Poder Ejecutivo, y la inaplicabilidad del régimen de resolución de

conformidad con las prescripciones de esta Constitución y de las Cartas Orgánicas Municipales o de la Ley Orgánica de Municipalidades, en su caso. Ninguna autoridad puede vulnerar la autonomía municipal consagrada en esta Constitución y en caso de normativa contradictoria prevalece la legislación del municipio en materia específicamente local”.

³²³ Para un análisis de la Personalidad del Estado, en una perspectiva clásica, remito al libro de ORLANDO, Víctor Manuel, *La Personalidad del Estado*, Imprenta de la Universidad, Buenos Aires, 1925; desde una visión moderna, remito a SOTELO DE ANDREAU, M.G., *Estado, Derecho, Administración, Estrategias*, Talleres Gráficos del Nordeste Impresora, Resistencia, 1997.

³²⁴ La PTN las ha definido diciendo que: “*La autarquía es la forma más clásica de descentralización administrativa que implica el desprendimiento de una actividad del Estado al tronco común y, para atenderla, se constituye una entidad separada, con ley, autoridades, poderes y responsabilidades propias. En ella, desaparece la relación de dependencia jerárquica con el órgano central, la que es reemplazada por el control administrativo, un control de tutela*” [Dict. N° 254/03, 28 de abril de 2003. Expte. N° S01-0219124/02. Ministerio de Economía. (Dictámenes 245:174)].

³²⁵ T.O. por Decreto 4053/1955, B.O. 31-10-1949, DJA LEY ADM-0355. Para profundizar el tema de las Empresas del Estado, en el régimen Argentino, remito al excelente trabajo de GORDILLO, Agustín, *Empresas del Estado*, Macchi, Buenos Aires, 1966, hoy incluido en *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, Fundación de Derecho Administrativo, T° 11, 1ª Edición, Buenos Aires, 2015, pp. 359-483. Comparar con el sistema francés, en WALINE, Marcel, “El régimen jurídico de las empresas del Estado en Francia”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires*, año X, N° 12, Buenos Aires, enero-abril 1955, pp. 17-30. Y con el sistema español, ARIÑO ORTÍZ, Gaspar, *Empresa Pública, Empresa Privada, Empresa de Interés General*, Thompson Aranzadi, Madrid, 2008.

³²⁶ Respecto de éstas, ha dicho la PTN que “*Las sociedades del Estado conformadas con un capital enteramente estatal constituyen una especie de descentralización administrativa en la que, al margen de la actividad propia que desarrolle, se encuentra comprometido el interés del Estado Nacional* (conf. Dict. 241:242) [Dict. N° 274/07, 2 de octubre de 2007. Expte. N° 31/06. Sindicatura General de la Nación. (Dictámenes 263:8)].

³²⁷ B.O. 26/08/1974, DJA LEY ADM-1013.

³²⁸ CSJN, 24-04-2003, “Univesidad Nacional de Mar del Plata c/ Banco Nación Argentina s/ daños y perjuicios”, Fallos 326:1355.

³²⁹ Dict. N° 144/04, 27 de abril de 2004. Anteproyecto de Convenio entre Procuración del Tesoro de la Nación y Consejo Interuniversitario Nacional. (Dictámenes 249:74).

³³⁰ Art. 75 inc. 19.

³³¹ B.O. 10/08/1995, DJA LEY AED-2019.

diferendos interadministrativos previsto en la Ley 19.983³³², pudiendo litigar ante la justicia federal con el Estado Nacional o sus entidades descentralizadas.

Según un criterio de distinción, las personas jurídicas públicas son aquellas cuya existencia y funcionamiento dependen del derecho público, aunque parte de su actividad esté regulada por el derecho privado, mientras que las personas jurídicas privadas serían aquellas que tienen reglamentada su existencia y sus actividades por el derecho privado, aunque dependan de una autorización estatal para funcionar³³³.

NAVARRO FLORIA destaca – en punto al art. 146 inc. a) – que “... La frase final (“las demás organizaciones...”) es una enunciación abierta y oportuna. Al fin y al cabo, el Código Civil no es más que una ley y, por tanto, es razonable que contemple que otras leyes pueden crear personas jurídicas públicas”³³⁴.

Respecto a la Iglesia Católica, expresa el autor citado que “... mantiene su reconocimiento como persona jurídica pública, algo que es una exigencia de la misma Constitución Nacional. Por lo demás, la Iglesia viene gozando de esa calidad en forma indiscutida desde antes de la misma organización nacional, lo que constituye un verdadero derecho adquirido. Hay que advertir que bajo el rótulo “Iglesia Católica” no hay una única persona jurídica, sino una vasta red de entidades que, en su conjunto, no dejan, sin embargo, de conformar una única Iglesia que tiene como cabeza visible a la Santa Sede. Esta, a su vez, es sujeto del derecho internacional y, por tanto, incluida en la previsión del inciso anterior (pero no las restantes personas jurídicas canónicas, que son las que sí caben en este inciso específico)...”³³⁵

Puntualiza además que “... La jurisprudencia constante de la Corte Suprema y los tribunales inferiores, lo mismo que la jurisprudencia administrativa y múltiples leyes y decretos, han reconocido la calidad de persona jurídica a cada una de las diócesis o circunscripciones territoriales o personales equivalentes según el derecho canónico

³³² B.O. 05/12/1972, DJA LEY ADM-0914.

³³³ RIVERA, Julio César; MEDINA, Graciela (Directores), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado...*, p. 406.

³³⁴ NAVARRO FLORIA, Juan G., “Las personas jurídicas ...”, p. 2. Destaca el autor que “Entre las personas jurídicas públicas que han quedado sin mencionar y hay que incluir dentro de esa mención genérica están los partidos políticos, los colegios profesionales, los sindicatos, las empresas del Estado, las universidades nacionales (art. 75, inc. 19, CN), las obras sociales, etcétera”. Luego, agrega que “Entre las personas jurídicas públicas estatales, el CCC ha omitido mencionar a las regiones, cuya creación por acuerdo entre provincias está expresamente prevista en el art. 124 de la Constitución reformada en 1994”.

³³⁵ NAVARRO FLORIA, Juan G., “Las personas jurídicas...”, p. 2.

(prelaturas, prelaturas personales, eparquías, exarcados, obispado castrense, etc.); a cada una de las parroquias, y a cada una de las personas que, según el derecho canónico, son personas jurídicas públicas (seminarios, cabildos, la Conferencia Episcopal, etc.). También lo son los Institutos de Vida Consagrada (órdenes y congregaciones) y sociedades de vida apostólica, que tienen reconocimiento específico por la ley E-1998 (ex ley 24.483)³³⁶.

Tenemos entonces que, cuando el Art. 147 del CCC remite en punto a su reconocimiento, comienzo, capacidad, funcionamiento, organización y fin de su existencia, por las leyes y ordenamientos de su constitución, debe entenderse – según el tipo de persona enunciada – a las siguientes normas:

a) a la Constitución Nacional, las constituciones provinciales, el derecho administrativo y el derecho público provincial, o las leyes específicas de creación, en el caso de las personas del art. 146, inc. a);

b) al derecho internacional público, o el derecho constitucional o público extranjero, según sea el caso, cuando se trata de las personas del art. 146, inc. b), y

c) al derecho canónico, en el caso de la Iglesia Católica, de conformidad con la interpretación que ha dado la Corte Suprema al art. I del Acuerdo de 1966 entre la República Argentina y la Santa Sede, en el caso “Lastra”³³⁷.

Respecto a los "*estados extranjeros*", se ha sostenido con acierto que debe entenderse comprensiva de los estados provincial y municipal. Por su parte, la referencia a "*las demás organizaciones constituidas en la República a las que el ordenamiento jurídico atribuya ese carácter*", contempla, según los redactores de nuevo Código, el caso de las empresas del Estado y a las denominadas "personas jurídicas públicas no estatales regidas por leyes especiales", como ser los partidos políticos, las asociaciones sindicales, obras sociales, entidades como los colegios de profesionales con gobierno de la matrícula o facultades disciplinarias especiales, cajas especiales de jubilaciones, etc. En tanto que la mención a "*toda otra persona jurídica constituida en el extranjero cuyo carácter público resulte de su derecho aplicable*" alude a las organizaciones internacionales, supranacionales o

³³⁶ NAVARRO FLORIA, Juan G., “Las personas jurídicas...”, p. 2.

³³⁷ NAVARRO FLORIA, Juan G., “Las personas jurídicas...”, p. 2, citando aquí lo resuelto por el Alto Tribunal en “Lastra c. Obispado de Venado Tuerto”, ED, 145-495. Fallos 314:1324. Dijo allí la Corte que la norma del art. I de ese Acuerdo (ley 17.032, ahora J-0640) “implica la más plena referencia al ordenamiento jurídico canónico”.

regionales, como la Organización de las Naciones Unidas, Organización de Estados Americanos, la Cruz Roja Internacional, la Organización Mundial de la Salud, entre otros³³⁸.

2. -Personas Públicas No Estatales.

Un tema situado en los confines del Derecho Administrativo, es el relativo a la categoría de las personas jurídicas públicas no estatales, de factura doctrinaria atribuida a Enrique Sayagués Laso³³⁹, con cierta resistencia por algunos autores (BARRA³⁴⁰, CANOSA³⁴¹, HUTCHINSON³⁴², ROQUEL³⁴³) con distintos fundamentos, pero admitidas por la doctrina mayoritaria (siendo sus principales referentes nacionales MARIENHOFF³⁴⁴,

³³⁸ RIVERA, Julio César; MEDINA, Graciela (Directores), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado...*, p. 407.

³³⁹ SAYAGUÉS LASO, Enrique, “Criterio de distinción entre las personas jurídicas públicas y privadas”, *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Universidad Nacional del Litoral, Año X, 3ª Época, N° 44, Santa Fe, 1945, pp. 5-41; luego incluido en su *Tratado de Derecho administrativo*, Tomo I, Fundación de Cultura Uruguaya, Montevideo, 8ª edición puesta al día a 2002 por Daniel H. Martins, p. 163 y ss.

³⁴⁰ BARRA, Rodolfo C., *Principios de derecho administrativo*, Ábaco, Buenos Aires, 1980, p. 237, para quien las personas no estatales son privadas, aún cuando ciertas entidades “intermedias” realicen actividades de cogestión o autogestión-administrativa, operándose respecto de ellas una “delegación transestructural de cometidos” (p. 246). Mantiene la posición en BARRA, Rodolfo C., *Tratado de Derecho Administrativo*, T° 3, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2006.

³⁴¹ CANOSA, Armando, “Algunas reflexiones acerca de las denominadas personas públicas no estatales”, en *El Derecho*, Tomo 152, pp. 232/241; y en su *Procedimiento administrativo. Recursos y reclamos*, Astrea – Ediciones RAP, 2ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, 2014, p. 267.

³⁴² HUTCHINSON, Tomás, “Apuntes acerca de los colegios profesionales previstos en la reforma constitucional de la Provincia de Buenos Aires”, en AA VV, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2005, pp. 359/373; y antes en su obra *Las corporaciones profesionales*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, p. 35.

³⁴³ ROQUEL, Rodolfo, *Personas. El hombre, el Estado, la Iglesia*, Moglia Ediciones, Corrientes, 2014, p. 144, donde expresa que la categoría jurídica analizada “... no condice con nuestra Constitución Nacional ni con nuestro sistema federal. Por influencia de Sayagués Laso, tratadista uruguayo que tenía a la vista un Estado unitario, ha sido incorporada a la terminología legislativa y doctrinaria argentina, pero esas personas, generalmente Colegios o Consejos Profesionales, son en realidad personas de interés público, es decir, personas de derecho privado a las cuales las leyes les otorgan ciertas potestades exorbitantes (p. ej., gobierno de la matrícula, disciplina de la profesión, etc.) y les imponen determinadas limitaciones propias del derecho público, como el control administrativo y judicial específico. En el derecho argentino la única persona colectiva pública no estatal es la Iglesia Católica...”.

³⁴⁴ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, 5a ed. actualizada, Abeledo-Perrot, 1995, t. I, p. 376 y ss.

LINARES³⁴⁵, CASSAGNE³⁴⁶, COMADIRA³⁴⁷ y GORDILLO³⁴⁸) y – lo que es más relevante – por la legislación positiva, que amén de las normas específicas que así las conciben, el nuevo Código Civil y Comercial las contempla de manera implícita cuando en el art. 146 inciso a) *in fine* expresa “y las demás organizaciones constituidas en la República a las que el ordenamiento jurídico atribuya ese carácter”.

Tales entidades, creadas por el legislador como públicas, aunque sin encuadrarlas en la organización administrativa del Estado, se caracterizan por la aplicación prevalente del Derecho privado, quedando el Derecho Administrativo reservado para todo lo atinente a las prerrogativas públicas que hubiesen sido atribuidas por el legislador en el acto de creación.

2.1. Criterios para diferenciar personas públicas estatales y no estatales

Siguiendo a COMADIRA y ESCOLA³⁴⁹, los criterios propuestos para diferenciar a una y otra clase de personas jurídicas públicas, son los siguientes:

2.1.1. *Sistema de la satisfacción de fines específicos del Estado.*

Según este criterio, son personas jurídicas públicas estatales aquellas que tienen como objetivo la satisfacción de fines específicos del Estado, es decir, propios de éste, mientras que son personas jurídicas públicas no estatales las que no persiguen el logro de finalidades específicas del Estado, aún cuando las que pretenden alcanzar sean de interés general.

Ejemplifican con entidades públicas que desarrollan actividades de tipo comercial o industrial, aunque el propio Estado crea diversos tipos de entidades públicas que cumplen cometidos de esa clase, con lo cual el distingo puede no parecer tan claro y estricto.

2.1.2. *Sistema que atiende al origen del capital de la entidad.*

³⁴⁵ LINARES, Juan Francisco, *Derecho Administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 214 y ss.

³⁴⁶ CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2011, Tomo I, p. 195 y ss.

³⁴⁷ COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 198 y ss.

³⁴⁸ GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, Fundación de Derecho Administrativo, T° I, 1ª Edición, Buenos Aires, 2013, p. XIV-18 y ss.

³⁴⁹ COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo, *Curso de Derecho Administrativo...*, p. 198 y ss.

Para quienes propugnan este sistema, la nota que permite diferenciar y clasificar a una persona jurídica pública como estatal o no estatal es el origen y la composición de su capital. Si éste pertenece o ha sido suministrado íntegramente por el Estado, la entidad es estatal; si el capital pertenece o ha sido suministrado total o parcialmente por personas privadas, la entidad es no estatal. Se ha señalado, con razón, que este sistema no suministra un criterio de diferenciación cierto, ya que una u otra forma de integración del capital – total o parcialmente proveniente del Estado o aun totalmente proveniente de personas privadas- puede darse tanto en el caso de personas jurídicas públicas estatales o no estatales, citándose, en apoyo de esta objeción, la situación de las Cajas Nacionales de Previsión, en el régimen de la ley 17.575.

2.1.3. *Sistema que atiende al encuadramiento orgánico de la entidad.*

Finalmente, se ha sostenido que una persona jurídica pública es estatal cuando pertenece y está incluida dentro de los cuadros que componen la administración pública, siendo no estatal en el caso contrario. Este criterio no aparece, tampoco, como suficientemente claro y categórico, máxime si se recuerda que en muchos supuestos no es fácil concluir si una entidad determinada está o no incluida realmente en la administración pública, sin perjuicio de que pueda estar o no incluida en los cuadros orgánicos de ésta.

Todo lo dicho pone de manifiesto que la diferenciación de las personas jurídicas públicas en estatales y no estatales, no obstante aparecer como atrayente y fundada, es en realidad bastante confusa, máxime si se considera que los criterios puntualizados para distinguir una y otra clase de entidades se superponen o coinciden, en gran parte, con los que se aplican para diferenciar las personas jurídicas públicas de las privadas.

2.2. Caracterización de las personas públicas no estatales.

Se ha sostenido³⁵⁰ que las personas jurídicas públicas no estatales presentan los siguientes caracteres:

- a) generalmente, aunque no siempre, su creación resulta de la ley;
- b) persiguen fines de interés público (aunque no son fines específicos del Estado);

³⁵⁰ Sigo aquí a CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo...*, pp. 199-200; de modo similar, COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo, *Curso de Derecho Administrativo...*, p. 199 y ss.

- c) pueden gozar, en principio, de ciertas prerrogativas de poder público (como ocurre con la obligación para las personas por ellas alcanzadas de afiliarse o incorporarse a la entidad creada o contribuir a la integración de su patrimonio);
- d) el Estado ejerce sobre ellas y su actividad un contralor intenso;
- e) su capital y sus recursos provienen, principalmente y por lo general, de aportaciones directas o indirectas de las personas que están afiliadas o incorporadas a ellas;
- f) las personas que se desempeñan en esas entidades no son agentes públicos;
- g) sus decisiones y resoluciones no son actos administrativos, aún cuando tales entidades puedan estar sometidas, con mayor o menor preponderancia, al derecho público³⁵¹.

Sobre el tópico, la Corte Suprema ha calificado al Colegio Público de Abogados de Capital Federal como ente público no estatal, y a sus actos le ha asignado carácter administrativos, resultando aplicable la ley 19.549 de procedimientos administrativos³⁵², expresando que:

“El Colegio Público de Abogados de la Capital Federal funciona con el carácter, derechos y obligaciones de las personas de derecho público, cumpliendo un cometido administrativo para el que lo habilita su ley de creación, actuar que se rige por esa norma y supletoriamente por la Ley de Procedimientos Administrativos 19.549 (art. 17 de la ley 23.187)”.

“El Colegio Público de Abogados no es una asociación (art. 14 de la Constitución Nacional) que se integra con la adhesión libre y espontánea de cada componente, sino una entidad destinada a cumplir fines públicos que originariamente pertenecen al Estado y que éste, por delegación circunstanciada normativamente, transfiere a la institución que crea para el gobierno de la matrícula y el régimen disciplinario de todos los abogados de la Capital Federal, como auxiliares de la administración de justicia”.

³⁵¹ Refiere CASSAGNE – *Curso...*, p. 200 – haber sostenido en anteriores ediciones dicha postura, no obstante la jurisprudencia de la Corte Suprema – Fallos 315:1830 - ha sostenido la condición de actos administrativos de los emanados de los colegios profesionales, pudiendo aplicarse supletoriamente la Ley 19.549.

³⁵² Ambas cuestiones resueltas en la causa Competencia N° 360. XXIV.; Colegio Público de Abogados de Capital Federal c/ Martínez Echenique, Benjamín s/ cobro de sumas de dinero - sumario. 01/09/1992. Fallos 315:1830. Han comentado dicho fallo MONTI, Laura M.; MURATORIO, Jorge I., “La aplicación de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos a los actos de los entes públicos no estatales”, en *Revista de Derecho Administrativo* N° 14, Depalma, Buenos Aires, 1993, pp. 517-531; y CANOSA, Armando, “Algunas reflexiones acerca de las denominadas personas públicas no estatales”, en *El Derecho*, Tomo 152, pp. 232/241.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado por la existencia de las personas jurídicas públicas no estatales, además, en las causas “Farmacia Roca”³⁵³, “Ferrari”³⁵⁴, y “Apoderados del Partido Liberal”³⁵⁵, entre otras.

La elaboración doctrinaria que distingue dentro de las personas jurídicas públicas, entre personas estatales y no estatales, vimos que pertenece al jurista uruguayo Enrique SAYAGUÉS LASO, quien sostuvo la existencia de “*otras personas colectivas que indudablemente no son estatales, que no pertenecen a la colectividad ni integran la administración pública, sea porque el legislador las creó con ese carácter, sea porque su propia naturaleza resulta incompatible con la calidad estatal. No obstante, dichas instituciones en todo o en parte se regulan por normas de derecho público*”³⁵⁶.

Aun cuando algunas legislaciones provinciales califican a los Colegios Profesionales que controlan la matrícula y ejercen el poder de imperio como “personas privadas”, la Corte Suprema ha descalificado la naturaleza literalmente asignada por el legislador, expresando al respecto que: “*La calificación de "persona jurídica de derecho privado" que se atribuye a los Colegios organizados por la ley 3950 de Santa Fe no es apropiada en cuanto se pretende derivar de ello que, siendo el poder de policía irrenunciable para el Estado, no puede delegarse en entes privados. Lo que define la naturaleza jurídica de una institución son los elementos que la constituyen y las facultades que le otorga la ley, cualquiera sea el nombre que el legislador o los particulares le atribuyen. Los Colegios creados por la ley 3950 de Santa Fe, por sus funciones y fines de utilidad pública, son organismos integrantes de la gestión gubernativa provincial, dotados por la ley de ciertas prerrogativas de poder de imperio. No existe, así, delegación de funciones de policía sino asignación de algunas de ellas a los organismos encargados de atenderlas*”³⁵⁷.

³⁵³ CSJN, 28/02/1989, “Farmacia Roca S.C.S. c/ Inst. Nac. de Seguridad Social para Jubilados y Pensionados s/ contencioso – administrativo”, Fallos: 312:234.

³⁵⁴ CSJN, 1986, “Ferrari, Alejandro Melitón c/ Nación Argentina” (PEN).”, Fallos: 308:987.

³⁵⁵ CSJN, 14/10/1999, “Apoderados Partido Liberal, Todos por la Alianza, Pacto Autonomista Liberal - Partido Demócrata Progresista s/ Impugnan candidaturas a cargos electivos nacionales s/ su solicitud de avocamiento directo”, Fallos: 322:2424.

³⁵⁶ SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, Montevideo, 1953, citado por ECHEN, Diego Emilio, “Naturaleza jurídica de los actos emanados de los colegios y/o consejos profesionales”, *ElDial.com*, Suplemento Administrativo, 10-08-2007; también publicado en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 422, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2013, pp. 107-139.

³⁵⁷ Corte Sup. 1957, Colegio de Médicos de la Segunda Circunscripción /Santa Fe v. Sialle, Mario. Fallos 237:397, Lexis N° 6/15074.

En cuanto a los fundamentos que sustentan la creación de tales entes, sostuvo la Corte en la causa referida en el párrafo precedente que: *“La descentralización del ejercicio de las funciones de gobierno ha sido impuesta, en el caso de las profesiones liberales, por el desmesurado crecimiento del número de diplomados cuya actividad está sujeta al "control" directo del Estado. Para el desempeño de esta función de policía se ha preferido atribuir el gobierno de las profesiones a sus miembros y no crear nuevos y numerosos organismos administrativos. Son aquéllos quienes están en mejores condiciones para ejercer la vigilancia permanente e inmediata, porque están directamente interesados en mantener el prestigio de la profesión y se les reconoce autoridad para vigilar la conducta ética en el ejercicio de la misma”*³⁵⁸.

Respecto del dictado o no de actos administrativos por parte de los entes públicos no estatales, IVANEGA acepta –partiendo de la función administrativa y teniendo en cuenta que el acto administrativo es una de las formas de ejercerla- la posición que admite que la raíz del acto administrativo no se halla subjetivamente en los órganos administrativos, sino objetivamente en el ejercicio de la función administrativa, por lo cual, si las entidades públicas no estatales ejercen dicha función, los actos dictados en consecuencia son administrativos. Al contar con cierto poder público delegado para actuar por el propio Estado y con su potestad, sería contradecir la realidad si se les negara a esos actos ese carácter³⁵⁹.

En análogo sentido se pronuncia ALTAMIRA GIGENA³⁶⁰, quien además cita que *“... en la otra corriente – en la que me encuentro enrolado- se inclina por una postura abierta, es decir, por la posible existencia de actos administrativos emitidos por entes no estatales, y podemos citar entre los autores, a distinguidos administrativistas españoles: Jesús González Pérez, Fernando Garrido Falla, José García Trevijano Fos, como argentinos, entre los cuales puedo citar: Agustín Gordillo, Julio Rodolfo Comadira, Tomás Hutchinson, y Miriam M. Ivanega entre otros...”*. Y agrega: *“... Digo que las personas jurídicas públicas no estatales dictan actos administrativos cuando emiten*

³⁵⁸ Lexis Nº 6/15071.

³⁵⁹ IVANEGA, Miriam M., “Actos Administrativos de Entes Públicos No Estatales”, en *Acto Administrativo y Reglamento*. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ediciones RAP, 2002, Buenos Aires, pp. 403-415.

³⁶⁰ ALTAMIRA GIGENA, Julio Isidro, “Actos administrativos que emanan de personas públicas no estatales y personas privadas”, *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba* (República Argentina), <http://www.acader.unc.edu.ar>, y en *LLC* 2004 (agosto), 659.

decisiones en ejercicio de la función administrativa por mandato legal, como lo hacen por ejemplo los Colegios Profesionales al otorgar o cancelar las matrículas, al aplicar sanciones a sus afiliados en virtud de la potestad sancionatoria que por ley se les ha acordado, etc.- En esta línea de pensamiento, citando a Sesín, sostiene que: “Cuando un Órgano estatal, no estatal o simplemente privado ejerce la función administrativa, en virtud de un poder concedido por el Estado, es indudable que puede dictar actos administrativos, quedando consecuentemente sujeto a sus principios y plexo normativo aplicable...”.

En la Provincia de Corrientes, amén de la caracterización efectuada por el Decreto Ley 119/01 como “Colegio Público”, la Ley 3.460³⁶¹ de Procedimientos Administrativos ha definido su ámbito de aplicación comprensivo de los entes públicos estatales, e incluso de las personas privadas que, por delegación estatal, ejerzan función administrativa, en sus artículos 2° y 3°.³⁶²

Comentando dichas normas, REVIDATTI y SASSÓN³⁶³ sostienen que dicha ley “... extiende su alcance “a las personas públicas no estatales”: Colegios profesionales, Sindicatos, etc.”, y a las privadas si actúan en función administrativa por delegación...”³⁶⁴, agregando que “... No hay razón de orden lógico-jurídico que permita aceptar que ... sujetos privados, que ejercen determinadas potestades públicas, por hallarse comprometido el interés público, y por existir delegación legislativa, las efectúen

³⁶¹ B.O. 30/01/1979.

³⁶² Así prescribe que: “Esta Ley regirá la actividad administrativa, del Estado, con excepción de aquella que tenga régimen establecido por ley especial, en cuyo caso se aplicarán las disposiciones de la presente como supletoria” (art. 1°); agregando que: “Las normas de esta ley se aplicarán también en la forma establecida en el artículo anterior a las personas públicas no estatales y a las privadas que ejerzan función administrativa por delegación estatal, salvo, que lo impida la naturaleza del entero de su actividad (art. 2°). En su Artículo 3 agrega que: “Se presume regida por el derecho público, toda la organización, actividad o relación del Estado y de los entes públicos; en consecuencia se requiere norma expresa para que se considere la organización o actividad de los órganos públicos o las relaciones en que ellos sean parte, excluidas de la regulación establecida por esta ley y las demás que integran el sistema administrativo provincial. La actividad de las personas privadas sólo se considerará sometida a esta ley y a las demás que integran el sistema de derecho administrativo provincial, cuando la ley expresamente lo disponga o surjan en forma indudable del tipo de función ejercida”.

³⁶³ REVIDATTI, Gustavo A., y SASSÓN, José, *Procedimiento Administrativo de la Provincia de Corrientes – Ley 3460 – Comentada*, Cicero, Corrientes, 1987, p. 8.

³⁶⁴ Ha concebido como persona privada con prerrogativas públicas a un Colegio Profesional, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Electoral de la Provincia de Corrientes, en autos: “Paladini, Ricardo Alfredo C/ Consejo Profesional de la Ingeniería, Arquitectura y Agrimensura s/ Amparo”, Expte. 97347/13, Marzo de 2014. En el voto de la Dra. Billingham de Brown, se cita la opinión de BARRA, así como lo resuelto por la CSJN en autos: “Schirato, Gino c. Gobierno nacional -Ministerio de Cultura y Educación- y otra”, 15/04/1982, Fallos 304:490.

con mayor amplitud que la Provincia delegante, quedando fuera de control. Por el contrario, deben estar fiscalizadas aún más rigurosamente, cuando no emanan de la decisión soberana del electorado provincial, sino que representan intereses sectoriales, lo cual por lo tanto, obliga más, a una plena regulación y a un acabado control...”. Puntualizan luego que: “... los casos más típicos de la actual legislación, son los Colegios Profesionales, particularmente los de Escribanos y los de “Ingeniería, Arquitectura y Agrimensura”, que tienen claramente delegación de prerrogativas públicas” (a los que se sumara posteriormente el Colegio Público de Abogados)³⁶⁵.

Con acierto, ha señalado la jurisprudencia que: *“Los colegios profesionales -asociaciones de individuos que gestionan intereses profesionales o económico-sociales- son personas públicas no estatales y ocupan un lugar preponderante en cuanto son personas jurídicas que por disposición estatal han tomado a su cargo todo lo atinente al gobierno y contralor de sus incumbencias; resulta imposible otorgar en forma incondicional atribuciones jurisdiccionales a órganos administrativos, carentes del pertinente encastre judicial de contralor, a fin de evitar que ellos ejerzan un poder absolutamente discrecional, sin la factibilidad de revisión ulterior, lo que contraría el art. 18, CN.”*³⁶⁶.

Siendo actos administrativos los emanados de los colegios profesionales, cabe a su respecto un control judicial suficiente, en los términos del precedente “Fernández Arias”³⁶⁷.

³⁶⁵ En el Título VI “Actos Objeto de Regulación”, Sección I, Enumeración General, la Ley 3460 prescribe en su Artículo 87: *“Las disposiciones de esta ley, se aplicarán a la declaración unilateral del órgano estatal obrando en función administrativa, destinada a producir consecuencias jurídicas individuales en forma directa y al que, en ella, se llama “acto administrativo ejecutorio”, “acto ejecutorio” o “acto” indistintamente. Comprende a los decretos y resoluciones de contenido particular y demás actos mediante los cuales se ejerce igual función”*; agregando en su Artículo 90: *“La actuación de personas no estatales a que se refiere el artículo 2 que tengan las características de los actos mencionados en el art. 87, quedan sujetos a la regulación de esta ley... ”*, debiendo por ende reunir la totalidad de los requisitos esenciales previstos por la ley” (conf art. 91).

³⁶⁶ SUP. CORTE BS. AS., 22/12/2008 - Colegio de Bioquímicos de la Provincia de Buenos Aires v. M., M. H., -del voto del Dr. Genoud-. JA / Jurisprudencia Anotada, 20 de mayo de 2009, Lexis N° 70050642, Nota de Pablo O. GALLEGOS FEDRIANI y Douglas H. LYALL, “Los recursos directos en la provincia de Buenos Aires”.

³⁶⁷ CSJN, 19-09-1960 – “Fernández Arias, Elena y otros c. Poggio, José s.Suc.”, Fallos 247:646.

Al respecto, recomiendo los trabajos de HALPERIN, David A., “Naturaleza de los actos emanados de las personas públicas no estatales”, *Revista de Derecho Administrativo* N° 87, AbeledoPerrot, 2013, p. 747, Cita ABELEDO PERROT N°: AP/DOC/860/2013; y GOLDFARB, Mauricio, “Revisión judicial de actos del Colegio Público de Abogados”, *El Derecho Administrativo*, [2015] - (30/04/2015, nro 13.718), pp. 4-6.

2.3. Algunas personas públicas no estatales

A continuación enunciaré las distintas entidades comprendidas en la categorización, a efectos de reparar que ocupan un sector importante de la sociedad, y cumplen numerosas actuaciones que quedan reguladas por el Derecho Administrativo.

Algunas entidades incluidas en la categoría de personas públicas no estatales, tanto en el orden nacional como provincial, son las siguientes:

- a) La Iglesia Católica (única persona pública no estatal plasmada tanto en el Código Civil, art. 33, inc. 3º, como en el actual CCC en el art. 146 inc. c);
- b) Las obras sociales regidas ley 23.660³⁶⁸; y las obras sociales universitarias regidas por Ley 24.741³⁶⁹ y en especial, el INSSJP-PAMI³⁷⁰, creado por Ley 19.032³⁷¹ y su modificatoria Ley 25.615³⁷²;
- c) Las sociedades de economía mixta regidas por Decreto-Ley 15349/1946³⁷³, ratificado por Ley 12.962³⁷⁴;
- d) Los Colegios Profesionales (ejemplo, Colegio Público de Abogados de Corrientes, según Decreto Ley N° 119/01³⁷⁵);

³⁶⁸ B.O. 20/01/1989, DJA LEY Y-1603.

³⁶⁹ B.O. 23/12/1996, DJA LEY Y-2139.

³⁷⁰ Ver al respecto SERRANO, Gustavo A., “Acerca de la naturaleza jurídica del Instituto de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados”, *Revista de Derecho Administrativo* N° 14, Depalma, Buenos Aires, 2002, p. 461, Cita ABELEDO PERROT N°: AP/DOC/3134/2012.

³⁷¹ B.O. 28-05-1971, DJA LEY Y-0819.

³⁷² B.O. 23/07/2002.

³⁷³ B.O. 25/06/1946.

³⁷⁴ Al respecto, sostuvo el Alto Tribunal de la Nación que: “... *Las sociedades de economía mixta pueden ser clasificadas como personas de derecho privado o de derecho público, de acuerdo con el predominio que la administración nacional ejerza en la constitución, administración y dirección de la empresa y el porcentaje de acciones u obligaciones con que contribuya a la formación del capital social. Las sociedades de economía mixta son personas jurídicas públicas si reúnen los siguientes requisitos: a) tienen una obligación ante el Estado de cumplir sus fines propios, que han de ser de interés general, b) detentan derechos de poder público, esto es, potestad de imperio y c) el Estado ejerce sobre ellas un control constante. No es indispensable que la creación de la sociedad provenga del Estado en forma exclusiva, pues puede derivar conjuntamente del Estado y del grupo de socios integrado por personas particulares*” (CSJN, 5/10/1995, “Montenegro de Baldoma, María C. y otros c. Somisa”, *La Ley* 1996-C, 108, *DJ* 1996-2, 11, AR/JUR/85/1995).

³⁷⁵ Del 08/03/2001, B.O. 12/03/2001.

- e) Las Cajas de Previsión Social de Profesionales (ejemplo, la Caja Forense de la Provincia del Chaco según Ley 5.351³⁷⁶);
- f) Algunos Sindicatos como el Instituto de Estadística y Registro de la Construcción (IERIC), conforme Decreto 1.309/96³⁷⁷;
- g) Los Consorcios Camineros, como el caso de la Provincia del Chaco conforme Ley 3.565³⁷⁸;
- h) Los Consorcios de Gestión Portuaria mentados en la Ley 24.093³⁷⁹ (art. 12), en función de la cual se crearon en la Provincia de Buenos Aires por Ley N° 11.414³⁸⁰ – modif. por Ley 11.930³⁸¹ - los Consorcios de Gestión de los Puertos de Bahía Blanca y de Quequén, así como los de San Pedro (creado por Decreto N° 5/05³⁸²), La Plata (creado por Decreto N° 1596/99³⁸³) y Mar del Plata (creado por Decreto N° 3572/1999³⁸⁴), además del flamante Consorcio de Gestión del Puerto de Olivos, (creado por Decreto 576/2015³⁸⁵); en la Provincia de Santa Fe, Ley 11.011³⁸⁶ de creación de los Entes Administradores Portuarios de Santa Fe y Rosario;
- i) Los Partidos Políticos (conforme Ley 23.298³⁸⁷ y CSJN, Fallos 322:2424; 329:187 entre otros);
- j) Corporación Vitivinícola Argentina (COVIAR), creada por Ley 25.849³⁸⁸;
- k) Instituto Nacional de la Yerba Mate (INYM), creado por Ley 25.564³⁸⁹;

³⁷⁶ B.O. 12/01/2004.

³⁷⁷ Dictado el 20-11-1996, B.O. 26-11-1996.

³⁷⁸ B.O. 15/06/1990.

³⁷⁹ B.O. 26/06/1992, DJA LEY F-1810.

³⁸⁰ B.O. 02/08/1993.

³⁸¹ B.O. 29/01/1997.

³⁸² Del 03/01/2005, B.O. 18/03/2005, modificado por Decreto 2534/2006 (B.O. 13/10/2006).

³⁸³ Del 10/06/1999, B.O. 23/07/1999.

³⁸⁴ Del 02-10-1999.

³⁸⁵ Emitido en fecha 21/07/2015; B.O. 11/08/2015.

³⁸⁶ B.O. 30/08/1993.

³⁸⁷ B.O. 25/10/1985, DJA LEY T-1455.

³⁸⁸ B.O. 01/03/2004, DJA LEY M-2519.

³⁸⁹ B.O. 15/03/2002, DJA LEY ADM-2551.

- l) Ente Nacional de Alto Rendimiento Deportivo (ENARD), creado por Ley 26.573³⁹⁰;
- ll) Consejo Federal de Legisladores Comunales de la República Argentina (COFELCO), creado por Ley 26.874³⁹¹;
- m) Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales (INCAA), transformado en tal carácter por Decreto 1.536/02³⁹²;
- n) Los Entes Cooperadores (conforme leyes 23.283³⁹³ y 23.412³⁹⁴, y PTN, Dictámenes 210:42), y en especial el Ente de Cooperación Técnica y Financiera del Servicio Penitenciario Federal creado por Ley 24.372³⁹⁵;
- ñ) Instituto de Promoción de la Carne Vacuna Argentina, creado por Ley 25.507³⁹⁶;
- o) Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores (RENATRE), creado por Ley 25.191³⁹⁷.
- p) Los Entes Binacionales, como la Comisión Técnica Mixta de Salto Grande (conforme caso “Fibraca” del Tribunal Arbitral, y doctrina de Marienhoff).

Existen otros entes que también podrían ser incluidos en dicha categoría, pues resulta indudable el ejercicio de funciones administrativas, como el Stud Book Argentino del Jockey Club Argentino³⁹⁸, cuyo objeto es custodiar el Registro Genealógico de identidad y propiedad de los Caballos Sangre Pura de Carrera, Árabes y Anglo-Árabes, de acuerdo a la Ley 20.378³⁹⁹, o SADAIC, a quien la Ley 17.648⁴⁰⁰ confiere la exclusividad de la

³⁹⁰ B.O. 22/12/2009, DJA LEY ASO-3163.

³⁹¹ B.O. 05/08/2013.

³⁹² Decreto de Necesidad y Urgencia dictado el 20/08/2002, B.O. 21/08/2002, DJA L I-2620.

Un comentario acerca de la paradoja que supone la mutación del INCAA de ente autárquico a ente público no estatal, al que remito, ha sido efectuado por IVANEGA, Miriam Mabel y ROSENBERG, Gastón, “Paradojas Jurídicas: La caracterización del Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales como ente público no estatal”, *EDA*, 2003-345.

³⁹³ B.O. 05/11/1985, DJA LEY ADM-1453.

³⁹⁴ B.O. 29/12/1986, DJA LEY ADM-1509.

³⁹⁵ B.O. 29/09/1994, DJA LEY ASE-1950.

³⁹⁶ B.O. 17/12/2001, DJA LEY M-2527.

³⁹⁷ B.O. 24/11/1999, DJA L P-2357.

³⁹⁸ Remito a las agudas reflexiones efectuadas por SACRISTÁN, Estela, “Las Personas no estatales como instrumentos de gobierno”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 408, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2012, pp. 45-56, en especial Punto VI.5., p. 54.

³⁹⁹ B.O. 30/05/1973, DJA LEY X-0967.

⁴⁰⁰ B.O. 07/03/1968, DJA LEY E-0708.

gestión colectiva de los autores y compositores de música, convirtiéndola en la única entidad autorizada para percibir y distribuir los derechos generados en la utilización de obras musicales, sean estas nacionales o extranjeras.

3. *Personas jurídicas - públicas - que no fueron incluidas. Comunidades indígenas.*

No han sido incluidas en el CCC –sea como personas jurídicas públicas o privadas– “las comunidades indígenas”, que estaban – en cambio - mencionadas en el art. 148, inc. h), del Proyecto.

Explica NAVARRO FLORIA que “... El art. 75, inc. 17, de la Constitución Nacional reformada en 1994 obliga a reconocer la personalidad jurídica de estas comunidades. Tal reconocimiento ya había ocurrido por medio de la ley 23.302 (ahora, ley H-1456). Sin embargo, su inclusión como personas jurídicas privadas suscitó una queja unánime de los pueblos originarios, que alegaron, por una parte, no haber sido consultados y, por otra, que en su calidad de pueblos preexistentes a la Constitución debían ser reconocidos como personas jurídicas públicas, a semejanza de la Iglesia Católica. Y tienen razón”⁴⁰¹.

Sin embargo, merece destacarse lo sostenido por la Fiscalía de Estado de la Provincia de Santa Fe, en el meduloso Dictamen N° 416 del 07-11-2008⁴⁰².

⁴⁰¹ NAVARRO FLORIA, Juan G., “Las personas jurídicas...”, p. 3. Agrega que: “...El Proyecto de 2012 no contenía respecto de estas comunidades más precisiones que la mención del tipo jurídico, pero incluía también la regulación de un derecho real específico, la propiedad comunitaria indígena (arts. 2028 al 2036), cuyo titular podía ser únicamente una comunidad indígena registrada como persona jurídica (art. 2029). Todas esas normas desaparecieron del CCC; quedaron únicamente el art. 18, que hace referencia a la propiedad indígena, una norma transitoria incluida en el art. 9° de la ley 26.944, que difiere su regulación a una futura ley especial”.

En sentido similar, RIVERA, Julio César; MEDINA, Graciela (Directores), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado...*, p. 410, expresando que “...Los antecedentes normativos que determinaron la inclusión de las comunidades indígenas en el elenco de personas jurídicas privadas, van desde la ley 23.302 promulgada en noviembre de 1985 y actualizada por la ley 25.799 sobre Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes, que crea el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) y dispone la implementación de planes que permitan su acceso a la propiedad de la tierra y el fomento de su producción agropecuaria, forestal, minera, industrial o artesanal en cualquiera de sus especializaciones, la preservación de sus pautas culturales en los planes de enseñanza y la protección de la salud de sus integrantes, hasta el art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional luego de la reforma de 1994, dispone que corresponde al Congreso el reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas, de la personalidad jurídica de sus comunidades y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos...”.

⁴⁰² Recaído en Expte. N° 00101-0154635-4, Fiscal de Estado Jorge Alberto Barraguirre (h), publicado en *Revista de la Fiscalía de Estado de la Provincia de Santa Fe*, N° 1, Año 1, 2011, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, pp. 212-222. Un extracto de dicho dictamen

Allí se sostuvo que: "... El artículo 75 inc. 17 de la Constitución Nacional reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos originarios con lo cual significa que (1) les reconoce autonomía cultural y (2) su personalidad jurídica, sin necesidad de someterlos a las formas jurídicas de organización propias del derecho moderno occidental. Luego también establece que son competencias concurrentes del Estado Nacional y las Provincias "reconocer la personería jurídica de sus comunidades [...]".

Agregó que: "... La racionalidad de la reforma constitucional de 1994, y del nuevo paradigma que se establece en el artículo 75 inc. 17 de la Constitución Nacional, está guiado por dos directrices básicas: (1) el reconocimiento de la preestatalidad de los pueblos originarios; (2) el respeto de la diversidad cultural de los pueblos aborígenes y, en ese marco, las formas de organización de sus comunidades que les son propias. La primera idea, referente a la preexistencia de los pueblos originarios, incide en la relación del Estado Argentino con los pueblos originarios, la que no puede ser la de "autorización estatal" propia del Código Civil para las personas jurídicas de derecho privado que así lo requieren. Esta posibilidad queda descartada de plano desde el momento mismo en que la Constitución Nacional refiere a la preexistencia étnica. Por el contrario, debe sostenerse que el reconocimiento de la preexistencia étnica de los pueblos originarios efectuado en la Constitución Nacional posee un significado que se acerca más al reconocimiento de una persona jurídica de derecho público del artículo 33 primer párrafo del Código Civil..."⁴⁰³.

se publicó en la *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo (AADA)* N° 10, pp. 55-56. Transcribo parcialmente la síntesis contenida en esta última.

⁴⁰³ Agrega el dictamen: "... Un tercer paradigma de relacionamiento sería el propio del derecho internacional público. En este existiría una horizontalidad entre los pueblos originarios y el Estado Argentino y los Estados provinciales y municipalidades cuyo antecedente podría ser, por ejemplo, el tratado suscrito entre la Corona española y la nación indígena mocoví-toba del Gran Chaco Gualamba. Bajo estos dos últimos modelos de relacionamiento, la República Argentina declara el reconocimiento quedando a cargo del Estado Nacional y de los Estados Provinciales solo la organización de los sistemas y procedimientos que permitan la identificación e individualización de estas unidades políticas que son las comunidades aborígenes. No los autoriza ni los reconoce, los identifica. La norma fundamental en esta materia reconoce la personalidad jurídica a las comunidades aborígenes independientemente de la forma jurídica que adopten. Lejos de ubicarlas en el campo de las personas jurídicas de derecho privado, les reconoce su preexistencia al propio Estado argentino al reconocer su preexistencia étnica y cultural. Las únicas personas preexistentes a la propia nación son las Provincias; como éstas, el reconocimiento de su personalidad no puede más que serlo en el carácter de personas jurídicas de derecho público en los términos del art. 33, primer párrafo, del Código Civil. Por ello, la efectivización del reconocimiento se hace operativa a partir de un dispositivo tecnológico clásico que es la inscripción en un registro especial al efecto, que en lo sustancial, tiene por función solo verificar la existencia de las condiciones de fondo necesarias para que exista una Comunidad Originaria. De allí que los recaudos de la solicitud de registración en el Registro deban apuntar a comprobar que se trate verdaderamente de un pueblo con tales condiciones. Alguien puede sostener que esta intromisión es excesiva. Sin embargo, parece razonable que el Estado verifique las

“En otros términos – concluye el dictamen -, la personalidad jurídica como personas jurídicas de derecho público tiene fuente en la Constitución Nacional. La anotación en el registro tiene en este sentido el efecto de declarar la existencia de la comunidad originaria una vez comprobadas las condiciones sustanciales para ello. El carácter declarativo derivado del reconocimiento de la preexistencia de las comunidades aborígenes se complementa con la idea de que los que mejor conocen quiénes constituyen una comunidad aborígen que merezca reconocimiento son los mismos pueblos originarios, por lo cual la voz de los mismos pueblos originarios es la que debe primar en el trámite de reconocimiento. La inscripción de las comunidades originarias se efectúa por única vez, y no posee plazo de duración, vigencia o caducidad. El efecto de la inscripción es perpetuo, y solo se extingue por extinción de la comunidad. Sobre estas bases, la Fiscalía elabora un proyecto de Decreto cuya suscripción propone al Poder Ejecutivo”.

4. *Los Entes Binacionales e interestadales.*

Un tema escasamente abordado en la doctrina – y en menor medida sistematizado - constituye el relativo a la naturaleza de los entes interestadales. Incluyo en esta tipología tanto a los interjurisdiccionales (interprovinciales e intermunicipales) como a los internacionales (incluidos los binacionales). Existen sólo estudios parciales sobre la temática, muchos de los cuales resultan contradictorios en punto a la naturaleza de los entes y del régimen jurídico aplicable, desde quienes sostienen su carácter público y estatal⁴⁰⁴ y la aplicación plena del Derecho Administrativo, los que lo consideran como un ente interjurisdiccional⁴⁰⁵ e incluso como a quienes lo califican como entes públicos no estatales, con aplicación preferente del régimen jurídico privado⁴⁰⁶. Esto último, con

condiciones de existencia atento que ello implicará, en algunos aspectos, la derogación del derecho argentino en el propio territorio de la República...”.

⁴⁰⁴ BIANCHI, Alberto, “Naturaleza jurídica de los Entes Binacionales”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 159, Año 14, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1991, pp. 9-47; CSJN, 09-11-2000, “Arriola, Juan Pastor c/ EBY”, Fallos 323:3539.

⁴⁰⁵ PTN, Dictámenes 242:416.

⁴⁰⁶ MARIENHOFF, Miguel S., “Naturaleza jurídica de los organismos internacionales. La Comisión Técnica Mixta de Salto Grande. Respuesta a una objeción (El encuadramiento del ente en la estructura u organización administrativa del Estado. La índole de la actividad que desarrolla el ente)”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 165, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1992, pp. 7-16; también en *La Ley*, 1992-B, 1110.

base a su “no encuadramiento” en la organización administrativa de ninguno de los Estados que lo componen⁴⁰⁷.

En la Argentina existen numerosos entes de estas características, en especial con funciones de generación de energía hidroeléctrica, actividad calificada de interés general, afectada al servicio público de transporte y distribución (art. 1° Ley 24.065). Todos los entes nacen de un tratado o acuerdo entre dos o más Estados, sean de carácter interjurisdiccional entre Nación y Provincias (Autoridad Interjurisdiccional de las Cuencas de los Ríos Limay-Neuquén y Negro, entre el Estado Nacional y las Provincias de Neuquén, Río Negro y Buenos Aires; la Comisión Regional del Río Bermejo (COREBE) conformada por el Estado Nacional y las Provincias del Chaco, Formosa, Jujuy, Salta, Santa Fe y Santiago del Estero) de carácter interprovincial (Ente Ejecutivo de la Presa de Embalse Casa de Piedra, conformado por las Provincias de La Pampa, Río Negro y Buenos Aires) o de carácter binacional (Entidad Binacional de Yacypetá entre Argentina y Paraguay, o Comisión Técnica Mixta de Salto Grande entre Argentina y Uruguay).

Algunas entidades asumen forma empresarial, como el caso de la empresa Yacimientos Mineros de Agua de Dionisio (YMAD), nacida sobre la base del pacto Acta de Farallón Negro, que suscribieron la provincia de Catamarca, la Universidad de Tucumán y el Estado Nacional, y a través de cuyas estipulaciones se definieron las características de esa persona jurídica que, en principio, no integra la Administración Pública Nacional ni tampoco le son aplicables las leyes nacionales en materia de Empresas del Estado⁴⁰⁸.

También la Corporación del Mercado Central de Buenos Aires, entidad interestadual integrada -en partes iguales- por el Gobierno de la Nación, la provincia de Buenos Aires y la Ciudad de Buenos Aires, de cuyo estatuto surge que es un ente descentralizado prestador de un servicio público de naturaleza comercial, por tanto, análogo o comparable con las empresas del Estado de la Ley N° 13.653⁴⁰⁹.

Otras asumen forma societaria (como INVAP S.E., sociedad del Estado cuyo capital social pertenece en su totalidad a la provincia de Río Negro y el Estado Nacional –a través

⁴⁰⁷ PTN, Dictámenes 242:416.

⁴⁰⁸ Conf. PTN, Dict. 84:292; 170:443; 195:164.

⁴⁰⁹ PTN, Dictámenes 244:151.

de la Comisión Nacional de Energía Atómica-, o el CEAMSE, conformado por la Provincia de Buenos Aires y la Ciudad de Buenos Aires)⁴¹⁰.

Dentro de los entes interjurisdiccionales o interestadales, debe incluirse – a pesar de su denominación - al Fondo Fiduciario Federal de Infraestructura Regional. Amén de lo referenciado supra con cita del fallo de la Corte Suprema, la Procuración del Tesoro de la Nación sostuvo en su día que “... tratándose del reclamo articulado por el Banco Central de la República Argentina respecto del Fondo Fiduciario Federal de Infraestructura Regional por el cobro de una suma de dinero en concepto de cuotas de capital conforme al cronograma previsto en el Decreto N° 1284/99, corresponde que con carácter previo y como condición inexcusable para el encuadramiento del conflicto en la Ley N° 19.983, verificar si la facultad prevista en el inciso b) precedente, es de aplicación al Fondo Fiduciario Federal de Infraestructura Regional, en razón del *carácter interjurisdiccional y extrapresupuestario* que ostenta éste, que denotan, en particular, las normas de los artículos 4°, 7°, 8° y 9° de la Ley N° 24.855 y el artículo 6° del Decreto reglamentario N° 1284/99”⁴¹¹.

Teniendo en consideración lo expuesto, resulta necesario – y es el objetivo propuesto – lograr sistematizar la naturaleza de los entes en cuestión, su régimen jurídico, en punto a los actos, contratos, y al personal dependiente, así como a los sistemas de control habidos a su respecto, destacando que su existencia responde al denominado “federalismo de concertación”.

5. *El Derecho comparado. El caso de las Federaciones Deportivas.*

En punto a las denominadas Federaciones Deportivas, enseña PARADA⁴¹² que “... *En el ámbito deportivo ha surgido también una vasta y poderosa Administración corporativa, fruto de la creciente intervención estatal. Las circunstancias que han determinado la presencia pública en el ámbito deportivo son varias: está, por una parte, la presión*

⁴¹⁰ Para una mayor profundidad, remito al artículo de CHIBÁN, Nora, “Los Actos de los Entes Interjurisdiccionales”, en Albertsen, Jorge [et all], *Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo, Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2009, pp. 309-319.

⁴¹¹ PTN, Dict. N° 215/08, 25 de septiembre de 2008. Expte. N° 1647/08. Banco Central de la República Argentina. (Dictámenes 266:356).

⁴¹² PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo*, T° II, “Organización y Empleo Público”, 16ª Edición, Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 339 y ss.

internacional derivada de la organización olímpica, que ha forzado a los Estados a crear organizaciones que respondan a los principios de las Olimpiadas para poder tomar parte en las competiciones internacionales intentando respetar, a su vez, la tradicional regla de que ninguna autoridad u organización fuera de las deportivas debe inmiscuirse en ese ámbito. Por otra parte, está la importancia del espectáculo deportivo, con competiciones nacionales e internacionales que sólo pueden organizarse eficazmente desde instituciones tuteladas por el Estado y, a su vez, dotadas de poderes públicos (BERMEJO)...”⁴¹³.

Puntualiza que “... Y así, inconsecuentemente con esa pretendida naturaleza «privada», la Ley regula las Federaciones como si de Entes públicos corporativos se tratase y por ello con arreglo a los principios de creación legal, obligatoriedad y monopolio, impredicables de las asociaciones privadas, incluso de aquellas declaradas de utilidad pública...”.

Prosigue el autor español citado diciendo que “... Al igual que las demás Corporaciones, y más que algunas, como las Cámaras, las Federaciones tienen competencias indudablemente públicas, pues, bajo la coordinación y control del Consejo Superior de Deportes, elaboran los reglamentos deportivos, regulan y organizan las competiciones oficiales, colaboran en la formación de sus cuadros técnicos, velan por el cumplimiento de las normas reglamentarias, y sobre todo, ejecutan la potestad disciplinaria y asignan

⁴¹³ *Añade luego de expresar que “... A la vista de estas tensiones, la fórmula que ha resultado más adecuada para la intervención del Estado, por ser la más respetuosa con la libertad de los deportistas, es, sin duda, la técnica corporativa, que encarnan las diversas Federaciones, y en las que se integran y disciplinan los clubes y practicantes, y, a su vez, la creación de organismos burocráticos ad hoc, que tutelan a las propias Federaciones...”, que “... El Estado, en efecto, interviene en el deporte a través del Consejo Superior de Deportes, Organismo autónomo adscrito al Ministerio de Educación y Ciencia (art. 7 de la Ley del Deporte), desde el que se tutela esa Administración corporativa, cuya pieza central son las Federaciones, con régimen jurídico muy similar al de los Colegios profesionales, pero en la vertiente deportiva. Y ello es así en base a los datos objetivos de su régimen jurídico que es lo que predomina y realmente importa frente a su hipotética caracterización como «asociaciones privadas de configuración legal» (Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de marzo de 1984) y que refleja la Ley 10/1990: «Las Federaciones Deportivas Españolas son Entidades privadas, con personalidad jurídica propia, cuyo ámbito de actuación se extiende al conjunto del territorio del Estado, en el desarrollo de las competencias que les son propias, integradas por Federaciones deportivas de ámbito autonómico, clubes deportivos, deportistas, técnicos, jueces y árbitros, ligas profesionales si las hubiere, y otros colectivos interesados que promueven, practican o contribuyen al desarrollo del deporte»; añadiendo a esta definición que «las Federaciones, además de sus propias atribuciones, ejercen, por delegación, funciones públicas de carácter administrativo, actuando en este caso como agentes colaboradores de la Administración Pública» (art. 31 de la Ley del Deporte)...”.*

y controlan las subvenciones a las asociaciones y entidades deportivas adscritas a ellas...”⁴¹⁴.

Y en lo que al caso que nos ocupa refiere, expresa: “... *Particular interés reviste —en cuanto dato decisivo que avala definitivamente la naturaleza corporativa y pública de las Federaciones— la regulación de la disciplina deportiva. Pueden sancionar a todas las personas que forman parte de su propia estructura orgánica, es decir, a los clubes deportivos y sus deportistas, técnicos y directivos, y, en general, a todas aquellas personas y Entidades que, estando federadas, desarrollan la actividad deportiva correspondiente en el ámbito estatal, extendiendo la competencia a las infracciones reglamentarias de las normas de juego y a las demás normas deportivas (conducta deportiva) tipificadas en la Ley, en sus disposiciones reglamentarias, y en las estatutarias o reglamentarias de clubes de la conducta deportiva. Las sanciones que se impongan por las Federaciones Deportivas, en todo caso con audiencia del interesado y aplicando los principios generales del Derecho disciplinario y sancionador, son recurribles ante el Comité Español de Disciplina Deportiva, agotándose la vía administrativa. Este órgano está adscrito orgánicamente al Consejo Superior de Deportes y actúa con independencia, si bien sus miembros son designados por éste. Sus decisiones se ejecutan por las Federaciones y contra las decisiones de éstas no cabe recurso administrativo alguno, aunque sí, obviamente, y aunque la Ley no lo diga, el contencioso-administrativo, en aplicación del artículo 24 de la Constitución, que consagra, sin excepciones, el derecho a la garantía judicial efectiva, como ya había aceptado la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1975, confirmada por otras más recientes, como las de 24 de junio de 1988, que admite la recurribilidad de las resoluciones federativas «cuando intervienen como instrumentos de la Administración Pública»...*”.

Teniendo en consideración la doctrina transcripta, cabría preguntarse por la real naturaleza de las Federaciones Deportivas existentes en la Argentina, como por ejemplo la Asociación del Fútbol Argentino. Es que no estamos frente a una asociación civil de afiliación voluntaria, puesto que resulta condición *sine qua non* para participar en competencias deportivas el estar nucleados obligatoriamente en dicha Asociación, por conducto de las Ligas seccionales. A su vez, se encuentran bajo el control de diversos organismos nacionales – Ente Nacional de Alto Rendimiento Deportivo (ENARD),

⁴¹⁴ PARADA, Ramón, *DERECHO ADMINISTRATIVO...*, pp. 341-342.

creado por Ley 26.573 como ente público no estatal, y la Secretaría de Deportes de la Nación, dependiente del Ministerio de Desarrollo Social⁴¹⁵.

IV. La Participación del Estado en Personas Jurídicas Privadas.

Finalmente, me interesa abordar el análisis del Art. 149 del CCC, que reza: “*Participación del Estado. La participación del Estado en personas jurídicas privadas no modifica el carácter de éstas. Sin embargo, la ley o el estatuto pueden prever derechos y obligaciones diferenciados, considerando el interés público comprometido en dicha participación*”.

En su momento me ocupé del análisis del creciente fenómeno argentino en el presente siglo del uso de la tipología societaria, y a su vez, de la Sociedad Anónima, lo que debiera llevarnos pensar si no se pretendía con ello eludir (en forma consciente o no) la aplicación imperativa de normas de Derecho Público inherentes a la organización y actuación estatales⁴¹⁶.

Ese fenómeno, que algunos autores denominaron como “huida del derecho público”⁴¹⁷ en modo alguno podía implicar – señalé - que el ente quedará regido totalmente por el Derecho Privado, ni siquiera a ser considerada una Persona jurídica enteramente privada, pues existen aspectos de la actividad que, sea por la presencia estatal, sea por su mayoría

⁴¹⁵ En la Provincia de Corrientes existe la Secretaría de Deportes y Recreación, creada por Decreto N° 10 del 11-12-2009 (B.O. 17-12-2009) -, en este último caso como órgano administrativamente desconcentrado con dependencia jerárquica directa del Ministerio Secretaría General de la Gobernación, así como de la Inspección General de Personas Jurídicas, organismo que – entre otras atribuciones – aprueba los reglamentos de las asociaciones (Art. 12 Decreto Ley 28, B.O. 12-06-2000).

⁴¹⁶ Remito a REY VÁZQUEZ, Luis Eduardo, “La organización administrativa descentralizada: el caso de las Empresas y Sociedades Estatales”, publicado en el *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* (España) N° 16, Año 2012, ISSN: 1138-039X, pp. 977-992; y “Sociedades estatales creadas en la última década: de la Privatización a la Reestatización”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 399, ISSN 1666-4108, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2011, pp. 39-65; *Revista RAP Buenos Aires (RAP BA)*, N° 103-104-105, ISSN 1667-3174, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2011, pp. 49-74. Recomiendo asimismo el libro de ALFONSO, María Laura, *Régimen de nacionalización de empresas privadas*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2009, así como a los trabajos de BALBÍN, Carlos, “Régimen Jurídico de las Actividades empresariales del Estado. Las Empresas absorbidas por el Estado”, en obra colectiva *Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público, Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2005, pp. 625-637, y de MATA, Ismael, “La Reforma del Estado y el Regreso al Estado Empresario”, Suplemento Especial *Los Servicios Públicos en la Encrucijada* del 23 de mayo de 2007, *JA 2007-II*, fascículo N° 8, p. 3. Incluido también en *Ensayos de Derecho Administrativo*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2009, p. 133.

⁴¹⁷ Ver entre muchos otros: BAUZÁ MARTORELL, Felio J., *La Desadministración Pública*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 2001; DESDENTADO DAROCA, Eva, *La Crisis de Identidad del Derecho Administrativo: Privatización, Huida de la Regulación Pública y Administraciones Independientes*, Tirant to blanch, Valencia, 1999; MARTÍN RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *El Derecho Civil en la Génesis del Derecho Administrativo y de sus Instituciones*, 2ª Edición ampliada, Civitas, Madrid, 1996.

en la dirección y control o en su capital, sea por su creación estatal, por su fin público, por la existencia de prerrogativas públicas, por la prestación de servicios públicos o, en definitiva, por su pertenencia a la organización administrativa del Estado⁴¹⁸, determinaban que el régimen jurídico aplicable sea el Derecho Administrativo. De allí es que analicé en esa ocasión cuán relevantes podrían ser las normas de creación que, so pretexto del modo societario elegido, intenten eximir las de la aplicación de las normas y principios de Derecho Público.

Señalé que muchas de las sociedades creadas en el orden nacional y en algunas provincias, se originaron en rescisiones o caducidades de contratos públicos producidas en la primera década del presente siglo, o bien por la asunción estatal de ciertas actividades estratégicas.

Luego de analizar diversos pronunciamientos jurisprudenciales, y diversos dictámenes de la PTN, concluí que más allá de la forma o el ropaje externo que asuma una determinada entidad, su calidad estatal determinará la necesaria e imperativa aplicación de las normas y principios de derecho público administrativo, sin dejar de reconocer que es un tema polémico en la doctrina y que se halla situado en las fronteras entre Derecho Público y Privado, pero no por ello puede cegarnos e impedir que propendamos a mejorar el sistema actualmente imperante en la materia.

De alguna manera, la previsión contenida en el Art. 149 comentado, más allá que se asigne carácter privado al ente societario integrado total o parcialmente por el Estado – lato sensu -, cuando expresa que *“la ley o el estatuto pueden prever derechos y obligaciones diferenciados, considerando el interés público comprometido en dicha participación”*, determina que deban aplicarse principios y normas de Derecho Público a tales entidades.

Es que mantengo la idea de que entre las técnicas de organización administrativa al que el Estado puede acudir para estructurar los órganos y sujetos que ejercen función administrativa, especialmente en la esfera del Poder Ejecutivo, encontramos dos grandes

⁴¹⁸ Acerca de los criterios de distinción entre personas jurídicas públicas y privadas, y estatales y no estatales, ver: DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, Plus Ultra, Tº II, 2ª Edición Revisada y Actualizada, Buenos Aires, 1976, p. 107 y ss.; GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, Tº I, 10ª Edición, Buenos Aires, 2010, p. XIV-9 y ss., entre muchos otros.

modos: la centralización y la descentralización⁴¹⁹.

Para diferenciar ambas técnicas, cabe formularse la siguiente pregunta: si las funciones y servicios deben ser satisfechos por el Estado o a través de otros entes públicos. La descentralización – expresa el Profesor GARCÍA-TREVIJANO FOS – enfrenta al Estado con éstos, pero nada impediría que enlazáramos entes superiores con inferiores, aun no siendo el Estado parte. Luego, en punto a su conceptualización, enseña el profesor español que la descentralización como principio de organización consiste en transferir competencias decisorias de la Administración estatal a las demás personas jurídico-públicas⁴²⁰.

Precisamente, es la atribución de personalidad jurídica y patrimonio propio a un ente diferenciado de la Administración central lo que caracteriza a la descentralización, dando nacimiento a una entidad descentralizada.

No obstante, la atribución de personalidad jurídica diferenciada no importa sustraerla de la órbita estatal, ni siquiera de la organización administrativa, pues conforme tiene expresado la PTN, “... *el Estado Nacional y aún la Administración Pública, más allá de toda disquisición relativa a su organización administrativa y descentralización, sea orgánica o funcional, debe ser rigurosamente entendido como una unidad institucional, teleológica y ética*”⁴²¹.

De allí es que siendo aplicable el Derecho Público a la actuación estatal, el concepto amplio de “descentralización” incluye también a los entes estatales con forma societaria⁴²², aún si soslayamos la posición extrema que sostiene el carácter público de

⁴¹⁹ Dejamos de lado aquí los términos centralización y descentralización en sentido político, pues se alude allí a la forma de Estado unitaria o federal y resulta independiente a cómo se organice aquél desde el punto de vista administrativo.

Para una completa información de los términos centralización y descentralización, tanto política como administrativa, véase MURATORIO, Jorge I., “Centralización, Descentralización, Concentración, Desconcentración (Algunos aspectos del régimen jurídico de los entes descentralizados)”, en obra colectiva *Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público*, Jornadas de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2005, p. 121.

⁴²⁰ GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967, p. 430.

⁴²¹ Expte. N° 021/01. Universidad Nacional de Mar del Plata; 23 de febrero de 2001. (Dictámenes 236:411).

⁴²² Cité en dicho artículo la posición contraria a considerar a las Sociedades estatales como entes descentralizados, por todos, CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Abeledo Perrot, 6ª Edición Actualizada, Buenos Aires, 1998, p. 400 y ss.

tales sociedades⁴²³.

Para respaldar tal conclusión, basta acudir al concepto brindado oportunamente por la CSJN cuando expresara que: “*El concepto de descentralización, propio de las técnicas de organización administrativa, es amplio e involucra básicamente a todos los entes menores dotados de personalidad jurídica propia y distinta de los centros polares de esa organización (Administración Pública Nacional, Provincial y Municipal -en los casos en que resulta autónoma-). De allí que, en una primera aproximación, no cabe excluir a empresas como las que aquí se trata de la pertenencia a la administración descentralizada o indirecta del estado federal*”⁴²⁴.

Así, no sólo le asignó carácter estatal a la empresa, sino calidad de autoridad “pública” a los efectos de la admisibilidad de la acción de amparo en los términos del art. 1º de la ley 16.986, a pesar de la naturaleza formalmente societaria⁴²⁵, ponderando especialmente que la mayoría de los directores era designada por el Estado y que, de entre ellos, se elegía el presidente.

Sobre la base de dicho precedente del Alto Tribunal, la PTN sostuvo que las Sociedades Anónimas con participación estatal mayoritaria pueden dictar actos administrativos, por lo que estimó procedente el Recurso de Alzada⁴²⁶.

Tampoco resultó óbice la circunstancia de tratarse de Sociedades Anónimas o del Estado regidas por la Ley 20.705 para que resulten aplicables los límites imperativos a las contrataciones que lleven a cabo⁴²⁷. Es que más allá de la configuración con forma societaria, existían otros elementos a ponderar que inclinaban a considerar a la

⁴²³ Tal la posición de Agustín GORDILLO, bajo el rótulo “No hay entes estatales privados”, en *Tratado ...*, Tº 1, Capítulo XIV, p. 6/7.

⁴²⁴ CSJN, 12-05-1988, “La Buenos Aires Compañía de Seguros S.A. v. Petroquímica Bahía Blanca S.A.”, Fallos 311:750; también en Revista *El Derecho*, 129-266, con nota de BIANCHI, Alberto B., “Anotaciones sobre los conceptos de Administración Pública y Función Administrativa”.

⁴²⁵ Por similares razones, el STJ de Corrientes entendió que: “*Si bien el Banco de Corrientes es una sociedad anónima con capital societario Estatal mayoritario, por lo que no es una autoridad pública en sentido estricto, corresponde interpretar que las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria con base de derecho privado pero influidas por el derecho público, tienen que entenderse como “autoridad pública” a los fines de la acción de amparo, precisamente por su carácter instrumental y vicarial respecto del Estado*” (STJ Corrientes, 4/9/2006: “Municipalidad de Paso de los Libres (Ctes.) s/ medida cautelar”, MJJ8955).

⁴²⁶ Dictamen N° 293/90, Expediente N° 10.443/90 CIJ 2.444/89 c/ anexos I, II, III, IV en 2 tomos, V y VI. Ministerio de Defensa, 21 de agosto de 1990, publicado en RAP N° 149, p. 134.

⁴²⁷ CSJN, 20-05-1986, “Martínez Suárez de Tinayre, Rosa María v. Argentina Televisora Color L.S. 82 Canal 7 S.A. (ATC Canal 7), Fallos 308:821. Ver comentario de QUAGLIA, Marcelo, “El fallo Mirtha Legrand: un valioso precedente”, *elDial* - DC72A.

demandada como una persona de derecho público: a) la circunstancia de que la totalidad de su patrimonio perteneciera al Estado Nacional; b) el hecho de que se prohibía por ley la participación de capitales privados; y, c) su finalidad resultaba innegablemente de carácter público.

Otra cuestión a dilucidar es si las exigencias de procedimientos reglados de contrataciones debieran erigirse como regla imperativa en el ámbito de los entes societarios analizados⁴²⁸.

En punto al concepto de funcionario público, la PTN ha dicho que lo es *“quien declara o ejecuta la voluntad estatal para realizar un fin público, debiendo entenderse por fin público o por servicio estatal, no sólo lo relativo al desenvolvimiento estricto de la Administración Pública, sino también todos aquellos fines o servicios conducentes a la prosperidad o bienestar general que el Estado toma a su cargo, alcanzando incluso a las empresas económicas mixtas”*⁴²⁹.

Luego abundó el Alto Organismo Asesor expresando que en lo que atañe específicamente al Banco Hipotecario S.A., un Director designado por el Estado Nacional para que ejerza la representación de acciones que le pertenecen, es un agente público (conf. Dict. 251:520)⁴³⁰.

Por tal motivo también resultan aplicables las normas vigentes en materia de incompatibilidades funcionales. En tal sentido, sostuvo la PTN en el asesoramiento al

⁴²⁸ Resulta destacable que aún entre quienes niegan el carácter público a las sociedades estatales, entienden que como la licitación o el concurso constituyen procedimientos que poseen fundamento constitucional (arts. 16, 42, 2ª parte y 75, inc. 23, CN), consideran que deben observarse también en el ámbito de las contrataciones de las empresas públicas enumeradas en el inc. b) del art. 8º del RCAN – Decreto 1.023/2001 -, por una razón inherente a la jerarquía de los principios en juego (igualdad, defensa de la competencia y concurrencia) (CASSAGNE, Juan Carlos, “Reflexiones sobre los contratos de las empresas públicas” [EDA, 2007-548]).

⁴²⁹ Dict. N° 94/06, 12 de abril de 2006. Expte. N° 1-250092/06. Administración Federal de Ingresos Públicos. (Dictámenes 257:44), publicado en el Boletín Oficial del 13-09-2006, 2ª Sección, p. 35.

⁴³⁰ Dict. N° 115/10, 2 de junio de 2010. Nota N° 6428/07. Sindicatura General de la Nación –SIGEN-. (Dictámenes 273:250). Boletín Oficial del 08-09-2010, 2º Sección, p. 22. Agregó que: *“El concepto de funcionario público insisto en el Decreto N° 1154/97, no puede responder a la teoría de la exclusión de tal calidad para determinadas personas, sólo porque actúan en entidades regidas por el Derecho privado o porque estén vinculadas con el Estado por una relación de Derecho privado. Son funcionarios públicos los directivos o empleados que representan al Estado en las Sociedades Anónimas con Participación Estatal –mayoritaria o minoritaria-, los de las Sociedades del Estado, los de las Empresas del Estado, los de las Sociedades de Economía Mixta y, en suma, todos aquellos que actúen por y para el Estado, cualquiera sea la entidad total o parcialmente estatal en la que lo hagan y el régimen jurídico laboral o contractual que se aplique a su relación con el Estado”*.

que remite el anteriormente citado⁴³¹ que dicho empleado no puede percibir simultáneamente su remuneración como Director de esa entidad bancaria y un beneficio previsional, debiendo optar por uno de esos emolumentos⁴³².

En punto al régimen jurídico aplicable a los entes societarios, sostuvo la PTN⁴³³ que “...*Aún tratándose de entidades predominantemente regidas por el derecho privado, deben considerarse de aplicación a su respecto, ciertas normas y principios de derecho público no incompatibles con las finalidades de su creación; además, aún con el más amplio grado de descentralización, en última instancia integran la organización administrativa del Estado, y cuando se trata de entidades del Estado constituidas bajo forma jurídica privada, se impone la superación de la personalidad del ente frente a la realidad estatal de la propiedad, el gobierno y la dirección de la entidad (conf. Dict. 219:145)*”.

Agregó finalmente en el mismo asesoramiento que: “*Tanto las sociedades anónimas de capital estatal como las sociedades del Estado constituyen especies de descentralización, entendiendo a ésta como la forma de hacer efectiva la actividad de la Administración Pública a través de un ente separado de la Administración Central, con personalidad jurídica propia y constituido por órganos también propios que expresan la voluntad de ese ente (conf. Dict. 239:592)*”⁴³⁴.

La CSJN, a su turno, consideró que “... *está alcanzada por la consolidación dispuesta por el art. 2 ley 23982 la sociedad anónima creada por el decreto 1540/1994 -*

⁴³¹ Dict. N° 468/04, 17 de noviembre de 2004. Expte. N° 01-0267091/03. Ex Ministerio de Economía. (Dictámenes 251:520).

⁴³² Asumiendo una posición contraria a la precedente, la CSJN entendió que no resultaba incompatible el desempeño de la función pública con el simultáneo cargo de director de una sociedad anónima con participación estatal mayoritaria (CSJN, 20-02-2001, “Hourquescos, Vicente D. c. T.C.N.”, *La Ley* 2001-D, 666; Fallos 324:309).

⁴³³ Dict. N° 274/07, 2 de octubre de 2007. Expte. N° 31/06. Sindicatura General de la Nación. (Dictámenes 263:8).

⁴³⁴ La jurisprudencia provincial ha hecho lo propio, citando como ejemplo la Suprema Corte Bonaerense, cuando sostuvo respecto de E.S.S.E.B.A. S.A. que: “... *IV.- La creación de entes descentralizados bajo formas societarias comerciales y su sometimiento a regímenes de derecho privado, a mi juicio, no importa negar carácter público a los fondos que constituyen su capital social. La sociedad así creada celebrará sus relaciones jurídicas, habitualmente, al amparo del derecho privado, mas de ello no se sigue que su patrimonio resulte "privatizado", sino que, por el contrario, continúa siendo público... La transformación jurídica del organismo y su sometimiento a un régimen preponderante de derecho privado, decidida en el marco de una política de organización estatal, no tiene potencialidad para convertir el patrimonio público en capital privado...*”, razón por la que sostuvo la competencia del Tribunal de Cuentas Provincial para controlarla (SCBA, 13-09-2006, causa B. 54.015, “E.S.E.B.A. S.A. contra Tribunal de Cuentas de la Provincia de Buenos Aires. Demanda contencioso administrativa”).

*Nucleoeléctrica de Argentina S.A.-, cuyas acciones pertenecen en un 99% al Estado Nacional y en el 1% restante a Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado, siendo los miembros del directorio designados a propuesta del Ministerio de Economía...*⁴³⁵.

En fecha más reciente, entendió la CSJN que “*Para evaluar la inclusión o exclusión de Y.P.F. del régimen de consolidación es necesario tener en cuenta que -más allá de su tipificación como sociedad anónima comercial- la empresa seguía bajo el control único del Estado Nacional, y el propio decreto 2778/90 dispuso que, durante el período de transformación, el gobierno y fiscalización de la empresa seguirían a cargo de autoridades designadas por el Poder Ejecutivo Nacional, y la totalidad de las acciones serían transferidas a la Subsecretaría de Empresas Públicas del Ministerio de Economía (arts. 8 y 9). Por lo demás, no es menor el hecho de que la empresa cargaba con todo el pasivo de la ex Y.P.F Sociedad del Estado*”. Agregó seguidamente que: “*Lo relevante -a los efectos de considerar si un ente está incluido en el art. 2 de la ley 23.982- no es su tipificación legal sino el grado de participación estatal en el capital y en la toma de las decisiones societarias*”, para luego expresar que: “*Una interpretación meramente literal del art. 2º de la ley 23.982, que excluyera el pasivo de la consolidación sólo porque el deudor era una sociedad anónima, no solamente desvirtuaría la finalidad de la norma sino que llevaría a la sinrazón de que quedarán comprendidas en el artículo 21 de la misma las deudas de una sociedad anónima con participación estatal de al menos el 51% del capital social, y no las de una entidad en la que esa participación es del 100%*”⁴³⁶.

Deben incluirse aquí las denominadas “Sociedades Bajo Injerencia Estatal (SABIE)”⁴³⁷, que se originaron a partir de que el Estado Nacional adquiriera una participación mínima

⁴³⁵ CSJN, 10-02-2004: “Compañía Integral de Montaje S.A. v. Nucleoeléctrica Argentina S.A.”, Fallos 327:33; JA 2004-II-449, con Nota de Luis CASSARINI: *El régimen de consolidación y una sociedad anónima muy peculiar*.

⁴³⁶ CSJN, C. 1472. XXXIX; REX. Compañía General de Combustibles S.A. c/Y.P.F. S.E. s/daños y perjuicios. 29/05/2007. Fallos 330:2416.

⁴³⁷ Término acuñado por CARBAJALES, Juan José, *Las sociedades anónimas bajo injerencia estatal – SABIE - ¿El regreso del “Estado empresario” a través de una nueva modalidad de “empresa pública”? – Legitimidad y límites constitucionales. Esbozo de régimen jurídico -*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2011.

y hasta ínfima, por conducto de la transferencia en especie de los recursos de las ex AFJP a la ANSeS⁴³⁸, en virtud de la Ley N° 26.425⁴³⁹.

A la enumeración de Sociedades Estatales que incluyera en anterior trabajo⁴⁴⁰ (al año 2011), cabe incluir con posterioridad a las siguientes:

a) Ley 26.741⁴⁴¹, denominada de “Soberanía hidrocarburífera”, luego de declarar de interés público nacional y como objetivo prioritario de la República Argentina el logro del autoabastecimiento de hidrocarburos, así como la exploración, explotación, industrialización, transporte y comercialización de hidrocarburos, a fin de garantizar el desarrollo económico con equidad social, la creación de empleo, el incremento de la competitividad de los diversos sectores económicos y el crecimiento equitativo y sustentable de las provincias y regiones (art. 1), se procedió a declarar de utilidad pública y sujeto a expropiación el cincuenta y un por ciento (51%) del patrimonio de YPF Sociedad Anónima representado por igual porcentaje de las acciones Clase D de dicha empresa, pertenecientes a Repsol YPF S.A., sus controlantes o controladas, en forma directa o indirecta. Asimismo, se declaró de utilidad pública y sujeto a expropiación el cincuenta y un por ciento (51%) del patrimonio de Repsol YPF GAS S.A. representado

⁴³⁸ Algunas de las empresas y el porcentaje de participación de la ANSeS en cada una de ellas sería el siguiente: S.A. San Miguel (26,96%), Gas Natural BAN (26,63%), Banco Macro (26,62%), Consultatio (26,62%), Distribuidora de Gas Cuyana (26,12%), Siderar (25,97%), Edenor (25,27%), Transportadora de Gas del Sur (22,04%), Grupo Concesionario del Oeste (21,56%), Mírgor (21,54%), Emdersa (20,96%), Imp. y Exp. de La Patagonia (20,24%), Molinos Río de La Plata (19,92%), Pampa Energía (19,35%), Transener (18,78%), Telecom Argentina (18,78%), Socotherm Americas (18,59%), Solvay Indupa (16,71%), Grupo Financiero Galicia (15,26%), Banco Patagonia (14,66%), Endesa Costanera (13,40%), Camuzzi Gas Pampeana (12,65%), Aluar Aluminio Argentino (11,80%), Juan Minetti (11,31%), Capex (10,73%), Euromayor (9,35%), Petrobras Energía Participaciones (9,29%), Grupo Clarín (9,00%), Quickfood (8,97%), Metrovías (8,55%), Metrogas (7,34%), BBVA Banco Francés (6,44%), Banco Hipotecario Nacional (4,87%), IRSA Inversiones y Representaciones (4,13%), Central Puerto (3,95%), Cresud (3,09%), Tenaris (2,92%), Petrobras Energía (0,95%), Alto Palermo (0,86%), Transportadora de Gas del Norte (0,73%), Ledesma (0,38%), Telefónica (0,30%), Y.P.F. (0,01%) y Alpargatas (0,01%). Citadas por DATES (h.), Luis Enrique; CARBAJALES, Juan José, “El Estado Nacional (ANSeS) como accionista minoritario. Una mirada desde el derecho administrativo”, LA LEY 24/06/2009, 24/06/2009, 1 - LA LEY2009-D, 851, Cita Online: AR/DOC/2327/2009.

⁴³⁹ B.O. 09/12/2008. Poco antes de remitirse el presente para su publicación, trascendió la presentación de un Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo Nacional, tendiente a regular la participación del Estado en las Sociedades referidas, a limitar la venta de acciones del Estado en empresas privadas y a la creación de la Agencia de Participaciones Estatales en Empresas, entre otros aspectos (<http://www.caserosada.gob.ar/slider-principal/28970-la-presidenta-afirmo-que-hay-sectores-que-buscan-frustrar-los-procesos-de-inclusion-social-de-la-region>).

⁴⁴⁰ REY VÁZQUEZ, Luis Eduardo, “Sociedades estatales creadas en la última década: de la Privatización a la Reestatización”, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública N° 399, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2011, pp. 39-65.

⁴⁴¹ B.O. 07/05/2012, DJA LEY X-3275.

por el sesenta por ciento (60%) de las acciones Clase A de dicha empresa, pertenecientes a Repsol Butano S.A., sus controlantes o controladas (Art. 7).

Respecto de la participación estatal en YPF S.A., merece destacarse lo decidido con motivo del amparo⁴⁴² tendiente a que dicha sociedad entregue copia de un acuerdo de inversión firmado con una empresa extranjera – *Chevron Corporation* - con el objeto de la explotación conjunta de hidrocarburos, en el que la mayoría resuelve rechazarlo por considerar que la divulgación de tal información puede comprometer secretos industriales, técnicos y científicos, lo que además puede acarrear un incumplimiento contractual. Sin embargo, en su Voto en disidencia, la Juez Clara Do Pico entendió que aún cuando el art. 15 de la Ley 26.741 establece que no se le aplicará a YPF normativa alguna que reglamente la administración, gestión y control de las empresas o entidades en las que el Estado tenga participación, ello no excluye a dicha empresa del derecho a la información pública previsto en el Decreto 1172/2003, cuyo raigambre es constitucional, pues dicha norma no puede entenderse como una inmunidad al conocimiento público y, si ese hubiera sido el deseo del legislador, así lo habrían declarado⁴⁴³.

Finalmente, la decisión fue revocada por la CSJN⁴⁴⁴, quien sostuviera – entre otras consideraciones – que la empresa YPF SA donde el Estado nacional posee el 51 % de las acciones, se encuentra sujeta a las normas del entonces Decreto N° 1172/2003, que entre otros reglamentos, aprobara el relativo al acceso a la información pública.

No obstante que trataré el tema en capítulos siguientes, resulta interesante marcar aquí que la Corte argentina entendió que YPF SA, encontrándose bajo la jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional, está obligada a dar cumplimiento a las disposiciones del Decreto 1172/03 en materia de información pública, pues desempeña importantes y trascendentes actividades, en las que se encuentra comprometido el interés público, por lo que no puede,

⁴⁴² Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo Federal, sala I, 29/08/2014, “Giustiniani, Rubén Héctor c. YPF SA s/ amparo por mora”, APJD 25/09/2014.

⁴⁴³ Remito para ampliar el punto al trabajo de SERRANO, Gustavo A., “El acceso a la Información Pública y los Entes Públicos no estatales”, *Revista de Derecho Administrativo* N° 88, Abeledo Perrot, 2013, p. 1161, Cita ABELEDO PERROT N°: AP/DOC/1153/2013. Nota al fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 04/12/2012, “Asociación Derechos Civiles v. Estado Nacional – PAMI”.

⁴⁴⁴ CSJN, 10/11/2015, “Giustiniani, Rubén Héctor c. Y.P.F. S.A. s/ amparo por mora”, Fallos 338:1258.

en el marco de los principios de una sociedad democrática negar información —de indudable interés público— que hace a la transparencia y a la publicidad de su gestión⁴⁴⁵.

b) Decreto N° 566/2013⁴⁴⁶, de necesidad y urgencia, por el cual se dispone la constitución de la sociedad “Belgrano Cargas y Logística Sociedad Anónima”, en la órbita del Ministerio del Interior y Transporte, bajo el régimen de la Ley N° 19.550 de Sociedades Comerciales —t.o. 1984— y sus modificatorias y las normas de su Estatuto, la que tendrá por objeto la prestación y explotación comercial del servicio, la operación y logística de trenes, la atención de estaciones, el mantenimiento del material rodante, infraestructura, equipos, terminales de carga y servicios de telecomunicaciones y todas las demás actividades complementarias y subsidiarias del sector de la red nacional ferroviaria integrada por el Ferrocarril General Belgrano y de los sectores de la red ferroviaria nacional que en un futuro se le asignen (Art. 1).

No obstante estar integrada en su totalidad por capital estatal⁴⁴⁷, en su Art. 7 prevé que la sociedad creada se registrará por las normas y principios del Derecho Privado, por lo que no le serán aplicables las disposiciones de la Ley N° 19.549 de Procedimientos Administrativos y sus modificatorias, del Decreto N° 1023 de fecha 13 de agosto de 2001 —Régimen de Contrataciones del Estado— y sus modificatorios, de la Ley N° 13.064 de Obras Públicas y sus modificatorias, ni en general, normas o principios de derecho administrativo, sin perjuicio de los controles que resulten aplicables por imperio de la Ley N° 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional y sus modificatorias.

c) Ley 27.132⁴⁴⁸, que luego de declarar de interés público nacional y como objetivo prioritario de la República Argentina la política de reactivación de los ferrocarriles de

⁴⁴⁵ Incluso considerando que aun cuando la persona a la que se requiere información no reviste carácter público o estatal, se encuentra obligada a brindarla si son públicos los intereses que desarrolla y gestiona, tal es el caso de YPF SA, atento lo dispuesto en la Ley 26.741, en el DNU 530/12 y en el Decreto 1189/12

⁴⁴⁶ Dictado el 21/5/2013, B.O. 22-05-2013. Como antecedente inmediato, debe repararse que mediante Decreto 793/2012 del 24-05-2012 (B.O. 24-05-2012, Suplemento), se rescindió el contrato de concesión para la explotación de los servicios ferroviarios de pasajeros suscripto con la empresa Trenes de Buenos Aires S.A.

⁴⁴⁷ Art. 2°: “Belgrano Cargas y Logística Sociedad Anónima estará integrada por la Administración de Infraestructuras Ferroviarias Sociedad del Estado, por la Sociedad Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado y por la Administración General de Puertos Sociedad del Estado”.

⁴⁴⁸ B.O. 21/05/2015. Un comentario a dicha norma puede verse CANOSA, Armando N., “El reordenamiento y reactivación de los servicios de transporte ferroviario. A propósito de la sanción de la Ley N° 27.132”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 441, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2015, pp. 47-61.

pasajeros y de cargas, la renovación y el mejoramiento de la infraestructura ferroviaria y la incorporación de tecnologías y servicios que coadyuven a la modernización y a la eficiencia del sistema de transporte público ferroviario, con el objeto de garantizar la integración del territorio nacional y la conectividad del país, el desarrollo de las economías regionales con equidad social y la creación de empleo (Art. 1), se dispone la constitución de la sociedad Ferrocarriles Argentinos Sociedad del Estado, en la órbita del Ministerio del Interior y Transporte, con sujeción al régimen establecido por la ley 20.705, disposiciones pertinentes de la Ley de Sociedades Comerciales 19.550 (t.o. 1984) y sus modificatorias que le fueren aplicables y a las normas de su estatuto, la que tendrá por objeto integrar y articular las distintas funciones y competencias que tienen asignadas las sociedades creadas por la ley 26.352 y por el decreto 566 del 21 de mayo de 2013 y la articulación de todo el sector ferroviario nacional (Art. 5).

d) Ley 27.161⁴⁴⁹, la que luego de establecer que la prestación de los servicios de navegación aérea en y desde el territorio de la República Argentina, constituyen un servicio público esencial, en los términos del artículo 24 de la ley 25.877 (Art. 1), se crea la Empresa Argentina de Navegación Aérea Sociedad del Estado (EANA S.E.), en la órbita del Ministerio del Interior y Transporte, con sujeción al régimen establecido por la ley 20.705, disposiciones pertinentes de la Ley de Sociedades Comerciales 19.550 (t.o. 1984) y sus modificaciones que le fueren aplicables y a las normas de su Estatuto, la que tiene por objeto la prestación del Servicio Público de Navegación Aérea, de conformidad con los alcances previstos en el artículo 2° de la presente ley, con excepción de los servicios de navegación aérea prestados por el Ministerio de Defensa en los aeródromos que por razones de defensa nacional se enuncian en el Anexo I de la presente ley (Art. 6).

e) Decreto 1222/2016⁴⁵⁰, crea Contenidos Públicos Sociedad del Estado en jurisdicción del Sistema Federal de Medios y Contenidos Públicos de la Jefatura de Gabinete de Ministros, la que tendrá por objeto la gestión, operación, desarrollo y explotación de las señales Encuentro, Paka Paka y Depor TV, Acua Mayor y Acua Federal y de todas aquellas señales que las reemplacen y/o en el futuro se creen dentro de dicha sociedad, así como la administración del Polo de Producción Audiovisual y del acervo del Banco

⁴⁴⁹ B.O. 30/07/2015.

⁴⁵⁰ B.O. 05-12-2016.

Audiovisual de Contenidos Universales Argentino (BACUA), en reemplazo de Educ.Ar Sociedad del Estado, bajo el régimen de la Ley N° 20.705.

f) Decreto 794/2017⁴⁵¹, dispone la constitución de la sociedad “Corredores Viales S.A.”, en la órbita del Ministerio de Transporte, con sujeción al régimen establecido por la Ley General de Sociedades N° 19.550, T.O. 1984 y sus modificaciones y a las normas de su Estatuto, la que tendrá por objeto la construcción, mejora, reparación, conservación, promoción, ampliación, remodelación, mantenimiento, operación, financiación, administración, explotación y prestación de servicios al usuario, en trazas, rutas, autopistas, accesos, corredores y cualquier otra red vial de jurisdicción nacional; y el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones resultantes de toda concesión con cobro de peaje que se le confiera. El objeto también comprende la realización de las actividades y actos jurídicos dirigidos a la explotación de “Áreas de servicio”, explotaciones complementarias y explotaciones accesorias y toda otra actividad vinculada con su objeto social (art. 1°). Agrega que estará integrada por el Ministerio de Transporte, el que será tenedor del 51 % del capital social de titularidad del Estado Nacional, y por la Dirección Nacional de Vialidad, la que será tenedora del restante 49 % (art. 2)⁴⁵².

V. Conclusiones

El Código Civil y Comercial ha contribuido a clarificar el panorama de las personas jurídicas públicas, aún cuando subsistan algunas dudas, pudiendo entonces detectar casos de entes indudablemente públicos y estatales – Estado Nacional, Provincia, Municipio, Ciudad Autónoma de Buenos Aires -, otros indudablemente privados – asociaciones, fundaciones -, y dentro de los públicos no estatales comienzan a avizorarse los “grises”, en el sentido de que a pesar de ser concebidos como tales por las normas de creación –

⁴⁵¹ B.O. 04-10-2017.

⁴⁵² Como es común en las Sociedades Anónimas que fueran creadas por el Estado – *lato sensu* – en Argentina, en la presente se reitera que no le resultan aplicables a Corredores Viales S.A., las disposiciones de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549 y sus modificatorias, del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, establecido por el Decreto N° 1023 de fecha 13 de agosto de 2001 y sus modificatorios, de la Ley de Obras Públicas N° 13.064 y sus modificatorias, ni, en general, las normas o principios de derecho administrativo, sin perjuicio de los controles que resulten aplicables por imperio de la Ley N° 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional y sus modificatorias (art.3).

Colegios Profesionales, Obras Sociales, etc. -, sin embargo subsiste – y se mantendrá – la discusión doctrinaria habida respecto a su existencia ontológica.

Asimismo, donde creo se mantiene la mayor nebulosa, es en el caso de la participación del Estado en empresas privadas, a las cuales el CCC asigna carácter de personas jurídicas privadas, pero que no obstante existen numerosas situaciones problemáticas.

Conforme ya sostuve con anterioridad, el auge que ha tenido el uso por parte del Estado – en sentido amplio – de las formas societarias, especialmente la de la sociedad anónima, que cuantitativamente ocupa una porción importante de la organización estatal, nos lleva a tomar especialmente en cuenta los criterios doctrinarios que se han ideado para determinar la real naturaleza del ente, su carácter estatal, y por ende, la aplicación preferente del Derecho público.

Lo expuesto cabe tanto a los procedimientos administrativos, a sus contrataciones en general, y en especial, respecto del personal que cumple funciones en ellas respecto de quienes cabría predicar el concepto de estabilidad que consagra el artículo 14 bis de la Constitución Nacional.

Ello especialmente debido al concepto amplio que ha asignado la PTN a la noción de funcionario público, comprensivo de los integrantes de las Sociedades donde el Estado tenga participación - mayoritaria o no - en el capital social⁴⁵³.

Del mismo modo, no existe mayor controversia acerca de la calidad de fondos públicos que caracterizan a los que conforman el patrimonio de tales entidades, motivo por los que en todos los casos se declaran aplicables los regímenes de control público.

El diseño que actualmente impera respecto de los entes societarios, aún los totalmente estatales (Sociedades del Estado) no satisface la necesaria sujeción de tales entes a la regulación jurídica administrativa, por lo que sería bueno replantearlo, especialmente respecto de la pretendida exclusión de normas y principios de Derecho Administrativo.

⁴⁵³ Al respecto, el Decreto PEN N° 196 del 10-02-2015 (B.O. 12-02-2015) prescribe en su Art. 1°: “*Los Directores, Síndicos, Consejeros y funcionarios designados por, o a propuesta del Estado Nacional o de sus entidades, en los órganos sociales de las empresas y sociedades donde tenga participación en el capital social, son funcionarios públicos a los efectos de la delimitación de su responsabilidad y respecto de los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, con las exclusiones previstas en el presente decreto*”.

Lo aquí propugnado cuenta con el respaldo de autorizada doctrina, así como de la jurisprudencia del Máximo Tribunal, y constituye el sendero forjado en el derecho comparado.

CAPÍTULO IV

EJERCICIO PRIVADO DE FUNCIONES PÚBLICAS

En línea con lo visto en el capítulo precedente, analizaré en el presente lo atinente a la adjudicación de potestades públicas estatales a organizaciones de la sociedad civil, comprensivo del instituto – estudiado por la doctrina doméstica⁴⁵⁴ y comparada⁴⁵⁵ – del denominado “ejercicio privado de funciones públicas”, focalizando la atención en las personas humanas, es decir, quienes invisten calidad de profesionales liberales portadores de potestades públicas, así como lo relativo a la denominada “administración concertada”.

Previamente, analizaré el concepto de funcionario público, para escudriñar en quienes, por hallarse incorporados nítidamente a la organización estatal, guardan un vínculo jurídico con el Estado y se confunden con éste, por aplicación de la teoría del órgano.

Una vez cumplido con tal cometido, procederé a analizar la situación tanto de los escribanos, los encargados de los Registros Seccionales de Propiedad Automotor, finalizando con los denominados entes cooperadores y las relaciones jurídicas nacidas en torno a los sujetos provenientes de estos últimos, en el seno de organizaciones públicas. Finalizaré con la visión acerca de contratos públicos celebrados por particulares, uno de ellos actuando en ejercicio de un cometido público.

I. Concepto de Función Pública y de Funcionario Público⁴⁵⁶

En primer lugar, resulta necesario analizar el alcance del concepto normativo de “funcionario público”, es decir, quiénes se hallan alcanzados por dicho rótulo, dado que es común tanto en el ámbito del saber popular, como incluso doctrinariamente, que se efectúen distinciones entre funcionarios, empleados, agentes, servidores, entre otros

⁴⁵⁴ GAUNA, Juan Octavio, “Ejercicio privado de funciones públicas”, *La Ley* 1990-D, 1205, luego incluido en GAUNA, Juan Octavio, *Derecho Administrativo (Luces y sombras)*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2018, pp. 39-48.

⁴⁵⁵ SAINZ MORENO, Fernando, “Ejercicio privado de funciones públicas”, *RAP* (España) N° 100-102, 1983, pp. 1699-1783.

⁴⁵⁶ Sobre el punto me he ocupado en REY VÁZQUEZ, Luis E., “Algunas cuestiones vinculadas al acceso al empleo público”, publicado en la Revista *Temas de Derecho Administrativo*, Editorial Erreius, Director Carlos Francisco Balbín, número de Septiembre de 2017, pp. 721-740. Cita digital: IUSDC285380A.

términos⁴⁵⁷. No obstante – veremos - amén de la taxonomía que es dable advertir en el ámbito académico, el concepto engloba indistintamente las diferentes denominaciones, resultando alcanzados por las normas de la función pública - y otras más generales – en punto a derechos, deberes, prohibiciones y responsabilidades, con las salvedades que surgen de las mismas normas.

En tal sentido, la Procuración del Tesoro de la Nación (en adelante PTN) ha dicho que es *...quien declara o ejecuta la voluntad estatal para realizar un fin público, debiendo entenderse por fin público o por servicio estatal, no sólo lo relativo al desenvolvimiento estricto de la Administración Pública, sino también todos aquellos fines o servicios conducentes a la prosperidad o bienestar general que el Estado toma a su cargo, alcanzando incluso a las empresas económicas mixtas...*⁴⁵⁸.

Resulta encuadrable, por tanto, en la definición contenida en el Código Penal, cuando en su Art. 77 expresa que “Por los términos “funcionario público” y “empleado público”, usados en este código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente”.

Asimismo, en la Ley Nacional de Ética Pública N° 25.188⁴⁵⁹ cuando expresa: Artículo 1°: *La presente ley de ética en el ejercicio de la función pública establece un conjunto de deberes, prohibiciones e incompatibilidades aplicables, sin excepción, a todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías, en forma permanente o transitoria, por elección popular, designación directa, por concurso o por cualquier otro medio legal, extendiéndose su aplicación a todos los magistrados, funcionarios y empleados del Estado.*

Agrega que *Se entiende por función pública, toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.*

⁴⁵⁷ Al respecto, pueden verse el trabajo de GRAU, César Antonio, “Cuestión terminológica sobre empleo público: ¿agentes, funcionarios o burócratas?”, MJD3149.

⁴⁵⁸ Dict. N° 94/06, 12 de abril de 2006. Expte. N° 1-250092/06. Administración Federal de Ingresos Públicos. (Dictámenes 257:44), publicado en el Boletín Oficial del 13-09-2006, 2ª Sección, p. 35.

⁴⁵⁹ B.O. 01-11-1999.

La Convención Interamericana contra la Corrupción – aprobada por Ley 24.759⁴⁶⁰ -, prescribe en su Art. 1° que para los fines de la presente Convención, se entiende por:

"FUNCION PUBLICA": toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.

"FUNCIONARIO PUBLICO", "OFICIAL GUBERNAMENTAL" O "SERVIDOR PUBLICO": cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.

Asimismo, la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción – aprobada por Ley 26.097⁴⁶¹ - prescribe en su Art. 2° que a los efectos de la presente Convención:

“a) Por "funcionario público" se entenderá: i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; iii) toda otra persona definida como "funcionario público" en el derecho interno de un Estado Parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por "funcionario público" toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte;...”

Teniendo en cuenta el concepto normativo apuntado, utilizaré de manera indistinta los términos funcionario, empleado o agente público, pues a los efectos del régimen aplicable, carece de trascendencia jurídica la distinción, utilizada tan sólo desde un punto de vista didáctico o académico, así como la naturaleza del contrato o relación de empleo público⁴⁶². A tal punto que incluso la responsabilidad disciplinaria, que durante mucho

⁴⁶⁰ B.O. 17-01-1997.

⁴⁶¹ B.O. 09-06-2006.

⁴⁶² Apunta BIANCHI que “... Es perfectamente conocido el debate entre los contractualistas y los estatutaristas acerca de la naturaleza de la función pública. Para los primeros se trata de un contrato administrativo celebrado por acuerdo de partes. En opinión de los segundos, se trata de una relación de tipo

tiempo se predicó aplicable sólo al personal permanente que goza de la garantía de estabilidad propia⁴⁶³, se ha declarado extensible también al personal no permanente⁴⁶⁴.

Es importante señalar, además, que quienes revisten la calidad de funcionarios públicos, se encuentran sujetos no sólo al sistema de responsabilidades inherentes al desempeño de una función pública, se hallan sujetos a un régimen de incompatibilidades y además, se consideran órganos del Estado que, como tales, surten la responsabilidad de este último sea por acción u omisión.

Por lo tanto, resulta indispensable determinar quiénes se consideran funcionarios públicos – y por ende, le cabe el régimen jurídico propio de aquéllos – y quiénes no lo son, y, en cambio, existe una transferencia de cometidos públicos en cabezas de sujetos no estatales, públicos o privados, quienes de ese modo ejercitan una función pública sin incrustarse a la organización estatal, y sin surtir, consecuentemente, la responsabilidad del Estado por la actuación u omisión regular o irregular de aquéllos.

II. La Relación de Empleo Público en la Corte Suprema Argentina⁴⁶⁵

reglamentario...”, señalando como referente de la primera al Profesor MARIENHOFF, y de la segunda, al Profesor Manuel M. DIEZ, así como que la jurisprudencia de la Corte Suprema ha sido sinuosa, aceptándose en algunas ocasiones la tesis contractual (Fallos 194:111) y en otros la estatutaria (Fallos 220:383), inclinándose el autor por la tesis estatutaria (BIANCHI, Alberto B., “Notas acerca de la función pública y su función constitucional”, en YOUNG, Carlos A.M. y BIANCHI, Alberto B., *Régimen jurídico básico de la función pública*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1990, p. 18).

⁴⁶³ CSJN, 03-05-2007, “Madorrán, Marta C. c. Administración Nac. de Aduanas”, Fallos 330:1989. Allí sostuvo la Corte que la estabilidad propia reconocida al empleado público por el art. 14 bis de la Constitución Nacional significa el derecho a no ser segregado de su empleo sin invocación de una causa justificada y razonable, acreditada justamente en el procedimiento tendiente a hacer efectiva su responsabilidad disciplinaria.

⁴⁶⁴ PTN, Dictamen IF-2017-03598383-APN-PTN, 14 de marzo de 2017. Expte. PTN N.º S04:24386/16. Presidencia de la Nación (Dictámenes 300:206), firmado por Carlos Francisco Balbín. Allí se sostuvo que: “Debe ser revisada la doctrina que establece que el régimen disciplinario es inaplicable al personal que no revista en la planta permanente, atento que, más allá de ciertos aspectos que debieran ser regulados en el marco de la reglamentación a la que remite el artículo 27 de la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional, aprobada por la Ley N.º 25.164 (B.O. 8-10-99) referidos a las particularidades propias del vínculo de empleo que se trate, no puede desconocerse la potestad sancionatoria de la Administración Pública en relación con aquellos agentes que hubieren sido designados transitoriamente en dicha planta, personal contratado y personal de gabinete (v. Dictámenes 267:632 y 284:80)”.

⁴⁶⁵ Sobre el tópico, me he ocupado parcialmente en REY VÁZQUEZ, Luis E., “La relación de empleo público en Argentina, desde una perspectiva jurisprudencial”, publicado en el *Anuario de la Función Pública* de la Universidad de Piura (Perú), Director: Orlando Vignolo, Tomo III, Año 2018, IJ Editores, pp. 103-169, en especial, p. 135 y ss.; disponible en formato digital en <http://pe.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=07d2d33e6d95be21bca33af16b96f645>.

A Continuación, Procederé A Efectuar Una Reseña De Los Criterios Del Máximo Tribunal Argentino, Sobre Los Diferentes Aspectos Más Relevantes De La Relación De Empleo Público.

1. Diferencias entre empleo público y privado

“Las especiales circunstancias que inspiraron al legislador para regular las relaciones entre la Administración y sus agentes de manera distinta al régimen de trabajadores privados, no deben ser desconocidas aun cuando se adviertan semejanzas en las modalidades de ambas clases de prestaciones, máxime si no se ha demostrado que se trate de un caso en el que el Estado contrata los servicios de personas para funciones no previstas en el cuadro de la administración ni en el presupuesto, sin horario, oficina, jerarquía ni sueldo, supuestos éstos que se rigen por el derecho común”⁴⁶⁶.

2. Empleo Privado. Reinstalación ante despidos discriminatorios.

“Sostuvo la aplicabilidad de la ley 23.592 al ámbito laboral y la compatibilidad —en el caso— de la reinstalación del trabajador víctima de un despido discriminatorio y el derecho a contratar y ejercer toda industria lícita del art. 14 de la Constitución Nacional, en virtud del singular motivo de ruptura del contrato de trabajo: la discriminación”⁴⁶⁷.

3. Rechazo de reinstalación por no configurarse discriminación.

“Si en el caso del despido de la trabajadora quedó demostrada la no configuración de un supuesto de discriminación susceptible de ser encuadrado en el art. 1 de la ley 23.592, ello determina la inaplicabilidad de lo decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Álvarez, Maximiliano”⁴⁶⁸

4. Aplicación de la LCT⁴⁶⁹ a Empleados Públicos. Necesidad de acto expreso.

“No es admisible sostener que la relación de empleo se hallaba regida por la ley laboral común frente a la existencia de un régimen jurídico específico que reglamenta los derechos de los dependientes del organismo estatal y a la disposición del art. 2º inc. a), de la ley de contrato de trabajo, según el cual el régimen no es aplicable a los dependientes

⁴⁶⁶ CSJN, 01/01/1986, “Recloux, Héctor Omar v. Caja Nacional de Ahorro y Seguro”. Fallos 308:1106.

⁴⁶⁷ CSJN, 07/12/2010, “Álvarez, Maximiliano y otros v. Cencosud S.A.”, Fallos 333:2306.

⁴⁶⁸ CSJN, 07/12/2010, “Pellejero, María Mabel”, Fallos 333:2396.

⁴⁶⁹ Se refiere a Ley de Contrato de Trabajo del ámbito privado.

de la Administración pública salvo que por acto expreso se los incluya en éste o en el de las convenciones colectivas de trabajo”⁴⁷⁰.

5. Naturaleza de la relación de empleo público.

“En el marco de la relación de empleo público el Poder Ejecutivo goza - en el ámbito de su competencia de prerrogativas exorbitantes propias del régimen *ius* administrativo que le permiten, a fin de satisfacer el interés público, introducir modificaciones en el contrato - en el caso, se redujeron las remuneraciones de los agentes estatales mediante el decreto 290/95-, siempre que ellas sean razonables y no signifiquen una alteración sustancial de sus condiciones”.

“Las prerrogativas exorbitantes propias del régimen *ius* administrativo permiten que el Estado pueda variar unilateralmente las condiciones del contrato de empleo público, inclusive en lo concerniente a las funciones que han sido encomendadas al agente, siempre que tales modificaciones sean impuestas de modo razonable”.

“El derecho a la estabilidad en el empleo público, con relación a la garantía establecida en el art. 14 bis de la Constitución Nacional, no es absoluto, de modo que coloque a sus beneficiarios por encima del interés general, obligando al Estado a mantenerlos en actividad aunque sus servicios dejen de ser necesarios, ya sea por economía o por otras causas razonables”⁴⁷¹.

6. Estabilidad en el empleo público. Interpretación del art. 14 bis.

“La estabilidad del empleado público preceptuada por el art. 14 bis CN significa que un agente público no puede válidamente ser segregado de su empleo sin invocación de una causa justificada y razonable, de manera que si ello ocurrió así, su reclamo de reinstalación y de pago de salarios caídos resulta procedente”⁴⁷².

En la duda debe estarse a favor de la justicia social o principio de favorabilidad (cfr. “Berçaitz” Fallos 289:430) o en del principio pro-homine (cfr. “Aquino” Fallos 327:3774; “Milone”, Fallos 327:4619 y “Madorrán”), según el cual “el derecho es para el hombre, y, en consecuencia, las leyes “deben ser interpretadas a favor de quienes al serle aplicadas

⁴⁷⁰ CSJN, 30/04/1991, “Leroux de Emede, Patricia S. c. Municipalidad de Buenos Aires”, DT 1991-B, 1847 - DJ 1992-1, 3.

⁴⁷¹ CSJN, 02/06/2000, “Guida, Liliana c. Poder Ejecutivo Nacional”, Fallos 323:1566.

⁴⁷² CSJN, 03/05/2007, “Madorrán, Marta C. v. Administración Nacional de Aduanas”, Fallos 330:1989.

consiguen o tienden a alcanzar el “bienestar”, esto las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su extensa dignidad”.

“La estabilidad del empleado público preceptuada por el art. 14 bis CN significa que la actora no pudo válidamente ser segregada de su empleo sin invocación de una causa justificada y razonable, de manera que su reclamo de reinstalación resulta procedente”⁴⁷³.

7. Cese en período de prueba.

El actor había ingresado en la Secretaría de Prensa y Difusión de la Presidencia de la Nación el 8/3/1999, como asesor de gabinete del subsecretario técnico-administrativo. El 1/7/1999 se lo designó en un cargo nivel "A", al que había accedido por concurso de oposición y antecedentes, como asesor técnico en cuestiones de derecho registral, notarial y catastral, de esa Subsecretaría. El 3/1/2000, el secretario de Cultura y Comunicación canceló la designación de Schnaiderman con la sola invocación de que el actor carecía de estabilidad por encontrarse dentro del período de prueba anual que contempla la Ley Marco de Regulación del Empleo Público 25.164 (LMREP), arts. 17 y 42, inc. a), y el Convenio Colectivo de Trabajo (CCT), art. 25, homologado por el dec. 66/1999.

Sostuvo la Corte que “No puede sostenerse válidamente que el ejercicio de las facultades discrecionales del órgano administrativo para cancelar la designación de un agente durante el período de prueba (según le autoriza el art. 25, CCT.) lo eximan de verificar los recaudos que para todo acto administrativo exige la ley 19549, como así también respetar el sello de razonabilidad que debe acompañar a toda decisión de las autoridades públicas”, razón por la cual entendió procedente “revocar la sentencia que rechazó la demanda por la cual un agente público designado por concurso cuestiona el acto administrativo que canceló su designación durante el período de prueba, pues si se descarta que lo que motivó su dictado fue la ausencia de idoneidad para desempeñar el cargo o la eventual reestructuración organizativa de la dependencia, aquél aparece desprovisto de un elemento esencial para su validez, cual es la causa”⁴⁷⁴.

⁴⁷³ CSJN, 15/05/2007, “Ruiz, Emilio D. v. Dirección General Impositiva”, ABELEDO PERROT N°: 1/1019517. En idéntico sentido, CSJN, “Delfino, Laura Virginia c. Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos”, 09/03/2011, Fallos 334:229; CSJN, 05-04-2011, A. 1387. XLIII. “Aguerre, Miguel Ángel c/ ETOSS —resol. 75/94 y 59/95— y otro s/ empleo público”.

⁴⁷⁴ CSJN, 08/04/2008, “Schnaiderman, Ernesto Horacio c. Estado Nacional - Secretaría de Cultura y Comunicación de la Presidencia de la Nación”, Fallos 331:735.

En similar sentido, se expidió en un caso donde la actora se había desempeñado como personal contratado de la Procuración del Tesoro de la Nación, luego fue nombrada en la planta transitoria y el 26/5/1999 se la designó en un cargo de planta permanente de dicho organismo. El 24/4/2000, mediante res. 313/2000 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, se dispuso la cancelación de su designación, con invocación del art. 24, inc. a), CCT, que condiciona la adquisición de la estabilidad en el cargo al transcurso del período de prueba de doce meses⁴⁷⁵.

8. Designación interina sujeta a concurso.

“Las resoluciones de la Sindicatura General de la Nación en las cuales se mencionó que el desplazamiento del agente del cargo transitorio de Secretario General obedecía a razones operativas y mediante un simple cliché se adujo que el criterio de reasignación —en una categoría menor— atendía a la idoneidad, experiencia y actitud del personal, de modo de valorar adecuadamente su mérito, iniciativa, formación y rendimiento son nulas, pues no resultan de ese acto las razones por las que debía desplazarse a quien había sido designado transitoriamente hasta que se sustanciaron los procedimientos reglados, ni en qué habrían variado las condiciones de idoneidad tenidas en cuenta al momento de la designación o durante el desempeño del cargo”⁴⁷⁶.

En sentido contrario, cuando la designación interina resultara no sujeta a condición (llamado a concurso), sostuvo que “La aplicación del art.78 de la L.C.T. --que reputa como definitivas las funciones a las cuales el agente fue ascendido si desaparecieren las causales que dieran origen al interinato o transcurrieren los plazos que fijen al efecto los estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo-- debe armonizarse con lo dispuesto por el art. 14 del laudo 15/91, norma que al disponer el llamado a concurso para cubrir una vacante, coadyuva a garantizar la condición de idoneidad para ocupar empleos o cargos públicos, principio de rango constitucional consagrado en el art. 16”, razón por la que “Debe revocarse la sentencia que condenó al Fisco a reintegrar al actor sin sujeción a concurso, por haber transcurrido el plazo del interinato, ya que aplicó de forma lisa y llana el art. 78 de la Ley de Contrato de Trabajo obviando una sana inteligencia del art.

⁴⁷⁵ CSJN, 15/12/2009, “Micheli, Julieta Ethel c. E.N. - M° Justicia y DD.HH.”, Fallos 332:2741.

⁴⁷⁶ CSJN, 27/12/2011, “Silva Tamayo, Gustavo E. v. EN - Sindicatura General de la Nación - Res. 58/2003, 59/2003 s/empleo público”, Fallos 334:1909.

14 del laudo 15/91, consagrando así una suerte de estabilidad al agente interino que no existe en el régimen legal”⁴⁷⁷.

9. Personal docente interino. Vencimiento del interinato

En un caso de docentes interinos de universidades nacionales, sostuvo que el actor no puede pretender el derecho a permanecer en el cargo más allá del tiempo por el que fue designado o el que le permiten las normas vigentes, así como que el nombramiento interino se extingue por el mero transcurso del tiempo previsto al momento de la designación, sin que se requiera el dictado de acto alguno por parte de las autoridades universitarias que así lo determine⁴⁷⁸.

10. Personal contratado. Improcedencia de indemnización

“El voluntario sometimiento, sin reservas expresas, a un régimen jurídico comporta un inequívoco acatamiento que determina la improcedencia de su impugnación ulterior, con base constitucional, por medio del recurso extraordinario”.

“El mero transcurso del tiempo y el hecho de prestar servicios por un plazo superior a los doce meses, no puede trastocar de por sí la situación de revista de quien ha ingresado como agente transitorio y no ha sido transferido a otra categoría por acto expreso de la administración, pues lo contrario desvirtuaría el régimen jurídico básico para la función pública”.

“La mayor o menor conveniencia de recurrir a la contratación, como la de poner fin al contrato, constituye una decisión de política administrativa no revisable en sede judicial, por estar limitado el control jurisdiccional de los actos administrativos a los aspectos vinculados con su legitimidad”.

“La aceptación de los contratos y sus pertinentes prórrogas, presididos por un régimen de inestabilidad, veda al actor reclamar los derechos emergentes de la estabilidad en el empleo, dado que, de otro modo, se violentaría el principio que impide venir contra los propios actos”.

“Frente a la existencia de un régimen jurídico específico que reglamenta los derechos de los dependientes de la Universidad Tecnológica Nacional, sean de carácter permanente o

⁴⁷⁷ CSJN, 08/05/2007, “Olavarría y Aguinaga, Jesús María c. Administración Federal de Ingresos Públicos”, Fallos 330:2180, del Dictamen del Procurador General que la Corte hace suyo.

⁴⁷⁸ CSJN, 03/05/2017, “Ryser, Walter Adolfo c/ Universidad Nacional de Catamarca s/ apelación art. 32 ley 24.521”, FAL CSJ 512/2013 (49-R).

no, y a la disposición del Artículo 2°, inciso a), de la Ley de Contrato de Trabajo, según la cual dicha ley no es aplicable a los dependientes de la Administración pública, salvo que por acto expreso se los incluya en su régimen o en el de las convenciones colectivas de trabajo, es inatendible la pretensión del actor de que su situación se excluya del régimen del Derecho público, para regirse por el Derecho laboral, al no existir el acto de inclusión que exige el citado Artículo 2°⁴⁷⁹.

11. Indemnización según LCT

Se pronunció en favor de la aplicación de una indemnización basada en el régimen laboral privado en un caso de una duración irrazonable de un vínculo transitorio, expresando para ello que “Carece de sustento la alegación de la demandada en el sentido de que se trató de un convenio de duración limitada si la relación laboral se extendió, sin solución de continuidad, durante veintiún años”⁴⁸⁰.

12. Indemnización según Ley de Empleo Público.

A partir del precedente “Ramos”, se inclinó por la aplicación supletoria de normas de empleo público. Sostuvo que si del legajo personal del actor resulta que las tareas realizadas por 21 años carecían de la transitoriedad que supone el régimen del Decreto 4381/73 -en cuanto autoriza a contratar personal para proyectos de investigación científica y desarrollo tecnológico, sin que esto genere derecho a indemnización por rescisión-, que era calificado y evaluado en forma anual, que se le reconocía la antigüedad en el empleo y que se beneficiaba con los servicios sociales de su empleador, y si a ello se une la violación de la limitación legal de la posibilidad de renovación del contrato a un máximo de cinco años, cabe concluir que el Estado Nacional 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

⁴⁷⁹ CSJN, 28/02/1988, “Gil, Carlos Rafael c/Universidad Tecnológica Nacional”, Fallos 312:245. Doctrina reiterada en reiterada en “Castelluccio, Miguel Á. v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires s/despido”, fallada el 5/10/1999; 23/8/2001, “Vaquero, Mónica S. v. Ministerio del Interior de la Nación”. Lexis N° 30001984, y 05/02/1987, “Rieffolo Basilotta, Fausto”, Fallos 310:195; CSJN, 30-06-1987, “Jasso, Ramón Enrique y Fragueiro, José María s/amparo”, Fallos 310:1390.

⁴⁸⁰ CSJN, 27/12/1988. Caso B. 688. XXII. “Bolardi, Irraul Guillermo c/ Estado Mayor General del Ejército (Ex Comando en Jefe del Ejército) - Instituto Geográfico Militar”. Fallos 311:2799.

contrato por tiempo determinado, justificando la procedencia del reclamo indemnizatorio frente al “despido arbitrario”⁴⁸¹.

12.1. Diferencias entre los casos “Ramos” y “Madorrán”.

En “Ramos”, Considerando 8°) sostuvo que “...En particular, no puede sostenerse que el actor tenga derecho a la reincorporación en el cargo. Esa conclusión 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 Nacional, y que toda erogación que se aparte de estos límites resulta ilegítima (artículos 75, inciso 8 de nuestra Carta Magna y 29 de la ley 24.156). Al respecto, cabe recordar que la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional 25.164 establece un régimen diferenciado para empleados que ingresen como planta permanente y para aquellas personas contratadas o designadas como transitorias. En lo que aquí interesa, el artículo 8 sólo reconoce estabilidad a quienes ingresen a cargos pertenecientes al régimen de carrera, y cuya financiación esté prevista en la Ley de Presupuesto. En tales condiciones, si se atribuyera estabilidad a quien no ha sido incorporado con los requisitos y medios de selección previstos para el ingreso a la carrera administrativa, no sólo se estaría trastocando el régimen previsto por la ley 25.164; sino que también se estaría alterando el monto autorizado por el legislador, en forma diferenciada, para financiar gastos correspondientes a personal contratado y personal permanente. De esta manera, la cuestión aquí debatida se diferencia de la decidida por esta Corte en la causa “Madorrán” (Fallos: 330:1989), porque en aquel supuesto el actor había sido designado como empleado de la planta permanente y, como tal, tenía derecho a la estabilidad en su cargo...”.

12.2. Otros casos similares.

En la misma fecha que “Ramos”, la Corte falló en el caso “Sánchez”, donde sostuvo que agente contratado de la Auditoría General de la Nación por un período de ocho años, no logró acreditar que dicho organismo 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, pues las normas específicas que regulan el funcionamiento de la Auditoría, autorizan

⁴⁸¹ CSJN, 06/04/2010. “Ramos, José Luis c. Estado Nacional (Min. de Defensa - A.R.A.) s/indemnización por despido”. Fallos 333:311.

expresamente la celebración de tales contratos, en cuanto actividad de ese organismo de control hace necesario contar con un cuerpo de auditores externos -art. 118, inc. b, de la ley 24.156”⁴⁸².

En “Cerigliano”, sostuvo en el Considerando 8º) “... Que, en suma, la ratio decidendi de “Ramos” alcanza a todos los trabajadores que se encuentran ligados por un vínculo como el considerado en ese precedente, ya sea con la Administración Pública nacional, provincial, municipal o, como en el presente caso, la específica de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En consecuencia y como se adelantó en el considerando 5º, esta Corte dispone que los jueces de la causa examinen el material fáctico de la litis a la luz de la tantas veces citada doctrina, sin soslayar que, en su caso y de corresponder, el modo de reparar los perjuicios que se hubiesen irrogado al actor ha de encontrarse en el ámbito del derecho público y administrativo (doctrina de los considerandos 9º del voto de la mayoría y 10 del concurrente de la causa “Ramos”). Al respecto, es del todo propicio remarcar que la finalidad reparadora de la indemnización dentro de ese marco específico — conviene enfatizarlo— exigirá un riguroso apego a pautas razonables que garanticen el principio de suficiencia...”⁴⁸³.

También aplicó dicha doctrina en un caso donde, dado que las sucesivas continuas y renovaciones, durante 23 años, del contrato que vinculaba al actor con el Banco de la Provincia de Buenos Aires pudieron tener como objetivo del empleador encubrir una designación permanente bajo la apariencia de un contrato por tiempo de terminado, y generarle una legítima expectativa de permanencia laboral que merece la protección que el art. 14 bis de la Constitución Nacional otorga al trabajador contra el “despido arbitrario”, corresponde dejar sin efecto la sentencia que rechazó la demanda por él interpuesta⁴⁸⁴.

En función de las particularidades del caso, se apartó de la doctrina “Ramos”, sosteniendo que “El art. 4º del Anexo I del decreto 1340/66 (Normas para nombrar y contratar personal civil auxiliar y de servicio para las Agregaciones y Comisiones Navales)

⁴⁸² CSJN, 06/04/2010, “Sánchez, Carlos Próspero c. Auditoría General de la Nación”, Fallos 333:335.

⁴⁸³ CSJN, 19/04/2011, “Cerigliano, Carlos Fabián c. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Bs. As. U. Polival. de Inspecciones ex Direc. Gral. de Verif. y Control”, Fallos 334:398.

⁴⁸⁴ CSJN, 08/10/2013, “González, Lorenzo Ramon c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ demanda contencioso administrativa”, NEWSECON 28/10/2013.

establece que los nombrados bajo su régimen son empleados de la Agregación o Comisión Naval y no tendrán la condición de empleados públicos del Estado argentino⁴⁸⁵.

“...10) Que ese sistema alternativo de tutela obedece, precisamente, a la especificidad de la contratación que coloca al trabajador al margen del ordenamiento laboral común y de la normativa que rige el empleo público. No se ha demostrado que lo percibido en función de aquél, por su magnitud, pueda tacharse de irrazonable o insuficiente, ni aparezca inadecuado en relación con la garantía reconocida por el art. 14 bis de la Constitución Nacional, por lo que resulta improcedente aplicar en la especie el régimen indemnizatorio de la Ley de Contrato de Trabajo. En suma, no se trata en el caso de un trabajador que se encuentre en situación de desamparo frente al accionar ilícito de la administración, pues cuenta con un régimen propio que reconoce la protección constitucional correspondiente”.

De manera similar, sostuvo que “No le corresponde percibir una indemnización por despido sin causa en los términos de la LCT a quien se desempeñó como subgerente de una sucursal en el exterior del Banco de la Nación Argentina sin intervalo alguno, sin prestar servicio en casa central ni en ninguna otra sucursal, pues, debe aplicarse la ley laboral del lugar de ejecución del contrato”⁴⁸⁶.

13. Pasantías

Tratándose del reclamo indemnizatorio de quien por más de 7 años prestó servicios en el Tribunal de Servicio doméstico, en el marco de un convenio de asistencia técnica, aplicando por analogía, la Ley de contrato de Trabajo, al entender que el nexo litigioso no se ajustó a la normativa aplicable en materia de pasantías, ni a las circunstancias de excepción del art. 9° de la ley 25.164, resultan insustanciales los cuestionamientos del apelante sobre el punto, pues, los fundamentos del a quo se adecuan a los expuestos por la Corte Suprema en su precedente —“Ramos, José”, 06/04/2010 (Fallos: 333:310).

La aplicación dispuesta por el a quo de los parámetros indemnizatorios de la Ley de Contrato de Trabajo respecto de la ruptura del vínculo de empleo de quien por más de 7 años prestó servicios en el Tribunal de Servicio doméstico, en el marco de un convenio

⁴⁸⁵ CSJN, 17/04/2012, A. 1384. XLIII. “Anaut, Roberto Javier c/ Estado Nacional Armada Argentina s/ despido”.

⁴⁸⁶ CSJN, 13/09/2011, “Willard, Michael c. Banco de la Nación Argentina s/despido”, La Ley Online; AR/JUR/48797/2011.

de asistencia técnica suscripto con el Ministerio de Trabajo Empleo y Formación de Recursos Humanos y la Universidad de Buenos Aires, no causa gravamen económico a la demandada, puesto que, de aplicar la Ley marco de Regulación de Empleo Público Nacional, aprobada por la ley 25.164 se alcanzaría un importe mayor al condenado⁴⁸⁷.

14. Planta permanente no efectivizada

“Sostener que los agentes carecen de estabilidad porque no han cumplido con el plazo de seis meses de trabajo efectivo posterior al nombramiento que exige la ley local, resulta inadmisibles no sólo porque los actores solicitan, precisamente, que se cumpla el decreto que nunca fue implementado, sino porque, además, está suficientemente probado que — con posterioridad a la norma— continuaron prestando servicios por un período que excede el de seis meses señalado”⁴⁸⁸.

15. Revocación por ilegitimidad pase a planta sin concurso.

La ordenanza que anuló el pase a planta permanente de varios empleados municipales transitorios debe ser dejada sin efecto, pues no concurrían en el caso los supuestos excepcionales que autorizan a la administración revocar, en su propia sede, un acto que generó una legítima expectativa de permanencia laboral merecedora de la protección contra la ruptura discrecional del vínculo⁴⁸⁹.

Con posterioridad, convalidando una solución del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, sostuvo la CSJN que “... La sentencia que sostuvo la legitimidad de los decretos municipales que dejaron sin efecto el nombramiento de un gran número de agentes en la planta permanente del municipio no es arbitrario por haber otorgado mayor relevancia a las objeciones formuladas por el Tribunal de Cuentas local, a la falta de motivación expresa sobre la necesidad de los nombramientos como exigían ciertas

⁴⁸⁷ CSJN, 05/04/2011, “González Dego, María Laura c. Ministerio de Trabajo Empleo y Formación de Recursos Humanos y otro”, *La Ley* 2011-C, 642 - AR/JUR/6904/2011.

⁴⁸⁸ CSJN, 10/07/2012, “Ambrogio, José N. R. y otros v. Estado de la Provincia de Corrientes”, *APJD* 11/09/2012.

⁴⁸⁹ CSJN, 25/03/2015, “Kek, Sergio L. y otros c. Municipalidad de Coronel Du Graty s/ demanda contencioso-administrativa”, Fallos 338:212. SJA 01/07/2015, 77 SJA 2015/07/01-77 JA 2015-III JA 2015-III. El caso fue comentado por diferentes autores, entre otros: ALONSO REGUEIRA, Enrique M., “Kek” o el principio de la estabilidad del acto administrativo irregular”, *RAP* N° 460, p. 99-107; IVANEGA, Mirian M., “De la transitoriedad a la estabilidad en el empleo público”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 448, p. 67-75; COMADIRA, Julio Pablo y COMADIRA, Fernando Gabriel, “El Caso “Kek” y la estabilidad del acto administrativo -Comentario al fallo “Kek, Sergio Leonardo y otros c/ Municipalidad De Coronel Du Graty s/demanda contencioso administrativa” - CSJN - 25/03/2015”, *elDial* DC1FFF, 09-10-2015.

normas y a la ausencia de un procedimiento previo de selección, que respecto de otros aspectos, tales como al visado de órdenes de pago de remuneraciones, al desempeño previo del actor durante un lapso extenso y a la falta de demostración de una evidente afectación del erario...”⁴⁹⁰

16. Improcedencia pago de salarios caídos.

“No corresponde el pago de salarios por funciones no desempeñadas a los agentes públicos dados ilegítimamente de baja, salvo disposición en contrario o que aquéllos acrediten el perjuicio sufrido que haga procedente la responsabilidad de la administración; doctrina aplicable a la ilegitimidad involucrada en una primera declaración de prescindibilidad por la causal del art. 6º, inc. 6º), de la ley 21.274, que luego es sustituida por la de razones de mejor servicio con derecho a indemnización, cual es la situación de autos”⁴⁹¹.

“No procede el pago de sueldos por funciones no desempeñadas a los agentes públicos dados ilegítimamente de baja, salvo disposición expresa y específica”⁴⁹².

17. Inaplicabilidad de la solidaridad del art. 30 de la LCT al Estado.

“El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no es empleador según el Régimen de Contrato de Trabajo —salvo que por acto expreso se incluya a sus dependientes dentro de su ámbito— por lo cual, no puede ser alcanzado por una responsabilidad solidaria que solo es inherente a los sujetos del contrato de trabajo, pues ello es incompatible con el régimen de derecho público”⁴⁹³.

18. Competencia contencioso-administrativa, no laboral

La Justicia en lo Contencioso Administrativo Federal, y no la Nacional del Trabajo, es competente para entender en la acción de amparo deducida por los agentes AFSCA cuyos

⁴⁹⁰ CSJN, 14/11/2017, “Aladín, Gerardo Omar c. Municipalidad de la Ciudad de San Francisco s/ Acción contencioso-administrativa”, *La Ley* 18/05/2018, 5, AR/JUR/105420/2017, con nota de Leandro G. SALGAN RUIZ, “La estabilidad del acto administrativo. El ejercicio de la potestad revocatoria del acto irregular en la relación de empleo encubierta”, pp. 6-8.

⁴⁹¹ CSJN, “Lopardo, Rubén Angel c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, 1982, Fallos 304:1459.

⁴⁹² CSJN, 29/10/1996, “Cúneo, Alberto A. y Fagetti, Carlos H. v. Honorable Senado de la Provincia y Estado de la Provincia de Corrientes”, Fallos 319:2507. Criterio reiterado en CSJN, 08/07/2003, “Ristagno, Luis Bruno c. Corporación del Mercado Central de Buenos Aires”, Fallos 326:2347 - [EDA, 2003-258]

⁴⁹³ CSJN, 17/09/2013, “Gómez, Susana Gladys c. Golden Chez S.A. y otros s/ despido”, NEWSECON 07/10/2013. Remite a causas “Cometta, Alberto Fernando y otros c. Cañogal S.R.L. y otro”, “Mónaco, Nicolás y otros c. Cañogal S.R.L. y otro” y “Godoy, Epifanía y otro c. Breke S.R.L. y otro”, registradas en Fallos: 308:1589, 1591; 314:1679, respectivamente.

contratos fueron rescindidos el 30/12/15, pues lo que se pretende es la reinstalación y reparación integral del daño fundado en el art. 43 de la Constitución Nacional y en la ley 23.592, preceptos de carácter instrumental que, en principio, no son susceptibles de ser caracterizados como pertenecientes a la órbita del derecho del trabajo. Asimismo, el vínculo entre los demandantes y el ente empleador —organismo descentralizado y autárquico del ámbito del Poder Ejecutivo nacional— fue de naturaleza pública y estuvo regulado por las normas que gobiernan el empleo público y no por las que rigen el contrato de trabajo privado⁴⁹⁴.

19. Empleados de Sociedades del Estado. Aplicación de la LCT. Inaplicable doctrina “Madorrán”

La sentencia que, con fundamento en la doctrina sentada en “Madorrán” —Fallos: 330:1989—, hizo lugar a la demanda promovida por el empleado de una sociedad del Estado que perseguía la reinstalación y el pago de salarios caídos por entender vulnerado su derecho a la estabilidad debe ser dejada sin efecto, pues las cuestiones planteadas difieren de las examinadas allí por la Corte Suprema, pues el juzgador omitió valorar que la entidad demandada es una sociedad del Estado creada por la ley 21.622 y regida por las disposiciones de las leyes 19.550 y 20.705, en razón de lo cual su personal se encuentra sometido al régimen de la LCT, situación vigente cuando se produjo su incorporación al ámbito del Convenio Colectivo de Trabajo General para la Administración Pública, y por otro lado no ponderó que el actor suscribió un contrato a plazo fijo renovado en sucesivas ocasiones que debió ser considerado como de plazo indefinido⁴⁹⁵.

Como vemos, la Corte ha sostenido que no rige el concepto de estabilidad propia respecto del personal de las sociedades del Estado, a partir de la aplicación del derecho laboral a los dependientes de tales entes⁴⁹⁶.

⁴⁹⁴ CSJN, 21/02/2017, “Sapienza, Matías Ezequiel y otros c/Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual y otro s/Acción de Amparo”, AR/JUR/151/2017.

⁴⁹⁵ CSJN, 27/10/2015, “Luque, Rolando Baltazar c. Sociedad del Estado Casa de Moneda s/ despido”. Fallos 338:1104.

⁴⁹⁶ La aplicación del régimen laboral a los empleados de las sociedades estatales se remonta a sendos precedentes jurisprudenciales donde se estableciera dicho criterio respecto del personal subordinado de las empresas del Estado regidas por Ley 13.653. En el primero, fallado por la Corte Suprema en el año 1959 in re: “Etcheverry, Juan Raúl c. Aerolíneas Argentinas”, Fallos 244:196, se estableció que: “*Cualquiera sea el régimen jurídico que el directorio de la Empresa del Estado Aerolíneas Argentinas haya establecido para el actor -que la demandó ante la Justicia Nacional del Trabajo, por despido- no media en el caso relación de empleo público ni, en consecuencia, constituye la jurisdicción federal un privilegio específico e indescognoscible, si aquél no integraba las autoridades de la empresa ni tenía a su cargo funciones de dirección, gobierno o conducción ejecutiva, sino que desempeñaba tareas manuales de mecánico*”

20. Aplicación de los regímenes de incompatibilidades al personal de las sociedades estatales

Conforme vimos que el concepto de funcionario público alcanza también al personal directivo de las empresas estatales, corresponde la aplicación de las normas vigentes en materia de incompatibilidades funcionales. En tal sentido, sostuvo la PTN en el asesoramiento al que remite el anteriormente citado⁴⁹⁷ que dicho empleado no puede percibir simultáneamente su remuneración como Director de esa entidad bancaria y un beneficio previsional, debiendo optar por uno de esos emolumentos⁴⁹⁸.

21. Doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Huelga. Cesantía masiva

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió ante la Corte una demanda contra la República de Panamá para decidir sobre la violación a la CADH en los actos de aquél que derivaron en la destitución de 270 empleados públicos participantes en una huelga por reclamos salariales, a quienes se acusó de complicidad con una asonada militar. Solicitó, asimismo, declare contraria a la Convención la aplicación retroactiva de la ley que autorizó la medida. El Estado alegó la grave situación de emergencia que amenazaba la seguridad nacional. La Corte declaró la existencia de infracción, entre otros, al debido proceso y al derecho de asociación.

En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración pública tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos -en el caso, se denunció a la República de Panamá por la destitución arbitraria de 270 empleados públicos participantes en una huelga-, razón por la cual es importante que su actuación se encuentre regulada. no pudiendo invocar el orden público para dictar actos sancionatorios sin otorgar a los administrados la garantía del debido

principal; formando parte del "personal" ligado a la demandada por un convenio colectivo". El segundo se trató de un fallo plenario de la Cámara Nacional del Trabajo de fecha 29-08-1961, en autos: "Imperiali, Danli J. c. Yacimientos Petrolíferos Fiscales" (LA LEY 104, 618) donde se fijó la siguiente doctrina: "Los empleados y obreros de Yacimientos Petrolíferos Fiscales que no tienen funciones de dirección, gobierno o conducción ejecutiva de la empresa, se encuentran vinculados a la misma por una relación de derecho privado".

⁴⁹⁷ Dict. N° 468/04, 17 de noviembre de 2004. Expte. N° 01-0267091/03. Ex Ministerio de Economía. (Dictámenes 251:520).

⁴⁹⁸ Asumiendo una posición contraria a la precedente, la CSJN entendió que no resultaba incompatible el desempeño de la función pública con el simultáneo cargo de director de una sociedad anónima con participación estatal mayoritaria (CSJN, 20-02-2001, "Hourquescos, Vicente D. c. T.C.N.", LA LEY 2001-D, 666; Fallos 324:309).

proceso, entendido en los términos del art. 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos⁴⁹⁹.

III. Jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes sobre el tema

A modo de reseña, en los últimos años, el máximo tribunal correntino⁵⁰⁰ se ha expedido en varios asuntos atinentes a la relación de empleo público, como ser, al declarar la validez constitucional del art. 1 de la ley 5.574 que prioriza el ingreso a la docencia de quienes tengan residencia en la provincia⁵⁰¹; o al considerar contrario a la solución mentada en los artículos 5 y 6 del decreto 334/90 (ratificado por ley 4.434), inspirada en razones de interés público, sostener que corresponde mantener la percepción del adicional “compensación funcional” a quien no cumple las funciones de conducción y responsabilidad⁵⁰².

1. Ejercicio transitorio de un cargo superior (art. 26, ley 4067). *Ius variandi*. Caso “Sarli”.

Resulta razonable que cesado dicho ejercicio sus haberes sean los correspondientes a su situación de revista, pues si bien todo empleado público tiene la legítima expectativa de progresar en el escalafón y que, en caso de reunir las condiciones requeridas, podría hacerlo, ello no se traduce en un derecho adquirido al ascenso⁵⁰³.

2. Difieren de este último los casos “Gasparetti” y “Machado”.

⁴⁹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, 02/02/2001, “Baena, Ricardo y otros”, LA LEY2001-D, 573, Cita Online: AR/JUR/3365/2001.

⁵⁰⁰ Que integro desde el 14-12-2015.

⁵⁰¹ STJ Corrientes, Cax-1263/13 - "Britos Mirtha Raquel c/Estado de la Provincia de Corrientes (Instituto Superior de Servicio Social Remedios de Escalada de San Martin) y/o Q.R.R. s/Amparo", Sentencia N° 2 del 22-02-2017.

⁵⁰² STJ Corrientes, Exp 48787/10 - "Diaz, Javier Antonio c/Instituto de Previsión Social de la Provincia de Corrientes s/Amparo", Sentencia N° 13 del 28-06-2017.

⁵⁰³ STJ Corrientes, Exp 86249/12 - "Sarli Hugo Osmar c/Instituto de Obra Social de Ctes. y/o Estado de la Provincia de Ctes. s/ Amparo", Sentencia N° 14 del 7-07-2017.

En el primero⁵⁰⁴, se ponderó que, “VI.- ... a diferencia de lo fallado en "Sarli" (Sent. N° 14/2017) en el que se había rechazado la acción de amparo fundado en que la asignación de funciones al actor en el cargo de Jefe del Departamento Jurídico del IOSCOR había sido en forma transitoria en el marco que establece el Estatuto del Empleado Público (ley 4.067), en tanto el art. 26 de la ley 4.067 prevé que en caso de ausencia temporaria o definitiva de los titulares de cargos superiores se podrá disponer su cobertura mediante la designación transitoria de funciones, con arreglo a las disposiciones que establezca la reglamentación”.

“En el caso de autos, sin embargo, en el acto de asignación interina de funciones de Jefe de Departamento de Higiene y Desinfección de la Dirección General de Saneamiento Ambiental se dispuso de modo expreso que el "interinato" se extendería hasta tanto se designe en forma definitiva a un agente que apruebe el concurso de antecedentes y oposición de acuerdo a la normativa municipal vigente. Y, no habiéndose cumplido la expresa condición que el mismo municipio se autoimpuso al designar al actor de modo "interino", considero que ello resulta suficiente para confirmar la invalidez del acto administrativo que dejó sin efecto la asignación interina de funciones de Jefe de Departamento del área previamente sindicada”.

“Ello es así, pues la Administración sujetó el nombramiento definitivo al acaecimiento de una condición resolutoria que es el llamado a concurso público de antecedentes y oposición para cubrir el cargo vacante. Lo que no significa - como lo aclara la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Silva Tamayo" (Fallos: 334: 1909)- que la Administración quede inerte durante el transcurso de ese plazo, sino que lo podrá hacer si existieran fundadas razones para apartar al agente en su cargo interino”.

“Es decir que no basta con alegar genéricamente cuestiones de organización, reestructuración o reasignación de funcionarios, sino que se debe especificar el motivo concreto por el que no es posible mantener transitoriamente al agente hasta tanto no se cumpla con la condición a la que se sujetó el nombramiento, debiendo verificarse los recaudos que para todo acto administrativo exige la ley de procedimientos administrativos y no escudarse en la invocación de facultades discrecionales”.

⁵⁰⁴ STJ Corrientes, Expediente N° EXP - 102273/14, caratulado: "Gasparetti, José Carlos Eugenio c/ Municipalidad de la Ciudad de Corrientes s/Amparo (contencioso)", Sentencia N° 28 del 21-11-2017.

En el caso “Machado”⁵⁰⁵, a diferencia del precedente “Sarli”, “... en el acto de asignación interina de funciones como Director de la Dirección Legal dependiente de la Subsecretaría de Ingresos Públicos de la Secretaría de Economía y Finanzas (resolución 159-2014, rectificada por resolución 2174-14) se dispuso de modo expreso que el “interinato” se extendería hasta tanto se realice el llamado a concurso de antecedentes y oposición contemplado en el art. 83 de la Carta Orgánica Municipal... no habiéndose cumplido la expresa condición que el mismo municipio se autoimpuso al asignar al actor funciones de Director de modo “interino”, considero que ello resulta suficiente para confirmar la invalidez del acto administrativo que dispuso su traslado al Juzgado de Faltas 5”.

“Ello es así, pues la Administración sujetó el nombramiento definitivo al acaecimiento de una condición resolutoria que es el llamado a concurso público de antecedentes y oposición para cubrir el cargo. Lo que no significa -como lo aclara la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Silva Tamayo” (Fallos: 334:1909)- que la Administración quede inerte durante el transcurso de ese plazo, sino que lo podrá hacer si existieran fundadas razones para apartar al agente en su cargo interino”.

“En ese sentido, las supuestas “necesidades propias del servicio debidamente justificadas” invocadas por el municipio no encuentran su correlato en las constancias de la causa, siendo insuficiente la genérica exposición de cuestiones de organización, reestructuración o reasignación de funciones, puesto que se debe especificar el motivo concreto por el que no es posible mantener transitoriamente al agente hasta tanto se cumpla con la condición resolutoria a la que se sujetó el nombramiento o la asignación definitiva de la función...”

3. Plan Jefes y Jefas de Hogar creado por decreto 565/2002

En el caso “Lapalma”, se analizó la situación de un beneficiario de un plan social⁵⁰⁶. Al respecto, se ponderó que el Plan Trabajar se inicia en 1996 como un programa de empleo transitorio implementado por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (MTEySS) y consiste en otorgar un beneficio de ciento cincuenta pesos (\$150) mensuales

⁵⁰⁵ STJ Corrientes, Expediente N° EXP 116132/15, caratulado: "Machado, José Roberto c/ Municipalidad de la Ciudad de Corrientes s/ Amparo". Sentencia N° 32 del 11-12-2017.

⁵⁰⁶ STJ Corrientes, Expediente N° STD 16/7, caratulado: "Lapalma, Modesto Alfredo c/Municipalidad de Curuzú Cuatiá - Corrientes s/ Accion Contenciosa Administrativa", Sentencia N° 5 del 9-02-2017. En análogo sentido, Expediente N° ST1 25217/5, caratulado: "Sánchez, Julio César c/ Municipalidad de Curuzú Cuatiá - Corrientes s/ Demanda Contenciosa Administrativa ", Sentencia N° 36 del 24-04-2017.

no remunerativos, cobertura de salud y seguro por accidente a aquellas personas en situación de desempleo y de pobreza, a cambio de la realización de una contraprestación laboral, en general, para la realización de proyectos comunitarios orientados a satisfacer necesidades socialmente relevantes de la población con menores recursos. En 1997 se rediseña con el objetivo de mejorar el alcance de las acciones conociéndose como Trabajar II y en 1998 por Resolución 327/98 del Ministerio de Trabajo se crea su última versión, Trabajar III, que finaliza en el año 2002.

Y, el “Programa Jefes y Jefas de Hogar Desocupados”, conocido como Plan Jefes y Jefas de Hogar, se crea en abril de 2002 y consiste en el pago de una ayuda económica con el fin de “garantizar el derecho familiar de inclusión social”, a partir de asegurar la concurrencia escolar de los hijos y el control de la salud; la incorporación de los beneficiarios a la educación formal o su participación en cursos de capacitación laboral y su inclusión en proyectos productivos o en servicios comunitarios (contraprestación), prorrogándose sucesivamente hasta fines de 2007.

Ergo, está claro que el actor no podía revestir la calidad de beneficiario del Plan Jefes y Jefas de Hogar Desocupados, el 16 de junio de 1999 pues, no había sido creado aún, lo que permite concluir que en ese momento percibía el Plan Trabajar III, situación que resulta corroborada por el listado de beneficiarios tenido a la vista cuya copia obra a fojas 29. Pero también lo está, en tanto lo admite el municipio demandado y surge de las mismas constancias reseñadas más arriba, que al momento de ser intervenido quirúrgicamente por segunda vez, esto es, en el año 2006, el actor era beneficiario del Plan Jefes y Jefas de Hogar, en cuyo marco realizaba las actividades que le fueran asignadas como contraprestación.

Sentado ello, 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 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. (dto. 565/02 y su reglamentación).

En tal sentido, se ha pronunciado reiteradamente la jurisprudencia 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.

Por ejemplo, la Corte Suprema de Buenos Aires dijo que: “El Programa Jefes de Hogar establecido por el decreto nacional N° 562/2002 tiene por objeto `brindar una ayuda económica a sus titulares indicados en el art. 2º, con el fin de garantizar el Derecho Familiar a la Inclusión Social´ tendiente a asegurar: a) la concurrencia escolar de los hijos, así como el control de salud de los mismos; b) la incorporación de los beneficiarios a la educación formal; c) su participación en cursos de capacitación que coadyuven a su reinserción laboral; d) su incorporación en proyectos productivos o en servicios comunitarios de impacto ponderable en materia ocupacional -art. 3º. El decreto mencionado denomina `beneficio´ a la retribución concedida -arts. 5º y 6º-, debiendo entenderse como un subsidio otorgado en el marco de una actividad de fomento por parte de un programa implementado por la administración nacional y descentralizado operativamente en cuanto a su ejecución a través de cada Provincia y por medio de los municipios” (SCBA, B 68051, I 13/10/2004, Wakula, Alejandro c. Municipalidad de La Costa y otro s/ Accidente de Trabajo. Conflicto de competencia. Art. 7º inc. 1, ley 12.008). Y el Superior Tribunal de Justicia de Jujuy, ha dicho lo propio en los autos “Salas Amelia Gladis c/ Estado Provincial s/ indemnización derivada de accidente de trabajo”, el 19 de marzo de 2014 (MJ-JU-M-86240-AR | MJJ86240)...

En síntesis, la orfandad probatoria señalada impide determinar con suficiente certeza, que la espondilolistesis sufrida por el actor obedeciera a una lesión repentina generada, según sus propios dichos “[...] cuando al levantar una porción de tierra la misma se traba con una raíz siente un dolor insoportable en la espalda baja, a la altura de la cintura que le imposibilita seguir con la tarea.”, siendo lo consignado en la historia clínica del 14 de octubre de 1999 la única prueba de ello, aunque, obviamente, tratándose de referencias dadas al médico tratante por el mismo actor su valor es relativo, así como el porcentaje de incapacidad determinado por su propio médico sin someterse a una junta al efecto y también, que su condición se agravara al cumplir, el día 8 de agosto de 2005, la orden de

“[...] bajar las maderas – a pesar de conocer la situación de imposibilidad física del mismo – de los palcos oficiales.”, extremos necesarios para establecer la responsabilidad que el actor atribuye al municipio... Se rechaza la demanda.

4. Ausencia de contratación formal.

En un caso⁵⁰⁷ donde no mediaba contratación formal, se expresó que “... En primer término, está claro que el actor no ha ingresado como empleado del municipio en alguna de sus plantas (permanente o transitoria), previo cumplimiento de los requisitos previstos por la normativa vigente y aplicable al momento del alegado inicio de la pretendida relación laboral, consecuentemente, no corresponde reconocerle la titularidad de los derechos emergentes del régimen de empleo público. Máxime, si mientras duró aquella relación, consintió tanto la modalidad como las retribuciones pactadas, la que constituye una conducta deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz”.

“En consonancia con ello, no puede soslayarse que Vargas no ha reclamado su reincorporación como empleado municipal ni exigido en esta instancia judicial que se regularizara su situación laboral, solamente pide la indemnización por la ruptura indirecta del vínculo y demás rubros previstos por la Ley de Contrato de Trabajo, a pesar que tampoco existe acto expreso que lo incorpore al régimen de dicha ley”.

“Siguiendo esa línea de razonamiento, podemos concluir que se trata de una locación de servicios, que no se instrumentó por escrito, en virtud de la que el actor se comprometió a realizar tareas de albañilería, limpieza, electricidad, etc. en el club social del municipio, a cambio de un pago previamente acordado con algún funcionario o empleado que no representaba la voluntad de la administración (art. 1623 del Código Civil entonces vigente)”.

“Y, la prestación de estos servicios cuando las circunstancias lo requerían, sin carga horaria y con libertad para realizar otras tareas de manera autónoma o bajo relación de dependencia, el pago de sumas estipuladas entre las partes y la falta de subordinación jerárquica y disciplinaria habida cuenta que los extremos señalados por el actor no han sido probados, permiten concluir que no se trataba ni era asimilable a una relación

⁵⁰⁷ STJ Corrientes, IXP 52000305/9. "Vargas, Oscar David c/ Municipalidad de Ituzaingó (Corrientes) s/ Recurso Facultativo", Sentencia N° 174 del 6-10-2016.

subordinada de empleo público o privado, lo que determina, a mi criterio, la suerte adversa de la demanda”⁵⁰⁸.

“A mayor abundamiento, cabe señalar que tanto la doctrina y jurisprudencia han expresado que “...La forma verbal no está excluida del actuar administrativo (Artículo 8° in fine, Ley N° 19.549, y Art. 115° Ley 3460) y es en las órdenes o instrucciones de servicio impartidas por un órgano superior a otro que le está subordinado, donde tiene una de sus manifestaciones más frecuentes”, (Revidatti, Derecho Administrativo, T. I, p. 215; Diez, Derecho Administrativo, 2ª ed., T. II, p. 257; Fiorini, Derecho Administrativo, 2a. ed., T. I, p. 429; Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo, T. 3, cap. X, p. 15), citados en el Plenario “Multicambio S.A. c/ B.C.R.A. s/ ordinario” del 1°-10-1985 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Carattini, Marcelo Gustavo: “Fallos Plenarios -Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal”, Edición actualizada y anotada al año 2004, Ediciones RAP, Bs. As., p. 181). De allí se ha sostenido, por ejemplo, que un agente debía obedecer las órdenes por tratarse de un "acto administrativo verbal", que tenía presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria (conf. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 08/04/2008, Charpin, Osvaldo José c. Estado Nacional -Poder Judicial de la Nación –CSJN, Fallos 331:536”).

“También se ha aceptado incluso la manifestación tácita o implícita de voluntad (vgr., art. 119 Ley 3.460 de Procedimientos Administrativos), remarcando que "... la voluntad, en principio, puede declararse de cualquier forma. En este sentido, la forma es elemento esencial del acto administrativo, pues, si la voluntad no se manifiesta de alguna manera no existe acto jurídico. Como regla general, una forma determinada no es elemento necesario para que exista acto administrativo, pero, para algunas categorías o especies de actos administrativos, las leyes obligan al sujeto titular del poder administrativo a declarar su voluntad de una manera determinada" (ESCUIN PALOP, Vicente, El acto administrativo implícito, p. 75, Civitas, 1999, Madrid”).

“En tal sentido, ha dicho la Corte Suprema que “No es posible hacer lugar a una acción basada en obligaciones que derivan de acuerdos verbales ..., cuando, en razón de la normativa aplicable, los contratos administrativos con un objeto como el de las

⁵⁰⁸ En idéntico sentido, se ha pronunciado por mayoría la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en la causa "Fernández, Fanny Hortensia contra Provincia de Buenos Aires (Registro Provincial de las Personas). Demanda contencioso administrativa", B. 58.690, por sentencia del 4 de octubre de 2006.

prestaciones reclamadas se deben celebrar con las formalidades que establece el derecho administrativo para su confección” (CSJN, 31/07/2012, “Lix Klett SAIC v. Biblioteca Nacional — Sec. de Cultura de la Nación”, APJD 21/08/2012). Y es el caso, justamente, de la contratación administrativa, siendo el de empleo público una de sus especies, donde la forma escrita y expresa adquieren el carácter de condición sine qua non, tanto si fuese el acto expreso para la sujeción a la LCT (conforme su art. 2 inc. a), y CSJN, 30/04/1991, “Leroux de Emede, Patricia S. c. Municipalidad de Buenos Aires”, DT 1991-B, 1847 - DJ 1992-1, 3), como si se tratara de un vínculo de empleo público transitorio o permanente”. “Con arreglo a lo expuesto, corresponde rechazar íntegramente la demanda, con costas al vencido...”.

5. Inaplicabilidad del régimen laboral sin acto expreso que así lo disponga.

En un caso⁵⁰⁹ se entendió que: “... tratándose de un empleado público, no cabe duda que la relación del mismo con la municipalidad demandada, constituye una típica vinculación jurídica de empleo público, por lo que, la regulación referida a ellas no está comprendida dentro del derecho privado sino del derecho público y el administrativo, en particular”.

“La Corte Suprema de Justicia de la Nación viene afirmando que no es admisible sostener que la relación de empleo se halla regida por la ley laboral común frente a la existencia de un régimen jurídico específico que reglamenta los derechos de los dependientes del organismo estatal y a la disposición del artículo 2º inciso a) de la LCT, según el cual el régimen no es aplicable a los dependientes de la administración pública, salvo que por acto expreso se los incluya en éste o en el de las convenciones colectivas de trabajo. (CSJN, “Leroux de Emede, Patricia c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, Fallos 314:376)...”

“En primer término, cierto es, que más allá de esa manifestación, el actor no ha demostrado que, efectivamente, la municipalidad demandada ha incorporado su personal al régimen de ningún convenio colectivo de trabajo y, ante la falta de acto expreso de inclusión en el régimen de la LCT o en el de un CCT, no puede considerarse aplicable esa ley pues, carece de operatividad la excepción prevista en el artículo 2 inciso a) de la misma”.

⁵⁰⁹ STJ Corrientes, Expediente N° LXP 41001542/9, caratulado: "Fernández, Hugo Daniel c/ Municipalidad de Paso de los Libres (Ctes.) s/ laboral", Sentencia N° 119 del 7-09-2017.

“Siguiendo esa línea de razonamiento y, considerando que el actor pretende, en rigor, la aplicación del salario mínimo, vital y móvil garantizado por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional y previsto por el artículo 116 de la LCT que, según prescriben los artículos 139 y 140 de la ley 24.013 es determinado por el Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil, para todos los trabajadores comprendidos en la LCT (20.744, t.o. 1976) y sus modificatorios, en el Régimen de Trabajo Agrario, de la Administración Pública Nacional y de todas las entidades y organismos en que el Estado Nacional actúe como empleador, debe ponderarse como gravitante para la solución del caso el criterio del Máximo Tribunal de la Nación, según el cual, la protección que otorga la Constitución Nacional al trabajo en sus diversas formas no debe buscarse en un plexo jurídico extraño a aquel dentro del cual se desarrolló la relación, sino en el marco del derecho administrativo, destinado a regular las relaciones - regulares o no- que establezca el Estado con las personas. (CSJN, 3-3-93, "Perretta Herrera, Walter Alfredo y otros c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", Fallos 316:245)”.

“Resulta evidente entonces, sobre tal base, que a falta de un acto voluntario expreso e inequívoco de parte de la municipalidad demandada, así como de una norma legal en tal sentido, la cuestión ventilada debe enmarcarse en el ámbito del derecho público, ajustándose a las previsiones del derecho administrativo”.

“Y, dentro de ese marco jurídico, cabe concluir que el actor carece de un derecho subjetivo administrativo que legitime su reclamo pecuniario, en tanto las normas vigentes y aplicables, en el caso concreto la ordenanza 040/85 que aprueba el Estatuto del Personal Municipal, resolución reglamentaria 406/85 y modificatorias 124/06 y 196/12, no se lo han conferido en los términos pretendidos, no existiendo acto administrativo concreto o norma alguna que incluya a los empleados de la Municipalidad de Paso de los Libres entre los beneficiarios del salario mínimo, vital y móvil establecido por el Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil y tampoco se observa que haya impugnado el régimen local, en legal tiempo y forma, por lo que cabe acudir a la uniforme doctrina seguida por la Corte Suprema en relación a los derechos patrimoniales, señalando que el voluntario sometimiento de los interesados a un régimen jurídico, sin expresa reserva, determina la improcedencia de su impugnación ulterior con base constitucional, y que, las garantías atinentes a la propiedad privada pueden ser renunciadas por los particulares expresa o tácitamente. (Fallos 327:2905, considerando

5° y los allí citados)”⁵¹⁰.

6. Apartamiento del precedente “Vargas”.

En el caso “Morel”⁵¹¹, se apartó del criterio sentado en aquél, por sus particularidades.

“En primer término, surge que el actor no ha ingresado como empleado del municipio en alguna de sus plantas (permanente o transitoria), previo cumplimiento de los requisitos previstos por la normativa vigente y aplicable al momento del alegado inicio de la pretendida relación laboral, consecuentemente, no correspondería reconocerle la titularidad de los derechos emergentes del régimen de empleo público. Máxime, si mientras duró aquella relación, consintió tanto la modalidad como las retribuciones pactadas, la que constituye una conducta deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz”.

“En consonancia, repárese que Morel no reclama su reincorporación como empleado municipal ni exige en esta instancia judicial que se regularice su situación laboral, solamente pide la indemnización por la ruptura indirecta del vínculo y demás rubros previstos por la Ley de Contrato de Trabajo, a pesar que tampoco existe acto expreso que lo incorpore al régimen de dicha ley”.

“Siguiendo esa línea de razonamiento, tal como lo he hecho in re "Vargas Oscar David c/Municipalidad de Ituzaingó (Corrientes) s/Recurso Facultativo" - IXP 52000305/9 donde recayera la sentencia 174 fechada el 16 de octubre de 2016, podríamos concluir que se trata de una locación de servicios, que no se instrumentó por escrito, en virtud de la cual el actor se comprometió a realizar distintas tareas en el cementerio del municipio, a cambio de un pago previamente acordado con algún funcionario o empleado que no representaba la voluntad de la administración (art. 1623 del Código Civil entonces vigente)”.

“Ahora bien, en el presente caso, a diferencia del citado precedente, se reconoce en forma expresa que el actor prestaba servicios para el municipio diariamente, de lunes a viernes, cumpliendo una jornada laboral de cinco (5) horas en el turno mañana, de 07,00 a 12,00

⁵¹⁰ En análogo sentido, STJ Corrientes, Expediente N° ST1 25989/6, caratulado: "Fernández, Pedro R. c/ Municipalidad Gdor. Martínez s/ Acción Contenciosa Administrativa", Sentencia N° 142 del 26-12-2017.

⁵¹¹ STJ Corrientes, Expediente N° STD 632/9, caratulado: "Morel, Valentín c/ Municipalidad de Caa Catí - General Paz s/ Acción Contenciosa Administrativa", Sentencia N° 13 del 3-03-2017.

horas, pagándole el jornal consignado en las planillas aportadas con dicha contestación de demanda, lo que permite suponer también, la subordinación jerárquica y disciplinaria corroborada además, por los testimonios rendidos en autos, extremos que traslucen, en principio, la utilización de una figura jurídica no autorizada legalmente como la del “peón jornalizado” para desarrollar tareas propias del municipio de manera estable, con una evidente desviación de poder que tuvo como objetivo encubrir una designación permanente dada la prolongación del vínculo en el tiempo (veinte años), bajo la apariencia de una locación de servicios u obra, entre otras razones, para no hacer los aportes sociales o asumir las responsabilidades como empleador”.

“Y esto es algo que debe ser corregido, debiendo los organismos específicos de control de la hacienda pública investigar, individualizando a los responsables y efectuándoles el consiguiente cargo patrimonial”.

“Ello sin perder de vista a quienes, como el actor, durante años no tuvieron otra opción pues, aquella dación de trabajo informal, inestable, sin vínculo del actor con la municipalidad de Caa Catí, la jornada laboral cumplida y las sumas ya percibidas por el Sr. Morel, no pueden negársele los derechos constitucionalmente garantizados por el artículo 14 bis de la Constitución nacional, por lo que, se estima justo y equitativo reconocerle los servicios prestados y el consecuente derecho a una jubilación digna...”

Por ello, se hace lugar parcialmente a la demanda, “condenando a la Municipalidad de Caá Catí a liquidar y pagar las diferencias de haberes generadas a partir del 10 de julio de 2005 en adelante, efectuando los aportes correspondientes conforme al principio de suficiencia, esto es, considerando el tiempo de duración del vínculo así como la retribución prevista para el personal de maestranza en la categoría en la que hubiera correspondido encuadrar al actor conforme la naturaleza de las tareas prestadas por él que oportunamente deberá acreditar de manera fehaciente la misma demandada, con costas a cargo de esta última...”

7. Caso “Gunther”⁵¹². Diferencia con los casos “Ambrogio” y “Ramos” de la CSJN.

⁵¹² STJ Corrientes, Expediente N° ST1 24365/4, caratulado: “Gunther, Ricardo O., Meza Juan C., Orgón Francisco J., Escalante, Gustavo J., Erro Ramón E., Balbuena, Rodolfo E., Lima, Antonia C., Mentasti, 190

“... VI.- Despejada esa cuestión y habiéndose establecido en autos el carácter transitorio de la vinculación jurídica existente entre los actores y el Estado, no podemos soslayar el hecho que, dicha vinculación obedeció, de manera específica, a la necesidad de contar con personal idóneo para realizar esas tareas específicas de asistencia y apoyo técnico dentro del Servicio de Asistencia a Pequeños Productores (SAPP), designado por ley 4270 como Unidad Ejecutora Provincial del “Programa de Crédito y Apoyo Técnico a Pequeños Productores del Noreste Argentino”, desarrollado en el marco de convenios que debían celebrarse entre la Provincia y la Nación, subsidiarios de los celebrados para su financiamiento entre la Nación, el Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola (FIDA) y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), por el término, en principio, de seis años según prescribe el artículo 5 de dicha ley 4270”.

“Por tanto, la continuidad de las contrataciones luego de finalizado dicho programa y aún cuando este se prorrogara o la provincia continuara, sin perjuicio de su finalización, con esas tareas específicas de asistencia y apoyo técnico, no justifica un cambio de su situación de revista”.

“Hasta aquí, cabe atenernos a los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que en el fallo recaído el 23 de agosto de 2001 en “Vaquero, Mónica S. v. Ministerio del Interior de la Nación”, juzgó que la aceptación de contratos presididos por regímenes de inestabilidad, aún para cumplir tareas de carácter permanente, impide el reclamo emergente de la estabilidad del empleo; en “Marignac” (Fallos 310:2927) sostuvo que si el agente pretendía obtener los beneficios derivados de la estabilidad, debió haber cuestionado su designación con carácter transitorio cuando debía cumplir tareas permanentes y en la causa “Gil” (Fallos 312:245) continuó con la misma línea, haciéndola extensiva a las prórrogas o renovaciones, con sustento en que el voluntario sometimiento a un régimen, sin reservas expresas, comporta un inequívoco acatamiento que determina la improcedencia de su impugnación ulterior”.

“Conforme a ellos, está claro que, vencidos los contratos, los actores debieron cesar en la prestación de servicios y la subsistencia de tal relación jurídica durante más tiempo que el originariamente previsto al establecerse el programa que generó la necesidad de contratarlos, no modifica su naturaleza transitoria, puesto que la contratación de agentes

Mario E., Romero, Margarita R., Bartra Vazquez, Lady y Migoya, Ricardo P. c/Estado de la Pcia. de Corrientes s/Acción Contenciosa Administrativa”, Sentencia N° 46 del 5-06-2017.

para cubrir necesidades específicas del servicio no es una facultad discrecional sino reglada, en forma expresa, por la ley 4067, cuyo artículo 13 establece en su inciso a) que en el caso de los celebrados a plazo fijo, dicho plazo no podría ser mayor de 12 meses y el agente debe cesar en sus funciones al vencimiento, salvo que medie renovación, precisamente, lo que ocurrió con los actores, quienes cesaron luego de sucesivas prórrogas”.

“De allí entonces, que la cuestión se diferencia de las decididas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos “Ramos” (Fallos 333:311) y “Ambrogio” (Fallos 335:1251), porque, nuestra ley 4067 no limita la posibilidad de renovación de los contratos como sí lo hace el Régimen para el Personal de Investigación y Desarrollo de las Fuerzas Armadas aprobado por decreto 4381/73 en virtud del cual había sido contratado Ramos y no hubo en autos designación en planta permanente por acto expreso de la administración como sí sucedió con aquellos agentes contratados para prestar servicios como paratécnicos en el marco de las campañas desarrolladas por la Comisión de Lucha contra la Garrapata y la Sarna, perteneciente a la Comisión Conjunta Ejecutiva Sur creada por convenio entre la Nación y la Provincia de Corrientes”.

“Resulta esclarecedor lo establecido en el citado caso “Ramos”, en su Considerando 8º), donde expresara, en punto a la improcedencia de la reincorporación de los contratados, lo siguiente: “...En particular, no puede sostenerse que el actor tenga derecho a la reincorporación en el cargo. Esa conclusión 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 Nacional, y que toda erogación que se aparte de estos límites resulta ilegítima (artículos 75, inciso 8 de nuestra Carta Magna y 29 de la ley 24.156). Al respecto, cabe recordar que la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional 25.164 establece un régimen diferenciado para empleados que ingresen como planta permanente y para aquellas personas contratadas o designadas como transitorias. En lo que aquí interesa, el artículo 8 sólo reconoce estabilidad a quienes ingresen a cargos pertenecientes al régimen de carrera, y cuya financiación esté prevista en la Ley de Presupuesto. En tales condiciones, si se atribuyera estabilidad a quien no ha sido incorporado con los requisitos y medios de selección previstos para el ingreso a la carrera administrativa, no sólo se estaría trastocando el régimen previsto por la ley 25.164; sino que también se estaría alterando el monto autorizado por el legislador, en forma diferenciada, para financiar gastos correspondientes

a personal contratado y personal permanente. De esta manera, la cuestión aquí debatida se diferencia de la decidida por esta Corte en la causa “Madorrán” (Fallos: 330:1989), porque en aquel supuesto el actor había sido designado como empleado de la planta permanente y, como tal, tenía derecho a la estabilidad en su cargo...”

“Sintetizando, los respectivos contratos de locación de servicios que unían a los actores con la administración, o sea, aquellos cuya suscripción fue autorizada por decreto 259/02, se extinguieron por cumplimiento del plazo expresamente establecido por dicho acto administrativo (art. 150, ley 3460) y no, como pretenden los actores, debido a una vía de hecho. Circunstancia que sella la suerte de la presente acción, puesto que, no advirtiéndose la denunciada violación de los derechos subjetivos a la estabilidad ni a la carrera administrativa, la pretensión de reincorporación a la planta de personal de la administración pública no puede prosperar”.

“Cabe señalar que, recientemente, el Máximo Tribunal Nacional sostuvo, en un caso de docentes interinos de universidades nacionales – que no obstante coincide con el punto aquí ventilado en torno a la ausencia de estabilidad - el actor no puede pretender el derecho a permanecer en el cargo más allá del tiempo por el que fue designado o el que le permiten las normas vigentes, así como que el nombramiento interino se extingue por el mero transcurso del tiempo previsto al momento de la designación, sin que se requiera el dictado de acto alguno por parte de las autoridades universitarias que así lo determine (CSJN, 03-05-2017, “Ryser, Walter Adolfo c/ Universidad Nacional de Catamarca s/ apelación art. 32 ley 24.521”, FAL CSJ 512/2013 (49-R)”.

“VII.- Finalmente, no procede el reclamo de salarios caídos, considerando que, según pacífica y reiterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que este Tribunal acata (ver sentencia 49 del 05.06.02 recaída en autos “Fernández, Adolfo Oscar c/ Municipalidad de la ciudad de Goya -Corrientes- s/ Recurso Facultativo” Expte N° 14.924/98, entre otros) desde que la Corte la estableciera, precisamente, en la causa 439.XXXI. “Cúneo, Alberto A. y Fagetti, Carlos H. c/ Honorable Senado y Estado de la Provincia de Corrientes” – Fallos 319:2507, tramitada originariamente ante éste Tribunal local, no corresponde, como regla, el pago de remuneraciones por funciones no desempeñadas durante el período que media entre la separación del agente público dado ilegítimamente de baja y su reincorporación, salvo disposición legal expresa y específica en contrario (Fallos 308:732; 313:473; 316:2922; 319:2507, entre muchos otros)”.

“Mucho menos, en el caso de autos, cuando ni siquiera se ha declarado tal ilegitimidad y no procede, en consecuencia, la reincorporación de los actores como tampoco la pretendida indemnización de los daños y perjuicios supuestamente ocasionados por la falta de renovación de sus contratos que invocaron pero no probaron”.

IV. Algunos supuestos de ejercicio privado de funciones públicas

1. Escribanos

El caso de los escribanos amerita una consideración especial, pues se trata de profesionales liberales, ajenos a la organización estatal, a quienes, no obstante, el Estado les transfiere una cuota de poder público a los fines de dar fe de los actos jurídicos pasados en su presencia, ejerciendo de ese modo una verdadera función pública.

Desde esa óptica, colaboran con la gestión pública desde un verdadero ejercicio privado de la profesión, sin comprometer con su actuación irregular la responsabilidad estatal.

Al respecto, sostuvo la CSJN argentina, al tratar de determinar si la actividad del escribano de registro constituye una modalidad dentro de la categoría de los funcionarios públicos, con las consecuencias legales que de ello derivan y que son las que cabe considerar o, por el contrario, el ejercicio de una profesión, bien que dotada del atributo de la fe pública y sometida a una particular relación con el Estado que se manifiesta a través del acto de la investidura, el control y las facultades disciplinarias, pero que no participa "stricto sensu" de aquel carácter, consideró que:

“... si bien no caben dudas de que como fedatario cumple una función pública por la investidura con la que el Estado lo somete a su superintendencia (arts. 17, 35 y sigtes., ley 12.990), es evidente que no se presentan las notas características de la relación de empleo público que permitan responsabilizarlo por las consecuencias de su desempeño. En efecto, no existe dependencia orgánica respecto de los poderes estatales cuyas plantas funcionales no integra, no está sometido al régimen de jerarquía que le es propio ni se dan a su respecto otras características de un vínculo permanente con la administración como puede serlo, en su medida, la remuneración...”⁵¹³

⁵¹³ CSJN, 18-12-1984, “Vadell, Jorge F. c. Provincia de Buenos Aires”, Fallos 306:2030, Considerando 10º.

Incluso en fecha más reciente, al evaluarse la constitucionalidad de una norma legal que les impone a los escribanos la función de actuar como agentes de información de operaciones sospechosas de lavado de dinero al organismo estatal competente – Unidad de Información Financiera⁵¹⁴ -, la CSJN se expidió a favor de la validez de la adjudicación de dicho deber de colaboración con este último⁵¹⁵, expresando en tal sentido:

“... cabe concluir que el régimen legal impugnado en autos satisface el requisito de ser previsible y no vulnera, por ello, el principio de legalidad. En efecto, de acuerdo al art. 21, inc. b, de la ley 25.246, para calificar de sospechosa a la actividad y, por ende, tener que reportarla a la UIF, los escribanos públicos deben examinar si aquella es “inusual”, si tiene “justificación económica o jurídica” o es de “complejidad inusitada o injustificada”, lo que no constituye una tarea de difícil realización para quienes, dada su condición de profesionales universitarios, deben tener cabal conocimiento de los negocios jurídicos en los que intervienen como fedatarios, de modo de poder discernir si sus características son habituales o no, si determinadas modalidades suelen presentarse en la práctica, si se entiende la finalidad del negocio y cuál es el provecho —económico o no— para sus otorgantes, o si se trata de una operación novedosa, caso en el cual cabe presumir que se hallan en condiciones de desentrañar su real sentido”.

“Para llevar a cabo esa labor, los notarios cuentan, además, con la lista de las dieciséis hipótesis previstas en el art. 19 de la resolución UIF 21/2011, que si bien no agotan todas las posibilidades, delimitan en importante medida la tarea de evaluación a su cargo. Al respecto, corresponde señalar que, a diferencia de lo argüido por el recurrente —que no desarrolló agravios concretos relacionados con cada una de tales hipótesis—, los supuestos allí contemplados son suficientemente descriptivos de las situaciones “Sospechosas” que pueden presentarse en una actividad que, como se expresó, es de por sí compleja y dinámica”.

“Obsérvese que sobre el particular, la resolución aludida sigue en este punto a las Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), en cuanto aconseja que debe exigirse a los notarios —entre otros profesionales— que reporten las “operaciones sospechosas” cuando, en nombre de un cliente o por un cliente, se

⁵¹⁴ Creada por ley 25.246 de Encubrimiento y Lavado de Activos de Origen Delictivo.

⁵¹⁵ CSJN, 4-09-2018, “Colegio de Escribanos de la Provincia de Bs. As c. PEN s/ sumarísimo”, LA LEY 01/10/2018, 7, con nota de Natalio P. Etchegaray; LA LEY 17/10/2018, 4, con nota de Rodrigo Padilla y Macarena M. Villagra Vélez; AR/JUR/47018/2018, Considerando 8º del voto de la mayoría.

involucren en una transacción financiera con relación a la “compra y venta de bienes inmobiliarios; administración del dinero, valores y otros activos del cliente; administración de las cuentas bancarias, de ahorro o valores; organización de contribuciones para la creación, operación o administración de empresas” y “creación, operación o administración de personas jurídicas u otras estructuras jurídicas, y compra y venta de entidades comerciales” (pros. 22 y 23 del documento conocido como las “Cuarenta Recomendaciones”).

Conforme surge de ambos precedentes, advertimos un paulatino incremento de las obligaciones encomendadas a los escribanos, quienes de ese modo colaboran con la gestión pública tendiente a prevenir el lavado de dinero, erigiéndose en un caso de participación de sectores de la sociedad civil en cometidos públicos, sin formar parte de la organización estatal.

2. Encargados de Seccionales de Registro Nacional de Propiedad del automotor. Evolución jurisprudencial

El caso del acápite merece destacarse pues ha mediado una evolución jurisprudencial a su respecto, ya que originariamente se los reputaba profesionales liberales, trazando un paralelo con la situación acaecida con los escribanos, para luego considerarlos funcionarios públicos, a los efectos de tornar aplicables a su respecto las normas sobre incompatibilidades de éstos.

Al respecto, en un primer momento, sostuvo la CSJN:

“... Que además en el ámbito del art. 86, inc. 1º, de la Constitución Nacional -al referirse a los "empleados de la administración"-, no puede incluirse al titular de un registro cuya regencia implica el ejercicio de una profesión liberal, con las características remuneratorias y responsabilidades propias de éstas, corriendo a su cargo la provisión del local necesario y del personal; ello autoriza a tener presente disposiciones constitucionales que protegen al ejercicio de aquéllas, como la doctrina de esta Corte lo ha hecho en el caso de escribanos (doc. de Fallos: 300:794 consid. 12; confr. doctr. de Fallos: 281:140, a contrario sensu), para los cuales ha admitido, además, que es plausible someterlos al juicio de tribunales establecidos para ellos, en lo referente al ejercicio de su profesión (Fallos: 233:203), lo que guarda analogía con el especial mecanismo

establecido en el artículo cuestionado de la ley 20.167 para la remoción de titulares de registros de automotores...”⁵¹⁶

Sin embargo, posteriormente, viró el concepto en torno a dichos titulares registrales, merced además a un cambio normativo operado a su respecto, expresando que:

“... el art. 1º del decreto 2265/94 sustituyó el art. 1º del decreto 644/89, por el siguiente texto: “Los registros seccionales que conforman el Registro Nacional de la Propiedad del Automotor y el Registro Nacional de Créditos Prendarios, estarán a cargo de un encargado de Registro. Los encargados de Registro son funcionarios públicos dependientes de la Dirección Nacional de los Registros Nacionales de la Propiedad del Automotor y de Créditos Prendarios y deberán ejercer sus funciones registrales en la forma y modo que lo establezca la ley, sus reglamentaciones y las normas que al efecto disponga la referida Dirección Nacional. Los encargados serán designados por el Ministerio de Justicia y removidos por éste, previo sumario y por las causales establecidas taxativamente en la ley (art. 40 del decreto-ley 6582/58 ratificado por la ley 14.467 —t. o. por dec. 4560/73— y sus modificatorias). La función del encargado de Registro no constituye relación de empleo, y ésta se regirá en los aspectos orgánico funcionales por las normas del presente decreto y las que al efecto dicte el Ministerio de Justicia y la Dirección Nacional de los Registros Nacionales de la Propiedad del Automotor y de Créditos Prendarios”. También sustituyó el art. 7º del decreto 644/89, el que ahora se refiere al régimen de los colaboradores que asisten a los encargados de Registro (conf. art. 2º del decreto 2265/94)...”⁵¹⁷

“... del análisis de las normas del régimen de los encargados de Registro y fundamentalmente de los fines que persiguen las normas regulatorias, considero que

⁵¹⁶ CSJN, 02-08-1983, “Moncunill, Jorge F. c. Caja de Jubilaciones y Pensiones de la Provincia de San Juan”, Fallos 305:980, AR/JUR/124/1983.

⁵¹⁷ CSJN, 29-06-2010, “Longombardo, Marta Cristina y otro c. EN Mº J. DNRA y Créditos Personales”, Fallos 333:1133, AR/JUR/29189/2010. Del Dictamen de la Procuración General al que la Corte adhiere. Agrega en la última parte – justificando el viraje jurisprudencial – que “*Finalmente, considero que no resulta aplicable para resolver la controversia que se suscita en estos autos la doctrina de Fallos: 305:981 —citado por el a quo—, en el que se había caracterizado como ejercicio de una profesión liberal a la que desarrollan los encargados de Registros, asimilándolos a la situación de los notarios. Así lo entiendo, porque las normas que se dictaron luego de dicho precedente y que regulan específicamente aquella actividad, difieren en la calificación asignada. En efecto, el marco jurídico vigente expresamente dispone que los encargados son funcionarios públicos dependientes de la Dirección Nacional de los Registros Nacionales de la Propiedad del Automotor y de Créditos Prendarios y, por lo tanto, no se puede seguir considerando que ejercen una profesión liberal como sí lo hacen los escribanos. Todo ello permite concluir en que los encargados de Registro están alcanzados por las disposiciones del régimen del decreto 8566/61*”.

corresponde hacer lugar a los agravios del apelante, toda vez que tales disposiciones no permiten afirmar que dichos funcionarios se encuentren excluidos del ámbito de aplicación del régimen aprobado por el decreto 8566/61... porque tal exclusión no surge ni expresa ni implícitamente del régimen que regula de manera directa la actuación de tales funcionarios, sino que, por el contrario, un examen atento e integral de sus disposiciones conduce a sostener que sí están alcanzados por el sistema general de incompatibilidades por acumulación de cargos que prevé el decreto recién citado...”⁵¹⁸

Aún cuando en la actual regulación son funcionarios públicos, y como tales, órganos del Estado, resulta interesante ver que en otro momento no lo fueron, siendo equiparados a quienes cumplen funciones públicas desde un ejercicio privado, participando de ese modo en la gestión pública.

No obstante, veremos en el punto siguiendo la situación en la que se encuentran los empleados de los Registros Seccionales de la Propiedad Autonotor, bajo el régimen de entes cooperadores.

3. Entes cooperadores. La denominada Administración concertada

El sistema de los denominados entes cooperadores, reglados por diferentes leyes nacionales en la Argentina, merece también su consideración en el marco del presente trabajo, pues constituye una clara muestra de lo que se dio en llamar la “Administración concertada”⁵¹⁹, como modo de colaboración de particulares en la gestión pública.

Expresa GÜEMES que “El sistema de los entes cooperadores viene a ser una forma de asociación público-privada que prevé que la Administración pública pueda celebrar convenios de cooperación técnica y financiera –sin cargo para el Estado– con entidades públicas o privadas, tendientes a la realización de distintos cometidos públicos”⁵²⁰.

⁵¹⁸ El citado temperamento lo mantuvo en CSJN, 02-07-2013, “Loza, Sibiardo c. Estado Nacional y otros”, Fallos 336:844, APJD 03/10/2013.

⁵¹⁹ DELLARROSA, Marcelo Luis, “La Administración concertada, entes cooperadores y convenios de colaboración técnica y financiera, con relación a la ley N° 25.453”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 299, pp. 81-88. Comenta dicho autor el caso – también allí publicado – de la CNACAF, Sala IV, 14-11-2002, Causa N 15.678/01, “Rojas Alberto c/ EN - M Justicia y DDHH - Ley N° 25.453 s/ amparo Ley N° 16.986”.

⁵²⁰ GÜEMES, María Belén, “Los entes cooperadores, el sistema presupuestario y el empleo público”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 442, pp. 69-90, comentando el fallo de la

Siguiendo la tesis de GORDILLO⁵²¹, DIANA expresa que “Los entes cooperadores son públicos aunque no se encuentran en la órbita estatal, debido a que fueron expresamente excluidos por el legislador en su norma de creación. Pero ello no elude la satisfacción directa o indirecta del interés público comprometido en el fin que legalmente se le ha asignado y la existencia de un control público de su ejecución presupuestaria. Aunque suene contradictorio, vale cuestionarse si realmente los entes cooperadores no son estatales, máxime si el fin que persiguen estas entidades es de utilidad general, pese a que carezcan de potestades públicas. También, si la naturaleza de su actividad es o no estatal, tomando como base la calificación jurídica del legislador”⁵²².

Para entender que son los entes cooperadores, considero atinado acudir a la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación de Argentina, quien desde su labor asesora ha ido forjando tanto el fundamento normativo de aquéllos, como la naturaleza tanto de las contribuciones que en recursos materiales y humanos brindan a diversos órganos y entes estatales, como a la relación habida entre quienes cumplen funciones bajo ese régimen.

Así, en punto a la naturaleza de los convenios celebrados por la Administración Pública con los entes cooperadores⁵²³, se ha sostenido que:

“Los convenios cuya celebración autorizaron las leyes 23.283 y 23.412 exhiben, como rasgo distintivo, la presencia de personas jurídicas ajenas a la esfera estatal que voluntariamente y con anuencia del poder público, concurren con sus recursos a complementar la prestación de un servicio público. No reciben aportes ni subsidios del

CNACAF, Sala III, 25-06-2015, “Berto, Graciela Nora y otros c/ ACARA Ente Cooperador y otro s/ empleo público”.

⁵²¹ GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, Fundación de Derecho Administrativo, Tº I, 1ª Edición, Buenos Aires, 2013, p. XIV-9.

⁵²² DIANA, Nicolás, “Un acercamiento a la regulación de los entes cooperadores en la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación”, *RDA* 2010-74-1151, Sección: DOSSIER, AP/DOC/4732/2012.

⁵²³ Algunos de los convenios suscriptos se destacan: la Asociación de Concesionarios de Automotores de la República Argentina (ACARA) y la Cámara de Comercio Automotor (CCA) que funcionan como entes cooperadores de la Dirección Nacional de Registro del Automotor; el del Registro de la Propiedad Inmueble con el Colegio de Escribanos como ente cooperador, la Federación Argentina de Colegios de Abogados (FACA) con el entonces Sistema Argentino de Informática Jurídica (SAIJ) –INFOJUS– y la Dirección Nacional de Datos Personales; la ley como ente cooperador con la Dirección Nacional del Registro Oficial; la Asociación de Industriales y Comerciantes de Artículos para Caza y Pesca –AICACYP– como ente cooperador del Registro Nacional de Armas –RENAR–; el Ente Cooperador Penitenciario –ENCOPE– con la Secretaría de Asuntos Penitenciarios del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y el Ente Cooperador Ley Nº 24.200 en el ámbito de la Superintendencia de Riesgos del Seguro.

Estado. Tampoco el Estado administra sus fondos, ni los guarda o conserva; no participa en su patrimonio social ni en la formación de sus decisiones societarias”⁵²⁴.

Acerca de si son funcionarios públicos quienes, contratados por el ente cooperador, cumplen funciones en organismos públicos, y en aras a resolver el dilema que supone serlo y estar incurso en el deber de denunciar los delitos que lleguen a su conocimiento, y el deber de guardar secreto profesional – en el caso de los abogados –, la PTN ha dicho:

“Los abogados contratados por un ente cooperador con arreglo a las leyes 23.283 y 23.412 que trabajan en los "Centros de Asistencia Jurídica Comunitaria" no revisten calidad de funcionarios públicos en los términos del artículo 77 del Código Penal y, por ende, no están alcanzados por la obligación de denunciar impuesta por el artículo 177 del Código Procesal Penal de la Nación; ni incurrirán, por omisión de denuncia, en el delito penado en el artículo 277 del Código Penal”, razón por la cual, “... su deber de guardar el secreto profesional debe prevalecer sobre el de denunciar las acciones delictivas perseguibles de oficio que les transmitan sus consultantes, a excepción de que haya justa causa de revelación -cuya existencia debe ser en cada caso discernida en base a diferentes parámetros-, o autorización fehaciente del consultante...”⁵²⁵

En cuanto a los fondos que aportan los entes cooperadores, y su carácter extrapresupuestario⁵²⁶, se ha expedido también el Alto organismo asesor en los siguientes términos:

“Los fondos que se recaudan en el marco de los convenios suscriptos al amparo de las leyes 23.283 y 23.412, así como los sujetos a los que corresponde su propiedad, administración y conservación se encuentran fuera del ámbito de control que establece la ley 24.156, pues dichos fondos no participan de ninguno de los extremos requeridos por la referida ley”.

“El régimen de control establecido por la ley 24.156 comprende no sólo a los organismos y entidades que integran el amplio espectro de la denominada Administración Pública centralizada y descentralizada, sino también a las organizaciones privadas beneficiarias de aportes y subsidios estatales, y aquellas otras instituciones o fondos cuya

⁵²⁴ PTN, Dictámenes 210:42; 206:315; 280:096 bis, entre muchos otros.

⁵²⁵ PTN, Dictámenes 199:145.

⁵²⁶ PTN, Dictámenes 206:315.

administración, guarda o conservación hubiera sido confiada al Estado Nacional a través de sus jurisdicciones o entidades”.

“En cuanto a la naturaleza jurídica del denominado fondo de cooperación técnica y financiera, la particularidad más saliente está dada por la circunstancia de que no integra el presupuesto general ni tampoco se incorpora al patrimonio del Estado, sino al de entidades públicas no estatales o privadas que contribuyen con los fondos recaudados a la satisfacción de un servicio público”.

“La vinculación de actividad desarrollada en dos esferas distintas -la pública y la privada- evidencia caracteres especiales: a) el control de la autoridad o organismo beneficiario como forma de impedir la desnaturalización de sistema en detrimento de los fines de interés general que están en juego; b) la gratuidad de esa prestación en tanto la entidad privada no recibe lucro alguno por su accionar; c) el aporte necesario para hacer efectiva la ayuda, proveniente de los recursos propios de la entidad particular. De esta forma ya sea que el mentado auxilio consistiera en trabajo personal, bienes materiales o inversiones financieras, su costo queda a cargo de los recursos que las entidades cooperadoras puedan afectar, excluyendo necesariamente del ámbito específico de la cooperación a fondos públicos; d) la concesión de facilidades, por parte del poder público, para incentivar la actividad de las organizaciones colaboradoras y posibilitar el incremento de los fondos destinados al mejoramiento de sus servicios (autorización para el cobro de ciertas prestaciones)”.

“El sistema implementado por las leyes 23.283 y 23.412 revela inequívocamente que dichos fondos no sólo se encuentran fuera del presupuesto, sino que además por su naturaleza y alcances son extraños al giro financiero patrimonial del Estado. Refuerza esta conclusión la circunstancia de que la ley 23.283 se ha preocupado de instituir un sistema de control específico para fiscalizar la correcta asignación de recursos”.

Luego de despejar la naturaleza de tales entes, no puedo silenciar las críticas que dicho sistema ha generado desde diferentes lugares, y que pone en tela de juicio el acierto de la elección de tales medios de colaboración. En especial, ante situaciones de crisis económicas donde para superarlas se produjeron reducciones en los haberes de los agentes públicos, no alcanzando – a fin de equilibrar las cuentas públicas – a los fondos extrapresupuestarios, como son los que gestionan los entes cooperadores.

Así, en el caso “Rojas”, citado más arriba⁵²⁷, se sostuvo:

“... VIII.1. En relación con el punto, el tribunal no puede omitir poner de manifiesto, de un modo especial por la magnitud y el volumen de las sumas involucradas, que el sacrificio exigido a los destinatarios de la retribuciones afectados por la reducción prevista en el artículo 10 de la ley 25.453 también resulta írrito frente al destino y empleo de fondos "extrapresupuestarios" provenientes de la implementación de diversos convenios celebrados por el Estado Nacional en el marco del Sistema de Cooperación Técnico Financiero previsto, entre otras, en las leyes 17.050, 23.283 y 23.412, que quedan fuera de las directivas de la mencionada ley 25.453”.

Seguidamente, recordó el tribunal que:

“... A) Mediante dichos regímenes legales se facultó al Poder Ejecutivo para que éste autorizase la celebración de convenios con entidades públicas o privadas que tuviesen por objeto la cooperación técnica y financiera con determinados organismos del Estado Nacional (conf., entre otras, leyes 17.050, 23.283 y 23.412 y 23.980). B) En el marco de dichos convenios de cooperación, y mediante erogaciones obligatorias a cargo de los particulares, los distintos "entes cooperadores" perciben fondos que provienen de la realización de actividades vinculadas con cometidos públicos (expendio de formularios y carpetas; timbrados; venta de ejemplares o publicaciones oficiales; individualización y rúbrica de libros; rectificatoria, transferencia y pedido de informes; cuotas de suscripción y conexiones a centros de información; etc.), fondos que, a su vez, deben ser destinados, según lo determinen las respectivas autoridades administrativas, también al cumplimiento de cometidos de índole pública (adquisición, locación, comodato o usufructo de inmuebles, automotores, maquinarias, equipos, programas de computación, muebles y elementos de trabajo en general para el Estado Nacional o sus entidades descentralizadas; locación de obras o de servicios; contratación de seguros respecto de los bienes y del personal de la autoridad administrativa; contratación de personal especializado; otorgamiento de "incentivos" a los agentes permanentes a través de estímulos pecuniarios o becas; pagos de gastos de publicidad, transporte, correspondencia, mensajería, movilidad, viáticos y representación; y otras inversiones o gastos para los fines previstos -confr. los artículos 4º, inciso 2, de la ley 17.050; 4º y 5º de la ley 23.283, y 1º de la ley

⁵²⁷ CNACAF, Sala IV, 14-11-2002, Causa N 15.678/01, “Rojas Alberto c/ EN - M Justicia y DDHH - Ley N° 25.453 s/ amparo Ley N° 16.986”.

23.412-). C) Sin embargo, los fondos percibidos mediante dichos regímenes, al no ingresar de modo formal en el Presupuesto Nacional, quedan al margen de los recursos destinados a lograr el equilibrio de las cuentas públicas del presupuesto nacional, que el Estado debe fijar en cumplimiento de la ley 24.156 y el artículo 8° de la Constitución Nacional. D) Asimismo, por igual razón, como sostuvo la propia demandada, sobre el destino de dichos fondos no se practica, en su caso, la "reducción proporcional" ordenada en el artículo 10 de la ley 25.453 (confr. puntos I.1., I.3. y I.5. del informe del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, a fs. 103/104)...”

Resulta problemática la previsión de tales fondos extrapresupuestarios, en especial en contextos de emergencia, pues el sacrificio exigido a la comunidad en tales circunstancias no computa a aquéllos, generando tratos desiguales.

Desde la doctrina, IVANEGA ha criticado tales fondos, expresando que “... la no inclusión de estos fondos en el Presupuesto de la Administración Pública Nacional transgrede la propia ley de administración financiera del Estado N° 24.156 y sus principios”⁵²⁸.

Por su parte, GÜEMES⁵²⁹, al comentar el fallo “Berto” citado, se sorprende expresando que: “Llama la atención la solución a la que arriba la mayoría de la Sala III en este fallo, señalando que el blanqueo salarial de los incentivos salariales pretendido llevaría a la ratificación elíptica de un sistema que se encuentra en pugna con el ordenamiento jurídico por ausencia de certeza sobre su régimen y falta de controles efectivos”, añadiendo que “Pareciera que la ratificación del sistema viene dada, por el contrario, al denegar el blanqueo salarial y admitir sin más la existencia de un sistema paralelo al de la Administración, al que no se le aplican las normas de orden público del sistema previsional argentino...”

También RODRÍGUEZ⁵³⁰ ha sostenido que “... la proliferación de fideicomisos y fondos de entes cooperadores, quizás, ponga en crisis una problemática que es hora de asumir respecto del modo de gestión administrativa y presupuestaria...”

⁵²⁸ IVANEGA, Miriam M., “La inconstitucionalidad de la Ley N° 25.453 a partir del análisis de los fondos provenientes de los entes cooperadores”, en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 43, Buenos Aires, Lexis-Nexis - Depalma, 2003, p. 165.

⁵²⁹ GÜEMES, María Belén, “Los entes cooperadores...”, pp. 75-76.

⁵³⁰ RODRÍGUEZ, María José, “Los entes cooperadores como mecanismo auxiliar de la gestión administrativa”, en *Cuestiones de organización estatal, función pública y dominio público*, Jornadas 203

Superando las críticas expresadas, considero – al igual que DELLARROSA – que “el sistema de cooperación se revela como un método de organización administrativa de carácter novedoso, para llevar a buen término la gestión del Estado. Se enmarca, dentro de lo que la doctrina denomina contratos de colaboración, a los que el Dr. Marienhoff definía como aquellos en los cuales el cocontratante, contribuye con su actividad a que la Administración Pública cumpla funciones específicas o satisfaga fines públicos propios del Estado”⁵³¹.

Constituye, pues, un modelo de cooperación entre la sociedad civil y el Estado con miras a la satisfacción de intereses públicos.

No obstante, en fecha reciente la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina consideró que el Estado Nacional resultaba responsable por un accidente sufrido por un empleado unido bajo la modalidad “ente cooperador”, siendo su empleador el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, con prestación de servicios en el Registro de la Propiedad Inmueble, reputando para ello la existencia de un único contrato de trabajo que unió al causante con el Colegio referido y, en forma indirecta, con el Estado Nacional⁵³².

Asimismo, tuvo en cuenta – para descalificar la sentencia del tribunal inferior - que “... la remuneración mensual, normal y habitual del causante, devengada por la prestación de tareas a favor del Registro de la Propiedad Inmueble, estaba compuesta por diversos rubros que afrontaba el demandado y por el denominado "Categoría Estado" a cargo del Estado Nacional...”, y que “... al calcular la indemnización por muerte solo sobre la base de los rubros que abonaba la demandada, soslayó que existió un único contrato de trabajo que unió al causante con el demandado y, en forma indirecta, con el Estado Nacional y que la remuneración que percibía el trabajador por sus tareas, en el marco de ese contrato, incluía el rubro "Categoría Estado" (fs. 143 y 284/290). Además, no ponderó que, conforme a la normativa que estimó aplicable al caso, los rubros en cuestión deben ser abonados en forma íntegra por el empleador y en caso de pluralidad de empleadores o

organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2012, pp. 463-472, en especial en esta última.

⁵³¹ DELLARROSA, Marcelo Luis, “La Administración concertada...”, p. 83, citando a MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Bs As, 1993, Abeledo-Perrot, 4 edición actualizada, Tomo II, Título Quinto, Cap. IX, p. 195.

⁵³² CSJN, 13-11-2018, “Albornoz, María Elena c/ Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires s/ indemnización por fallecimiento”, FAL CNT 21671/2009.

interposición de personas la responsabilidad será solidaria (arts. 7 de la ley 17.050 y 26, 29, 74, 245, 248 de la LCT), sin perjuicio de las acciones civiles que puedan ejercer entre ellos...”

Conforme este último precedente, la circunstancia de que se trate de personas ajenas a la organización estatal, en tanto colaboran en el ejercicio de funciones públicas, proyectan tales contratos efectos hacia el Estado en ciertos aspectos, como en el caso, en materia de cobertura por los infortunios laborales.

4. Los contratos públicos celebrados por sujetos ajenos a la organización estatal

En el acápite analizaré dos casos donde se aprecia un fenómeno de participación de personas no estatales *lato sensu* en la posición que normalmente ocupa el sujeto estatal en las relaciones contractuales regidas por el Derecho Público.

4.1. Caso “Schirato”⁵³³.

Allí se consideró de carácter administrativo a un contrato celebrado por una cooperadora escolar y un empresario particular por entenderse que en dicha oportunidad la cooperadora había actuado por delegación del Ministerio de Cultura y Educación, en el marco de un contrato de obra pública.

El caso reviste especial interés por cuanto ha sido uno de los pocos donde el Máximo Tribunal ha abandonado la exigencia de la presencia estatal como uno de los presupuestos mínimos para que podamos hablar de contrato administrativo⁵³⁴.

En su comentario, BARRA ha postulado entonces que los pronunciamientos de las diferentes instancias constituyen una manifestación del “... fenómeno de la participación

⁵³³ CSJN, 15-04-1982, "Schirato, Gino c. Estado nacional", Fallos 304:490. El caso además se ha publicado, con las setencias de primera (30-10-1980) y segunda instancia (21-03-1981), en *LA LEY* 1982-D, 356, AR/JUR/3112/1982, con nota de BARRA, Rodolfo Carlos, “Los sujetos auxiliares de la administración en el contrato de obra pública”.

⁵³⁴ A tal criterio lo hallamos plasmado en el voto del juez Fayt en el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso "Dulcamara c. Entel", del 29/03/90, Fallos 313:376, donde el citado juez caracterizó al contrato de la siguiente manera: "... los contratos administrativos constituyen una especie dentro del género de los contratos, caracterizados por elementos especiales, como 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". Criterio luego ratificado por la Corte en pleno en el caso “Cinplast IAPSA v. Entel”, 02-03-1993, Fallos 316:212.

de los particulares en la situación que corresponde al sujeto público en la relación jurídica de derecho administrativo...”, cuya doctrina “... trasciende en mucho al ámbito de ese instituto para prolongarse en los cada vez más numerosos casos de gestión de cometidos administrativos por los llamados "sujetos auxiliares de la Administración Pública".

De alguna manera, entendió que el fenómeno se entronca en la figura de la "delegación transestructural de cometidos", que permite al ente privado tomar el lugar del sujeto público en la relación jurídica administrativa, lugar que este último hubiera ocupado de no mediar tal delegación transestructural.

“De esta manera – agrega el autor -, en el marco de la delegación y en lo que resulte esencial para el cumplimiento del cometido público delegado, la relación jurídica entablada por estos entes (que, insisto, siguen siendo privados) estará regida por el Derecho Administrativo, salvo en aquello que se muestre como esencialmente contradictorio con la naturaleza jurídico-privada del ente (v. gr., normas sobre competencia; estabilidad de su personal; relación jerárquica con otra persona u órgano estatal, etcétera).

También el profesor GAUNA se ha inspirado en dicho precedente para enarbolar su trabajo ya citado sobre el ejercicio privado de funciones públicas⁵³⁵.

Allí, explicando la perspectiva jurídica del fenómeno, expresa que “... Este acontecimiento de la participación de los administrados en las funciones y actividades de la Administración Pública, requiere todavía hoy de un esclarecimiento orgánico y sistemático que la realidad legislativa y aún doctrinaria no ha explicitado suficientemente, por lo que puede decirse que el tema alcanza ribetes espinosos que el derecho administrativo debe afrontar y resolver, ya que las numerosas y crecientes actividades que el Estado debe desplegar han producido un fuerte impacto en las formas de gestión, que obviamente alcanza a los modelos institucionales y categorías jurídicas que se van generando como respuesta ante nuevas y diferentes necesidades...”⁵³⁶

Añade, luego de reseñar las distintas posiciones doctrinarias al respecto, una que postula “... que las situaciones generadas por las participaciones de los sujetos de derecho privado

⁵³⁵ GAUNA, Juan Octavio, “Ejercicio privado de funciones públicas”, *La Ley* 1990-D, 1205, luego incluido en GAUNA, Juan Octavio, *Derecho Administrativo (Luces y sombras)*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2018, pp. 39-48. En el caso Schirato intervino el nombrado como juez de primera instancia.

⁵³⁶ En parte, por cierto, es lo que estoy tratando de hacer en el presente trabajo de tesis.

en las funciones administrativas se explican: por la figura de la descentralización impropia; por la delegación intersubjetiva o por la delegación transtructural...”⁵³⁷

Entre las consideraciones más relevantes que fluyen del fallo analizado, se destacan las siguientes que sintetizo a continuación:

- No surge de la letra ni del espíritu de las normas tenidas en cuenta⁵³⁸, que el Estado nacional fuera, como pretende, un tercero en las relaciones contractuales que formalizarían; antes bien, resulta claro que actuaría por delegación de facultades a través de las entidades intermedias, correspondiendo su responsabilidad por la forma de financiar la obra, por su destino y por el contralor que ejercería de los bienes, así como para las atribuciones que poseía, sin que merezca como razonable extender la misma a dichas entidades en términos que exceden los límites impuestos por las propias normas.

- Las asociaciones cooperadoras adheridas al convenio de colaboración no quedan desvinculadas del Estado, que se reserva para sí los derechos de supervisión, inspección y contralor tanto en el aspecto técnico cuanto en el administrativo, así como también la posibilidad de iniciar las acciones legales que correspondan cuando, por causas que no le fueran imputables, se suspendan o se paraliquen los trabajos contratados⁵³⁹.

- La asociación cooperadora obró gestionando intereses ajenos, recayendo el objeto del convenio sobre la mejora de un bien de dominio público, posibilitada por el aporte emanado de manera preponderante del Tesoro Nacional, con imputación presupuestaria e intervención del Tribunal de Cuentas. En las condiciones señaladas, se advierte que por delegación expresa emanada de las leyes que regulan la materia, la cooperadora escolar asume una gestión de conformidad con el especial sistema que se adopta para ayudar a la acción del Estado en uno de sus fines específicos, como lo es velar por la educación primaria, sin que la responsabilidad que se le atribuye exceda el marco de una razonable interpretación de las normas en juego.

⁵³⁷ Expone en referencia al Consejo de Estado francés- citando a BENOIT-, “... que también se ha expedido sobre la cuestión sosteniendo que en determinadas circunstancias los sujetos privados se encuentran habilitados para dictar actos administrativos Monpeurt 1942; Morand 1946; Maguier 1961) (13); como también la posibilidad de que dos sujetos de derecho privado celebren contratos administrativos (arrêt Prade 1938; Leduc 1961)”.

⁵³⁸ Leyes 16.727 y 17.764, decreto reglamentario 5633/67, y normas anexas, complementarias y de interpretación que a aquel efecto se dictaron.

⁵³⁹ Recordemos que en el caso de declaró la responsabilidad del Estado por las contrataciones realizadas por asociaciones cooperadoras de escuelas, en su carácter de entidades intermedias en virtud de las normas antes citadas que reglan la materia.

Como podemos advertir, en la causa se parte del carácter de entidad delegada del Estado nacional quien actuara como comitente de una obra pública, actuando de manera vicarial respecto de aquél, razón por la que se considera que el contrato celebrado es un contrato administrativo⁵⁴⁰.

4.2. Caso “Pluspetrol”⁵⁴¹

En fecha más reciente, la Corte Suprema argentina se ha pronunciado en el caso de referencia, que guarda con el anterior la coincidencia de que la parte actora ha invocado en la causa la aplicación del precedente “Shirato” en su favor, a efectos de postular su actuación como delegado del gobierno federal y así asignar carácter administrativo al contrato de construcción, operación y mantenimiento (C.O.M.) celebrado con una concesionaria de transporte de energía eléctrica⁵⁴².

⁵⁴⁰ La figura del vicario fue utilizada por la Corte Suprema argentina en un caso donde un ente local (en el caso de la Ciudad de Buenos Aires) actuara en dicho carácter en cumplimiento de normas federales, resputándose de carácter federal el acto resultante y la competencia de los tribunales, expresando en tal sentido que la “... Comisión Municipal de la Vivienda, que ejecuta las disposiciones y directivas de la autoridad nacional en cuya jurisdicción funciona el FONAVI (arts. 1º, 2º, 12 y 19 de la ley 21.581), resulta controvertido un acto de la administración central, aunque emitido por el órgano de gestión local del sistema, que actúa de modo vicario y por comisión en el cumplimiento de la ley federal (art. 19 y concs. De la ley 21.581, v. Fallos: 308:393) (CSJN, 18-12-2001, “Oliveira, José Manuel c/ Comisión Municipal de la Vivienda s/ escrituración CMV”, Fallos 324:4491).

⁵⁴¹ CSJN, 22-05-2007, “Pluspetrol Energy S.A. c. Ente Nacional Regulador de Electricidad”, Fallos 330:2286, AR/JUR/3186/2007. En dicho caso, una sociedad dedicada a la generación y comercialización de energía eléctrica dedujo apelación contra las resoluciones del ENRE que dispusieron aplicar el coeficiente de estabilización de referencia al contrato de construcción, operación y mantenimiento de un banco de capacitores en una estación transformadora, celebrado con otra sociedad que fue citada como tercero. La Cámara de Apelaciones confirmó las resoluciones cuestionadas. La recurrente dedujo recurso extraordinario, que fue parcialmente concedido. Sostuvo que al contrato mencionado le son aplicables las normas sobre renegociación establecidas en la ley de emergencia 25.561 y no la “pesificación”. La Corte Suprema confirmó la sentencia cuestionada (síntesis extraída de La Ley Online).

⁵⁴² Conforme surge de las consideraciones del Dictamen de la Procuradora Fiscal – al que la Corte adhiere –, la firma actora “... Manifiesta que debía aplicarse al presente caso la doctrina que surge de Fallos 304:490 en los autos “Schirato, Gino c. Estado Nacional (Ministerio de Cultura y Educación) y Cooperativa Escolar 14”, de cuyos argumentos puede derivarse que el contrato COM es un negocio jurídico donde el Estado Nacional no puede ser considerado un tercero. Expone que, aun cuando en esta clase de contratos la relación jurídica aparece constituida por dos sujetos privados, uno de ellos, sin embargo, actúa como delegado de la Administración Pública, ejecutando cometidos públicos que conforman el contenido de dicha delegación (Ampliación del Sistema de Transporte de Energía Eléctrica en Alta Tensión –Servicio Público–), por lo cual la relación es de derecho público. Asimismo, explica que el contrato COM está regido por normas del derecho público, donde la participación de los privados –como comitentes originales– lo es en carácter subsidiario del Estado, pues quienes han de solventar la ampliación son los beneficiarios y usuarios –que exceden a los comitentes– y las instalaciones objeto del contrato están afectadas al servicio público (transporte de energía eléctrica de alta tensión) con todos sus elementos típicos. En ese orden de ideas, afirma que los arts. 8º y 9º de la ley 25.561, al comprender a “todos los contratos administrativos”, incluye a los contratos COM, por su indudable carácter de contratos administrativos, razón por la cual no cabe duda de que deben ser objeto de renegociación con el Estado Nacional...”.

La pretendida invocación se sustentaba en que de resultar administrativo el contrato, le sería aplicable el régimen de pesificación análogo a los contratos celebrados por el Estado, en el marco del proceso de renegociación contractual mentado en la Ley 25.561⁵⁴³.

Dicha norma diferenció claramente dos situaciones: los contratos celebrados por el Estado con prestadores de servicios públicos, a los que los pesificó a la relación 1 peso igual a 1 dólar, y los sujetó al régimen de renegociación contractual; y por otro lado, los contratos entre particulares, a los que les estableció la pesificación más un coeficiente de estabilización de referencia (C.E.R.).

Por tal motivo, la empresa actora pretendía ser encuadrada en el primer supuesto, porque aún cuando el contrato se celebrase entre dos personas jurídicas privadas, sostuvo que una de ellas actuara en comisión y por delegación estatal⁵⁴⁴.

No obstante, el Máximo Tribunal no lo consideró de dicho carácter, no obstante reconocer que se trataba de un contrato regido por el Derecho Público o administrativo, aunque sin ser un contrato administrativo, apelando para ello a la necesidad de que el Estado – *lato sensu* – fuese una de las partes.

Para así resolver, y luego de analizar todas las normas que componen el marco regulatorio de la energía eléctrica, ponderó que:

“...las ampliaciones de transporte de energía eléctrica están afectadas al servicio público de transporte y se ejecutan para cumplir una finalidad que resulta de innegable carácter público. Si bien esta modalidad contractual no sería, propiamente, una concesión estatal otorgada a un particular, pues las convenciones son celebradas entre empresas privadas y solventadas por los beneficiarios particulares, cierto es que afectan el servicio público dado en concesión por el Estado Nacional. De allí que son realizadas bajo un sistema de concurso público, sometidas a principios regulatorios de transparencia, no discriminación, requisitos técnicos de construcción, operación y prestación del servicio, todo ello bajo el control del Estado... propias del ámbito dentro del cual tiene vigencia el derecho público, pero ello, claro está, no quiere decir que todo convenio que suscriba

⁵⁴³ El régimen de renegociación de contratos públicos en Argentina se analiza en el capítulo II de la presente.

⁵⁴⁴ Expresa la Procuradora Fiscal – a lo adhiere la Corte – que “... El tema en debate exige –a mi entender– determinar si a los contratos COM –celebrados entre dos empresas privadas como se explicará a continuación– les resultan aplicables las normas del Capítulo II de la ley 25.561 –como postula la apelante– o bien el art. 11 de igual ley y los decretos 214/02 y 320/02, como lo decidió el a quo...” (Punto V.-).

el concesionario constituya un acuerdo regido por esta rama del derecho. Justamente lo que parece ponerse de manifiesto en el ordenamiento jurídico, a través de esta modalidad excepcional y atípica de contratos, es el esquema institucional que el marco regulatorio del sector eléctrico prevé para permitir la expansión de la infraestructura necesaria para mejorar la prestación del servicio concesionado, mediante el aumento de la capacidad de transporte de energía eléctrica, para que dicho servicio no se altere o se deje de prestar por el simple hecho de que el titular de la concesión, dado su carácter monopólico, no pueda invertir para ejecutarla él mismo. Desde esta óptica, entiendo que la Administración Pública no es absolutamente ajena a los contratos COM, sino que, por el contrario, tiene un papel destacado antes, durante y después de la incorporación de esta nueva infraestructura al sistema de transporte de energía eléctrica...”.

Sostuvo COVIELLO⁵⁴⁵ en su comentario al fallo, luego de reseñar sus antecedentes jurisprudenciales y doctrinarios, que “... este pronunciamiento sirve como una guía sobre la materia que acredita que, hasta ahora, no ha variado el criterio en materia de la necesidad de la concurrencia de dicho elemento subjetivo en el contrato administrativo. Ciertamente, pretender que esa es la línea que debe perdurar y mantenerse -aunque personalmente la comparto- sería pecar de obcecación, puesto que otras veces se han manifestado favorables a la admisión de la existencia de contratos administrativos celebrados entre particulares, y nada impide que dentro de ciertos márgenes pueda aceptarse tales encuadramientos...”⁵⁴⁶.

En conclusión, advertimos del análisis de ambos fallos la existencia de una colaboración de particulares en la gestión de cometidos públicos, sin integrar o formar parte de la organización estatal, aunque generando indudables relaciones jurídicas regidas por el derecho público, a pesar de que no resulten encuadrables en las categorías tradicionales.

⁵⁴⁵ COVIELLO, Pedro J. J., “El elemento subjetivo en los contratos administrativos según un fallo de nuestra Corte Suprema (Breves anotaciones al caso "PLUSPETROL")” [EDA, (03/10/2007, nro 11.854)].

⁵⁴⁶ Cita luego las opiniones de Fabián CANDA y Santiago GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, en punto a la extensión de la figura del contrato administrativo a ciertos acuerdos celebrados entre particulares, concluyendo que el tema no aparece concluido y, sin duda, el futuro, a través de la jurisprudencia o de la propia legislación, y de las contribuciones doctrinarias que las sigan, nos dará la respuesta.

CAPÍTULO V

OTROS MODOS DE PARTICIPACIÓN

I. **Un modelo de participación ciudadana: el Plan estratégico participativo – PEP 2021 – de la provincia de Corrientes**

En el presente apartado, abordaré el análisis de una novedosa modalidad de participación ciudadana, a partir de la Disposición Transitoria Primera (DTP) de la Constitución de la Provincia de Corrientes (Reformada en el año 2007), en la cual se prevé la formulación de un Pacto Correntino para el Crecimiento Económico y el Desarrollo Social con miras a lograr una mayor gobernabilidad, ofreciendo a la ciudadanía un mejor porvenir.

En su inciso 1, señala que el Pacto Correntino para el Crecimiento Económico y el Desarrollo Social, “...es la formulación institucional de las coincidencias alcanzadas para la elaboración de políticas de Estado, con el propósito de sostenerlas en el tiempo como denominador común para obtener el crecimiento económico, erradicar la pobreza y lograr la inclusión social, en consonancia con los objetivos de desarrollo del milenio, establecidos por la Organización de las Naciones Unidas y adaptados a la realidad provincial”. El mandato enuncia además, al desarrollo sustentable económico y social como objetivo de la acción plural coordinada, donde el Estado es orientador e impone la necesidad de crear un sistema adecuado de planificación en la estructura del mismo.

Luego en el inciso 5 de la señalada Disposición Transitoria Primera, prescribe que el Estado provincial ejecuta la planificación a través del Sistema Provincial de Planificación –SPP- (Ley 5880 y su Modificatoria, la Ley 6061), que cuenta con un Órgano Ejecutivo y un Órgano Asesor Colegiado. El inciso 6 determina que es función del Órgano Ejecutivo formular programas y proyectos para la implementación, monitoreo y evaluación de planes y acciones complejas a través de una matriz de planificación; por su parte, el inciso 7 determina que el Órgano Asesor Colegiado, se integra sobre la base de vínculos entre actores estratégicos de los municipios, los sectores productivos, académicos y científicos, y las organizaciones civiles afines al objetivo. Su función es de consulta y asesoramiento, con competencia para sugerir líneas de acción sectoriales y globales.

Asimismo, el inciso 8 de la misma Disposición Transitoria expresa que la instancia de participación ciudadana en todo el territorio provincial se debe dar por medio del Consejo de Crecimiento Económico y Desarrollo Social (CCEDS) (Ley 5.960, Decreto 143/11), que se constituye como organismo asesor del SPP. Su composición debe contemplar la integración de todas las regiones territoriales de la provincia, y estará conformado por representantes del Poder Ejecutivo provincial, de los municipios, de las entidades civiles que nucleen a los sectores de la producción, economía, turismo, comunicación social, cultura, comercio y trabajo, de la comunidad académica en todas sus expresiones, y de los legisladores de ambas cámaras en igualdad de representatividad.

En razón de las dificultades que presenta la participación procedimental, considero que la participación orgánica se revela como un mecanismo más apto, al menos con carácter general, para dar cuenta de una real participación de la sociedad civil en la toma de decisiones gubernamentales.

Tal ha sido, justamente, el que ha escogido la provincia de Corrientes para la puesta en marcha del Pacto Correntino para el Crecimiento Económico y el Desarrollo Social, a través del denominado Sistema Provincial de Planificación (SPP) – Ley 5880 y su Modificatoria 6061; Dto. Reglamentario N° 3033/11⁵⁴⁷.

EL Sistema Provincial de Planificación (SPP), según lo establecido en el Artículo 3° de la Ley 6061, cuenta con un Órgano Ejecutivo (OE) y un Órgano Asesor Colegiado (OAC). El primero, tiene como función formular programas y proyectos para la implementación, monitoreo y evaluación de planes y acciones complejas a través de una matriz de planificación. El Órgano Asesor Colegiado, se integra con actores estratégicos que representen a instituciones claves con influencia en el territorio provincial en el ámbito económico, institucional, intelectual y cultural. Su función es de consulta y asesoramiento, con competencia para sugerir líneas de acciones sectoriales y globales.

1. EL COMITÉ EJECUTIVO. Constituye el núcleo coordinador del Plan Estratégico y el lugar en donde se debe desarrollar buena parte del proceso de colaboración público – privada. Estará integrado por el Órgano Ejecutivo (Gobernador y sus ministros), y el Órgano Asesor Colegiado del Sistema Provincial de Planificación (SPP)

⁵⁴⁷ Sigo en el presente al PACTO CORRENTINO PARA EL CRECIMIENTO ECONÓMICO Y EL DESARROLLO SOCIAL, Documento elaborado por el Gobierno de la Provincia de Corrientes, 2012.

2. El CONSEJO GENERAL. Es el órgano de máxima participación del Plan y canalizará dicha participación hacia la elaboración, implicación y seguimiento del Plan Estratégico. Se integrara a través de miembros del Consejo de Crecimiento Económico y Desarrollo Social (CCEDS) (Disposición Transitoria Primera, numeral 8 de la Constitución) (Ley 5.960 y Decreto 143/11), integrado a su vez por miembros de las CCEDS regionales

3. La SECRETARÍA TÉCNICA. Es el órgano de gerenciamiento y apoyo técnico a la coordinación del proceso del Plan, está a cargo de la Secretaría de Planeamiento de la Provincia. A esos efectos, cuenta con una Oficina Técnica, que se ocupa de gestionar el buen funcionamiento organizativo y comunicacional del plan.

1. Principales Aspectos del PEP.

El proceso de formulación del Pacto Correntino para el Crecimiento Económico y el Desarrollo Social (DTP de la Constitución de la Provincia), plantea como exigencia la necesidad de formular un Plan Estratégico Participativo de Desarrollo Socioeconómico, constituyéndose en el marco específico para impulsar las políticas económicas y sociales más convenientes, por medio acuerdos y compromisos exigidos por la Constitución de la Provincia. Constituye un punto de encuentro de todos los actores e instituciones y organizaciones públicas y privadas con capacidad de decisión sobre el futuro del territorio. Se trata de la construcción de un nuevo marco institucional que se irá integrando al existente y lo irá transformando.

El “Pacto Correntino para el Crecimiento Económico y el Desarrollo Social” (ANEXO II – DTP de la Constitución Provincial) es la formulación institucional de coincidencias alcanzadas por las partes firmantes para la elaboración de planes participativos del Estado provincial y sus regiones, con el propósito de sostener, en el tiempo, políticas públicas que permitan generar el crecimiento económico y el desarrollo social (DTP Inciso 9); todo ello, en consonancia con los objetivos de Desarrollo del Milenio, establecidos por la Organización de las Naciones Unidas (ONU)⁵⁴⁸ (DTP Inciso 1); con lo dispuesto por la

⁵⁴⁸ “La erradicación de la pobreza extrema sigue siendo uno de los principales desafíos de nuestro tiempo y es una de las principales preocupaciones de la comunidad internacional. Para poner fin a este flagelo se necesitarán los esfuerzos combinados de todos, los gobiernos, las organizaciones de la sociedad civil y el sector privado, en el contexto de una alianza mundial para el desarrollo más fuerte y más eficaz.... dichos objetivos también encarnan derechos humanos básicos —los derechos de cada una de las personas existentes en el planeta a la salud, la educación, la vivienda y la seguridad...”.

Constitución Nacional, en su Art. 75 inc. 19⁵⁴⁹; y en cumplimiento del Mandato Constitucional Provincial (DTP Inciso 4).

El “Plan Estratégico Participativo de la Provincia (PEP 2021)”, es la herramienta escogida para la formulación y gestión del “PACTO CORRENTINO PARA EL CRECIMIENTO ECONÓMICO Y EL DESARROLLO SOCIAL” (DTP Incisos 6 y 10), fomentando las relaciones entre los actores y el reconocimiento de sus interdependencias; contiene la visión, los objetivos y las políticas prioritarias, que la provincia de Corrientes aspira a lograr en los próximos años.

El consenso y el compromiso social son características esenciales del proceso ordenado y sistemático que se inicia con la firma de este Pacto, siendo un compromiso asumido por el Gobierno, impulsar y sostener las siguientes etapas del PEP 2021.

Este modelo de “Pacto de ciudadanía entre la política y la gestión”, se basa en la elaboración de planes, programas y proyectos participativos y concurrentes de corto, mediano y largo plazo. El PEP 2021, propicia y acentúa la participación ciudadana con orientación política por un lado, y su ejecución por el otro.

Mediante el Pacto, las partes firmantes impulsarán las reformas administrativas y legislativas, así como las acciones políticas que amplíen el ejercicio de la libertad y de los derechos para todos los correntinos.

El PEP 2021, no es ley, es un Pacto o acuerdo; su aprobación, será la firma del Pacto de ciudadanía orientado al desarrollo socioeconómico de la Provincia. Este proceso de planificación estratégica participativa es una gran operación que, utilizando técnicas de gestión de redes, promueve la participación de todos los actores, dando como resultado, además de la formulación de un Plan, la maduración de un nuevo modelo de gobernabilidad.

Este nuevo modelo, apoyado en la participación ciudadana, otorga legitimidad a las propuestas; aporta una visión global del territorio a los actores económicos, sociales y

⁵⁴⁹ “19. Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento. Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones...”.

políticos; prepara y compromete a los actores estratégicos para la acción; y genera cultura de participación y colaboración en red, es escuela de ciudadanía.

En los Términos de Referencia del Plan Estratégico Participativo, se ha previsto la sistematización del Proyecto a través de un procedimiento ordenado, técnico y metodológicamente riguroso; se han definido acciones y decisiones fundamentales tendientes a dirigir políticas de actuación a futuro para la Provincia.

En este proceso, se identificaron tres etapas, las cuales incluyen fases de acercamiento a los resultados esperados, según el siguiente esquema:

ETAPA I: ELABORACIÓN

- Fase I: Diseño y Organización
- Fase II: Diagnóstico
- Fase III: Objetivo Central y Ejes Estratégicos
- Fase IV: Elaboración de propuestas

ETAPA II: DE IMPULSO Y SEGUIMIENTO

- Fase I: Elaboración del programa de actuación
- Fase II: Organización de la ejecución
- Fase III: Desarrollo, evolución y seguimiento de la ejecución de las medidas del Plan.

ETAPA III: DE EVALUACIÓN GLOBAL Y REPROGRAMACIÓN

- Fase I: Evaluación Global
- Fase II: Reprogramación del Plan

2. Red territorial

La provincia de Corrientes puede ser pensada como una gran red que entrecruza actores locales diversos; actividades sociales, económicas y políticas; patrimonio natural y cultural.

Esta gran red provincial aparece configurada por redes locales y regionales. El reto del proceso de regionalización provincial pasa por desarrollar estas redes, fomentando de esta manera un equilibrio territorial dinámico.

La regionalización de la provincia, parte de la concepción de la región como un sistema flexible en el cual se desarrolla una construcción social permanente y se pueden probar rumbos únicos. Las regiones no se sujetarán a una categoría rígida y formal. Por el contrario, cada región podrá reconocerse dentro de fronteras dinámicas, abiertas y permeables, que pueden señalarse como bordes de cercanía e integración con otras regiones.

En esta propuesta de regionalización basada en el criterio que describe a la región como unidades administrativas o político-administrativas territoriales, se han tomado en consideración dos aspectos:

a) *La afirmación del municipio como unidad administrativa territorial sustantiva en la organización del Estado provincial. En este sentido debe tenerse muy en cuenta, que desde el preámbulo de nuestra Constitución se reconoce la existencia del municipio como una comunidad de derecho natural y sociopolítica, fundada en relaciones estables de vecindad y como una entidad autónoma en lo político, administrativo, económico, financiero e institucional (Título III).*

b) *Los antecedentes de los municipios de la provincia en organizaciones, actividades o proyectos supramunicipales.*

La nueva organización del territorio provincial en regiones reduce la escala en la cual el Estado y la sociedad se encuentran, dotando de contenido democrático a las acciones y las prácticas cotidianas que tienen lugar en el espacio público. Asimismo la regionalización posibilita la institucionalización, la integración de territorios hasta ahora desconectados y el equilibrio de las capacidades provinciales.

3. Conclusión

La participación de la sociedad civil y de los ciudadanos que la componen, cuya dignidad en aras a la realización del bien común persiguen las modernas corrientes doctrinarias y, entre nosotros, la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública, se encuentra quizás todavía en un estadio preliminar en muchos países latinoamericanos.

Sin embargo, considero que el instrumento que aquí traigo a colación, ideado en una provincia de la República Argentina es un ejemplo de la buena senda, dando cabida a diversos actores convocados desde el Estado para que aporten sus diferentes visiones

sobre lo que debiera ser lo mejor para todos, pues se perciben en él aromas de “buena administración”⁵⁵⁰.

El mentado principio, muy estudiado por la doctrina española fundamentalmente, se halla consagrado en distintos instrumentos europeos y americanos, como son la Carta europea de los derechos fundamentales de la persona, el código europeo de buena conducta administrativa y la Carta iberoamericana de los derechos y deberes de los ciudadanos.

En nuestro medio, lo hallamos plasmado en la reciente ley mendocina de procedimiento administrativo, en los siguientes términos:

“Art. 1º... f) Principio de buena administración

La Provincia de Mendoza reconoce en sus procedimientos administrativos:

- 1) El principio fundamental de la buena administración pública, con sus derechos y deberes derivados, tanto para administradores como administrados. Éstos pueden exigir que los asuntos de naturaleza pública sean tratados con equidad, justicia, objetividad, imparcialidad y resolverse en plazo razonable, conforme las circunstancias de cada caso, apreciadas razonablemente con el fin último del servicio a la dignidad de la persona humana como contenido inexcusable del bien común.
- 2) La observancia del deber básico y común de administradores y administrados de actuar con lealtad en la tramitación de todo asunto administrativo, de colaboración, buena fe, veracidad, responsabilidad, respeto y decoro.
- 3) La protección en sede administrativa y judicial de los derechos humanos reconocidos en las diversas fuentes jurídicas con rango constitucional”.

Asimismo, el Pacto Correntino – y su derivado, el Plan Estratégico Participativo - constituye una simbiosis entre el Estado y la Sociedad civil en procura del desarrollo económico y social, articulando con los Municipios y Regiones las actividades tendientes a maximizar esfuerzos en procura del objetivo trazado a mediano plazo.

Todavía nos falta mucho, pero esperamos que éste sea el disparador de un proceso de democratización de las decisiones estatales, que bien podría ser imitado en otras latitudes, si es que ya no lo han hecho, o quizás, si ya hubieran tomado caminos alternativos pero

⁵⁵⁰ Para un completo desarrollo del denominado Derecho Fundamental a la Buena Administración, remito a RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *El Buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas*”, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, y a MEILÁN GIL, J.L., “Una construcción jurídica de la buena administración”, *RDA* núm. 91, 2014, pp. 121, AP/DOC/2992/2013.

con idéntica finalidad, en tal caso, sirva el presente como muestra de uno de los senderos posibles.

II. El Rol del Ciudadano Colaborador en la Contratación Administrativa.

1. Preliminar

El tema que aquí analizo es uno de los que más problemas ha planteado en la jurisprudencia de los tribunales, desde que tuviera recepción expresa en el texto constitucional argentino luego de la reforma operada en el año 1994, e incluso con anterioridad, una ampliación de los derechos susceptibles de ser tutelados tanto en sede administrativa como jurisdiccional.

Tanto en las doctrinas procesalista y administrativista se esbozaron, desde mediados del siglo XX, concepciones muy diversas con relación a las situaciones jurídicas subjetivas en las que podría hallarse una persona a fin de obtener legitimación para ser parte en un procedimiento administrativo, y tal variedad de exposiciones produjo una gran confusión en la práctica, ya que dependiendo de cual fuere la doctrina que uno adoptare, incidía directamente en la posibilidad de acceder a la jurisdicción en busca de tutela.

Y si en principio hubo quienes propiciaron que sólo ostente legitimación tanto para ser parte en un procedimiento administrativo como para demandar ante los tribunales quién invocaba la lesión a un derecho subjetivo, también los hubo quienes, en el extremo opuesto, bregaron por la adopción de la acción popular en defensa de los intereses generales o de la legalidad, dejando en el medio una amplia gama de situaciones que en mayor o menor medida, fueron aceptadas por unos, y desechadas por otros, como ser el interés legítimo, el interés simple, o el derecho difuso⁵⁵¹.

Paralelamente, se ha postulado que el particular administrado es un “colaborador” en la elaboración de la decisión administrativa⁵⁵², aun cuando actúa en defensa de sus propios

⁵⁵¹ Una exposición de las diferentes doctrinas para diferenciar el derecho subjetivo, interés legítimo, interés simple, ha sido efectuada por GUSMAN, Alfredo Silverio, "Situaciones jurídicas subjetivas en el derecho administrativo", *El Derecho - Serie Especial Derecho Administrativo*, 23-04-1999, p. 11.

⁵⁵² Así en la causa “Actuar Agrupación Consultores Técnicos Universitarios Argentinos S.A. y otros v. Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado” del 18/07/2002 (Fallos 325:1787), Considerando 10º in fine, sostuvo la CSJN que: “... *Como contrapartida, el contratista debe comportarse con diligencia, prudencia*

derechos, a diferencia de lo que acontece en el proceso judicial, donde es considerado un contradictor.

El objetivo de la presente comunicación, es mostrar el derrotero seguido en el tema de la legitimación, en especial en los procedimientos de contratación, concluyendo en que nos encontramos en el sendero correcto, a partir de recientes pronunciamientos jurisprudenciales.

Ello merced a la conjugación de las normas clásicas de procedimientos administrativos y de contrataciones públicas, con las normas del Decreto N° 1172/2013⁵⁵³, dentro de la que se encuentra el reglamento de acceso a la información pública.

2. Algunos principios de la Contratación Pública

2.1. Principio de Legalidad en los contratos administrativos.

Respecto del principio de legalidad en general, tiene dicho la CSJN que: *“Es inherente al ejercicio de la actividad administrativa que ésta sea desempeñada conforme a la ley, pues constituye una de las expresiones del poder público estatal, que tiene el deber de someterse a ella. En esa sujeción al orden jurídico radica una de las bases del estado de derecho, sin la cual no sería factible el logro de sus objetivos”,* y que *“La administración debe ser legal; si su actividad es ilegal debe rectificarse, en primer término, por la propia administración pública, y a falta de ella, por el órgano jurisdiccional competente. El administrado debe tener garantías de justicia respecto de la Administración Pública”*⁵⁵⁴.

En punto a las notas que tipifican a un contrato como “administrativo”, encontramos en la jurisprudencia argentina en el voto del juez Fayt en el fallo de la CSJN, en el caso “Dulcamara c. ENTEL”, del 29/03/90⁵⁵⁵, donde el citado juez caracterizó al contrato de

y buena fe, habida cuenta de su condición de colaborador de la administración en la realización de un fin público...”

En la doctrina, puede citarse el artículo de TAWIL, Guido S., “El principio de colaboración y su importancia en el procedimiento administrativo”, *La Ley* 1985-E, 952; AR/DOC/18536/2001.

⁵⁵³ B.O. del 04-12-2003.

⁵⁵⁴ S. 2867/92. Recurso de hecho: Bauhoffer, Martha B. en autos: Naveiro de La Serna de López, Helena M. 19/11/92. Fallos 315:2771

⁵⁵⁵ Fallos 313:376. También en ED, 141:802. Tal criterio ha sido sostenido por la mayoría de la CSJN en la sentencia del 2/3/93, causa “Cinplast S. A. c. ENTel”. Fallos 316:212.

la siguiente manera: "... los contratos administrativos constituyen una especie dentro del género de los contratos, caracterizados por elementos especiales, como 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".

Asimismo, en otro caso del año 1992⁵⁵⁶, la Corte avanzó más al sostener que: "... si bien la noción de contrato es única, común al derecho público y al derecho privado, pues en ambos casos configura un acuerdo de voluntades generador de situaciones jurídicas subjetivas, el régimen jurídico de estos tipos es diferente... Cuando el Estado, en ejercicio de funciones públicas que le competen y con el propósito de satisfacer necesidades de ese mismo carácter, suscribe un acuerdo de voluntades, sus consecuencias serán regidas por el derecho público".

Así, André de LAUBADÈRE - citado por COVIELLO⁵⁵⁷- sostiene que: "sea administrativo o civil un contrato, se ha repetido frecuentemente, es siempre un contrato y, en la concepción general de nuestro derecho, esencialmente consensualista ..., la voluntad manifestada por las partes al momento de la celebración del contrato es la idea directriz a la cual el juez debe en primer lugar referirse cuando hay que determinar el contenido de las obligaciones de los contratantes en vista de aplicarlas a la ejecución.

Respecto a la gravitación del Principio de Legalidad, y su aptitud para desplazar la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes en materia de contratos públicos⁵⁵⁸, ha dicho la CSJN:

⁵⁵⁶ CSJN, 03/03/1992, "Yacimientos Petrolíferos Fiscales c. Provincia de Corrientes y otro". Fallos 315:158.

⁵⁵⁷ COVIELLO, Pedro J. J., "El contrato administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", en la Obra colectiva *Contratos Administrativos*, Jornadas de la Universidad Austral, Ciencias de la Administración, 2000, p. 83 y ss. Ver asimismo, del mismo autor, "El criterio de contrato administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", *El Derecho*, 111-845.

⁵⁵⁸ La exigencia del procedimiento de licitación pública para las contrataciones celebradas por entes públicos es un correlato de los principios de transparencia, publicidad e igualdad, que vienen impuestas – antes que nada - por normas supranacionales, como ser la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por Ley N° 24.759, que establece como medidas preventivas a observar por los Estados, entre otras, la existencia de "sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas". Hace lo propio la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción – mediante Ley 26.097 -, que en su Art. 7° expresa: "1. Cada Estado Parte, cuando sea apropiado y de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, procurará adoptar sistemas de convocatoria, contratación, retención, promoción y jubilación de empleados públicos y, cuando proceda, de otros funcionarios públicos no elegidos, o mantener y fortalecer dichos sistemas. Estos: a) Estarán basados en principios de eficiencia y transparencia y en criterios objetivos como el mérito, la equidad y la aptitud; b) Incluirán procedimientos

“En materia de contratos públicos, la administración y las entidades y empresas estatales se hallan sujetas al principio de legalidad, cuya virtualidad es la de desplazar la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes, en la medida en que somete la celebración del contrato a las formalidades preestablecidas para cada caso, y el objeto del acuerdo de partes a contenidos impuestos normativamente, de los cuales las personas públicas no pueden disponer sin expresa autorización legal”⁵⁵⁹.

También se ha sostenido que: *“La validez y eficacia de los contratos administrativos se supedita al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales pertinentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación”... “La prueba de la existencia de un contrato administrativo se halla íntimamente vinculada a la forma en que éste queda legalmente perfeccionado, razón por la cual si la legislación aplicable exige una forma específica para su conclusión, dicha forma debe ser respetada pues se trata de un requisito esencial de su existencia”⁵⁶⁰.*

La totalidad de los parámetros jurisprudenciales de la Corte Suprema en materia contractual administrativa, especialmente en punto a la gravitación del principio de legalidad, se encuentran presentes en la causa “Punte”⁵⁶¹, donde además se puntualizó que: *“No es posible admitir una acción basada en obligaciones que derivarían de un supuesto contrato que, de haberse celebrado, no lo habría sido con las formalidades establecidas por el derecho administrativo local para su formación”.*

2.2.El principio de buena fe en los contratos administrativos⁵⁶².

En punto a la aplicación del principio general de la buena fe en la interpretación de los

adecuados de selección y formación de los titulares de cargos públicos que se consideren especialmente vulnerables a la corrupción, así como, cuando proceda, la rotación de esas personas a otros cargos...”.

⁵⁵⁹ CSJN: E. 286. XXII. “Espacio S.A. c/ Ferrocarriles Argentinos s/ cobro de pesos. 22/12/93”, Fallos 316:3157.

⁵⁶⁰ CSJN, 01/06/2000, “Mas Consultores Empresas Sociedad Anónima c. Provincia de Santiago del Estero (Ministerio de Economía)”. Fallos 323:1515; CSJN, 11/07/2000, “Servicios Empresarios Wallabies S. R. L. c. Provincia de Salta”. Fallos 323:1841.

⁵⁶¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 21/3/2006, “Punte, Roberto Antonio c/ Tierra del Fuego Antártida e Islas del Atlántico Sur s/ cumplimiento de contrato”. Fallos 329:809.

⁵⁶² Sobre el punto, ver los trabajos de CHIBÁN, Nora, “Aplicación de los principios de buena fe y *pacta sunt servanda* en los contratos administrativos”, en *Cuestiones de Contratos Administrativos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2007, p. 539; IVANEGA, Miriam M., “El principio de buena fe en los contratos administrativos”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 360, Septiembre 2008, Ediciones RAP, Buenos Aires, p. 25.

contratos (art. 1198 C.C.), se pronunció en las causas "GOBIERNO DE LA NACIÓN C. PABLO BESANA" (1938), "FRANCISCO GRECO C. YCF" (1977), "PANEDILE" (1983) y "CINPLAST" (1993), entre otros⁵⁶³, resumido en la siguiente fórmula:

*“Es aplicable a los contratos administrativos la regla según la cual los acuerdos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y según lo que las partes verosímilmente entendieron o pudieron entender obrando con cuidado y previsión -art. 1198, párr. 1º, Cód. Civil-...”*⁵⁶⁴.

En análogo sentido, expuso el Alto Tribunal que:

*“Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión, principios aplicables al ámbito de los contratos administrativos. Por ello, es dable exigir a las partes un comportamiento coherente ajeno a los cambios de conducta perjudiciales, desestimando toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que -merced a sus actos anteriores- se ha suscitado en el otro contratante”*⁵⁶⁵.

Respecto a la actitud de las partes en las relaciones contractuales públicas, ha señalado el Alto Tribunal que: *“... Tal actitud debe ser entendida conforme a la regla aplicada desde antiguo por el Tribunal en el sentido de que los hechos de los contratantes subsiguientes al convenio sirven para explicar la intención de las partes al tiempo de celebrarlo (Fallos: 322:2966) y constituye un valioso elemento interpretativo”*, agregando que: *“... Lo así resuelto por el a quo importó convalidar -con carácter retroactivo- una modificación unilateral de los términos contractuales, con un alcance, como se dijo, que no se compadecía con la conducta observada por la Administración con posterioridad a la vigencia del contrato y que prescinde de considerar que los contratos son también ley para las partes, y que deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe, de*

⁵⁶³ Referenciados por COVIELLO, en trabajos citados en Nota 8.

⁵⁶⁴ CSJN, 07/12/2001, “Provincia del Chubut c. Centrales Térmicas Patagónicas S.A.”, Fallos 324:4199, CSJN, 04/08/1983, “Panedile Argentina S.A.I.C.F.I. c. Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado”, Fallos 305:1011, Reiterado en: CSJN, 05/09/2006, “Astarsa S.A. y otros c. Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos”, Fallos 329:3537.

⁵⁶⁵ CSJN, 09-06-88.J. 88. XXI. “Juan María de Vido e Hijos S.C.A. c/ Dirección Nacional de Vialidad s/ nulidad de resolución”.

*acuerdo a lo que las partes entendieron o pudieron entender obrando con cuidado y previsión, principio aplicable, también, en el ámbito del derecho administrativo”*⁵⁶⁶.

También ha señalado el Alto Tribunal “... *Que la buena fe implica un deber de coherencia de comportamiento, que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever; regla que gobierna tanto el ejercicio de los derechos como la celebración y ejecución de los contratos según lo disponen, respectivamente, los arts. 1071 y 1198 del Cód. Civil, y es aplicable por igual en el campo del derecho privado como del derecho administrativo, en el que, por consiguiente —según se ha resuelto repetidamente—, también es dable exigir un comportamiento ajeno a los cambios de conducta perjudiciales y desestimar toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que, merced a los actos anteriores, se haya suscitado en la contraparte* (Fallos: 308-191, consid. 5º, y 314-491, entre otros)⁵⁶⁷.

Pero agregó en este último el estándar de medición en los siguientes términos: “... *Que para atribuir a la conducta valor de regla -a los efectos de exigir un deber de coherencia de comportamiento según el principio de la buena fe-, es preciso, sin embargo, que ella se exteriorice mediante acciones deliberadas, jurídicamente relevantes para implicar las consecuencias que de ella se pretenden extraer, y plenamente eficaces* (Fallos: 313:367 y 315:865); *ya que, de lo contrario, asumir un determinado comportamiento de hecho derivaría, sin más, en la imposibilidad de modificarlo en lo sucesivo...*”.

Teniendo ello presente, para poder válidamente decir que se ha infringido una conducta anterior, además de ser jurídicamente relevante y plenamente eficaz, deberá serlo para “implicar las consecuencias que se intenten extraer”.

Asimismo, en la causa “Astarsa”⁵⁶⁸, el tribunal descalificó como contraria a la buena fe la actitud estatal de exigir la firma de un acta acuerdo no prevista en los pliegos de la licitación, bajo pena de quedar el oferente excluido de la compulsa⁵⁶⁹.

⁵⁶⁶ CSJN, C. 3615. XXXVIII. “CN Sapag S.A.C.F.I.I.E y M. c/ Dirección Provincial de Vialidad s/ acción procesal administrativa”, del 02/11/2004, Fallos 327:4723.

⁵⁶⁷ CSJN, 11/06/2003, “Exolgan S.A. c. Administración Gral. De Puertos”, Fallos 326:1851, Considerando 6º.

⁵⁶⁸ CSJN, 05/09/2006, “Astarsa S.A. —se acumula al N° 11.469/92 E.N. c/ consorcio— y otros c/Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos s/juicios de conocimientos”. Fallos 329:3537.

⁵⁶⁹ Entendió el Tribunal que correspondía declarar desierto el recurso ordinario de apelación si no se demostró que en el acta no se exigía al consorcio el cumplimiento de condiciones nuevas y distintas de las que los oferentes habían garantizado, pues la intimación a firmarla bajo apercibimiento de considerar

Merece destacarse la regulación del denominado Principio de Buena Fe Procedimental (Perú), en los siguientes términos: “Artículo IV.- 1.8... La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe. La autoridad administrativa no puede actuar contra sus propios actos, salvo los supuestos de revisión de oficio contemplados en la presente Ley. Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procedimental” (Texto modificado según el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1272)⁵⁷⁰.

Una variante de la buena fe está dada por la utilización de la “equidad”⁵⁷¹. Al respecto, ha dicho GONZÁLEZ PÉREZ⁵⁷², bajo el título “d) Equidad y principio general de la buena fe”, lo siguiente: “La equidad no es algo que está fuera del sistema jurídico. Superada la concepción del *ius strictum*, admitida una interpretación o corrección de la ley conforme a la Justicia (sistema del *ius aequum*), la equidad – como ha puesto de relieve el profesor DE CASTRO – deja de estar fuera y entra a formar parte del sistema jurídico positivo... En virtud de la igualdad misma – se ha dicho -, base de la justicia y el bien común, su fin, se piensa abandonar la letra de la ley para seguir lo que exige la Justicia y la utilidad común”. En la nota 34, con cita de PASTOR RIDRUEJO, señala que “La inadecuación no resulta ni de la regla ni del caso, sino del hecho de que la regla positiva está limitada o corregida por un principio de justicia”.

2.3. Sometimiento voluntario al régimen jurídico. Doctrina de los actos propios⁵⁷³.

retirada la oferta, es contraria al deber de buena fe al amparo del cual deben celebrarse los contratos administrativos.

⁵⁷⁰ MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la ley del Procedimiento Administrativo General, Texto Único Ordenado de la Ley N° 27.444*, 12ª edición Revisada, actualizada y aumentada, Gaceta Jurídica, Lima, 2017, Tomo I, p. 100 y ss.

⁵⁷¹ Ha dicho la PTN que: “*El Estado Nacional, persona ética por excelencia, debe actuar no sólo dentro del orden jurídico sino también en consideración a la equidad y a los principios que la informan*”. [Dict. N° 549/03, 11 de noviembre de 2003. Expte. N° 10773/02. Ministerio de Defensa. (Dictámenes 247:311)].

⁵⁷² GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, 3ª Edición Ampliada, Civitas, Madrid, 1999, p. 32 y ss.

⁵⁷³ La "doctrina de los actos propios", tiene fundamento en la grave lesión que se produciría a la seguridad jurídica la admisión de conductas contradictorias. Es decir, el mismo ordenamiento jurídico, no puede tolerar que un sujeto pretenda ejercer un derecho en abierta contradicción con una conducta suya previa que engendra confianza respecto al comportamiento que se iba a observar en la relación jurídica. (PITTATORE, Pamela, “El principio jurídico de la legítima confianza y la interpretación judicial del

La invocación del principio de buena fe se halla matizada por las doctrinas del acápite, tanto para los actos de particulares y del Estado, y sancionan a quien incurre en un obrar incompatible con la confianza que, sus actos anteriores, hacían prever en la contraria en el marco de una concreta relación jurídica.

Al respecto, tiene decidido el Alto Tribunal que: *“Nadie puede válidamente ponerse en contradicción con sus propios actos ejerciendo una conducta incompatible con otra anterior, deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz”*⁵⁷⁴. *Ello, tanto en el ámbito de las relaciones jurídicas patrimoniales de carácter privado como en las existentes entre particulares y organismos estatales, comprendiendo asimismo la coherencia en el obrar en el marco de actuaciones administrativas y judiciales*⁵⁷⁵”.

La admisión de la actitud contradictoria de quien acata una norma y luego pretende desconocerla, como regla, denota una *violación de la doctrina de los actos propios*.

A tal respecto, la CSJN, en una causa señera tanto por la demarcación de la doctrina, así como sus límites en el campo del Derecho Administrativo⁵⁷⁶, ha sostenido: *“... Que la buena fe implica un deber de coherencia de comportamiento, que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever; regla que gobierna tanto el ejercicio de los derechos como la celebración y ejecución de los contratos según lo disponen, respectivamente, los arts. 1071 y 1198 del Cód. Civil, y es aplicable por igual en el campo del derecho privado como del derecho administrativo, en el que, por consiguiente –según se ha resuelto repetidamente-, también es dable exigir un comportamiento ajeno a los cambios de conducta perjudiciales y desestimar toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que, merced a los actos anteriores, se haya suscitado en la contraparte...”*⁵⁷⁷.

decreto de desregulación económica a nueve años de su dictado”, *AeDP* N° 12, 6° Año, Segunda época, enero-abril 2000, Ad-Hoc, pp. 163-180). También puede verse: MAIRAL, Héctor A., *La doctrina de los propios actos y la administración pública*, Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 8/9.

⁵⁷⁴ CSJN, 06/04/2004, “Giménez, José L. c. Impercol S.R.L.”, ED 29/10/2004, 6.

⁵⁷⁵ Del voto en disidencia de los doctores Fayt y Vázquez, CSJN, 17/03/1998, “Cantos, José M. c. Provincia de Santiago del Estero”, *La Ley* 1998-E, 415.

⁵⁷⁶ CSJN, 11/06/2003, “Exolgan S.A. c. Administración Gral. De Puertos”, Fallos 326:1851, Considerando 6°).

⁵⁷⁷ Cita a Fallos: 308:191, consid. 5°, y 314:491, entre otros.

En otra causa, sostuvo la Corte⁵⁷⁸ que “... *La doctrina de los actos propios -que ha sido construida sobre una base primordialmente ética- sirve para descalificar ciertos actos que contradicen otros anteriores en tanto una solución opuesta importaría restar trascendencia a conductas que son jurídicamente relevantes y plenamente eficaces (Fallos 323:3035, consid. 15 y sus citas, entre otros). La aplicación de esa doctrina requiere, al menos, el cumplimiento de dos requisitos: uno, que exista identidad subjetiva, esto es, identidad entre el sujeto del que emana un acto y que posteriormente realiza una conducta contradictoria, de manera que ambos comportamientos hayan sido seguidos o resulten imputables a una misma persona; el otro, que la contradicción se configure dentro de una misma situación o relación jurídica o, expresado con otras palabras, dentro de un mismo "círculo de intereses", puesto que "sólo es posible tomar como vinculante una conducta que, objetivamente, pueda suscitar en el "adversario" la confianza de que esta conducta sea índice o definición de una actitud frente a esta situación jurídica"*⁵⁷⁹.

La doctrina del voluntario sometimiento a un régimen jurídico ha sido aplicada a los supuestos de quienes presentan ofertas en una licitación pública, y luego pretenden desconocer lo que establecen los pliegos, gravitando para ello además el principio de igualdad.

En tal sentido, ha dicho la PTN, refiriéndose a la licitación pública, que “... *El procedimiento licitatorio, por la circunstancia de la eventual intervención de diversos particulares, se asemeja al procedimiento judicial, en tanto y en cuanto no resulta posible otorgar facilidades o elasticidades a alguno de los concursantes, sin lesionar el principio de igualdad*⁵⁸⁰.

⁵⁷⁸ CSJN, 18/07/2002, “Agrupación Consultores Técnicos Universitarios Argentinos S.A. y otros v. Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado”, JA 2003-II-182, Fallos 325:1787.

⁵⁷⁹ Citó la Corte en apoyo a Díez, Luis y Ponce de León, Picazo, "La doctrina de los propios actos", 1963, Bosch Casa Editora, Barcelona, ps. 206/208 y 231/232.

⁵⁸⁰ Caso “Estudio Fargosi”, Dictámenes: 213-147.

Sobre el principio de igualdad, se ha dicho además que “... *la compensación efectuada por Correo Argentino podría representar el otorgamiento de privilegios y ventajas a esa empresa no previstos al momento del llamado a licitación que podría violar el principio de igualdad que debe regir en las contrataciones administrativas, lo cual lleva a considerar razonable que el actor pretenda intervenir en las actuaciones administrativas iniciadas con ese objeto, para poder alegar cuanto estime conveniente para la defensa de su derecho*” (Liberman Samuel – Incidente Med. II- c/ PEN – Secretaria de Comunicaciones s/ Medida Cautelar (autónoma) (Causa n°11.770/2000), CNACAF, Sala IV, del 20 de marzo de 2001).

Por tal motivo, sostuvo el Alto Organismo Asesor que: *“El mero hecho de presentar una oferta para intervenir en una licitación pública engendra un vínculo del oferente con la Administración y lo supedita a la eventualidad de la adjudicación que implica en definitiva la concreción del acuerdo de voluntades. Ello presupone, dada la seriedad y relevancia del acto, la exigencia de una diligencia del postulante que excede la común al efectuar el estudio previo de sus posibilidades y de las condiciones que son base de la licitación”*⁵⁸¹.

Agregó que *“Los términos o expresiones de los pliegos de condiciones son de interpretación estricta o restringida, y esto se impone como corolario del fundamental principio de igualdad que debe presidir el trámite de la licitación”*⁵⁸²; por ello, *“cuando el postulante no ha formulado observaciones ni impugnaciones a las previsiones contenidas en los Pliegos, debe entenderse que las conocía en todos sus términos, las aceptó y consintió, lo que excluye en consecuencia la posibilidad de su posterior impugnación”*⁵⁸³.

No obstante, existen fundadas razones para sostener que no podría esgrimirse la mentada doctrina frente a cláusulas de los pliegos que resulten ilegítimas, frente a las cuales, el consentimiento del particular carece de eficacia para sanear los vicios de ilegitimidad⁵⁸⁴.

2.4. Relativización del principio del sometimiento a un régimen jurídico.

La CSJN ha relativizado en fecha más reciente⁵⁸⁵ el extremo rigor que otrora asignara a la doctrina del sometimiento voluntario, remontándose para ello al viejo precedente

⁵⁸¹ Dictámenes 90:156; 163:477; 213:147.

⁵⁸² Conf. Dict. 190:7; ver en especial Dict. N° 438/03, 20 de agosto de 2003. Expte. N° 740/02. Sindicatura General de la Nación. (Dictámenes 246:488).

⁵⁸³ Conf. Dict. 251:147.

⁵⁸⁴ Así lo entiende, además de otras razones, ORLANSKI, Leonardo, “Ilegitimidad de la doctrina del sometimiento voluntario en la licitación pública”, *ElDial.com*, Viernes, 12 de Noviembre de 2004 - Año VII - N° 1661, Suplemento de Derecho Administrativo, Sección Doctrina. También puede verse COMADIRA, Julio P., “Reflexiones sobre la teoría del sometimiento voluntario a un régimen jurídico como límite al control judicial de constitucionalidad o juridicidad”, en *Cuestiones de Control de la Administración Pública, Administrativo, Legislativo y Judicial*, Jornadas de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2010, p. 117. Para un completo desarrollo de la doctrina del sometimiento voluntario en el derecho constitucional, ver BIANCHI, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, 2ª Edición, Tomo II, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002, p. 35.

⁵⁸⁵ Incluso antes, en Sentencia del 06/06/1995, causa Video Club Dreams c. Instituto Nacional de Cinematografía, Fallos 318:1154, la Corte entendió que: *“No se configura un caso al que resulte aplicable la teoría de los actos propios, si la inscripción de la actora en el registro que ordena crear el art. 4 del decreto 2736/91 y el pago del impuesto creado por el mencionado decreto no traducen una clara voluntad*

"Cubas" (Fallos: 175:262), en una causa donde se habilitó a reclamar indemnización de su empleador por el régimen general del Código Civil a quien, con motivo de un accidente de trabajo, hubiera aceptado la indemnización tarifada de la Ley 24.557 de la ART⁵⁸⁶.

No obstante, en materia contractual pública, la posición ha sido remarcada en un caso de acceso al empleo público⁵⁸⁷ en la órbita del Poder Judicial, el que entiendo sienta un precedente con efectos innegables en todos los procedimientos de selección de contratistas estatales.

En su Dictamen en la causa "Mantecón Valdés", al que adhiere la Corte, señaló la Procuradora Fiscal que: *"...no constituye obstáculo para el tratamiento de los agravios del apelante la conocida doctrina según la cual el sometimiento voluntario a un régimen jurídico sin reserva expresa impide su ulterior impugnación con base constitucional (Fallos: 308:1837 y sus citas, entre muchos otros). No es posible aceptar que la sola circunstancia de postularse a un concurso impida al recurrente impugnar la validez constitucional de normas que restrinjan derechos fundamentales. Así lo entiendo, toda vez que la doctrina de la renunciabilidad de las garantías constitucionales, tal como lo ha enunciado la Corte, se refiere a la defensa de los derechos de propiedad de los habitantes de la Nación (Fallos: 270:26 y 275:235), por lo cual debe entenderse que no están incluidas en aquélla las garantías instituidas en resguardo de otros derechos⁵⁸⁸. La Corte ha precisado que la renuncia a las garantías constitucionales sólo es admisible cuando se amparan derechos de contenido patrimonial y no cuando aquéllos se relacionan directamente con el estatuto personal de la libertad (confr. Fallos: 279:283, considerando 71), al igual que desestimó la aplicación de la teoría de los actos propios cuando el interesado cuestionó la validez de una norma a la que se vio obligado a someterse como única vía posible para acceder al ejercicio de su actividad (Fallos: 311:1132), situación fácilmente asimilable a la de autos, a lo que cabe añadir que en el sub lite se encuentran en juego los alcances de un derecho fundamental..."*.

de someterse a las normas impugnadas y, con ello, convalidar la legalidad de las mismas, sino más bien la intención de no quedar marginada del circuito de comercialización de videos".

⁵⁸⁶ CSJN, L. 334. XXXIX. RH "Llosco, Raúl c/ Irmi S.A." del 12-06-2007 (Fallos 330:2696).

⁵⁸⁷ CSJN, "Mantecón Valdés, Julio C/ Estado Nacional – Poder Judicial de la Nación – CSJN - Resol. 13/IX/04 (Concurso Biblioteca, (RH). S.C. M.1650, L.XLI, del 12-08-2008 (Fallos 331:1715).

⁵⁸⁸ Se cita a Fallos: 312:1082, disidencia de los jueces Enrique S. Petracchi y Jorge Antonio Bacqué, así como a Cooley, "Constitutional Limitations", séptima edición, páginas 250/252 y "A Treatise on the law of taxation", tercera edición, páginas 1495/1499 y 1505, nota 3, autores citados por el Tribunal en Fallos: 149:137.

La actitud asumida por los tribunales respecto a la doctrina del voluntario sometimiento a un régimen jurídico, y su flexibilización, denotan una ponderación de principios – legalidad y buena fe – que con las últimas tendencias parecerían priorizar al segundo, al menos cuando el régimen jurídico de sujeción resultara ilegítimo.

2.5. Estándar agravado de valoración de las cualidades de oferentes y contratistas del Estado.

Así como existe una flexibilización del rigorismo de la regla que pregona que la ignorancia o error en derecho no sirve de excusa en la generalidad de los casos⁵⁸⁹, la excepción está dada en quienes, por presumirse su versación técnica y jurídica, se vinculan con la Administración en relaciones contractuales administrativas, concebida como una especie de las denominadas relaciones de especial sujeción⁵⁹⁰.

En punto al estándar agravado que cabe presumir de la conducta de quienes contratan con la Administración, la jurisprudencia del Alto Tribunal de la Nación da cuenta de numerosos precedentes en tal sentido. En la causa “Cadipsa S.A. c/ Estado Nacional y otros s/ nulidad de acto administrativo”⁵⁹¹, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina puntualizó la relevancia de la versación técnica y jurídica de la empresa actora, para desestimar la pretensión de ésta de desconocer, con base precisamente en una Circular ilegítima, el marco jurídico determinante de la invalidez del acto por ella invocado como sustento de su acción, exponiendo: “... 8º *Que es menester añadir, como se recuerda en lo pertinente en el dictamen del señor Procurador General, que la conducta de la actora, empresa dedicada a trabajos en el área de hidrocarburos -lo que supone una especial versación técnica y jurídica sobre el particular-, distó de ajustarse a la que le era exigible en razón de esas circunstancias. Con base en ese conocimiento, debió advertir que el contenido de la circular n° 5 no era compatible con el marco jurídico que rige la materia...*”.

⁵⁸⁹ El Código Civil y Comercial de la República Argentina – Ley 26.994, en vigencia desde el 1º-08-2015 - reza en su artículo 8º.- “*Principio de inexcusabilidad. La ignorancia de las leyes no sirve de excusa para su cumplimiento, si la excepción no está autorizada por el ordenamiento jurídico.*”

⁵⁹⁰ Al respecto, puede verse GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, “Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la administración. Contribución a la teoría del Estado de derecho”, *Revista de Administración Pública* N° 34, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1961, p. 11.

⁵⁹¹ CSJN, C.2238.XXXII. 16/05/00. “Cadipsa S.A. c. Estado Nacional y otros s/nulidad de acto administrativo y otro” (C.2238. XXXII), Fallos 323:1146, especialmente considerando 8).

También en la causa “Maruba”⁵⁹², se puso especial énfasis en la “*suficiente especialización en la materia*” con que contaba la empresa actora respecto a los compromisos que voluntaria y conscientemente asumió al presentar su oferta.

En otra causa, la Corte Suprema expresó al respecto: “... 19) Que al ser la actora una empresa especializada en construcción de obras, lo cual le otorga un acceso indudable a toda la información referida al rubro en el cual opera, no podía desconocer la evolución del mercado y los signos de alto riesgo que aquél presentaba con anterioridad a la celebración del contrato. La magnitud de toda obra pública y de los intereses en ellas en juego, imponen a los contratistas actuar de modo de prever cualquier eventualidad que pudiese incidir negativamente sobre sus derechos...”⁵⁹³.

También dijo la CSJN que: “*Debe rechazarse la demanda si el comportamiento de la actora careció de mecanismos de control apropiados para la concreción de la operación y no observó recaudos indelegables tendientes a comprobar la veracidad y eficiencia de los avales y la credibilidad crediticia del librador de los documentos, pues una diligencia razonable apropiada a las circunstancias, la habría convencido de que las apariencias externas no eran suficientes para afrontar el riesgo financiero que supone una operación a "forfait"...*, agregando que: “*Tal afirmación no es sino la reiteración del concepto expuesto por esta Corte en Fallos: 308:2461, donde hizo mérito de lo dispuesto por el Art. 902 del Código Civil para juzgar, precisamente, el grado de mayor diligencia exigible a una entidad financiera en la contratación de una operación de mutuo. Ello es así, máxime si se considera la magnitud de los intereses en juego y del compromiso patrimonial en que incurría (Fallos: 316:382, considerando 11)*”⁵⁹⁴.

En materia de contratos celebrados con entes públicos se impone a los contratistas el deber de obrar con pleno conocimiento de las cosas (arg. art. 902 del Código Civil), puesto que la índole de los servicios que están llamados a prestar y de los intereses en juego, imponen actuar de modo tal de prever cualquier eventualidad que pudiera incidir negativamente sobre sus derechos, adoptando a esos efectos las diligencias apropiadas

⁵⁹² CSJN, 30-06-1998, “Maruba S.C.A. Empresa de Navegación Marítima c/ Estado Nacional – Ministerio de Obras y Servicios Públicos – Secretaría de la Marina Mercante s/ incumplimiento de contrato” (Fallos 321:1784) (Considerando 19°).

⁵⁹³ CSJN, J. 69. XXVIII.; “J.J. Chediak S.A. c/ Estado Nacional (Fuerza Aérea Argentina) s/ nulidad de resolución”. 27-08-1996; Fallos 319:1681.

⁵⁹⁴ CSJN, D. 583. XXVIII. “Dresdner Forfaitierungs Aktiengesellschaft c/ San Luis, Provincia de s/ cobro de sumas de dinero”. 18/09/2001. Fallos 324:2826. J.A. 27-02-02.

que exigen las circunstancias de persona, tiempo y lugar (art. 512 del Código Civil⁵⁹⁵) y cualquier error en que pudieran incurrir provendría de una negligencia culpable que impide su invocación (art. 929 del Código Civil⁵⁹⁶)⁵⁹⁷. Por lo que “Si la contratista incurrió en error acerca de las obligaciones contractuales asumidas, éste provendría de una negligencia culpable que impide su invocación (art. 929 del Código Civil)”⁵⁹⁸.

Merece destacarse la sentencia del Alto Tribunal en la causa “Compañía General de Combustibles”⁵⁹⁹, donde refrenda los conceptos que vengo analizando, al confirmar la sentencia de Cámara que rechazó la demanda interpuesta por varias empresas que comercializan combustible, cuyo objeto era que se condenara al Estado Nacional a cumplir con el “acta acuerdo” suscripta el 6 de enero de 1987, en tanto allí se habría consensuado un aumento del 39% de los márgenes operativos de las empresas dedicadas a la refinación y comercialización del petróleo crudo y sus derivados. Para decidir así, consideró que el acta acuerdo referida carecía de eficacia para obligar al Estado a otorgar el aumento de los márgenes allí previsto porque *el Subsecretario de Combustibles suscribiente no era competente para fijar los precios oficiales de los combustibles ni el monto de las retenciones para las empresas*⁶⁰⁰.

⁵⁹⁵ En el actual Código Civil y Comercial, es el artículo 1724, que expresa: “Factores subjetivos. Son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo. La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”.

⁵⁹⁶ En el actual Código Civil y Comercial, es el artículo 266, que expresa: “Error reconocible. El error es reconocible cuando el destinatario de la declaración lo pudo conocer según la naturaleza del acto, las circunstancias de persona, tiempo y lugar”.

⁵⁹⁷ CSJN, N. 132. XXII. “Necon SA. c/ Dirección Nacional de Vialidad s/ ordinario”. 4/06/91. Fallos 314:491.

⁵⁹⁸ A. 588. XXII. “Astilleros Costaguta SA. c/ Estado Nacional (PEN. -Ministerio de Economía- Sec. Int. Marítimos) s/ nulidad de resolución y daños y perjuicios”. 12/05/92. Fallos 315:890.

⁵⁹⁹ CSJN, 30/11/2010, “Compañía General de Combustibles S.A. y otros c. Estado Nacional”, LA LEY 2011-A, 278 - AR/JUR/78177/2010.

⁶⁰⁰ Sostuvo en el Considerando 4º) “... En este punto, la cámara sostuvo que el acta acuerdo no podía considerarse vinculante porque había sido suscripta por un funcionario que no tenía competencia para fijar precios y retenciones en materia de combustibles. Agregó que, más allá de la incompetencia señalada, tampoco podía considerarse que existía un contrato del que derivaran obligaciones para el Estado, en tanto el funcionario firmante sólo se había comprometido a interponer sus buenos oficios ante las instancias competentes. Ahora bien, en lugar de rebatir estos dichos, las recurrentes afirman, en forma dogmática, que ni la naturaleza no contractual del acta ni la incompetencia del funcionario para fijar precios y retenciones tienen relevancia. Por un lado, manifiestan que no es importante que el acta acuerdo no constituya un contrato, porque “no sólo de los contratos nacen relaciones jurídicas susceptibles de engendrar obligaciones” y el acta en cuestión “constituía una clara manifestación de voluntad del Estado”. Estas alegaciones abstractas son claramente inconducentes para rebatir los fundamentos del a quo. No es suficiente afirmar, en forma general, que existen fuentes de obligaciones no contractuales. Es necesario, además, dar argumentos concretos que demuestren que el acta acuerdo puede ser considerada una fuente

Finalmente, ha sostenido la CSJN en la causa “Sedronar”⁶⁰¹ que “... la demanda interpuesta por el Estado Nacional con el fin de obtener el reintegro de una suma de dinero que se otorgó a la provincia de Misiones en concepto de "apoyo económico" para equipar y habilitar una sala de desintoxicación de personas con adicciones debe ser rechazada, pues *el convenio que pretende ejecutar el reclamante es nulo por no haber sido celebrado por el Secretario de Estado provincial, autoridad local que no contaba con atribuciones constitucionales o legales para recibir fondos públicos y mucho menos para obligarla a cumplir con el cargo que condicionaba el otorgamiento de la subvención...*”.

3. Ampliación de sujetos legitimados.

Recordábamos en una comunicación⁶⁰² que la participación administrativa en sentido estricto se encuentra estrechamente ligada a lo que SÁNCHEZ MORÓN denominara la “redefinición de los intereses jurídicos”⁶⁰³, producto de la aparición de los derechos o intereses difusos o colectivos, o como los denomina la Constitución Nacional argentina,

de obligaciones vinculante para el Estado. Por otra parte, en cuanto a la incompetencia del funcionario, las recurrentes reconocen que el Subsecretario no era competente para fijar precios y retenciones. Alegan, sin embargo, que estaba facultado para interpretar y determinar con carácter vinculante el alcance del artículo 3° de la ley 17.597. En este sentido, sostienen que “el contenido del acta acuerdo citado no resulta relevante (Y) como fijación de precios y retenciones a los combustibles líquidos (actividad que es ajena a la competencia del funcionario), sino que por su intermedio se alcanzó un consenso sobre la extensión de la obligación emergente de una norma legal [art. 31 de la ley 17.597]”. Este razonamiento es, a todas luces, inválido. El artículo 3° de la ley citada garantiza a las empresas que los valores de retención serán fijados en forma tal que les permitan cubrir sus costos y obtener una utilidad razonable. En tales condiciones, interpretar con carácter vinculante el alcance de esta norma implica, en realidad, determinar si corresponde aumentar las retenciones y, en ese caso, cuantificar el incremento. Estas decisiones forman parte, sin duda alguna, de la competencia para fijar precios y retenciones que es ajena, tal como lo admiten las propias apelantes, al funcionario que firmó el acta acuerdo...”.

⁶⁰¹ CSJN, 27/11/2014, “Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y Lucha contra el Narcotráfico (SE.DRO.NAR.) c. Provincia de Misiones s/ cobro de pesos”, LA LEY 2015-A, 482, AR/JUR/59905/2014.

⁶⁰² Expuesta en las VIII Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano, celebradas en Pazo de Mariñán (A Coruña) del 9 al 13 de marzo de 2015, intitulada “La participación ciudadana en la Administración Pública: abordaje metodológico” (<https://jdaiberoamericanas.files.wordpress.com/2015/03/luis-eduardo-rey-vc3alzquez.pdf>), publicada en los Cuadernos de Mariñán, Edición 2015, Diputación provincial de La Coruña, pp. 385-394.

⁶⁰³ SÁNCHEZ MORÓN, M., *La Participación del Ciudadano en la Administración Pública*, Estudios de Administración, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, pp. 111 y ss.

“derechos de incidencia colectiva”⁶⁰⁴, así como por la heterogeneidad de los intereses públicos.

A los casos allí referenciados, cabe agregar el fallo⁶⁰⁵ dictado con motivo de la negociación que, con miras a compensar el canon con los servicios adeudados, mantuvieron en su día el Correo Argentino S.A. y el Estado nacional, y la presentación efectuada por un particular pidiendo ser tenido por parte en las negociaciones. Allí se sostuvo que: *“El demandante entiende que la compensación efectuada por Correo Argentino podría representar el otorgamiento de privilegios y ventajas a esa empresa no previstos al momento del llamado a licitación que podría violar el principio de igualdad que debe regir en las contrataciones administrativas, lo cual lleva a considerar razonable que el actor pretenda intervenir en las actuaciones administrativas iniciadas con ese objeto, para poder alegar cuanto estime conveniente para la defensa de su derecho”*.

A dicho pronunciamiento cabe sumar los recaídos en sendas causas “Gil Lavedra” promovidas por un Diputado Nacional⁶⁰⁶, tendientes a que se le brinde información y documentación vinculada con el procedimiento de licitación pública para la construcción de las represas “Presidente Néstor Kirchner” y “Gobernador Jorge Cepernic”, y que se le ordene a la Inspección General de Justicia de la Nación que entregue la información que le fuera solicitada en sendas oportunidades, vinculadas a la quiebra de Ciccone Calcográfica SA.

⁶⁰⁴ Conforme a la interpretación efectuada por la CSJN Argentina a partir de la causa: “Halabi, Ernesto c/P.E.N. -ley 25.873 dto. 1563/04- s/amparo-ley 16.986” del 24-02-2009, Fallos 332:111, y últimamente en los casos “CIPPEC c. Estado Nacional - Ministerio de Desarrollo Social” del 26/03/2014, y “Asociación Derechos Civiles c. EN-PAMI – (dto. 1172/03) s/amparo ley 16.986”, del 4-12-2012. En esta última sostuvo en su Considerando 3º) que “... el principio de publicidad de los actos de gobierno constituye uno de los pilares de todo gobierno republicano y ese derecho, si bien no enumerado expresamente en la Constitución Nacional, había sido reconocido por este Tribunal como un derecho de naturaleza social que *garantiza a toda persona -pública o privada, física o jurídica- el conocimiento y la participación en todo cuanto se relaciona con los procesos gubernamentales, políticos y administrativos y se evidencia en la obtención de información de datos públicos*. Además agregó con cita de los tratados internacionales relacionados con la materia, que, en el sub lite, el demandado no había acreditado la existencia de restricciones legales a fin de justificar su omisión...”.

⁶⁰⁵ C.N.Apel.Cont.Adm.Federal, Sala IV, del 20-03-2001, causa: “Liberman, Samuel – incidente med. II c/PEN – Secretaría de Comunicaciones s/medida cautelar (autónoma)”, ED, Suplemento Administrativo 20-07-2001, p. 22/23.

⁶⁰⁶ CSJN, 14/10/2014, “Gil Lavedra, Ricardo Rodolfo c. Estado Nacional - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos - Inspección General de Justicia”, EDA 2014-406 [2014]; y CSJN, 14/10/2014. “Gil Lavedra, Ricardo y otro c. Estado Nacional - Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios”, EDA 2014-414 [2014].

En ambas la respuesta fue similar, luego de recordar que de conformidad con el principio de máxima divulgación que rige en materia de acceso a la información pública, la legitimación activa para solicitar información en poder del Estado es amplia y le corresponde a toda persona, sin necesidad de acreditar un interés o afectación directa, entendió que en la especie – como ocurriera con los jueces de grado - el actor, en su condición de ciudadano, se hallaba legitimado para acceder a la información requerida en poder de la Administración demandada de acuerdo a lo previsto expresamente en el art. 6° del anexo VII del decreto 1172/2003, que confiere ese derecho a toda persona física y jurídica.

Se pretendió confutar este argumento con la mera afirmación dogmática de que el actor interpuso la demanda exclusivamente en su carácter de diputado de la Nación y que como tal cuenta con "canales institucionales específicos" para acceder a la información que requiere. No refutó, sin embargo, el fundamento de la cámara según el cual su condición de diputado no le hace perder su calidad de ciudadano⁶⁰⁷.

Y en fecha reciente, el pronunciamiento recaído en la causa “Giustiniani”⁶⁰⁸ de la CSJN, en el que sostuvo que YPF SA, encontrándose bajo la jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional, está obligada a dar cumplimiento a las disposiciones del Decreto 1172/03 en materia de información pública, pues desempeña importantes y trascendentes actividades, en las que se encuentra comprometido el interés público, por lo que no puede, en el marco de los principios de una sociedad democrática negar información —de indudable interés público— que hace a la transparencia y a la publicidad de su gestión.

4. Conclusiones

⁶⁰⁷ Agregó que tampoco se hace cargo de la jurisprudencia de la Corte, conforme a la cual *el derecho a solicitar información en poder del Estado corresponde a toda persona, sin necesidad de acreditar un interés o afectación directa; es decir, que la legitimación activa es amplia, de conformidad con el principio de máxima divulgación que rige la materia* (ver Fallos: 335:2393 y sus citas, y el precedente C.830.XLVI "CIPPEC c/ E.N. - Min. de Desarrollo Social - dto. 1172/2003 s/ amparo ley 16.986", del 26 de marzo de 2014). A lo expuesto cabe agregar que el apelante tampoco critica la interpretación realizada por la sentencia con respecto a las leyes y otras disposiciones que asignarían carácter público a la información requerida, ni desarrolla argumento alguno que explique por qué esa información se hallaría exceptuada de proveerla en los términos del artículo 16 del decreto 1172/2003.

⁶⁰⁸ CSJN, 10/11/2015, “Giustiniani, Rubén Héctor c. Y.P.F. S.A. s/ amparo por mora”, APJD 26/11/2015, AP N°: AR/JUR/44820/2015. El caso versaba sobre la exhibición a la parte actora del contrato suscripto por la sociedad anónima de mayoría estatal con la empresa norteamericana *Chevron Corporation* con miras a la explotación del yacimiento conocido como “Vaca muerta”.

El rol del ciudadano en la contratación administrativa se ha ampliado notablemente en distintas facetas del quehacer administrativo, siendo uno de los campos el de la contratación pública.

De la visión limitada a quienes revistieran la calidad de oferentes, portadores de algún derecho subjetivo o interés legítimo, pasamos a la situación donde cualquier ciudadano, haya tenido o no vinculación a la contratación de que se trate, por el mero hecho de serlo, se halla empoderado para exigir de las autoridades públicas la información correspondiente, lo que supone su legitimación para ser parte tanto en sede administrativa como judicial.

Respecto de los contratistas estatales, se ha utilizado un estándar agravado para evaluar su conducta, de quienes se pretende un conocimiento calificado de las complejas normas y principios que regulan la contratación, aun cuando se ha relativizado la regla que postulaba de modo absoluto el sometimiento voluntario a un régimen jurídico y que obstaba a su impugnación posterior, cediendo ante situaciones de normas ilegítimas frente a las que no cabe sujeción ni del particular ni del Estado.

Se ha ampliado también el concepto de "afectado", como ya ocurriera con el de "derechos de incidencia colectiva", ambos plasmados en el artículo 43 de la Constitución Nacional argentina, compatibilizados con las disposiciones de los tratados con jerarquía constitucional incorporados por la reforma constitucional en el art. 75 inc. 22.

El ciudadano halla cabida en toda la relación contractual, desde la celebración, hasta su total culminación, en ejercicio de su derecho de acceso a la información pública, y a efectos de controlar el ajuste de la contratación a la juridicidad. Desde esa perspectiva, más que nunca se enaltece su rol de "colaborador".

III. La Exigibilidad de los Derechos Sociales Fundamentales: Amplitud de la Legitimación

1. Preliminar

Analizaré en este punto la amplitud con que, en los últimos tiempos, la normativa y la jurisprudencia han reconocido a las personas para demandar en procura de su satisfacción, siendo una de las herramientas procesales la acción de amparo, centrando la atención en

casos donde se invocara el derecho a la salud, apreciándose un marcado activismo judicial⁶⁰⁹.

Así como hubo quienes propiciaron que sólo ostente legitimación para demandar ante los tribunales quién invocaba la lesión a un derecho subjetivo, también hubo quienes, en el extremo opuesto, bregaron por la adopción de la acción popular en defensa de los intereses generales o de la legalidad, dejando en el medio una amplia gama de situaciones que en mayor o menor medida, fueron aceptadas por unos, y desechadas por otros, como ser el interés legítimo, el interés simple, o el derecho difuso.

Analizaré puntualmente algunos casos jurisprudenciales argentinos, el derecho positivo vigente y de la doctrina nacional e internacional, hasta donde podría llegar la legitimación para accionar mediante la acción de amparo, es decir, que amplitud de situaciones podrían encuadrarse en los conceptos de "afectado" y de "derechos de incidencia colectiva" del artículo 43 de la Carta Magna, compatibilizados con las disposiciones de los tratados con jerarquía constitucional incorporados por la reforma constitucional en el art. 75 inc. 22. Ello con el propósito de que la acción de amparo, aún siendo un carril excepcional, constituya realmente una garantía constitucional, tal como está prevista⁶¹⁰.

En el fondo, propondré superar las categorizaciones, unificando los conceptos en derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico, a fin de que de *lege ferenda*, en una futura reforma constitucional y/o legislativa, nacional o provincial, sea tal denominación la que identifique la situación jurídica que sea idónea para revestir a quien la invoque, de la necesaria legitimación procesal activa⁶¹¹.

2. Situaciones Jurídicas Subjetivas

2.1. Derecho subjetivo y acción

⁶⁰⁹ En los Estados Unidos de Norteamérica, se advirtió oportunamente que "... El reciente activismo judicial esta contribuyendo a una nueva y dramática dimensión del derecho administrativo..." (SCHWARTZ, Bernard, *Administrative Law*, Third Edition, Aspen Law & Business, Little Brown & Company, USA, 1991, p. 39).

⁶¹⁰ Ha dicho la CSJN que: "*El instituto del amparo tiene por objeto una efectiva protección de derechos más que una ordenación o resguardo de competencias*" (S. 246. XXXIV. Stepan, Francisco José c/Gobierno Autónomo de la Ciudad de Buenos Aires, 27/5/99 - Fallos 322:1028).

⁶¹¹ Tal lo postulado, por ejemplo, por MEDINA ALCOZ, Luis, *Libertad y autoridad en el Derecho administrativo. Derecho subjetivo e interés legítimo: una revisión*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

En la doctrina argentina se ha insistido que no existe una real distinción entre tales conceptos, y por ende, tampoco habría distinción entre derecho subjetivo y legitimación, o entre situaciones jurídicas subjetivas y legitimación⁶¹². En tal sentido, GRECO señala que desde el punto de vista del derecho procesal general, por ejemplo, la legitimación no viene definida positivamente sino negativamente (art. 347, inc. 3° del Código Procesal). Y citando a Lino PALACIO, nos dice que cuando se plantea el problema de la inexistencia de legitimación, alude bien a la ausencia de titularidad en la relación jurídica sustancial, bien a la falta de protección jurídica de la situación invocada. En consecuencia, concluye - citando a SATTA - que negar la legitimación equivale a negar el derecho⁶¹³.

2.2. Existencia de caso, causa o controversia

El tema de la legitimación está íntimamente ligado con el control de constitucionalidad que debe ejercerse en un "caso", "causa o controversia", como condición para el ejercicio jurisdiccional.

Dicho recaudo fue esbozado por la CSJN en un fallo dictado apenas unos días después de su instalación (en el año 1863), donde afirmó que al tribunal no le correspondía hacer declaraciones generales en ningún supuesto (FALLOS: 1:27; sentencia del 26 de octubre de 1863)⁶¹⁴.

Dos años después, señaló con mayor precisión que "la misión de un tribunal de justicia es aplicar las leyes a los casos ocurrientes, y su facultad de explicarlas e interpretarlas se ejerce sólo aplicándolas a las controversias que se susciten ante ellos para el ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones; y no puede pedirse que el Tribunal emita

⁶¹² GRECO, Carlos Manuel, "La legitimación en la acción de amparo", en la ponencia sostenida en el *Seminario sobre Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Educa, Universitas SRL, 1999, p. 75 y ss.

⁶¹³ Señala el autor – ob. cit., p. 76 -, que "... siendo ello así, aparecen una serie de cuestiones: 1) Quién es la persona a la cual el ordenamiento apodera para articular el amparo? Es decir, para discutir judicialmente un acto u omisión de autoridad pública. En segundo término, la naturaleza del acto o la omisión. Y finalmente, los poderes del Juez. En concreto, qué puede decidir el Juez?; cuál es, o debería ser, el contenido de la decisión judicial?..."

⁶¹⁴ LÓPEZ, Guillermo A.F., "La legitimación activa en los procesos de amparo", ponencia sostenida en el *Seminario sobre Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Educa, Universitas SRL, 1999, p. 69 y ss. En el caso que motivara el fallo citado, un grupo de comerciantes pidió al Poder Ejecutivo - que a su vez, derivó la solicitud a la Corte - que emitiera una declaración que señale de un modo claro y preciso el espíritu y la letra de las leyes generales de comercio, y muy especialmente, de los arts. 14 y 18 de la Constitución Nacional.

su opinión sobre una ley sino aplicándola a un hecho señalando al contradictor" (sentencia del 14 de noviembre de 1865, Fallos 2:253)⁶¹⁵.

2.3. Clasificaciones doctrinarias de situaciones jurídicas subjetivas

En la doctrina nacional especializada en derecho administrativo, observamos una franca orientación a distinguirlas - al menos hasta la década del 70 - en dos o tres clases: derecho subjetivo, interés legítimo y en algunos casos interés simple, distinción que ha sido receptada normativamente por los distintos regímenes legales, tanto del orden nacional⁶¹⁶ como provincial⁶¹⁷.

Así como hubo consenso en la división bi o tripartita de situaciones jurídicas subjetivas, no fue unánime sin embargo el contenido o el concepto que cabía o cabe asignar a cada una de ellas, existiendo al respecto al menos cuatro tesis, expuestas acabadamente por GUSMAN⁶¹⁸, para diferenciar el derecho subjetivo del interés legítimo, y que son las siguientes:

2.3.1. Tesis de la exclusividad y concurrencia

Para esta tesis, el derecho subjetivo se caracteriza por su contenido de carácter individualizado y excluyente, atribuyendo a su titular el señorío de disposición exclusiva, por oposición a la exigibilidad concurrente que caracteriza al interés legítimo. Tal derecho se defiende con la acción jurisdiccional, es decir, con la posibilidad de recurrir ante un órgano independiente por el titular de la pertenencia para exhortar el cumplimiento de la prestación⁶¹⁹.

2.3.2. Tesis fundada en la distinción de las normas

⁶¹⁵ En el caso, el Gobierno de Mendoza había requerido a la Corte que declarase "si era constitucional o no la composición de la legislatura de la provincia".

⁶¹⁶ Decreto N° 1759/72, Reglamentario de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19549, arts. 3 y 73, habla de derecho subjetivo e interés legítimo.

⁶¹⁷ Ley N° 3460 de Procedimientos Administrativos de la Provincia de Corrientes, art. art. 4° inc. g).

⁶¹⁸ GUSMAN, Alfredo Silverio, "Situaciones jurídicas subjetivas en el Derecho Administrativo", Diario *El Derecho* - Serie Especial Derecho Administrativo, 23-04-1999, p. 11.

⁶¹⁹ Postura sostenida por FIORINI, PEARSON, LINARES, en la doctrina nacional, y por GONZÁLEZ PÉREZ y JEZE en la doctrina extranjera, entre otros.

Esta tesis - sostenida por GARRIDO FALLA⁶²⁰ - examina las distintas normas que componen el derecho administrativo y las clasifica en aquellas que se sancionaron para garantizar situaciones jurídicas individuales frente a la Administración y las que responden a un fin de interés público. A las primeras denomina normas de relación y a las segundas normas de acción.

En la doctrina nacional, tal distinción fue seguida por MARIENHOFF⁶²¹, quien atribuye al autor italiano GUICCIARDI⁶²², y señala que la diferencia entre ambas categorías resulta clara: las de "relación" delimitan las esferas jurídicas de la Administración y del ciudadano; las de "acción" regulan la actividad que la Administración puede desarrollar en su propia esfera jurídica. La violación de una norma de "relación" por parte de la Administración, implica un indebido avance en la esfera jurídica del ciudadano, y por consiguiente, lesión del derecho ajeno (en tal caso se considera que el particular protegido por dicha norma es titular de un derecho subjetivo, referido al interés individual). A su vez la inobservancia de una norma de "acción" traduce un comportamiento contrario al interés público (en tal caso, el respeto a tales normas puede ser reclamado por cualquier persona, por el mero interés de la buena actuación administrativa, pero sin contar con protección por parte del ordenamiento jurídico, situación que se conoce como interés simple).

Paralelamente, puede haber particulares para los que la observancia o inobservancia de las normas de acción resulte más ventajosa o desventajosa que para los demás, caso en el cual gozan de un interés legítimo.

2.3.3. Tesis de la utilidad garantizada

Posición elaborada en Italia por Renato ALESSI⁶²³, quien se refiere al derecho subjetivo como una garantía legal de una utilidad sustancial y directa para el sujeto titular.

Según esta concepción, el derecho subjetivo presenta dos facetas. En primer lugar, una utilidad que tiende a afirmar una esfera de obrar lícito o a la expectativa de obtener una

⁶²⁰ GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tº 1, p. 384/385, cita extraída de GUSMAN, Alfredo, " Situaciones..."

⁶²¹ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, 1988, Tº V, p. 532.

⁶²² *La Giustizia Amministrativa*, 2ª Edición, Padova, 1934, ps. 33/37, citado por MARIENHOFF.

⁶²³ ALESSI, Renato, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Bosch, Barcelona, 1970, Tº II, p. 444/464.

determinada prestación. El segundo aspecto se refiere a la garantía del obrar o de la expectativa ofrecida por el derecho a través del vínculo impuesto a los otros sujetos.

Cuando esa utilidad garantizada es sustancial, en cuanto referida al interés del sujeto, directa e inmediata, nos encontramos frente a un derecho subjetivo. En cambio, interés legítimo sería un interés protegido únicamente de modo menos perfecto, o bien de forma ocasional o refleja.

También, ALESSI advierte de la existencia de derechos "debilitados", que en algunas circunstancias se otorgan a los particulares pero que de todos modos pueden ser extinguidos por el ejercicio de las potestades administrativas (sería el caso de ciertos permisos administrativos, de actividades toleradas, etc.). Tal posición ha sido seguida en Alemania por Ernst FORSTOFF⁶²⁴.

2.3.4. Tesis que apunta a la distinción entre facultades regladas y discrecionales

Seguida por Luis VARELA, autor del primer código contencioso administrativo para la Provincia de Buenos Aires, quien parece fundar la distinción en si la lesión es provocada por el ejercicio de una atribución reglada de la administración o bien discrecional. En este último caso, nadie podría oponerse al obrar administrativo, que podía proceder libremente. En cambio, ante poderes reglados, los particulares cuentan con facultades para reclamar tutela de su derecho⁶²⁵.

Tal criterio, si bien concebible a principios del siglo XX, ya no puede ser sostenido, puesto que no existe diferencia sustancial alguna entre el derecho subjetivo emergente de un acto administrativo emitido en ejercicio de facultades regladas o vinculadas y el nacido de un acto administrativo emergente de facultades discrecionales⁶²⁶.

De ahí en más, el Alto Tribunal viene sosteniendo invariablemente que no compete a los jueces hacer declaraciones abstractas o generales porque es de la esencia del Poder Judicial decidir colisiones efectivas de derechos⁶²⁷.

⁶²⁴ Tal posición ha sido seguida en Alemania por FORSTOFF, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, p. 263.

⁶²⁵ *Estudios de Derecho Administrativo*, p. 63, cita extraída de HUTCHINSON, "El problema de la legitimación en el Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires", en *Revista de Derecho Administrativo* N° 1, p. 43., citado por GUSMAN, Alfredo, "Situaciones . . .".

⁶²⁶ MARIENHOFF, Miguel S. "La Legitimación en las acciones contra el Estado", en obra colectiva *El Contencioso Administrativo y la Responsabilidad del Estado*, p. 71, citado por GUSMAN.

⁶²⁷ Fallos: 193:524; 211:1056; 215:343; 265:225; 301:991; 302:150, 772; 303:1633; 304:759; 308:2147; 312:2348, entre otros.

3. El interés simple, los derechos difusos y los derechos de incidencia colectiva.

El interés simple es aquel interés vago, genérico que posee todo individuo de que la ley sea cumplida, la cual sólo legitima para petitionar a las autoridades (art. 14 C.N.), mediante la interposición de denuncias, pero que no otorga a quien la deduce legitimación ni en sede administrativa, ni menos aún en sede judicial.

Con ello se tiende a evitar la "acción popular", que permitiría a cualquier particular a interponer recursos sobre la base de la defensa de intereses generales de la sociedad y sin un agravio personal y propio⁶²⁸.

Y con relación a los derechos o intereses difusos, cabe referir a la definición de José Carlos BARBOZA MOREIRA - citado por Gustavo A. REVIDATTI⁶²⁹-, quien dice que "estos intereses se caracterizan porque no pertenecen a una persona aislada, ni a un grupo nítidamente delimitado de personas, a contrario de lo que se da en situaciones clásicas como con un condominio o en la pluralidad de acreedores de una única obligación, sino que son de una serie indeterminada o de difícil o imposible determinación, cuyos miembros no se ligan necesariamente por vínculo jurídico definido y que se refieren a un bien indivisible no susceptible de división en cuotas atribuibles a cada uno de los interesados".

REVIDATTI cita luego a Guillermo S. PEYRANO, quien los define como "toda lesión o menoscabo al derecho o interés que tienen todos los seres humanos, considerados individualmente o colectivamente, a que no se alteren de modo perjudicial las condiciones naturales de vida". Y haciendo una enumeración ejemplificativa, se hace hincapié en: a) la defensa del medio ambiente, la flora, la fauna, el equilibrio biológico en general; b) lo concerniente a los valores culturales, espirituales e históricos; c) la protección del consumidor; d) lo vinculado con las vías de comunicación, como los caminos; entre otros⁶³⁰.

⁶²⁸ PTN, Dictamen N° 144/91, B.O. del 18/12/91, 2ª Sección.

⁶²⁹ REVIDATTI, Gustavo Adolfo, "Los Intereses Difusos", en su obra *Lo Contencioso Administrativo en la Provincia de Corrientes, Ley 4.106, Comentada*, Cicero, Corrientes, 1987, p. 139. Cabe señalar, que el código contencioso administrativo de Corrientes es el primero en el país que incorpora en su art. 1° la protección expresa del derecho difuso, a instancias del insigne jurista correntino.

⁶³⁰ Ob. cit., pág. 140.

La Reforma Constitucional del año 1994, incorpora a la Carta Magna en su artículo 43, la expresa protección a tales derechos, estableciendo en su segunda parte: "*...Toda persona podrá interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos de su organización...*".

Respecto a qué tipos de derechos cabe encuadrar dentro de tal concepto, la CSJN ha sostenido en el precedente "Halabi"⁶³¹ que son "... los que tienen por objeto bienes colectivos (art. 43, CN) son ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado", precisando que "... tratándose de derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna; sólo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos".

También ha detectado la existencia de una categoría de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, como es el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores, como de los derechos de sujetos discriminados: pár. 2 del art. 43. En ellos, no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles; hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. La demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Tal homogeneidad fáctica y normativa lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño.

⁶³¹ Fallos 332:111, citado en Nota 5.

Ha remarcado en dicho precedente la antigua doctrina ya mentada en los señeros casos “Siri”⁶³² y “Kot”⁶³³, que “Donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido”, y ello aún en ausencia de regulación legal.

La previsión constitucional debe ser complementada por el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, consagrado por el art. 8, primera parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, llamada Pacto de San José de Costa Rica, con rango constitucional al ser incorporado por el art. 75 inc. 22 luego de la reforma de 1994, que textualmente dice: “*Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter*”⁶³⁴.

Asimismo, se ha sostenido que constituye un mecanismo de acción política la posibilidad de incoar acciones colectivas, merced al reconocimiento legal de nuevos mecanismos procesales de representación de intereses colectivos y de la práctica de ciertos grupos o actores, consistente en plantear en el ámbito judicial conflictos públicos o que trascienden lo individual⁶³⁵.

4. Algunos pronunciamientos del STJ correntino en derecho a la salud.

A continuación, mencionaré algunos pronunciamientos del STJ de Corrientes, donde tramitaran acciones de amparo en cuestiones de derecho a la salud, vinculadas a la provisión de medicamentos por las obras sociales.

⁶³² Fallos, 239:459.

⁶³³ Fallos, 241:291.

⁶³⁴ También está consagrado con rango constitucional, por el art. 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la O.N.U. (1948), y por el art. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

⁶³⁵ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian, *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Estudios del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 138. Añaden los autores que “La debilidad de las instituciones democráticas de representación y el deterioro de los espacios tradicionales de mediación social y política, han contribuido a trasladar a la esfera judicial conflictos colectivos que eran dirimidos en otros ámbitos o espacios públicos o sociales...”

Es que más allá de las discusiones acerca de la idoneidad del amparo existiendo otras acciones ordinarias, uno de los temas que habilita su tratamiento, superando eventuales ápices formales, es cuando está en juego el derecho a la salud⁶³⁶.

- A. GXP - 19389/13 - “Segovia Catalino Julián y Otra por sus hijos menores c/Instituto de Obra Social de Corrientes (IOSCOR) s/Amparo”.

Tutela judicial efectiva. Interpretación del art. 7 bis de la ley 3.341 y el derecho a revestir la calidad de beneficiarios del servicio de obra social los componentes del grupo familiar primario que estén “amparados” por otra obra social.

- B. EDC - 1982/14 - "Almirón Mirta Ramona c/Instituto de Obra Social de la Provincia de Corrientes s/ Amparo".
- C. EDC-2578/15 - "M., M. S. C/ Obra Social de la Provincia de Corrientes s/ Amparo".
- D. EDC 2352/15 - "Corrales Sandra Maria Jacqueline c/ Instituto de Obra Social de la Provincia de Corrientes (IOSCOR) s/ Amparo".

Derechos a la vida y a la preservación de la salud. Suministro de medicamentos.

- E. EXP - 113137/15 - “García María Lourdes c/Instituto de Obra Social Corrientes (IOSCOR) s/ Amparo”
- F. EXP - 105905/14- “Caseres Ramona Herminia c/Instituto de Obra Social de Corrientes (IOSCOR) s/Amparo (Fuero Civil).

Derechos a la vida y a la preservación de la salud. Provisión de audífonos.

- G. CXP 6269/14 - “Obregón Gloria Esther en nombre y representación de su hijo menor c/IOSCOR (Inst. de Obra Soc. de la Pcia. de Corrientes) s/ Amparo”

Sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de personas con discapacidad establecido por ley 24.901 a la que adhirió la provincia de Corrientes por decreto ley 156/01. Cobertura de los gastos de acompañamiento del menor por una maestra

⁶³⁶ Así lo ha entendido la CSJN, cuando incluso admitió que “no corresponde rechazar la acción de amparo tendiente a obtener la cobertura integral de los gastos para la atención de una persona discapacitada, en virtud de existir un reclamo similar en sede administrativa, pues, hallándose comprometidos el derecho a la salud y a la vida, no resulta razonable ni fundado impedir la continuidad de un procedimiento cuyo objeto es lograr soluciones que se avengan con la urgencia que conlleva este tipo de pretensiones, para lo cual cabe encauzarlas por vías expeditivas —entre las que se incluye el juicio de amparo—, y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con especial resguardo constitucional” (CSJN, 30-10-2007, “María, Flavia Judith c. Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos y Estado provincial”, Fallos 330:4647).

integradora para su pleno desarrollo educacional en un establecimiento común acorde a su edad.

- H. EXP 113045/15 - "Bonpland Maryam, Cattena Mauro Hernán c/Instituto de Obra Social Corrientes (IOSCOR) s/ Amparo".
- I. EDL 830/10 - "Buffil Nazarena Lilian y López Fernando A. c/Obra Social de la Provincia de Ctes. (IOSCOR) s/ Amparo"

Derechos a la vida, la salud y la integridad psico-física. Uno de los fines de la seguridad social es la cobertura de las contingencias sociales, resultando una de las más trascendentes la contingencia de origen patológico, es decir, la alteración de la salud y, concretamente, la "salud reproductiva" de quienes están aquejados de infertilidad. Se ordena la cobertura integral y total de los gastos que insuma el tratamiento de fertilización asistida por técnica ICSI (Inyección espermática intracitoplasmática).

5. La problemática de las acciones de clase

Como manera de reflejar las dificultades que plantea la sanción de una ley que regule las acciones de clase o acciones colectivas, referiré en este acápite lo acontecido en oportunidad de sancionarse una ley en la provincia de Corrientes⁶³⁷, que fuera luego vetada por el Poder Ejecutivo Provincial⁶³⁸, sin que hubiese mediado una nueva insistencia con posterioridad.

La citada Ley regula las acciones colectivas, inspirándose en las *class actions* del Derecho Norteamericano, institución que fuera receptada pretorianamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Halabi" (CSJN Fallos 332:111), en función de lo reglado por el Art. 43 de la Constitución Nacional.

Se trata de un instituto que impacta profundamente en el esquema del proceso tradicional, y que como toda institución novedosa requiere de una amplia deliberación no sólo por parte de los representantes del pueblo que integran las Cámaras Legislativas, sino que demandan una amplia participación ciudadana, especialmente de las Asociaciones

⁶³⁷ Ley N° 6053, agosto de 2011.

⁶³⁸ Transcribiré a continuación parte de las consideraciones que efectuara en un informe previo, cuando me desempeñara como Procurador del Tesoro de la Fiscalía de Estado de la Provincia de Corrientes.

profesionales e Instituciones científicas especializadas en la materia. Cito tan sólo como ejemplo lo acontecido con la reforma del Código Procesal Penal, el que ha sido objeto de una amplia participación de los Colegios de Abogados y Magistrados, de la Facultad de Derecho de la UNNE a través del cuerpo docente especializado⁶³⁹.

Sentado ello, que no consta hubiese sucedido respecto del proyecto que precediera a la ley que nos ocupa, pasaré a señalar algunas cuestiones que entiendo ameritan una revisión en la ley sancionada.

1) En el artículo primero, se alude al Art. 43 de la Constitución Nacional, y a los Artículos 67 y 68 de la Constitución Provincial, siendo que este último artículo nada tiene que ver con las acciones colectivas, sino que se refiere al hábeas data.

2) En el artículo 2º, inciso c), se alude que “... *la acción resultará de todos modos procedente...*”, cuando entiendo que se están reglando recaudos de “admisibilidad” no de “procedencia” de la acción. Igualmente, considero muy genérica la referencia a “*grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos*”, al igual que la mención del “*fuerte interés estatal para su protección, entendido éste como el de la sociedad en su conjunto*”. No he tenido acceso a la exposición de motivos de la ley, ni a la discusión habida en el seno legislativo, donde probablemente surja la explicación a qué se refiere, puedo suponer que lo hace en relación a las personas con capacidades diferentes cuando alude a los débilmente protegidos, pero podría también aludir a otros supuestos. También en cuanto a la referencia del “fuerte interés estatal”, para luego identificarlo como el de la “sociedad en su conjunto”, es posible que dentro de la sociedad existan intereses contrapuestos, y allí no sabríamos qué interés es el que se tutela. Tampoco se aclara qué sucedería en el supuesto de que dos colectivos de personas planten diferentes acciones respecto de un mismo objeto con intereses contrarios, cuál debería identificarse con el interés estatal. Lo expuesto aquí vale también para lo reglado en el Art. 5º. Con ello lo que quiero significar es que constituye uno de los debates actuales más profundos en la filosofía política, y que ameritan una mayor clarificación en el texto de la norma.

3) En el artículo 4º), prevé el sistema de notificación tradicional – por Cédula – a cada uno de los miembros de la clase que resultaren conocidos. Sin embargo, no sé si se tuvo en cuenta qué sucedería si fuesen miles o millones, especialmente respecto de quien

⁶³⁹ Que no obstante continúa sin ver la luz, 8 años después.

asumiría los costos. Tal lo ocurrido en los Estados Unidos – país en el que la acción de clase ha florecido – donde la Corte Suprema de ese país en el caso “Eisen” insistió con la notificación individual a cada uno de los 2.250.000 miembros de la clase con nombre y dirección conocidos⁶⁴⁰.

Asimismo, entiendo que resulta problemático el sistema de notificación a los integrantes de la clase afectada que no fueran conocidos a través de la publicación en el Boletín Oficial, por el plazo de tres días, que contraría el sistema de notificaciones reglado en los Códigos procesales para cumplir, y en resguardo del derecho de defensa en juicio, con la debida comunicación. Especialmente para quienes deberían presentarse para que se los excluya de la clase. Qué sucedería si no lo hacen? Una eventual sentencia adversa les sería oponible, cuando no hubieran manifestado positivamente su intención de ser parte? Y los haría cargar con las costas del proceso?. Ninguna de tales preguntas tiene una única respuesta.

4) Luego, en la redacción del artículo 6º, cuando alude al Registro de Juicios Colectivos, considero deficiente la redacción cuando alude “el tribunal donde se tramita *el mismo*”, y “la fecha en que se inició *el mismo*”.

5) Respecto al Artículo 8º, se expresa que las “... *sentencias dictadas en los juicios colectivos, que tengan efectos “erga omnes”, serán ...*”. Ello permite inferir que podrían haber sentencias en procesos colectivos que no tuvieran efectos *erga omnes*, lo cual conspira con la naturaleza del proceso colectivo.

Ellas son algunas de las salvedades que advertía en la Ley sancionada, la que podrá tener otras, pero que demostraban ante todo que no es una ley más, es una norma verdaderamente trascendente y debió haber contado con un consenso mayor, y que reitero, no tengo noticias de que ello hubiese ocurrido⁶⁴¹.

⁶⁴⁰ Citado por FISS, Owen, “La teoría política de las acciones de clase”, traducción de Roberto Gargarella, publicado en la *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* N° 1, p. 5 y ss. También ha sido reproducido en el Capítulo VII del libro del citado autor *El Derecho como razón pública*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2007, p. 169 y ss.

⁶⁴¹ Por lo tanto, se elevaron tales consideraciones al Sr. Fiscal de Estado quien, compartiendo lo expuesto, remitió las actuaciones al Sr. Gobernador por conducto del Ministerio Secretaría General de la Gobernación, Secretaría Legal y Técnica, quien procedió a vetar la ley N° 6.053.

A ello cabe sumar la posibilidad de que existan acciones colectivas sobre un mismo punto con pretenses encontrados, como ocurriera con el tema de la dolarización – o no – de las tasas aeroportuarias, y que fueran reseñadas más arriba⁶⁴².

Amén de lo señalado, cabe destacar que en Argentina, amén de lo que resolviera la Corte Suprema en el caso “Halabi”, donde pretorianamente instituyera a la figura de las acciones de clase, se ha instituido un Registro de acciones colectivas mediante Acordada N° 32/2014⁶⁴³.

6. La titularidad de la pretensión en los procesos colectivos.

El caso “CEPIS”⁶⁴⁴, analizado ya en el capítulo I del presente, ha sido clave no sólo en la demarcación del concepto de participación contenido en el artículo 42 de la Constitución Nacional, sino también para precisar el concepto de legitimación, sistematizando algunos tópicos que ya fueran anticipados en anteriores precedentes.

Así, por caso, en el Considerando 35º) del voto mayoritario, expuso:

“... Que esta Corte ha advertido en reiteradas oportunidades que la proliferación de acciones colectivas con idénticos o similares objetos que provienen de diferentes tribunales del país acarrea, además de dispendio jurisdiccional, el riesgo cierto –con la consiguiente gravedad institucional– de que se dicten sentencias contradictorias y de que las decisiones que recaigan en uno de los procesos hagan cosa juzgada respecto de las planteadas en otro. También favorece la objetable multiplicación de acciones procesales

⁶⁴² PIAGGIO, Lucas A., “Usuarios en pugna: problemas que plantea la legitimación colectiva de las asociaciones”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, N° 288, Septiembre 2002, pp. 139/141.

⁶⁴³ Fue clave para ello lo resuelto en fecha 23 de septiembre de 2014 en autos “Municipalidad de Berazategui c. Cablevisión S.A. s/ Amparo”, Fallos 337:1024, donde expresó “... Teniendo en cuenta que se ha advertido un incremento de causas colectivas con idénticos o similares objetos que provienen de distintos tribunales del país, lo que genera, además de un dispendio jurisdiccional, el riesgo cierto de que se dicten sentencias contradictorias y de que las decisiones que recaigan en uno de los procesos hagan cosa juzgada respecto de las planteadas en otro y también favorece la objetable multiplicación de acciones procesales con objetos superpuestos tendientes a ampliar las posibilidades de obtener alguna resolución -cautelar o definitiva- favorable a los intereses del legitimado activo o de interferir en la decisión dictada en el marco de otro expediente, se estima necesaria la creación de un Registro de Acciones Colectivas -a través de una acordada- en tanto los aludidos inconvenientes podrían conllevar a situaciones de gravedad institucional”.

⁶⁴⁴ CSJN, 18-08-2016, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”. Fallos 339:1077.

tendientes a ampliar las posibilidades de obtener alguna resolución –cautelar o definitiva– favorable a los intereses del legitimado activo o de intervenir en la decisión dictada en el marco de otro expediente (conf. doctrina de la causa “Halabi” citada; “Consumidores Financieros Asoc. Civil para su defensa c/ Banco Itaú Buen Ayre Argentina S.A. s/ ordinario”, Fallos: 337:753; “Municipalidad de Berazategui c/ Cablevisión”, Fallos: 337:1024 y acordada 32/2014, considerando 1º)...”

Prosiguió en el Considerando 36) expresando:

“... Que desde estas premisas y con el declarado propósito de favorecer el acceso a la justicia de todas las personas, el Tribunal creó un Registro de Acciones Colectivas destinado a la publicidad de los procesos colectivos en el que deben inscribirse todos los procesos de esa naturaleza que tramiten ante los tribunales nacionales y federales del país (acordada 32/2014, del 1º de octubre de 2014). Asimismo, la Corte aprobó el “Reglamento de actuación en procesos colectivos” al que deberán ajustar su actuación dichos tribunales, que tendrá vigencia a partir del primer día hábil de octubre del corriente año y hasta tanto el Poder Legislativo sancione una ley que regule la materia (acordada 12/2016, del 5 de abril de 2016)...”

Haciendo un paréntesis, cabe resaltar que el dictado por parte de la CSJN – y otros tribunales superiores de provincia – de normas reglamentarias como la que estatuye el Registro de procesos colectivos, se entronca en lo que la doctrina ha denominado la “función nomogenética”, debido a que se establecen verdaderas normas procedimentales de carácter general y se prescriben recaudos en orden a la interposición de escritos, registro y tramitación de las causas, modalidad de las actuaciones judiciales, etc.⁶⁴⁵

En análogo sentido, apunta SAGÜÉS⁶⁴⁶ que “el amparo colectivo ha tenido un despliegue paulatinamente vigoroso, impulsado por circunstancias fácticas que justifican su desarrollo autónomo, entre otras razones para, valga la redundancia, dar soluciones colectivas a problemas colectivos. A ello se suma una doctrina especializada que en general lo auspicia y, naturalmente, una explicable actividad abogadil que plantea pretensiones innovadoras en tutela de grupos humanos exigentes en sus reclamos

⁶⁴⁵ PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., “La doctrina del precedente en los procesos colectivos”, *La Ley*, 12-11-2018, pp. 1-4, en especial p. 4.

⁶⁴⁶ SAGÜÉS, Néstor P., “El trámite del amparo colectivo nacional y los roles nomogenéticos de la Corte Suprema”, *SJA* del 12/09/2018, 80; *JA* 2018-III; “El aborto eugenésico, la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos”, *JA* 2012-III, 1129.

tribunalicios. Todo este panorama ha conducido a que la Corte Suprema actuara desempeñando materialmente, y en una apreciable medida, el papel de legislador suplente y precario, con todas las virtudes y dificultades que puede provocar ese desempeño activista, que a menudo pasa de la interpretación a la sobreinterpretación y bordea la no siempre clara frontera de la distinción, equilibrio y división de los poderes”.

Prosiguiendo con el caso “CEPIS”, luego de exponer que la adecuada publicidad de los procesos colectivos tiene por objeto “... preservar un valor eminente como la seguridad jurídica, cuya jerarquía constitucional ha sido señalada por el Tribunal con énfasis y reiteración (Fallos: 317:218 y sus citas), en la medida en que propende a asegurar eficazmente los efectos expansivos que produce en esta clase de procesos la sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada, además de perseguir la apropiada tutela de los derechos de todas las personas que no han tomado participación en el proceso⁶⁴⁷.

Apunta que “... la multiplicidad de causas suscitada con motivo de las resoluciones MINEM 28/2016 y 31/2016 a la que se hizo referencia con anterioridad se habría evitado, precisamente, si los magistrados actuantes hubiesen seguido los lineamientos desarrollados por este Tribunal en sus distintos pronunciamientos y hubiesen cumplido con la inscripción ordenada por la acordada 32/2014. Así, el criterio de preferencia temporal que consagró el Tribunal en la causa “Municipalidad de Berazategui” (Fallos: 337:1024) y en la citada acordada imponía a aquellos magistrados ante quienes se dedujeron demandas colectivas con pretensiones similares o idénticas que, una vez recibida la información por parte del Registro, remitiesen sus causas al magistrado que hubiese prevenido. De este modo, se hubiese evitado el escándalo jurídico que surge de la proliferación de procesos que se superponen en sus pretensiones con la posibilidad del dictado de sentencias contradictorias”⁶⁴⁸.

⁶⁴⁷ Considerando 37). Luego, en el Considerando 38 agrega “Que con particular referencia al tema sub examine, y frente a una análoga dispersión de procesos colectivos también iniciados con motivo de un pasado aumento de la tarifa de gas, esta Corte hizo saber a los magistrados ante quienes tramitaban esas causas que debían proceder a su inscripción en el Registro Público de Procesos Colectivos y adoptar las medidas necesarias a los efectos de evitar que la multiplicidad de procesos denunciada redundara en un dispendio de recursos materiales y humanos o en el dictado de sentencias contradictorias. También en esa oportunidad la Corte ordenó a los jueces intervinientes que debían unificar el trámite de las causas en aquel tribunal que hubiera prevenido en la materia, de manera tal de conjurar el peligro de que grupos de personas incluidas en un colectivo obtuviesen el beneficio de ciertas pretensiones y otras, que también lo integraban, resultasen excluidas (CSJ 4878/2014/CS1 “García, José y otros el PEN y otros s/ amparo ley 16.986”, del 10 de marzo de 2015)...”

⁶⁴⁸ Considerando 39).

En punto a la necesidad de individualizar correctamente el universo de usuarios representados, titulares de la pretensión colectiva, la CSJN se expresa a partir del Considerando 40), en los siguientes términos:

“... Que si bien es cierto que el proceso colectivo resulta una herramienta fundamental para garantizar los derechos de los usuarios, su admisibilidad se encuentra condicionada al cumplimiento ineludible de los requisitos descriptos en el considerando 10 a fin de resguardar el derecho de defensa en juicio de las partes. En tal sentido, esta Corte estableció que la admisión formal de toda acción colectiva requiere la *verificación de ciertos recaudos elementales que hacen a su viabilidad y exigió que, de manera previa a su inscripción, los tribunales dicten una resolución que declare formalmente admisible la acción, identifique en forma precisa el grupo o colectivo involucrado en el caso, reconozca la idoneidad del representante y establezca el procedimiento para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio* (causa “Halabi” citada y acordada 32/2014, punto 3 del Reglamento de Registro Público de Procesos Colectivos)...”

En el Considerando 41) expresa, luego de remarcar que en buena parte de los procesos colectivos en los que se debatieron cuestiones referidas a la razonabilidad del aumento tarifario del gas natural no se ha dado cumplimiento a los recaudos especificados en el considerando que antecede (según surge de cada uno de los pronunciamientos), en especial en lo atinente a la definición precisa del colectivo involucrado y la adecuada notificación a los integrantes del grupo.

Con relación a la *definición del colectivo*, cabe señalar que este incumplimiento por parte de los jueces actuantes en dichos procesos ha conllevado al dictado de decisiones sectoriales sin distinción de categorías de usuarios, tratando de manera igual situaciones heterogéneas.

Recordó que la CSJN ha expresado que “la adecuada y detallada determinación del conjunto de perjudicados por una conducta o acto permite delimitar los alcances subjetivos del proceso y de la cosa juzgada y, además, aparece como un recaudo esencial para que los tribunales de justicia puedan verificar la efectiva concurrencia de los requisitos para la procedencia de la acción. Solo a partir de un certero conocimiento del colectivo involucrado (y de sus eventuales subcategorías) el juez podrá evaluar, por ejemplo, si la pretensión deducida se concentra en los efectos comunes que el hecho o

acto dañoso ocasiona o si el acceso a la justicia se encuentra comprometido de no admitirse la acción colectiva (conf. doctrina de la causa “Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur c/ Loma Negra Cía. Industrial Argentina S.A. y otros”, Fallos: 338:40)...”

Agregó que “... en cuanto a la *adecuada notificación a los integrantes del colectivo*, su falta de cumplimiento en los procesos antes mencionados, se traduce en la imposibilidad de que eventuales usuarios puedan excluirse del proceso, sea porque se consideren beneficiados por la reforma, como por ejemplo podría ser algún beneficiario de la tarifa social, o porque se encuentren conformes con el aumento registrado respecto de ellos”⁶⁴⁹, teniendo especialmente en cuenta que “... el cumplimiento de todos estos recaudos debe extremarse cuando las decisiones colectivas puedan incidir –por sus efectos expansivos– en la prestación de un servicio público. Ello es así en tanto decisiones sectoriales en materia tarifaria pueden afectar la igualdad en el tratamiento de los usuarios, aplicando un aumento para algún sector de la sociedad y no para otro que se encuentra en igualdad de condiciones. Asimismo, decisiones de esta naturaleza pueden alterar el esquema contractual y regulatorio del servicio, afectando el interés general comprometido en su prestación...”⁶⁵⁰

6.1. Casos donde se ha rechazado la legitimación colectiva.

Contemporáneamente a “CEPIS”, la CSJN argentina se ha pronunciado en un caso “Abarca”⁶⁵¹, relativo al incremento de las tarifas de energía eléctrica sin haberse observado el recaudo de participación previa de los usuarios, el que ha sido desestimado

⁶⁴⁹ Considerando 42).

⁶⁵⁰ Considerando 43).

⁶⁵¹ CSJN, 06/09/2016, “Abarca, Walter José y otros c. Estado Nacional - Ministerio Energía y Minería y otro s/ amparo ley 16.986”, Fallos 339:1323; LA LEY 09/09/2016, 09/09/2016, 12 - LA LEY 2016-E, 211 - LA LEY 12/09/2016 , 4, con nota de Leandro J. Giannini; LA LEY 2016-E , 217, con nota de Leandro J. Giannini; LA LEY 15/09/2016 , 1, con nota de Elisabeth I. Berra, Carlos E. Tambussi, Andrés Gil Domínguez, Osvaldo A. Gozaíni, Francisco Verbic y José María Salgado; LA LEY 2016-E , 281, con nota de Elisabeth I. Berra, Carlos E. Tambussi, Andrés Gil Domínguez, Osvaldo A. Gozaíni, Francisco Verbic y José María Salgado; LA LEY 03/10/2016, 03/10/2016, 11 - DJ02/11/2016, 32 - Sup. Const. 2016 (noviembre), 7, con nota de María Angélica Gelli; Sup. Adm. 2016 (noviembre), 8, con nota de Dora Rocío Laplacette; Sup. Doctrina Judicial Procesal 2016 (diciembre), 13, con nota de Elisabeth I. Berra y Carlos E. Tambussi; Cita Online: AR/JUR/57578/2016.

por no reconocer legitimación activa de los pretenses⁶⁵², por distintas causas, algunas de ellas ya resueltas en casos anteriores.

Al respecto, a cada uno de los pretenses les negó legitimación por los siguientes motivos:

1. El *Secretario General de la Defensoría del Pueblo de la provincia de Buenos Aires*, que invocó la representación de ese organismo para intervenir en el amparo tendiente a la declaración de nulidad de las resoluciones MINEM 6/2016 y 7/2016 por las cuales se aumentó la tarifa del servicio de electricidad, carece de legitimación para actuar en representación del colectivo conformado por todos los usuarios del servicio de energía eléctrica del ámbito geográfico de la provincia de Buenos Aires⁶⁵³, pues no se encuentra legalmente habilitado para poner en ejercicio las atribuciones del Defensor del Pueblo local en virtud de la vacancia definitiva en la que se encuentra el cargo.
2. Los *diputados provinciales* carecen de legitimación para accionar en representación del colectivo conformado por todos los usuarios del servicio de energía eléctrica del

⁶⁵² Varios diputados de la Provincia de Buenos Aires, en su carácter de usuarios y consumidores del servicio de energía eléctrica y en representación de los usuarios y consumidores de ese Estado local promovieron acción de amparo contra el Poder Ejecutivo y el Ente Nacional Regulador de la Electricidad, tendiente a que se declarara la nulidad de las Resoluciones MINEM 6/2016 y 7/2016 por las cuales se aumentó la tarifa del servicio. Posteriormente intervinieron en la causa el Defensor del Pueblo local y un club de barrio como terceros. La Cámara dispuso la suspensión, por el término de 3 meses de las normas referidas. Interpuesto recurso extraordinario cuestionando la decisión y la legitimación de los reclamantes, la Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó la sentencia que hizo lugar a la medida cautelar.

⁶⁵³ En punto a la falta de legitimación de los Defensores del Pueblo locales para impugnar actos de autoridad nacional o de otra provincia, ya se había expedido con anterioridad. Así, en el CSJN, 31/10/2006, “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c. Secretaría de Comunicaciones – resolución 2926/99”, Fallos 329:4542, sostuvo por mayoría revocar la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo incoada por el Defensor del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para que se deje sin efecto la resolución de la Secretaría de Comunicaciones de la Nación, por la cual se autorizó el cobro del servicio de informaciones a los usuarios del servicio telefónico — resolución 2926/99 -, por entender que dicho órgano de control de la administración local carece de legitimación para cuestionar en juicio la validez de los actos emanados de las autoridades nacionales en tanto no tiene la personería legal de los particulares afectados ni representa a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Antes, en CSJN, 11/03/2003, “Defensor del Pueblo de la Provincia de Santiago del Estero c/ Tucumán Provincia de y otro (Estado Nacional) s/ acción de amparo”, Fallos: 326:663, sostuvo que “Si bien el art. 136 de la Constitución de la Provincia de Santiago del Estero prescribe que el Defensor del Pueblo “tiene legitimación procesal”, ello no significa que los jueces no deban examinar, en cada caso, si corresponde asignar a aquél el carácter de titular de la relación jurídica sustancial en que sustenta la pretensión, como es exigible en todo proceso judicial”, agregando que “Dilucidar la cuestión relativa a la legitimación procesal del actor constituye un presupuesto necesario para que exista un caso o controversia que debe ser resuelto por la Corte Suprema”. Asimismo, puntualizó que: “Tanto el art. 136 de la Constitución de la Provincia de Santiago del Estero como el art. 12 de la ley local 6320 de creación de la Defensoría del Pueblo circunscriben su actuación a la protección de los derechos individuales y de la comunidad frente a hechos, actos u omisiones de la administración pública provincial. De allí que la promoción de acciones judiciales contra otra provincia o el Estado Nacional excede su ámbito de actuación”.

ámbito geográfico de la provincia de Buenos Aires, con el objeto de que se declare la nulidad de las resoluciones MINEM 6/2016 y 7/2016 por las cuales se aumentó la tarifa del servicio, porque el ejercicio de su representatividad tiene su quicio en el ámbito del Poder Legislativo para cuya integración fueron electos y porque no son legitimados extraordinarios en los términos del art. 43 del a Constitución Nacional⁶⁵⁴.

3. El *partido político accionante*, en cuanto pretende representar como asociación a todos los usuarios de energía eléctrica de la provincia de Buenos Aires, con el objeto de que se declare la nulidad de las resoluciones MINEM 6/2016 y 7/2016 por las cuales se aumentó la tarifa del servicio, carece de legitimación, pues esto importaría exorbitar sus facultades; las organizaciones partidarias existen por y para el régimen representativo, y en ese alto propósito no deben distraer esfuerzos ni recursos en la misión de profundizar los derechos políticos de los ciudadanos y la calidad institucional dentro de una sociedad democrática.

4. A efectos de determinar la legitimación colectiva de un *club social* para impugnar las resoluciones MINEM 6/2016 y 7/2016 por las cuales se aumentó la tarifa del servicio, corresponde que el juez de primera instancia verifique si este representa alguna categoría determinada de clubes, identificando en forma precisa el colectivo involucrado en el caso, y evalúe la eventual idoneidad del representante y establezca el procedimiento para garantizar la adecuada notificación de todos aquellos que pudieran tener un interés en el resultado del litigio.

Incluso, en los mismos casos donde se negó a los legisladores la legitimación para accionar como tales, se les negó igualmente alegando el carácter de “ciudadanos”, considerando que “*es un concepto de notable generalidad, pues su comprobación no basta para demostrar la existencia de un interés "especial" o "directo", "inmediato"*,”

⁶⁵⁴ En punto a la ausencia de legitimación de los legisladores (diputados y senadores, nacionales y provinciales), se ha expedido la CSJN en diversos precedentes, siendo el último y más destacado el caso CSJN, 15/06/2010, “Thomas, Enrique c/ E.N.A. s/ amparo”, Fallos: 333:1023, donde expresó: “Cabe revocar la sentencia que hizo lugar a la medida cautelar requerida por el actor- diputado nacional-, y ordenó la suspensión de la aplicación y los actos de ejecución de la ley 26.522- regulación de los Servicios de Comunicación Audiovisual-, pues un legislador no tendría legitimación activa cuando lo que trae a consideración de un tribunal de justicia es la reedición de un debate que ha perdido en el seno del Poder Legislativo por el juego de las mayorías y minorías respectivas, y, por el contrario, dicha legitimación podría eventualmente resultar admisible cuando se trata de la afectación de un interés concreto y directo a su respecto”.

Reitera así lo sostenido en casos tales como: CSJN, 06/09/1990, “Dromi, José Roberto (Ministro de Obras y Servicios Públicos de la Nación) s/ avocación en autos: Fontenla, Moisés Eduardo c/ Estado Nacional”, Fallos: 313:863; CSJN, 07/04/1994, “Polino, Héctor y otro c/ Poder Ejecutivo (Exp. FERIA 5/94) s/ amparo”, Fallos: 317:335; CSJN, 01/06/2000, “Garré, Nilda y otros c/ E.N. (P.E.N.) decreto 21/99 s/ amparo ley 16.986”, Fallos: 323:1432.

"concreto" o "sustancial" que permita tener por configurado un "caso contencioso"⁶⁵⁵, remarcando la necesidad de "demostrar la existencia de un "interés especial" en el proceso, que los agravios alegados la afecten de forma "suficientemente directa", o "sustancial", esto es, que posean "suficiente concreción o inmediatez" para poder procurar dicho proceso".

6.2. Supuestos donde, no obstante reconocerse legitimación colectiva, la decisión adoptada resulta irrazonable.

El caso "Reyero"⁶⁵⁶, que tuve la oportunidad de analizar en extenso recientemente⁶⁵⁷, a partir de las sentencias tanto del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, constituye una clara muestra de cómo deben actuar los jueces ante casos difíciles, que involucran derechos de un colectivo de personas (en el caso, la población de la ciudad de Paso de los Libres) a contar con servicios públicos de calidad y eficiencia, y con la preservación de salud y el derecho a un ambiente sano y equilibrado, con las prerrogativas estatales encabezadas en el caso por el ente autárquico prestador del servicio de distribución eléctrica, quien debe procurar la satisfacción del interés público, sin resignar la rigurosa observancia de la juridicidad en su accionar.

Se trató de un caso sumamente trascendente desde el punto de vista procesal (legitimación colectiva, acción autosatisfactiva, *per saltum*) como desde el punto de vista sustancial, en este último aspecto, vinculadas tanto con la cuestión energética y los rasgos

⁶⁵⁵ CSJN, 31/03/1999, "Gómez Diez, Ricardo y otros c/ PEN - Congreso de la Nación s/ proceso de conocimiento", Fallos: 322:528. En este caso, además, respecto de los diputados nacionales, ha dicho que: "Los diputados nacionales no son los representantes de la provincia o distrito electoral por el cual han sido elegidos, ya que tal cometido incumbe al titular de su Poder Ejecutivo en el ámbito de las competencias que le son propias".

⁶⁵⁶ STJ Corrientes, Sentencia N° 121 del 13-11-2015, "Reyero, Gabriela y otros c. Dirección Provincial de Energía de Corrientes –Suc. Paso de los Libres", publicada en *La Ley Online*; AR/JUR/69612/2015; CSJN, 24-04-2018, "Reyero, Gabriela y otros c/ Dirección Provincial de Energía de Corrientes", CSJ 723/2016/RH1.

⁶⁵⁷ REY VÁZQUEZ, Luis E., "Cuestiones de interés en torno al servicio público de distribución de energía eléctrica en la provincia de Corrientes, a propósito del caso "Reyero", publicado en la *Revista Argentina de la Energía, Hidrocarburos y Minería (RADEHM)*, N° 19, Noviembre-Diciembre 2019, Enero 2019, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, Marzo de 2019, pp. 249-267. El texto de ambas sentencias, en la misma Revista, pp. 237-248.

de calidad y eficiencia de los servicios públicos, así como la cuestión ambiental involucrada.

Sin embargo, frente a una decisión tomada por el juez de primera instancia, donde en un plazo de 60 días corridos ordenó a la distribuidora estatal del servicio de energía eléctrica – entre otros extremos – procediera al reemplazo de la totalidad del cableado eléctrico de la ciudad de Paso de los Libres (Corrientes), acogida en el marco de una acción excepcional como la “autosatisfactiva”, el referido exceso jurisdiccional fue cohonestado con un recurso por salto de instancia (*per saltum*), acogido favorablemente por las instancias superiores.

Esto último, teniendo en cuenta que, aún cuando hipotéticamente se contasen con los recursos presupuestarios necesarios para responder la demanda poblacional, el plazo impuesto por el juez de primera instancia resultaba a todas luces incompatible con, siquiera, la observancia de los plazos previstos en las normas contractuales para cumplir la manda.

Tampoco se ha ponderado que, tratándose de un servicio público esencial, en el caso prestado por un ente autárquico provincial, pero que en modo alguno se alteraría se hubiese sido prestado por un concesionario⁶⁵⁸, debieron extremarse los recaudos tendientes a verificar el efecto que una decisión semejante pudo haber tenido en su normal prestación⁶⁵⁹.

Asimismo, en ejercicio de las potestades de reconducir el proceso que tienen los magistrados, debió haber mutado quizás el tipo de acción procesal, pues la acción autosatisfactiva constituye una medida marcadamente excepcional, más aún frente al Estado y sus entidades, sin dejar de considerar la posibilidad de convocar a las partes a una audiencia informativa o de conciliación, como sugiere el STJ y como desde dicho

⁶⁵⁸ Al respecto, refiriéndose a la materia tarifaria, la CSJN ha decidido que la potestad tarifarla reside en el poder administrador y que ella no se ve afectada por la concesión a particulares de un servicio público (*Ventafrida, Víctor c/ Cía. Unión Telefónica* (1939); *Fernández, Raúl c/ Estado Nacional (PEN)* (1999); *Establecimiento Liniers S.A. c. EN Ley 26.095, Ministerio de Planificación Resol. 2008/06* (2013), dictamen de la Procuración General al que remite la mayoría, y *Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c. Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo* (2016);, Considerando 27°).

⁶⁵⁹ Es que, como sostuvo el Máximo Tribunal, “... la mencionada atribución tiene en miras consideraciones de interés público, tales como asegurar la prestación del servicio en condiciones regulares y la protección del usuario...” *Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c. Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo* (2016).

Alto Cuerpo, al igual que la Corte Nacional, se viene bregando, en especial en casos de gran trascendencia social.

En el caso, resultaba indispensable requerir un informe previo a la toma de decisión, que ilustrara adecuadamente acerca de la real situación de la infraestructura del servicio de distribución eléctrica, así como de las posibles fallas de los transformadores, y claramente, no era la vía excepcional de la acción autosatisfactiva el camino más adecuado.

Tampoco pudo estar ausente en el análisis, el impacto económico de la decisión, que como lo ha sostenido la CSJN en numerosos precedentes, constituye uno de los índices más seguros para verificar su razonabilidad⁶⁶⁰, extremo predicable incluso actualmente respecto de las regulaciones en general (legislativas o reglamentarias)⁶⁶¹.

Afortunadamente, el STJ correntino primero, y la CSJN después, han sabido lograr el correcto equilibrio entre ambos polos de la relación, adoptando una medida respetuosa de las respectivas órbitas de los poderes estatales, sin sustituir las potestades del órgano ejecutivo – y en el caso, del ente autárquico prestador del servicio –, aunque exhortando al cumplimiento de un cronograma de tareas que procure dar una respuesta adecuada y efectiva al conflicto suscitado⁶⁶².

También - y lo que es central – se hizo cargo del reclamo ciudadano, quien obtuvo de ese modo una respuesta a la pretensión deducida.

6.3.Reconocimiento de una legitimación amplia en supuestos de acceso a la información pública.

⁶⁶⁰ Resulta ilustrativa la Acordada N° 36/2009 de la CSJN, por la cual se creó la Unidad de Análisis Económico, para evaluar justamente los efectos de las decisiones del tribunal.

⁶⁶¹ La doctrina moderna más calificada, ha comenzado desde hace tiempo a postular la necesidad de llevar a cabo lo que se denomina “evaluación del impacto regulatorio”, la que consiste en una “*evaluación sistemática y obligatoria de cómo la legislación primaria o secundaria puede afectar a ciertas categorías de interesados, a los sectores interesados y al medio ambiente*”... “*se traduce en un procedimiento administrativo especial, generalmente utilizado en la fase preliminar de diseño, esto es, en la fase de examen y control de una determinada iniciativa legislativa...*” (RADAELLI, citado por AUBY y PERROUD (2013), pp. 19 y ss.).

⁶⁶² En el caso, la decisión original adoptada por el juez de 1ª Instancia, se reemplazó por la que ordenó que en un plazo de 60 días hábiles la DPEC presente un plan de trabajo en función de un cronograma que incluya plazos de ejecución y que atienda la situación real del tendido y cableado en la ciudad, destinado a mejorar y neutralizar cualquier situación de riesgo que pudiera existir.

A partir del reconocimiento de una legitimación ampliada derivada de los Reglamentos aprobados por el Decreto Nacional 1.172/2003, se ha admitido la de los diputados nacionales, e incluso las de los ciudadanos.

Recordamos los casos “Gil Lavedra” analizados supra, promovidas por un Diputado Nacional⁶⁶³, tendientes a que se le brinde información y documentación vinculada con el procedimiento de licitación pública para la construcción de las represas “Presidente Néstor Kirchner” y “Gobernador Jorge Cepernic”, y que se le ordene a la Inspección General de Justicia de la Nación que entregue la información que le fuera solicitada en sendas oportunidades, vinculadas a la quiebra de Ciccone Calcográfica SA.

Y también el pronunciamiento recaído en la causa “Giustiniani”⁶⁶⁴ de la CSJN, en el que sostuvo que YPF SA, encontrándose bajo la jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional, está obligada a dar cumplimiento a las disposiciones del Decreto 1172/03 en materia de información pública, pues desempeña importantes y trascendentes actividades, en las que se encuentra comprometido el interés público, por lo que no puede, en el marco de los principios de una sociedad democrática negar información —de indudable interés público— que hace a la transparencia y a la publicidad de su gestión.

En esta última, el máximo tribunal recordó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien expresó que se ha desprendido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención, el derecho al acceso a la información.

Así, en Fallos: 335:2393 se recordó que en el caso “Claude Reyes y otros vs. Chile”, fallado el 19 de septiembre de 2006, ese Tribunal había señalado “que el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a ‘buscar’ y a ‘recibir informaciones’, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma

⁶⁶³ CSJN, 14/10/2014, “Gil Lavedra, Ricardo Rodolfo c. Estado Nacional - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos - Inspección General de Justicia”, EDA 2014-406 [2014]; y CSJN, 14/10/2014. “Gil Lavedra, Ricardo y otro c. Estado Nacional - Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios”, EDA 2014-414 [2014].

⁶⁶⁴ CSJN, 10/11/2015, “Giustiniani, Rubén Héctor c. Y.P.F. S.A. s/ amparo por mora”, APJD 26/11/2015, AP N°: AR/JUR/44820/2015. El caso versaba sobre la exhibición a la parte actora del contrato suscripto por la sociedad anónima de mayoría estatal con la empresa norteamericana *Chevron Corporation* con miras a la explotación del yacimiento conocido como “Vaca muerta”.

tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que esta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla.

También merece destacarse el caso de “Carlos Manuel Garrido”, quien invocando su condición de diputado nacional y ciudadano, promovió acción de amparo contra la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) con el fin de que se condenara a esta a entregarle determinada información relacionada con el nombramiento de Carlos Mechetti en dicho organismo, como así también respecto de los cargos y funciones que el nombrado desempeñó y el estado de un sumario administrativo que se le iniciara en el año 2010 por presunto contrabando⁶⁶⁵.

Allí puntualizó que:

“El derecho de acceso a la información, en tanto elemento constitutivo de la libertad de expresión protegido por normas constitucionales y convencionales, no es un derecho absoluto sino que puede estar sujeto a limitaciones por lo que resulta admisible que el ordenamiento jurídico establezca ciertas restricciones, las que deben ser verdaderamente excepcionales, perseguir objetivos legítimos y ser necesarias para alcanzar la finalidad perseguida y el secreto solo puede justificarse para proteger un interés igualmente público, por lo tanto, la reserva solo resulta admisible para asegurar el respeto a los derechos o la reputación de los demás o la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública”.

“Una adecuada interpretación del art. 2º de la ley 25.326 y del art. 16 del anexo VII del decreto 1172/03 permite concluir que en tanto la información que se solicita a uno de los sujetos comprendidos en este último decreto no se refiera al origen racial y étnico de terceros, sus opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, su afiliación sindical o se trate de información referente a la salud o a la vida sexual, su

⁶⁶⁵ CSJN, 21/06/2016, “Garrido, Carlos Manuel c/ EN - AFIP s/amparo ley 16986”, Fallos: 339:827.

divulgación no conculca el derecho a su intimidad ni se afecta su honra y, en consecuencia, no existen razones para que los sujetos obligados nieguen el acceso a ella”.

“En una sociedad democrática los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y a la crítica del público y este diferente umbral de protección se explica porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente, en tanto sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público; umbral que no solo se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza”.

“El derecho de toda persona de conocer la manera en que sus gobernantes y funcionarios públicos se desempeñan supone el reconocimiento de un ámbito de protección más limitado de la vida privada de éstos”.

“Corresponde confirmar la sentencia que condenó al organismo demandado a suministrar la información requerida si la misma no se relaciona con datos sensibles en los términos del decreto 1172/03 y la ley 25.326 sino que atañe exclusivamente a circunstancias vinculadas a la carrera administrativa de un funcionario, que son de innegable interés público en tanto permiten conocer aspectos relevantes sobre las personas que tienen a su cargo la gestión de los asuntos del Estado, y facilita a quien requiere la información ejercer el control sobre la regularidad de los actos mediante los cuales se integran los cuadros de la administración”.

6.4.Ley Nacional de Acceso a la Información Pública N° 27.275⁶⁶⁶

Resta señalar que a partir del dictado de dicha norma legal, en el orden federal, se ha consagrado claramente el derecho de acceso a la información pública⁶⁶⁷, la que a tenor de su artículo 1º, tiene “por objeto garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la

⁶⁶⁶ B.O. 29-09-2016.

⁶⁶⁷ Expresa en su Artículo 2º “Derecho de acceso a la información pública. El derecho de acceso a la información pública comprende la posibilidad de buscar, acceder, solicitar, recibir, copiar, analizar, reprocesar, reutilizar y redistribuir libremente la información bajo custodia de los sujetos obligados enumerados en el artículo 7º de la presente ley, con las únicas limitaciones y excepciones que establece esta norma. Se presume pública toda información que generen, obtengan, transformen, controlen o custodien los sujetos obligados alcanzados por esta ley”.

información pública, promover la participación ciudadana y la transparencia de la gestión pública...”

Consagra los siguientes principios:

Presunción de publicidad: toda la información en poder del Estado se presume pública, salvo las excepciones previstas por esta ley.

Transparencia y máxima divulgación: toda la información en poder, custodia o bajo control del sujeto obligado debe ser accesible para todas las personas. El acceso a la información pública sólo puede ser limitado cuando concurra alguna de las excepciones previstas en esta ley, de acuerdo con las necesidades de la sociedad democrática y republicana, proporcionales al interés que las justifican.

Informalismo: las reglas de procedimiento para acceder a la información deben facilitar el ejercicio del derecho y su inobservancia no podrá constituir un obstáculo para ello. Los sujetos obligados no pueden fundar el rechazo de la solicitud de información en el incumplimiento de requisitos formales o de reglas de procedimiento.

Máximo acceso: la información debe publicarse de forma completa, con el mayor nivel de desagregación posible y por la mayor cantidad de medios disponibles.

Apertura: la información debe ser accesible en formatos electrónicos abiertos, que faciliten su procesamiento por medios automáticos que permitan su reutilización o su redistribución por parte de terceros.

Disociación: en aquel caso en el que parte de la información se encuadre dentro de las excepciones taxativamente establecidas por esta ley, la información no exceptuada debe ser publicada en una versión del documento que tache, oculte o disocie aquellas partes sujetas a la excepción.

No discriminación: se debe entregar información a todas las personas que lo soliciten, en condiciones de igualdad, excluyendo cualquier forma de discriminación y sin exigir expresión de causa o motivo para la solicitud.

Máxima premura: la información debe ser publicada con la máxima celeridad y en tiempos compatibles con la preservación de su valor.

Gratuidad: el acceso a la información debe ser gratuito, sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley.

Control: el cumplimiento de las normas que regulan el derecho de acceso a la información será objeto de fiscalización permanente. Las resoluciones que denieguen solicitudes de acceso a la información, como el silencio del sujeto obligado requerido, la ambigüedad o la inexactitud de su respuesta, podrán ser recurridas ante el órgano competente.

Responsabilidad: el incumplimiento de las obligaciones que esta ley impone originará responsabilidades y dará lugar a las sanciones que correspondan.

Alcance limitado de las excepciones: los límites al derecho de acceso a la información pública deben ser excepcionales, establecidos previamente conforme a lo estipulado en esta ley, y formulados en términos claros y precisos, quedando la responsabilidad de demostrar la validez de cualquier restricción al acceso a la información a cargo del sujeto al que se le requiere la información.

In dubio pro petitor: la interpretación de las disposiciones de esta ley o de cualquier reglamentación del derecho de acceso a la información debe ser efectuada, en caso de duda, siempre en favor de la mayor vigencia y alcance del derecho a la información.

Facilitación: ninguna autoridad pública puede negarse a indicar si un documento obra, o no, en su poder o negar la divulgación de un documento de conformidad con las excepciones contenidas en la presente ley, salvo que el daño causado al interés protegido sea mayor al interés público de obtener la información.

Buena fe: para garantizar el efectivo ejercicio del acceso a la información, resulta esencial que los sujetos obligados actúen de buena fe, es decir, que interpreten la ley de manera tal que sirva para cumplir los fines perseguidos por el derecho de acceso, que aseguren la estricta aplicación del derecho, brinden los medios de asistencia necesarios a los solicitantes, promuevan la cultura de transparencia y actúen con diligencia, profesionalidad y lealtad institucional.

Lo importante es que, en punto a la legitimación activa, prescribe: “Artículo 4° Legitimación activa. Toda persona humana o jurídica, pública o privada, tiene derecho a solicitar y recibir información pública, no pudiendo exigirse al solicitante que motive la solicitud, que acredite derecho subjetivo o interés legítimo o que cuente con patrocinio letrado”⁶⁶⁸.

⁶⁶⁸ Un comentario de dicha norma legal, y de su decreto reglamentario 206/17, puede verse con provecho en BASTERRA, Marcela I., *Acceso a la información pública y transparencia, Ley 27.275 y decreto*

Al respecto, sostiene BASTERRA que “El carácter amplio de la aptitud procesal para el ejercicio de esta prerrogativa fundamental, es relevante para cumplimentar con una saludable tendencia en el derecho constitucional contemporáneo como es la de otorgar el mayor grado de participación a los ciudadanos y a las organizaciones no gubernamentales, las que tienen un lugar preponderante en el proceso de desestatización y control del Estado”⁶⁶⁹.

7. Conclusiones

1. Resulta necesario compatibilizar los nuevos derechos incorporados a la Constitución Nacional, así como los que surgen de los tratados internacionales y de las leyes, puesto que en la medida en que tales derechos son reconocidos por el derecho positivo, sean los tribunales quienes habiliten la herramienta puesta al servicio de sus titulares por el art. 43 de la Carta Magna. Ello puesto que de nada sirve que los derechos se consagren, si no se los puede hacer valer.

2. Puesto que la legitimación implica la existencia de un derecho sustancial, y este la de un deber correlativo, no parece razonable ni coherente restringir el acceso a la jurisdicción solamente a quienes invocan la violación de un derecho diferenciado o subjetivo, negándose a quienes lo hacen invocando sólo su calidad de ciudadano, vecino, usuario, so pretexto de que quien acciona carece de legitimación, no obstante el reconocimiento normativo de tal situación.

3. Por eso, entiendo que no corresponde discriminar entre los derechos que consagra la Constitución, puesto que quien acciona en *pro* de un medio ambiente sano y equilibrado, o quien lo hace en defensa de un derecho de propiedad, en ambos casos lo hace en defensa de su propio derecho, más allá de que en el primer caso interese a toda la comunidad, puesto que ambos gozan de jerarquía constitucional.

4. Propongo asimismo la eliminación de las categorías subjetivas clásicas de derecho subjetivo, interés legítimo, derecho difuso, interés simple, como también la de derechos de incidencia colectiva, y la sustitución por la de "derechos tutelados por el ordenamiento jurídico", puesto que se terminaría la confusión en que incurren los tribunales, al

reglamentario, Comentados, anotados y concordados, Prólogo de Jorge Reinaldo Vanossi, Astrea, Buenos Aires, 2017.

⁶⁶⁹ BASTERRA, Marcela I., *Acceso a la información...*, p. 62.

momento de evaluar los casos concretos, y se acabaría con la gran heterogeneidad de pronunciamientos. Ello implicará dejar de lado muchos preconceptos elaborados durante mucho tiempo, y que presidieron en gran medida el razonamiento de jueces, abogados y juristas, para abrir paso a una nueva forma de pensar el derecho, no como algo exclusivo de uno o de pocos sujetos en el presente, sino en algo que afecta a todos los que hoy estamos, y a los que vendrán.

5. En supuestos donde se aleguen cuestiones presupuestarias como óbice para el cumplimiento efectivo de ciertos derechos, y aun cuando los tribunales de derechos humanos reconocen el "principio de progresividad", que determina que los Estados deben "procurar todos los medios posibles" para la satisfacción de los derechos de todos y cada uno, en cada momento histórico, parafraseando a GARGARELLA, sostengo que en ningún caso puede afectarse el "contenido esencial" de tales derechos⁶⁷⁰.

⁶⁷⁰ GARGARELLA, Roberto, "Derechos incondicionales que están por encima de los planes económicos", en <https://www.lanacion.com.ar/2108469-derechos-incondicionales-que-estan-por-encima-de-los-planes-economicos>

CAPITULO VI

LA PARTICIPACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

A continuación, analizaremos la temática conforme ha sido planteada en algunos países europeos y americanos, atendiendo especialmente los supuestos de participación ciudadana en las gestiones públicas, dejando de lado lo relativo a otros modos de participación política⁶⁷¹.

Omitiré, a fin de no incurrir en reiteraciones innecesarias, aquellas referencias que ya fueran incluidas en los capítulos precedentes, donde en cada uno de los tópicos analizados he computado a diferentes autores de países extranjeros⁶⁷².

1. Unión Europea

Franck MODERNE⁶⁷³ explica que por “contratos públicos” el derecho comunitario pretende abarcar las relaciones contractuales que se producen normalmente entre las administraciones públicas, entendidas en un sentido muy amplio, como titulares de una fracción del poder público (los llamados “poderes adjudicadores”, independientemente de la naturaleza (pública o, eventualmente, privada) de los entes contratantes y los empresarios o proveedores, con el objeto de realizar prestaciones tales como obras públicas, suministros o servicios muy diversos.

⁶⁷¹ Omitiré en esta ocasión reiterar los autores y opiniones que sobre el tópico han sido esbozadas en el primer capítulo.

⁶⁷² Sin embargo, y a riesgo de pecar en contra de lo afirmado, no puedo evitar referir el magnífico trabajo efectuado en el año 1980 por SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *La Participación del Ciudadano en la Administración Pública*, Estudios de Administración, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, que constituyera su tesis doctoral ante la Universidad Complutense, y donde obtuera la máxima calificación (sobresaliente *cum laude*). Me he apartado, no obstante, del método seguido por dicho autor, para darle originalidad a la presente tesis.

⁶⁷³ MODERNE, Franck, “La contratación pública en el espacio económico europeo (Reflexiones sobre las nuevas directivas comunitarias de 3 de febrero de 2004)”, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Número Especial Coordinado por María Graciela REIRIZ titulado *Derecho Administrativo y Aportes para el Rediseño Institucional de la República*, LexisNexis – Abeledo-Perrot, 2004, Capítulo V.- denominado: “Regímenes de contrataciones gubernamentales en Espacios Económicos integrados”, p. 231 y ss.

Luego, comentando a lo que se denomina “poder adjudicador”, explica que se adopta una concepción funcional⁶⁷⁴, comprensivo tanto de los organismos públicos como de las asociaciones constituidas por estos entes u organismos. Se funda en que dicho criterio funcional es el más eficaz para “*descubrir los eventuales subterfugios, resultando de la creación artificial de entes formalmente privados y controlados por los poderes públicos, con el único objetivo de someter sus contratos al derecho privado y evitar así la reglamentación comunitaria relativa a los contratos públicos*”⁶⁷⁵.

Luego alude a dos casos decididos por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, uno del 15-2-2003 (“Comisión v. España”)⁶⁷⁶ y otro del 16-10-2003 (“Comisión v. España”)⁶⁷⁷.

En ambos casos se condenó la huida del derecho comunitario de los contratos públicos, mediante la personificación de derecho privado de entes claramente administrativos y de carácter instrumental, lo que pretendía conseguirse con el expediente de que la Administración Pública dote a una organización de naturaleza pública del carácter formal de una sociedad o de una fundación, con la cual las administraciones podrían actuar con una libertad absoluta en materia contractual y eludir así tanto la normativa interna de los contratos administrativos como la comunitaria sobre la contratación pública⁶⁷⁸.

Aún cuando nos encontremos ante una realidad jurídica distinta, entiendo plenamente aplicables los principios que subyacen en el derecho comunitario europeo para el caso de

⁶⁷⁴ Se sustituye por la denominación más tradicional de “administraciones públicas”.

⁶⁷⁵ MODERNE, op. cit., p. 237. Agrega en la p. 238 que “... *esta definición funcional está concebida para evitar que, como consecuencia de posibles calificaciones puramente formales de las entidades llamadas a participar en el poder público y a aplicar consecuentemente las directivas de los contratos públicos, se eluda el cumplimiento de la legalidad comunitaria...*”.

⁶⁷⁶ Allí se trató de un juicio abstracto sobre la trasposición por el sistema español de las directivas comunitarias sobre contratación pública. Ver comentario de GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y MARTÍNEZ-CARANDE, “El tribunal de justicia de las comunidades europeas constata y censura dos graves quiebras de nuestro Derecho Administrativo en materia de entes sujetos al Derecho Público y de medidas cautelares contencioso-administrativas. Sentencia Comisión c. España, C-214/00”, de 15 de mayo de 2003, *Revista española de Derecho Administrativo*, N° 119/2003, Jurisprudencia, Editorial Civitas, Madrid, julio-sept. 2003, p. 18.

⁶⁷⁷ Se enjuiciaba aquí un caso concreto a propósito de la actuación de una pretendida sociedad mercantil del Ministerio de Interior encargada de inequívocas funciones públicas (la construcción de centros penitenciarios del Estado). Ver comentario de GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y MARTÍNEZ-CARANDE, “Una nueva sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la sumisión a las normas comunitarias sobre contratación pública de las Sociedades Mercantiles de Titularidad de las Administraciones Públicas. Sentencia “Comisión contra España”, de 16 de octubre de 2003, C-283/00”, *Revista española de Derecho Administrativo*, N° 120/2003, Jurisprudencia, Editorial Civitas, Madrid, oct.-dic. 2003, p. 15.

⁶⁷⁸ Tan importantes fueron los casos que motivaron – entre otras razones - la sanción de la nueva Ley de Contratos Públicos N° 30/2007, del 30 de octubre, por parte de España.

las sociedades estatales de la Argentina, pues buscan hurgar en la esencia de la entidad y las funciones cumplidas por sobre la forma que asume, y es allí donde cobran pleno vigor los principios y normas administrativas.

2. España

Siguiendo a GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ⁶⁷⁹, tenemos que “... Para el tema de la participación ciudadana en la Administración (no nos corresponde, naturalmente, estudiar en su profundidad los problemas generales de la participación política) existe desde hace algún tiempo una especial sensibilidad; «participación» es una gran entelequia social y política de nuestro tiempo; hay una verdadera *Partizipationeuphorie*, ha dicho SCHMITT-GLAESER, una «ideología de la participación» (CHEVALIER). En cierto modo, la Constitución se ha hecho eco de este nuevo valor social al incluirlo entre sus principios básicos, dentro del Título Preliminar, artículo 9.º.2: «Corresponde a los poderes públicos..., facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social»...”.

Puntualizan los autores que “... A partir de ahora se trata, pues, de un principio constitucional. En el artículo 23.1 se proclama, entre el catálogo de derechos fundamentales, el derecho de los ciudadanos «a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos», que aunque parece aludir sobre todo a la participación política puede tener, en su generalidad, un alcance extensible a la esfera administrativa...”.

Más adelante, luego de repasar los distintos supuestos, sostienen que existen “... tres círculos de actuación ciudadana sobre las funciones administrativas: una *actuación orgánica*, ordenada sobre el modelo corporativo, en que el ciudadano se incorpora a órganos estrictamente tales de la Administración; una *actuación funcional*, en que el ciudadano actúa funciones administrativas desde su propia posición privada, sin incorporarse a un órgano administrativo formal; y, en tercer término, una *actuación cooperativa*, en que el administrado, sin dejar de actuar como tal y sin cumplir funciones

⁶⁷⁹ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, 8ª edición, Civitas, Madrid, 2002, pp. 83 y ss.

materialmente públicas, secunda con su actuación privada el interés general en un sentido específico que la Administración propugna...”⁶⁸⁰

Por su parte, señala LAVILLA RUBIRA que: “Pocos meses después de la publicación y entrada en vigor de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (en adelante, “LG”), en cuyo artículo 24 se reguló con carácter general el procedimiento de elaboración de los Reglamentos por la Administración General del Estado, tuve ocasión de publicar un trabajo sobre el tema en el que analizaba las novedades introducidas por el citado precepto en relación con la regulación aplicable a la materia contenida en los artículos 129 a 132 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958...”, cuya “... fuente fundamental ... sigue siendo sobre la base del artículo 105.a) de la Constitución, el citado artículo 24 de la LG, el cual únicamente ha sido objeto de una modificación formal desde su aprobación, consistente en la adición a su apartado 1.b) de un segundo párrafo dirigido a exigir que los proyectos de normas reglamentarias se acompañen de “un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el mismo...”⁶⁸¹.

Más adelante agrega, en punto a la participación ciudadana, que “... Constituyó una de las principales novedades del artículo 24 de la LG la regulación, en tardío cumplimiento del mandato contenido en el artículo 105.a) de la Constitución, del trámite de audiencia de los ciudadanos, directamente o través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones dictadas por la Administración General del Estado que afecten a aquéllos. Tal regulación se contiene en las letras c) a e) del apartado 1 del citado precepto, pudiendo señalarse, en relación con lo acaecido al respecto durante los doce años transcurridos desde que se dictó dicho cuerpo normativo, lo que se indica en los números siguientes...”⁶⁸².

Como se puede advertir, el citado autor analiza, en particular, el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, que ha introducido la figura de la denominada memoria del análisis de impacto normativo. Asimismo, se da cuenta de la jurisprudencia recaída en relación con el informe sobre la necesidad y oportunidad del proyecto y con la memoria económica,

⁶⁸⁰ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, p. 85.

⁶⁸¹ LAVILLA RUBIRA, Juan José, “El procedimiento de elaboración de los reglamentos en la ley del gobierno doce años después”, *Revista Española de la Función Consultiva*, ISSN: 1698-6849, núm. 11, enero-junio (2009), pp. 17-29; en especial p. 17-18.

⁶⁸² LAVILLA RUBIRA, Juan José, “El procedimiento de elaboración de los reglamentos en la ley del gobierno doce años después”..., p. 27.

subrayándose igualmente la escasez del plazo del que en muchas ocasiones dispone el Consejo de Estado para la emisión de su preceptivo dictamen en relación con los proyectos de Reglamentos ejecutivos y prestándose particular atención al trámite, previsto por el artículo 105.a) de la Constitución, de participación de los ciudadanos, directamente o a través de las asociaciones u organizaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento reglamentario.

Luego, merece destacarse la La Ley Foral de Navarra de Transparencia y Buen Gobierno del año 2012, la que regula un procedimiento similar al modelo informal (informal rulemaking) del derecho norteamericano, en materia de elaboración de reglamentos⁶⁸³.

Por su parte, en lo que a los procedimientos de tutela del medio ambiente, SANZ LARRUGA ha destacado los mecanismos tendientes a hacer efectivos los derechos del medio ambiente sano y saludable, entre los que incluye, la participación pública en decisiones administrativas, acciones administrativas y jurisdiccionales por acción u omisión, instrumentos de amparo constitucional, la accionabilidad de intereses colectivos, las técnicas de evaluación de impacto ambiental, el derecho de acceso a la información ambiental⁶⁸⁴.

3. Francia

En Francia merece destacarse la obra de CHEVALLIER, quien no sólo en su libro hartamente citado en el presente, sino en artículos más específicos⁶⁸⁵, se ha ocupado de analizar el fenómeno de la participación⁶⁸⁶.

⁶⁸³ ALIANAK, Raquel, “El procedimiento administrativo en el derecho comparado”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 457, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2016, pp. 27-39, en especial p. 33 y ss.

⁶⁸⁴ SANZ LARRUGA, Francisco Javier, “Medio Ambiente”, en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime; Libardo RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ (dirs.) y María del Carmen RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO (coord.), *Curso de Derecho Administrativo iberoamericano*, INAP, Comares, Granada, 2015, pp. 693-722, en especial p. 700-701.

⁶⁸⁵ CHEVALLIER, Jacques, “*Bilan de recherche sur la participation dans l'Administration française*”, in *La participation dans l'administration française*, PUF 1975, pp. 5-57, disponible en <https://www.u-picardie.fr/curapp-revues/root/5/chevallier.pdf>, consultado el 12-11-2018.

⁶⁸⁶ Remito, por tanto, a lo analizado fundamentalmente en el Capítulo 1 del presente.

Por su parte, expresa ALIANAK que "... En este país, como resultado de una ley habilitante del año 2013, se aprobó mediante Ordenanza N° 1.341, del 23-10-2015, el Código de las Relaciones entre la Administración pública y los ciudadanos, que ha entrado en vigencia este año, a partir del 1° de enero de 2016. Con referencia a esta participación pública en la toma de decisiones, existe un título denominado "Asociación del público a las decisiones tomadas por la Administración", para el diseño de una reforma, o elaboración de un reglamento..."⁶⁸⁷

4. Estados Unidos

El país norteamericano constituye el referente obligado en lo que a la participación ciudadana en la elaboración de reglamentos⁶⁸⁸ se refiere.

Sobre el tópico, amén de la excelente obra del autor español LAVILLA RUBIRA⁶⁸⁹, la vasta doctrina que se ha ocupado de su estudio ha recalado, necesariamente, en lo ocurrido en el gran país del norte⁶⁹⁰.

Así, expresa STRAUSS que "... Los procedimientos administrativos de elaboración de disposiciones reglamentarias y administrativas (*rulemaking*) se utilizan para una multiforme variedad de supuestos: para el establecimiento de las tasas de los servicios públicos; la elaboración de normas de obligado cumplimiento para todos los operadores

⁶⁸⁷ ALIANAK, Raquel, "El procedimiento administrativo en el derecho comparado", p. 34-35. Añade que: "... Contiene solamente los parámetros generales que deben guiar el accionar de la Administración pública: - debe hacer pública las modalidades de este procedimiento, poniendo a disposición de las personas las informaciones útiles; - debe asegurarles un plazo razonable para participar, y - debe velar para que los resultados, en el momento oportuno, se hagan públicos. Se prevé también una consulta abierta en Internet, y en ese capítulo la norma estipula que las personas a quienes concierne el reglamento pueden presentar en la página web sus observaciones: a) Dicha consulta abierta se sustituye por la consulta obligatoria, cuando es exigida por ley o reglamento. b) Al finalizar la consulta abierta, la Administración debe efectuar una síntesis de las observaciones recibidas y elementos complementarios de información..."

⁶⁸⁸ Para un completo estudio de la situación en Argentina, remito a ECHAGÜE, María Eugenia, "La participación ciudadana en la elaboración de reglamentos", *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 470, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2017, pp. 39-107.

⁶⁸⁹ LAVILLA RUBIRA, Juan José, *La Participación Pública en el Procedimiento de Elaboración de los Reglamentos en los Estados Unidos de América*, Civitas, Madrid, 1991.

⁶⁹⁰ Por caso, el trabajo de STRAUSS, Peter L, "Los procedimientos de elaboración de reglamentos y disposiciones administrativas en EE.UU.", en BARNÉS, Javier (Editor), *La Transformación del Procedimiento Administrativo*, Law Press, Derecho Global, Sevilla, 1ª. Edición 2008, Edición Bilingüe Inglés-Español, Capítulo VII, pp. 302-368; y en la versión en inglés más extensa, en *Transforming Administrative Procedure*, "Us rulemaking", Chapter VII, pp. 227-312.

de un determinado sector; o la publicación de documentos o declaraciones de carácter no vinculante, a modo de recomendación o guía de una concreta política pública, con el propósito de generar un mayor grado de consenso y de eficacia en el cumplimiento de los objetivos. La definición que contiene la Ley federal de Procedimiento Administrativo norteamericana (en adelante, APA) de “norma” o “regla” cuya producción está sujeta a esta clase de procedimientos comprende, desde luego, estos casos...”⁶⁹¹

La APA fue tempranamente comentada – en España – por el profesor VILLAR PALASÍ⁶⁹², quien señalara que “... La originalidad propia de la nueva ley reside esencialmente en estos aspectos: 1) Imposición de que los organismos administrativos informen al público ampliamente sobre su organización y procedimientos a emplear. 2) Delimitación de los límites del poder administrativo y de las formas procesales de su actuación. 3) Detalle de las audiencias administrativas en los supuestos en que el procedimiento implique necesariamente juicio. 4) Remedios judiciales del acto injusto de la Administración”.

En fecha más reciente, ALIANAK ha sintetizado los casos donde la participación en forma previa a la emisión de reglamentos resulta necesaria, fijando como regla que “... En Estados Unidos de Norteamérica, la participación pública es en principio obligatoria para el dictado de todo reglamento, con excepción de materias expresamente exceptuadas de dicho mecanismo por la Administrative Procedure Act [Secciones 553(a) apartados (1) y (2)]: reglamentos de ejecución o de delegación adjetiva (interpretative rules); declaraciones generales de política pública; reglamentos de organización administrativa, de procedimiento administrativo o práctica administrativa; dominio público, prestamos, beneficios y contratos...”⁶⁹³

⁶⁹¹ STRAUSS, Peter L, “Los procedimientos...”, p. 307. Para un estudio en español de la APA, puede verse con provecho el trabajo de DELGADO PIQUERAS, Francisco, “La «Administrative Dispute Resolution Act» de los Estados Unidos: Introducción, Traducción y Notas”, *Revista de Administración Pública* Nº 131, Mayo-Agosto 1993, pp. 557-585, quien en la p. 560, expresa que “... La APA, codificada en el capítulo 5 del título 5 del United States Code —Código de los Estados Unidos— (en adelante USC), trata fundamentalmente de las formalidades procedimentales que deben observar las agencias en la toma de sus decisiones (*decisionmaking*), sin perjuicio de lo que puedan disponer otras leyes especiales o las propias reglamentaciones administrativas. La Ley parte de la distinción básica entre actividad normativa reglamentaria (*rulemaking*) y resoluciones administrativas (*adjudication*)...”.

⁶⁹² VILLAR PALASÍ, José Luis, “La Federal Administrative Procedure Act de Estados Unidos”, *Revista de Administración Pública* Nº 1, 1950, pp. 277-296.

⁶⁹³ ALIANAK, Raquel, “El procedimiento administrativo en el derecho comparado”... p. 28-29. Más adelante – p. 31-32 - también analiza el denominado procedimiento negociado para la emisión de reglamentos, que desde el año 1990, y reautorizado en el año 1996, en la Ley de Resolución de Disputas Administrativas (*Public Law* 104-320, Sección II (a). 110 Stat. 3870, 3873), se encuentra previsto como

Lo que se procura es la legitimación del reglamento por la participación ciudadana en el procedimiento de elaboración. Al respecto, expresa MUÑOZ MACHADO que: "... Lo que resulta preciso es complementar la legitimidad del reglamento (apoyada hasta ahora en la habilitación concreta recibida de la ley para ejecutarla) reforzando la participación directa de los ciudadanos y corporaciones interesadas en el procedimiento de elaboración. Este reforzamiento, complementa la habilitación legal para que los reglamentos puedan establecer normas que afectan a los derechos y libertades de los ciudadanos o contengan decisiones sobre intereses generales relevantes. Ni excluyen ni sustituyen el primer pronunciamiento del legislador, pero salvan el problema de que no puedan encontrarse en las leyes el enunciado básico de las normas que los reglamentos complementarios se ocupan de desarrollar..."⁶⁹⁴.

5. América Latina

Dentro de los países latinoamericanos, destacaré lo ocurrido en algunos, sin pretensión de agotarlos, pero como una manera de reseñar las coincidencias advertidas.

a. Perú

Con un basamento teórico análogo al postulado en la presente, se ha sostenido que "... Lo que con la participación ciudadana en la Administración se pretende es proporcionar apoyo (nueva legitimidad) a una Administración tradicionalmente cerrada, separada de la sociedad, para superar dicha segregación entre Estado y sociedad, de modo que los destinatarios de la acción pública puedan expresar directamente sus demandas y controlar las decisiones que adopten las autoridades, principalmente en aquellos campos donde predomine el carácter discrecional de las mismas"⁶⁹⁵.

complementario al procedimiento informal, porque tiene lugar antes de que la agencia elabore el proyecto de reglamento que someterá posteriormente al procedimiento informal de participación pública.

⁶⁹⁴ MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, 4ª Edición, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2015, Tomo 3, p. 143.

⁶⁹⁵ DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge, "La participación ciudadana en el ejercicio de las funciones administrativas en el Perú", *Revista de Derecho Administrativo*, N° 1, Círculo de Derecho Administrativo, 2016, pp. 121-164, en especial p. 123. Agrega dicho autor que: "... la participación ciudadana en la Administración

Sin embargo, la participación en dicho país continúa siendo subalterna a la que surge de la ley, emanada de los representantes del pueblo y como tal, conforme con el principio representativo.

En tal sentido, se ha expresado que “... Sin embargo, la participación ciudadana en el funcionamiento de la Administración también está sujeta a límites, porque no puede sobrepasar el marco legal que regula la organización, competencias y funcionamiento de las entidades públicas en las cuales se desarrolle, ni menoscabar las potestades de decisión que corresponde a los órganos políticos representativos...”, y citando a GARCÍA DE ENTERRÍA, añade diciendo que “... «la administración «participada» sigue siendo una administración subalterna, cuya fuente de legitimación continúa estando en la ley». No puede legitimarse una decisión ciudadana, aunque adoptada unánimemente, como prevalente a la ley, porque podría estarse privilegiando a determinados grupos sociales en desmedro de otros, lo que sería contrario a los valores democráticos de igualdad y pluralismo. En síntesis, la participación no reemplaza a la legalidad como principal fuente de legitimación de la Administración Pública, más bien su función es complementarla...”⁶⁹⁶

Analizando la normativa constitucional, señala DANÓS que “... La Constitución Peruana de 1993 consagra la participación ciudadana con carácter general como un derecho fundamental de las personas, sin perjuicio de múltiples especificaciones a lo largo del texto constitucional. En el num. 17) del art. 2º, precepto que consagra la relación de los derechos fundamentales de la persona, se establece el derecho «A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y referéndum»...”⁶⁹⁷

encuentra especial operatividad en los ámbitos en que el ordenamiento jurídico le otorga a la gestión administrativa mayores márgenes de libertad de apreciación o discrecionalidad, precisamente porque sirve para incorporar al interior de la Administración las opiniones o demandas de los destinatarios de la actuación administrativa. Mediante la participación los ciudadanos pueden tomar parte en las decisiones que les afecten y contribuyen a controlar directamente las decisiones de las entidades públicas que afectan el interés general...”.

⁶⁹⁶ DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge, “La participación ciudadana en el ejercicio de las funciones administrativas en el Perú”..., p. 124. Luego analiza los modos de participación existentes en Perú, y expresa que se da tanto la participación orgánica, la participación funcional, y la participación cooperativa.

⁶⁹⁷ DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge, “La participación ciudadana en el ejercicio de las funciones administrativas en el Perú”..., p. 129. Añade que “En el derecho comparado constituyen precedentes las constituciones de Italia de 1948 (Art. 3º, apartado 2º), Portugal de 1976 (Art. 168º) y España de 1978 que en su art. 9º, 2 considera a la participación como uno de sus principios básicos estableciendo que «Corresponde a los

b. Venezuela

En dicha república bolivariana encontramos tanto el fundamento participativo como los modos de participación novedosos por la manera en ha sido enfocado.

Al respecto, la doctrina vernácula⁶⁹⁸ lo ha encarado desde la perspectiva del control del poder, partiendo del principio representativo plasmado en el art. 5° de la Constitución Venezolana, y donde surge que la soberanía reside en el pueblo, para luego avanzar hacia los modelos constitucionales de control, y allí enunciar, como mecanismos de participación, a la *desobediencia civil*, la que puede ser llevada a cabo tanto por acción como por omisión.

Asimismo, luego de referenciar los diferentes modos de control, focaliza la atención sobre la “participación ciudadana como medio de control social sobre las gestiones públicas”, donde enuncia algunos ejemplos, como ser: celebración de cabildos abiertos; constitución de asociaciones de vecinos; solicitudes de reconsideración de las ordenanzas⁶⁹⁹.

Luego de plantearse acerca de si “la participación ciudadana es una forma de gobierno o un medio de control del poder público”, y de explorar las alternativas, concluye que “... es un hecho político que va más allá del solo acto de involucrarse o no en las elecciones, o de pertenecer a cierto grupo político partidista, o la simple transferencia de bienes o recursos que suponía las relaciones de poder entre Estado y Sociedad, de modo que la sociedad sea capaz de construir socialmente proyectos desde su entorno que contribuyen con el desarrollo del mismo”⁷⁰⁰.

poderes públicos ... facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social»”.

⁶⁹⁸ GUANCHEZ, Aileen, “La participación ciudadana, modelo de una democracia responsable”, en Canónico Sarabia, Alejandro (coordinador), *El Control y la Responsabilidad en la Administración Pública*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012, pp. 167-207.

⁶⁹⁹ GUANCHEZ, Aileen, “La participación ciudadana, modelo de una democracia responsable”..., p. 181.

⁷⁰⁰ GUANCHEZ, Aileen, “La participación ciudadana, modelo de una democracia responsable”..., p. 187.

Luego, finaliza exponiendo que la participación ciudadana debe ser concebida como principio, derecho y deber, con las responsabilidades que ello trae aparejado⁷⁰¹.

c. Bolivia y Ecuador

Al respecto, la doctrina⁷⁰² ha sostenido que la refundación de las nuevas Constituciones de Ecuador (2008) y Bolivia (2009) pasaría por una materialización del concepto de ciudadanía, que vendría a sustituir su dimensión meramente formal propia de las democracias liberal-representativas (de baja intensidad), como tránsito hacia una ciudadanía sustancial, propuesto para la construcción de procesos democráticos plurales y participativos (de alta intensidad).

Destaca que en ambos casos se deja sentir el empuje de las organizaciones indígenas, por lo que resultará necesario prestar atención específica a los avances que se hayan podido dar para la inclusión democrática de los pueblos indígenas.

Puntualiza más adelante que “La riqueza, y a la vez la complejidad y contradicción, de los textos ecuatoriano y boliviano, se halla precisamente en ... que ... ambos dibujan un horizonte de transformación del Estado para hacerlo plural, inclusivo, integrador desde el reconocimiento de la diferencia, y al mismo tiempo se reconocen a sí mismos como procesos incipientes, inconclusos, por lo que se activa el mencionado principio de cautela, la necesidad de asegurar el “mientras tanto” a partir de un amplio listado de derechos referidos a los sujetos históricamente excluidos, y en especial a los pueblos indígenas y afro”⁷⁰³.

⁷⁰¹ GUANCHEZ, Aileen, “La participación ciudadana, modelo de una democracia responsable”..., p. 189 y ss.

⁷⁰² WILHELMI, Marco Aparicio, “Ciudadanías intensas. Alcances de la refundación democrática en las constituciones de Ecuador y Bolivia”, en NOGUERA FERNÁNDEZ, Albert (Coordinador) (2013), *Crisis de Democracia y Nuevas Formas de Participación*, Tirant to Blanch, Colección Ciencia Política 54, Valencia, pp. 245-271, en especial, p. 247.

⁷⁰³ WILHELMI, Marco Aparicio, “Ciudadanías intensas. Alcances de la refundación democrática en las constituciones de Ecuador y Bolivia”..., p. 259-260.

Puede apreciarse aquí, una relación entre lo acontecido en Argentina, al reconocer la Constitución Nacional la propiedad comunitaria de las comunidades aborígenes y el carácter de preexistentes a la Nación misma, conforme se analizara en el Capítulo III.-

CONCLUSIONES

De lo expuesto en los diferentes capítulos, puedo concluir lo siguiente:

1. El fenómeno de la participación ciudadana en la Administración Pública, si bien no resulta novedoso, ha adquirido nuevos bríos en las últimas décadas, y se ha potenciado en virtud de las nuevas relaciones entre el Estado y la Sociedad civil. De una visión del Estado que actuaba de manera unilateral en la adopción de las decisiones que eran receptadas pasivamente por la sociedad, se ha pasado a un modelo de consenso y participación activa no sólo en la faz procedimental de cara tanto al diseño de políticas como a la toma de decisiones generales o singulares, incluso en el procedimiento de elaboración de normas legales⁷⁰⁴, sino también en la creciente inserción de los ciudadanos en el seno de la organización estatal, o, en su caso, en la delegación de cometidos públicos en sujetos no estatales, públicos y privados.
2. Amén de hallarse consagrado en numerosas normas de diferente rango – constituciones, tratados internacionales, leyes y reglamentos -, ha sido materia de tratamiento en numerosos instrumentos del denominado *soft law*, como en la reciente Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública del CLAD del año 2013⁷⁰⁵.
3. De los antecedentes del caso CEPIS, así como de la decisión de la CSJN en la causa, debo concluir en lo siguiente:
 - 3.1 Resulta problemático declarar la nulidad parcial de actos de alcance general, so pretexto de acotar el espectro de legitimados colectivos: usuarios residenciales. Ello entraña una suerte de convalidación respecto de los

⁷⁰⁴ Merece destacarse al respecto el sometimiento a información pública al que fue sometido a comienzos de 2015 en España el Anteproyecto de Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en cuya exposición de motivos se hace gala – entre otros aspectos – de que “... resulta esencial un adecuado análisis de impacto de las normas de forma continua, tanto *ex ante* como *ex post*, así como la *participación de los ciudadanos y empresas en los procesos de elaboración normativa*, pues sobre ellos recae el cumplimiento de las leyes...”.

⁷⁰⁵ Aprobada por el Consejo Directivo del CLAD en reunión presencial-virtual celebrada desde Caracas el 10 de octubre de 2013, y en la anterior Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública del mismo Centro, aprobada en la XI Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado de Lisboa, Portugal, los días 25 y 26 de junio de 2009.

usuarios no residenciales, e incluso de la tarifa social por ellos establecida. No pueden ser válidos y nulos al mismo tiempo, teniendo en cuenta que el vicio consistió en no haber seguido el procedimiento reputado esencial para la validez de los actos, vulnerando el derecho de los usuarios a participar en forma previa mediante el procedimiento de audiencias públicas.

3.2 Es compleja la invocación del principio de igualdad, cuando merced al congelamiento de las tarifas de gas natural por redes posterga las inversiones necesarias para la expansión de la red a sectores no servidos (ciudadanos de las provincias del nordeste argentino), cuyos usuarios consumen gas licuado del petróleo en garrafas a un costo holgadamente superior, generándose un subsidio a favor de los quienes reciben el gas natural, en perjuicio de aquéllos⁷⁰⁶.

3.3 Expandir la exigencia de la audiencia pública a actividades no alcanzadas por una norma de modo imperativo⁷⁰⁷, creando la obligación a través de la sentencia con argumentos harto cuestionables, ligados a la mera conveniencia, ha significado transitar una delgada línea que compromete la división de poderes. De ese modo, se imponen exigencias de “servicio público” a actividades que no lo son por medio de una sentencia.

3.4 También resulta criticable el que no se hubiese ponderado adecuadamente la incidencia que ha tenido el proceso de renegociación contractual y las normas dictadas y aún vigentes que condicionaban la operatividad del marco regulatorio sectorial.

3.5 Finalmente, sostengo que en el caso, la exigencia de la audiencia pública fue enunciada más de modo dogmático, pero sin reparar en la situación de hecho preexistente al dictado de los actos administrativos que dispusieron el aumento de tarifas.

3.6 No obstante, rescato los conceptos que apuntan a la necesaria participación de los usuarios, a fin de fortalecer la democracia deliberativa, el carácter de control social que ejercen los usuarios cuando intervienen en dicha faceta, que

⁷⁰⁶ Así se sostuvo que “... Si eso es así aparece un colectivo social no incluido en esta decisión. Es el caso de las personas no conectadas a la cadena de gas natural, ese colectivo es el derrotado con los subsidios existentes” (SOLÁ, Juan V., “Los jueces, las tarifas y los subsidios”, *La Ley*, Diario especial del caso CEPIS del 25-08-2016, pp. 10-12.

⁷⁰⁷ Véase la aguda crítica de DE LA RIVA, Ignacio M., “¿Era obligatorio convocar a audiencia pública? Comentario al fallo de la Corte Suprema en los autos “CEPIS c. MINEM”, *EDA* 30-09-2016, pp. 1-3.

no es la única ni – posiblemente – la más adecuada según las circunstancias. Es importante en este punto la cita que el Juez Rosatti efectúa de los Documentos del CLAD.

- 3.7 Considero que la buena administración puede lograrse a través de otras técnicas participativas, incluso a través de medios electrónicos y, porque no, a través de un uso responsable de las redes sociales.
4. Como manera de robustecer las dificultades que supone imponer, por todo concepto, a la audiencia pública como mecanismo primario en materia tarifaria, debe ponderarse que las dificultades derivadas de la emergencia ocurrida en la Argentina no permitió hallar en el corto plazo una solución que contemple adecuadamente los distintos intereses en juego, previo tránsito por el proceso de renegociación instaurado, donde debieron tratarse todos los aspectos involucrados, y no sólo la cuestión tarifaria.
 5. No fue posible, conforme dan cuenta los fallos analizados⁷⁰⁸, incrementar las tarifas que deben abonar los usuarios, con el pretexto de que peligraba la calidad de los servicios, sin merituar que quienes debían sufragarlas mantuvieron mucho tiempo sus ingresos congelados, no sólo a la hora de tener que afrontar el pago de los servicios públicos, sino de cumplimentar con las diversas obligaciones elementales, ante un sensible incremento de los precios, y la paralela disminución del poder adquisitivo de la moneda nacional.
 6. Amén del respeto al procedimiento, se debía garantizar la participación de los usuarios y sus representantes en el proceso de renegociación, la cual debía ser real⁷⁰⁹ y no meramente formal, quienes debieran ser oídos en forma previa a cualquier decisión que se adopte, sin que exista un único mecanismo, ni que sea la Audiencia Pública necesariamente el medio de participación, el que no es el más adecuado para discutir – al menos - aspectos exclusivamente tarifarios.

⁷⁰⁸ Especialmente, el del Juzgado Nacional Contencioso Administrativo Federal N° 3, 25-02-2003: "Union de Usuarios y Consumidores y otros c/EN -M° Economía e Infraestructura -RESOL 20/02 s/amparo - proceso sumarísimo (Artículo 321 Inc. 2 C.P.C.Y C.)", CAUSA 162765/02, elDial.com, 28-02-2003.

⁷⁰⁹ Ejemplo de la obligación de brindar una necesaria participación de los usuarios en el proceso, resulta el fallo dictado por el JNContAdmFed. N° 8, 16/05/2002: "Caplán, Ariel Rolando c. EN – Ministerio de Economía (res. 20/2002) s/medida cautelar autónoma", Expte. 127.160/2002-05-25, *Revista de Derecho Administrativo* N° 42, Lexis Nexis – Depalma, p. 915/916, con Nota de VITTADINI ANDRÉS, Susana N., "La operatividad de las medidas autosatisfactivas para cumplimentar el decreto 293/2002 y en la res. 58/2002 del Ministerio de Economía", p 911/915.

7. El obrar estatal debe estar signado por el principio de la transparencia, y el único modo de realizarla, es a través del respeto a las normas y procedimientos diseñados, donde no sólo está en juego el interés de los usuarios, sino de toda la comunidad, de la cual también forman parte los concesionarios, los funcionarios públicos, e incluso, los potenciales inversores, nacionales y extranjeros.
8. La situación de emergencia vivida en la Argentina a partir de principios del año 2002, de la que el mundo no ha sido ajeno dada la situación crítica vivida a partir del año 2008, ha determinado la instauración de un proceso de renegociación de contratos de obras y de servicios públicos tendiente a readecuar las estipulaciones a la nueva realidad surgida luego del abandono del régimen de convertibilidad. Dicho proceso de renegociación, en especial luego de la creación de la UNIREN y de que se consagrara normativamente la posibilidad de celebrar acuerdos parciales sin apego a los marcos regulatorios, ha avanzado de manera importante lográndose Acuerdos significativos.
9. La circunstancia de que inversores extranjeros, en calidad de accionistas de las empresas concesionarias y/o licenciatarias hayan deducido reclamos arbitrales por supuesta violación de sus derechos derivados de los TBI's, no ha impedido el avance del proceso, aunque lo ha dificultado.
10. Resulta necesario reparar en que muchos inversores extranjeros no podían ignorar el régimen jurídico imperante en el país receptor de sus inversiones, lo que condiciona de manera necesaria la representación que pudieron haberse forjado acerca de la suerte de los contratos públicos en situaciones críticas como la acontecida, impidiéndoles alegar sin más una violación de expectativas legítimas⁷¹⁰, y sobre esa base, pretender una reparación derivada de actos estatales legítimos en un contexto de emergencia económica de las dimensiones habidas en la Argentina. De persistir condenas arbitrales contra el Estado, no hará sino minimizar el saldo positivo que pudiera arrojar el proceso de renegociación contractual, porque son los ciudadanos, usuarios o no, los que se verán perjudicados.

⁷¹⁰ Sobre el punto, me he ocupado *in extenso* en REY VÁZQUEZ, Luis E., *El principio de confianza legítima: relevancia de su incorporación al derecho administrativo argentino. Relación con otras instituciones*, Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Volumen LVIII, Advocatus, Córdoba, 2016.

11. El Código Civil y Comercial ha contribuido a clarificar el panorama de las personas jurídicas públicas, aún cuando subsistan algunas dudas, pudiendo entonces detectar casos de entes indudablemente públicos y estatales – Estado Nacional, Provincia, Municipio, Ciudad Autónoma de Buenos Aires -, otros indudablemente privados – asociaciones, fundaciones -, y dentro de los públicos no estatales comienzan a avizorarse los “grises”, en el sentido de que a pesar de ser concebidos como tales por las normas de creación – Colegios Profesionales, Obras Sociales, etc. -, sin embargo subsiste – y se mantendrá – la discusión doctrinaria habida respecto a su existencia ontológica.
12. Asimismo, donde creo se mantiene la mayor nebulosa, es en el caso de la participación del Estado en empresas privadas, a las cuales el CCC asigna carácter de personas jurídicas privadas, pero que no obstante existen numerosas situaciones problemáticas.
13. El auge que ha tenido el uso por parte del Estado – en sentido amplio – de las formas societarias, especialmente la de la sociedad anónima, que cuantitativamente ocupa una porción importante de la organización estatal, nos lleva a tomar especialmente en cuenta los criterios doctrinarios que se han ideado para determinar la real naturaleza del ente, su carácter estatal, y por ende, la aplicación preferente del Derecho público.
14. Lo expuesto cabe tanto a los procedimientos administrativos, a sus contrataciones en general, y en especial, respecto del personal que cumple funciones en ellas respecto de quienes cabría predicar el concepto de estabilidad que consagra el artículo 14 bis de la Constitución Nacional.
15. Ello especialmente debido al concepto amplio que ha asignado la PTN a la noción de funcionario público, comprensivo de los integrantes de las Sociedades donde el Estado tenga participación - mayoritaria o no - en el capital social⁷¹¹.
16. Del mismo modo, no existe mayor controversia acerca de la calidad de fondos públicos que caracterizan a los que conforman el patrimonio de tales entidades, motivo por los que en todos los casos se declaran aplicables los regímenes de control público.

⁷¹¹ Al respecto, el Decreto PEN N° 196 del 10-02-2015 (B.O. 12-02-2015) prescribe en su Art. 1°: “*Los Directores, Síndicos, Consejeros y funcionarios designados por, o a propuesta del Estado Nacional o de sus entidades, en los órganos sociales de las empresas y sociedades donde tenga participación en el capital social, son funcionarios públicos a los efectos de la delimitación de su responsabilidad y respecto de los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, con las exclusiones previstas en el presente decreto*”.

17. El diseño que actualmente impera respecto de los entes societarios, aún los totalmente estatales (Sociedades del Estado) no satisface la necesaria sujeción de tales entes a la regulación jurídica administrativa, por lo que sería bueno replantearlo, especialmente respecto de la pretendida exclusión de normas y principios de Derecho Administrativo. Lo aquí propugnado cuenta con el respaldo de autorizada doctrina, así como de la jurisprudencia del Máximo Tribunal, y constituye el sendero forjado en el derecho comparado.
18. Existen otros modos de participación de la sociedad civil en la gestión pública, no merced a la inclusión de sujetos al seno de las organizaciones estatales, sino, por el contrario, transfiriendo cometidos públicos desde el Estado hacia sectores no estatales, amén de los ya señalados, como los escribanos públicos, y otros que integran el fenómeno de la administración concertadas, como la que cumplen los denominados entes cooperadores.
19. El rol del ciudadano en la contratación administrativa se ha ampliado notablemente en distintas facetas del quehacer administrativo, siendo uno de los campos el de la contratación pública.
20. De la visión limitada a quienes revistieran la calidad de oferentes, portadores de algún derecho subjetivo o interés legítimo, pasamos a la situación donde cualquier ciudadano, haya tenido o no vinculación a la contratación de que se trate, por el mero hecho de serlo, se halla empoderado para exigir de las autoridades públicas la información correspondiente, lo que supone su legitimación para ser parte tanto en sede administrativa como judicial.
21. Respecto de los contratistas estatales, se ha utilizado un estándar agravado para evaluar su conducta, de quienes se pretende un conocimiento calificado de las complejas normas y principios que regulan la contratación, aun cuando se ha relativizado la regla que postulaba de modo absoluto el sometimiento voluntario a un régimen jurídico y que obstaba a su impugnación posterior, cediendo ante situaciones de normas ilegítimas frente a las que no cabe sujeción ni del particular ni del Estado.
22. Se ha ampliado también el concepto de "afectado", como ya ocurriera con el de "derechos de incidencia colectiva", ambos plasmados en el artículo 43 de la Constitución Nacional argentina, compatibilizados con las disposiciones de los tratados con jerarquía constitucional incorporados por la reforma constitucional en el art. 75 inc. 22.

23. El ciudadano halla cabida en toda la relación contractual, desde la celebración, hasta su total culminación, en ejercicio de su derecho de acceso a la información pública, y a efectos de controlar el ajuste de la contratación a la juridicidad. Desde esa perspectiva, más que nunca se enaltece su rol de “colaborador”.
24. Resulta necesario compatibilizar los nuevos derechos incorporados a la Constitución Nacional, así como los que surgen de los tratados internacionales y de las leyes, puesto que en la medida en que tales derechos son reconocidos por el derecho positivo, sean los tribunales quienes habiliten la herramienta puesta al servicio de sus titulares por el art. 43 de la Carta Magna. Ello puesto que de nada sirve que los derechos se consagren, si no se los puede hacer valer.
25. Puesto que la legitimación implica la existencia de un derecho sustancial, y este la de un deber correlativo, no parece razonable ni coherente restringir el acceso a la jurisdicción solamente a quienes invocan la violación de un derecho diferenciado o subjetivo, negándoselo a quienes lo hacen invocando sólo su calidad de ciudadano, vecino, usuario, so pretexto de que quien acciona carece de legitimación, no obstante el reconocimiento normativo de tal situación.
26. Por eso, entiendo que no corresponde discriminar entre los derechos que consagra la Constitución, puesto que quien acciona en *pro* de un medio ambiente sano y equilibrado, o quien lo hace en defensa de un derecho de propiedad, en ambos casos lo hace en defensa de su propio derecho, más allá de que en el primer caso interese a toda la comunidad, puesto que ambos gozan de jerarquía constitucional.
27. Propongo asimismo la eliminación de las categorías subjetivas clásicas de derecho subjetivo, interés legítimo, derecho difuso, interés simple, como también la de derechos de incidencia colectiva, y la sustitución por la de "derechos tutelados por el ordenamiento jurídico", puesto que se terminaría la confusión en que incurren los tribunales, al momento de evaluar los casos concretos, y se acabaría con la gran heterogeneidad de pronunciamientos. Ello implicará dejar de lado muchos preceptos elaborados durante mucho tiempo, y que presidieron en gran medida el razonamiento de jueces, abogados y juristas, para abrir paso a una nueva forma de pensar el derecho, no como algo exclusivo de uno o de pocos sujetos en el presente, sino en algo que afecta a todos los que hoy estamos, y a los que vendrán.
28. En supuestos donde se aleguen cuestiones presupuestarias como óbice para el cumplimiento efectivo de ciertos derechos, y aun cuando los tribunales de derechos humanos reconocen el "principio de progresividad", que determina que

los Estados deben "procurar todos los medios posibles" para la satisfacción de los derechos de todos y cada uno, en cada momento histórico, parafraseando a GARGARELLA, sostengo que en ningún caso puede afectarse el "contenido esencial" de tales derechos⁷¹².

29. En el derecho comparado advertimos un fenómeno similar al ocurrido en Argentina, tanto producto de una mayor "contractualización" de las decisiones estatales relevantes, que impone la participación ciudadana a través de mecanismos procedimentales tanto para la emisión de reglamentos como de actos de alcance individual, así como en lo atinente a la participación orgánica, tanto por la inserción de representantes de la sociedad civil en el seno de organizaciones estatales, como por la transferencia de cometidos públicos hacia entidades no estatales.
30. Como expresara un autor español, "... el ciudadano tiene derecho a una Administración Pública diferente y excelente, así como a un trato personalizado en los asuntos que, dependiendo de cualquier Administración, le afecten directamente. El eslabón entre la gestión pública y la ciudadanía, es el funcionariado..."⁷¹³
31. Finalmente, ha dicho el profesor RODRÍGUEZ-ARANA que: "... la buena Administración supone la necesidad de contar con la presencia y participación real de la ciudadanía, de toda la ciudadanía, evitando que las fórmulas cerradas que proceden de las ideologías de este nombre expulsen de su consideración a determinados sectores sociales"⁷¹⁴.

⁷¹² GARGARELLA, Roberto, "Derechos incondicionales que están por encima de los planes económicos", en <https://www.lanacion.com.ar/2108469-derechos-incondicionales-que-estan-por-encima-de-los-planes-economicos>

⁷¹³ MOLINA MOLINA, José, *Los Presupuestos Participativos. Un Modelo para Priorizar Objetivos y Gestionar eficientemente en la Administración Local*, Prólogo del Prof. Dr. Yves Cabannes, Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2ª Edición, 2011, p. 395.

⁷¹⁴ RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, *Derecho Administrativo y Derechos Sociales Fundamentales*, Global Law Press – INAP, Sevilla, 2015, p. 593.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

ABDALA, Manuel Ángel, “Instituciones, Contratos y Regulación de Infraestructura en Argentina”, CEDI y LECG, Inc., Documento 15, Diciembre de 1998.

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian, *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Estudios del Puerto, Buenos Aires, 2006.

AGUILAR VALDÉZ, Oscar, “El Acto Administrativo Regulatorio”, en AA.VV., *Acto administrativo y reglamento*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Buenos Aires, RAP, 2002, p. 447.

ALESSI, Renato, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Bosch, Barcelona, 1970, Tº II.

ALIANAK, Raquel, “El procedimiento administrativo en el derecho comparado”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 457, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2016, pp. 27-39.

ALLÍ ARANGUREN, Juan C. (2006), “Las nuevas formas de la actividad administrativa. Participación, ejercicio privado de funciones públicas y gestión privada de servicios públicos”, *REALA*, núm 302, septiembre-diciembre de 2006, INAP, Madrid, pp. 91-135.

ALLÍ ARANGUREN, Juan C. (2004), *Derecho Administrativo y Globalización*, Thomson-Civitas, Madrid.

ALONSO REGUEIRA, Enrique M., “Kek” o el principio de la estabilidad del acto administrativo irregular”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 460, p. 99-107.

ALTAMIRA GIGENA, Julio Isidro, “Actos administrativos que emanan de personas públicas no estatales y personas privadas”, *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba* (República Argentina), <http://www.acader.unc.edu.ar>, y en *LLC* 2004 (agosto), 659.

ALVAREZ TRONGÉ, Manuel, “Renegociación de los Contratos de Servicios Públicos. La Situación Particular de las Telecomunicaciones”, en Obra Colectiva, *Servicios*

públicos. Regulación. IER. Congreso Nacional, Ediciones Dike, Foro de Cuyo, Mendoza, Argentina, 2004, pp. 101/115.

ARIÑO ORTÍZ, Gaspar, *Empresa Pública, Empresa Privada, Empresa de Interés General*, Thompson Aranzadi, Madrid, 2008.

AUBY, Jean Bernard, *La Globalización, el Derecho y el Estado*, Global Law Press, Derecho Global, Sevilla, 1ª. Edición 2012.

AZPIAZU, Daniel; SCHORR, Martín, *Crónica de una sumisión anunciada. Las renegociaciones con las empresas privatizadas bajo la Administración Duhalde*, Siglo Veintiuno Editores Argentina, IDEP, FLACSO, Buenos Aires, 2003.

BALBÍN, Carlos, “Régimen Jurídico de las Actividades empresariales del Estado. Las Empresas absorbidas por el Estado”, en obra colectiva *Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público, Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2005, pp. 625-637.

BALBÍN, Carlos F. (2011), *Tratado de derecho administrativo*, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, pp. 366-376.

BARNÉS, Javier (Editor), *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*, Global Law Press, Derecho Global, Sevilla, 1ª. Edición 2006, 2ª. Edición 2012.

BARNÉS, Javier (Editor), *La Transformación del Procedimiento Administrativo*, Law Press, Derecho Global, Sevilla, 1ª. Edición 2008, Edición Bilingüe Inglés-Español.

BARNÉS, Javier (Coordinador), *El Procedimiento Administrativo en el Derecho Comparado*, Civitas, Madrid, 1993.

BARNÉS, Javier (Coordinador), *La Justicia Administrativa en el Derecho Comparado*, Civitas, Madrid, 1993.

BARNÉS, Javier (Coordinador), *La Comunidad Europea, la Instancia Regional y la Organización de los Estados Miembros*, Civitas, Madrid, 1993.

BARRA, Rodolfo Carlos, “Los sujetos auxiliares de la administración en el contrato de obra pública”, *LA LEY* 1982-D, 356.

BARRA, Rodolfo C., *Principios de derecho administrativo*, Ábaco, Buenos Aires, 1980.

BARRA, Rodolfo C., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tº 3, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2006.

BARRAGUIRE, Jorge Alberto (h), “Los tratados bilaterales de inversión (tbis) y el convenio CIADI ¿la evaporación del derecho administrativo doméstico?”, en *Res Pública Argentina*, 2007-3, Octubre-Diciembre 2007, Ediciones Rap, Buenos Aires, p. 107; también en el libro *El nuevo Derecho Administrativo Global en América Latina*, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2009, p. 203.

BASTERRA, Marcela I., *Acceso a la información pública y transparencia, Ley 27.275 y decreto reglamentario, Comentados, anotados y concordados*, Prólogo de Jorge Reinaldo Vanossi, Astrea, Buenos Aires, 2017.

BAUZÁ MARTORELL, Felio J., *La Desadministración Pública*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 2001.

BERTI, Giorgio, “La parábola de la Persona-Estado (y de sus órganos), *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 294, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2003, pp. 11-25.

BIAGOSCH, Facundo A., *Organizaciones No Gubernamentales, Ad-Hoc*, Buenos Aires, 2004.

BIANCHI, Alberto B., “Anotaciones sobre los conceptos de Administración Pública y Función Administrativa”, *El Derecho*, 129-266.

BIANCHI, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, 2ª Edición, 2 Tomos, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002.

BIANCHI, Alberto B., "La tarifa de los servicios públicos (del rate of return al price cap)", *Revista de Derecho Administrativo* N° 27/29, Año 10, Enero-Diciembre 1998, Depalma, Buenos Aires, p. 35. También en obra colectiva *Contratos Administrativos*, Ciencias de la Administración, 2000, p. 503, en el *El Derecho*, Suplemento Administrativo del 27-08-1999, y en *El Derecho*, 183-975.

BIANCHI, Alberto B., (2014), “El control constitucional de los reglamentos delegados (una comparación entre la Argentina y los Estados Unidos)”, *RDA* 2014-91-43.

BIANCHI, Alberto, “Naturaleza jurídica de los Entes Binacionales”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 159, Año 14, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1991, pp. 9-47.

BIANCHI, Alberto B., “Notas acerca de la función pública y su función constitucional”, en YOUNG, Carlos A.M. y BIANCHI, Alberto B., *Régimen jurídico básico de la función pública*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1990, p. 18.

BLOCH, Denise (2000), “Procedimientos de participación de los usuarios en la regulación de los servicios públicos”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 258, pp. 71-93.

BOQUÉ, Roberto, “La Ley de Convertibilidad y la tarifa de los servicios públicos. A propósito de dos pronunciamientos judiciales”, *Revista De Derecho Administrativo* N° 36/38, Lexis-Nexis – Depalma, Bs. As., p. 215.

BOSCH, Juan, “La renegociación de los contratos públicos y los conflictos con los inversores extranjeros”, *El Derecho* 203-967

BOTTINI, Gabriel, “El cumplimiento de los laudos del CIADI y el derecho internacional”, *La Ley*, Suplemento Actualidad 03/11/2005, 2.

BREWER CARÍAS, Allan R., “La distinción entre las personas públicas y las personas privadas y el sentido de la problemática actual de los sujetos de derecho”, *Revista Argentina de Derecho Administrativo* N° 17, Plus Ultra, Buenos Aires, 1977, pp. 15-29.

BRICHETTO, Marcelo, “Servicio público, riesgo empresario y estabilidad fiscal”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública - RAP* N° 294, Marzo 2003, p. 79/88.

BUDASSI, Iván F., “Participación ciudadana y regulación de servicios públicos: la experiencia inglesa”, *LA La Ley*, SJDA 06-10-2000, pp. 15/19.

BUENAVENTURA, Francisco (2016), “La delimitación de la clase en los procesos colectivos”, *EDA* 30-09-2016, pp. 6-8.

CAHIÁN, Adolfo, *Las ONGs – Organizaciones No Gubernamentales. La Participación ciudadana. El Liderazgo comunitario*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2004.

CALVO ORTEGA, Rafael (2009), *Estado Social y participación asociativa*, Cuadernos Civitas, Thomson Reuters, Cizur menor, Navarra, 2009.

CANOSA, Armando, “Algunas reflexiones acerca de las denominadas personas públicas no estatales”, en *El Derecho*, Tomo 152, pp. 232/241.

CANOSA, Armando N., “El reordenamiento y reactivación de los servicios de transporte ferroviario. A propósito de la sanción de la Ley N° 27.132”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 441, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2015, pp. 47-61.

CANOSA, Armando, *Procedimiento administrativo. Recursos y reclamos*, Astrea – Ediciones RAP, 2ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, 2014.

CAPLÁN, Ariel, “A propósito de un reciente fallo: pesificación, devaluación y tarifas”, *La Ley*, Suplemento Administrativo 14-02-2003, p. 1/7, p. 1/10.

CARBAJALES, Juan José, *Las sociedades anónimas bajo injerencia estatal – SABIE - ¿El regreso del “Estado empresario” a través de una nueva modalidad de “empresa pública”? – Legitimidad y límites constitucionales. Esbozo de régimen jurídico -*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2011.

CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2011, 2 Tomos.

CASSAGNE, Juan Carlos (2005), *El Contrato Administrativo*, Segunda Edición, LexisNexis – Abeledo-Perrot, Buenos Aires, con la colaboración de Estela B. Sacristán.

CASSAGNE, Juan Carlos, *El Estado Populista*, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2017.

CASSAGNE, Juan Carlos (1998), “Los Principios Generales del Procedimiento Administrativo”, en AA.VV., *Procedimiento Administrativo*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, p. 21.

CASSAGNE, Juan Carlos, “Reflexiones sobre los contratos de las empresas públicas” [EDA, 2007-548].

CASSARINI, Luis, *El régimen de consolidación y una sociedad anónima muy peculiar*, JA 2004-II-449.

CIANCIARDO, Juan (2009), *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de razonabilidad*, 2ª Edición actualizada y ampliada, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires.

CHEVALLIER, Jacques, “*Bilan de recherche sur la participation dans l'Administration française*”, in *La participation dans l'administration française*, PUF 1975, pp. 5-57,

disponible en <https://www.u-picardie.fr/curapp-revues/root/5/chevallier.pdf>, consultado el 12-11-2018.

CHEVALLIER, Jacques (2014), *El Estado posmoderno*, Traducción de O. Pérez, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

CHIBÁN, Nora, “Aplicación de los principios de buena fe y *pacta sunt servanda* en los contratos administrativos”, en *Cuestiones de Contratos Administrativos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2007, p. 539.

CHIBÁN, Nora, “Los Actos de los Entes Interjurisdiccionales”, en Albertsen, Jorge [et all], *Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2009, pp. 309-319.

COMADIRA, Julio R. (2005), “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)”, *EDA*, 2005-400.

COMADIRA, Julio R., “Procedimiento administrativo y participación ciudadana”, *elDial.com*, Viernes, 12 de Agosto de 2005 - Año VIII - N° 1848, Suplemento de Derecho Administrativo, Doctrina.

COMADIRA, Julio Rodolfo, *La licitación pública*, Lexis-Nexis, Bs.As., 2ª Edición, 2006. COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 198 y ss.

COMADIRA, Julio P., “Reflexiones sobre la teoría del sometimiento voluntario a un régimen jurídico como límite al control judicial de constitucionalidad o juridicidad”, en *Cuestiones de Control de la Administración Pública, Administrativo, Legislativo y Judicial*, Jornadas de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2010, p. 117.

COMADIRA, Julio Pablo y COMADIRA, Fernando Gabriel, “El Caso “Kek” y la estabilidad del acto administrativo -Comentario al fallo "Kek, Sergio Leonardo y otros c/ Municipalidad De Coronel Du Graty s/demanda contencioso administrativa" - CSJN - 25/03/2015”, *elDial* DC1FFF, 09-10-2015.

COVIELLO, Pedro J. J., "El contrato administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", en la Obra colectiva *Contratos Administrativos*, Jornadas de la Universidad Austral, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, p. 83 y ss.

COVIELLO, Pedro J. J., "El criterio de contrato administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", ED, 111-845.

COVIELLO, Pedro J. J., "El elemento subjetivo en los contratos administrativos según un fallo de nuestra Corte Suprema (Breves anotaciones al caso "PLUSPETROL")" [EDA, (03/10/2007, nro 11.854)].

CRACOGNA, Jerónimo, "Renegociación de contratos de servicios públicos, derechos de propiedad y costos de transacción", *El Derecho*, 17-02-2004, pág. 1/3.

CRIVELLI, Julio César, "Los servicios públicos privatizados en moneda extranjera", *Revista del Colegio Público de Abogados de Capital Federal*, N° 38, Septiembre 2000, p. 10.

CRIVELLI, Julio César, "Seguridad jurídica y estabilidad institucional", Conferencia pronunciada en las Jornadas organizadas por la Asociación de Abogados de la Industria del Gas (ADAIG), 27-09-2000, separata de la Revista *La Ley*, titulada *La Transformación Regulatoria, la Seguridad Jurídica y los Contratos de Gas*, ARGIA, p. 22/26.

DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge, "La participación ciudadana en el ejercicio de las funciones administrativas en el Perú", *Revista de Derecho Administrativo*, N° 1, Círculo de Derecho Administrativo, 2016, pp. 121-164.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *La Persona Jurídica*, 2ª Edición, Civitas, Madrid, 1984 (Reimpresión 1991).

DE LA RIVA, Ignacio M. (2016), "¿Era obligatorio convocar a audiencia pública? Comentario al fallo de la Corte Suprema en los autos "CEPIS c. MINEM", *EDA* 30-09-2016, pp. 1-3.

DELLARROSA, Marcelo Luis, "La Administración concertada, entes cooperadores y convenios de colaboración técnica y financiera, con relación a la ley N° 25.453", *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 299, pp. 81-88.

DELFINO, Laura, "Los límites a la renegociación de los contratos de servicios públicos - La renegociación del contrato de agua potable", *La Ley* 1999-B, 499.

DELGADO PIQUERAS, Francisco, “La «Administrative Dispute Resolution Act» de los Estados Unidos: Introducción, Traducción y Notas”, *Revista de Administración Pública* N° 131, Mayo-Agosto 1993, pp. 557-585.

DELPIAZZO, Carlos E. (2015), “Reflexión sobre los deberes del administrado”, *RDA* 2015-97-121, AP/DOC/1707/2014.

DESDENTADO DAROCA, Eva, *La Crisis de Identidad del Derecho Administrativo: Privatización, Huida de la Regulación Pública y Administraciones Independientes*, Tirant to blanch, Valencia, 1999.

DIANA, Nicolás, “Un acercamiento a la regulación de los entes cooperadores en la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación”, *RDA* 2010-74-1151, Sección: DOSSIER, AP/DOC/4732/2012.

DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, Plus Ultra, T° II, 2ª Edición Revisada y Actualizada, Buenos Aires, 1976.

DROMI, José Roberto, *Renegociación y reconversión de los contratos públicos*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996.

DROMI, Roberto; CANOSA, Armando; MERTEHIKIAN, Eduardo (Coordinadores), *Renegociación de contratos públicos en emergencia*, Ciudad Argentina, Buenos Aires – Madrid, 2003.

DRUETTA, Ricardo Tomás, “Renegociación de los contratos”, en obra colectiva *Contratos Administrativos*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, p. 359/368.

ECHAGÜE, María Eugenia, “La participación ciudadana en la elaboración de reglamentos”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 470, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2017, pp. 39-107.

ECHEN, Diego Emilio, “Naturaleza jurídica de los actos emanados de los colegios y/o consejos profesionales”, *ElDial.com*, Suplemento Administrativo, 10-08-2007; también publicado en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 422, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2013, pp. 107-139.

ELSTER, Jon, *El cemento de la Sociedad. Las paradojas del orden social*, Gedisa, Sevilla, 4ª reimpresión, 2006

ELY, John H. (1997), *Democracia y Desconfianza*, Traducción de M. Ortíz, Universidad de los Andes, Bogotá.

EMBID IRUJO, Antonio (1996), *El Ciudadano y la Administración*, INAP, MAP, Madrid.

ERIZE, Luis Alberto, “La protección de las inversiones en la República Argentina”, *La Ley*, 2002-E, p. 1063/1074.

ESTEVE PARDO, José (2013), *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo.

FERRARA, Francisco, *Teoría de las Personas Jurídicas*, traducida de la segunda edición revisada italiana por Eduardo Ovejero y Maury, Comares, Granada, 2006.

FONROUGE, Máximo, “Las audiencias públicas”, AA.VV., *Procedimiento Administrativo*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1998, Buenos Aires, p. 314.

FONT i LLOVET, Tomás (1985), “Algunas funciones de la idea de participación”, *REDA* núm. 45, enero-marzo, Año 1985, Civitas, Madrid, pp. 45.

FORSTOFF, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, “Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la administración. Contribución a la teoría del Estado de derecho”, *Revista de Administración Pública* N° 34, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1961, p. 11.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y MARTÍNEZ-CARANDE, “El tribunal de justicia de las comunidades europeas constata y censura dos graves quiebras de nuestro Derecho Administrativo en materia de entes sujetos al Derecho Público y de medidas cautelares contencioso-administrativas. Sentencia Comisión c. España, C-214/00”, de 15 de mayo de 2003, *Revista española de Derecho Administrativo*, N° 119/2003, Jurisprudencia, Editorial Civitas, Madrid, julio-sept. 2003, p. 18.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y MARTÍNEZ-CARANDE, “Una nueva sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la sumisión a las normas comunitarias sobre contratación pública de las Sociedades Mercantiles de Titularidad de

las Administraciones Públicas. Sentencia "Comisión contra España", de 16 de octubre de 2003, C-283/00", *Revista española de Derecho Administrativo*, N° 120/2003, Jurisprudencia, Editorial Civitas, Madrid, oct.-dic. 2003, p. 15.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 11ª edición, Civitas, Madrid, 2011, y Tomo II, 8ª edición, Civitas, Madrid, 2002.

GARCÍA MANSILLA, Manuel J. (2017), "El fallo CEPIS: un ejemplo de populismo judicial", *RADEHM* N° 12, febrero - abril de 2017, pp. 1-40.

GARCÍA MANSILLA, Manuel J. (2016), "La Corte Suprema y las tarifas de gas", *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, Tomo 76, N° 2, Diciembre de 2016, pp. 14-52.

GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967.

GARGARELLA, Roberto, *Carta abierta sobre la intolerancia. Apuntes sobre derecho y protesta*, Siglo XXI Editores, 2ª Edición ampliada, Buenos Aires, 2015.

GARGARELLA, Roberto, *Crisis de representación política*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Distribuciones Fontamara, México, 1997 (1ª reimpresión 2002).

GAUNA, Juan Octavio, "Ejercicio privado de funciones públicas", *La Ley* 1990-D, 1205.

GAUNA, Juan Octavio, *Derecho Administrativo (Luces y sombras)*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2018.

GIANNINI, Massimo Severo, *Derecho Administrativo*, Volumen primero, traducción de Luis Ortega, Ministerio de las Administraciones Públicas, Madrid, 1991.

GIMÉNEZ, Manuel y HILBERT, Christian, "Renegociación contractual. Problemática actual de los servicios de agua y cloaca. Soluciones alternativas", en *Obra Colectiva Servicios públicos. Regulación. 1er. Congreso Nacional*, Ediciones Dike, Foro de Cuyo, Mendoza, Argentina, 2004, pp. 283/293.

GOLDFARB, Mauricio, "Revisión judicial de actos del Colegio Público de Abogados", *El Derecho Administrativo*, [2015] - (30/04/2015, nro 13.718), pp. 4-6.

GONZÁLEZ CAMPAÑA, Germán, “La rescisión y modificación unilateral de los contratos administrativos frente a los tribunales arbitrales del CIADI”, en Suplemento Especial de la Revista Jurídica *La Ley*, *El contrato administrativo en la actualidad*, Director Agustín Gordillo, *La Ley*, Buenos Aires, Mayo de 2004, pp. 159/169.

GONZÁLEZ ELÍAS, Hugo R., “Los aspectos medulares del arbitraje administrativo internacional en Argentina. El reciente laudo en "CMS", *La Ley*, Sup.Adm 2005 (julio), 1.

GONZÁLEZ MORAS, Juan M., *Los servicios públicos en la Unión Europea y el principio de subsidiariedad – El Derecho comunitario y la permanencia de los particularismos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, 3ª Edición Ampliada, Civitas, Madrid, 1999, p. 32 y ss.

GORDILLO, Agustín, *Empresas del Estado*, Macchi, Buenos Aires, 1966, hoy incluido en *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, Fundación de Derecho Administrativo, Tº 11, 1ª Edición, Buenos Aires, 2015, pp. 359-483.

GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, Fundación de Derecho Administrativo, Tº I, 1ª Edición, Buenos Aires, 2013.

GORDILLO, Agustín, “Licitación pública, audiencia pública, refrendo, participación popular y prestación de servicios públicos”, *La Ley* 2002-A , 954, AR/DOC/20539/2001.

GORDILLO, Agustín (1973), *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio*, Macchi, Buenos Aires.

GORDILLO, Agustín (1981), *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, Civitas, Madrid.

GRAU, César Antonio, “Cuestión terminológica sobre empleo público: ¿agentes, funcionarios o burócratas?”, MJD3149.

GRECCO, Carlos Manuel, “Apuntes para una teoría de las autolimitaciones de la administración pública”, *Revista de Derecho Administrativo* N° 14, Setiembre-Diciembre 1993, Año 5, Depalma, Buenos Aires, pp. 317/342.

GRECO, Carlos Manuel, "La legitimación en la acción de amparo", en la ponencia sostenida en el *Seminario sobre Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Educa, Universitas SRL, 1999, p. 75 y ss.

GUANCHEZ, Aileen, "La participación ciudadana, modelo de una democracia responsable", en Canónico Sarabia, Alejandro (coordinador), *El Control y la Responsabilidad en la Administración Pública*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012, pp. 167-207.

GÜEMES, María Belén, "Los entes cooperadores, el sistema presupuestario y el empleo público", *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 442, pp. 69-90.

GUGLIELMINETTI, Ana P. (2016), "El caso "CEPIS", más allá de la perspectiva del procedimiento y del proceso. Notas marginales acerca de la tarifa de los servicios públicos", *EDA* 30-09-2016, pp. 8-10.

GUIRIDLIAN LAROSA, Javier D. (2016), "El caso "CEPIS": de acciones colectivas, tarifas y otras misceláneas", *EDA* 30-09-2016, pp. 8-10.

GUSMAN, Alfredo Silverio, "Contratos Administrativos. Pesificación. Renegociación", Suplemento Especial *Pesificación II, La Ley*, Noviembre 2002, pp. 50/63.

GUSMAN, Alfredo Silverio, "Situaciones jurídicas subjetivas en el derecho administrativo", *ED - Serie Especial Derecho Administrativo*, 23-04-1999, p. 11.

HALPERIN, David A., "Naturaleza de los actos emanados de las personas públicas no estatales", *Revista de Derecho Administrativo* N° 87, AbeledoPerrot, 2013, p. 747, Cita ABELEDO PERROT N°: AP/DOC/860/2013.

HABERMAS, Jürgen (1998), *Facticidad y Validez*, Madrid, Trotta.

HERRERA, Marisa; Caramelo, Gustavo; Picasso, Sebastián, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo I, Título Preliminar y Libro Primero, Artículos 1 a 400, Infojus, Buenos Aires, 1ª Edición, 2015.

HOBBS, Thomas, *De Cive (Del Ciudadano)*, Estudio Preliminar de Richard Tuck, Traducción del estudio preliminar de Sebastián Martín, Traducción de De Cive de André Catrysse, Tecnos, Madrid, 2014.

HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass, *El costo de los derechos. Porqué la libertad depende de los impuestos*, traducido por Stella Mastrangelo, Siglo Veintiuno Editores, Colección Derecho y Política, Buenos Aires, 2011.

HUBEÑAK, Juan Manuel, “La “expropiación indirecta” de la inversión extranjera en el marco de los tratados bilaterales (A propósito del laudo "Técnicas Medioambientales TECMED S.A. v. Estados Unidos Mexicanos" del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI))”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 299, Agosto 2003, Ediciones RAP, Buenos Aires.

HUTCHINSON, Tomás, “Algunas consideraciones sobre las audiencias públicas. (Una forma de participación del ciudadano)”, en *Jornadas Nacionales sobre Servicio Público de Electricidad*, organizadas por el Ente Nacional Regulador de la Electricidad, Buenos Aires, 8 y 9 de Junio de 1995, disponible en el sitio web: www.enre.gov.ar.

HUTCHINSON, Tomás, “Apuntes acerca de los colegios profesionales previstos en la reforma constitucional de la Provincia de Buenos Aires”, en AA VV, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2005, pp. 359/373.

HUTCHINSON, Tomás, *Las corporaciones profesionales*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, p. 35.

IVANEGA, Miriam M., “Actos Administrativos de Entes Públicos No Estatales”, en *Acto Administrativo y Reglamento*. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ediciones RAP, 2002, Buenos Aires, pp. 403-415.

IVANEGA, Mirian M., “De la transitoriedad a la estabilidad en el empleo público”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 448, p. 67-75.

IVANEGA, Miriam M., “El principio de buena fe en los contratos administrativos”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 360, Septiembre 2008, Ediciones RAP, Buenos Aires, p. 25.

IVANEGA, Miriam Mabel, “La participación ciudadana en el Decreto Acuerdo N° 4.174/2015”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 462, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2017, pp. 87-93.

IVANEGA, Miriam Mabel, “Control judicial sobre las tarifas en los servicios públicos”, en obra colectiva *Servicio Público, Policía y Foment*”, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, 7, 8 y 9 de mayo de 2003, Ediciones Rap, pp. 845/863.

IVANEGA, Miriam Mabel, “Apuntes acerca de la legitimación de las asociaciones de usuarios y consumidores”, *ElDial.com*, Viernes, 9 de Diciembre de 2005 - Año VIII - N° 1930, Suplemento de Derecho Administrativo, Doctrina.

IVANEGA, Miriam Mabel y ROSENBERG, Gastón, “Paradojas Jurídicas: La caracterización del Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales como ente público no estatal”, *EDA*, 2003-345.

LAVILLA RUBIRA, Juan José, *La Participación Pública en el Procedimiento de Elaboración de los Reglamentos en los Estados Unidos de América*, Civitas, Madrid, 1991.

LAVILLA RUBIRA, Juan José, “El procedimiento de elaboración de los reglamentos en la ley del gobierno doce años después”, *Revista Española de la Función Consultiva*, ISSN: 1698-6849, núm. 11, enero-junio (2009), pp. 17-29.

LINARES, Juan Francisco, *Derecho Administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1986.

LINARES, Juan Francisco (2002), *Razonabilidad de las leyes. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución Argentina*, 2ª Edición actualizada, 2ª Reimpresión, Astrea, Buenos Aires.

LISDERO, Alfredo R. y HELBERT, Darío J., “La protección de las inversiones extranjeras en la Argentina. Los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y su interpretación jurisprudencial”, *El Derecho*, 197-1094.

LONG, Marcel; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy; DEVOLVÉ, P.; y GENEVOIS, B., “*Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*”, Segunda Edición Actualizada, Librería Ediciones del Profesional Ltda., Bogotá, 2009.

LÓPEZ, Guillermo A.F., “La legitimación activa en los procesos de amparo”, ponencia sostenida en el *Seminario sobre Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Educa, Universitas SRL, 1999, p. 69 y ss.

MAIRAL, Héctor A., *La doctrina de los propios actos y la administración pública*, Depalma, Buenos Aires, 1994.

MANTIÑÁN, Rodolfo E., “Evolución del *price cap* en una economía inestable, con especial referencia a la regulación del Sector Eléctrico Argentino”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 282, Marzo 2002.

MARIENHOFF, Miguel S., “Naturaleza jurídica de los organismos internacionales. La Comisión Técnica Mixta de Salto Grande. Respuesta a una objeción (El encuadramiento del ente en la estructura u organización administrativa del Estado. La índole de la actividad que desarrolla el ente)”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 165, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1992, pp. 7-16; también en *La Ley*, 1992-B, 1110.

MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, 5a ed. actualizada, Abeledo-Perrot, 1995, t. I.

MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Bs As, 1993, Abeledo-Perrot, 4 edición actualizada, Tomo II.

MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988, T° V.

MARTÍN RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *El Derecho Civil en la Génesis del Derecho Administrativo y de sus Instituciones*, 2ª Edición ampliada, Civitas, Madrid, 1996.

MARTÍNEZ, Gustavo A. y LAMBERT, Ariel D., “La transformación del concepto de renegociación desde el dictado de la ley 25.561 a nuestros días”, en *Obra Colectiva Servicios públicos. Regulación. 1er. Congreso Nacional*, Ediciones Dike, Foro de Cuyo, Mendoza, Argentina, 2004, pp. 313/323.

MARTÍNEZ DALMAU, Rubén, “Constitucionalismo y democracia ante las nuevas tecnologías de la información y la comunicación”, en NOGUERA FERNÁNDEZ, Albert (Coordinador) (2013), *Crisis de Democracia y Nuevas Formas de Participación*, Tirant to Blanch, Colección Ciencia Política 54, Valencia, pp. 317-332.

MATA, Ismael, *Ensayos de Derecho Administrativo*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2009.

MATA, Ismael, “La Reforma del Estado y el Regreso al Estado Empresario”, Suplemento Especial *Los Servicios Públicos en la Encrucijada* del 23 de mayo de 2007, JA 2007-II,

fascículo N° 8, p. 3. Incluido también en *Ensayos de Derecho Administrativo*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2009, p. 133.

MEDINA ALCOZ, Luis, *Libertad y autoridad en el Derecho administrativo. Derecho subjetivo e interés legítimo: una revisión*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

MEILÁN GIL, José L. (2014), “Sobre la revisión del Derecho Administrativo”, en el Libro *Cuestiones actuales del Derecho Público, Estudios en homenaje a la Dra. Irmgard Lepenies*, Bubok Publishing S.L., Impreso en España, 1ª edición, pp. 699-743.

MEILÁN GIL, J.L., “Una construcción jurídica de la buena administración”, *RDA* núm. 91, 2014, pp. 121, AP/DOC/2992/2013.

MÉNDEZ, Aparicio, *La Teoría del órgano*, Imprenta Rosgal, Montevideo, 1949, y en la 2ª Edición definitiva, Amalio Fernández, Montevideo, 1971.

MERTEHIKIAN, Eduardo, *La Responsabilidad Pública*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2001.

MERTEHIKIAN, Eduardo, “Medidas cautelares, audiencias públicas, aumento de tarifas y renegociación de contratos de servicios públicos”, *Jurisprudencia Argentina*, Lexis Nexis, 18-12-2002.

MERTEHIKIAN, Eduardo, “Renegociación de servicios públicos de jurisdicción nacional, emergencia y derecho de los usuarios”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 282, Marzo 2002, p. 27.

MERTEHIKIAN, Eduardo, “Servicios públicos, emergencia, delegación legislativa, renegociación, prestación privada y aprobación ficta por el congreso (A propósito de las leyes 25.561, 25.790 y 25.820)”, en Suplemento Especial de la Revista Jurídica *La Ley*, *El contrato administrativo en la actualidad*, Director Agustín Gordillo, La Ley, Buenos Aires, Mayo de 2004, p. 79/85.

MODERNE, Franck, “La contratación pública en el espacio económico europeo (Reflexiones sobre las nuevas directivas comunitarias de 3 de febrero de 2004)”, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Número Especial Coordinado por María Graciela REIRIZ titulado *Derecho Administrativo y Aportes para el Rediseño Institucional de la República*, LexisNexis – Abeledo-Perrot, 2004, Capítulo V.- denominado: “Regímenes de contrataciones gubernamentales en Espacios Económicos integrados”, p. 231 y ss.

MOLINA MOLINA, José, *Los Presupuestos Participativos. Un Modelo para Priorizar Objetivos y Gestionar eficientemente en la Administración Local*, Prólogo del Prof. Dr. Yves Cabannes, Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2ª Edición, 2011.

MONTI, Laura M.; MURATORIO, Jorge I., “La aplicación de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos a los actos de los entes públicos no estatales”, en *Revista de Derecho Administrativo* N° 14, Depalma, Buenos Aires, 1993, pp. 517-531.

MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la ley del Procedimiento Administrativo General, Texto Único Ordenado de la Ley N° 27.444*, 12ª edición Revisada, actualizada y aumentada, Gaceta Jurídica, Lima, 2017, 2 Tomos.

MUÑOZ MACHADO, Santiago (1977), “Las Concepciones del Derecho Administrativo y la idea de Participación en la Administración”, *RAP* núm. 84, p. 519.

MUÑOZ MACHADO, Santiago (2011), “Hacia un Nuevo Derecho Administrativo”, en BLASCO ESTEVE, A. (Coordinador), *El Derecho Público de la Crisis Económica. Transparencia y Sector Público. Hacia un Nuevo Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, pp. 191-237.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, 4ª Edición, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2015, Tomo 3.

MURATORIO, Jorge I., “Carácter contractual o reglamentario de la licencia administrativa”, en obra colectiva *Contratos Administrativos*, Ciencias de la Administración, 2000, Buenos Aires, p. 497.

MURATORIO, Jorge I., “Centralización, Descentralización, Concentración, Desconcentración (Algunos aspectos del régimen jurídico de los entes descentralizados)”, en obra colectiva *Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público*, Jornadas de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2005, p. 121.

NAVARRO FLORIA, Juan G., “Las personas jurídicas en el nuevo Código Civil y Comercial”, *El Derecho*, 08-06-2015, pp. 1-5.

NICOLAU, Noemí L., “La revisión y renegociación del contrato como instrumentos útiles para su adecuación a las circunstancias sobrevenidas”, *Jurisprudencia Argentina* 2002-IV-1058, Lexis N° 0003/009167.

NINO, Carlos Santiago (1997), *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, Gedisa, Madrid.

NOGUERA FERNÁNDEZ, Albert (Coordinador) (2013), *Crisis de Democracia y Nuevas Formas de Participación*, Tirant to Blanch, Colección Ciencia Política 54, Valencia.

OCDE (2006), *Evaluación de la Participación Pública en la Elaboración de Políticas Públicas*, Traducción de M. J. Burgos, INAP, Madrid.

ORLANDO, Víctor Manuel, *La Personalidad del Estado*, Imprenta de la Universidad, Buenos Aires, 1925.

ORLANSKI, Leonardo, “Ilegitimidad de la doctrina del sometimiento voluntario en la licitación pública”, *EIDial.com*, Viernes, 12 de Noviembre de 2004 - Año VII - N° 1661, Suplemento de Derecho Administrativo, Sección Doctrina.

PACTO CORRENTINO PARA EL CRECIMIENTO ECONÓMICO Y EL DESARROLLO SOCIAL, Documento elaborado por el Gobierno de la Provincia de Corrientes, 2012.

PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., “La doctrina del precedente en los procesos colectivos”, *La Ley*, 12-11-2018, pp. 1-4.

PARADA, Ramón, *DERECHO ADMINISTRATIVO*, T° II, “Organización y Empleo Público”, 16ª Edición, Marcial Pons, Madrid, 2003.

PÉREZ CORTÉS, Ignacio, “El laudo del ciadi en CMS, el cálculo de las tarifas en dólares y la convertibilidad”, *La Ley* 08/06/2005, 1 - *La Ley* 2005-C, 1355.

PÉREZ HUALDE, Alejandro, *Renegociación de Contratos Públicos*, Lexis Nexis – Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002.

PÉREZ HUALDE, Alejandro, “La renegociación de concesiones de servicios públicos. Transparencia en peligro”, *Revista de Derecho Público*, 2002-2, “La emergencia económica (segunda parte)”, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, p. 131.

PÉREZ HUALDE, Alejandro, "Las provincias, sus contratos públicos y los tratados internacionales de protección recíproca de inversiones", *La Ley*, 2001-D, 14, comentando el Laudo del CIADI emitido el 21 de noviembre de 2000 en el caso "Compañía de Aguas del Aconquija S.A."

PÉREZ HUALDE, Alejandro, “Suspensión cautelar de audiencias públicas”, *Jurisprudencia Argentina*, Lexis Nexis, 23-10-2002.

PÉREZ HUALDE, Alejandro, “Tarifas y renegociación de contratos”, en Suplemento Especial de la Revista Jurídica *La Ley*, *El contrato administrativo en la actualidad*, Director Agustín Gordillo, La Ley, Buenos Aires, Mayo de 2004, p. 54/64.

PÉREZ HUALDE, Alejandro; IVANEGA, Miriam, “Asociaciones de usuarios: control por participación necesaria y legitimación procesal activa”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 328, p. 11

PIAGGIO, Lucas A., “Usuarios en pugna: problemas que plantea la legitimación colectiva de las asociaciones”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, N° 288, Septiembre 2002, pp. 139/141.

PIELLOW, Johann-Christian, “Integración del ordenamiento jurídico: autovinculaciones de la administración”, en la obra *Problemática de la administración contemporánea. Una comparación europeo-argentina*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, pp. 47-83.

PIROVANO, Pablo A. (2016), “El sistema energético argentino y las decisiones de la justicia”, *La Ley* 27/07/2016, p. 6; AR/DOC/2227/2016.

PITTATORE, Pamela, “El principio jurídico de la legítima confianza y la interpretación judicial del decreto de desregulación económica a nueve años de su dictado”, *AeDP* N° 12, 6° Año, Segunda época, enero-abril 2000, Ad-Hoc, pp. 163-180.

POZO GOWLAND, Héctor M., “Los servicios públicos. La renegociación de sus contratos”, *El Derecho*, Suplemento Administrativo 31-08-2004, pp. 1/11.

QUAGLIA, Marcelo, “El fallo Mirtha Legrand: un valioso precedente”, *elDial* - DC72A.

RAWLS, John (1986), *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*, Tecnos, Madrid.

REIRIZ, María Graciela, “La participación ciudadana en la gestión administrativa y en el control”, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, LexisNexis – Abeledo-Perrot, 2004, Número titulado *Derecho Administrativo y Aportes para el Rediseño Institucional de la República*, Coordinadora María Graciela Reiriz, pp. 387/435.

REVIDATTI, Gustavo Adolfo, *Derecho Administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Tomo 2, 1985.

REVIDATTI, Gustavo Adolfo, "Los Intereses Difusos", en su obra *Lo Contencioso Administrativo en la Provincia de Corrientes, Ley 4.106, Comentada*, Cicero, Corrientes, 1987, p. 139.

REVIDATTI, Gustavo A., y SASSÓN, José, *Procedimiento Administrativo de la Provincia de Corrientes – Ley 3460 – Comentada*, Cicero, Corrientes, 1987.

REY VÁZQUEZ, Luis E., "Algunas cuestiones vinculadas al acceso al empleo público", *Revista Temas de Derecho Administrativo*, Editorial Erreius, Director Carlos Francisco Balbín, número de Septiembre de 2017, pp. 721-740. Cita digital: IUSDC285380A.

REY VÁZQUEZ, Luis E., "Cuestiones de interés en torno al servicio público de distribución de energía eléctrica en la provincia de Corrientes, a propósito del caso "Reyero", *Revista Argentina de la Energía, Hidrocarburos y Minería (RADEHM)*, N° 19, Noviembre-Diciembre 2019, Enero 2019, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, Marzo de 2019, pp. 249-267

REY VÁZQUEZ, Luis E., *El principio de confianza legítima: relevancia de su incorporación al derecho administrativo argentino. Relación con otras instituciones*, Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Volumen LVIII, Advocatus, Córdoba, 2016.

REY VÁZQUEZ, Luis E. (2016), "Estado, administración y realidad: la participación del ciudadano en la gestión pública", *Revista Digital de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo*, Santa Fe, n° 1, p. 119-171, ene/jun. 2016, ISSN 2469-0813.

REY VÁZQUEZ, Luis E., "La concesión de aguas y cloacas en la provincia de Corrientes: de la privatización a la renegociación", publicado en la *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la U.N.N.E.*, N° 7, Número Extraordinario, Dunken, Corrientes, 2010, pp. 651.

REY VÁZQUEZ, Luis E., "La emergencia en la provincia de Corrientes. Reseña histórica", publicado en *La Ley Litoral*, Febrero 2003, pp. 1/27.

REY VÁZQUEZ, Luis E., "La emergencia y el abandono de la convertibilidad. Análisis jurisprudencial", *Revista Conexiones* de la Universidad de la Cuenca del Plata 2011-1, Ediciones Moglia, Corrientes, Agosto 2011, pp. 83/94.

REY VÁZQUEZ, Luis E. (2016), "La participación del ciudadano en el control de los servicios públicos", ponencia presentada como integrante del panel 056, en el XXI

Congreso Internacional CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, celebrado en la ciudad de Santiago, Chile, entre los días 8 y 11 de noviembre de 2016.

REY VÁZQUEZ, Luis E., “La relación de empleo público en Argentina, desde una perspectiva jurisprudencial”, *Anuario de la Función Pública* de la Universidad de Piura (Perú), Director: Orlando Vignolo, Tomo III, Año 2018, IJ Editores, pp. 103-169, en especial, p. 135 y ss.; disponible en formato digital en <http://pe.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=07d2d33e6d95be21bca33af16b96f645>.

REY VÁZQUEZ, Luis E. (2011), *La Renegociación de los Contratos de Servicios Públicos en Argentina. Entre el procedimiento administrativo doméstico y el arbitraje internacional*, Editorial Académica Española, Saarbrücken, Alemania.

REY VÁZQUEZ, Luis E., “La organización administrativa descentralizada: el caso de las Empresas y Sociedades Estatales”, *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña* (España) N° 16, Año 2012, pp. 977-992.

REY VÁZQUEZ, Luis E., “Las personas jurídicas públicas en el nuevo Código Civil y Comercial”, en Hutchinson, Tomás y Rosatti, Horacio (Directores), *Revista de Derecho Público*, N° 2015-II, “El Derecho Público en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación – II”, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Santa Fe, 2015, pp. 183/231.

REY VÁZQUEZ, Luis E. (2011), “Sociedades Estatales creadas en la última década: de la privatización a la “Re-estatización”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 399, ISSN 1666-4108, pp. 39/65; también publicado en *RAP Buenos Aires (RAP BA)*, N° 103-104-105, ISSN 1667-3174, pp. 49/74.

REY VÁZQUEZ, Luis E. (2015), “Tarifa Social para el Agua y Saneamiento. Nota breve acerca de la Resolución ERAS N° 46/2014”, *RDA* N° 99, Junio-Julio de 2015, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 893, Cita Online ABELEDOPERROTN°: AP/DOC/302/2015.

RIVERA, Julio César; MEDINA, Graciela (Directores), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, T° 1, Artículos 1 a 400, La Ley, Buenos Aires, 2014.

RIVERO YSERN, Enrique y RODRÍGUEZ ARANA, Jaime (2014), *Con Miras al Interés General*, Impreso en España por *Bubok Publishing S.L.*

RODRÍGUEZ, María José, “Los entes cooperadores como mecanismo auxiliar de la gestión administrativa”, en *Cuestiones de organización estatal, función pública y dominio público*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2012, pp. 463-472.

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, *Derecho Administrativo y Derechos Sociales Fundamentales*, Global Law Press – INAP, Sevilla, 2015.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime (2006), *El Buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas*, Thomson-Aranzadi, Navarra.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime (2009), *Aproximación al Derecho Administrativo Constitucional*, Primera Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime (2012), *Interés General, Derecho Administrativo y Estado del Bienestar*, Syntagma, Centro de Estudios Estratégicos, Iustel, Madrid.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime (2013a), “Presentación a la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* núm. 423, pp. 159-182.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime (2014), “Sobre el concepto de Interés General”, *elDial.com* - DC1CD8, Publicado el 29/05/2014.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime (2013b), “Una lectura de los Precís sistemáticos de Maurice Haouriou”, en *Ensayos de derecho público. En memoria de Maurice Hauriou*, en Mantilla Correa, Andry, Jaime O. Santofimio Gamboa y Héctor Santaella Quintiero, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 113 y ss.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime; Libardo RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ (dirs.) y María del Carmen RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO (coord.), *Curso de Derecho Administrativo iberoamericano*, INAP, Comares, Granada, 2015.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime y Miguel Ángel SENDÍN GARCÍA (2010), “El Servicio Público según Dugüit ¿Una referencia para un mundo en crisis?”, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas, Universidad Nacional del Nordeste*, Nueva Serie, Año 4, N° 6, Dunken, Corrientes, pp. 313-332.

RODRÍGUEZ VILLAFANE, Miguel Julio, “La participación de la sociedad civil en la justicia y el amici curiae”, publicado en *RAP BA* N° 20, pp. 35/38.

ROMANO, Santi, *Fragments de un Diccionario Jurídico*, traducción de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redín, Comares, Granada, 2002.

ROQUEL, Rodolfo, *Personas. El hombre, el Estado, la Iglesia*, Moglia Ediciones, Corrientes, 2014.

ROQUEL, Ricardo Rodolfo; GRANDO, José Horacio y REY, Luis María, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Ediciones Moglia, Corrientes, 2009, pp. 69-81.

ROSATTI, Horacio, *Código Civil Comentado. Doctrina – Jurisprudencia – Bibliografía. El Código Civil desde el Derecho Público*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2007.

ROSATTI, Horacio Daniel, “Las Demandas contra la República Argentina en el CIADI y la jurisdicción nacional” - [*EDCO*, (20/09/2011, nro 12.838)].

ROSE-ACKERMAN, Susan (2009), “El Derecho Administrativo y la legitimidad democrática: confrontando el poder ejecutivo y el Estado contractual”, *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, núm. 43, (Feb. 2009), Caracas, en: <http://old.clad.org/portal/publicaciones-del-clad/revista-clad-reforma-democracia/articulos/043-febrero-2009-1/rose>, Consultado el 03-02-2015.

ROTA, Patricia, “Resolución ME 20/2002. Las normas de procedimiento para la renegociación de los contratos de prestación de obras y servicios públicos”, *Revista de Derecho Administrativo* N° 40, Lexis Nexis, Buenos Aires, p. 471.

SACRISTÁN, Estela B. (2016), “Amparo colectivo en la Argentina: Opt-in, Opt-out o tal vez nada”, *RADEHM* N° 11, noviembre-diciembre de 2016 - enero de 2017 pp. 207-221.

SACRISTÁN, Estela B. (2016), “Acerca de las audiencias públicas solicitadas en “CEPIS” y su fuente”, *EDA* 30-09-2016, pp. 3-6.

SACRISTÁN, Estela B., “Entre la Ley del Gas y Ley de Emergencia”, *La Ley*, Diario especial del caso CEPIS del 25-08-2016, p. 9-10.

SACRISTÁN, Estela B. (1998), "Las Sesiones Públicas (Open Meetings) del Derecho Administrativo Norteamericano como forma de publicidad de la actividad administrativa", *RDA*, N° 27/29, Año 10, Depalma, p. 389.

SACRISTÁN, Estela B. (1999a), "Audiencia Pública y otros procedimientos consultivos en el dictado de Actos Administrativos de Alcance General (Nulidades por su omisión)", *RDA* N° 30/32, Año 11, Depalma, p. 169.

SACRISTÁN, Estela (2007a), "Cuestiones Políticas, Politización, Publicación en las Tarifas de los Servicios Públicos", *RAP* N° 350, pp. 393 y ss., en especial p. 397-398.

SACRISTÁN, Estela, "La experiencia argentina en materia de tarifas reguladas por el sistema de *price-caps*", *El Derecho*, Suplemento Administrativo 30-06-2003, pp. 4/11.

SACRISTÁN, Estela B. (1999b), "Participación Ciudadana previa a la toma de decisiones administrativas: Acerca de algunos de sus fundamentos en el Derecho Inglés", *LA LEY*, SJDA 16-04-1999, pp. 1-8.

SACRISTÁN, Estela (2007b), *Régimen de las tarifas de los servicios públicos, Aspectos regulatorios, constitucionales y procesales*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires.

SACRISTÁN, Estela (2012), "Las Personas no estatales como instrumentos de gobierno", *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 408, Ediciones RAP, Buenos Aires, pp. 45-56.

SAGÜÉS, Néstor P., "El trámite del amparo colectivo nacional y los roles nomogenéticos de la Corte Suprema", *SJA* del 12/09/2018, 80; *JA* 2018-III.

SAGÜÉS, Néstor P., "El aborto eugenésico, la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos", *JA* 2012-III, 1129.

SAINZ MORENO, Fernando, "Ejercicio privado de funciones públicas", *RAP* (España) N° 100-102, 1983, pp. 1699-1783.

SALGAN RUIZ, Leandro G., "La estabilidad del acto administrativo. El ejercicio de la potestad revocatoria del acto irregular en la relación de empleo encubierta", *La Ley* 18/05/2018, pp. 6-8.

SALOMONI, Jorge L. (2002), "Sistema jurídico, Emergencia, Conflicto de Derechos y revisión de las Tarifas de los Servicios Públicos", *EDA*, 01/02-635.

SALOMONI, Jorge L. (2003), “El Control de la Administración Pública por Organizaciones No Gubernamentales”, en AAVV, *Control de la Administración Pública, Administrativo, Legislativo y Judicial*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ediciones RAP, Buenos Aires, pp. 447-458.

SALOMONI, Jorge Luis, “La defensa del estado en los conflictos derivados de la aplicación de los tratados bilaterales de protección recíproca de inversiones: el caso de las prestadoras privadas de servicios públicos”, [EDA, 2003-525].

SALVATELLI, Ana (2002), “Participación necesaria y Procedimiento de Audiencia Pública”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, N° 290, p. 55.

SÁNCHEZ MARÍNCOLO, Miguel A., “La renegociación de los contratos de obras y servicios públicos y la delegación legislativa”, *La Ley*, 24-12-2003, pp. 1/6.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (1980), *La Participación del Ciudadano en la Administración Pública*, Estudios de Administración, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, “La teoría del órgano en el Derecho Administrativo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 040-041, Enero-Marzo 1984, Civitas, Madrid, Sección Estudios, p. 43.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, “Sobre el procedimiento administrativo de elaboración de las normas”, *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 2 (julio - diciembre 2004), pp. 74-95.

SARMIENTO, Daniel (2008), *El Soft Law Administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*, Thomson Civitas, Madrid.

SARMIENTO GARCÍA, Luis, “Renegociación de contratos de servicios en un marco macroeconómico de crisis general”, en Obra Colectiva *Servicios públicos. Regulación. 1er. Congreso Nacional*, Ediciones Dike, Foro de Cuyo, Mendoza, Argentina, 2004, pp. 465/474.

SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel, “El principio de confianza legítima en el derecho inglés: la evolución que continúa”, *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 114/2002, Sección Estudios, Civitas SA, Madrid, abril 2002, p. 233 y ss.

SAYAGUÉS LASO, Enrique, “Criterio de distinción entre las personas jurídicas públicas y privadas”, *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Universidad Nacional del Litoral, Año X, 3ª Época, N° 44, Santa Fe, 1945, pp. 5-41.

SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho administrativo*, Tomo I, Fundación de Cultura Uruguaya, Montevideo, 8ª edición puesta al día a 2002 por Daniel H. Martins.

SERRANO, Gustavo A., “Acerca de la naturaleza jurídica del Instituto de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados”, *Revista de Derecho Administrativo* N° 14, Depalma, Buenos Aires, 2002, p. 461, Cita ABELEDO PERROT N°: AP/DOC/3134/2012.

SHAPIRO, Martin (2005), “Un Derecho Administrativo sin límites: Reflexiones sobre el gobierno y la gobernanza”, en CERRILLO i MARTÍNEZ, A. (Coordinador), *La Gobernanza Hoy: 10 Textos de Referencia*, INAP, Madrid, pp. 203-211.

SCHIAVI, Pablo, *El control del acceso a la información pública y de la protección de datos personales en el Uruguay*, Edición de la Universidad de Montevideo, Montevideo, 2012.

SCHONBERG, Soren, *Legitimate Expectations in Administrative Law*, Oxford University Press, 2000.

SCHWARTZ, Bernard, *Administrative Law*, Third Edition, Aspen Law & Business, Little Brown & Company, USA, 1991.

SOLÁ, Juan V. (2016), “Los jueces, las tarifas y los subsidios”, *La Ley*, Diario especial del caso CEPIS del 25-08-2016, pp. 10-12.

SOTELO DE ANDREAU, Mirta G. (1997), “Nuevas Fronteras y formas de Asociación entre el Sector Público y Sociedad”, en el libro *Estado, Derecho, Administración, Estrategias*, Talleres Gráficos del Nordeste Impresora, Resistencia, pp. 153-180.

STRAUSS, Peter L, “Los procedimientos de elaboración de reglamentos y disposiciones administrativas en EE.UU.”, en BARNÉS, Javier (Editor), *La Transformación del Procedimiento Administrativo*, Law Press, Derecho Global, Sevilla, 1ª. Edición 2008, Edición Bilingüe Inglés-Español, Capítulo VII, pp. 302-368; y en la versión en inglés más extensa, en *Transforming Administrative Procedure*, “Us rulemaking”, Chapter VII, pp. 227-312.

SUÑÉ LLINÁS, Emilio (1998), *La Sociedad Civil en la cultura Postcontemporánea*, Centro de Estudios Superiores, Sociales y Jurídicos Ramón Carande, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones, Madrid.

TAWIL, Guido S., “El principio de colaboración y su importancia en el procedimiento administrativo”, *La Ley* 1985-E, 952; AR/DOC/18536/2001.

TAWIL, Guido Santiago, “Los conflictos en materia de inversión, la jurisdicción del CIADI y el derecho aplicable. A Propósito de las recientes decisiones de los casos “Vivendi”, “Wena” y “Maffezini”, *La Ley*, 20-11-2002, pp. 1/6, y *La Ley*, 21-11-2002, pp. 2/5.

TAWIL, Guido Santiago, “Los tratados de protección y promoción recíproca de inversiones, la responsabilidad del estado y el arbitraje internacional”, en obra colectiva *Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, pp. 269/291.

TAWIL, Guido Santiago, “Licencia y contrato como título habilitante para la prestación del servicio público”, en obra colectiva *Contratos Administrativos*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, p. 457.

TÓRTOLA, Carlos, “La renegociación de los contratos de servicios públicos y los derechos del usuario”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 284, Mayo 2002, p. 57.

VERBIC, Francisco y SALGADO, José M. (2016), “Un estándar inconstitucional para el acceso colectivo a la justicia”, *La Ley*, Diario especial del caso CEPIS del 25-08-2016, p. 18-19.

VILLAR PALASÍ, José Luis, “La Federal Administrative Procedure Act de Estados Unidos”, *Revista de Administración Pública* N° 1, 1950, pp. 277-296.

VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho administrativo*. Estructura jurídica de la Administración, Tomo II, TEA, Buenos Aires, 1950.

VITTADINI ANDRÉS, Susana N., “La operatividad de las medidas autosatisfactivas para cumplimentar el decreto 293/2002 y en la res. 58/2002 del Ministerio de Economía”, *Revista de Derecho Administrativo* N° 42, Lexis Nexis – Depalma, Buenos Aires, pp. 911/915.

WALINE, Marcel, “El régimen jurídico de las empresas del Estado en Francia”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires*, año X, N° 12, Buenos Aires, enero-abril 1955, pp. 17-30.

WEIL, Prosper – POUYAUD, Dominique y MONTEZANTI, Néstor Luis (traducción y anotaciones), *El Derecho Administrativo*, Editorial de la Universidad Nacional del Sur, Serie Docencia, 1ª Edición, Bahía Blanca, 2010.

WUST, Romina (2002), “Programa de tarifa social para los servicios de agua y saneamiento”, *elDial* - DC5F2.

YACOVINO, Cecilia, “De la crisis del poder al poder de la crisis”, *Res Pública Argentina* – I – 2005, Ediciones RAP, Buenos Aires, p. 99.

YMAZ VIDELA, Esteban M., *Protección de inversiones extranjeras. Tratados bilaterales. sus efectos en las contrataciones administrativas*, La Ley, Buenos Aires, 1999.

YOUSSEFFIAN, Martín, “Indexación y límites de las ganancias de los concesionarios de servicios públicos”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 278, Noviembre 2001, p. 119/123.